



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرف
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

تَجَانُّعُ الْمِنَامِصِدِ
فِي مَرْحِ الْقَوْلِغَدِ

بِالْمِصَدِ

الْمَجْلُودِ الْفَرَجِ

الْمَجْلُودِ الْفَرَجِ الْفَرَجِ

الْمَجْلُودِ الْفَرَجِ الْفَرَجِ

الْمَجْلُودِ الْفَرَجِ

بِالْمِصَدِ

الْمَجْلُودِ الْفَرَجِ الْفَرَجِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ٥
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٨	كتاب الدين و توابعه
١٨	اشاره
١٨	الأول:فى الدين
١٨	اشاره
١٨	الأول:تكره الاستدانه اختيارا
٣٠	المطلب الثانى:فى القرض
٣٠	اشاره
٣٩	فروع
٣٩	اشاره
٣٩	أ:لو قال:مَلَكْتِك و عليك رد عوضه فهو قرض
٤٠	ب:لو رد المقترض العين فى المثلى و جب القبول
٤١	ج:للمقرض مطالبه المقترض حالا بالجميع و إن أقرضه تفاريق
٤٢	د:لو اقترض جاريه كان له وطؤها و ردها،إذا لم تنقص على المالك مجانا
٤٣	ه:لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفه الوزن
٤٣	و:ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل فى مكانه
٤٥	ز:لو اقترض نصف دينار
٤٦	ح:لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعه اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً
٤٧	ط:لو قال المقرض:إذا متّ فأنت فى حل كان وصيه
٤٧	ي:لو اقترض ذمى من مثله خمراً
٤٨	فالقيمه

٤٩	يب:يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم و غيره
٥٠	يج:لا يجب دفع المؤجل
٥٢	يد:لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط
٥٢	يه:لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى
٥٥	المقصد الثانى:فى الرهن
٥٥	اشاره
٥٦	الأول:الصيغه
٥٩	الثانى:المحل
٥٩	اشاره
٦٧	فروع
٦٧	اشاره
٦٧	أ:يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك
٦٩	ب:يصح رهن المرتد و إن كان عن فطره على اشكال
٧١	ج:لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل
٧٢	د:لو نذر العتق عند شرط ففي صحه رهنه قبله نظر
٧٣	ه:لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك
٧٥	و:يجوز أن يستعير مالا ليرهنه
٨١	ز:لو قال:أذنت لى فى رهنه بعشره
٨١	ح:لا يصح رهن المجهول
٨٢	ط:لو غضب عينا ثم باعها
٨٣	ى:لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال
٨٣	يا:لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحه
٨٤	الفصل الثالث:فى العاقد
٩٩	الفصل الرابع:الحق
١٠٥	الفصل الخامس:فى القبض
١٠٥	اشاره

- ١٢٣ فروع
- ١٢٣ اشاره
- ١٢٣ أ:لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم
- ١٢٣ ب:لو جعلاه على يد عدلين جاز
- ١٢٤ ج:ليس لأحدهما، ولا للحاكم نقله
- ١٢٧ د:للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر
- ١٢٧ ه:لو لم يمتنعا من القبض، فدفعه الى عدل بغير إذنهما ضمن
- ١٢٨ و:لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك
- ١٣٠ ز:لو عتينا له ثمنا لم يجز له التعدي
- ١٣٠ ح:كل موضع يحكم فيه ببطان البيع يجب رد المبيع
- ١٣١ ط:لو عتينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل
- ١٣٢ ي:لو تلف الثمن في يده من غير تقربط فلا ضمان
- ١٣٤ يا:لو خرج الرهن مستحقاً فالعهده على الراهن
- ١٣٧ يب:لو تلف العبد في يد المشتري
- ١٣٨ يج:لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن
- ١٤١ يد:لو غصبه المرتهن من العدل
- ١٤٢ الفصل السادس:في اللواحق
- ١٤٤ الفصل السابع:في التنازع
- ١٩٣ المقصد الثالث:في الحجر
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٣ الأول:في الصغر
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٣ أما البلوغ فيحصل بأمور
- ١٩٣ اشاره
- ١٩٣ أ:إنبات الشعر الخشن على العانه
- ١٩٥ ب:خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد

ج:السن،و هو بلوغ خمس عشره سنه فى الذكر هلاليه	١٩٦
د:الحيض و الحمل دليلان على سبقه	١٩٦
الفصل الثانى:فى المجنون و السفيه	٢٠٨
الفصل الثالث:فى المملوك	٢١٧
الفصل الرابع:فى المريض	٢٢٨
الفصل الخامس:المفلس	٢٣٦
اشاره	٢٣٦
الأول:المفلس لغه	٢٣٦
المطلب الثانى:فى المنع من التصرف	٢٤٠
المطلب الثالث:فى بيع ماله و قسمته	٢٥٩
المطلب الرابع:فى الاختصاص	٢٧٤
اشاره	٢٧٤
و يفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثه:العوض،و المعوض،و المعاوضه	٢٧٦
أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران	٢٧٦
الأول:تعذر الاستيفاء بالإفلاس	٢٧٦
الثانى:الحلول	٢٧٨
و أما المعاوضه فلها شرطان	٢٧٨
الثانى:سبق المعاوضه على الحجر	٢٨٣
و أما المعوض فله شرطان	٢٨٥
بقاؤه فى ملكه فلو تلف	٢٨٥
الثانى:عدم التغير	٢٨٧
المطلب الخامس:فى حبسه	٣١٢
المطلب السادس:فى بقايا مباحث هذا الباب	٣١٦
المقصد الرابع:فى الضمان	٣٢٢
اشاره	٣٢٢
الأول:الضمان بالمال ممن ليس عليه شئ	٣٢٢

٣٢٢	اشاره
٣٢٣	الأول:في أركانه
٣٢٣	اشاره
٣٢٣	الصيغه
٣٢٤	الثاني:الضامن
٣٣٢	الثالث:المضمون عنه
٣٣٣	الرابع:المضمون له
٣٣٤	الخامس:الحق المضمون به
٣٤٣	المطلب الثاني:في الأحكام
٣٧٢	الفصل الثاني:في الحواله
٣٧٢	اشاره
٣٨٨	فروع
٣٨٨	اشاره
٣٨٨	أ:لو أحال يثمن العبد على المشتري،و صدق الجميع العبد على الحريه بطلت الحواله
٣٩٢	ب:لو جرى لفظ الحواله و اختلفا بعد القبض
٣٩٨	ج:لو شرط في الحواله القبض بعد شهر مثلا فالأقرب الصحه
٣٩٨	د:لو أحال البريء على مشغول الذمه فهي وكاله يثبت فيها أحكامها
٣٩٩	الفصل الثالث:في الكفاله
٣٩٩	اشاره
٤١٠	فروع
٤١٠	اشاره
٤١٠	أ:لو قال الكفيل:لا حق لك على المكفول قدّم قول المكفول له
٤١١	ب:لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر
٤١١	ج:لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برىء من الكفاله
٤١٢	د:لو ترامت الكفالات صح
٤١٢	ه:لو قال:أنا كفيل بفلان،أو بنفسه،أو ببدنه،أو بوجهه،أو برأسه صح

- ٤١٤ ولو هرب المكفول، أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب إلزام الكفيل بالمال
- ٤١٥ ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه
- ٤١٦ ح: لو أسلم الكفيل على الخمر برىء من الكفاله
- ٤١٨ ط: لو خيف على السفينه الغرق
- ٤٢١ ي: الأقرب انتقال حق الكفاله إلى الوارث
- ٤٢٢ يا: لو ادى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبه المكفول بما اداه عنه
- ٤٢٢ المقصد الخامس: فى الصلح
- ٤٢٢ اشاره
- ٤٢٢ الأول: الصلح
- ٤٢٩ الفصل الثانى: فى تراحم الحقوق
- ٤٢٩ اشاره
- ٤٤٦ فروع
- ٤٤٦ اشاره
- ٤٤٦ أ: إذا استحق وضع خشبه على حائط فسقطت
- ٤٤٦ ب: لو وجد بناء
- ٤٤٧ ج: لا يجوز بيع حق الهواء
- ٤٤٧ الفصل الثالث: فى التنازع
- ٤٧٠ تعريف مركز

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

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

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

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

مشخصات ظاهري: ١٤ ج.

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

يادداشت: كتابنامه .

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

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

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ ق .

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

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

رده بندي كنگره: BP182/3 / ع ٩٠٢١٧ ١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي: ٢٥٠٠٨٧٣

جامع المقاصد في شرح القواعد

ص: ٢

جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٣

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

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

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

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

مشخصات ظاهری: ۱۴ ج .

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

یادداشت: کتابنامه .

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

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

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ ق .

ص : ۴

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

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

ص: ٦

كتاب الدين و توابعه و فيه مقاصد:

الأول: في الدين

الأول: في الدين، و فيه مطلبان:

الأول: تكره الاستدانه اختيارا

الأول: تكره الاستدانه اختيارا، و تخف الكراهه لو كان له ما يرجع إليه لقضائه، قوله: (تكره الاستدانه اختيارا).

أى: مع الغناء عنها، و تتفاوت الكراهه بالشده و ضدها باعتبار كونه قادرا على الوفاء، أو له من يقضى عنه بعد الموت و عدمه، ففي الأخير تشتد و لا- تحرم خلافا لأبى الصلاح، حيث حرمها على غير القادر على القضاء (١)، و الأخبار الواردة في تغليظ أمر الاستدانه لا تبلغ التحريم (٢).

قوله: (و تخف الكراهه لو كان له ما يرجع إليه لقضائه).

ظاهر إطلاق العبارة يقتضى كراهه الاستدانه كراهه مخففه إذا كان له ما يقضى منه، سواء كان غنيا أو محتاجا، و نحوه إطلاق عبارة الدروس (٣)، و فى التذكرة: نفى الكراهه مع الحاجه إذا كان له وفاء، أو كان له من يقوم مقامه فى الأداء (٤).

و يمكن أن يكون قيد الاختيار فى الأولى مرادا هنا، فلا تكون العبارة

١- ١) الكافى فى الفقه: ٣٣٠.

٢- ٢) الكافى ٥: ٩٥، حديث ١١، الفقيه ٣: ١١١، حديث ٤٦٨، التهذيب ٦: ١٨٣، حديث ٣٧٦.

٣- ٣) الدروس: ٣٧٢.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٢. [١]

و تزول مع الاضطرار اليه، فيقتصر على كفايته و مؤنه عائلته على الاقتصاد، مطلقه، و الروايه عن الرضا عليه السلام تدل على جواز الاستدانه مع الحاجه (١)، و روايه سلمه تدل على تقييد ذلك بوجود ما يوفى به، أو الولي الذي يقضى عنه (٢)، فحينئذ المعتمد ما في التذكره.

قوله: (و تزول مع الاضطرار إليه).

أى: و تزول الكراهيه مع الاضطرار الى الدين، فلا مرجع فى اللفظ لهذا الضمير، و لو خاف على نفسه و عياله و جبت الاستدانه، يدل على الأول أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و الحسنين عليهما السلام ماتوا و عليهم دين (٣). و الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولي و عدمه. نعم، لو تمكن من الصدقه حيث لا وفاء و لا ولي كرهت.

قوله: (فيقتصر على كفايته و مؤنه عائلته على الاقتصاد).

قد يستفاد من العبارة: الاقتصاد فى الاستدانه حينئذ على ما تندفع به حاجته، و إن لم يبلغ مرتبه الاقتصاد فى النفقه، أما بالنسبه إلى عياله فيستدين ما يبلغ مرتبه الاقتصاد، و لا- يتجاوز إلى التوسع به بناء على أن قوله: (على الاقتصاد) مقصور على مؤنه عائلته. و لو جعل قيدهما أمكن أن تتخيل منافاه قيد الكفايه له، من حيث أن قيد الكفايه دون مرتبه الاقتصاد، إلا أن تنزل الكفايه على الكفايه عاده، فيكون لقيد الاقتصاد حينئذ موضع.

و الذى ينبغى أن يقال: إن سقوط كراهيه الاستدانه منوط بالحاجه، فالمقدار المحتاج إليه بالنسبه إلى نفسه و عياله لا كراهيه فيه، مع رعايه وجود أحد

ص: ٨

١- (١) الكافى ٥: ٩٣، حديث ٣، التهذيب ٦: ١٨٤، حديث ٣٨١.

٢- (٢) التهذيب ٦: ١٨٥، حديث ٣٨٣.

٣- (٣) المحاسن: ٣١٩، حديث ٤٦، الكافى ٥: ٩٣، حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ١١١، حديث ٤٦٩، علل الشرائع: ٥٩٠، حديث ٣٧، التهذيب ٦: ١٨٣، حديث ٣٧٨.

و يجب العزم على القضاء. و يكره لصاحب الدين النزول عليه، فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام. و ينبغي له احتساب ما يهديه إليه مما لم تجر له به عادة من الدين، و الأفضل للمحتاج قبول الصدقه و لا يتعرض للدين.

الأمرين: الوفاء، و الولي، و ما عداه يكره بغير تفاوت.

قوله: (و يجب العزم على القضاء).

بالنص و الإجماع، فقد روى: أنه يعان عليه، و أنه ينقص من المثونه بقدر نقصان النيه (١).

قوله: (و يكره لصاحب الدين النزول عليه).

أى: على المديون، و إن لم يجز له ذكر بخصوصه، لدلاله ما سبق عليه.

قوله: (فان فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام).

و حرم الحلبي ما زاد عليها (٢)، و الصحيح أنه مكروه كراهيه شديده، و فى روايه سماعه (٣)، و غيرها: النهى عن أكل طعامه بعد الثلاثه (٤)، و هى الكراهيه الشديده.

قوله: (و ينبغي له احتساب ما يهديه اليه، مما لم تجر له به عادة من الدين).

هذا الحكم للاستحباب، لأمر على عليه السلام بذلك (٥)، و هو للاستحباب قطعاً، لأن الهديه يجوز (٦) قبولها مطلقاً.

ص: ٩

١- ١) الكافي ٥: ٩٥ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٢ حديث ٤٧٣، التهذيب ٦: ١٨٥ حديث ٣٨٤.

٢- ٢) الكافي فى الفقه: ٣٣١ [١]

٣- ٣) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ٢، الفقيه ٣: ١١٥ حديث ٤٩١، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٤.

٤- ٤) الكافي ٥: ١٠٢ حديث ١، التهذيب ٦: ١٨٨ حديث ٣٩٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ١٠٣ حديث ١، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٤، الاستبصار ٣: ٩ حديث ٢٣.

٦- ٦) فى «م»: يجب، و ما أثبتناه من النسخه الحجرية، و هو الصحيح.

و لو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته، أما لو استدان فيه فالوجه الجواز. قوله: (و لو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته).

ظاهر هذه العبارة: أنه التجأ إلى الحرم متحصنا به من المطالبه بالدين، إذ لا يقال لمن دخل حصنا اتفاقا، أو لحاجه أخرى، و لا لمن جاء شخصا مهايا لا لغرض التحصن به ملتجئا اليه.

فعلى هذا لو دخل الحرم لنسك و نحوه، لا على قصد الالتجاء تجوز مطالبته إذا كان موسرا، و اختاره في التحرير (١) و هو فتوى ابن إدريس (٢).

و ذهب المصنف في المختلف: إلى كراهيه المطالبه و إن أدانه خارج الحرم (٣). و ألحق بعض الأصحاب مسجد النبي صلى الله عليه و آله و المشاهد المشرفه بالحرم (٤).

و إطلاق قوله تعالى (وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا) (٥)، و صريح قول الصادق عليه السلام في الغريم يطوف: «لا تسلم عليه و لا ترغمه حتى يخرج من الحرم» (٦) يقتضى التحريم مطلقا، و هو المتجه، لكن يضيق على الممتنع بالحرم في المأكل و المشرب، بان يمنع منه و من أسباب النقل كما دلت عليه و الروايه (٧)، و قد سبق التنبيه عليها في كتاب الحج.

قوله: (أما لو استدان فيه فالوجه الجواز).

لأن سبب المطالبه- و هو الاستدان- قد تحقق في الحرم.

فان قيل: قد بطلت سببته بكونه في الحرم.

ص: ١٠

١- ١) تحرير الأحكام ١: ١٩٩. [١]

٢- ٢) السرائر: ١٦٢.

٣- ٣) المختلف: ٤١٠.

٤- ٤) منهم: أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣١.

٥- ٥) آل عمران: ٩٧. [٢]

٦- ٦) الكافي ٤: ٢٤١ حديث ١، [٣] التهذيب ٦: ١٩٤ حديث ٤٢٣، و فيهما: و لا تروعه.

٧- ٧) الكافي ٤: ٢٢٨ حديث ٤، التهذيب ٥: ٤١٩ حديث ١٤٥٦.

و يجب على المديون السعى فى قضاء الدين، و ترك الإسراف فى النفقه، بل يقنع بالقليل. قلنا: فتمتنع المطالبه مطلقا، و هو باطل بالإجماع.

فإن قيل: بطلان سببته ما دام فى الحرم.

قلنا: إذا لم يستحق المطالبه حين القرض لم يستحقها أصلا، لانتفاء سبب آخر يقتضيها.

فإن قيل: اقتضى استحقاق المطالبه بعد الخروج.

قلنا: لا دليل على ذلك إلا عموم (و من دخله كان آمنا) (١). و ليس التمسك به فى هذا الفرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الداله على استحقاق المطالبه بالدين، و الإجماع الواقع على ذلك، مع أن ذلك مفض الى منع المداينه فى الحرم، لأن المدين إذا علم منعه من المطالبه امتنع من الإيدانه، و فى ذلك ضرر و تضيق على الناس، و لأن الجنايه الواقعه فى الحرم تجوز المطالبه بها، فالدين أولى، لأنه أخف.

و اعلم أن ظاهر عباره المصنف: أن غير الملتجئ الى الحرم لا- تحرم مطالبته، فقوله بعد ذلك: (أما لو استدان.) ليس بذلك الفصيح، فإن المستدين فى الحرم أحد قسمى غير الملتجئ.

قوله: (و يجب على المديون السعى فى قضاء الدين).

ظاهر هذا الإطلاق و جوب السعى مطلقا حتى بالتكسب، و سيأتى فى أحكام الفلاس عدم و جوب التكسب عند المصنف، و اختار فى الدروس و جوب ما يليق بحاله (٢)، و فيه قوه، و سيأتى بيان ما فيه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و ترك الإسراف فى النفقه، بل يقنع بالقليل).

بين مفهومى هذين الكلامين تخالف، فإن تحريم الإسراف يفهم منه حل

ص: ١١

١-١) آل عمران: ٩٧. [١]

٢-٢) الدروس: ٣٧٢.

و لا يجب أن يضيق على نفسه، و لو طولب و جب دفع ما يملكه أجمع عدا دار السكنى، و عبد الخدمه، و فرس الركوب، و قوت يوم و ليله له و لعيله إن كان حالاً، و عند حلول الأجل مع المطالبه إن كان مؤجلاً.

و لا تصح صلاته فى أول وقتها، و لا شىء من الواجبات الموسعه ما عداها، و وجوب القناعه بالقليل يقتضى المنع مما سواه و إن لم يكن سرفاً.

و الذى يقتضيه النظر و جوب الكف عما عدا المستثنى له من قوته و قوت عياله بالمعروف، و لا- يجب عليه أن يقنع بما دون ذلك.

و عبارته التحرير (١) و الدروس: يجب الاقتصاد فى النفقه (٢)، و لعله المراد من قوله: (يقنع بالقليل) و إن لم يكن متبادراً منه، فيكون الممنوع منه هو التوسع التى هى فوق الاقتصاد و إن لم يعد سرفاً.

و يبعد أن يراد قناعته بالقليل: الذى يسد رمقه بالنسبه إلى نفسه، و إن كان بالنسبه إلى عياله يراعى الاقتصاد، إذ لا دليل يدل على ذلك.

قوله: (و قوت يوم و ليله له و لعيله).

الاقتصاد من غير تفاوت بينه و بينهم، و كذا تستثنى له ثياب بدنه، و لو كانت هذه نفيسه، فهل يجب استبدال أدون منها، و صرف تفاوت القيمتين فى الدين؟ فيه خلاف، و لا شبهه انها لو كانت مع نفاستها لائقه بحاله لم يجب البيع.

قوله: (و عند حلول الأجل مع المطالبه).

قيل: لا حاجه الى قوله: (مع المطالبه)، لأن ذلك فى حيز قوله: (و لو طولب).

قلنا: تجوز إعادته، لبعده العهد به.

قوله: (و لا تصح صلاته فى أول وقتها).

لأن الأمر بالأداء على الفور يقتضى النهى عن ضده، و النهى فى العباده

ص: ١٢

١- ١) تحرير الأحكام ١٩٩: ١. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣٧٢.

المنافيه فى أول أوقاتها قبل القضاء مع المطالبه، و كذا غير الدين من الحقوق كالزكاه و الخمس.

يقتضى الفساد، و كل من المقدمتين تبين فى الأصول. و فى الأولى كلام، فإن الذى يقتضى الأمر بالأداء النهى عنه هو ترك الأداء، و هو الضد العام الذى يسميه أهل النظر النقيض، أما الضد الخاص كالصلاه مثلا فلا.

فان قيل: الضد العام إنما يتقوم بالأضداد الخاصه، فيكون الضد الخاص أيضا منها عنه.

قلنا: المطلوب فى النهى هو الكف عن الشىء، و الكف عن الأمر العام غير متوقف على شىء من الأمور الخاصه، حتى يكون شىء منها متعلق النهى، لإمكان الكف عن الأمر الكلى من حيث هو هو، و ليس ذلك كالأمر بالكلى، لأن إيجاد الكلى بدون أحد جزئياته ممتنع، على أن المحقق بين حذاق الأصوليين: أن الأمر بالكلى ليس أمرا بشىء من جزئياته و إن توقف عليها من باب المقدمه، لأن وجوبه حينئذ من باب المقدمه، لا من نفس الأمر.

فإن قيل: يمكن الاحتجاج بأن أداء الدين مأمور به على الفور، و لا يتم إلا بترك العباده الموسعه، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، و ما وجب تركه ففعله منهى عنه، فتثبت الصغرى.

قلنا: فى قوله: و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب بحث، فإنه إن أريد بذلك العموم منع، لأن الواجب الموسع لم يقم دليل على أن تركه يكون مقدمه لواجب آخر مضيق. و ظاهر الأوامر الوارده به: الإطلاق فى جميع وقته، إلا ما أخرجه دليل.

و إن أريد به ما سوى ترك الواجب فهو حق، إلا أن المتنازع فيه من قبيل ما كان ترك الواجب فيه هو المقدمه.

فإن قيل: وجوب القضاء على الفور ينافى وجوب الصلاه فى الوقت الموسع، لأنه حين وجوب الصلاه إذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق، و هو باطل، و إن لم يبق خرج الواجب عما ثبت له من صفه الوجوب

الفورى.

قلنا: لا نسلم لزوم تكليف ما لا يطاق، إذ لا يمتنع أن يقول الشارع:

أوجبت عليك كالا- من الأمرين، لكن أحدهما مضيق، و الآخر موسع، فان قدمت المضيق فقد امتثلت [و سلمت من الإثم، و إن قدمت الموسع فقد امتثلت] (١) و أثمت بالمخالفة فى التقديم.

و الحاصل: أن الأمر يرجع الى وجوب التقديم، و كونه غير شرط فى الصحة، و الامتثال مع انتقاضه بتضييق الوقت، فإنه إن بقى الوجوب لزم ما سبق، و إن خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب، مع أنه لا دليل على الترجيح، إذ هما واجبان مضيقان قد تعارضا.

فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب، لئلا يلزم المحذور، و الدلائل تدل على خلافه، و مع تسليمه فلا دليل يقتضى خروج واحد بعينه من الصلاة فى آخر الوقت و قضاء الحق المضيق، فالحكم بصحة الصلاة فى آخر الوقت أيضا باطل، لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، و لانتقاضه بمناسك يوم النحر، فان الترتيب فيها واجب، و لو خالف أجزاء عن الواجب الذى فى الذمه.

و إنما تجزئ ان لو كانت واجبه مع عدم الترتيب، لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب، و إنما يعقل الوجوب على التقديرين، و التأثيم على تقدير واحد بخصوصه بناء على ما قدمناه.

فلو كان وجوب شىء يقتضى إيجاب ما يتوقف عليه و إن كان مقابله واجبا، لامتنع الإجزاء هنا و فى كل موضع أشبهه، و هذا من غوامض التحقيقات، و هذا أصل تبتنى عليه كثير من المسائل، فيجب التنبيه له.

و لا- شك أن الحكم بعدم الصحة أحوط، و أزجر للنفوس عن التهاون فى أداء الحقوق الفوريه، و إن كان الفقه هو القول بالصحة.

ص: ١٤

(١-١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م»، و أثبتناه من الحجرى لتوضيح المطلب.

و تباع دار الغله، و فاضل دار السكنى، و دار السكنى إن كانت رهنا.

و لو غاب المدين و جب على المديون نيه القضاء، و العزل عند وفاته، و الوصيه به ليوصل الى مالكة أو وارثه. و لو جهله اجتهد فى طلبه، فإن أيس منه قيل: يتصدق به عنه.

قوله: (و تباع دار الغله).

المراد بها: الدار المرصده للنماء، كالبيت المعد للإجاره و نحو ذلك.

قوله: (و لو غاب المدين و جب على المديون نيه القضاء).

قد يقال: سبق وجوب العزم على القضاء مطلقا، فلا معنى لذكره هنا، إلا أن يقال: الحكم هنا أكد، أو يحمل على اراده وجوب تجديده، و فيه شيء.

قوله: (و العزل عند وفاته).

فلا يجب قبل ذلك عند الغيبه، خلافا لظاهر عباره الشيخ (١)، و ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاء إجماعى، و وجهه ظاهر، فإنه أبعد عن تصرف الورثه فيه، و أبقى للتعليل فى أدائه.

قوله: (ليوصل الى مالكة أو وارثه).

المراد: عند فقد المالك، و هو ظاهر.

قوله: (فإن أيس قيل: يتصدق به).

ظاهره التوقف فى ذلك، و كذا فعل فى التذكره (٢)، و ذهب فى المختلف الى الجواز (٣) تبعا للشيخ (٤) و جماعه، و ظاهر الروايه الصحيحه مشعر بالمنع، للأمر بطلب المدين عند قول السائل: فأصدق به (٥). و لا دلالة فيها، لأن وجوب الطلب

ص: ١٥

١-١) النهايه: ٣٠٧

٢-٢) التذكره ٣: ٢.

٣-٣) المختلف: ٤١١.

٤-٤) النهايه: ٣٠٧.

٥-٥) التهذيب ١: ١٨٨ حديث ٣٩٦.

و المعسر لا- تحل مطالبته و لا- حبسه، و يجوز له الإنكار و الحلف إن خشى الحبس مع الاعتراف، و يورى و ينوى القضاء مع الممكنه.

و لو استدان الزوج النفقه الواجبه و جب على الزوج دفع كما يحتمل و جوبه دائما يحتمل و جوبه الى زمان اليأس منه.

و ذهب ابن إدريس إلى و جوب الدفع الى الحاكم (١)، و لا شبهه فى جوازه، أما الوجوب فلا دليل عليه، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه، و القول بالصدقه لا محيد عن جوازه عند فقد الحاكم.

و مع وجوده فيمكن أولويه الصدقه على الدفع الى الحاكم، لأنها إحسان محض بالنسبه إلى المالك، لأنه مع وجوده يجب ضمان العوض، و مع عدم الظفر به هو عباده و بر بالنسبه اليه، و (ما على المحسنين من سبيل) (٢).

فإذا دفع الى الحاكم لم يؤمن تلفه بغير تفريط فيفوت الأمران، هذا مع اعتضاده بالشهره، و الاذن بالصدقه فى عدده نظائر لهذا، فالعمل به هو الأصح.

نعم، الأولى مراجعه الحاكم فى الصدقه، لأنه أبصر بمواقعها، و هذه الصدقه من قبيل المندوبات، فتصرف الى مستحقيها، و وجوبها على المديون بالعارض لا يصيرها واجبه، إذ هو بمنزله الوكيل و الوصى.

قوله: (و يورى).

أى: يقصد بإنكاره و حلفه على نفى الاستحقاق ما يخرج عن الكذب، و هذا الحكم على سبيل الوجوب، لأن الكاذب ملعون. و التوريه: أن يقصد باللفظ خلاف ظاهره، كأن يقصد بقوله: لا دين لك على: لا دين يجب أدائه الآن.

قوله: (و لو استدان الزوج النفقه الواجبه و جب على الزوج دفع عوضه).

ص: ١٦

١-١) السرائر: ١٦٣.

٢-٢) التوبه: ٩١. [١]

عوضه. ولا تصح المضاربه بالدين قبل قبضه، لان تعينه بقبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، وإلا فللمالك و عليه الأجره.

المتبادر من دفع العوض: دفعه الى المدين، و هو قول الشيخ (١)، و ظاهر روايه السكوني دال عليه (٢)، و أنكره ابن إدريس، و قصر الوجوب على الدفع إلى الزوجه و القضاء عليها، لأنها الغريم دونه (٣).

و وجهه في المختلف كلام الشيخ: بأن الزوجه كالوكيل عن الزوج، فيجب عليه القضاء (٤). و فيه منع، لأن استحقاقها النفقه لا يصيرها كالوكيل، و كلام ابن إدريس هو المتجه، و إن كان العدول عن ظاهر الروايه لا يخلو من شيء.

و لو حمل الأمر بقضاء الزوج عنها على دفع ذلك إليها-لأنه حينئذ يتمكنه إياها من القضاء كأنه قضى عنها-لكان عدولا عن الظاهر و ارتكابا للمجاز قوله: (و إلا فللمالك).

أى: إن اشترى بالعين و أجاز المالك، لبطلان الإذن السابق بفساد المضاربه، و إن اشترى في الذمه فالربح للعامل، و إنما تثبت له الأجره على تقدير ثبوت الربح للمالك.

و تقدير قوله: (و إلا فللمالك): و إن لم يكن المديون هو العامل بل كان ثالثا، و الفرق: أنه إذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك، لكونه الى الآن في يد المديون، بخلاف ما إذا كان قبضه الثالث، فإنه و كيل للمالك.

فان قلت: اذنه في القبض له إنما يثبت بالمضاربه الفاسده، فلا يعتد به، كما لا يعتد به بسائر الأشياء التي تضمنتها العقود الفاسده.

قلنا: هذا مخصوص بما إذا كانت تلك الأمور المتضمنه من توابع العقود

ص: ١٧

١-١) النهاية: ٣٠٧.

٢-٢) التهذيب ١٩٤: ٦ حديث ٤٢٦.

٣-٣) السرائر: ١٦٣.

٤-٤) المختلف: ٤١٢.

و يصح بيع الدين على من هو عليه و على غيره، فيجب على المديون دفع الجميع إلى المشتري و إن كان الثمن أقل على رأى.

و لو باع الذمى على مثله خمرا، أو خنزيرا جاز أخذ الثمن فى الجزية و الدين، و لو كان البائع مسلما لم يحل.

و لا تصح قسمه الدين، فلو اقتسما ما فى الذمم كان الحاصل لهما و التالف منهما، نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته و قبل المدينان الفاسده، أما إذا اقتضى اللفظ مضاربه و وكاله، لاشتماله على الاستنابه فى التصرف، فإن فساد المضاربه لا يقتضى فساد الوكاله، كما لو باعه و آخره فى عقد واحد، و اختل بعض شروط البيع، فإن الإجاره صحيحه و إن فسد البيع.

قوله: (و يصح بيع الدين على من هو عليه و على غيره، فيجب على المديون دفع الجميع إلى المشتري).

هذا هو الأصح خلافا للشيخ، حيث أوجب قيمه ما دفعه المشتري الى صاحب الدين (١) تعويلا على روايه ضعيفه (٢)، و الأكثر على خلافه، و دلائل الكتاب (٣) و السنه تدل على استحقاق الجميع (٤).

و لا يخفى أنه لا بد من رعايه السلامه من الربا لو كانا ربويين، و قد نبه عليه المصنف فى كلامه بعد، و كذا يشترط رعايه شروط الصرف لو كانا من الأثمان، و منع ابن إدريس من بيع الدين على غير من هو عليه (٥)، و هو ضعيف.

قوله: (و لا تصح قسمه الدين، فلو اقتسما ما فى الذمم كان الحاصل لهما، و التالف منهما، نعم، لو أحال كل منهما صاحبه بحصته، و قبل المدينان صح).

ص: ١٨

١-١) النهايه: ٣١١.

٢-٢) الكافى ٥: ١٠٠ حديث ٣، [١] التهذيب ٦: ١٩١ حديث ٤١٠.

٣-٣) البقره: ٢٨٣.

٤-٤) الكافى ٥: ١٠٠ حديث ٢ و ٣، [٢] التهذيب ٦: ١٨٩ حديث ٤٠١.

٥-٥) السرائر: ١٦٣.

صح. و لا- يصح بيع الدين بدين آخر، و لا- بيعه نسيئه، و لو كان الثمن و المثل من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوى قدرا، و الحلول.

و أرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها، و كذا السهم من الزكاه و الخمس.

المطلب الثانى: فى القرض

إشاره

المطلب الثانى: فى القرض:

و فيه فضل كثير، و هو أفضل من الصدقه بمثله فى الثواب. لكن الحواله الأولى حواله ممن ليس فى ذمته دين، فيبنى على صحتها، و سيأتى تحقيقها، إلا أن يفرض سبق دين له عليه، و العبارة خاليه من هذا القيد، و ذهب فى الدروس الى جواز الصلح على ما فى الذمم بعضا ببعض (١)، و هو محتمل.

قوله: (و لا يصح بيع الدين بدين آخر، و لا بيعه نسيئه).

أما الأول: فلأنه بيع الكالئ بالكالئ، كأن يبيع ما فى ذمه زيد بما فى ذمه عمرو. و أما الثانى، فقد قال الشيخ فيه بالكراهيه (٢)، و منعه ابن إدريس (٣)، و هو الأصح، لكونه بيع دين بدين.

قوله: (و أرزاق السلطان).

لأن ذلك كله غير مملوك، و إنما يملك بالقبض.

قوله: (و هو أفضل من الصدقه بمثله فى الثواب).

الجار فى (بمثله) يحتمل أن يتعلق ب(الصدقه)، فيكون المعنى: القرض بشىء أفضل من الصدقه بمثل ذلك، و أفضليته فى الثواب، فيكون الجار فى قوله: (فى الثواب) متعلقا ب(أفضل).

و قد يقال: إن الأفضليه هنا لا تكون إلا باعتبار الثواب، فقد يقال: إن فى الثواب مستدر ك. و يحتمل أن يكون الجار الأول متعلقا ب(أفضل) أيضا،

ص: ١٩

١-١) الدروس: ٣٨٠.

٢-٢) قاله فى النهايه: ٣١٠.

٣-٣) السرائر: ١٦٨.

و لا- بد فيه من إيجاب صادر عن أهله، كقولك: أقرضتك، أو تصرف فيه، أو انتفع به، أو ملكتك و عليك رد عوضه، و شبهه. و قبول، و هو ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً. و يكون المعنى المراد: أن القدر المقرض أفضل من المتصدق به بمقدار مثله فى الثواب.

و يرد عليه: أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله، فيكون فاسداً، و هذا اللفظ المذكور فى العبارة نقله الشيخ رحمه الله روايه (١).

قوله: (و لا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله- إلى قوله: -و قبول، و هو: ما يدل على الرضى قولاً أو فعلاً).

ظاهر عباراتهم: أنه لا بد من الإيجاب القولى، و عبارته التذكرة أدل على ذلك (٢).

و يرد عليه: أنه قد سبق فى البيع الاكتفاء بالمعاطاه، التى هى عبارته عن الأخذ و الإعطاء، فإن اكتفى فى العقد اللازم بالإيجاب و القبول الفعلين، فحقه أن يكتفى بهما هنا بطريق أولى.

و ليس ببعيد أن يقال: إن انتقال الملك الى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحه التصرف إذا دلت القرائن على ارادتها.

قوله: (و عليك رد عوضه).

هذا معتبر فيما عدا (أقرضتك)، لأن الإذن فى التصرف و الانتفاع و التمليك أعم من استحقاق رد العوض، الذى هو جزء مفهوم القرض، فلا بد من لفظ يدل عليه ليكون قرضاً، فيكون التقدير: أو تصرف فيه و عليك رد عوضه، أو انتفع به و عليك رد عوضه، و كذا الباقي.

قوله: (و شبهه).

يمكن عود الضمير الى قوله، أى: لا بد من إيجاب كقوله كذا و شبه هذا

ص: ٢٠

١-١) النهاية: ٣١٢.

٢-٢) التذكرة ٥: ٢.

و شرطه عدم الزيادة فى القدر أو الصفه، فلو شرطها فسد، و لم يفد جواز التصرف و إن لم يكن ربويا. و لو تبرع المقرض بالزيادة جاز.

و لو شرط رد المكسِّره عوض الصحيحه، أو الأتقص، أو تأخير القضاء لغا الشرط و صح القرض، لأنه عليه لا له. القول، و يمكن عوده الى قوله: (و عليك رد عوضه) بتأويل هذا، و المعنى و شبه هذا، و الأول أدل، لأنه أشمل.

قوله: (فلو شرطها فسد، و لم يفد جواز التصرف و إن لم يكن ربويا).

أى: فلو شرط الزيادة فى قدر المقرض، أو فى صفته كائنى عشر فى عشره، و الصحيحه فى المكسره فسد القرض، للنصوص الداله على صحته مع الزيادة إذا لم يشترطها (1)، و لا تفيد المقرض جواز التصرف، لأنَّ العقد المتضمن للإذن فى التصرف بجهه القرض قد فسد، فانتفت جهه الإذن، فانتفى الإذن.

و قوله: (و إن لم يكن ربويا) حاول به التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقا، لا كالبيع الذى إنما يمنع فيه من الزيادة فى الربويات، و لعل السرفيه: أن البيع مبنى على المغالبه و المكايسه، و القرض إنما جعل للارتفاق و محض الإحسان.

قوله: (و لو شرط رد المكسره عوض الصحيحه) -إلى قوله: -لغا الشرط و صح القرض، لأنه عليه لا له).

قيل عليه: الدليل لا يرتبط بالدعوى، فأنَّ كون الشرط عليه لا له إذا كان فاسدا لاغيا كيف يصح القرض؟ مع أنه لم يقع التراضى إلا على الوجه المتضمن للشرط.

و جوابه: أن فى ذلك تنبيها على أن هذا الشرط كما دل على الرضى

ص: ٢١

و لو شرط رهنا أو كفيلا به جاز، لأنه أحكام ماله. أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز، بالقرض معه دل على الرضى به بدونه، لأنه إذا رضى بما عليه رضى بما له بطريق أولى، فيكون الرضى بالقرض واقعا على وجهين:

أحدهما: مدلول عليه بمنطوق اللفظ، والآخر: مدلول عليه بمفهوم الموافقه، فإذا امتنع أحدهما لغا و صح القرض باعتبار الوجه الآخر.

و اعلم أن المصنف قال في التذكرة في هذه المسألة: والأقوى عندي صحته لا لزومه، كما لو شرط التأجيل (١).

و تنقيح هذا: أن الشرط المنهى عنه هو المتضمن للزيادة في العين أو الصفه بالنسبه إلى المقرض. أما ما يقتضى الزيادة للمقترض فليس بمنهى عنه، بل هو من كمال المعروف، وإنما لم يلزم، لأن القرض مبنى على المماثلة بين المقرض و العوض حالا، فإذا شرط له ترك البعض أو التأخير فقد وعده بالإحسان، و لا يجب الوفاء به، إنما الواجب أداء ما اقتضاه القرض.

قوله: (و لو شرط رهنا أو كفيلا به جاز، لأنه أحكام ماله).

يجب أن تكسر همزه (إحكام)، أى: لو شرط رهنا بالقرض أو كفيلا به جاز ذلك، و لم يعد زياده، إذ هو تأكيد لمقتضى القرض، اعنى برد العوض، فهو إحكام لماله، و جعله على وجه الحكمة.

قوله: (أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز).

أى: بخلاف ما لو شرط فى القرض رهنا بدين آخر، فإنه موضع خلاف، و الأقرب جوازه، و وجه القرب: أن ذلك ليس زياده فى مال المقرض، وإنما هو شرط خارج عنه، و إن كان زياده بحسب الواقع، فإن المنهى عنه هو الزيادة فى مال المقرض.

نعم، ظاهر ما رواه العامه من قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «كل

ص: ٢٢

و كذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر، أو يبيعه بثمن المثل، أو بدونه، أو يسلفه، أو يستلف منه. و لو قال: أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صحح و لم يجب الوعد، قرض يجر منفعه فهو حرام» (1) منافع له. و يحتمل ضعيفا التحريم، لتحقق زياده المنفعه.

قوله: (و كذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه، أو يقرضه آخر).

أى: يجوز أن يقرضه شيئا بشرط أن يقرضه شيئا آخر، و ربما قيّد بأن يكون ذلك لمحض الإحسان لا لخوف و نحوه يحصل بالقرض مصلحه و نفع للمقرض، و قد عرفت أن الزيادة الممنوع من اشتراطها هي ما كانت في مال القرض.

قوله: (أو يبيعه بثمن المثل، أو بدونه).

قيل بالمنع فيما إذا اشترط أن يبيعه بدونه لجر المنفعه، و هو مردود بما ذكرناه.

قوله: (و لو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صحح، و لا يجب الوعد).

قد سبقت هذه المسأله في قوله: (أو يقرضه آخر) و لعله إنما أعادها لبيان عدم وجوب الشرط، لأنه وعد. و تنقيحه: أن هذه زياده مشروطه من قبل المقرض، فهي عليه، فلا يلزم، و لكنها تجوز كما في اشتراط الأجل، و لا يلزم فساد العقد، بخلاف ما لو كانت الزيادة مشروطه للمقرض، فان العقد يفسد، للنهي عن الشرط المقتضى لفساده، و انتفاء رضى المقرض بدونه، و في الشرط الذى عليه رضاه ثابت معه و بدونه بطريق أولى، فلا يفسد، و لا يلزم.

ص: ٢٣

١ - ١) الجامع الصغير ٢: ٢٨٤ حديث ٦٣٣٦. و فيه: «كل قرض جرّ منفعه فهو ربا».

بخلاف البيع. و يصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره، فإن كان مثليا ثبت في الذمه مثله كالذهب و الفضة و زنا، و الحنطه و الشعير كيلا و وزنا، و الخبز و زنا و عددا، للعرف. و غير المثلى تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبه، قوله: (بخلاف البيع).

لأنه عقد لازم من الطرفين، فما تضمنه من الشروط الصحيحه معتبره في العوضين، فيلزم.

قوله: (و الخبز و زنا و عددا للعرف).

(للعرف) متعلق بقوله: (عددا) أى: يجوز اقتراضه عددا و إن كان فيه أكبر و أصغر، لا بتناء العرف على المسامحه فى ذلك، و مثله الجوز، و به روايه عن الصادق عليه السلام (١).

قوله: (و غير المثلى تثبت قيمته وقت القرض، لا يوم المطالبه).

و ذلك، لأنّ ما كان من ذوات القيم إنما تعتبر فيه قيمه، نظرا إلى أنه الذى يقابل به و يعد عوضا عنه، و لأنه أضبط لبعده عن الزيادة و النقصان.

و فى التذكرة: أن ما يضبط بالوصف - و هو ما يصلح للسلم - الأقرب أنه يضمه بمثله من حيث الصورة (٢)، استدلالا بأن النبى صلى الله عليه و آله استقرض بكرا ورد بازلا (٣). و لا دلالة فيه، لأنه أعم من الوجوب، فإنهما إذا تراضيا لا بحث.

و أيضا فإنه صلى الله عليه و آله قصد إعطاءه خيرا مما اقترض منه، فيتحقق أنه غير الواجب، إذا ثبت هذا فالواجب قيمه وقت القرض، لأنه وقت الثبوت فى الذمه لا قيمه يوم المطالبه.

ص: ٢٤

١- (١) الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٣.

٢- (٢) التذكرة ٥: ٢. [١]

٣- (٣) سنن البيهقي ٥: ٣٥٣.

و لو تعذر المثل فى المثلى وجبت القيمه يوم المطالبه. و يجوز اقتراض الجوارى و اللآلىء، لما قلناه من ضمان القيمه. و يملك المقترض القرض بالقبض، فليس للمقرض ارتجاعه، بل للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل، فلو اقترض من ينعق عليه انعتق بالقبض.

و لو شرط الأجل فى القرض لم يلزم، لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً فى عقد لازم فيلزم. قوله: (و لو تعذر المثل فى المثلى وجبت القيمه يوم المطالبه).

لأنه وقت الانتقال إلى القيمه، و سيأتى فى آخر الفروع فى الدراهم ثبوت القيمه وقت التعذر.

قوله: (و يجوز اقتراض الجوارى و اللآلىء، لما قلناه من ضمان القيمه).

و إن لم يجز السلف فيها، لأن ضبطها بالوصف غير محتاج إليه للاستغناء بوجوب القيمه.

قوله: (لكن يصح أن يجعل أجله شرطاً فى عقد لازم، فيلزم).

أورد شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه على ذلك اشكالا، حاصله: أنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فمسلم، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازماً، و لا يقتضيه كما هو ظاهر، إذ العقود المشروط فيها شروط لا تقتضى لزومها، بل فائدها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها.

و إن أريد لزوم ذلك الشرط فى نفسه -بمعنى أنه لا- سبيل إلى الإخلال به -لم يطرد، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع و ما هو واقع، و يجعل التأجيل من قبيل الواقع، فيتم هذا.

و يمكن الجواب بأن المراد بكون الشرط لازماً: وجوب الوفاء به، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم، لأنه من جملة مقتضياته.

و كذا لا يلزم لو أجل الحال بزياده فيه، و لا تثبت الزيادة، و تسلط من تعلق غرضه [به على الفسخ بدونه لا ينافى هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط] (١) و العقد لازما من طرف المشتري له، و من طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازما مع الإتيان بالشرط لا بدونه، و هذا معنى واضح صحيح.

نعم، ما سبق من أن اشتراط العتق في العبد المبيع إذا أخل به المشتري يسلب البائع على الفسخ، و ليس له إجبار المشتري مناف لهدا، و إن كان المختار أن له الإجبار فلا منافا.

و ما ذكره من الفرق بين الشرط الذى سيفعل و غيره أيضا متجه، فلا يبعد أن يقال: إذا شرط تأجيل الحال فى عقد لازم كان كما لو شرطه فى العوض الواقع فى ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط.

و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال فى عقد لازم، و ليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلانى، و مثله ما لو باعه بكذا و اشترط له سكنى الدار سنه، فإن ذلك يصير حقا له كاستحقاق العوض.

قوله: (و كذا لا يلزم لو أجل الحال بزياده فيه، و لا تثبت الزيادة).

و لا يحل أخذها لو بذلت بمجرد جعلها فى مقابل التأجيل، نعم لو شرط التأجيل مع الزيادة فى عقد لازم صح. و قيد فى التذكرة (٢) بما إذا كانت الزيادة فى ثمن ذلك المبيع الذى تضمن عقده الشرط لا فى الدين، لأن ذلك ربا، كما علل به فى موضع آخر، و هو متجه.

و هنا فائده، و هى: أن الشروط الواقعة فى عقد القرض أقسام:

الأول: ما يفسده، و هو اشتراط الزيادة للمقرض فى نفس مال القرض.

الثانى: ما يكون لغوا أو وعدا، و هو الزيادة للمقرض من غير أن يكون

ص: ٢٤

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م»، و أثبتناه من الحجرى لاقتضاء السياق له.

٢- ٢) التذكرة ٧: ٢.

و له تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضى. للمقرض زياده.

الثالث: ما يكون مؤكدا كاشتراط رهن، و هو صحيح قطعا.

الرابع: ما يكون زياده للمقرض، لكن لا فى مال القرض، و فى صحته تردد، و الأصح الصحه.

الخامس: ما يكون وعدا محضا، كما لو أقرضه شيئا، و شرط له أن يقرضه شيئا آخر لمحض الإحسان.

إذا عرفت ذلك فلا بد من الفرق بين هذه الشروط فى الأحكام.

ففى الأول: معلوم بقاء مال القرض على ملك المقرض.

و فى الثانى: إن كان الشرط لغوا فلا بحث، و إن كان وعدا فمعناه: إن و فى به كان حسنا، و إلا لم يأنم. و وجهه: أن المقرض أحسن إلى المقرض، و شرط له فى ذلك الإحسان إحسانا آخر لنتفعه فقط، فلا يجب عليه، لانتفاء المقابله المقتضيه للوجوب.

و فى الثالث، و الرابع: يجب عليه الوفاء، لأن المقرض لم يرض بالقرض إلا على ذلك التقدير المشترط، و قد رضى المقرض به على ذلك الوجه، فيجب الوفاء به. و إن لم يفعل أثم، و لم يكن له إجباره قطعا، لأن القرض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه، فله أن يفسخه حالا.

و هل يتوقف وجوب الدفع على المطالبه بمال القرض، أم يجب دفعه بمجرد المطالبه بالشرط مع عدم الوفاء به؟ وجهان، و فى الأول قوه.

قوله: (و له تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضى).

لأن ذلك حق لهما، فلا بد من تراضيهما بالإسقاط، و لا فرق فى اعتبار التراضى بين تعجيل بغير شىء أو بإسقاط البعض، لأن الأجل حق لهما لترتب حق كل منهما عليه، فإنه كما قد تضر المطالبه بمن له الأجل قبله، كذا قد يضر التسليم حالا بالآخر.

ألو قال:ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض

ألو قال:ملكتك و عليك رد عوضه فهو قرض.

و لو قال:ملكتك و أطلق،و لم توجد قرينه داله على القرض كسبق الوعد به فهو هبه،فإن اختلفا احتمل تقديم قول الواهب،لأنه أبصر بنيته،و تقديم[قول]المتهب قضيه،للظاهر من أن التملك من غير عوض هبه. قوله: (لو قال:ملكتك و عليك رد عوضه.).

قد سبقت هذه المسألة،و إنما أعادها ليبنى عليها ما بعدها.

قوله: (و لو قال:ملكتك و أطلق،و لم توجد قرينه داله على القرض كسبق الوعد به فهو هبه).

المراد بقوله:(أطلق):تجريده عن ذكر رد العوض،و قيد بعدم وجود القرينه،لأنه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها،لأن القرائن تقيد الأشياء المطلقة و تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره،فيكون معها قرضا،و بدونها هبه.

قوله: (فان اختلفا احتمل تقديم قول الواهب (١)لأنه أبصر بنيته، و تقديم قول المتهب قضيه للظاهر من أن التملك من غير (٢)عوض هبه).

اختلفهما يكون على وجهين:

أحدهما:أن يختلفا في التعرض الى اشتراط رد العوض،فالقول قول منكره،و هذا غير المذكور في العبارة،لأن الظاهر منها أن اختلفهما فيما لو قال:

ملكتك و أطلق.

١- (عبر بالواهب و المتهب باعتبار تعلق الدعوى بذلك)،وردت هذه العبارة في «م»،و الظاهر انها حاشيه دخلت في المتن لعدم وجودها في النسخه الخطيه للقواعد.

٢- (٢) في «م»:غيره،و في الحاشيه ورد ما لفظه:و في نسخه اخرى:(من غير عوض)بإسقاط الهاء من (غير).

ب: لو رد المقرض العين في المثلى وجب القبول

ب: لو رد المقرض العين في المثلى وجب القبول و إن رخصت، الثاني: -و هو مسأله الكتاب- أن يختلفا في القصد، و ينبه على إرادته مع ما قلناه قوله: (لأنه أبصر بنيته).

و وجه الاحتمال الأول: أن الدافع أبصر بنيته، فيكون القول قوله مع اليمين. و يشكل بأنه لا يلزم من كونه أبصر بنيته تقديم قوله بيمينه، و ارتكاب خلاف ظاهر اللفظ، فان الواجب إنما هو استعمال الألفاظ في معانيها إذا جردت عن القرائن في الإيقاعات و العقود، و لا يلتفت الى قول أحد المتعاقدين أنه لم يقصد مدلولها، و إن كان القصد بحسب الواقع معتبرا، إلا أن الظاهر أنه لم ينطق بها إلا و هو يريد لمعناها، فلا يلتفت الى خلافه.

نعم لو شهدت قرينه كالإكراه و غلبه المرض سمع قوله بيمينه، و سبق الوعد بالقرض في مسألتنا من هذا القبيل، فلو اختلفا في القصد حينئذ قدم قول الدافع بيمينه، عملا بالقرينه.

و لا يخفى أن لفظ التمليك المجرد عن رد العوض حقيقه في الهبه و مجاز في القرض، لأنه جزء مفهومه، لأن جزءه الآخر رد العوض، و ربما استدلل بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١)، و بأن الأصل بقاء الملك على مالكه و نحو ذلك. و لا دلالة فيه، لأن ذلك كله مع عدم وجود ما يعد سببا ناقلا شرعا لا معه، فيكون الاحتمال الأول أقوى.

قوله: (لو رد المقرض العين في المثلى وجب القبول و إن رخصت).

رخصت- بضم عين الفعل- معناه: نقصت قيمتها السوقية عما كانت، مع بقاء العين بحالها، و إنما يجب القبول، لأن الواجب أمر كلي في الذمه، و العين أحد افراده، و التعيين الى من عليه الحق.

ص: ٢٩

و كذا غير المثلى على اشكال، منشؤه: إيجاب قرضه القيمه.

ج: للمقرض مطالبه المقرض حالا بالجميع و إن أقرضه تفاريق

ج: للمقرض مطالبه المقرض حالا- بالجميع و إن أقرضه تفاريق، و لو أقرضه جمله فدفع اليه تفاريق و جب القبول. قوله: (و كذا غير المثلى على اشكال، منشؤه: إيجاب قرضه القيمه).

و الوجه الآخر: مساواه المدفوع للمأخوذ، و أن القيمه إنما اعتبرت لتعذر المثل، و الحق أن هذا الإشكال لا وجه له بعد تحقيق أن الواجب فى فرض القيمى هو القيمه وقت القرض، فإذا دفع العين فقد دفع غير الواجب، فيكون القبول مشروطا بالتراضى، و هذا أظهر، و كون القيمه إنما اعتبرت لتعذر المثل:

أولا- غير معلوم، و ثانيا لا- يضرنا، لأن الكلام إنما هو فى الثابت فى الذمه الآن، لا فيما كان حقه الثبوت، و قد عدل عن ثبوته لدليل، نعم لو كان الواجب المثل و مع التعذر القيمه تم هذا.

قوله: (للمقرض مطالبه المقرض حالا بالجميع، و إن أقرضه تفاريق).

(حالا) فى عبارته الكتاب مخففه، أى: فى الوقت الحالى، و المراد بقوله:

(و إن أقرضه تفاريق): إقرضه جمله فى دفعات، و وجه استحقاق ذلك أن الجميع حال، فله المطالبه به كما هو واضح.

قوله: (و لو أقرضه جمله، فدفع اليه تفاريق و جب القبول).

المراد: أنه لو أقرضه شيئا جمله، فدفع اليه بعضه و جب قبول ذلك البعض المدفوع، لأنه حق له استحقاق أخذه، و ليس له الامتناع من أخذه الى أن يسلم الجميع، إذ لا- صفقه هنا. بخلاف البيع فان كلا- من المبيع و الثمن إنما يجب تسليم جميعه، نظرا الى اتحاد الصفقه، على أنه مع وجوب قبول البعض المدفوع فى مسأله الكتاب له المطالبه بالباقي حالا، و لا يجب على المقرض التأخير و إن قل الزمان، إلا مع الإعسار.

د:لو اقترض جاريه كان له وطؤها و ردها، إذا لم تنقص على المالك مجانا

د:لو اقترض جاريه كان له وطؤها و ردها، إذا لم تنقص على المالك مجانا. و لو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها، فإن دفعها جاهلا لحملها ثم ظهر استردها، و فى الرجوع بمنافعها اشكال، و يدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد.

قوله: (لو اقترض جاريه كان له وطؤها، و ردها، إذا لم تنقص على المالك مجانا).

أما أن له وطأها، فلأنها بالقرض تملك، و قول بعض العامه: إن الملك بالقرض سبب ضعيف، فلا يحل به الوطاء، حتى أنه متى كانت الجاريه بحيث يحل للمقترض وطؤها بالملك أو بالعقد لا يصح قرضه إياها، نظرا الى ما ذكر: من ضعف السبب، و إمكان ردها، فيشبه عاريه الجوارى للوطاء، و هو منهي عنه (١) من قبيل الهديانات.

لكن قول المصنف: إن له ردها إذا لم تنقص مشكل، لأنه إن أراد ردها و إن لم يرض المقترض فهو مشكل، لما عرفت من أن الواجب هو القيمة، لا المثل.

و قد سبق آنفا تردد المصنف فى وجوب قبول العين، و يبعد رجوعه عن ذلك فى هذه المسافه القصيره. و إن أراد جواز الرد إذا رضى فهو حق، لكن لا حازه الى التقييد بعدم النقص كما هو معلوم، فإنه إذا رضى به صح قطعا.

قوله: (و فى الرجوع بمنافعها إشكال).

ينشأ: من أن دفعها على أن منافعها للمقترض مجانا، فلا- يستحق الرجوع بها، و من أنه إنما دفعها عوضا عما له فى ذمته، و كون المنافع مجانا إنما هو على ذلك التقدير، و قد انتفى، فينتفى ما ترتب عليه، و لعموم قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢)، و لأنه قد تبين أن يد المقترض على الجاريه بغير حق، فتكون يد عدوان، إذ لا واسطه بينهما، غايه ما فى الباب أن ذلك لم يكن

ص: ٣١

١- ١) أنظر المجموع ١٦٩: ١٣.

٢- ٢) سنن الترمذى ٣٦٨: ٢ حديث ١٢٨٤. [١]

ه: لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفه الوزن

ه: لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفه الوزن، أو قبه من طعام غير معلوم الكيل، أو قَدَرها بمكيال معين، أو صنجه معينه غير معروفين عند الناس لم يصح، لتعذر رد المثل.

و: ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل في مكانه

و: ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل في مكانه، فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز، معلوما بحسب الظاهر، فإذا علم ترتب عليه أثره. و ما أشبه هذه المسألة بمسألة منافع المبيع بيعا فاسدا، و قد سبق استحقاق الرجوع بها، فيكون استحقاق الرجوع هنا لا يخلو من قوه.

قوله: (أو قَدَرها بمكيال معين، أو صنجه معينه غير معروفتين عند الناس لم يصح).

و إن فرض حفظهما، لأن شرط صحه القرض العلم بالقدر، و إنما يتحقق بكون المكيال عاما، و كذا الوزن، و المكيال و الصنجه في مسأله الكتاب لا يخرج المقَدَّر بهما عن الجهاله مع أنهما بمعرض التلف، فلا يبقى الى العلم بالمقدار طريق.

قوله: (لتعذر رد المثل).

قيل عليه: هذا غير واضح، لأن المكيال و الصنجه مع حفظهما لا يتعذر رد المثل، فكان عليه أن يعلل بغير ذلك.

و جوابه: إمكان إرادته كونه بمعرض التلف، فيكون شأنهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما.

قوله: (ينصرف إطلاق القرض الى رد المثل في مكانه).

و ذلك لأنه موضع الوجوب إذ القرض على طريق الحلول، و لو أجل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول على الظاهر.

قوله: (فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز) لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

ص: ٣٢

سواء كان في حمله مؤنه أو لا- و لو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحه المقرض. قوله: (سواء كان في حمله مؤنه، أو لا).

و سواء كانت المصلحه في ذلك في جانب المقرض أم المقرض، لكن لو كانت مصلحه الأداء في بلد آخر بالنسبه إلى المقرض، كالخلاص من مؤنه الحمل، أو السلامه من خوف النهب و نحوه، جاء احتمال فساد القرض لجر النفع، و قد صرح به شيخنا الشهيد في بعض فوائده.

و قد عرفت أن الممنوع منه الزيادة في مال القرض عينا أو صفه، و ليس هذا واحدا منهما.

قوله: (و لو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد، أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحه المقرض).

هنا مسألتان:

الاولى: أن يطالب المقرض المقرض بمال القرض في غير بلد القرض، و الحال أنه لم يشترط أداءه في غير بلد القرض، فمختار المصنف أنه إنما يجب عليه الدفع مع مصلحه المقرض لا بدونها.

أما إذا لم تكن له مصلحه، فلأنه ضرر لم يقتضه عقد القرض و لم يلتزمه، فلا يجب عليه الالتزام به، لظاهر: «لا ضرر و لا ضرار» (١).

و أما إذا كان له مصلحه، فلأن القرض حال، إذ هو المفروض، فيجب أدائه عند المطالبه، حيث لا- مانع يمنع شرعا، و ليس إلا الضرر، و الفرض عدمه، و ظاهر اختيار المصنف في المختلف وجوب الدفع وقت المطالبه مطلقا كالغصب (٢)، و قد سبق تحقيق المسألة، و أن المختار وجوب الدفع ما لم يتخلف قيمه المثلى،

ص: ٣٣

١- (١) الكافي ٤: ٢٩٢ حديث ٢، و ٥: ٢٨ [١] ٠ حديث ٤، الفقيه ١٤٧، ٣: ٤٥، حديث ١٥٤، ٦٤٨، التهذيب ١٦٤، ١٤٦: ٧ حديث ٦٥١، ٧٢٧.

٢- (٢) المختلف: ٤١٤.

و لو دفع فى غير بلد الإطلاق، أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض.

ز: لو اقترض نصف دينار

ز: لو اقترض نصف دينار، فدفع دينارا صحيحا و قال: نصفه قضاء و نصفه أمانه جاز، و لم يجب القبول.

فتكون قيمه مكان المطالبه أكثر، فإنه لا يجب الدفع حينئذ للضرر، إلا أنه يرضى المقرض بقيمه موضع القرض جمعا بين الحقين، و هذا هو المعتمد، و الظاهر أنه مراد المصنف هنا، و إن كان قول المصنف: (مع مصلحة المقرض) قد تظهر منه مخالفه ذلك.

و لو قال بدله: مع عدم ضرر على المقرض لكان أدل على المراد و أولى، فإن مصلحة المقرض قد تكون فى عدم الدفع و إن لم يكن ثم ضرر.

الثانية: أن يطالب فى بلد القرض، و قد شرط الأداء فى غيره، و حكمها حكم الأولى، لأن الشرط لا يصير المال مؤجلا، و لا سبيل إلى اطراح الشرط بالكليه، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (1) فيجمع بين الحقين، و كل ما ذكر هناك فهو آت أيضا هنا.

قوله: (و لو دفع فى غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض).

هنا أيضا مسألتان كما سبق، و المحصل: أنه لما كان الحق حالا، و كان لبلد الإطلاق و بلد الشرط علامه بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الأمرين، بأنه إن كان على المقرض ضروره كالاحتياج الى حملة، حيث كان ذا مؤنه، أو الخوف من النهب و نحوه لم يجب القبول، و إلا وجب. و تنقيح البحث هنا كما سبق.

و كذا ابدال اشتراط المصلحة بعدم الضرر. و ذهب شيخنا الشهيد فى حواشيه الى اعتبار موضع الشرط و الإطلاق فى وجوب الدفع و القبول، سواء كان للممتنع مصلحة أم لا.

ص: ٣٤

أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول

ح: لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعه اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً

ح: لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعه اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً، فإن كان المقرض عالماً، و كان الشراء بالعين صح البيع، و على المقرض رد مثل الزيوف، و إن كان في الذمه طالبه بالثمن سليماً، و للمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض. قوله: (أما لو كان له نصف آخر، فدفعه عنهما وجب القبول).

لأن المجموع مستحق له عنده، و ليس ببعيد أنه لو كان نصف الدينار مضروباً على حده، و استحق عنده نصفين كذلك لا يجب القبول، لأنه غير الحق. و في التذكرة صوّر المسألة بما إذا اقترض نصف دينار مكسوراً (١)، و هو يومئذ إلى ما ذكرناه.

قوله: (فإن كان المقرض عالماً، و كان الشراء بالعين صح البيع، و على المقرض رد مثل الزيوف).

أى: إن كان المقرض عالماً بكون المدفوع ثمناً، و إن كان خلاف ما يظن بحسب الظاهر، لأن ضرر ذلك مع الجهل عليه، و قد اندفع بعلمه، و حينئذ فيجب على المقرض رد مثل الزيوف.

فإن قلت: كيف صح القرض مع أنه إنما أخذها على أنها خالصه؟ قلت: الفرض أنه لم يقع هذا الشرط في عقد القرض ليكون منافياً، و إنما اقترض الموجود، غاية ما في الباب أنه ظنها خالصه، و ذلك لا ينافي صحه القرض.

قوله: (و إن كان في الذمه طالبه بالثمن سليماً، و للمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض).

أما الأول، فلأن البيع إنما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع، فينصرف إطلاقه إلى الخالص، فلا يصلح دفعه ثمناً، لعدم المطابقة. و أما الثاني،

ص: ٣٥

و لو لم يكن عالما، و كان الشراء بالعين كان له فسخ البيع.

ط: لو قال المقرض: إذا متّ فأنت في حلّ كان وصيه

ط: لو قال المقرض: إذا متّ فأنت في حلّ كان وصيه، و لو قال: إن متّ كان إبراء باطلا، لتعلقه على الشرط.

ي: لو اقترض ذمي من مثله خمرا

ي: لو اقترض ذمي من مثله خمرا، ثم أسلم أحدهما سقط القرض، و لو كان خنزيرا فلائنه حق له في يد البائع، و عليه مثله بالقرض، فيسوغ له احتسابه عنه.

قوله: (و لو لم يكن عالما، و كان الشراء بالعين، كان له فسخ البيع).

أى: لو لم يكن البائع عالما بكون المدفوع زيوفا، و كان الشراء بعين الزيوف، لم يجب على البائع الرضى بكون الزيوف ثمنا للبيع. و يشكل، بأن الثمن المعين إذا خرج من غير الجنس بطل البيع، و لو خرج بعضه بطل في ذلك البعض، فحقه بطلان البيع فيما كان من غير الجنس، لا التسلط على الفسخ.

قوله: (لو قال المقرض: إذا متّ فأنت في حلّ كان وصيه، و لو قال: إن متّ كان إبراء باطلا، لتعلقه على الشرط).

أى: و لو قال بدل (إذا متّ): (إن متّ)، و الفرق بينهما: أن (إذا) ظرف في الأصل و إن عرض لها معنى الشرط، فكأنه قال: وقت موتي أنت في حلّ، و ذلك مجزوم، غير مشكوك فيه، فلا تعليق فيه فيصح. و (إن) حرف وضع للشرط.

فإذا قال: (إن متّ) كان مقتضيا للشك في كونه إبراء، لأن مقتضى تعليق الموت بكلمه (إن) الشك في حصوله، و متى كان المعلق عليه مشكوكا فيه، فالمعلق بطريق أولى.

و لا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به، لأن الاعتبار في الجزم و عدمه بالصيغه الواقعة إبراء، فمتى لم تكن واقعه على وجه الجزم لم تكن صحيحة.

قوله: (لو اقترض ذمي من مثله خمرا، ثم أسلم أحدهما سقط القرض، و لو كان خنزيرا فالقيمه).

فالقيمه. يا: لو دفع المديون أعواضا على التفاريق من غير جنس الدين قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا وقت المحاسبه و إن كان مثليا. و لو كان الدفع قرضا لا قضاء كان له المثل إن كان مثليا، وإلا فالقيمه وقت الدفع، لا وقت المحاسبه فى البابين معا. الفرق، أن الخنزير لو كان مالا- لكان قيما، كما لا يخفى، كغيره من الحيوان، بخلاف الخمر فإنه مثلى، فبناء على أن اقتراض القيمي يوجب ثبوت قيمته فى الذمه وقت القرض تبقى قيمه الخنزير، لأن الإسلام ينافى استحقاق الخنزير، لا استحقاق قيمته بخلاف الخمر.

قوله: (لو دفع المديون أعواضا على التفاريق من غير جنس الدين قضاء، ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع، لا- وقت المحاسبه و إن كان مثليا).

لأن المدفوع إنما يعد قضاء إذا كان من جنس الدين، فلا بد من احتسابه على وجه يعد من الجنس فى وقت كونه قضاء و ذلك حين الدفع، و لا أثر لكونه مثليا أو قيما بخصوصه، لما قلناه.

قوله: (و لو كان الدفع قرضا لا قضاء كان له المثل إن كان مثليا، وإلا فالقيمه وقت الدفع، لا وقت المحاسبه فى البابين معا).
لأن الواجب فى قرض القيمي هو القيمه كما علم غير مره.

و أعلم أن قوله: (فى البابين) ينزل على أن المراد به: الجنس و غيره، على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضا من جنس القرض الأول، أم من غيره.

و ينزل أيضا على أن المراد: المثلى و القيمي، و لا يستقيم، لأن القيمه وقت الدفع إنما تجب فى القيمي خاصه، أما المثلى فالواجب فيه المثل.

و ينزل أيضا على أن المراد: القرض و القضاء، و فيه مع التكرار أنه فى المدفوع قضاء لا- يختص هذا الحكم بما إذا كان قيما، فحينئذ الأول أوجه.

يب:يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره

يب:يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل. قوله: (يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره، بحاضر أو مضمون حال، لا بمؤجل).

احترز بالحلول عما قبله، فلا يصح، لعدم استحقاق شيء في الذمه حينئذ. ويشكل بأنه حق فيجوز بيعه على حالته التي هو عليها و إن لم تجز المطالبة به قبل الأجل. ورد بقوله: (وغيره) على ابن إدريس المانع من بيعه على غير الغريم (١). وقد عرفت ضعف قوله سابقا.

و أراد بقوله: (أو مضمون): ما قابل الحاضر، فان ما في الذمه يعبر عنه بكونه مضمونا.

و احترز بقوله: (لا- بمؤجل) عن البيع بالمؤجل، فإنه لا- يجوز بيع دين بدين، لأن المؤجل يقع عليه اسم الدين، واختاره معنى في التذكرة (٢)، وهو الظاهر.

فان قلت: المضمون في الذمه أيضا دين، فيجب أن لا يصح بيع الدين به.

قلنا: إنما يعد دينا إذا ثبت في الذمه، فقبل ثبوته لا يعد دينا، ولا يثبت إلا بعقد البيع، فحين جعله عوضا لم يعد دينا، فلم يصدق بيع الدين بالدين.

فان قلت: فالمؤجل كذلك بعين ما ذكر، فيكون البيع به جائزا، كما اختاره الشيخ في النهاية (٣).

قلنا: اسم الدين واقع على المؤجل و إن لم يكن قد ثبت في الذمه بعد، لأن المحققين من أهل اللغة فسّروا الكالئ بالمؤخر، وقد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل، أما الحال فالأمر فيه أسهل.

ص: ٣٨

١-١) السرائر: ١٦٧.

٢-٢) التذكرة ٢: ٣. [١]

٣-٣) النهاية: ٣١٠.

يجب: لا يجب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل، فإن تبرع لم يجب أخذه و إن انتفى الضرر بأخذه، و مع الحلول يجب قبضه، فإن امتنع دفعه الى الحاكم و يكون من ضمان صاحبه.

و كذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول، و يبرأ من ضمان المشتري.

إذا عرفت هذا، فلا بد أن تعلم أن المراد بالمضمون: ما ليس ديناً للمشتري في ذمه آخر، فإن ذلك بيع دين بدين، و مثله ما لو كان لكل منهما على الآخر دين، فتبايعا بالدينين على الأظهر. و قد سبق التنبيه على هذه في الصرف.

قوله: (لا يجب دفع المؤجل، سواء كان ديناً، أو ثمناً، أو قرضاً، أو غيرها قبل الأجل).

مقتضاه أن الدين مبين للقرض و الثمن، و كلامه في أول الكتاب يقتضى أن الدين واقع على كل ثابت في الذمه، سواء كان قرضاً أم لا، و لهذا جعل في الدين مطلبين، ثانيهما في القرض.

و في كون الثمن لا- يعد ديناً ما لا- يخفى، فإن اسم الدين واقع على جميع ما ثبت في الذمه ببيع، أو قرض، أو غيره من عقود المعاوضات، أو إتلاف، أو تسبب فيه أو نذر و نحو ذلك.

و في قوله: (أو غيرها) ما يقتضى مغايره الدين للحقوق الثابتة في الذمه بما سوى هذه الأمور.

قوله: (فإن تبرع لم يجب أخذه و إن انتفى الضرر بأخذه).

خلافاً لبعض العامة (1).

قوله: (و كذا البائع سلماً يدفع الى الحاكم مع الحلول).

مقتضى العبارة: أن حكم البائع سلماً لم يندرج في عموم ما سبق،

و كذا كل من عليه حق حال، أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه، و لو تعذر الحاكم و امتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون. و ليس كذلك، لاندراجه في عموم المؤجل، فيكون تكرارا.

و يمكن الجواب بأن ذكره بخصوصه لا يقتضى عدم اندراجه في عموم السابق، لأنه ربما كان ذكره اعتناء بحاله.

قوله: (و لو تعذر الحاكم، فامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه، لا من المديون).

وجه القرب: أن هلاكه من المديون ضرر عظيم، فيكون منفيًا، للنص الدال على نفيه، و هذا هو الأصح.

فإن قيل: الدين إنما يتعين بقبض المالك، أو من يقوم مقامه، و من ثم كان للمديون تغييره ما لم يقبض، فكيف يتعين التالف للمدين؟ و هو وجه الاحتمال الآخر الضعيف.

قلنا: التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب و جب أن يسقط اعتباره، حذرا من لزوم الضرر، و من ثم يجوز أخذ الدين إذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الأداء، و تعذر الأخذ بالحاكم، و يكون تعيين المالك كافيا.

و لا يخفى أنه إنما يجب القبض في الحال إذا ساوى المدفوع الدين جنسا و وصفا و قدرا، فلو فقد أحد الأمور الثلاثة لم يجب القبض قطعا.

و هل يعتبر الاشهاد في ذلك؟ الذي يقتضيه النظر اعتباره، لثبوت الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكره المدين، لا لتحقق ذلك في نفس الأمر.

و اعلم أن في انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الإشاعة، بحيث يتعين المدفوع للشريك، فلا يتلف منهما معا ترردا.

يد: لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط

يد: لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط، وليس لصاحبه المطالبة فى الحال.

يه: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى

يه: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى، فإن تعذرت فقيمتها وقت و مثله ما لو تسلط الظالم بنفسه، و أخذ قدر نصيب الشريك، لم أجد للأصحاب فيه تصريحاً بنفى و لا إثبات، مع أن الضرر قائم هنا أيضاً، و المتجه عدم الانسحاب.

بقى شىء، و هو أن المالك إذا امتنع من قبض حقه فى موضع وجوب القبض و تعذر الحاكم، قد بينا زوال الضمان عنه بتعيينه، فهل انتفاء ضمانه مشروط بالحفظ بمجرى العادة، فيكون أمينا، أم لا، فلا يكون الحفظ واجبا عليه؟ لم أجد به تصريحاً، لكن قوه كلام الأصحاب تشهد للثانى، حيث أطلقوا نفي الضمان عنه، دفعا للضرر و لو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور، و يلزم الضمان بالتقصير فيه. و يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على البائع بعد تعيينه، و لم يأت به لكنه أعلمه بالحال، و بين ما إذا أتاه به و طرحه عنده، فينتفى وجوب الحفظ فى الثانى دون الأول و إن اشتركا فى عدم الضمان.

قوله: (لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط، و ليس لصاحبه المطالبة فى الحال).

لأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم، لأنه المفروض، فلا يسقط بمجرد الاسقاط، و لأن فى الأجل حقا لصاحب الدين، و لهذا لا يجب عليه قبوله قبل الأجل.

أما لو تقايلا فى الأجل فإنه يصح، و لو نذر التأجيل فإنه يلزم، و ينبغى أن لا يسقط بتقايلهما، إذ الإقاله فى العقود، لا فى النذور.

قوله: (فان تعذر فقيمتها وقت التعذر).

التعذر. و يحتمل وقت القرض هذا مختار الشيخ (1) و ابن البراج (2)، لأنه وقت الانتقال الى البدل الذي هو قيمه. و يشكل، بأن التعذر بمجرد لا- يوجب الانتقال إلى قيمه، لعدم وجوب الدفع حينئذ، فلا مقتضى له، و الأصل بقاء ما كان على ما كان، و لا محذور في كون الشيء ثابتاً في الذمه و إن تعذر تسليمه ما لم يجب دفعه.

و لا- وجوب إلا- بالمطالبة، و هو المفهوم من فتوى الدروس، فإنه صرح فيه بوجوب قيمتها وقت الدفع، لا وقت التعذر، و لا وقت القرض (3)، و لا يريد بها إلا قيمه وقت المطالبة، و إن كان في عبارته تساهل، و ما اختاره هو الأصح.

قوله: (و يحتمل وقت القرض).

أى: و يحتمل وجوب قيمه يوم القرض، لسبق علم الله بتعذر المثل وقت الأداء، فيكون الواجب حينئذ هو قيمه، و به روايه صحيحه (4). و ليس بشيء، إذ لا- ملازمه بينهما، و لا محذور في أن الثابت في الذمه وقت القرض المثل، و ينتقل بالتعذر عند المطالبة إلى قيمه، فلا دليل على إخراج هذا من عموم وجوب المثل في المثلى، و ما قدمناه هو الأصح.

و في روايه عن الرضا عليه السلام: أن عليه دراهم تجوز بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس (5)، و نزلها الشيخ على أنه يؤخذ منه ما ينفق بين الناس بقيمه الدراهم الاولى بما ينفق بين الناس، لأنه قد تسقط الدراهم الاولى حتى لا تكاد توجد أصلاً، فلا يلزمه أخذهما، و هو لا ينتفع بها (6)، و بمضمون الروايه أفتى ابن بابويه (7)، و المتجه ما قدمناه.

ص: ٤٢

١-١) النهاية: ٣٨٤.

٢-٢) نقله عنه في المختلف: ٤١٥.

٣-٣) الدروس: ٣٧٧.

٤-٤) الكافي ٥: ٢٤٨، حديث ١٦، الفقيه ٣: ١٨٤، حديث ٨٢٩. [١]

٥-٥) الكافي ٥: ٢٥٢، حديث ١، [٢] الفقيه ٣: ١١٨، حديث ٥٠٣، التهذيب ٧: ١١٦، حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣: ١٠٠، حديث ٣٤٥.

٦-٦) قاله الشيخ في الاستبصار ٣: ١٠٠، ذيل حديث ٣٤٥.

٧-٧) الفقيه ٣: ١١٨، ذيل حديث ٥٠٣.

من غير الجنس لا من الدراهم الثانيه، حذرا من التفاضل فى الجنس المتحد، وكذا لو جعل قيمتها أقل. و لو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطه، مع احتمال جبر النقص بالربح. و لو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع إلا النقد الأول. قوله: (من غير الجنس).

الجار متعلق بمحذوف، على أنه مع المجرور حال من قيمتها أو صفه لها، و إنما يلزم الربا لأن الظاهر أنه إذا بطل رواجها دراهم لم تبق إلا باعتبار النقد، و هو انقص باعتبار أن للسكه اعتبارا، فتزيد بها قيمه. قوله: (و كذا لو جعل قيمتها أقل).

أى: و مثل ما لو أسقطها ما إذا جعل قيمتها أقل مما كانت، فإن أخذ قيمه من غير الجنس -حذرا من الربا- متعين. قوله: (و لو ضارب، فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطه).

وجه القرب: أنها رأس المال، فكيف تتصور المطالبه بغيرها؟ و لأن المضاربه إنما انعقدت بالنسبه إليها، و الأصل بقاء ما كان. قوله: (مع احتمال جبر النقص بالربح).

و وجهه: أنه نقص حصل بعد الدوران فى التجاره. و يضعف، بأن رأس المال بحاله، و النقص الذى يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال، و لم يحصل، فان نقصان قيمه رأس المال لا يعد نقصانا فى رأس المال، و هو ظاهر، و الأول أصح. قوله: (و لو سقطت أو نقصت بعد البيع، لم يكن للبائع إلا النقد الأول).

أى: و لو سقطت الدراهم، أو جعلت قيمتها ناقصه بعد صدور بيع بثمن من الدراهم لم يستحق البائع إلا النقد الذى كان وقت البيع، لوجوب حمل إطلاق

و لو تعاملنا بعد النقص و العلم فلا خيار، و إن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع، سواء تبايعا فى بلد السلطان أو غيره.

المقصد الثانى: فى الرهن

إشاره

المقصد الثانى: فى الرهن: و هو وثيقه لدين المرتهن، و أركانها أربعة: الصيغه، و المحل، و العاقد، و الحق. فهنا فصول:

العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب.

قوله: (و لو تبايعا بعد النقص و العلم).

أى: علم البائع، لأنه لا ضرر على المشتري لو لم يعلم.

قوله: (و إن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع).

لأنه نقص سابق على العقد، و لم يعلم به فيكون عيباً أو كالعيب، لثبوت نقص المالى به. و يحتمل العدم، لعدم الزيادة و النقصه عن المجرى الطبيعى.

و يضعف، بأن المراد بالنقصه و الزيادة باعتبار الغالب، و لهذا يعد كون الضيعة منزله الجيوش عيباً مع عدم نقصان قيمتها و لا زياده، و هذا المعنى ثابت هنا، لأن الساقط أو الذى نقصت قيمته قد صار ناقصاً باعتبار العرف الغالب.

و لا يتفاوت هذا الحكم بكون البلد بلد السلطان و غيره، للاستواء فيما قلناه، و تفاوت البلدان بكون الأمر فى ذلك متفاوتاً بالظهور و الخفاء لا أثر له.

قوله: (و هو وثيقه لدين المرتهن).

لما كانت التاء فى (وثيقه) لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسميه المحضه - كالتاء فى لفظ الحقيقه - لم يرد عدم المطابقه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث، و لا يرد عليه لزوم الدور، باعتبار أخذ المرتهن فى التعريف، لإمكان كشفه بصاحب الدين، أو بمن له الوثيقه، فلا يلزم توقفه على معرفه مفهوم الرهن.

و عرفه فى الدروس: بأنه وثيقه للمدين، يستوفى منه المال (1) و يرد عليه الرهن على الدرك و على الصنجه، إذ لا دين هناك إلا أن يقال: هو رهن لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل فى الصنجه، و الاستحقاق فى المبيع، لثبوت الدين حينئذ. و فيه تكلف، مع أن الثمن قد يبقى بحاله، فلا يكون ديناً.

ص: ٤٤

الأول: الصيغه: و لا بد فيه من إيجاب كقوله: رهنتك، أو هذا وثيقه عندك على كذا، أو ما أدى معناه من الألفاظ، و تكفى الإشارة مع العجز كالكتابه و شبهها. و قبول كقوله: قبلت، أو ما يدل على الرضى. قوله: (و لا بد فيه من إيجاب، كقوله: رهنتك، أو هذا وثيقه).

قال فى التذكرة: الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاه، و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكور فى البيع بجملته آت هنا (١). و يشكل، بان باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع بخلاف ما هنا، أما الاستيجاب و الإيجاب فنعم.

قوله: (و تكفى الإشارة مع العجز، كالكتابه و شبهها).

ليست الكتابه من أفراد الإشاره، فيكون ذكرها بالكاف للتشبيه فى الحكم لا للتمثيل، و اعتبر فى التذكرة مع الكتابه الإشارة الداله على الرضى، فلا تكفى الكتابه من دونها (٢)، و هو حق، لعدم العلم بثبوت القصد الى الرهن، لإمكان العبث، أو إرادته أمر آخر.

قوله: (و قبول، كقوله: قبلت، أو ما يدل على الرضى).

مثل: رضيت و نحوه، و لا بد فى الإيجاب و القبول من كونهما بلفظ الماضى، لأنه صريح فى الإنشاء. و لعدم الدليل الدال على ثبوت الرهن من دونه، صرح به فى التذكرة (٣).

و كذا لا بد فيهما من التطابق، و وقوع القبول مع الإيجاب، بحيث يعد معه جزءاً، فلو تراخى أحدهما عن الآخر كثيراً لم يعتد به، قال فى التذكرة: و هل يشترط فى الصيغه اللفظ العربى؟ الأقرب عدم (٤).

قلت: يشكل، بأن الإطلاق محمول على المتعارف من العربى، و لأن هذا من العقود اللازمه، فيتوقف لزومه على العربيه، لأصالة عدم بدونه.

ص: ٤٥

١-١) التذكرة ١٢: ٢. [١]

٢-٢) المصدر السابق.

٣-٣) المصدر السابق.

٤-٤) التذكرة ١٢: ٢. [٢]

و هل يقوم شرط الرهن فى عقد البيع مقام القبول؟نظر،و شرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه،كقوله:على أن يباع فى الدين،أو يتقدم به على الغرماء.

و لو شرط ما ينافى العقد بطل كالمنع من بيعه فى حقه.

أما لو شرط فى البيع اذن فلأن،أو بكذا فالوجه الصحه.و كذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن،أو يكون النماء المتجدد رهنا.

لا يقال:عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (1)ينافى الاشتراط.

لأننا نقول:نمنع صدق العقد بالعجميه مع إمكان العرييه.

قوله: (و هل يقوم شرط الرهن فى عقد البيع مقام القبول؟نظر).

لا- يخفى أنه لا بد من تصوير المسأله،بما إذا كان إيجاب الرهن عقيب إيقاع البيع،بحيث لا يقع بينهما تراخ،يمنع كون أحدهما مع الآخر جزء للعقد،لاشترط وقوع أحدهما عقيب الآخر على الفور عاده.

و محصل ما هنا:أن الواقع فى عقد البيع من الرضى بالرهن الذى دل عليه الاشتراط،هل يكون قبولا معتبرا أم لا،باعتبار تقدمه على الإيجاب؟ و منشأ النظر من:أصالة عدم اشتراط التأخر عن الإيجاب،و من أن صحه الرهن موقوفه على حصول الصيغه المعتره شرعا،و الأصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الإيجاب،و لأن القبول عبارته عن الرضى بالإيجاب،فقبل حصول الإيجاب لا يتحقق الرضى به،إذ ليس ثمه شىء يرضى به،فالأصح عدم الاكتفاء به.

قوله: (أما لو شرط فى البيع اذن فلأن،أو بيعه بكذا فالوجه الصحه).

أى:لو شرط فى عقد الرهن أن لا يباع إلا بإذن فلأن مثلا،أو شرط أن لا يباع إلا بكذا،فان الوجه عند المصنف الصحه،لعدم المنافاه لمقصود الرهن،

ص: ٤٦

و لو شرط عليه رهن فى بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن، فله الرجوع. و يصح الرهن سفرا و حضرا، و هو عقد لازم من جهة الراهن خاصة، فإن أدى، أو أبرئ، أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له أخذه، و لا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانه، إلا بعد المطالبه به، و يبقى أمانه فى يده.

لأن الأول توكيل، و قد يتعلق بالثمن المقصود غرض الراهن، و بدونه يحصل عليه ضرر. و يحتمل العدم، لأن فلانا قد لا يأذن، و الثمن المعين قد لا يبلغه الرهن، فيتعذر أخذ الدين من قيمته، فينتفى مقصوده، فيكون الشرط منافيا، و المسأله موضع تردد، و البطلان لا يخلو من قوه.

قوله: (و لو شرط عليه رهن فى بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن، فله الرجوع).

وجه ذلك: أنه مساو لما لو باع مال أبيه على ظن أنه حى، فبان ميتا.

و فيه نظر، لأن هذا غير قاصد الى البيع، و فى مسأله الرهن قاصد الى الرهن. غايه ما فى الباب أنه أوقعه على اعتقاد وجوبه عليه، لكون سببه صحيحا.

و يجىء فى نظائره مثله، كما لو ابرئت ذمه الزوج بظن صحه الطلاق، فتبين الفساد، أو وهب من واهبه بظن صحه الهبه الاولى، و إن قارن الثانيه ما يقتضى اللزوم، و أمثال ذلك.

قوله: (فإن أدى أو أبرئ).

أى: فإن أدى الراهن الدين، أو أبرأه المرتهن، أو أسقط المرتهن حقه من الرهن، فيكون (أبرئ) و (أسقط) قد تنازعا المرتهن.

قوله: (و لا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانه، إلا بعد المطالبه).

و كذا كل حق كان ثبوته فى اليد بإذن شرعى كالمستأجر.

الثاني: المحل: وشروطه أربعة: أن يكون عيناً، مملوكة، يصح قبضه للمرتهن، ويمكن بيعه، فلا يصح رهن المنافع، ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأى، فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأى. قوله: (مملوكة).

المتبادر من قوله: (مملوكة) مع قوله فيما بعد: (ولا ما لا يملك) كونها مملوكة للراهن، ويرد عليه المستعار، ولو أراد بذلك كونها مما يملك لم يكن لقوله:

(ولا ما لا يملك، فيقف على الإجازة) وجه.

فلا يصح رهن المنافع، لأن المطلوب بالرهن لا يحصل بها، اعنى:

التوثق، لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله و المطلوب الرهن، بحيث متى تعذر استيفاء الدين استوفى من قيمته.

قوله: (ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأى).

هذه المسألة لا ارتباط لها برهن المنافع، إلا باعتبار ما بعدها. واعلم أن المخالف في ذلك الشيخ (١) وجماعه (٢). ومبنى القولين على أن التدبير عتق بصفه، فلا يبطل بالرجوع، أو وصيه فيبطل به، والأصح الثاني. وإنما كان الرهن رجوعاً، لأن مقصوده استيفاء الدين من قيمته، فهو مناف للوصيه باعتبار مقصوده.

قوله: (فلو شرط رهن الخدمة فيه، بطل على رأى).

أى: بناء على بطلان التدبير بالرهن لو شرط رهن الخدمة فى المدبر، سواء رهنه مع ذلك أم لا، بطل الشرط والرهن، إلا أن ابتناءه على بطلان التدبير غير واضح، وإن كان الشيخ (٣) وجماعه قد حكموا بانصراف الرهن إلى خدمه المدبر إذا رهنه نفسه، بناء على عدم بطلان تدبيره والحكم بصحة الرهن.

١- (١) المبسوط ٢: ٢١٣.

٢- (٢) منهم: ابن إدريس فى السرائر: ٢٦١.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٢١٣.

و لا رهن الدين، و لا ما لا يملك فيقف على الإجازة. و لو ضمه مع المملوك مضى فيه، و وقف الآخر على إجازة المالك.

و لا- رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات، و لا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلما كالخمر و إن كان المرتهن ذميا أو الراهن عبدا لمسلم، و إن وضعها على يد ذمي و لا يقال: إن هذا متفرع على قوله: (فلا يصح رهن المنافع)، لأن اختصاص هذا الفرد بالذكر لا وجه له، و لأن توسط قوله: (و رهن المدبر). يكون لغوا محضا.

قوله: (و لا رهن الدين).

لأن مقصود الرهن لا يحصل به، لأن المراد: الاستيثاق بما يرجع الى قيمته عند الاحتياج اليه، و ذلك إنما يكون في الأعيان، و لظاهر قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) (١) و ليس شأن الدين أن يكون مقبوضا، إذ هو أمر كلي لا وجود له في الخارج.

و تعجب شيخنا الشهيد في الدروس (٢) من المصنف، حيث حكم بعدم صحه رهن الدين مع قوله: بان القبض ليس شرطا في الرهن، و تعجبه في غير موضعه، لأن قوله: بان القبض غير شرط في تحقق عقد الرهن، و الحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا- يقبض مثله، نظرا الى أن مقصوده لا- يحصل إلا- بكونه مما يقبض، كما أرشدت اليه الآية الكريمة (٣)، و أحدهما غير الآخر، إذ الأول ناظر الى الحكم بصحه الرهن من دونه، إذا كان المرهون مما يقبض، و الثاني ناظر الى أن ما لا يقبض مثله عادة لا يصح رهنه، و أين هذا من ذاك؟ قوله: (و إن كان المرتهن ذميا، أو الراهن عبدا لمسلم، و إن وضعها

ص: ٤٩

١- (١) البقرة: ٢٨٣. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٩٧.

٣- (٣) البقرة: ٢٨٣.

على رأى. و لا الأرض المفتوحة عنوه، و يصح رهن الأبنيه و الأشجار فيها.

و لا رهن الطير فى الهواء، و لا السمك فى الماء، على يد ذمى على رأى).

عطف ب(إن) الوصلية للتنبيه على اندراج هذه المسائل التى هى فى محل الخفاء فى إطلاق قوله: (و لا ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما مسلما) فإن كون المرتهن ذميا قد تتخيل بسببه صحة الرهن، لأن مقصوده عائد عليه. و ليس كذلك، لأن الرهن إنما يصح إذا كان للراهن سلطنه ملك على الرهن، أو ما فى حكم ذلك كالمستعار من غير المالك، و قد عرفت انتفاء الأمرين. و كذا لو كان الراهن عبدا لمسلم، و هو ذمى، فإن يده يد مولاه، و كذا لو وضع المسلم الخمر على يد ذمى، لأن الذمى حينئذ وكيل المسلم، فيده يده.

و فى بعض النسخ: (أو الرهن عند المسلم) بحذف الف الراهن و قراءه عند بالنون، لكن فى هذه العبارة حينئذ قبح، إذ ليس هذا فردا خفيا، فإن جعل الخمر مرهونه عند المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف ب(إن).

و لو ضم إليه (وضعها على يد ذمى) لوجب إسقاط (إن) الأخرى، و لو أنه قال: و إن كان المرتهن ذميا، أو الرهن عبد المسلم على يد ذمى، الى آخره لكان أولى، و القائل بصحة الرهن للخمر عند المسلم إذا وضعت على يد ذمى هو الشيخ فى الخلاف (1) و الأصح خلافه.

و عبارة المصنف تحتمل اراده عود رأى الى جميع ما تقدم، و الى الأخير خاصة.

قوله: (و لا رهن الطير فى الهواء).

ينبغى أن يقال: إذا كان مملوكا، و وثق بعوده عادة يصح رهنه.

قوله: (و لا السمك فى الماء).

إذا كان غير مملوك، أو مملوكا لا يقدر عليه، و إلا صح.

ص: ٥٠

و لا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعاً على يد مسلم فالأقرب الجواز. وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره. و لا رهن الوقف، و لا المكاتب و إن كان مشروطاً، قوله: (و لا العبد المسلم، أو المصحف عند الكافر، فإن وضعاً على يد مسلم فالأقرب الجواز).

هذا هو الأصح، و أطلق في البيع المنع، نظراً إلى أنه سبيل للكافر على المسلم. و فيه نظر، لأنه إذا لم يكن تحت يده فإنما يستحق الاستيفاء من قيمته ببيع المالك أو وكيله أو الحاكم، و ذلك لا يعد سبيلاً بوجه من الوجوه، فإن هذا المقدار مستحق له و إن لم يكن هناك رهن، و ثمره الرهن الاختصاص بالاستيفاء من قيمته ببيع من له ذلك من دون سائر الغرماء.

قوله: (و كذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق، لكنه يكره).

رد بذلك على بعض العامة، المانع من الصحة إلا مع المحرمية (١)، و مثل الجارية الحسناء الغلام.

قوله: (و لا رهن الوقف).

و إن بلغ مرتبه يجوز بيعه، إما لخلف بين أربابه، أو لغير ذلك، لأن ما يباع للخلف يشتري بثمنه ما يوقف، و ما يباع للحاجه قد يتطرق إليه في وقت الاحتياج الى بيعه للرهن عدمها، فلا يكون مقصود الرهن حاصلًا.

قوله: (و لا المكاتب، و إن كان مشروطاً).

لأن كتابه عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها، فلو كانت مشروطه، و عجز فهل يصح رهنه حينئذ، لأن للمالك الفسخ، و يكون الرهن فسخاً؟ قال في التذكرة: الأقرب ذلك (٢) و ما أشبه هذا بتصرف ذي الخيار، و قد سبق صحته.

ص: ٥١

١- ١) قاله القاضي أبو الطيب، انظر: المجموع ٢٢١: ١٣.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٢٢. [١]

و فى رهن أم الولد فى ثمن رقبتهامع إعسار المولى اشكال، و مع يساره أشكل، و تكون اراده العقد المستلزم كونها معتبره للفسخ فسخا، إذا قارنها التصرف، و تكون مقارنه التصرف كاشفه عن تأثيرها الفسخ، و لا استبعاد فى ذلك، صيانه للعقد الصادر ممن له أهليه عن اللغو.

قوله: (و فى رهن أم الولد فى ثمن رقبتهامع إعسار المولى إشكال).

ينشأ: من جواز بيعها فالرهن أولى، و من أن الرهن يقتضى جواز البيع عند العجز، أو امتناع الراهن من الأداء بشروط البيع، و الاستيلاء سبب مانع من البيع موجود حال الرهن.

و الإعسار عن ثمنها مانعيته حال الرهن لا تقتضى بطلانها مطلقا، بل الأصل عدم بطلان مانعيته فى وقت الاحتياج الى بيعه، للشك فى السبب، فلا يتحقق مقصود الرهن المطلوب منه، فيكون باطلا.

فان قلت: فلا- يجوز رهن المرتد عن فطره و الجانى، لوجود السبب المانع من البيع فى الجملة، فيكون كالاستيلاء، و سيأتى ما يقتضى جوازه.

قلت: بينهما فرق، فان الاستيلاء مانع من البيع، غاية ما فى الباب أن مانعيته قد بطلت بالإعسار فى ثمن أم الولد، فتبقى متحققه فيما عدا ذلك بخلاف الرده و الجنايه، فإنهما غير مانعين من البيع لبقاء المالىه.

غايه ما فى الباب أن ذلك سبب لاستحقاق القتل و الاسترقاق المانع من مقصود الرهن، و هذا غير موجود، و لا معلوم الوجود، فلا مانع حينئذ، بل المانع متوقع الوجود، فهو كرهن المريض، فاتضح الفرق. و فى عدم جواز رهن أم الولد مطلقا قوه.

قوله: (و مع يساره أشكل).

لامتناع البيع حينئذ، فيكون جواز الرهن مع اليسار أبعد، و وجه الصحه:

أن الرهن ليس بيعا، و قد لا يفضى الى البيع، فلا يجب الحكم ببطلانه فيما لا يصح بيعه، لإمكان حصول الفائده منه، و هى معنى التوثق بوجه آخر، فان

و غير الثمن أشد إشكالا. و يصح رهن ذى الخيار لأيهما كان، المالك إذا صار محجورا عليه فى ماله، بحيث يمنع من نحو العتق مثلا، كان ذلك سببا باعثا له على أداء الدين و زوال الحجر. و يضعف، بأن المقصود الأصلى من الرهن استيفاء الدين من قيمته، فلا بد فى الرهن من صلاحيته لذلك، لأنه معرض لذلك، و إن كان قد يحصل الأداء بوجه آخر.

و قد بنى الشارح ولد المصنف هذه المسألة على أن صحه الرهن مشروطه بإمكان البيع بالفعل دائما، أو إمكانه فى الجملة (١)، و فى هذا البناء للنظر مجال.

و اعلم أن فى بعض حواشى شيخنا الشهيد: أن فى قوله: (أشكل) نظرا، لأن أفعل التفضيل لا يبنى من رباعى، إلا ما شذ نحو: ما أعطاه، قال: و لو قرئ بالفتح على أنه فعل ماضى لجاز، لكنه يفوت المعنى. قلت: فيه مع فوات المعنى سماجه العبارة، و خلوها عن حسن النظم.

قوله: (و غير الثمن أشد إشكالا).

إنما كان الجواز أشد إشكالا حينئذ للبعد عن الجواز باعتبار انتفاء كل من جزئى السبب، فإنه مع بقاء أحدهما يكون أقرب إليه، لتوقفه على حصول الجزء الآخر فقط.

بخلاف ما إذا لم يكن واحد منهما موجودا، فإنه يتوقف على وجودهما معا، و الأصح عدم الجواز مطلقا، و قول ابن الجنيده بجواز رهن أم الولد مطلقا ضعيف (٢).

قوله: (و يصح رهن ذى الخيار لأيهما كان).

يمكن أن يكون المصدر مضافا الى مفعوله، و المعنى: يصح رهن ما فيه الخيار لأى المتعاقدين كان الخيار له، فيكون الخيار متعلقا ب(يصح)، أى: يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما، فيكون المجرور فى خبر (كان) هو العائد. و فيه

ص: ٥٣

١- ١) إيضاح الفوائد ١٢: ٢.

٢- ٢) نقله عنه فى المختلف: ٤٢٢.

و رهن الام دون ولدها الصغير و إن حرمتا التفرقة، و حينئذ إما أن يبيع الأم خاصة و يقال: تفرقه ضروريه، تكلف، لأن ذا الخيار هو صاحبه، فيكون المصدر مضافا الى فاعله، أى: يصح رهن صاحب الخيار ما فيه الخيار، و متعلق الجار فى (لأيهما) محذوف، و الجار و المجرور فى موضع الوصل، و (كان) فيه ناقصه، و هى صله الموصول. و التقدير:

و إن كان الخيار لأى المتعاقدين كان له.

و يمكن أن يكون متعلق الجار محذوفاً، على أنه حال من الخيار، و التقدير:

و يصح رهن ذى الخيار ثابتاً لأيهما كان الخيار له، و العائد فى الموضعين هو الضمير المجرور فى الخبر.

و لا- يجوز أن تكون (كان) تامه، لئلا يبقى الموصول بغير عائد، سواء كان للبائع أم للمشتري، فإن كان صاحب الخيار البائع فرهنه يعد فسخا على المتجه، و إن كان المشتري كان اجازة.

و فى الدروس أسند الحكم فى ذلك الى الفاضلين، و لم يفت بشىء (1).

أما رهن المشتري فى مده خيار البائع فينبغى أن يكون كبيع، و قد سبق عدم صحته من دون الإجازة.

قوله: (و رهن الام من دون ولدها الصغير و إن حرمتا التفرقة).

لأن الرهن لا يعد تفرقه، نعم لو قلنا بجواز بيعها منفردة بعد الرهن احتمال عدم جواز أفرادها بالرهن، لأن ذلك يفضى الى التفرقة المحرمه.

قوله: (و حينئذ إما أن يبيع الأم خاصة، و يقال: تفرقه ضروريه).

أى: و حين رهنها منفردة لجوازه إما أن يبيع المرتهن بإذن الراهن، أو تكون قراءته بالنون، على معنى: نحن نبيع - أى: تأمر بالبيع على حد: (أو نقول):

يباعان) - الأم خاصة.

و لا مانع من التفرقة حينئذ، لأنها ليست مستنده الى اختيار الراهن، بل

ص: ٥٤

أو نقول: يباعان ثم يختص المرتهن بقيمه الأم فتقوم منفردة، فإذا قيل:

مائة، و منضمه يقال: مائة و عشرون، فقيمه الولد السدس. و يحتمل تقدير قيمه الولد منفردا حتى تقل قيمته، فإذا قيل: عشرة فهو جزء من أحد هي ضروريه بسبب الرهن. و فيه نظر، لأن الرهن اقتضى بيعها، لا- بيعها منفردة، و التفرقة محرّمه بالنص، فيجب بيع الولد معها، إذا لا ضروره حينئذ إلى التفرقة، فيكون استحقاق بيعها مستندا إلى الرهن، و وجوب بيع الولد مستندا إلى تحريم التفرقة.

قوله: (أو نقول: يباعان، ثم يختص المرتهن بقيمه الأم).

وجهه يظهر مما سبق، و هو أقوى.

قوله: (فتقوم منفردة، فإذا قيل: مائة، و منضمه يقال: مائة و عشرون، فقيمه الولد السدس).

أى: بناء على بيعهما معا، و اختصاص المرتهن بقيمه الأم إنما يختص بقيمتها منفردة، لأن استحقاقه المتعلق بها مستند إلى رهنها، و ليس له تعلق بولدها، فيجب أن تقوم منفردة عن ولدها ليوفى الحق الثابت له بالرهن، فتتفرق قيمتها منفردة، و قيمتها مع الولد، فما زاد على قيمتها حال الانفراد يكون للرهن، و القيمه للمرتهن.

و اعلم أن تقدير عباره الكتاب: فإذا قيل: قيمتها منفردة مائة، و قيمتها منضمه مائة و عشرون إلى آخره، فحذف منفردة لدلاله منضمه عليه، و لأن قوله:

(فتقوم منفردة) يرشد إليه أيضا.

لكن في عباره مناقشه، لأن مائة و عشرون ليست قيمتها منضمه، أى:

حال الانضمام، بل قيمتها و قيمه الولد معا، و إنما قيمتها منضمه من ذلك مائة و تسعه و جزء من أحد عشر جزءا من درهم، فتسامح في عباره.

قوله: (و يحتمل تقدير قيمه الولد منفردا حتى تقل قيمته، فإذا قيل: عشرة، فهو جزء من أحد عشر).

عشر.

فروع

اشاره

فروع:

أ:يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك

أ:يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك و وجه هذا الاحتمال: أن الزيادة الحاصلة بالضميمه مستنده الى كل من الام و الولد، فيجب تقسيطهما على قيمتهما. و فيه نظر، لأن الزيادة و إن استندت الى كل منهما، لكن لا حق للمرتهن فيها، لأنه إنما يستحق قيمه الرهن، و هو الأم في حال انفرادها.

فان قيل: هو يستحق قيمه الأم باعتبار كونها مرهونه، فإذا زادت بالضميمه لم تخرج الزيادة عن كونها قيمه لها.

قلنا: هو لا- يستحق قيمه الأم مطلقا، بل قيمتها على حال تعلق الرهن بها، و إنما تعلق بها منفردة، فالزيادة الحاصلة بالضميمه لمالكها، لأنها زيادة لم يتعلق الرهن بها.

فان قيل: و وصف الانفرد هو حالها في وقت تعلق الرهن بها، و ليس معتبرا في تعلقه بها، فلا- يكون معتبرا في تحقق قيمتها حال الانضمام.

قلنا: بل يجب اعتباره، لأن الزيادة حاصله بسبب الانضمام الذي لا حق للمرتهن فيه، و إنما هو مختص بالراهن.

فان قيل: هو كما لو ضم كل من الشخصين ما له الى مال الآخر، فحصل بسبب الضميمه زيادة في القيمة كما في مصراعى باب، فإن الزيادة لهما.

قلنا: و الفرق أن المالين لشخصين، و في محل النزاع الأمه و الولد لشخص واحد، و استحقاق المرتهن في الأمه إنما هو في حال الوصف الذي لا يقتضى زيادة القيمة، فتكون الزيادة في مال المالك- أعنى: الراهن- خالصه له إذا لم يتعلق بها حق المرتهن، و هذا هو الأصح.

فروع:

لو نقصت قيمه الأم مع الضميمه عن حال الانفرد لم يدخل النقص على المرتهن، لاستحقاقه قيمتها منفردة، و الضميمه حق و جب على الراهن.

قوله: (يصح رهن المشاع أو بعضه على الشريك و غيره).

ص: ٥٦

غيره، و يكون على المهاياه كالشركاء.

ب: يصح رهن المرتد و إن كان عن فطره على اشكال

ب: يصح رهن المرتد و إن كان عن فطره على اشكال، و الجاني عمدا و خطأ، و لا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن، أى: يصح رهن الجزء المشاع الى آخره، و يكون قبضه بقبض المجموع، و خالف أبو حنيفة فى الصحه (١).

قوله: (و يكون على المهاياه كالشركاء).

أى: و يكون ذلك الجزء، أو يكون رهن ذلك الجزء واقعا على المهاياه بين المرتهن و الشركاء بالنسبه إلى القبض، و كونه تحت اليد و ذلك كالشركاء، أى: كمهاياه الشركاء، فكما يكون لمالك الربع ربع الزمان الذى جعل للمهاياه، كيوم من أربعه ينتفع بالمشترك فيه، يكون للمرتهن إثبات اليد عليه كذلك، فتكون المهاياه فيه بالنسبه إلى المرتهن مع الشركاء لإثبات اليد، و لا امتناع فى ذلك.

قوله: (يصح رهن المرتد و إن كان عن فطره على اشكال).

الظاهر أن الاشكال فى المرتد عن فطره مع احتمال تعلقه بهما، و منشؤه من جواز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى، و من أن مقصود البيع حاصل، و أما مقصود الرهن فقد لا يحصل لقتل الفطرى حتما، و الآخر قد لا يتوب.

و مما ذكرناه فى حكم أم الولد من التوجيه يظهر أن الأقوى هنا الجواز، و مثله الجاني، و عباره المصنف فيه تحتمل إرادته مجيء الإشكال فيهما.

فائده: الرده الفطريه من المرأه كغيرها، فلا بد من استثنائها من إطلاق المرتد عن فطره إن خصصنا الاشكال فيه.

قوله: (و لا تبطل الحقوق، بل تقدم على المرتهن).

فى بعض النسخ: بل تقدم على الرهن، و وجه حسن ما هنا، أن ضمير (كان، و علم، و تخير) فى الكلام الذى بعده لا مرجع له إلا المرتهن، نعم لا بد من

ص: ٥٧

فإن كان عالما بالعيب، أو تاب، أو فداء مولاه ثم علم فلا خيار، لزوال العيب، وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به، لأن الشرط اقتضاه سليما، فإن اختار إمساكه فليس له أرش، وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه. تقدير شيء هنا، وهو: بل تقدم على حق المرتهن.

قوله: (فإن كان عالما بالعيب أو تاب، أو فداء مولاه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب).

أى: فإن كان المرتهن عالما بالعيب فى المرتد و الجانى فلا خيار له، و هو ظاهر، و كذا إن تاب المرتد حيث تقبل توبته، أو فدى الجانى مولاه، و لم يكن عالما بعيبه، ثم علم فلا خيار لزوال العيب.

و لا يخفى أن قوله: (لزوال العيب) لا يصلح تعليلا لسقوط الخيار فى المسائل الثلاث، لعدم صحته فى الأولى، و هو معلوم.

قوله: (و إلا تخير فى فسخ البيع المشروط به، لأن الشرط اقتضاه سليما).

أى: و إن لم يعلم بالعيب، و لا - حصلت التوبه، و لا - الفداء تخير المرتهن فى فسخ المشروط به، أى: بذلك الرهن، لأن الشرط اقتضى (رهنه) سليما؛ لتزويل الإطلاق على السلامه.

قوله: (فإن اختار إمساكه فليس له أرش).

لأن الأرش لفائت المبيع بحصول العيب فيه.

فان قيل: لما اقتضى الشرط رهنه سليما و جب أن يبذل أرش الفائت، ليجعله رهنا.

قلنا: إنما و جب بالشرط رهن العبد، و قد حصل، و كونه معينا لا يقتضى اشتراط رهن شيء آخر.

قوله: (و كذا لا أرش لو قتل قبل علمه).

لنحو ما قلناه، و لو قتل بعده فبطريق أولى.

و لا- يجبر السيد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه، بل يتسلط المجنى عليه، فإن استوعب الأرش قيمه بطل الرهن، و إلا ففى المقابل.

ج: لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل

ج: لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه و جعل الثمن رهنا صح، و إن شرط منعه بطل، و إن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع و يجعل الثمن رهنا، قوله: (و لا يجبر السيد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه).

هذه المسألة استطرادية، و ليست من توابع المسألة السابقة، بدليل قوله:

(و إن رهنه) و هى من أحكام الجنایات.

قوله: (بل يتسلط المجنى عليه).

كان حقه: بل يتسلط المجنى عليه عليه بتكرير عليه، و كأنه كره التكرار، فاكتفى بواحد.

قوله: (و إلا ففى المقابل).

أى: و إن لم يستوعب الأرش قيمه، فيبطل الرهن فى مقابل الأرش.

قوله: (لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه، و جعل الثمن رهنا صح، و إن شرط منعه بطل).

وجه الأول: أنه شرط يحصل معه المقصود فى رهن فيصح، بخلاف الثانى فإنه لمنافاته مقصود رهن العين يبطل.

قوله: (و إن أطلق فالأقرب الجواز، فيباع، و يجعل الثمن رهنا).

وجه القرب: أن المقصود من رهن العين إنما يتحقق على هذا التقدير، فيجب المصير إليه، صيانته لتصرفات من له أهليه التصرف عن الفساد، مع إمكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز، أو حمل على ما لا يدل عليه العقد، فإن عقد الرهن يتضمن الاذن فى البيع، لأن الغرض الأصلى من الرهن استيفاء الدين من ثمنه. و يحتمل العدم، لاقتضائه البيع قبل المحل،

و لو طراً ما عرضه للفساد فكذلك.

د: لو نذر العتق عند شرط ففي صحه رهنه قبله نظر

د: لو نذر العتق عند شرط ففي صحه رهنه قبله نظر. و ليس هو من مقتضيات الرهن.

قوله: (و لو طراً ما عرضه للفساد فكذلك).

وجهه: أن الرهن قد صح و لزم، فلا يفسد بطريان ما عرضه للفساد، و الفرق بينه و بين ما سبق: أن المقتضى لطوء الفساد في الأول موجود وقت الرهن، و في الثاني طارئ بعده.

قوله: (لو نذر العتق عند شرط، ففي صحه رهنه قبله نظر).

ينشأ: من بقاء الملك، فإنه لم يخرج بالنذر عن كونه مملوكاً، و من أن المقصود بالرهن غير حاصل، لأن حصول الشرط المقتضى لخروجه عن الملك مترقب، فينتفى مقصود الرهانه فيكون باطلاً.

و يضعف: بأن توقع خروجه عن الملك بسبب يتجدد لا- يمنع صحه الرهن، كما لو رهن مريضاً، لأن المعتبر في صحه الرهن استجماع شروطه حال العقد، و لا أثر لما لم يكن تجدد من المنافيات.

بل التحقيق: بناء المسألة على أن من نذر أن يفعل فعلاً عند شرط أو غداً، هل يحث بفعل ما ينافى ذلك قبل الغد. كما لو نذر أو حلف لياكلن هذا الطعام غداً مثلاً، هل يحث بإتلافه الآن فيكون ذلك محرماً، و يلزم به الكفاره أم لا؟ للأصحاب في ذلك قولان (١)، و وجه ابتناء هذه المسألة على ذلك، أنه على تقدير الحث يكون بيع العبد ممنوعاً منه، فيمتنع الرهن لانتفاء مقصود الوثيقه حينئذ. و على العدم لا أثر للمنافى الذي تجدده ممكن، و لا ريب أن الأحوط القول بعدم الصحه.

ص: ٦٠

١ - ١) قال بالحنث الشيخ في المبسوط ٦: ٢٢٨، و [١] يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع، ٤٢١. و [٢] أما القول. بعدم الحنث فقد نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥: ٩٤ [٣] إلى بعض الأصحاب.

ه: لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك

ه: لو رهن عصيرا فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك، فإن أريق بطل الرهن، و لا يتخير المرتهن لحصول التلف فى يده، فإن عاد خلا عاد الملك و الرهن. و لو استحال قبل القبض تخير المرتهن فى البيع المشروط قوله: (لو رهن عصيرا، فصار خمرا فى يد المرتهن زال الملك، فإن أريق بطل الرهن).

لا- يخفى أن زوال الملك لا- يقتضى زوال جميع آثاره، فتبقى الأولويه، لأن استبقاء الخمر للتخليل، و التخليل جائز اتفاقا، فيبطل كونه رهنا، لا- على معنى اضمحلال أثره بالكليه، بل علاقته باقيه لبقاء الأولويه. ففى الحقيقه، الملك و الرهن موجودان بالقوه القريبه، لأن تخلله متوقع، و إنما الزائل كونه ملكا و رهنا بالفعل، لوجود الخمر به المنافيه لذلك، فإن أريق بطل الرهن لفوات محله.

و فى العبارة لطيفه، حيث قال: (زال الملك فيما إذا صار خمرا) و لم يقل بطل الرهن. و مع الإراقة حكم ببطان الرهن، إيذانا بأن أثر الرهن لا يضمحل بالتخمر بالكليه، كما حققناه.

قوله: (و لا يتخير المرتهن لحصول التلف فى يده).

المفهوم من هذه العبارة: أن المرتهن إذا اشترى أو باع بشرط رهن له، فعرض للرهن التخمر فى يده لا خيار له فى فسخ ذلك البيع المشروط به، بدليل ما سيأتى فى العبارة.

لكن ما ذكره من التعليل غير جيد، لأن مقتضاه: أنه لو تلف فى يد الراهن يتخير فى البيع، و ليس كذلك، غايه ما فى الباب: أنه لو عرض ذلك قبل القبض، و قلنا بأن القبض شرط لصحة الرهن أثر، و إلا فلا.

قوله: (فان عاد خلا عاد الملك و الرهن).

توجيهه معلوم مما سبق.

قوله: (و لو استحال قبل القبض، تخير المرتهن فى البيع المشروط فيه).

فيه. فإن عاد خلا- تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن. و لو جمع خمرا مراقا فتخلل في يده ملكه، و لو غصب خمرا فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك. أما لو غصبه عصيرا فصار خمرا في يده ثم تخلل فإنه يرجع الى مالكه.

ينبغي أن يكون هذا منزلا على القول باشتراط القبض في الرهن، أما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له، و بمثل ذلك صرح في التحرير قال: لو رهنه عصيرا، فصار خمرا قبل القبض بطل الرهن، و لا خيار للمرتهن في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا، و من شرط القبض اثبت الخيار (١). و عبارته التذكرة قريبه مما هنا (٢).

قوله: (فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن إن لم يشترط القبض في الرهن).

لأن الرهن قد تم، لعدم توقف تمامه على القبض، و لم يبطل بالكلية بمجرد صيرورته خمرا كما عرفت.

قوله: (و لو جمع خمرا مراقا، فتخلل في يده ملكه).

لأن الأولويه تزول بالإيقاع، كما لو زال أولويته في تحجير الأرض، و نحو ذلك، فكل من حازه كان أحق به، فإذا تخلل في يده ملكه.

قوله: (و لو غصب خمرا، فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك).

وجه القرب: زوال ملك الأول عنها، فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات. و يحتمل عود الملك الى المغصوب منه، فإن له حقا، و هو إثبات اليد عليها.

و التحقيق: أن الخمر قسمان:

ص: ٦٢

١-١) تحرير الأحكام ٢٠٣: ١. [١]

٢-٢) التذكرة ١٩: ٢. [٢]

و:يجوز أن يستعير مالا ليرهنه، فيذكر قدر الدين، و جنسه، و مده الرهن. محترمه:و هي التي اتخذت للتخلييل، فإن إبقاءها لذلك جائز إجماعاً، و لأنه لو لا احترامها لأدى ذلك الى تعذر اتخاذ الخل، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، فلو لم تحترم، و أريقت في تلك الحاله لتعذر اتخاذ الخل، فهذه لو غصبها غاصب يأثم، و يجب عليه ردها، و بالتخلييل يضمن المثل لو تلفت.

و غير المحترمه: ما اتخذت لغرض الخمرية. فما قربه المصنف صحيح في القسم الثاني، دون الأول.

و اعلم: أن تأنيث الخمر سماعي، فالضمائر الواقعه في عبارته مذكوره عائده إليها حقها أن تكون مؤنثه. و في بعض النسخ (فتخللت) و هو الصواب. لكن يجب في الباقي التأنيث أيضا.

قوله: (يجوز أن يستعير مالا ليرهنه، فيذكر قدر الدين و جنسه و مده الرهن).

ظاهر هذه العبارة: أن هذا على طريق الوجوب، فلا يكون الرهن صحيحا بدونه، و إن كان ظاهر قوله فيما بعد: (و لو لم يعين تخير الراهن). المخالفه.

و يبعد أن يقال: أن التعيين واجب، و لو أخل به تخير، تمسكا بظاهر الإطلاق، و يكون جمعا بين الكلامين، فإنه جمع غير واضح.

و في التذكرة صرح بأن الأقوى وجوب تعيين قدر الدين، و جنسه، و صفته، في الحلول و التأجيل، و غيرهما، مستدلا بلزوم التغيرير بالمالك بدونه، لاحتمال أن يرهن ماله على أضعاف قيمته، و الى مده تزيد على عمره، و لا غرر أعظم من ذلك (١).

و في الدروس ذهب الى عدم وجوب التعيين إن جعلناه عاريه (٢).

فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا - و لو رهن على أقل صح، و على أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، و فيما زاد. و الأصح ما فى التذكرة، لأنه مع اللزوم لا فرق بين كونه عارياً و ضماناً.

و هل يجب تعيين من يرهن عنده؟ حكى فى التذكرة عن العامه خلافاً فى ذلك (1)، و لم يفت بشىء. و لا بأس بوجوب تعيينه، لما فى ذلك من التفاوت المفضى إلى حصول الضرر.

قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه، وإلا فلا).

لكونه حينئذ تصرفاً فضولياً.

قوله: (و لو رهن على أقل صح).

لثبوت الإذن فى الأقل بطريق أولى.

قوله: (و على أكثر يحتمل البطلان مطلقاً، و فيما زاد) (2).

و وجه الأول: أنه تصرف غير مأذون فيه، و وجه الثانى: أنه الذى لم يؤذن فيه، فأشبهه ما لو جمع ما بين رهن المأذون و غيره. و كل من الوجهين محتمل.

و لا يخفى أن المراد بالبطلان: عدم اللزوم، بدليل ما سبق، فيما لو خالف المأذون فيه. و يجب أن يستثنى من هذه المسألة ما لو رهنه بالزائد، و بكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الإذن، و الزائد موقوف. و يكون موضع الوجهين ما إذا رهنه بمجموع الزائد فقط.

و يشكل على الصحه: أنا إذا حكمنا بتقسيم الأجزاء على الأجزاء، يكون

ص: ٦٤

١- ١) فتح العزيز (مع المجموع) ٢٢: ١٠-٢٣، الوجيز ١٦١: ١.

٢- ٢) «المتجه أنه إن رهن على الأكثر و على كل جزء منه فيصح فى المأذون فيه و يبطل فى الزائد وجهها واحداً، و إن رهن على الأ- أكثر مقتصرًا على ذلك فالمتجه البطلان مطلقاً، لاستلزامه رهن البعض بالقدر المأذون فيه فلا يكون مأذوناً فيه إذ المأذون فيه رهن المجموع بالقدر المعين لا بعضه، و لا يخفى أن المراد بالبطلان فى العبارة الوقوف على الإجاره بدليل ما سبق فى قوله: (فإن خالف فللمالك فسخه)». هكذا ورد فى نسخه (م)، و الظاهر أنها هامش أدخل فى المتن لاتحاد المعنى مع ما بعدها.

و لو لم يعين تخير الراهن فى رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أى وقت شاء. و للمالك مطالبته بالفك عند الحلول، و قبله على اشكال. بعضه رهنا بالمأذون فيه، فيكون خلاف الإذن، لأن الإذن اقتضى رهن مجموعه بالمأذون فيه من الدين المعين.

و لا يقال: يصح بطريق أولى، لأنه إذا رضى برهن جميعه بالكل، فلئن يرض برهن بعضه بالكل أولى. و ليس بجيد، لأن الأولويه غير معلومه، و لأن فيه تشقيصا يثبت به العيب بالشركه.

قوله: (و لو لم يعين، تخير الراهن فى رهنه بما شاء، عند من شاء، الى أى وقت شاء).

إن سوغ له الرهن كيف شاء، فلا- بحث فى استناد ذلك الى اختياره. و إن أطلق الرهن، و لم يفوض اليه، فعلى وجوب التعيين، المتجه توقف صحته على التنصيص على شىء بخصوصه، أو تفويض ذلك الى اختياره.

قوله: (و للمالك مطالبته بالفك عند الحلول).

لأن العاربه و إن لزمه بالنسبه إلى الرهن، لكن لزومها غير مانع من المطالبه بالفك بعد الحلول، إذ لا دليل على انتفاء ذلك، و الاستصحاب يقتضى بقاءه.

قوله: (و قبله إشكال).

أى: و قبل الحلول، و منشأ الإشكال: البناء على أنه عاربه، فيثبت الرجوع فيه متى شاء، أو ضمان دين فى عين خاصه من غير تعلق بالذمه.

و التحقيق: أنه عاربه لازمه، لأن الاذن فى عقد لازم يوجب على الآذن الوفاء به. و لا استبعاد فى أفراد هذا القسم من العاربه باللزوم عن معظم أقسامها، كما فى الإعارة للدفن، لتحريم النيش بعده. فعلى اللزوم ليس له المطالبه قبل الأجل، لمنافاته مقتضى الرهن المأذون فيه، و على العدم يثبت، و الأول أصح.

و للمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم، فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من قيمه و ما بيعت به، و للمالك الرجوع فى الاذن قبل العقد، و بعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً.

قوله: (و للمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم).

لأن ذلك مقتضى الرهن المأذون فيه.

قوله: (فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من قيمه و ما بيعت به).

لأنه مضمون عليه، فإن كان الأكثر قيمته استحقها المالك، لأن يبيعه بأنقص من قيمه كان لأجل مصلحة الراهن فى وفاء دينه. و إن كان ما بيعت به أكثر استحقه، لأنه ثمن ملكه، لأن العين باقيه على ملكه الى زمان البيع، و هنا إشكالان:

أ: أن القيمة هى ما تقتضى الرغبات بذلها فى مقابل العين، باعتبار الزمان و المكان، فلا تتصور زياده الثمن على القيمة، و لا نقصانه عنها فى الفرض المذكور، لوجوب استقصاء ذوى الرغبات فى وقت البيع، لأنه مال الغير.

ب: أن البيع إن كان برضى المالك لم يستحق إلا الثمن، و إلا كان باطلاً.

و الجواب عن الأول: أن القيمة هى ما يليق بالمال فى الزمان و المكان عند ذوى الرغبات، و إن كان قد يعرض لهم فى ذلك الوقت ما قد يمنع من اراده الشراء الموجب لقله الطلب، فيخل ذلك ببلوغ القيمة اللائقة.

و عن الثانى: أن خصوص ذلك البيع ليس برضى المالك، لأنه قد صار حقاً لازماً بإذنه الأول حتى لو صرح بعدم الرضى لم يعتد به، فيجب حينئذ أن يضمن له كمال حقه حذراً من الضرر.

و لا يخفى أن ضمان القيمة، حيث يكون الثمن أقل منها، إنما هو فى القيمى، فلو كان أقل منها فى المثلى فالضمان بالمثل.

و لو تلف فى يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه، قوله: (و لو تلف فى يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان).

لأنه أمين، قال الشارح عميد الدين: إن مراده: لو تلف الرهن المستعار فى يد المرتهن فأقرب الوجهين: أنه لا- ضمان على المرتهن، لأنه أمين لا يضمن إلا بالتفريط. و أضعفهما الضمان، لأن العاربه للرهن مضمونه، و يد المرتهن مرتبه على يد الراهن المستعير، و هى يد ضمان، فتكون المرتبه كذلك.

و الشارح ولد المصنف قال: إن المسأله موضع اشتباه، و حكى عن المصنف رحمه الله فى الدرس فى تحقيقها: أنها متفرعه على قوله: (و للمالك مطالبته بالفك عند الحلول و قبله إشكال) (١).

أما بعد الحلول، فإن الراهن إذا كان موسرا بالدين، فللمالك إلزامه بالافتكاك. فإذا جعلناه عاربه، أو غلبنا عليه العاربه، ففى صحه الرجوع فيها قبل الافتكاك وجهان: التفاتا الى أن العاربه مبنيه على الجواز، و ان ابتناء عقد لازم عليها اقتضى اللزوم بالعارض.

فإن قلنا بصحه الرجوع، فهل له مطالبه المرتهن-على معنى أن يلزم المرتهن المديون بالدين، أو يرهن آخر، فيضمن بعد المطالبه له من المالك، و إهمال مطالبته الراهن، و إمساك الرهن الى أن تلف-أو لا؟ وجهان: أقربهما الثانى عند المصنف، لأنه اذن فى عقد لازم فيلزم.

و لك أن تقول: إن كان هذا الحكم مبنيا على أن له الرجوع، و تجب على المرتهن المطالبه بالمال أو البدل، فإن الأقرب الضمان، لأن يده عاديه حينئذ.

و إن كان مبنيا على أنه ليس له ذلك فلا-وجه، لاحتمال الضمان على هذا التقدير الخاص أصلا، فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم المذكور عليه.

و أما قبل الحلول، فعلى تقدير أن يدفع الراهن، هل يجب على المرتهن القبول، أم لا؟ وجهان: أصحهما العدم، فعلى الوجوب إذا لم يأخذ المرتهن و تلف فى يده يضمن، و على العدم لا ضمان.

ص: ٦٧

و فى هذا نظر، لعدم مطابقه ذلك للعباره، فإن الذى فىهما: أن الأقرب عدم الضمان مع احتمالاه، فلا بد من فرض المسأله فى موضع
يحتمل الضمان احتمالاً مرجوحاً.

إلا أن يقال فى الموضوعين: بناء الأقرب على ثبوت الرجوع، ووجوب المطالبه فى الاولى، ووجوب قبول المبدل فى الثانيه، و مقابله
على عدمه. و هنا كلامان:

أ: انه أطلق وجوب القبول على المرتهن، فإن أراد تعميم الحكم فى وجوب قبول عوض الرهن و الدين فليس بجيد، لأن الدين قبل
الأجل لا يجب قبوله بدون الرهن، فكيف يتصور وجوبه مع الرهن.

و إن أراد وجوب قبول عوض الرهن فىنبغى -تفريعاً على كونها عاريه جائزه- وجوب القبول، بل جواز الرجوع يثبت مجاناً، و على
اللزوم لا يجب بحال.

ب: تخصيص الحكم بما إذا دفع الراهن لا- وجه له، لأنه إن حكم بكون العاريه هنا جائزه فالجواز على كل حال، أو لازمه فاللزوم
على كل حال، فلا وجه لما ذكره.

ثم حكى عن المصنف توجيهها آخر للمسأله، و هو: أنه على القول بكونها عاريه جائزه لا يبطل الرهن بالرجوع، و لا يجوز للمرتهن
إمساك العين، بل يجعلها بقول الحاكم، أو باتفاقهما عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها، فإن لم يفعل المرتهن كان ضامناً (1).

و لا يخفى أن توجيه العبارة على هذا التقدير يحتاج الى تكلف بناء المسأله على أن العاريه للرهن جائزه أو لازمه.

و أعلم أن فى العبارة من أولها اشكالاً، فإن قوله أولاً: (فإن خالف فللمالك فسخه، و إلا فلا) يقتضى أن تكون العاريه للرهن لازمه
من غير توقف.

و قوله بعد: (و قبله إشكال) يقتضى التردد فى كونها لازمه، إلا أن يعتذر بأنه كما

و يضمه المستعير و إن لم يفرط بقيمته. و كذا إن تعذر إعادته، و لو لم يرهن ففي الضمان اشكال.

ز: لو قال: أذنت لي في رهنه بعشره

ز: لو قال: أذنت لي في رهنه بعشره، فقال: بل بخمسه قدم قول المالك مع اليمين.

ح: لا يصح رهن المجهول

ح: لا- يصح رهن المجهول. يحتمل ذلك، يحتمل فرض المسألة فيما إذا بدل المرتهن قبول الدين أو البديل، فلا- يلزم تفريع الاشكال على التردد في لزوم العاربه و جوازها.

إلا أن هذا خلاف ظاهر العباره، و ارتكابه لا يخلو من تعسف، و مع ذلك فبناء كون الأقرب عدم ضمان المرتهن، على أن الأقرب لزوم هذه العاربه، و الضمان على عدم اللزوم فيه من التعسف ما لا يخفى، لأن ظاهر السياق يقتضى بناء الحكم في الأقرب، و مقابله على اللزوم الذى أتى به على وجه الجزم. و فيه مع الإخلال بالفهم، الاحتياج فى بناء مقابل الأقرب على ما لا تشعر به العباره أصلاً، فما ذكره الشارح عميد الدين أولى مما نقل عن المصنف.

قوله: (و يضمه المستعير و إن لم يفرط بقيمته).

لأنها عاربه أفضت إلى الإلتلاف بسبب لزومها، فيجمع بين مقتضى العاربه من وجوب الرد، و إفضاؤها إلى التلف بوجوب ضمان العوض. و لا يخفى أن الضمان بالقيمه إنما هو فى القيمي، لا فى المثلى.

قوله: (و لو لم يرهن ففي الضمان إشكال).

أى: لو تلف المستعار للرهن، فى يد الراهن، قبل الرهن، و منشؤه: من أن المقتضى للضمان رهنه فى الدين، لأن العاربه بمطلقها أمانه، و لم يحصل. و من أن القبض لذلك، فهو قبض ضمان، فيكون المقتضى للضمان هو القبض لذلك، لا- الرهن فى الدين، كالمقبوض بالسوم، و هو الأصح.

قوله: (لا يصح رهن المجهول).

المراد به: المجهول جهاله تمنع من توجه القصد اليه، كشاه من قطيع

ط: لو غصب عينا ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها ثم ظهر مصادفه التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه صح التصرف. مثلا. أما المجهول لا- كذلك، كهذه الصبره إذا لم يعلم قدرها، فلا بأس، لأن عقد الرهن ليس من العقود المبنيه على المغابنه و المكايسه، لأن ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاضين غبن صاحبه، فان الرهن مبنى على قبول الغبن، إذ الراهن مغبون للمرتهن.

قال المصنف في التذكرة في باب بيع الغائب: الأقرب جواز هبه الغائب غير المرئى و لا الموصوف، و رهنه، لأنهما ليسا من عقود المغابنات، بل الراهن و الواهب مغبونان، و المتهب و المرتهن مرتفقان، و لا خيار لهما عند الرؤيه لانتفاء الحاجه إليه (١).

قلت: باعتبار هذين العقدين لا خيار، نعم لو شرط كل من الهبه و الرهن لموصوف في عقد البيع مثلا، فظهر بخلاف الوصف يثبت الخيار بالعارض لتبعيه المعاوضه.

قوله: (لو غصب عينا ثم باعها، أو رهنها، أو وهبها، أو آجرها، ثم ظهر مصادفه التصرف الملك بميراث، أو شراء وكيل، وشبهه، صح التصرف).

قد سبق أنه لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا، و إن المبيع ملكه بالإرث ان الأقوى عند المصنف الصحه، فجرى في قوله هنا: (صح التصرف) على ما سبق في البيع، و لما اخترنا في البيع توقفه على الإجازة، فلا بد من القول بتوقفه عليها هنا، و كذا نقول في سائر العقود.

أما الرهن بالنسبه إلى مختار المصنف فقد سبق في كلامه: أنه لو شرط عليه رهنا في بيع فاسد، فظن اللزوم فرهن له فله الرجوع. و هذا يقتضى كون هذا

ص: ٧٠

ي: لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال

ي: لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، و كالبائع مع إفلاس المشتري، أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل.

يا: لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة

يا: لو رهن الوارث التركة و هناك دين فالأقرب الصحة و إن استوعب، ثم إن قضى الحق و الا قدم حق الديان. العقد جائزا من طرف الراهن أيضا، نظرا إلى أنه إنما أوقعه ظانا لزوم البيع.

و لا يخفى أن هذا غير ضائر، و بتقدير تأثيره فينبغي أن يكون تأثير ما إذا وقع العقد على أنه مال غيره، و أنه فضولى بطريق أولى.

قوله: (لو رهن ما له الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال، كموهوب له الرجوع فيه، و كالبائع مع إفلاس المشتري).

ينشأ: من أن صحة الرهن موقوفه على الرجوع ليكون مملوكا، و لم يحصل قبله، فلا يكون صحيحا. و من أن عبارته العاقد الأصل فيها الصحة، فيجب تنزيلها على ما يتحقق معه، و هو الرجوع الى الملك.

و لا استبعاد في أن يكون القصد الى الرهن المتصل بالعقد مقتضيا للرجوع و العود الى الملك، فيكون الرهن صحيحا لوقوعه في مملوك، و قد سبق مثله في الخيار، و هو الأصح.

قوله: (لو رهن الوارث التركة، و هناك دين فالأقرب الصحة و إن استوعبت).

وجه القرب: أنه مالك، كما سيأتي ان شاء الله تعالى في الوصية و غيرها، و التخيير إليه في جهات الأداء، فيكون رهنا من أهله في محله. و يحتمل العدم لتعلق حق الديان بالتركة، أو لأن الوارث إنما يملك مع عدم الدين، و كلاهما ضعيف.

قوله: (ثم إن قضى الحق و إلا قدم حق الديان).

أى: إن قضى حق الديان فلا بحث، و إن لم يقضه فالديان أحق بالتركة،

الفصل الثالث: في العاقد: ويشترط كماله الموجب، والقابل، و تملك الموجب أو حكمه كالمستعير، و ولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو إصلاح عقاره. و لو استداننا و رهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين، فيقدم حقه على حق المرتهن، لتعلق حقه بها سابقا.

قوله: (و تملك الموجب).

لو قال: و ملك الموجب لكان أولى و أخصر، مع أن فيه إيهام الاكتفاء بتجدد تملكه.

قوله: (و ولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته، أو إصلاح عقاره).

هو بفتح العين، و مثله نفقه مملوكه و دابته، و ذلك حيث يتوقف الاقتراض على الارتهان.

قوله: (و لو استداننا و رهنا، ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين).

أى: لو استدان شخصان كل منهما ديناً، و رهنا على الدينين رهنا لهما، بعقد واحد صادر منهما مباشرة أو بالوكالة، ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقاً، لافتكاكها بأداء ما عليها من الدين.

و هذا إذا لم يجعله - في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين [و بكل جزء منه. أما إذا جعله كذلك فظاهر، لأن رهن الغير ملكه على مال آخر جائز. و أما إذا لم يجعله، فلأن مقابله مجموع] (1) الرهن المملوك لهما بمجموع دينهما يقتضى مقابله الأبعاض بالأبعاض. و لما كان رهن ملك الإنسان

ص: ٧٢

و لو تعدد المرتهن و اتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة. و فى التقسيط مع اختلاف الدين اشكال، على دين غيره خلاف الأصل، احتيج الى دليل يدل عليه من قبل المالك، و لما انتفى الدليل هنا من المالك، و جب أن يصرف رهن ملك كل منهما الى ما عليه من الدين، حذرا من ارتكاب خلاف الأصل من غير دليل. و حينئذ فيفتك نصيب كل منهما بأداء ما عليه، إذ يمتنع بقاء الرهانه بعد أداء الحق.

قوله: (و لو تعدد المرتهن، و اتحد العقد من الواحد، فكل منهما مرتهن للنصف خاصة).

هذه مقابله للمسألة، لاتحاد الراهن و تعدد المرتهن. و إنما كان كل منهما مرتهنا للنصف، لانفراده بشرط الدين، و ينزل على الإشاعه ما لم يعين. و لا يخفى أن هذا إذا استوى قدر الدينين بدليل ما سيأتى من بيان حكم ما إذا تفاوتتا.

قوله: (و فى التقسيط مع اختلاف الدين إشكال).

أى: مع اختلافه فى القدر، سواء اختلف مع ذلك الجنس أم لا. و منشأ الإشكال: من أنه مشترك بينهما فى الرهن، و الأصل فى التشريك التنصيف، و لأن دين كل منهما سبب فى الرهن مستقل، و الأسباب إذا اجتمعت تساوت فى التقسيط لاعتبار سببيه كل منهما، و من أن التنصيف حيث لا يدل دليل على خلافه - و الدليل على التقسيط قائم هنا، لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون إذا و فى به - ففى محل النزاع إن قضى الزائد من أحد الدينين على الآخر من ثمن الرهن، اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن، فيكون متعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من متعلق الآخر. و إن لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع، و قد فرض كونه رهنا بالمجموع هنا.

و إذا ثبت هذا، كان التقسيط مستفادا من خارج، و هو جعل الرهن رهنا بالمجموع، لا من أصل التشريك، فعلى هذا إن و فى فلا بحث، و إلا قسّط عليهما بحسبهما.

فإن و في أحدهما صار النصف طلقاً، فإن طلب قسمه المفكوك و لا ضرر على الآخر أجيب، و إلا فلا، بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا و نصفه أمانه. و المرتهن و الراهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر، فإن بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً بل موقوفاً، إلا - عتق المرتهن فإنه يبطل و إن أجازته الراهن، و لو سبق اذنه صح، فلو افتكك الرهن ففي لزوم العقود نظر، قوله: (فإن و في أحدهما صار النصف طلقاً).

يجب أن يقيد بما إذا تساوى، أو لم يقل بالتقسيم مع التفاوت.

قوله: (فإن طلب قسمه المفكوك).

أى: فإن طلب الراهن قسمه المفكوك من الرهن الى آخره، حيث كان مشاعاً.

قوله: (فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً، بل يقع موقوفاً، إلا عتق المرتهن فإنه يبطل، و إن أجازته الراهن).

تردد في الشرائع في صحة عتق المرتهن إذا أجازته الراهن، ثم حكم بعدم الصحة (1)، و هو المعتمد، لأنه لا عتق إلا في ملك.

قوله: (و لو سبق اذنه صح).

أى: لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق صح. و يحتمل أن يكون المراد: لو سبق اذن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه، و فيه تكلف.

قوله: (فلو افتكك الرهن ففي لزوم العقود نظر).

أى: لو افتكك الراهن الرهن، أو افتكك مفتكك - بأن يقرأ للمجهول - ففي لزوم العقود الصادره من الراهن نظر، ينشأ: من أنها وقعت جائزه، فيبقى جوازها مستصحباً، و من أنها لازمه في أصلها - لأنه الفرض - و جوازها إنما كان بسبب حق

ص: ٧٤

[١ - ١] شرائع الإسلام ٨٢: ٢. [١]

و الأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك. المرتهن و قد زال، فيزول الجواز، و لأنها لازمه من طرف الراهن، لما سيأتي عن قريب ان شاء الله. و الجواز إنما هو لعلاقه-حق المرتهن، فإذا زال لم يبق للجواز مقتض.

فان قيل: حق التصرف مشترك بين الراهن و المرتهن، فتصرف الراهن وحده لا ينفذ، بالإضافة إلى المرتهن، لوجود حقه المنافى لذلك، فيتوقف على إجازته، فإذا زال حقه، و انحصر الحق كله في الراهن، كان كما لو باع مال غيره فضوليا ثم اشتراه أو ورثه، فكما يتوقف على الإجازة ثم، أو يحتمل البطلان، فكذا هنا.

قلنا: الفرق واقع، لأن مال الغير غير مملوك للمتصرف، فالمقتضى للصحة منتف، إذ مجرد الصيغه لا يعد مقتضيا، بخلاف ما نحن فيه، لأن الملك منحصر في الراهن، و المقتضى و هو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود.

غايه ما في الباب أن حق المرتهن مانع، فإذا انتفى عمل المقتضى عمله.

و أيضا فإنه لا سبيل الى اعتبار اجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته، و لا الى بطلان تصرف الراهن المالك، إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه، فكيف يحكم ببطلانه بعده؟ و بهذا يظهر أن الحكم باللزوم هو الأقوى.

قوله: (و الأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك).

وجه القرب: صدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكا، فحقه أن يكون لازما، و لا مقتضى للجواز إلا حق المرتهن، و هو منحصر في جانبه، فيختص الجواز به.

و التحقيق أن يقال: إن الإجازة في العقد الفضولي إن جعلناها كاشفه، فالجواز من طرف من وقع العقد فضوليا بالنسبه إليه خاصه، دون العاقد الآخر مع الفضولي، فاللزوم هنا من طرف الراهن أظهر.

و إن جعلناها ناقله و جزء للسبب، اتجه في الفضولي الجواز أيضا من طرف العاقد الآخر، نظرا الى أن المأتي به إنما هو جزء السبب فقط، فهو بمنزله

و لو أجاز الرهانه الثانيه ففى كونه فسخا لرهنه مطلقا، أو فيما قابل الدين الثانى، أو العدم مطلقا نظر. الإيجاب وحده و أما هنا ففيه تردد. و اللزوم أيضا على هذا التقدير متجه هنا، لما عرفت من أن المأتى به هنا سبب تام، غايه ما فى الباب أن المانع موجود و هو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذى هو المالك. و ما قربه أقرب، فإننا قد أسلفنا فى الفضولى أن الإجازة كاشفه.

قوله: (و لو أجاز الرهانه الثانيه، ففى كونه فسخا لرهنه مطلقا، أو فيما قابل الدين الثانى، أو العدم مطلقا نظر) هنا احتمالات ثلاثه، منشأ النظر من تعارض دلائلها:

أحدها: كون الإجازة موجب لفسخ رهنه مطلقا، أى: فى مجموع الرهن، سواء ما قابل دينه و ما زاد عليه.

و وجهه: أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبه إلى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، و اختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متنافيان، لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافى اختصاص الآخر و قد ثبت الرهن الثانى بالسبب الطارئ، و إجازة المرتهن الأول، فيبطل الأول، و فى المنافاه المذكوره نظر.

الثانى: كونها موجب لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثانى، لأن المنافاه باعتبار مقصود الرهن مختصه به، بخلاف ما زاد.

و يضعف: بان الرهن متعلق بالمجموع، فان اقتضى الاختصاص اقتضاه فى المجموع، و إلا لم يقتض فى شىء منه، و لأن الثمن على تقدير اعتبار المقابله و الزيادة بالنسبه إليه لا ينضب، فقد يكون فى وقت الرهانه كثيرا يبقى منه بقيه بعد، و اما هنا ففيه تردد. و اللزوم أيضا على هذا التقدير متجه هنا، لما عرفت من أن المأتى به هنا سبب تام، غايه ما فى الباب أن المانع موجود، و هو لا يخل بوجود الدين الثانى، ثم يتجدد النقصان و بالعكس. و يستحيل تجدد ثبوت الحق، بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له.

و يترتب حكم إسقاط الثانى حقه، الثالث: عدم الفسخ مطلقا- أى: فى شىء من الرهن- لعدم التنافى، لأنه لا يمتنع كون الشىء رهنا بمجموع لا يفى ثمنه بأدائه، لأن الأداء ثمره الرهن بعد تحققه، لا نفسه.

و إنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن، باعتبار كثرته و قلته. و تقديم دين شخص فى الأداء على دين آخر لا ينافى تعلق كل من الدينين بالرهن، لما قلناه من أن ذلك ثمره الرهن و مقصوده.

و لا- محذور فى أن يكون المقصود فى بعض أولى و أسبق من البعض الآخر، و إن استويا فيما له المقصود و الثمره، لأنه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين و تقديم أحدهما فى الأداء على الآخر، ثم تأديه الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلا، ففى العقدين المستقلين أولى، لوقوع الثانى بعد القطع بصحة الأول، فلا بد فى طروء البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة، لا صحة أحدهما أو فساده، و فى العقد الواحد صحة كل من العقد و الشرط و فساده لازم للآخر، فاما أن يصح أو يفسد.

و الذى يقتضيه النظر الصحة و عدم الانفساخ مطلقا، لوجود الدلائل الداله على وجوب الوفاء بالعقد، الشامل بعمومه لموضع النزاع، و عدم ثبوت مناف يقتضى البطلان.

قوله: (و يترتب حكم إسقاط الثانى حقه).

أى: و يترتب على الاحتمالات الثلاثه، حكم إسقاط المرتهن الثانى حقه من الرهن، فعلى الأول لا حق للمرتهن الأول، لبطلان حقه بوجود منافيه، و إن طرأ عليه البطلان.

و على الثانى، لا حق له فيما قابل الدين الثانى.

و على الثالث حقه بحاله، لأن حق الرهانه بالنسبه إليه ثابت.

و تقدم الثانى فى الاستيفاء قد انتفى بإسقاط حقه، فيبقى حكم الرهن بالنسبه إلى الأول متوفرا.

و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء اشكال. قوله: (و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال).

ينشأ: من أن الرهن الثاني لازم من طرف الراهن، كما سبق بيانه آنفا.

و توقفه على إجازة المرتهن الثاني، لتعلق حقه به من جهة استيفاء دينه من قيمته، فإذا استوفى حقه من ثمنها بعد بيعها- كما يرشد إليه قوله: (ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول)- لم يبق له تعلق به، فيكون الزائد بمقتضى اللزوم مختصا بالثاني. و من أن الرهن الثاني موقوف على الإجازة، و لم يحصل، فيبقى كما كان.

و التحقيق: أن نفوذ الرهن الثاني إنما يكون بأحد أمرين: إجازة الأول، أو افتكاك العين، بنحو أداء دينه لاختصاصه بجميع العين. فإذا لم تحصل الإجازة و الافتكاك، حتى بيعت العين في دين المرتهن الأول، امتنع نفوذ الرهن الثاني، لفوات محله بالبيع.

و ليست قيمه متعلق الرهن، لأن متعلقه هو العين، و إن استحق بسببه الاستيفاء من قيمه، فلا وجه لنفوذ الرهن الثاني في الفاضل عن دين الأول في الفرض المذكور بحال.

نعم لو أجاز المرتهن الأول الرهانه الثانيه، بعد الموت مع بقاء العين، لم يمتنع القول بنفوذها، لتحقق المقتضى و زوال المانع حينئذ فيعمل عمله و ما قيل: من أن حق باقى الغرماء يتعلق بالتركة، فلا أثر لإجازته إن قلنا بعدم اختصاص الثاني بالفاضل، و لا لفسخه إن قلنا بعدم الاختصاص، لا يكاد يتحصل له معنى، لأن تعلق بحق الغرماء و عدمه فرع الاختصاص بالفاضل و عدمه، و الاختصاص و عدمه فرع نفوذ الرهانه الثانيه و عدم نفوذها.

و نفوذها بالنسبه إلى العين، إنما يكون بأحد أمرين: إما إجازته، أو الافتكاك، كما سبق، فتكون إجازته بالنسبه إلى العين معتبره بعد موت الراهن،

و لا حكم لإجازه الأول، و لا فسخه بعد موت الراهن.

و لو عتق الراهن بإذن المرتهن، و بالعكس سقط الغرم. و لو اذن فى الهبه فوهب، فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، و عدمه. كما كانت قبله، إذ لا دليل على زوال اعتبارها، فتكون إجازه كاشفه عن عدم تعلق حق باقى الغرماء، و رده كاشفا عن التعلق.

و بالنسبه إلى القيمه لا يعقل النفوذ أصلا، كما حققناه من أن الرهانه متعلقه بالعين، و إنما يقتضى التعلق إلى القيمه بتوسط التعلق بالعين، فإذا انتفى التعلق بالعين امتنع التعلق بالقيمه ليختص الثانى بالفاضل عن دين الأول.

و قول المصنف: (و لا - حكم لإجازه الأول، و لا - فسخه بعد موت الراهن، فلا تكون أجازته مقتضيه للنفوذ، و لا فسخه مقتضيا لعدمه) إنما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثانى فى قيمه الرهن، بعد بيعه لأداء دين الأول و عدمه، فان النفوذ على هذا التقدير، و عدمه بعد انقطاع علاقه المرتهن الأول، فلا حق له حينئذ أصلا، إلا أن هذا الاحتمال لا يتوجه أصلا، لما حققناه، فلا يستقيم ما ذكره. و الصحيح عدم اختصاص الثانى بالفاضل من دين الأول.

قوله: (لو أعتق الراهن باذن المرتهن، و بالعكس سقط الغرم).

أما فى الثانى فظاهر، و أما فى الأول فلأن الإذن فى التصرف المنافى لبقاء حق الرهانه لا يقتضى وجوب بذل القيمه ليكون رهنا.

قوله: (و لو اذن فى الهبه فوهب، فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على اشكال، ينشأ: من سقوط حقه بالإذن، و عدمه).

أى: ينشأ من التردد فى سقوط حق المرتهن بالإذن، و عدمه. و وجه التردد: أن الإذن فى المسقط يدل على الرضى بالسقوط، فيمكن عده مسقطا.

و فيه نظر، لأن المنافى للرهن هو المقتضى للسقوط، لا الرضى به، فالأصح صحه الرجوع.

و لو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، و إن كان يأذن المرتهن، و إن صارت أم ولده، و فى بيعها اشكال. قوله: (و لو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن، و إن كان يأذن المرتهن، و إن صارت أم ولده).

لأن الرهن بعد تمامه و لزومه إنما يبطل بمنافيه، و الإحبال و إن وقع بالإذن غير مناف و إن صارت أم ولد، إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاء، أما مطلقا أو مع الإعسار.

و مع اليسار يجب بذل قيمه ليكون رهنا، و ذلك أثر بقاء الرهانه لا محاله، فلا منافاه حينئذ، نعم لو افتكها امتنع البيع، و الرهانه بعد ذلك.

قوله: (و فى بيعها إشكال).

ينشأ: من تعلق حق المرتهن سابقا، فيقدم، و من عموم النهى عن بيع أمهات الأولاد (١). و للشيخ قولان فى المسأله:

أحدهما قوله فى الخلاف: يبيعه مع إعسار الراهن، و مع يساره يجب بذل قيمه، ليكون رهنا جمعا بين الحقين (٢). و يضعف بأن الرهانه إن بقيت فهى متعلقه بالعين، و إلا فلا تعلق لها بالقيمه.

و الثانى: قوله فى المبسوط بجواز بيعها مطلقا (٣)، و هو اختيار ابن إدريس (٤).

و حكى شيخنا فى شرح الإرشاد عن المبسوط خلاف ذلك، و الظاهر أنه و هم.

و تحقيق القول: أن عمومات بيع الرهن لأداء الدين، و عمومات بيع أم الولد قد تعارضت، فلا بد من المرجح لتخصيص بعض ببعض آخر، و المرجح هنا

ص: ٨٠

١- ١) الكافى ١٩٣: ٦ حديث ٥، الفقيه ٨٣: ٣ حديث ٢٩٩.

٢- ٢) الخلاف ٥٩: ٢ مسأله ١٩ كتاب الرهن.

٣- ٣) المبسوط ٢١٧: ٢.

٤- ٤) السرائر: ٢٥٩.

و لو ماتت فى الطلق فعليه القيمه. و كذا لو وطأ أمه غيره لشبهه. و لا يضمن زوجته، و لا المزنى بها الحره المختاره، لأن الاستيلاء إثبات يد، و الحره لا تدخل تحت اليد. هو سبق حق المرتهن، الذى لا دليل على بطلانه، فيكون القول ببقاء حق الرهانه، و جواز البيع مطلقاً أقوى، و إن كان تفصيل الخلاف أحوط.

قوله: (و لو ماتت فى الطلق فعليه القيمه).

هذا إذا لم يكن الإحبال بالإذن، فاما معه فالصواب أن لا قيمه هنا.

و المراد بوجود القيمه: جعلها رهنا كالعين، محافظه على حق المرتهن.

قوله: (و كذا لو وطأ أمه غيره لشبهه).

أى: و كذا تجب القيمه للمالك لو وطأ شخص أمه غيره لشبهه، فماتت فى الطلق، لأن الأمه مال، فتدخل تحت اليد، و تصير مضمونه، فإذا استند تلفها الى سبب صادر عنه، موجب للضمان عليه، و جبت عليه القيمه.

و لا يضر فى ذلك كون الوطء لشبهه، لأنها إنما تمنع الإثم، لا إسقاط ضمان مال الغير إذا استند إتلافه اليه بكون سببه منه.

و لا فرق فى هذا الحكم، بين كون الوطء لشبهه، و عدمه، فكان عليه أن يسكت عن قوله: (لشبهه)، لأنه يوهم عدم الضمان بدونها. إلا أن يقال: يدل على الضمان بدونها بطريق أولى، لأن ضمانه مع عدم التكليف يقتضى الضمان معه بطريق أولى.

قوله: (و لا يضمن زوجته).

لأن الوطء مستحق شرعاً، فكيف يعقل ترتب الضمان عليه، إذ لا عدوان من قبله.

قوله: (و لا المزنى بها الحره المختاره، لأن الاستيلاء إثبات يد، و الحره لا تدخل تحت اليد).

أى: الاستيلاء، و هو الوطء الذى ترتب عليه الاحبال، و الطلق تصرف يد، و الحره لا تدخل تحت اليد، لأن الذى يدخل تحت اليد هو المال دون الحر،

و فى اعتبار القيمه يوم التلف، أو الإحبال أو الأعلى نظر. و لو باع الراهن بإذن المرتهن صح، و لا تجب رهينه الثمن إلا أن يشترط.

و لهذا لا يضمن منافع الحر، إلا بالاستيفاء، بخلاف منافع العبد، فإنها تضمن بمجرد وضع اليد عليه و إن لم يستوف، لأنه مال.

و احترز ب(الحره) عن الأمه، فإنها تضمن مطلقا، و ب(المختاره) عن المكرهه.

فلو أكره حره على الزنا، و أحبلها ضمنها لو ماتت فى الطلق، كما صرح به المصنف فى التذكره (1)، لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره منها، فيضمن ديبتها التى تجب على العاقله.

قوله: (و فى اعتبار القيمه يوم التلف، أو الإحبال، أو الأعلى نظر).

المراد بذلك: القيمه السوقيه، فلو نقصت القيمه لنقصان فى العين بعيب و نحوه، فهو مضمون قطعا، أما تفاوت السوق باعتبار وقت التلف و الإحبال و ما بينهما، ففى اعتباره حيث تجب القيمه فى المواضع السالفه كلها، أو فى الرهن الذى هو المقصود و الباقي يحال عليه نظر، و الأصح اعتبار قيمته حين التلف، لأنه حين الانتقال الى ضمان القيمه.

و قد سبق لهذا نظائر فى البيع الفاسد، و العين المغصوبه، و سيأتى بعد ذلك.

و اعلم أن المراد ب(الأعلى) فى قول المصنف: (أو الأعلى)، الأعلى من يوم الإحبال إلى حين التلف، لأن جميع ذلك الزمان العين فيه مضمونه، و إن كان المتبادر من قوله: (الأعلى) بعد ذكر (يوم التلف)، و (الإحبال) أن المراد الأعلى منها.

ص: ٨٢

و لو قال:أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل. و لو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر. و لو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الأجل. و لو باع الراهن،فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال، قوله: (و لو قال:أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل).

أى:بإطلاق الإذن،فيكون مقتضاه الاعتراف بإطلاق الاذن في البيع، و دعوى إرادته كون الثمن رهنا بذلك اللفظ المطلق و لا أثر لهذا،لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ،و لذلك لم تتجه له المطالبة بالثمن،و لا إثباته بيمينه.
قوله: (و لو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر).

قيل:أى فائده لقوله:(حلف المنكر)،و لم يقل:حلف الراهن،فإنه أظهر،و لا تتصور إرادته غير الراهن بالمنكر هنا.
قلنا:فائدته أن فيه إشعارا بعله تقديم قوله بيمينه،و هى كونه منكرا أخذنا بعموم:«و اليمين على من أنكر»(1).

قوله: (و لو انعكس الفرض،لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الأجل).

المراد بانعكاس الفرض:أن يبيع المرتهن بإذن الراهن،و إنما لم يكن له التصرف بالثمن قبل الأجل،لعدم استحقاقه أخذ دينه حينئذ.

قوله: (و لو باع الراهن،فطلب المرتهن الشفعة،ففى كونها إجازة إشكال).

ينشأ:من كون اللفظ لا يدل على الإجازة بإحدى الدلالات،أما المطابقه و التضامن فظاهر،و أما الالتزام فلائتفاء اللزوم البين. و من أن طلب الشفعة إنما يكون طلبا صحيحا حيث يستحق ذلك،و إنما يستحقه بعد تحقق البيع المعبر

ص: ٨٣

فإن قلنا به فلا شفعه، و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد.

شرعا، و إنما يتحقق ذلك إذا أجازته المرتهن.

و يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح، لوجوب صيانه كلامه شرعا عن الهذريه مع الإمكان، فيكون دالا بالاقتضاء على الإجازة، و دلالة الاقتضاء معتبره، لثبوت الدال عليها، و إن لم تكن دلالة الالتزام، لأن هذه الدلالة لا تستفاد من اللفظ بمجرد، بل بمعونه شيء آخر.

و دلالة الالتزام تستفاد من اللفظ بمجرد، بشرط العلم بالوضع، و تحقيق اللزوم، و هذا الأخير أقوى. و فى قول المصنف: (ففى كونه إجازة) تسامح، لأن طلب الشفعه ليس نفسه إجازة كما هو معلوم، و إنما هى من مقتضياته على الاحتمال. قوله: (فان قلنا به فلا شفعه).

أى: فان قلنا بكون طلب الشفعه إجازة للبيع فلا شفعه، لأن الإجازة رضى بالبيع، و الرضى بالبيع يسقط الشفعه.

و اعلم أن الشارح ولد المصنف بنى المسألة على أن الشفعه تثبت بمجرد العقد أم بلزومه؟ فعلى الأول: لا- تكون إجازة، لعدم الاقتضاء، فلا تسقط الشفعه بطلبها. و على الثانى: تكون إجازة فيسقط به، كما بيناه (1). و فيه نظر، لأنه لا يعقل ثبوت الشفعه بمجرد العقد، الذى هو الإيجاب و القبول. لأن هذا بمجرد لا يقتضى البيع، و إنما البيع: هو نفس نقل الملك، أو نفس الإيجاب و القبول المقتضيين لنقل الملك أو الانتقال على اختلاف الآراء- و قد سبق بيانه فى أول البيع- فكيف يعقل إثبات الشفعه التى هى تابع من توابع البيع بمجرد العقد، و مع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحه البيع لزومه لثبوتها، فلا يستقيم ما ذكره.

ص: ٨٤

و يجوز أن يشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه، أو لغيره، أو وضعه على يد عدل، و ليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ، نعم لو مات بطلت دون الرهانه. و لو مات المرتهن، فإن شرط فى العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم، و إلا لم تنتقل، و فى قول المصنف بعد هذا: (و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد) ما يدل على عدم صحه بنائه، لأنه بعد إسقاطه الرهانه حكم بأنه يستحق الشفعه، على تقدير القول بلزوم العقد، لأنه حينئذ يكون بيعا صحيحا، و بدونه هو كالفضولى لا يثمر ملكا.

و مقتضاه أنه لا يستحق شفعه على القول بعدم اللزوم، إذ ليس بيعا، و لا يثمر ملكا، فلو كان بناء الشارح للإشكال صحيحا، لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد فى ثبوت الشفعه منافيا للتردد المستفاد من الاشكال السابق، و المعتمد سقوطها بطلبها، لاقتضائه الإجازة كما قرناه.

قوله: (و ليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ).

أى: حين اشتراطها فى العقد لنفسه و لغيره، لوجوب الوفاء بالعقد اللازم و شروطه، و هذا مما يدل على أن بعض الشروط تصير لازمه، إذا لم يكن المشروط فعل شيء يتحقق فعله بعد العقد.

قوله: (نعم لو مات بطلت دون الرهانه).

هذا استدراك، و بمعنى الاستثناء مما تقدم، أى: الوكالة المشروطة فى العقد تبطل بموت الراهن، لأن الوكالة استنابه فى فعل يختص بحال الحياه، فإن الوكيل ينزل بموت الموكل.

قوله: (و لو مات المرتهن، فإن شرط فى العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم، و إلا لم تنتقل).

لأن اشتراط كون فلا- و كيلا- و انتقال الوكالة عنه فى حال مخصوص لا- ينافى مقتضى الرهن، و لا- الوكالة، و لا- شيئا من شروطها، فيجب الوفاء به، و يكون لازما. و إن لم يشترط الانتقال المذكور فى العقد بطلت الوكالة بموت

أما الرهينه فتنقل بالميراث كالمال بين الورثه. و لو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينه، دون الوكاله و الوصيه. المرتهن، لأن موت الوكيل يقتضى بطلان الوكاله.

قوله: (أما الرهينه فتنقل بالميراث، كالمال بين الورثه).

لما كانت الرهينه حقا من الحقوق المتعلقة بالمال و جب انتقالها بالإرث كما ينتقل المال، و يكون الحكم فى استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثه.

و الميراث فى قول المصنف: (فتنقل بالميراث) يراد به: الإرث، و هو سبب الاستحقاق، فيكون مصدرا ميميا.

قوله: (و لو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينه دون الوكاله و الوصيه).

أى: لو أقر المرتهن بالدين-الذى وقع الرهن به-لآخر، و أنه كان وكيلا فى الرهانه به صح الإقرار، و يثبت كون الدين و الرهانه به حقا للمقر له، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و قد انحصر الحق فى ذلك بحسب الظاهر فى المقر، فينفذ لا محاله.

و لو كان قد اشترط المرتهن فى عقد الرهن، أو غيره من العقود اللانزمه كونه وكيلا فى البيع حال حياه الراهن، و وصيا فى بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له، لأنه خلاف المشروط، و لأن ذلك استنابه عن الراهن لا حق يختص به المرتهن، ليعقل نفوذ إقراره فيه.

و اعلم أن فى عباره المصنف عدّه مناقشات:

أ: قوله: (انتقلت الرهينه) فإنه لا انتقال هناك، بل الرهينه بمقتضى الإقرار حق للمقر له من أول الأمر.

ب: انه إنما تثبت الرهينه للمقر له بشرط كونه وكيلا- عنه، و اعترافه بأنه أوقعها عنه، و ظاهر العبارة أن مجرد إيقاع الرهانه بين البراهن و المرتهن كاف فى ثبوتها.

و لو امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلا، وإلا فالحاكم، و له حبسه حتى يبيع بنفسه.

الفصل الرابع: الحق

الفصل الرابع: الحق:

و شروطه ثلاثه: أن يكون دينا لازما، أو آثلا إليه، يمكن استيفاؤه منه، فلا يصح الرهن على الأعيان و إن كانت مضمونه كالغصب، و المستعار مع الضمان، و المقبوض بالسوم على اشكال، و لا على ما ليس بثابت حاله الرهن، كما لو رهن على ما يستدينه، أو على ثمن ما يشتره منه، ج: ان العبارة خاليه من الدلاله على ما يراد بقوله: (و الوصيه)، فإنه و إن جرى للوكاله فى بيع الرهن ذكر، لكن لم يجر للوصيه ذكر أصلا، ففى دلاله اللفظ على المعنى المراد شده خفاء.

قوله: (و الأ فالحاكم).

فإن لم يكن موجودا باع بنفسه، و لو شهد شاهدى عدل كان أولى، و لو تعذر إثبات الرهانه عند الحاكم باع بنفسه و إن كان مع وجود الحاكم، لثلا يضيع حقه.

قوله: (و له حبسه حتى يبيع بنفسه).

لأن ذلك حق عليه، و كذا تعزيره.

قوله: (أن يكون دينا لازما، أو آثلا إليه).

المراد بكونه لازما: أن يكون ثابتا فى الذمه، فإنه سيأتى أن الثمن يصح الرهن به فى مده الخيار، و بكونه آثلا إلى اللزوم: أن يكون ثبوته فى الذمه بالقوه القريبه من الفعل، كما فى مسأله التشريك بين الرهن و سبب الدين.

قوله: (فلا يصح الرهن على الأعيان، و إن كانت مضمونه كالغصب، و المستعار مع الضمان، و المقبوض بالسوم على إشكال).

الإشكال فى الأعيان المضمونه خاصه، و منشؤه: من أن مقتضى الرهن استيفاء المرهون، و فى الأعيان يمتنع ذلك لامتناع استيفاء العين الموجوده من

شئ، آخر، و من أن معنى التوثق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون، و ذلك هو المقصود من الرهن، إذ المعقول منه كونه وثيقه للحق المرهون به على أن تستوفى منه عند الحاجة، و هذا كما يصدق فى الرهن على الدين، يصدق على الرهن فى محل النزاع.

فان قيل: فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الأعيان، لثبوت التوثق بهذا المعنى فى الرهن عليها.

قلنا: لما لم تكن مضمونه لم يكن تلفها موجبا لثبوت شئ فى الذمه، لانتفاء الضمان، فلم يتحقق مقصود الرهن بالنسبه إليها.

فإن قيل: حيث أن الرهن وثيقه تستوفى منه عند الحاجة، لزم القول بصحته هنا، لإمكان عروض الحاجه بالتلف بعد التعدى.

قلنا: لما لم يكن الضمان متحققا، كان المعنى المصحح للرهن منتفيا، بخلاف المضمونه.

فإن قيل: المصحح للرهن، كونه بحيث يستوفى منه عند الحاجة، و هو ثابت فى الموضعين.

قلنا: لما كانت الأعيان مضمونه، كان المصحح للرهن موجودا بالقوه القريبه من الفعل، بخلاف غير المضمونه، فإنه لا مصحح فيها بالفعل، و لا بالقوه القريبه.

و يمكن أن يقال: ان الرهن فى الأعيان المضمونه على العهده الثابته، و هى تعلق ضمان الأعيان بالذمه على تقدير التلف، لأنها حق ثابت فى الحال.

و لا- يقال: إن المرهون به لا يمكن استيفاؤه هنا من المرهون، لأن المطلوب استيفاؤه هو المقصود من تلك العهده، و هذا المعنى منتف فى الأعيان الغير المضمونه.

أو يقال: ان الرهن على هذه الأعيان، من جهه تعلق عهده ضمانها على تقدير التلف بالذمه، و هذا منتف أيضا فيما ليست بمضمونه.

فلو دفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا. و الأوجه في الاستدلال أن يقال: ان الرهن في محل النزاع عقد صدر من أهله في محله، و لا مانع إلا تخيل كون هذه الأعيان لا تستوفى من الرهن، فانتفى مقصوده فامتنع صحته.

و هذا خيال ضعيف، فان استيفاءها إنما يكون عند الحاجة لا مطلقا، و محل الحاجة هنا: هو حال التلف، و في تلك الحال هو ممكن، لأن المراد باستيفائها: هو أخذ عوضها الواجب شرعا، و الألامتنع الرهن على الثابت في الذمه مثله، إذ من المعلوم أن ذلك بعينه لا يستوفى بشيء من ثمن الرهن، فعلى هذا يجب الحكم بصحته، لثبوت المقتضى بعموم النصوص و انتفاء المانع. و لا يرد لزوم مثل ذلك في غير المضمونه لوجهين:

أ: ثبوت الإجماع على عدم الجواز فيها، و وقوع الخلاف هنا.

ب: أن يكون الاعتبار المصحح للرهن في المضمونه منتفيا فيها، و هو تعلق عهدها في الذمه، و هذا القول قوى.

و مثله أخذ الرهن على الثمن للمشتري، أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع، و قد صرح باستوائهما في الحكم المصنف في التحرير (١)، و شيخنا الشهيد في الدروس (٢).

و إن كان المصنف في التذكرة - مع قوله بصحة الرهن على الأعيان المضمونه - منع من الرهن بعهده البيع (٣)، و ليس بواضح. و ما علل به من منعه الارتفاق مردود، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجلا، و الظاهر أن أخذ الرهن على الصحة حذرا من نقصانها كالرهن على المبيع.

قوله: (فلو دفعه الى المرتهن، ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا).

رد بذلك على أبي حنيفة، و مالك، و بعض الشافعية، حيث قالوا: ان من دفع الى غيره ثوبا، و قال: رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غدا، و سلم اليه

ص: ٨٩

١-١) تحرير الأحكام: ٢٠٥. [١]

٢-٢) الدروس: ٤٠٢.

٣-٣) التذكرة ٢: ٢٣. [٢]

و لو شرك بين الرهن و سبب الدين فى العقد، ففى الجواز إشكال ينشأ: من جواز اشتراطه فى العقد فتشريكه فى متنه آكد، و من توقف الرهن على تماميه الملك، لكن يقدم السبب فيقول: بعثك هذا العبد بألف، و ارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت و رهننت، و لو قدم الثوب، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن (1).

و وجه البطلان: مع إجماعنا أن العقود إذا شرط تأخير مقتضاها، لم تحقق الإنشاء الصريح للفعل، المطلوب ثبوته حالاً، المعتبر فيه لفظ الماضى، فلا تكون صحيحه.

قوله: (و لو شرك بين الرهن و سبب الدين فى عقد، ففى الجواز إشكال، ينشأ: من جواز اشتراطه فى العقد، فتشريكه فى متنه آكد، و من توقف الرهن على تماميه الملك).

أما الوجه الأول: فما ادعاه فيه من الأكديه غير واضح، فان اشتراط الرهن على ثمن المبيع فى العقد، الذى يقتضى وجوبه و ثبوته، غير إنشاء عقد الرهن، و المشروط بثبوت الحق فى الذمه هو الثانى، دون الأول.

و لأن اشتراط الرهن، مقتضاه إثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته. و اما الرهن: فإنه إنشاء التوثق، و إنما يكون بحق ثابت، إذ لا يكاد يعقل معنى الوثيقه بحق لم يثبت بعد.

و أما الوجه الثانى ففيه نظر، لأن الرهن غير متوقف على تماميه الملك، بل على أصل الاستحقاق و الثبوت، إلا أن يريد بتماميه الملك ذلك، من حيث أنه لا يثبت إلا بكماليه سببه، و هو خلاف المتبادر.

و لو قيل فى وجه الإشكال: إن منشأه: الشك فى أن حصول سبب الوجوب كاف فى صحه الرهن و عدمه.

قوله: (لكن يقدم السبب فيقول: بعثك هذا العبد بألف و ارتهنت الدار بها، فيقول: اشتريت و رهننت، و لو قدم الارتهان لم

ص: ٩٠

١- (١) المغنى لابن قدامه ٣٩٩: ٤، المجموع ١٨٢: ١٣، بدايه المجتهد ٢٧٤: ٢، الوجيز ١٦١: ١.

الارتهان لم يصح، و لو رهن على الثمن فى مده الخيار، أو على مال الجعالة بعد الرد، أو على النفقه الماضيه أو الحاضره صح، لا على المستقبله. يصح).

المراد: تقديم السبب إيجابا و قبولا، فلو تأخر فيهما أو فى أحدهما لم يصح، لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضى لصحته، و هو ظاهر اختياره فى التذكرة (١).

و يشكل على الصحه فى المسأله تقدم قبول الرهن على إيجابه، و قد أسلفنا فى أول الباب فى الرهن و البيع عدم اعتباره لو تقدم و اختار الشيخ الصحه هنا (٢)، و فيما لو قال: بعثك هذا و ارتهنته بكذا، فقال: قبلت و رهنت، و الشارح ولد المصنف فرّق بينهما، فحكم بالبطلان فى الأولى، و الصحه فى الثانيه (٣)، و الفرق غير ظاهر.

و الذى يقتضيه النظر بالبطلان، لما قلناه من تقدم القبول، و لأن مساواه هذا الرهن الأعيان المضمونه غير واضحه، فإن هناك حقا فى الجملة، بخلاف ما هنا.

إذا عرفت هذا، فعلى تقدير البطلان هنا لا يبقى لاشتراط أحد الأمرين: من كون الحق ثابتا، أو أثلا إلى الثبوت وجه أصلا. إلا أن يقال:

أنه يتحقق فى الأعيان المضمونه، فإنها لكون الحق فيها أثلا إلى الثبوت بوجود سببه، يصح الرهن بها من هذه الجهه، فلا يبقى مانع إلا جهه كونها أعيانا.

قوله: (و لو رهن على الثمن فى مده الخيار، أو على مال الجعالة بعد الرد، أو على النفقه الماضيه أو الحاضره صح لا- على المستقبله).

أما الثمن فإنه قد ثبت فى الذمه، و إن كان الفسخ بالخيار جائزا، لأن

ص: ٩١

١- (١) التذكرة ٢:٢٣.

٢- (٢) المبسوط ١٩٧:٢-١٩٨.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢:٢٤.

و الأقرب جواز الرهن على مال الكتابه. و لا يصح على مال الجعالة قبل الرد، و لا على الديه قبل استقرار الجنايه. و يجوز على كل قسط بعد حلوله فى الخطأ على العاقله، ذلك إبطال لما ثبت، طارئ على الثبوت، فهو بمنزله عقد مستأنف. نعم لو قلنا:

أن المبيع لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار اتجه عدم جواز الرهن حينئذ، لانتفاء الثبوت.

و أما مال الجعالة فإنه بعد الرد ثابت، بخلاف ما قبله، إذ لا شيء فى الذمه من الجانبين، لأن ذلك عقد جائز، بخلاف الإجاره و مال السبق، فإن الأصح أن عقد المسابقه لازم. و أما النفقه الماضيه و الحاضره فإنهما واجبتان، بخلاف المستقبليه.

قوله: (و الأقرب جواز الرهن على مال الكتابه).

أى: مطلقاً، و خالف الشيخ فى جواز الرهن على مال المشروطه (1)، و وجه القرب: أنه حينئذ مال ثابت فى الذمه فساوى غيره. و احتجاج الشيخ بان للعبد تعجيز نفسه، ضعيف، لأن التعجيز الى المولى لا- اليه، على أن التعجيز إبطال طارئ لما ثبت فى الذمه بالعقد الصحيح، فلا اثر له، فالأصح الأول.

قوله: (و لا على الديه قبل استقرار الجنايه).

أى: قبل انتهائها إلى الحد الذى يوجب الديه، و إن علم أنها تأتى على النفس لانتفاء الثبوت حينئذ.

قوله: (و يجوز على كل قسط بعد حلوله فى الخطأ على العاقله).

و ذلك لأنه حينئذ مال ثابت فى الذمه، فجاز الرهن عليه، بخلاف ما قبل الحلول، لأن المحكوم عليه بالوجوب فى ديه الخطأ هو الكامل من العاقله بعد الحلول، فربما كان قبل الحلول كاملاً، و خرج عن الوصف المقتضى لجواز

ص: ٩٢

و مطلقا فى غيره. و مع فسخ المشروطه يبطل الرهن إن جَوَزناه. و لو رهن على الإجاره المتعلقه بعين المؤجر كخدمته لم يصح، لعدم تمكن الاستيفاء، و يصح على العمل المطلق الثابت فى الذمه. و لا يشترط كون الدين خاليا عن رهن، بل يجوز الزيادة فى الرهن بدين واحد، و كذا تجوز زياده الدين على مرهون واحد.

الفصل الخامس: فى القبض

إشاره

الفصل الخامس: فى القبض.

و ليس شرطا على رأى، التقييط بعده، كالغنى يتجدد له الفقر بعد الحلول، و بالعكس، فلا يكون محل ثبوت مال الديه متعينا، فلا يصح الرهن به.

قوله: (و مطلقا فى غيره).

أى: و يصح الرهن بعد الحلول و قبله فى غير الخطأ، لأن الديه من مال الجانى حينئذ، و الثبوت فى ذمته متحقق، و الأجل فى شبه العمد لا ينافى الثبوت.

قوله: (و يصح على العمل المطلق الثابت فى الذمه).

لإمكان استيفائه من قيمه الرهن بالاستئجار عليه منها، بخلاف المتعلقه بالعين عند الاحتياج، و هو تعذر استيفاء الحق.

قوله: (و لا يشترط كون الدين خاليا عن رهن، بل تجوز الزيادة فى الرهن بدين واحد).

لأن معنى التوثق بشىء لا ينافى التوثق له بشىء آخر، و مثله العكس.

قوله: (و ليس شرطا على رأى).

اختلف فى أن القبض فى الرهن معتبر فى تحقق الرهانه، بحيث لا يحصل من دونه فىكون جزء السبب كالقبض فى الهبه و عدمه على قولين، و إطلاق الاشتراط عليه بطريق التوسع إذ لا يجب تقديمه على عقد الرهن.

و إنما أراد بكونه شرطا عدم تماميه السبب بدونه، فالقولان يلتقيان الى

و هل له المطالبه به؟ إشكال، قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) (١)، من حيث أنه أمر بالرهن المقبوض، فلا- يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض، ولأن فائده التوثق إنما تتحقق معه، و لروايه محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضا» (٢) و النفي للصحة.

و يَضَعُفُ بعدم الدلالة، فإن الأمر إذا تعلق بالرهن و القبض لم يلزم أن يكون الرهن لا- يتحقق بدون. نعم، الأمر بالقبض معه للإرشاد إلى كمال التوثق، و الظاهر أنه ليس المراد بالقبض مطلقه، بل كون المرهون في يد المرتهن إذ لا يحصل كمال التوثق بدون، و هذا غير شرط باتفاقنا، و الروايه ضعيفه (٣). و من حيث أنه وصف الرهن بكونها مقبوضه، فيجب أن يتحقق معنى الرهينه بدون القبض.

و يَضَعُفُ بأن الصفه قد تكون كاشفه، و نحوه قوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (٤).

و الأولى الاحتجاج بأصالة العدم، و عدم الدليل، و بالعمومات الداله بظاهاها على الأمر بالوفاء بالعقد الشامل لمحل النزاع. و لأن الحكم بفساد العقد، بطرء ما يخرج العاقد عن أهليه التصرف يحتاج الى دليل، و الاقدام عليه لمجرد هذه الخيالات الضعيفه بعيد عن مرتبه الاستدلال، و الأصح عدم الاشتراط.

قوله: (و هل له المطالبه به؟ إشكال).

المراد بأن له المطالبه: أن له ذلك على طريق الاستحقاق، و الظاهر أن المراد بذلك: على تقدير عدم اشتراط القبض في صحه الرهن، لأنه على تقدير الاشتراط لا وجه لثبوت المطالبه به بمجرد إيقاع العقد، إذ لم يثبت حق الى الآن، إلا أن تشترط الرهانه في عقد البيع.

ص: ٩٤

١- ١) البقره: ٢٨٣. [١]

٢- ٢) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

٣- ٣) التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٩.

٤- ٤) النساء: ٢٩. [٢]

وقيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه. و لو قبض من دونه، أو أذن ثم رجع قبله، أو جن، أو أغمى عليه، أو مات قبله بطل.

و لا تشترط الاستداه فلو استرجعه صح، و يكفي الاستصحاب، فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض، و لا مضى زمان يمكن فيه. و منشأ الاشكال من ظاهر قوله تعالى (مَقْبُوضَةً) (١)، فإنه أرشد الى أن كمال التوثق لا يتحقق بدونه، و حيث استحق أصل التوثق بالعقد كان له المطالبة بالقبض الذي أمر الله به، و من انتفاء المقتضى، إذ العقد لا يقتضيه، و لا سبب غيره. و الإرشاد إلى التوثق بالقبض في الآية لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد.

قوله: (و قيل: يشترط فيجب إذن الراهن فيه).

أى: قيل: إن القبض شرط فى الرهن، أى: معتبر فيه على انه جزء السبب، فيجب إذن الراهن فيه، أى: فيشترط لصحته إذن الراهن، لأن القبض بدونه غير مستحق، إذ لم تحصل الرهانه إلى الآن فيكون عدوانا، و ما هذا شأنه كيف يكون معتبرا فى السبب المشروط بالتراضى؟ قوله: (و لو قبض من دون اذنه).

هذا كله تفرير على أن القبض شرط كما فى الهبه، و المعتمد خلافه.

قوله: (و لا تشترط الاستداه).

أى: على شىء من القولين عندنا.

قوله: (و يكفي الاستصحاب، فلو كان فى يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض، و لا مضى زمان يمكن فيه).

بناء على اشتراط القبض يكفي استصحابه قبل العقد، لتحقق تماميه

ص: ٩٥

و لو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع، والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا. السبب، لأن استدامه القبض قبض، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. ولا دليل يقتضى كون القبض واقعا بعد الرهانه، فيكتفى بالقبض المقارن للعقد، فلا يشترط مضي زمان يمكن فيه.

و ربما قيل باشتراط مضي الزمان، لأن الأمر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقه، وعلى اعتبار مضي الزمان إما بالالتزام أو بالاقتضاء.

و إذا تعذر المعنى المطابقى - لامتناع تحصيل الحاصل - بقى المعنى الآخر. و ضعفه ظاهر، لأن الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض. و قد حققنا أن القبض المقارن لزمان كاف فى الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده، نعم لو كان تأخره عن العقد معتبرا لوجب اعتبار مضي الزمان.

قوله: (و لو باع من المستودع دخل فى ضمانه بمجرد البيع).

المستودع بفتح الدال، و هذا من الأحكام الاستطراديه، و حاصله: انه لما كان القبض المقارن للعقد، كافيا فى صحه الرهن، لكونه معتبرا، و جب الاكتفاء به فى القبض المعتبر فى البيع، فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع فى ضمان المستودع لو كان هو المشتري.

قوله: (و الأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا).

أى: لو كان مال الراهن مغصوبا، فرهنه مالكة عند الغاصب فالأقرب زوال الضمان بمجرد العقد، و الظاهر أن هذا بناء على ما اختاره المصنف، من أن القبض ليس شرطا فى الرهن، لظاهر قوله: (بالعقد).

و وجه القرب: أن الرهن يقتضى كون المرهون مأذونا فى إبقائه فى يد المرتهن، و فيه منع ظاهر. و إن الرهن مبني على كونه أمانه فى يد المرتهن، فإذا تحقق المقتضى للائتمان ارتفع الضمان، لأن وجود أحد المتنافيين يقتضى رفع الآخر. و فيه نظر لما سيأتى من منع التنافى.

و يحتتمل الضمان، لأن الابتداء أضعف من الاستداه، و يمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى. قوله: (و يحتتمل الضمان، لأن الابتداء أضعف من الاستداه، و يمكن اجتماعه مع الرهن، كما لو تعدى المرتهن فيه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن، دوام الضمان أولى).

هذا الاحتمال اختيار الشيخ فى الخلاف (١)، و المبسوط (٢)، و يناسب أن يكون توجيهه هذا، سندا لمنع التنافى المدعى فى وجه القرب.

و تحقيقه أن يقال: أن لا- نسلم أن الرهن ينافى الضمان، لأن الرهن قد يكون أمانه، و قد يكون مضمونا فيجتمعان. و حيث كان الابتداء أضعف من الاستداه، بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر، فإن المبتدأ-اعنى المحدث- محتاج اليه، و المستغنى أقوى من المحتاج ضروره، فعلى هذا يكون دوام الرهن أقوى من ابتدائه، كما أن ابتداء الضمان أضعف من استدامته.

و إذا طرأ الضمان-مع ضعفه بالتعدى-على استدامه الرهن، و لم تكن الرهانه-مع قوتها-رافعه للضمان، فلئن لا- ترفع الرهانه المبتدأه الضعيفه دوام الضمان الذى هو أقوى من ابتدائه أولى، فيكون سندا للمنع بأبلغ الوجهين، إذ يكفى فيه أن يقال: لا نسلم التنافى، لإمكان اجتماعهما فيما إذا تعدى المرتهن.

و يمكن أن يجعل هذا دليلا بالاستقلال على الاحتمال الذى هو مذهب الشيخ (٣)، بان يقال: الضمان مع الرهن فى المغصوب باق، لأن دوام الرهن مع قوته لا يرفع ابتداء الضمان مع ضعفه، فلئن لا يرفع ابتداء الرهن الضعيف الضمان المستدام القوى بطريق أولى.

و لما كان هذا مبنيًا على أحد القولين فى المسأله الكلاميه، اقتضى ابتداء

ص: ٩٧

١- (١) الخلاف ٢: ٥٨ مسألة ١٧ كتاب الرهن.

٢- (٢) المبسوط ٢: ٢٠٤.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٢٠٤.

و لو أودع الغاصب أو آجره فالأقرب زوال الضمان، الحكم فى المسأله بعدم زوال الضمان عليه، مع أنه لا حاجه الى هذا البناء، للاكتفاء بمنع التنافى، و اسناد المنع بما ذكر.

و يمكن الاستدلال أيضا بظاهر قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) فإنه لو زال الضمان بمجرد العقد، لم تكن الغايه المذكوره فى الحديث غايه، و لوجوب استصحاب ما كان قبل الرهن الى أن يحصل الناقل، و هذا القول أصح.

إذا عرفت هذا، فالشارح ولد المصنف يظهر من كلامه أن المسأله مفروضه فيما إذا أذن الراهن فى إبقائه فى يد الغاصب (٢)، و العبارة تنافى ذلك، لظاهر قوله: (بمجرد العقد).

و ذكر أيضا أن فى توجيه المصنف نظرا، و ما ذكره غير ظاهر، لكن لو اذن الراهن للغاصب فى القبض، ففى زوال الضمان نظر، ينشأ: من أن ذلك هل يعد استنابه فى اليد، أم لا؟ و هو موضع اشكال.

قوله: (و لو أودع الغاصب، أو آجره فالأقرب زوال الضمان).

وجه القرب: أن كلا منهما أمانه، و هى منافية للضمان، و يحتمل ثبوته لما ذكر فى الرهن.

و التحقيق أن يقال: ان الضمان ثابت الى أن يؤدى العين الى مالكها، - كما دل عليه الحديث (٣) - ثم يزول. و تتحقق التأديبه الى المالك، بالتأديبه الى و كيله فى الحفظ و إثبات اليد.

و حينئذ، فكل موضع يجعل المالك الغاصب فيه نائبا له فى الحفظ، و إثبات اليد عليه يجب أن يزول الضمان، و ما لا فلا.

و لما كان المستودع مستنابا فى الحفظ، و إثبات اليد عن المالك لمحض

ص: ٩٨

١- ١) عوالى اللآلى ٣: ٢٤٦ حديث ٢، المستدرک للحاكم ٢: ٤٧.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٦.

٣- ٣) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤ حديث ١٠٦، سنن البيهقى ٦: ٩٥.

و فى العاربه و التوكيل بالبيع أو الإعتاق نظر. و لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب و المال فى يده فإشكال، منشؤه: الإبراء مما لم يجب، و وجود سبب وجوبه، لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف. و الأقرب انه لا يبرأ، و لا تصير يده يد أمانه.

مصلحته كانت يده يد المالك، فوجب زوال الضمان الثابت على الغاصب بإيداعه، لكون المال حينئذ معدودا فى يد المالك، لأن يد المستودع متمحضة للمودع فى مصلحه الحفظ، و مع ذلك فان المستودع بالتعدى يخرج عن كونه مستودعا.

و أما المستأجر فإن يده و إن كانت فى الأصل يد أمانه، إلا أن الضمان قد يجمع يد المستأجر إذا تعدى، و ليست يد نيابه عن المالك فى الحفظ، إنما هى يد استيفاء للمنفعه، فهى لمصلحه المستأجر، فوجب أن يبقى الضمان معها الى أن تتحقق التأديه إلى المالك بنفسه أو وكيله، كما دل عليه الحديث (١).

قوله: (و فى العاربه، و التوكيل بالبيع، و الإعتاق نظر).

ينشأ: من أنها أمانه، و هى منافيه للضمان، و لأن العاربه كالإجاره فى التسليط على الانتفاع، و التوكيل كالوديعة فى الاستنابه فى الحفظ، و من أن العاربه لا تنافى الضمان كما فى بعض أقسامها، و مع اشتراط الضمان مطلقا.

و كذا القول فى التوكيل، لأن الوكيل إذا تعدى لا ينزل بمجرد التعدى، و لما سبق فى الرهن، و الظاهر عدم زوال الضمان بهما، نعم لو وكله فى إثبات اليد مع التوكيل فى البيع و عدمه فان زوال الضمان هنا متجه.

قوله: (و لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب، و المال فى يده فإشكال، منشؤه: الإبراء مما لم يجب، و وجود سبب وجوبه، لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف).

إنما كان إبراء مما لم يجب، لأن الوجوب إنما يتعلق به عند التلف، لأن

ص: ٩٩

العين ما دامت موجوده، لا- يتعلق بالذمه شىء سوى وجوب ردها، و معلوم أن الإبراء ليس من هذا، إنما الإبراء من مقتضى الغضب، و هو ضمانها عند التلف.

فان قلت: إذا كانت العين موجوده، فهنا أمران: وجوب ردها على الفور، لكون يد الغاصب يد عدوان، و ضمانها عند التلف، و هو أثر ذلك، فإذا أبرأه تعلق الإبراء بالأمر الأول، فيسقط الثانى و هو أثره.

قلت: الضمان أثر يد العدوان، لا أثر وجوب الرد على الفور، و الإبراء إنما يسقط به الحق الثابت فى الذمه، لا كون اليد يد عدوان، و نحوه. و إنما يزول عدوان اليد، بان تصير يد أمانه، و لا دخل للإبراء فى ذلك، و ما دام وصف العدوان ثابتا فالضمان بحاله.

و ما ذكره فى توجيه الوجه الثانى من وجهى الإشكال لا محصل له، لأن وجود سبب وجوب الشىء لا يقتضى صحه تعلق الإبراء بذلك الشىء، الذى لا تحقق له، فلهذا كان الأقرب أنه لا يبرأ بذلك، و لا تصير يده يد أمانه، و إنما يبرأ بالرد إليه، أو بأن يستتبه فى الحفظ عنه، و إثبات اليد على الظاهر فى الثانى، لأن يده يده حينئذ.

و لا يقال: إن التأديه غير صادقه على هذا، لأننا نقول: يكفى فيها التأديه بالاعتبار، فهو باعتبار كونه غاصبا مؤد، و باعتبار كونه وكيلا فى إثبات اليد على المالك آخذ.

فان قيل: قد اختار فيما سبق أن ضمان الغاصب يزول بالرهن، فكيف لا يزول بالإبراء؟ قلت: لو صح ذلك لم يكن بينه و بين هذا منافاه، لأن المقتضى للزوال هناك كون الرهن أمانه، و هو سبب غير الإبراء، و لا يمتنع إمكان أحد السببين و امتناع الآخر.

أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان، أو القابض بالسوم، أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان، لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب. ولا يجبر الراهن على الإقباض، فلو رهن و لم يسلم لم يجبر عليه. نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار، قوله: (أما المستعير المفرط، أو المشروط عليه الضمان، أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان؛ لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب).

وقد سبق أن ضمان الغاصب يزول بالارتهان، فهذا أولى. وإنما كان ضمانهم أخف، لأن لوازمه أقل، فإن الغاصب آثم، ولا إثم في غير المفرط، وإثمه أخف.

و المشهور تضمين الغاصب أعلى القيم لو تلفت العين، مؤاخذه له بأشق الأحوال، بخلافهم، ولا يضمنون المنافع، وهو ضامن لها، و حيث عرفت منع الحكم في الأصل انتفى ثبوته عن الفرع.

قوله: (ولا يجبر الراهن على الإقباض).

هذا جزم بعد التردد، لأن الإشكال السابق في أن له المطالبة بالقبض، يقتضى التوقف في عدم الإيجاب، فإنه متى استحق المطالبة به، اتجه أن يجبر الراهن عليه، لأنه حينئذ حق واجب عليه.

قوله: (فلو رهن، و لم يسلم لم يجبر عليه).

سواء قلنا: الإقباض شرط لصحة الرهن، أم لا. و في العبارة مناقشه، لأنه لا فرق بين هذا و بين ما فرع عليه، وإنما هو عينه فلا يستقيم التفرع.

قوله: (نعم لو كان شرطاً في بيع فللبائع الخيار).

لأن التراضى بالعقد إنما وقع على هذا الشرط، و هل له المطالبة به حينئذ فيجبر عليه أم لا؟ عبارته تحتمل كلا من الأمرين، و ما ذكره سابقاً في شرط

و كفيته كما تقدم. العتق، من أنه لا يجبر عليه، يؤذن بأن الحكم هنا كذلك لأنهما من قبيل واحد، وقد صرح شيخنا الشهيد بذلك (١).

و الأصح أن له الإيجاب حينئذ، لأن مقتضى العقد اللازم وجوب الوفاء به، ولأن الإخلال بالشرط يقتضى المعصية، لقوله عليه السلام: «إلا - من عصى الله»، و ما كان الإخلال به معصية ففعله واجب، و الحق الواجب للادمى يجبر عليه. نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع، للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع، و فقد الدليل الدال على اعتبار تعذر الإيجاب. قوله: (و كفيته كما تقدم).

أى: و كفيه القبض هنا كما تقدم فى البيع، من اعتبار الأخذ باليد لما يؤخذ باليد، و النقل فيما ينقل، و التخليه فيما لا ينقل، لأن المراد: الاكتفاء فيه بالتخليه مطلقا على قول، فيكون الخلاف هناك آتيا هنا، لما حكى عن القاضى من عدم الاكتفاء بالتخليه هنا (٢)، و إن قلنا بالاكتفاء بها فى البيع.

و الفرق على ما ذكره: أن البيع يوجب استحقاق القبض، فتكفى فيه التخليه، بخلاف الرهن، فإن القبض سبب فى استحقاق الأمر المترتب عليه، و فى هذا الفرق نظر، لعدم ظهور الملازمه.

و يمكن أن يفرق بوجه آخر، و هو: أن القبض لما كان جزء السبب هنا -على القول باعتباره- و جب فيه الأخذ و النقل، لانتفاء المسمى بدونه. و فى البيع:

لما كان المقصود به زوال الضمان عن البائع، و انقطاع سلطته حبسه إياه اكتفى بما تزول معه السلطنه، و هو رفع اليد و التخليه. و ان كان لا يتم هذا، لأن انقطاع سلطنه البائع، و الدخول فى ضمان المشتري يحتاج الى تحقق مسمى القبض.

ص: ١٠٢

١- ١) الدروس: ٣٩٦.

٢- ٢) قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥: ١٥١: [١] قد حكى الشهيد فى حواشيه عن القاضى.

و إنما يصح القبض من كامل التصرف، و تجرى فيه النيابة كالعقد، لكن لا يجوز للمرتهن استنابه الراهن. و هل له استنابه عبد الراهن و مستولده؟ إشكال ينشأ: من أن أيديهم يده، و يستناب مكاتبه. قوله: (و إنما يصح من كامل التصرف).

لأن فعل غيره لا يعتد به شرعاً، فلا يكون مكملًا للسبب الشرعي.

قوله: (و تجزئ فيه النيابة).

الأولى قراءته بالراء المهملة، إذ الإجزاء في مثل هذا الموضع إنما يستعمل بطريق المجاز، لأن متعلقه العبادات.

قوله: (لكن لا يجوز للمرتهن استنابه الراهن).

لأن القبض المعتبر على القول به، و هو ما به يتحقق معنى الاستيثاق، و ذلك قبض المرتهن، و وكيله دون الراهن، إذ لا يظهر بقبضه معنى الاستيثاق.

و يضعف: بان القبض إن أريد به الدوام، فهو غير معتبر أصلاً، أو مسماه، و هذا مع أنه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق، يصدق في قبض الراهن عن المرتهن، لأنه بالوكالة عنه تصير يده يده، فيكون مقبضاً لكونه راهناً، و قابضاً لكونه وكيل المرتهن. و الأصح جواز استنابته فيه، و اختاره في التحرير (1).

قوله: (و هل له استنابه عبد الراهن، و مستولده؟ إشكال، ينشأ:

من أن يدهم يده).

و من مغايرتهما للراهن، و الأصح الاكتفاء باستنابتهما. و كأنه حاول إدراج القن و القنه و المدبر بقوله: (عبد الراهن)، حتى تكون عبارته شاملة لأقسام المملوك.

قوله: (و يستناب مكاتبه).

سواء كانت الكتابه مطلقه أو مشروطه، لانقطاع سلطنه المولى عنه.

ص: ١٠٣

١- ١) تحرير الأحكام: ٢٠٢.

و كل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، و العتق، و الإصداق، و الرهن من آخر مع القبض، و الكتابه، و يلحق به الإحبال، و إن لم يزول فلا كالوطء من دون الإحبال أو التزويج، و الإجاره، و التدبير.

و لو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج، و لو عاد افتقر الى قوله: (و كل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع، و العتق، و الإصداق، و الرهن من آخر مع القبض).

إذ لا حكم له بدونه لكونه شرطا. و فى عد هذا من التصرفات المزيله للملك مناقشه ظاهره، لكن لما كان الرهن إذا تم أفاد منع الراهن من التصرف، أشبه المزيل للملك فى منع التصرف بالإقباض عن الراهن السابق، فيبطل العقد السابق.

و لا تحسن قراءته بالرفع، على أنه مبتدأ محذوف الخبر تقديره: و الرهن كذلك، لأنه يصير أجنيا بين قوله: (و كل تصرف يزيل الملك)، و بين معادله و هو قوله: (و إن لم يزل فلا).

قوله: (و الكتابه، و يلحق به الإحبال).

لأن كلا منهما يمنع المولى من التصرف، و ما أحسن قوله: (و يلحق به الإحبال)، فإنه لا يزيل الملك، و إنما يمنع التصرف المخرج عن الملك.

قوله: (و لو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج).

أى: لو انقلب الرهن خمرا، و قد كان خلا أو عصيرا قبل القبض، بناء على اشتراطه، و المعين للمحذوفات السياق.

و فى قوله: (فالأقرب الخروج) مناقشه، لأن المتبادر الخروج عن كونه رهنا.

و يرد عليه: أنه لم يصر رهنا بعد، فكيف يتصور خروجه عن ذلك و عدمه، و المطلوب إنما هو بطلان عقد الرهن، الواقع قبل الانقلاب من دون القبض، بحيث إذا عاد خلا يحتاج فى كونه رهنا الى استئناف عقد آخر.

تجديد عقد، بخلاف ما لو انقلب خمرا بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا. و وجه القرب: أن ما بقى -و هو القبض- جزء من أجزاء السبب، فيشترط فيه شروط ابتداء السبب، فكما لا- يصح ابتداءه على الخمر، لا يصح القبض و هو خمرا. و فيه نظر، لأنه لا- يلزم من ذلك البطلان بالانقلاب، وإنما اللازم عدم جواز القبض في حال كونه خمرا، و هو خلاف المتنازع، و لأن الانقلاب خمرا موجب للخروج عن الملك.

و متى تخلل بين أجزاء السبب مبطل للملك بطل، لخروج الجزء الحاصل عن صلاحية بذلك. و فيه أيضا نظر، لتطرق المنع اليه، و لم لا- يجوز أن يبقى العقد الواقع قبل الخمرية على صلاحية، الى أن ينضم القبض اليه بعدها؟ و ما قر به المصنف هو مذهب معظم القائلين باشتراط القبض في الرهن، بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان ممن اشترط القبض في الرهن.

و المصنف في التحرير أسند البطلان، و عدم العود بزوال الخمرية إلى القائلين باشتراط القبض (1)، و صرح في الدروس بعدم العود (2)، و حكى ذلك ولد المصنف في الشرح عن الشيخ، و أبي الصلاح (3). و هذا الفرع ساقط عندنا، إذ لا نشترط القبض.

و اعلم أن قوله: (و لو عاد افتقر الى تجديد عقد) بيان لحكم المسألة، الذي هو المراد من قوله: (فالأقرب الخروج)، إذ الخروج عن الرهانه في حال الخمرية لا- شبهه فيه، إنما المطلوب أنه هل يعود بعوده خلا- أو عصيرا، أم لا-؟ قوله: (أما لو انقلب خمرا بعد القبض، فإنه يخرج عن الرهن، ثم يعود اليه عند العود خلا).

أما الحكم الأول، فلأن الخمر ليس مالا، فيمتنع كونه رهنا و وثيقه،

ص: ١٠٥

١-١) تحرير الأحكام: ٢٠٣.

٢-٢) الدروس: ٣٩٦.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٩، و الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٣-٢١٤، و أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٣٣٦.

و لا يجوز إقباضه و هو خمر، و لا يحرم الإمساك، و لا العلاج، و لا النقل الى الشمس.

و لو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله، و يحكم على الراهن لو أقر بالإقباض ما لم يعلم كذبه، فإن ادعى المواطاه فله الإحلاف.

فيخرج لا محاله.

و أما الحكم الثانى، فلأن الملك و إن زال إلا أن توابعه باقيه، و هى الأولويه، و لهذا لا يجوز غصبه، و لا إراقتة بدون رضى من هى بيده. فكما أن الأولويه باعتبار الملك باقيه، و إن خرجت عن الملك فيعود اليه بالعود، فكذا الأولويه باعتبار التوثق باقيه، لثبات الرهن و استكمالها و أصله عدم الزوال أصلا، فيعود بالعود.

قوله: (و لا يجوز إقباضه و هو خمر).

لما بينا من أن جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر فى ابتدائه.

قوله: (و لو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله).

هذا الحكم مبنى على اشتراط القبض فى الرهن، و حينئذ فلا بد فى حصول الرهن من عود الغائب إلى موضع الرهن، ليتصور قبضه إياه عادة، أو توكيله فى القبض لمن كان قريبا، بحيث يتمكن منه، سواء فى ذلك ما ينقل و غيره، نص على ذلك الأصحاب (١) و غيرهم (٢)(٣).

قال المصنف فى التذكرة: يقبل إقرار الراهن بالقبض و يلزمه حكمه بشرط

ص: ١٠٦

١- ١) منهم: المحقق فى الشرائع ٢: ٧٥، و ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٢٨٩. [١]

٢- ٢) منهم: الشافعى و أبو حنيفة كما فى المغنى لابن قدامة ٤: ٣٩٩ مسألة ٣٢٧٥.

٣- ٣) (فرع: لو كان المرهون فى بلاد بعيدة عن موضع المتعاقدين، فهل يكفى فى الإقباض هنا مجرد لفظ التخليه، أم لا بد من القرب الذى يتمكن معه من التصرف؟ صريح كلام التذكرة عدم تصور القبض مع البعد، فإنه قال: يقبل إقرار الراهن بالقبض و يلزمه حكمه بشرط الإمكان). هكذا ورد فى النسخة الحجرية على أنه نسخه بدل.

و لا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك، فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر، أقربه ذلك، للقبض و إن تعدى في غير الرهن. و لو رضى الراهن و المرتهن بكونها في يد الشريك الإمكان، و لا يقبل لو ادعى المحال، كما لو قال: رهنته دارى اليوم بالحجاز، و هما بالعراق، و اقبضتها إياه، لم يلتفت إليه (١).

و قال شيخنا فى الدروس: لو أقر الراهن بالقبض حكم عليه به، إلا أن يعلم عدمه، مثل أن يقول بمكه: رهنته اليوم دارى بمصر و أقبضته، لأن خرق العاده يلحق بالمحال (٢)، و نحو ذلك مذكور فى كلام غيرهما. و وجهه: أن قبض الشيء الذى لا ينقل يكون بالتسلط عليه بحيث يدخل تحت اليد، و مع البعد عاده يمتنع ذلك فيشترط لصحته شرعا القرب عاده، و لو قلنا بعدم اشتراط القبض فى الرهن سقط ذلك.

قوله: (و لا يجوز تسليم المشاع، إلا بإذن الشريك، فلو سلم بدونه، ففي الاكتفاء به فى الانعقاد نظر، أقربه ذلك، للقبض و إن تعدى فى غير الرهن).

منشأ النظر: أن ذلك قبض منهى عنه شرعا، فلا يكون معتبرا، و من أن النهى إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن فى قبض حق الراهن.

و ربما بنى الحكم فى ذلك، على أن النهى فى غير العباده هل يدل على الفساد أم لا؟ و وجه البناء أنه إن لم يدل كان القبض صحيحا، فيقع عليه اسمه حقيقه، و الأصح الاكتفاء به.

و المراد بقول المصنف: (للقبض)، حصول القبض المعتبر شرعا.

قوله: (و لو رضى الراهن و المرتهن بكونها فى يد الشريك جاز).

ص: ١٠٧

١ - ١) التذكرة ٢: ٤٣. [١]

٢ - ٢) الدروس: ٣٩٧.

جاز، و ناب عنه فى القبض. و لو تنازع الشريك و المرتهن نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما، فيكون قبضا عن المرتهن. و لو تنازع الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم، و أجره إن كان له أجره ثم قسمها، الضمير فى (بكونها) يعود الى المشاع بتأويل العين، و مثله جائز و واقع.

قوله: (و ناب عنه فى القبض).

أى: و ناب الشريك فى هذه الحالة عن المرتهن فى القبض، لكن لا بد من اذن الراهن. و هل يكفى إذنه للشريك فى القبض، و للمرتهن فيه أيضا من دون أن يأذن للمرتهن فى توكيل الشريك فيه، أم لا بد من ذلك؟ فيه احتمال، و فى الاكتفاء قوه، لاستلزام الإذن لكل منهما فى القبض الاذن للمرتهن فى توكيل الشريك، نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف.

قوله: (و لو تنازع الشريك و المرتهن نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما، فيكون قبضا عن المرتهن).

بل مقتضى السياق أن التنازع هاهنا فى القبض، بأن أراد المرتهن القبض، و نازع فى ذلك فنازعه الشريك، و بهذا يفرق بينهما و بين المسألة التى تليها، و إن كان إطلاق العبارة و إخلاؤها عن قيد صالحا للتقييد بما يشتمل القبض و الإمساك.

و لا- ريب فى طول العبارة بغير فائده، و إنما كان قبض العدل قبضا عن المرتهن، لأنه نائب عنه بنصب الحاكم. و لا بد من تقييد المسألة بكون الراهن قد اذن للمرتهن فى القبض، و إلا لم يعتد بمنازعتة.

قوله: (و لو تنازع الشريك و المرتهن فى إمساكه انتزعه الحاكم، و أجره إن كان له أجره، ثم قسمها).

التنازع هنا فى الإمساك بعد القبض، و هو استدأمه اليد، و كأنه إنما أفرد

و إلا استأمن من شاء. و لو حجر عليه لفسل لم يكن له الإقباض، لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء.

و لو كانا ساكنين فى الرهن فخلى بينه و بينها صح القبض مع خروج الراهن. و لو اختلفا فى القبض قَدَم قول من هو فى يده. هذا بخصوصه، لبعده تصور ثبوت الأجره لزمان القبض لقصره، بخلاف زمان الإمساك، و لا محصل لذلك، لأن اشتراط ثبوت الأجره عنه يدفع ذلك.

فلو قال: و لو تنازع الشريك و المرتهن، و أجره إن كان له اجره، و إلا نصب عدلا ليكون فى يده لهما، لكان أخصر و تأدى به المراد.

قوله: (و إلا استأمن من شاء).

أى: و إن لم يكن له اجره إلى آخره.

قوله: (و لو حجر عليه لفسل لم يكن له الإقباض).

أى: لو حجر على الراهن لفسل، قبل اقباض المرتهن و بعد العقد لم يكن له الإقباض إلى آخره، و لو اقبض لم يعتد به، و لم يتم به الرهن، لما فيه من تضييع حق الغرماء الباقين.

قوله: (و لو كانا ساكنين فى الرهن، فخلى بينه و بينها صح القبض مع خروج الراهن).

فلو لم يخرج لم يصح، لثبوت يده على الرهن حينئذ، و هو مناف للتخليه.

و الضمير فى (بينها) يعود الى الرهن، بتأويل الدار.

قوله: (و لو اختلفا فى القبض قَدَم قول من هو فى يده).

سواء كان فى يد الراهن أم المرتهن. و يحتمل تقييد التقديم فى العبارة بما إذا كان فى يد المرتهن فاسد، و يرشد اليه قوله بعد: (احتمل ذلك) إذ لا مقتضى للتخصيص هاهنا عملا بالأصل لو كان فى يد الراهن، و بظاهر حال

و لو اختلفا فى الاذن احتمال ذلك، و تصديق الراهن مع اليمين. و لو تلف بعض الرهن قبل القبض، و كان الرهن شرطا فى البيع تخير البائع بين الفسخ و القبول للباقي، و ليس له المطالبه ببدل التالف، و يكون الباقي رهنا بجميع الثمن، و لا خيار لو تلف بعد القبض، و كذا يتخير البائع لو تعيبت العين قبل القبض كأنهدام الدار. و هذه الفروع اليد-لو كان فى يد المرتهن-، من أنها يد شرعية واقعه بالاذن. و ليس بشىء، إذ الأصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن، كون اليد الطارئة يد عدوان، إذ الأصل عدم اذن المالك قطعا.

هذا إن كان المراد تقديم قول من هو فى يده، حيث لا يعلم سبق الإذن.

فإن قيدت المسألة، بما إذا علم سبق الاذن فسد الكلام، إذ لا معنى للتقديم و لا للنزاع بعد تحقق اليد و سبق الاذن، و لأن المراد التقديم باليمين، و هو غلط على هذا التقدير.

قوله: (و لو اختلفا فى الاذن احتمال ذلك).

أى: تقديم قول من هو فى يده، و وجهه: أن الأصل فى اليد كونها شرعية بالاذن. و ليس بشىء، لأن ذلك فى اليد التى لم يعلم ما ينافيها.

و أما إذا علم سبق استحقاق شخص آخر، فالأصل عدم الإذن، و الأصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر.

قوله: (و تصديق الراهن مع اليمين).

أى: و احتمال تصديق الراهن الى آخره، و هو الأصح، لأن الأصل فى طرفه.

قوله: (و ليس له المطالبه ببدل التالف).

لأن الرهن لم يتم، و الاشتراط إنما تعلق بالعين، و قد تعذر بعضها بتلفه.

قوله: (و لا خيار لو تلف بعد القبض).

الفرق: تحقق حصول الشرط فى الثانى دون الأول، بناء على أن القبض شرط لانعقاد الرهن.

كلها ساقطه عندنا، لعدم اشتراط القبض، نعم لو شرطه وجب.

فروع

اشاره

فروع:

أ: لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم

أ: لو شرطاً وضعه على يد غيرهما لزم، ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف وإن كان كافراً أو فاسقاً أو مكاتباً لكن بجعل، لا صبياً ولا عبداً إلا بإذن مولاه.

ب: لو جعلاه على يد عدلين جاز

ب: لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه. ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف. قوله: (نعم لو شرطه وجب).

هذا ينافي ما ذكرناه، من أن الشرط في العقد اللازم لا يجب، وإنما يسقط المشتراط على الفسخ بالإخلال به.

لكن قد ذكرنا فيما سبق، أن وجوبه من مقتضيات العقد، الذي يجب الوفاء به، فيثبت قوله: (أو مكاتباً، لكن بجعل)، لأنه محجور عليه في منفعه، إذ لا يجوز له صرفها في غير الاكتساب.

و يجب في الجعل أن يكون بقدر اجره المثل، لمثل ما قلناه. ولو اذن له المولى زال الحجر، لأن الحق دائر بينهما.

قوله: (لو جعلاه على يد عدلين جاز، وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه).

هذا إذا اشترطاً عليهما الاجتماع، أو أطلقا عملاً. بظاهر الحال من اختيار الاثنين، لعدم الاكتفاء بحفظ الواحد، فإن أذنا لهما في الانفراد فعلى حسب الأذن.

قوله: (و لو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف).

لأنهما بمنزلة أمين واحد، ولأن الواجب عوض واحد، وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان، لأن أحدهما متعد و الآخر مفرد. و ليس بشيء، لأن

و يحتمل أن يضمن كل منهما في الجميع، ففي استقراره على أيهما كان إشكال. تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضى التقسيط. و نمنع كونهما بمنزلة أمين واحد، بل كل واحد أمين مستقل على الجميع، غاية ما في الباب، أنه قد شرط عليه انضمام يد أحدهما إلى يد الآخر، و حفظه الى حفظه.

قوله: (و يحتمل أن يضمن كل منهما الجميع).

و هو الأصح، لأن كل واحد منهما أمين على الجميع، و قد حصل منه سبب الضمان، فيتخير المالك في تضمين من شاء منهما.

قوله: (ففي استقراره على أيهما إشكال).

أى: فعلى هذا الاحتمال، و هو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل، فعلى أى العدلين يستقر الضمان؟ فيه إشكال ينشأ: من أن المسلم مضيع بتسليمه، و المتسلم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان، فيكون قرار الضمان على المسلم.

و يضعف بأنه لو تم لم يجر الرجوع عليه بشيء أصلاً، و ليس كذلك، بل يده يد عدوان، لأن الإذن لأحدهما في وضع اليد إنما هو مع يد الآخر.

و من أن المسلم مفرط، و المتسلم عاد، و العدوان أقوى، لأن العادى مباشر للتلف، و الآخر سبب و معد. و ليس بشيء، لأن كلا من التفريط و التعدى سبب مستقل في الضمان، و لكل منهما يد على العين، فإذا تلفت كان التلف مضمونا على كل منهما.

و يحتمل وجهها ثالثاً، و هو أن كل من ضمنه المالك قرار الضمان عليه فلا يرجع على أحد، لما قلناه من اشتراكهما في حصول سبب الضمان. و يظهر من كلام الشارحين: أن وجهى الإشكال هو الأول و الثالث (1)، و العبارة تأباه، كما يظهر مما قدمناه.

ص: ١١٢

ج: ليس لأحدهما، و لا للحاكم نقله عن العدل الذى اتفقا عليه ما دام على العدالة، و لم يحدث له عداوه. و لو اتفقا على النقل جاز، فإن تغيرت حاله أوجب طالب النقل، فإن اتفقا على غيره، و إلا وضعه الحاكم عند ثقته.

و لو اختلفا فى التغير عمل الحاكم على ما يظهر بعد البحث.

و لو كان فى يد المرتهن فتغيرت حاله فى الثقه، أو الحفظ نقله الحاكم إلى ثقته. و لو مات العدل نقله الى من يتفقا عليه، فإن اختلفا نقله الحاكم.

و هكذا بخط شيخنا الشهيد، فإنه قال فى بعض حواشيه: إن منشأ الاشكال من احتمال الوجهين الأولين، قال: و ذكر بعض ثالثا الى آخره.

و اعلم أن لى فى أصل هذا الاشكال نظرا، لأن المعروف فى المذهب فى أبواب الغصب و غيرها: أنه إذا استوى شخصان فى إثبات اليد عدوانا و فى العلم بذلك و انفرد أحدهما بوقوع التلف فى يده، أن قرار الضمان عليه.

قوله: (ما دام على العدالة، و لم يحدث له عداوه).

أى: عداوه دنيويه على الظاهر، إذ لا- يؤمن أن يرتكب بعض الحيل المترتب عليها ضرر أحدهما، و يكفى فى العداوه عداوته لأحدهما.

و بمجرد حصول العداوه لا يخرج عن العدالة، ما لم يفعل فعلا من مقتضيات العداوه يوجب الفسق. و من هذا يعلم أنه من أول الأمر لا ينعقد الشرط مع العداوه، و لا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدوا لصاحب الأمانه.

قوله: (و لو كان فى يد المرتهن، فتغيرت حاله فى الثقه أو الحفظ نقله الحاكم إلى ثقته).

لا يخفى أن الحاكم إنما ينقله مع اختلافهما، أما مع تراضيهما فلا.

و لو كان المرتهن اثنين،فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ.

د:للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر

د:للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر،أو الى من يتفقان عليه،و يجب عليهما قبله.

و لو سلّمه الى الحاكم،أو الى أمين مع وجودهما و قبولهما للقبض من غير اذن ضمن،فإن اختفيا عنه سلّمه الى الحاكم.

و لو كانا غائبين،أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم و لا غيره،من غيره ضروره فيضمن.

و مع الحاجه سلّمه الى الحاكم،أو الى من يأذن له،فإن سلّمه الى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن.

و لو تعذر الحاكم،و افتقر إلى الإيداع أودع من ثقه و لا ضمان.

ه:لو لم يمتنعا من القبض،فدفعه الى عدل بغير إذنهما ضمن

ه:لو لم يمتنعا من القبض،فدفعه الى عدل بغير إذنهما ضمن.

و لو اذن له الحاكم ضمن أيضا،لانتفاء ولايته عن غير الممتنع، و يضمن القابض أيضا. قوله: (و إن كان المرتهن اثنين،فمات أحدهما ضم الحاكم عدلا للحفظ).

لا يخفى أن هذا حيث لا يكون كل منهما مأذونا له فى الانفراد.

قوله: (و لو أذن له الحاكم ضمن أيضا).

أى:ضمن الدافع،لأن تسليمه حينئذ عدوان و إن اغتر باذن الحاكم، لكن فى هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد،و إلا فهو من خطأ الحاكم.

قوله: (و يضمن القابض أيضا).

لأن يده عاديه،و لا أثر لعدم علمه بالحال،لكنه مع الجهل يرجع على من غره.

و لو امتنعا لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة و تعذر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن. و الفرق: ان العدل يقبض لهما، و الآخر يقبض لنفسه.

و: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك

و: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك، و للراهن فسخ الوكالة، إلا أن يكون شرطاً في عقد الرهن. و ليس للمرتهن عزله، لأن العدل و كيل الراهن لكن ليس له البيع إلا بإذنه.

قوله: (و الفرق: أن العدل يقبض لهما، و الآخر يقبض لنفسه).

قيل عليه: لو قبض الآخر لنفسه و للآخر و جب أن يجوز التسليم اليه.

قلنا: قبضه لنفسه أو لهما مرجعه الى قصده، و هو أمر خفي و ليس هو المراد، و إنما المراد: أن العدل الأجنبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض إلا لهما، لعدم ظهور ما يقتضى خلاف ذلك. و أما أحدهما فإن شأنه أن يقبض لنفسه، و هذا ظاهر حاله باعتبار أن له في العين حقاً، فلا يجوز تمكينه حينئذ منها، نظراً الى هذا الظاهر.

قوله: (السادس: لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك).

صرح الأصحاب: بأنه لا بد لجواز البيع من اذن المرتهن، لتعلق حقه بالعين من حيث كونها وثيقه، فلا يسوغ التصرف بها على وجه يفضى الى إبطال التوثق، و لأن البيع لحقه فيتوقف على اذنه (١).

قوله: (و ليس للمرتهن عزله، لأن العدل و كيل الراهن).

و ذلك لأن المالك هو الراهن دون المرتهن، و إن كان له حق التوثق، فلا يكون له عزل الوكيل، لأنه نائب عن المالك، بل له منعه لحقه و تبقى وكالته بحالها.

و تظهر الفائده لو وكله في البيع - و لم يقيد بكونه لأداء دين الرهن - ثم حصل الافتكاك فإن الوكاله تبقى.

ص: ١١٥

(١ - ١) منهم: الشيخ في المبسوط ٢: ٢١٧، و العلامة في التذكرة ٢: ٣٤، و [١] الشهيد في الدروس: ٤٠٥.

و لو لم يعزلاه لم يبيع عند الحلول إلا- بتجديد اذن المرتهن، لأن البيع لحقه فلم يجر حتى يأذن فيه، و لا- يفتقر الى تجديد اذن الراهن.

و لو أتلّف الرهن أجنبي فعليه قيمه، تكون رهنا في يد العدل، و له المطالبة بها. و هل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع. قوله: (و لو لم يعزلاه لم يبيع عند الحلول، إلا بتجديد اذن المرتهن، لأن البيع لحقه، فلم يجر حتى يأذن فيه).

في اسناد نفى العزل إليهما توسع بين، فان المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب، و إنما المراد بعدم العزل بالإضافة إلى المرتهن، عدم المنع من البيع.

و لا يخفى ضعف ما ذكره من التعليل، فان كون البيع لحقه لا يستلزم وجوب تجديد الاذن، استصحابا لما كان كما في الراهن، و الفرق غير ظاهر، لكن الشيخ ذكر ذلك (١) و تبعه الجماعة (٢).

قوله: (و لو أتلّف الرهن أجنبي فعليه قيمه، تكون رهنا في يد العدل).

هذا الحكم في الرهن المشروط وضعه على يد عدل في العقد، و إنما ثبت كونه في يد العدل، لأن قيمه بدل من العين المرهونه، و قائمه مقامها في الرهن.

قوله: (و له المطالبة بها).

لأنه أمين في حفظها، و ذلك حق له و سلطته.

قوله: (و هل له بيعها بالإذن في بيع الأصل؟ الأقرب المنع).

وجه القرب: أن الوكاله بالبيع إنما كانت في العين، و قد ذهبت و لم تتعلق بالقيمه، و لا دل دليل على تعلقها بها. و يحتمل أن له ذلك، لمثل ما قلناه في ثبوت الاستئمان في قيمه، كما كان في الأصل.

و الفرق: أن الاستئمان محض نفع، إذ هو حفظ للعين و صيانه لها، فلا

ص: ١١٤

١- (١) المبسوط ٢: ٢١٧.

٢- (٢) منهم: الشهيد في الدروس: ٤٠٥.

ز: لو عينا له ثمننا لم يجز له التعدي

ز: لو عينا له ثمننا لم يجز له التعدي، فإن اختلفا لم يلتفت إليهما، إذ للراهن حق ملكية الثمن، و للمرتهن حق الوثيقة، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أو لا، فإن تعدد فبالأغلب، فإن تساويا فبمساوى الحق، وإن باينهما عين له الحاكم. و لو باعه نسيئه لم يصح إلا بإذن.

ح: كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع

ح: كل موضع يحكم فيه بطلان البيع يجب رد المبيع، فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل و المشتري يحتاج الى مزيد احتياط، بخلاف البيع، لأنه بمعرض حصول الضرر، و حاله ليس كحال الحفظ، فلا يكتفى في جوازه بالسبب الضعيف، بل لا بد من رعايه الاحتياط بتجدد الاذن، و هو الأصح.

قوله: (لو عينا له ثمننا لم يجز له التعدي).

هذا في جانب النقيصه، أما الزيادة فسيأتي في الوكالة: أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل، لكن هذا حيث لا يمنع من الزيادة.

قوله: (فإن تعدد فبالأغلب).

أى: فإن تعدد النقد، كما لو صدر الأمر بالبيع بمائة درهم، و الدراهم متعددة، و هذا صالح لما إذا عينا الثمن، و ما إذا اختلفا فعين الحاكم، و إن كان قوله بعد: (و إن باينهما عين له الحاكم) يشعر بعوده الى ما إذا عين له الحاكم إذ مع التعدد و كون تعيين القدر منها يرجع إليهما في تعيين النقد.

و الضمير المثنى في قوله: (و إن باينهما) يعود الى التقدين، و الأول يعود إلى الحق.

قوله: (فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء، من العدل و المشتري).

إن قيل: إن يد العدل يد أمانه، فكيف يضمن؟ قلنا: دفعه بالبيع الفاسد غير مأذون فيه، إذ لا يتناوله العقد الصحيح

بالأقل من الدين و القيمة، لأنه يقبض قيمه الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا، فإن فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل و المشتري.

و لو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء، و متى ضمن العدل رجع به على المشتري، و لا يرجع المشتري عليه لو ضمن.

ط: لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل

ط: لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل، و لو أطلقا باع بثمان المثل، أو زياده خاصه.

و لو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع و ضمن، و لو كان مما يتغابن به صح و لا ضمان.

و التسليم به، فيكون مضمونا حينئذ.

قوله: (بالأقل من الدين و القيمة، لأنه يقبض قيمه الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا).

لأن الفرض: أن البيع لوفاء دينه، و ذلك لا يكون غالبا إلا بعد الحلول، و الجار متعلق بالرجوع.

قوله: (و متى ضمن العدل رجع به على المشتري، و لا يرجع المشتري عليه لو ضمن).

يجب أن يقرأ (ضمن) في الموضوعين مشددا مبني للمجهول، و الفرق: أن تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه.

قوله: (و لو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع و ضمن).

أى: مما لا يتسامح الناس به فى غبن بعض بعضا، كنقصان عشرين فى المائة. و المرجع فى ذلك العرف، فيضمن العين لو ذهبت للتعدي.

ي: لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان

ي: لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب انه من ضمان الراهن، لأنه وكيله. و يحتمل المرتهن، لأن البيع لأجله. و يقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف، و لو ادعى قبضه من المشتري و خالفاه احتمل المساواه، لأنه أمين فيبراً بيمينه دون المشتري، و تقديم قولهما، لأنهما منكران. قوله: (و الأقرب أنه من ضمان الراهن، لأنه وكيله).

قد تقرر أنه وكيل الراهن في التصرف خاصة، إذ ليس للمرتهن إلا- حق الوثيقة كما سبق، فيكون قبضه له، فإذا تلف بغير تفريط كان من مال الراهن، إذ لا ضمان على الأمين إذا لم يفرط، وهذا هو الأصح.

قوله: (و يحتمل المرتهن، لأن البيع لأجله).

أى: و يحتمل كونه من ضمان المرتهن، لأن البيع لما كان لأجله كان وكيلاً له في قبض الثمن. و ليس بشيء، إذ لا يلزم من كونه وكيلاً له في حفظ الرهن من جهه استحقاق الاستيثاق أن يكون له وكيلاً في قبض الثمن، و هو ظاهر.

قوله: (و يقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف).

حيث لا- بينه، و لم يصدقه المالك لأنه أمين، فيقبل قوله باليمين، بناء على ظاهر حال المسلم من أداء الأمانة، و لأنه لو لا ذلك لأدى الحال الى تنفر الناس من قبول الوكاله، فيلزم ضيق الأحوال على الناس.

قوله: (و لو ادعى قبضه من المشتري، و خالفاه احتمل المساواه، لأنه أمين فيبراً بيمينه دون المشتري، و تقديم قولهما، لأنهما منكران).

أى: لو ادعى العدل قبض الثمن من المشتري، و تلفه بغير تفريط، و إن لم يذكر في عبارته، لأن ما قيل يدل على إرادته.

(و خالفاه) أى: الراهن و المرتهن، احتمل المساواه للمسألة السابقة، في قبول قوله بيمينه نظراً الى كونه أميناً، فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون

القبض معلوماً، أو لا، وإذا برىء العدل بيمينه - نظراً لما قلناه - لم يلزم براءة المشتري من الدعوى، لأن يمين العدل إنما هو لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى إقراره بالقبض، لا لدفع الدعوى عن المشتري.

و لا - يلزم من إقراره بالقبض تحققه، لإمكان كونه كاذباً، فتبقى الدعوى على المشتري بحالها، ولأن يمين شخص عن الدعوى المتعلقة به لا - يسقط الدعوى عن غيره. و يحتمل تقديم قولهما - أى الراهن و المرتهن - لأنهما منكران. و فى هذا الاحتمال مناقشه، لأن تقديم قولهما إن كان بالنسبه إلى تضمين العدل فليس بظاهر، لأن العدل أمين، و قوله فى التلف مصدق. و أما إقراره بالقبض، فإن كان مصدقاً فلا بحث فى تصديقه فى التلف بيمينه، و إن لم يكن مصدقاً فلا حاجة الى يمينه للتلف، و اليمين منحصر فى جانبها مع عدم البينه، فيكون الغرم على المشتري.

هذا بالنسبه إلى العدل.

و أما بالنسبه إلى المشتري، فقد ذكر أنه على تقدير تصديق العدل فى ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك و لا يصدق باليمين، فالحال بالنسبه إليه منحصر فى عدم قبول قوله بيمينه، و إنما المصدق باليمين قولهما، فلا معنى لهذا الاحتمال.

و يحتمل أن يكون الاحتمال الأول منزلاً على أن تصديق العدل فى دعوى القبض و التلف بيمينه موجبا لبراءته و براءة المشتري، لاستلزامه ذلك. بخلاف المشتري لو ادعى ذلك، فإنه لا يصدق باليمين. إلا أن هذا مستبعد من وجهين:

الأول: بعده عن العبارة، فإنه لا يتبادر منها الى الفهم، و المتبادر خلافه، و فهمه منها يحتاج الى تقدير حذف كثير.

الثانى: ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك، لأن إقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه، لتدفع الدعوى عن المشتري.

و ربما حصلت التهمه عند الراهن و المرتهن فى صدق العدل و المشتري فى وقوع القبض، فلا تسقط الدعوى عنه. و أيضاً فإن يمين العدل إنما هو لحصول التلف، لأن القبض يكفى فيه إقراره، فلا يحتاج الى يمين لأجله بالنسبه إليه،

يا: لو خرج الرهن مستحقا فالعهده على الراهن لا- العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلفه الثمن في يده رجع على الراهن. لأنه بدون إقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن، ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف و اليمين عليه، فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك بيمينه، و الإتيان بالحكم احتمالا. و بالجمله فالعبارة لا تخلو من شيء.

قوله: (لو خرج الرهن مستحقا فالعهده على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته).

حال العقد، لأنه لم يبايعه إلا على أنه نائب عن الغير، فكان العقد في الحقيقة من الراهن، و اقباض الثمن له، و العدل وسيط ليس له في الإقباض اعتبار، حيث أن يده للغير يد نيابة عنه.

و لا يرد: أن تضمينه فيما لو ظهر البيع فاسدا، و تلف المبيع في يد المشتري يقتضى التضمين هنا، لأنه هناك متعد بالتسليم، إذ ليس مأذونا فيه، و ليس يده يد نيابة عن الغير، و هنا لا عدوان منه، لأن يده يد نيابة للغير، و تسلمه بإذن المشتري لمالك المبيع، و إن كان المشتري إنما سلم الثمن ظنا منه أن البيع صحيح، لأن هذا الظن لا يخل بكون التسليم بالإذن في الجملة، و لا بكون التسليم إنما هو للراهن في الحقيقة.

و الوكيل وسيط، فهو بمنزلة الناقد لو نقد الثمن و سلمه الى البائع، و الدلال سلم إليه أيضا بالإذن فلا يتوجه عليه ضمان.

قوله: (فان علم بعد تلف الثمن في يده، رجع على الراهن).

ينبغي أن يقرأ (علم) مبني للمجهول، لئلا يتوهم عود الضمير إلى المشتري فيفسد المعنى، لأن العلم المؤثر من المشتري بكون العدل وكيلا- إنما هو حاله البيع- كما سيأتي- لا- بعده. و المعنى: فان علم الاستحقاق بعد تلف الثمن في يد العدل فالرجوع على الراهن، لأن القبض له كما بيناه، لا على العدل.

و لو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجوع المشتري عليه لا على العدل، و لو رده بعيب رجوع على الراهن خاصة لأن العدل و كيل و المرتهن قبض بحق. و لو لم يعلم المشتري بوكاله العدل حاله البيع فله الرجوع على العدل، قوله: (و لو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجوع المشتري عليه لا العدل).

ينبغي أن يقرأ (علم) مبنيًا للمجهول أيضًا لمثل ما سبق، و إنما استحق المشتري الرجوع على المرتهن، لأنه قبض ما لا يستحقه، لكونه باقيا على ملك المشتري، لفساد البيع.

و أما عدم الرجوع على العدل فقد سبق تقريبه، و في عبارته المصنف مسامحه، للعطف على الضمير المجرور بدون شرطه.

قوله: (و لو رده بعيب رجوع على الراهن خاصة، لأن العدل و كيل، و المرتهن قبض بحق).

الفرق بين الرد بالعيب، و ظهور الاستحقاق: أن الرد بالعيب يقتضي فسخ العقد الواقع من حينه على تقدير صحته، فلا ينافي وقوعه صحيحا، و متى وقع العقد صحيحا كان قبض المرتهن للثمن بحق، لكونه ملك الراهن، و تعلق حكم الاستيثاق به، بخلاف ظهور الاستحقاق، فإن العقد المترتب عليه باطل، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن، فلا يصح قبض المرتهن له.

قوله: (و لو لم يعلم المشتري بوكاله العدل حاله البيع فله الرجوع على العدل).

يمكن أن يكون هذا من أقسام مسأله العيب، كما يقتضيه باقى الكلام، لاختصاص باقيه بالعيب. و يمكن عوده إلى الأولى، لأنه معادل لقوله: (إن علم المشتري) و هو المتبادر الى الفهم، لو لا ما يقتضيه آخر الكلام.

و يرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب أو قامت به بينه، و لا يبعد عوده الى كل من المسألتين، فالى الأولى بقريته المعادله، و الى الثانية بمقتضى باقى الكلام.

إذا تقرر هذا، فعدم علم المشتري بوكاله العدل يقتضى كون المعاوضه باعتقاده جاريه بينهما، و أن الثمن المدفوع اليه مملوك له، فيكون مضمونا عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد.

و كذا كل و كيل باع مال غيره و لم يعلم المشتري، و يجىء فى شرائه لغيره مثل ذلك، لكن قول المصنف: (حاله البيع) يقتضى أنه لو لم يعلم حاله البيع، لكن علم حال الإقباض للثمن بكونه و كيلا يستحق الرجوع عليه. و فيه نظر، لأن الإقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضمونا، بل للموكل، و هو الراهن، فيكون اعتبار يده بالنسبه إليه ساقطا، إذ يده فى الحقيقه إنما هى للراهن.

و فى التذكرة أطلق العبارة و لم يقيد بحاله البيع، فإنه قال: فان كان العدل قد أعلم المشتري أنه و كيل الراهن، فإن العهده على الراهن (1)، و فى هذا الإطلاق أيضا شىء، و كأنه هنا بنى على ما هو الغالب، من أن الإقباض للثمن متصل بالعقد - خصوصا فى البيع - بالوكاله، فالعلم بكونه و كيلا فى حال العقد و القبض واحد عرفا.

قوله: (و يرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيب، أو قامت به بينه).

لا يخفى أن الضمير المستكن فى (اعترف) للعدل لا للراهن، ليكون قوله:

(فإن أنكر) معادلا - له. و يمتنع عود ضمير (أنكر)، الى غير العدل، كما سيأتى، و إن كان مع ذلك اعتراف الراهن، أو قيام البيئه، أو حلف العدل اليمين المردوده شرطا لرجوعه بحسب الواقع.

ص: ١٢٣

فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم.

يب: لو تلف العبد في يد المشتري

يب: لو تلف العبد في يد المشتري، ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، و العدل، و المرتهن القابض، و المشتري، قوله: (فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه).

أى: فإن أنكر العدل العيب الذى ادعاه المشتري، و الحال أنه لم يعلم بوكالته، و لم يقم به بينه فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر. و لا يجوز عود الضمير الى الراهن، لأنه لا معنى لكون القول قول العدل بيمينه حينئذ، و ليس صحيحا.

قوله: (فإن نكل، فحلف المشتري رجع على العدل).

أى: فإن نكل العدل عن اليمين، و قد أنكر العيب، فحلف المشتري بالرد رجع على العدل، و هو ظاهر.

قوله: (و لا يرجع العدل على الراهن، لاعترافه بالظلم).

لأنه أنكر العيب، و ذلك يقتضى بطلان دعوى المشتري، و كونه ظالما، فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلما، و من ثم لا تسمع دعواه و لا بينته.

و لو أظهر تأويل أن قال: إن إنكار العيب كان جريا على الظاهر من أن الأصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الإثبات، و قد سبق مثله فى بيع المغصوب فى أول كتاب التجاره.

قوله: (لو تلف العبد فى يد المشتري، ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب، و العدل، و المرتهن القابض، و المشتري).

لا خصوصيه للعبد فى فرض المسأله فيه، و إنما ذلك على طريق التمثيل.

و إنما اعتبر فى المرتهن كونه قابضا، لأنه إذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب.

و يستقر الضمان على المشتري للتلف في يده، و لو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب.

يج: لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن

يج: لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن، لأنه و كيله على اشكال، و ليس من لوازم الرهن قبضه، إما بناء على كون القبض ليس شرطاً فظاهراً، و إما على الآخر فلا إمكان التوكيل فيه.

قوله: (و يستقر الضمان على المشتري، للتلف في يده).

هذا إذا كان المشتري عالماً بالغصب، لمساواته للغاصب في العلم بالعدوان، و انفراده بالتلف في يده الموجب لانحصار الغرم في جانبه. و يعلم هذا القيد من قوله بعد: (و لو لم يعلم).

قوله: (و لو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب).

هذا إذا لم يكن العدل، و المرتهن القابض عالماً بالغصب أيضاً، لأن المشتري مغرور حينئذ، فإن علموا جميعاً كان له الرجوع على من غره منهم، و عليه يستقر الضمان على الظاهر، لاستوائهم في يد العدوان، و العلم بالحال، و انفراده بالتغيير. و لو اشتركوا فيه كان له الرجوع على من شاء، و لا يرجع على غيره لما قلناه. و منه ما لو باعه واحد و سلمه آخر على الظاهر.

قوله: (لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن، لأنه و كيله على اشكال).

قال الشارح: إن الاشكال هنا في مسألتين: إحداهما: أن الوكيل في الدفع إذا دفع من غير إسهاد، هل يكون ضامناً، أم لا؟ (1) و في دلالة العبارة على ما ذكره نظر.

نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت إشكال في المسألة، و إن لم تفده هذه العبارة، على أنه لا دخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن، لأن

ص: ١٢٥

ولا- يقبل قوله فى حق المرتهن، لأنه وكيله فى الحفظ خاصة فلا- يقبل قوله فى غيره، كما لو وكل رجلا فى قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين. هذا هل يعد تفريطا أم لا؟ سواء كان القول قوله أم قول الراهن.

نعم قد يتصور له اعتبار، وهو أنه على تقدير عده تفريطا لا تكون دعواه الأداء تامه، إلا إذا قال: وأشهدت فى وقت الأداء، لأنه ما دام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطه للمطالبه و الرجوع، فلا تكون مسموعه و لا يترتب عليه جواب. و يكفى قوله: وأشهدت، و ما ادى معناه كأديب على الوجه الشرعى، و مع هذا فلا ربط للعباره بهذا، و لا إشعارها به بوجه من الوجوه.

و منشأ الاشكال: من حيث أنه أمين، فظاهر حاله أداء الأمانه، و لأنه لو لا ذلك لأدى الى عدم قبول الوكاله، فيفضى الى الضرر، و من أن الأصل العدم.

و سيأتى فى الوكاله ان شاء الله، أن الوكيل إذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه، إذا لم تكن الوكاله بجعل، فعلى هذا تكون الفتوى هنا كذلك، و متى لم يشهد، و قلنا بان ذلك تفريط كان موجبا لضمانه.

قوله: (و لا يقبل فى حق المرتهن، لأنه وكيله فى الحفظ خاصة، فلا يقبل فى غيره).

هذا أقوى، لانتفاء الوكاله فى الأداء من طرفه.

قوله: (كما لو وكل رجلا فى قضاء دين، فادعى تسليمه الى صاحب الدين).

فان القول قول صاحب الدين بيمينه قطعاً، و حال المرتهن لا ينقص عن ذلك.

و يحتمل قبول قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره، فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، و لم يثبت على المرتهن انه قبضه. و على الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن، لا اعترافه بالظلم، و إن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته، أو بينه ماتت، أو غابت لعدم التفريط في قوله: (و يحتمل قبول قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره).

لأنه أمين فيقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه. و لا دلالة فيه، لأن مقتضاه قبول قوله في حق من هو أمين عنه، و ليس أمينا عن المرتهن فيما عدا حفظ الوثيقة، لا في الأداء و لا في القبض، فلا وجه لقبول قوله في حق المرتهن.

قوله: (فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه، و لم يثبت على المرتهن أنه قبضه).

أى: فعلى الاحتمال الثانى ينتفى الضمان عنه بالنسبه إلى الراهن و المرتهن معا، لقبول قوله في حقهما، و لا يثبت على المرتهن أنه قبضه، لأن اليمين لشيء لا يقتضى ثبوت شيء آخر، و الأصل بقاء حقه فيرجع على الراهن، و للراهن إحناف المرتهن حينئذ على عدم القبض.

قوله: (و على الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء).

من العدل و الراهن، لأصالة عدم الأداء بالنسبه اليه، و له حق متعلق بعين ثمن الرهن فلا يسقط. و لا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن، لأن الدعوى لهما، لكن لو أحلفه أحدهما، هل يغنى عن يمين الآخر؟ فيه تردد، ينشأ:

من أن الدعوى واحده، و من أن لكل منهما حقا. و الظاهر أنه لو أحلفه أحدهما قبل إنشاء الدعوى من الآخر بقى حق الآخر، فله الدعوى و الإحناف.

قوله: (و إن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفع بحضرته، أو بينه ماتت أو غابت، لعدم التفريط في القضاء).

القضاء، وإلا رجع على اشكال منشؤه التفريط، وكونه أمينا له اليمين عليه إن كذبه.

يد: لو غصبه المرتهن من العدل

يد: لو غصبه المرتهن من العدل، ثم أعاده إليه زال الضمان عنه.

أما مع الدفع بالبينه، فلأنه قد حافظ على طريق الاحتياط، وأما مع الدفع بحضرة الراهن، فإن التقصير بترك الإشهاد حينئذ مستند إلى الراهن، لعلمه بالحال، وسكوته عليه، فلا يعد العدل مفرطا حينئذ. وإنما فرض البينه غائبه أو ميته ليتم له إنكار المرتهن، وعدم إمكان إثباته عليه.

قوله: (وإلا رجع على اشكال، منشؤه التفريط).

وإن انتفى الأمران: إشهاد بينه ماتت، أو غابت، ودفعه بحضرة الراهن، رجع الراهن على العدل على اشكال، ينشأ: من أن التردد في كونه مفرطا بترك الأشهاد، وعدمه.

و ربما بنى الإشكال على كونه وكيلا- في إبراء ذمته في نفس الأمر فقط، أو في الإبراء باطنا و ظاهرا، وفي استعمال ذلك من التوكيل تأمل.

و ليس بعيد أن يقال: إن الوكيل يجب عليه رعايه الغبطه و المصلحه، بالنسبه إلى الموكل، والأخذ بما يكون سليما عن التضييع، وهذا لا يجوز له البيع نسيئه، ولا التسليم قبل التسلم.

و لا ريب أن الدفع بغير إشهاد معرض للإنكار، وموت القابض، وعدم علم الوارث بالقبض، فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلو من قوه.

و اعلم أن قوله: (و كونه أمينا له اليمين عليه إن كذبه)، ظاهر العبارة أنه من جمله منشأ الإشكال، فيكون وجه الشق الآخر، وهو عدم استحقاق الرجوع.

و لا- يكاد يستقيم، لأن كونه أمينا- و كون الأمين إنما عليه اليمين إذا كذبه مستأمنه في الأداء- إنما يكون مع عدم تقصيره و تفريطه، فإذا قصر و فرط يضمن، وإن حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى.

قوله: (لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان).

لأن الغاصب يبرأ بالتسليم إلى المالك، أو إلى وكيله في القبض، والعدل

لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسييل ماله، و يجوز للمرتهن و كيل فيه فيبراً بالتسليم اليه، و يخرج عن الغصب و الضمان به.

قوله: (لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسييل ماله).

المراد من العبارة: أنه إذا كان الرهن في جملة تركه المرتهن بحسب الواقع، و مات المرتهن، و لم يكن ذلك معلوماً، فما تركه من الأعيان بحسب الظاهر ماله، و إن كان في نفس الأمر بعضها مال الراهن، لأن المكلف به هو العمل بالظاهر.

و قول المصنف: (كان كسييل ماله) حاول به افاده هذا المعنى، لأنه ليس مالاً له في الواقع، و إنما هو ماله ظاهراً، هذا هو المراد من العبارة، و إن كانت دلالتها عليه لا تخلو من خفاء، لأنه ربما أوهمت أن الرهن إذا لم تعلم عينه في التركة، و لكن علم حصوله في الجملة يكون كسييل ماله، و المتصور هنا ثلاث صور:

أ: ما ذكرناه أو لا.

ب: أن يعلم رهن في التركة، و لا تعلم عينه، فلا طريق إلا الصلح إن لم يعلم القدر و القيمة.

ج: أن يعلم في يد الميت قبل موته رهن، و لم يوجد في التركة، و احتمال الحال تلفه بغير تفريط و بقاءه عنده. و إن لم تعلم عينه، أو تصرفه فيه على وجه يكون مضموناً فيعارض أصلاً: أصل البراءة، و أصل بقاء ملك الراهن و عدم طرؤه ما يقتضى خروجه عنه.

و عند التحقيق: أصل بقاء الملك لا يعارض أصل البراءة، لأن أصله بقاء الملك لا تقتضى شغل ذمه المرتهن به، و سيأتي نظير هذه المسألة في القراض ان شاء الله تعالى.

إذا تقرر هذا، فالذي يمكن حمل عبارته الكتاب عليه، هو المسألة الأولى، لامتناع انطباقها على واحده من الآخرين.

ابتیاع الرهن، فإن كان وکیلا فالأقرب جواز بیعه من نفسه بضمن المثل، و حق المرتهن أقدم من حق الحی و المیت، فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دینه مع الغرماء، و الرهن أمانه فی یده لا یضمن إلا بالتفريط، و لا یسقط من دینه شیء. فإن تصرف برکوب، أو سکنی، أو لبن و شبهه فعليه الأجره و المثل، و یقاص فی المئونه، قوله: (فان كان وکیلا فالأقرب جواز بیعه من نفسه بضمن المثل).

وجه القرب: أن الغرض - و هو البیع بالثمن المطلوب - حاصل، و خصوص المشتري غیر منظور الیه. و یحتمل العدم، لأن ظاهر الوکاله لا یتناوله، و الأصح أنه إنما یجوز بالإذن، أو وجود قرینه تدل علیه.

قوله: (و حق المرتهن أقدم من حق الحی و المیت).

أی: استحقاق المرتهن بالرهن فی الاستیفاء من قیمته مقدم علی استحقاق باقی الغرماء، من جهه الحی و إن حجر علیه و المیت.
قوله: (و لا یسقط من دینه شیء).

أی: لو تلف بغير تعد، و لا تفريط.

قوله: (فان تصرف برکوب، أو سکنی، أو لبن و شبهه فعليه الأجره و المثل).

الأجره فی مثل الرکوب، و المثل فی مثل أخذ اللبن، فاللف و النشر مرتب.

قوله: (و یقاص فی المئونه).

أی: إذا أنفق المرتهن علی الرهن ما یحتاج الیه من المئون، و تصرف فی منفعه یقاص الراهن فی ذلك. و إنما یقع التقاص إذا أنفق بإذن المالك، و مع تعذره فبإذن الحاكم، و مع التعذر فلا بد من الاشهاد، لیثبت له استحقاق الرجوع.

و إنما یجوز له استیفاء المنافع إذا اذن المالك، أو من یقوم مقامه.

فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا قيل: يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: الأرفع. و لو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء. و لو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين إلا بالبينه، و له إحلاف الوارث على عدم العلم.

و يجب على المرتهن بالوطء العشر أو نصفه، و لو طاوعت فلا شيء. قوله: (فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا، قيل: يوم قبضه، و قيل: يوم هلاكه، و قيل: الأرفع).

هذه الأقوال الثلاثة في هذه المسألة و في نظائرها، و الأصح هو القول الثاني. و يجب أن تعتبر قيمته وقت التلف. و متى تعذر المثل في المثلى انتقل إلى القيمة فتعتبر قيمته حين المطالبة على الظاهر.

قوله: (و لو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء).

المراد بالعلم: هو الظن الغالب، و الظاهر أنه غير شرط، بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر المخوف، كما صرح في الدروس، قال: و من عنده رهن، و خاف جحود الوارث أو وارثه فله المقاصه (١).

قوله: (و يجب على المرتهن بالوطء العشر، أو نصفه).

العشر في البكر، و نصفه في الثيب.

قوله: (و لو طاوعت فلا شيء).

لقوله عليه السلام: «لا مهر لبغى» (٢) لكن لو كانت بكرا و جب أرش البكاره، لأنها جنايه على مال الغير.

ص: ١٣١

١- (١) الدروس: ٤٠٥.

٢- (٢) صحيح البخارى ٧: ٧٩، سنن الترمذى ٢: ٣٠٠ حديث ١١٤٣، و فيهما: «نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ثمن الكلب و مهر البغى.».

و لو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلا، فإن تلف قبل مده الحلول لم يضمن، و لو تلف بعدها ضمن. و فوائد الرهن للراهن، و لا تدخل فيه إن كانت موجوده.

و الأقرب عدم دخول المتجدده إلا- مع الشرط، أو كانت متصله. و لو أدى ما يخص أحد الرهين لم يجز إمساكه بالآخر، و لا بالخالي، و يقدم قول الدافع. قوله: (و لو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الأداء، بعد الحلول بطلا، فإن تلف قبل مده الحلول لم يضمن، و لو تلف بعدها ضمن).

أما بطلانهما: فلأن البيع مشروط بمضى زمان، و أما الرهن فلا لأنه مؤقت، و أما الضمان بالتلف بعد الحلول لا قبله، فللفرق بأنه بعد الحلول مبيع فاسد، فيكون مضمونا، لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى، و لأنهما تراضيا على ذلك لتراضيهما على البيع الصحيح، و لعموم: «على اليد ما أخذت» (١)، و قبله رهن فاسد، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لأن التسليم إنما وقع على اعتقاد صحه العقد، فلم يقصد المسلم ضمانا، بل سلم على قصد العدم، و لم يلتزم المتسلم ضمانا، فانتفى المقتضى له.

قوله: (و الأقرب عدم دخول المتجدده، إلا مع الشرط، أو كانت متصله).

وجه القرب: عدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات، و الأصل العدم، و الأكثر على دخولها، و الأصح الأول. و لو شرط دخولها، أو عدمه فلا إشكال في ثبوت الشرط.

قوله: (و يقدم قول الدافع).

أى: فى أن المدفوع عن أى الدينين، لأن المعبر نيته، و هو أعرف بها.

ص: ١٣٢

و لا- تدخل الثمره غير المؤبره فى رهن النخله، و لا الشجر فى رهن الأرض و إن قال: بحقوقها، إلا مع الشرط. و كذا ما نبت بعد رهنها، سواء أنبت الله تعالى، أو الراهن، أو أجنبى، إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون.

و فى دخول الأس تحت الجدار، و المغرس تحت الشجره، و اللبن فى الضرع، و الصوف المستجز على ظهر الحيوان، و أغصان الشجر نظر. قوله: (و لا تدخل الثمره غير المؤبره فى رهن النخله).

لأنها غير داخله فى مسماها، و دخولها فى المبيع قبل التأبير للنص (١)، على خلاف الأصل.

قوله: (و لا الشجر فى رهن الأرض، و إن قال بحقوقها، إلا مع الشرط).

لأنه ليس من حقوق الأرض، و مع الشرط فلا إشكال فى الدخول. و لو قال: و ما اشتملت عليه، لم يبعد الدخول كالبيع.

قوله: (و كذا ما نبت بعد رهنها).

لعدم دخوله فيها، فلا- يعد ذلك نماء الأرض، ليجىء فيه خلاف النماء المتجدد و إن نبت فيها. و لو كان الغرس من الشجر المرهون فهو رهن.

قوله: (و فى دخول الأس تحت الجدار، و المغرس تحت الشجر، و اللبن فى الضرع، و الصوف المستجز على ظهر الحيوان، و أغصان الشجر نظر).

فى بعض حواشى شيخنا الشهيد: أن للاس تعبيرين، أحدهما: ما هو مستور من الحائط، و الثانى: أنه موضع الأساس. و الذى فى القاموس (٢)،

ص: ١٣٣

١- (١) الكافى ٥: ٢٩٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٩٠ حديث ٣٨٢.

٢- (٢) القاموس المحيط (أس) ١٩٧: ٢.

و الأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة. و لو رهن ما يمتزج بغيره، كلقطه من الباذنجان صح إن كان الحق و الصحاح (1) هو الأول.

و وجه الدخول على الأول: أنه جزء الحائط، فهو مدلول عليه تضمننا، و وجه العدم: أن الإشارة الحسية إنما تتعلق بما ظهر.

و على الثانى: فوجه الدخول كونه تابعا، إذ لا بد منه للجدار. و وجه العدم انتفاء دخوله فى مسمى اللفظ، و الأصح على الأول الأول، و على الثانى الثانى.

و تردد المصنف فى المغرس يشعر بأن المراد بالأس موضع الأساس، إذ يبعد ترده فى دخول بعض الجدار، و لأن الموضع شبيه بالمغرس.

و أما اللبن فى الضرع، فممنشأ النظر فيه: التردد فى أنه جزء، نظرا إلى أنه من جمله رطوبات البدن، و أن العاده قاضيه بأخذه، و كونه منظورا اليه بخصوصه، فلا يكون داخلا فى مسمى اللفظ عرفا.

و مثل هذا يأتى فيما لو باع شاه فى ضرعها لبن، و قريب منه الصوف المستجز، و هو الذى بلغ مبلغا يجز عند بلوغه عرفا، إلا أن الظاهر دخول الصوف، لكونه جزءا حقيقه، و إنما يخرج عن الجزئيه بعد الانفصال، و مثله أغصان الشجر.

و لا يخفى أن المراد به: ما كان من الأغصان يابساً، و ما جرت العاده بقطعه، من سعف النخل و غيره، و دخول هذين قوى.

قوله: (و الأقرب جواز إجبار الراهن على الإزالة).

هذا فيما لا يدخل فى الرهن من المتجدد و غيره، و وجه القرب: أن إبقاءه تصرف فى الرهن، و كل من الراهن و المرتهن ممنوع من التصرف، و لأنه لا ينفك من الإضرار بالرهن غالبا. و يحتمل ضعيفا العدم للأصل، و الأصح الأول.

قوله: (و لو رهن ما يمزج بغيره، كلقطه من الباذنجان صح إن كان

ص: ١٣٤

يحل قبل تجدد الثانيه، أو بعدها و إن لم يتميز على رأى. و يقدم حق المجنى عليه و إن تأخر على حق المرتهن، فيقتص في العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوى حقه فالباقي رهن و فى الخطأ إن فكاه مولاه فالرهن بحاله، و إن سلمه فللمجنى عليه استرقاقه، و بيعه، أو بيع مساوى حقه فالباقي رهن.

الحق يحل قبل تجدد الثانيه، أو بعدها و إن لم يتميز على رأى).

أما إذا كان الحق يحل قبل تجدد الثانيه، أو بعده مع التمييز فلا بحث فى الجواز، إذ لا مانع. و أما مع عدم التمييز، و كون الحلول متأخرا فان فى الصحه قولين: أحدهما: العدم، و هو اختيار الشيخ (١)، لتعذر الاستيفاء. و ليس بشىء، لأن المانع منتف فى وقت إنشاء الرهن، و تجددده لا- يقتضى منع الصحه من الأصل. على أن حصوله غير مقطوع به، لإمكان التخلف. مع أن عدم التمييز لا يقتضى تعذر الاستيفاء، لتحقق ثبوت الحق، و إن كان الطريق الى تعيينه هو الصلح، و الأصح الصحه.

قوله: (و يقدم حق المجنى عليه و إن تأخر على حق المرتهن).

الجار الثانى يتعلق ب(يقدم).

قوله: (فيقتص فى العمد، أو يسترق الجميع، أو مساوى حقه).

و إن كانت الجنايه قتلا- أو جرحا و طلب الديه، و أحاطت بقيمته فله استرقاقه، و إلا استرق منه مساوى الجنايه، و حينئذ فيكون الباقي منه بعد موجب الجنايه رهنا.

و هذا كله إذا لم يأمره السيد بالجنايه، فإن أمره و لم يكن مميزا، أو كان و لكن كان أعجميا، يعتقد و جوب طاعه السيد فى جميع أوامره، فالجاني هو السيد، و عليه القصاص أو الضمان، صرح به فى التذكرة (٢).

ص: ١٣٥

١-١) المبسوط ٢:٢٤٢.

٢-٢) التذكرة ٢:٣٩. [١]

و لو جرح مولاه عمدا اقتص، و لا يخرج عن الرهن، و إن قتله فلولورثه قتله، و العفو فيبقى رهنا. و لو جرح خطأ لم يثبت لمولاه عليه شيء، فيبقى الرهن بحاله. و لو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص، أو الافتكاك من الرهن فيه، و في الخطأ مع الاستيعاب، و المقابل مع عدمه فالباقى رهن. قوله: (و لو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص، أو الافتكاك فيه من الرهن، و في الخطأ مع الاستيعاب).

الضمير في قوله: (فيه) يعود الى العمد، أى: هذا الحكم المذكور في الجنايه عمدا. و لو قدّم الجار و المجرور على القصاص، أو أخره عن الرهن لكان أولى، فالمالك مخير بين القصاص و الافتكاك في العمد، و في الخطأ الافتكاك إذ لا قصاص.

و هذا إذا استوعبت الجنايه قيمته، و إنما كان للمالك الافتكاك من الرهن، لأن الجنايه إذا استوعبت قيمته استرق بها، كما سبق.

و الفرق بين الجنايه على المولى، و على مورثه- و إن كان الحق للمولى في الموضعين- أن الجنايه على المولى الواجب فيها للمولى ابتداء، و يمتنع أن يجب للمولى على عبده مال إذ هو مال له. و في الجنايه على مورثه، الحق فيها ابتداء للمجنى عليه، لأن الوارث إنما تنتقل إليه الديه عن مورثه، لأنها محسوبه تركه توفي منها ديونه و تنفذ وصاياه.

و معلوم أنه لا يمتنع ثبوت مال لمورث مولى العبد على العبد، فينتقل الى المولى عن مورثه، فيفكك من الرهن.

قوله: (و المقابل مع عدمه، فالباقى رهن).

أى: و له افتكاك المقابل للجنايه في العمد و الخطأ، على المورث مع عدم الاستيعاب، فالباقى من العبد بعد مقابل الجنايه رهن كما كان.

و لو جنى على عبد مولاہ فكمولاہ، إلا- أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله، و يبطل حق المرتهن و العفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر. و لو عفا بغير مال فكعفو المحجور عليه، قوله: (و لو جنى على عبد مولاہ فلمولاہ).

أى: فيقتص منه فى العمد خاصه، لامتناع أن يجب للمولى على عبده مال.

قوله: (إلا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله، و يبطل حق المرتهن).

تفريع ثبوت قتله للمولى على المستثنى غير جيد، لأن هذا ثابت على كل حال، فان للمولى القصاص مع الرهن، و بدونه لمرتتهن واحد و غيره.

قوله: (و العفو على مال، فيتعلق به حق المرتهن الآخر).

أى: و له العفو على مال على العبد، و كذا لو كانت الجنايه خطأ، فإن الديه تجب على العبد فى رقبته، لأن السيد لو جنى على عبده المرهون و جب عليه أرش الجنايه، لحق المرتهن، فان ثبت على عبده أولى، فيتعلق المال حينئذ برقبه العبد، لحق المرتهن الآخر، اعنى: مرتتهن المقتول.

قوله: (و لو عفا بغير مال فكعفو المحجور).

أى: المحجور بالفلس، كما صرح به فى التذكره (1): فكل موضع فيه يصح العفو من المحجور، و هو حيث لا- يكون المعفو مالا يصح، و مالا فلا.

فان قلنا: إن الجنايه عمدا موجه لأحد الأمرين: من القصاص، و الديه لم يكن للمولى إلا أحدهما، و ليس له العفو مجانا. و إن قلنا: توجب القصاص فقط تخير فى كل من الأمور الثلاثه.

و حيث قلنا: ليس له العفو مجانا، فلا بد فى صحته من وقوع العفو على

ص: ١٣٧

و لو أوجبت أرشا فللثاني. الديه.

قوله: (و لو أوجبت أرشا فللثاني).

أى: لو كانت الجنايه خطأ، بحيث توجب الأرش فحق الرهانه فيه للمرتهن الثاني، حيث أن الجنايه مضمونه لحقه، فيتعلق الأرش المذكور برقبه القاتل، و يتعلق به حقه.

فعلى هذا فى الجنايه خطأ، و فى العمد إذا عفا المولى على مال يجب أن ينظر، إن كان الواجب فيهما أكثر من قيمه القاتل، أو بقدرها هل يباع؟ فيه وجهان:

أحدهما- و هو قول الشيخ رحمه الله:- نعم (1)، لأنه ربما رغب فيه راعب بزياده يتوثق بها مرتهن القاتل.

و الثانى: لا، بل ينقل الى يد مرتهن المجنى عليه رهنا، و ينفك من رهن مرتهنه، لأنه لا- فائده فى بيعه. و قوى فى التذكرة الأول، محتجا بأن حق مرتهن المقتول بسبب الجنايه فى ماله العبد، لا فى العين (2). و هو متجه، إذ لم يجز الرهن عليها، و إنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجنايه.

و إن كان الواجب فيهما أقل من قيمته، فعلى الوجه الثانى ينقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل. و على الأول يباع منه قدر الواجب، و يبقى الباقي رهنا. فان تعذر بيع البعض، أو نقص بالتشقيص بيع الكل، و جعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل.

قال فى التذكرة: و هذان الوجهان إنما يظهران فيما إذا طلب الراهن النقل، و طلب مرتهن القتيل البيع، ففى وجه يجاب بهذا، و فى وجه يجاب ذاك. أما إذا طلب الراهن البيع، و مرتهن المقتول النقل يجاب الراهن، لأنه لا حق لصاحبه فى عينه (3).

ص: ١٣٨

١- ١) قاله فى المبسوط ٢: ٢٢٩.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٣٩. [١]

٣- ٣) المصدر السابق. [٢]

و لو اتحد المرتهن و تغاير الدين فله بيعه، و جعل ثمنه رهنا بالدين الآخر، و لقائل أن يقول: على الوجه الثانى يجب مرتهن المقتول الى النقل، لأنه إن تم دليله، و هو: أن البيع لا فائده فيه، فيفكك من رهن الأول و يتعلق به حقه، تعينت اجابته.

و ما علل به، من أنه لا- حق له فى عينه، هو دليل الوجه الأول، فإن تم اقتضى ترجيح الوجه الأول على الثانى، لأن الوجهين لا يظهران إذا طلب مرتهن القتل النقل.

و لو اتفق الراهن و المرتهان على أحد الفعلين تعين، و لو اتفق الراهن و مرتهن القتل على النقل فعند بعض العامة: ليس لمرتهن القاتل المناقشه فيه، و طلب البيع (1). و مقتضى دليل الوجه الأول أن له ذلك.

قوله: (و لو اتحد المرتهن و تغاير الدين فله بيعه، و جعل ثمنه رهنا بالدين الآخر).

أى: لو اتحد مرتهن العبد الجانى و المجنى عليه، و كان كل منهما مرهونا بدين، فإن اختلف الدينان بالحلول و التأجيل، و اختار المالك العفو على الديه، و تعلق برقبه الجانى، أو كانت خطأ على ما سبق فللراهن أن يتوثق لدين القتل بالقاتل، لأنه إن كان الحال دين المقتول، فقد يريد استيفاءه من ثمنه فى الحال، و إن كان الحال دين القاتل، فقد يريد الوثيقه للمؤجل، و يطالب الراهن بالحال فى الحال. و مثله ما لو كانا مؤجلين، و أحد الأجلين أطول.

و إن اتفقا حلولا و تأجيلا، فاما أن يتفقا جنسا و قدرا، أو يختلفا.

فان اتفقا، و اختلف العبدان فى قيمه، و كانت قيمه المقتول أكثر لم تنقل الوثيقه، لانتهاء الفائدة، لأنه بعد النقل إنما يتعلق به دين القتل، و الفرض

ص: ١٣٩

١- ١) ذهب إليه الجوينى، انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٥٦: ١٠.

عدم الاختلاف بينه و بين دين القاتل.و كذا لو تساويا فى قيمه.

و إن كانت قيمه القاتل أكثر نقل منه قدر قيمه القتيل الى دين القتيل، و بقى الباقي رهنا بما كان.

و إن اختلف الدينان قدرا لا جنسا، فان تساوت قيمه العبدین، أو كان القتيل أكثر قيمه، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله التوثق بالقاتل، لأن التوثق لأكثر الدينين فى نفسه فائده مطلوبه، بخلاف ما لو كان القتيل مرهونا بأقلهما، فلا فائده فى النقل حينئذ.

و إن كان القتيل أقل قيمه، و كان مرهونا بأقل الدينين فلا فائده فى النقل ايضا. و إن كان مرهونا بالأكثر نقل من القاتل قدر قيمه القتيل الى الدين الآخر، و يبقى الباقي رهنا بما كان.

و إن اختلف الدينان فى الجنس فهو كالاختلاف فى القدر، أو فى الحلول و التأجيل.

و إن اختلفا فى الاستقرار و عدمه، كما لو كان أحدهما عوض ما يتوقع رده بعيب أو صداق قبل الدخول: فان كان القاتل مرهونا بالمستقر فلا فائده فى النقل، و إن كان مرهونا بالآخر فالأصح ثبوته، و هو مختاره فى التذكرة (١).

إذا عرفت هذا، فحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع و يقام ثمنه مقام القتيل، أو يقام عينه مقام القتيل؟ فيه الوجهان السابقان، كذا ذكر فى التذكرة (٢)، و جزم هنا بأن له البيع، و جعل الثمن رهنا.

و يمكن توجيهه: بأن تعلق الأرش برقبه الجانى يوجب تسلط مستحق الأرش على الجانى بالبيع، و المرتهن مستحق الاستيثاق بالأرش، فإن تعلقه برقبه الجانى هنا إنما كان لحقه، لا امتناعه لو لا ذلك، فله حينئذ تحصيل الأرش ببيعه فيكون، خصوصا إذا أمكن تصور فائده أخرى بالنسبه إلى الدين الآخر بأن يطلبه

ص: ١٤٠

١- (١) التذكرة ٢:٤٠. [١]

٢- (٢) المصدر السابق. [٢]

و فى الخطأ مع الاستيعاب، و المقابل مع عدمه فالباقى رهن. و يتعلق الرهن بالقيمه لو أتلّفه المرتهن أو أجنبى، و لا- تتعلق بها الوكاله. طالب بزياده.

و لو اتفقا على البيع فلا بحث، و لو تساوى الدينان فى الأوصاف، و حكم بعدم النقل، فقال المرتهن: إنى لا آمنه و قد جنى فيبعوه و وضعوا ثمنه مكانه فالأقرب إجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه.

و لا- يخفى بعد هذا البيان ما فى عباره الكتاب من القصور عن تأديه أحكام المسأله. ثم إطلاق البيع فى عباره بمجرد عباره لا يستقيم، كما هو معلوم بأدنى تأمل.

قوله: (و فى الخطأ مع الاستيعاب).

أى: الحكم فيه كالحكم فى العمد إذا عفا المولى على الديه، و تأتى جميع الأحكام السالفه. و يمكن أن يكون (مع الاستيعاب) قيذا فى العمد و الخطأ، لا فى الخطأ وحده، و هو الأوجه، لأن جنايه العمد قد لا تستوعب، كما هو ظاهر.

و فى بعض النسخ هذه الزيادة متروكه، على ما ذكره شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه.

قوله: (و المقابل مع عدمه، فالباقى رهن).

أى: و للمرتهن بيع مقابل الجنايه مع عدم الاستيعاب.

قوله: (و يتعلق الرهن بالقيمه لو أتلّفه المرتهن أو أجنبى).

و كذا لو أتلّفه الراهن، و إنما تعلق بالقيمه- إن كان العقد إنما جرى على العين- لأن الرهن معناه: الاستيثاق بالعين لمستوفى الدين من قيمته.

قوله: (و لا تتعلق بها الوكاله).

لأن الوكاله إنما تعلقت بالعين، و لم يدل دليل على تعلقها بالقيمه.

و لو صارت البيضة فرخا، أو الحب زرعا فالرهن بحاله، و إذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامه اليد، و على الراهن مؤنه المرهون، و اجره الإصطبل، و علف الدابه، و سقى الأشجار، و مؤنه الجداد من خالص ماله. قوله: (و لو صارت البيضة فرخا، أو الحب زرعا فالرهن بحاله).

لأن العين لا تذهب بتغير الأوصاف، و الحق متعلق بها.

قوله: (و إذا لزم الرهن، استحق المرتهن ادامه اليد).

ظاهر هذه العبارة مشكل، لأنه قد سبق تردد المصنف فى أن للمرتهن مطالبه الراهن بالقبض، فكيف يستحق ادامه اليد؟ و يمكن أن يقال: يراد باستحقاقه ادامه اليد: أصل الاستحقاق و إن كان غير تام، فان الحق فى ذلك لكل من الراهن و المرتهن، و لهذا لا يجوز لأحدهما الاستقلال بإثبات اليد عليه.

و فى التذكرة: ما لا منفعه فيه مع بقاء عينه كالنقود، و الحبوب فلا تزال يد المرتهن عنه بعد استحقاقه لليد، لأن اليد هى الركن الأعظم فى التوثيق فيه.

و ما له منفعه، إن أمكن تحصيل الغرض منه، مع بقائه فى يد المرتهن و جب المصير اليه، جمعا بين الحقين، و إن لم يمكن، و اشتدت الحاجة الى إزاله يده، جاز.

فالعبد المحترف إذا تيسر استكسابه فى يد المرتهن لم يخرج من يده (١).

قوله: (و على الراهن مؤنه المرهون، و اجره الإصطبل، و علف الدابه، و سقى الأشجار، و مؤنه الجداد و من خاص ماله).

الجداد، بفتح الجيم و كسرهما و الدالين المهملتين: صرام النخل، و ما ذكره كله داخل فى المئونه، و لكنه أراد ذكره صريحا.

ص: ١٤٢

و لا- يمنع من الفصد و الحجامه و الختان، و يمنع من قطع السلع. و لو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، و يستقر على الغاصب. و كذا المودع، و المستأجر، و المستعير من الغاصب، هذا إن جهلوا.

و لو علموا لم يرجعوا عليه. و أحكام الوثيقه كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجنايه على قوله: (و لا يمنع من الفصد و الحجامه و الختان).

و كذا المداواه بالأدويه التي لا خطر فيها.

قوله: (و يمنع من قطع السلع).

لما فيه من الخطر المضر بالمرتهن.

فرع: قال في التحرير: لا يجوز للراهن ضرب الجاريه للتأديب، و غيره، إلا بإذن المرتهن (1). و يجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص جوازه بالمولى لا مطلقا، لأن الأمر بالمعروف واجب عموما.

قوله: (و لو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء، و يستقر على الغاصب).

هذا إذا لم يكن المرتهن عالما بالغصب، و إلا استقر الضمان عليه إن استقر التلف في يده.

قوله: (و كذا المودع و المستأجر و المستعير من الغاصب).

المودع بفتح الدال.

قوله: (هذا إن جهلوا، و لو علموا لم يرجعوا عليه).

هذا إن حصل التلف في أيديهم.

قوله: (و أحكام الوثيقه كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجنايه على المرهون).

ص: ١٤٣

المرهون، و الخصم فى بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم. و لو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل ففى إحلاف المرتهن نظر، فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال فى الحال لحق المرتهن، فإن انفك ظهر صحه العفو قد سبق مثل هذا، و إن كان كاهنا أشمل، فيخرج به عن التكرار، و التقريب واحد.

قوله: (و الخصم فى بدل الرهن الراهن، فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم).

وجهه: أن الرهن ملك للراهن، و كذا بدله، فالخصم فى إثباته و انتزاعه هو، لكن لو امتنع من المخاصمه فهل للمرتهن أن يخاصم؟ الأقرب عند المصنف ذلك، لما فيه من تعلق حقه به، فلا بد له من طريق الى تحصيله، و لما فى منعه من ذلك مع ترتب حصول حقه عليه من الضرر.

و يحتمل العدم، لانتفاء كونه ملكا، فلا يستحق المطالبه. و يضعف: بأن استحقاق المطالبه دائر مع ثبوت الحق، و هو أعم من الملك.

قوله: (و لو نكل الغريم حلف الراهن، فإن نكل، ففى إحلاف المرتهن نظر).

لا ريب أنه مع نكل الغريم يرد اليمين على المالك، و هو الراهن، لكن مع نكوله هل يجعل للمرتهن طريق الى تحصيل حقه، بأن يحلف هو؟ فيه نظر، ينشأ: من أن حقه متوقف على اليمين، و بدونه يلزم الضرر بضياعه، فيجوز له إثباته باليمين.

و يضعف: بأن التوصل الى حقه إنما يسوغ حيث تكون الوسيله جائزه شرعا، أما العدم فلا. و الفرق بين هذه و ما قبلها: أن استحقاق المطالبه غير متوقف، بخلاف اليمين، و من أن يمين شخص لإثبات مال غيره، مما أجمع على عدم شرعيتها، و الأصح العدم.

قوله: (فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال فى الحال لحق المرتهن،

و إلا فلا..

فإن انفك ظهر صحه العفو، و إلا فلا).

المراد ب(المال): ما أوجبه الجنايه، أو الإتلاف. و وجه القرب فى الأول: أن حق المرتهن متعلق بالعين و أرشها و بدلها، و تصرفات الراهن، مما ينافى ذلك، ممنوع منها، فلا يكون العفو مسقطا لحق المرتهن، و هو الأصح.

و يحتمل ضعيفا عدم، لأن العفو لا يقع باطلا عند المصنف - كما سنذكره - بل يقع مراعى، ثم يظهر نفوذه عند انفكاك الرهن، فإذا وقع العفو بما نفذ و لم يظهر لنا، لتوقف الانكشاف على الانفكاك و عدمه، فكيف يؤخذ حق ربما لم يكن ثابتا؟ و ليس بشىء، لأن ثبوت حق الراهن مقطوع به، فكيف يترك لأمر محتمل.

و وجه القرب فى الثانى: أن فيه جمعا بين الحقين، و لأنه لا مانع إلا حق المرتهن، فإذا انفك زال المانع. و يضعف بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجانى إلى الآن، ليجمع بينه و بين حق المرتهن. و مانع حق المرتهن على صحه العفو يقتضى بطلانه وقت إنشائه، فكيف ينكشف بعد صحته فى حال وجود المانع؟ قال الشارح: و التحقيق أن الأمور العدميه لا توصف بأنها موقوفه، بل تكون مراعاة، و ما يدل على صحتها كاشف، و الكاشف هو دليل على سبق العله المؤثره التامه. و أما الموقوف عليه فهو من تمام العله، أعنى عله الصحه أو اللزوم، و لهذا قال المصنف: (ظهر صحه العفو) (1).

هذا كلامه، و أراد به بيان الفرق بين ما يمكن وقوعه موقوفا، و ما يمتنع فيه ذلك، فنبه على أن ما كان عدما - أى: المراد منه عدم - لا يوصف بكونه موقوفا، و العفو عدمى، لأن المقصود منه الإسقاط، و هو إعدام ما فى الذمه، فيكون مراعى، بمعنى أن انكشاف حاله يظهر بعد بزوال المانع من بقاءه، بخلاف الموقوف الذى بقى من عله التامه جزء لم يتحقق بعد.

ص: ١٤٥

و لو أبرأ المرتهن لم يصح، و الأقرب بقاء حقه، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه، كما لو وهب الرهن من غيره.

و لو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن.

و هذا الذى ذكره تفسير لمعنى المراعى و الموقوف، و ليس فيه ما يدل على أنه كذلك. لكن يشكل الحكم الذى ذكره، بان العفو إما أن يكون سببا تاما، أو لا، فان كان الأول لزم: إما تأثيره مع وجود المانع، أو بطلانه. و إن كان الثانى لزم كونه موقوفا.

و مثل هذا يأتى فيما لو أعتق الراهن، إلا- أن يفزق بأن عنايه الشارع بالفك من الرق- فكان مبنيا على التغليب- أخرجته عن ذلك، فيبقى الحكم هنا- الذى يدل عليه الدليل- هو البطلان، لوجود حق المرتهن المنافى لوقوع العفو.

و نقل الشارح عن المصنف وجها ثالثا غريبا، و هو صحة العفو و نفوذه، و مع عدم الفك يضمن الراهن، لأن مال الجانى ذهب فى قضاء دينه (1)، و لا يخفى ما فيه.

قوله: (و لو أبرأ المرتهن لم يصح).

أى: لو أبرأ الجانى، و وجهه ظاهر، فإنه غير مالك لأرش الجنايه.

قوله: (و الأقرب بقاء حقه، فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه).

هذا بيان وجه القرب، و توضيحه: أن الإبراء يضمن سقوط حقه، لامتناع بقاء حقه مع صحة الإبراء، فحيث وقع المتضمن فاسدا، فما فى ضمنه أيضا كذلك، إذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء متبوعه.

و إطلاق التضمن هنا بالمجاز و التوسع، لأن سقوط حقه لازم لصحة الإبراء، إلا أن يحمل الإبراء على إبرائه مما فى ذمته. و يحتمل ضعيفا السقوط، لأن الإبراء إذا اقتضى أمرين، و امتنع صحه أحدهما لمانع يصح الآخر اقتصارا بالبطلان على موضعه، و مثله ما إذا وهب الراهن الرهن من غيره.

ص: ١٤٦

١-١) إيضاح الفوائد ٢:٤٠.

و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال،أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين،و على كل جزء منه. و لو رهن عدين فكل منهما رهن بالجميع،إلا أن يتعدد العقد و الصفقه،أو مستحق الدين،أو المستحق عليه. قوله: (و لو أدى بعض الدين بقى كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال،أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين،و على كل جزء منه).

منشأ الإشكال:من أن رهن المجموع بالمجموع يقتضى مقابله الأجزاء بالأجزاء،إذ لا يظهر من مقابله الجملة بالجملة مقابله الجملة بالأجزاء،و من أن التقييد يقتضى أنه إذا تلف جزء من المرهون لا يبقى الباقي رهنا،إلا على جزء يقتضيه الحساب،و هو باطل قطعاً.

و وجه القرب:أنه مع عدم الشرط لا مقتضى لرهن المجموع بالأجزاء، فينتفى بدون الشرط.

و اعلم أنه قد يتوهم عدم إفتاء المصنف، نظراً الى أن المذكور فى كلامه هو الحكم مع الاشتراط.و لا نزاع فيه،لأن النزاع مع عدم الشرط،و ليس كذلك،لأن الأقرب يقتضى الفتوى،إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط،إنما يتطرق بدونه.

قوله: (و لو رهن عدين فكل منهما رهن بالجميع).

هذا أما بناء على أنه مع الإطلاق يثبت رهن الجميع بالأجزاء،أو على اشتراط ذلك.

قوله: (إلا أن يتعدد العقد و الصفقه،أو مستحق الدين،أو المستحق عليه).

الظاهر أن المراد بالصفقه هنا:الدين المرهون به،و كذلك فى البيع فى

و لا اعتبار بتعدد الوكيل، و لا المالك فى المرهون المستعار من شخصين. و لو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال، أما لو تعلق الدين بالتركة، فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته، إذ لا رهن حقيقى هنا. قولهم: تبعضت الصفقة. و إنما عطف الصفقة بالواو، لأن تعدد العقد مع اتحاد العوض المرهون به لا يقتضى أن لا يكون كل من الرهنيين رهنا بذلك الدين، بخلاف مستحق الدين، و المستحق عليه، لأن تعددهما مخل بذلك. لكن فيه مناقشه، لأن تعدد العقد و اتحاده لا أثر له مع تعدد الصفقة، و ظاهر العطف ب(الواو) يشعر باعتبارهما، إلا أن يقال: إنما يراد من ذلك رفع العناد.

قوله: (و لا اعتبار بتعدد الوكيل و لا المالك فى المرهون المستعار من شخصين).

لأن الوكيل و إن تعدد يده يد الموكل، و كذا لو تعدد المعير مع اتحاد الراهن، لأن الانتفاع بالعين المستعاره فى جعلها رهنا حق للراهن.

قوله: (و لو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال).

أى: لو دفع أحد وارثى الراهن نصيبه من الدين، و هذا الاشكال بعد الفتوى المتقدمه- بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء، و بدونه على ما يقتضيه التقسيط- لا وجه له، إذ مع الاشتراط لا ينفك قطاعا، و بدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك.

قوله: (أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكاك حصته، إذ لا رهن حقيقى هنا).

و تعلق الدين بالتركة أضعف من تعلق الدين بالرهن، و لهذا يمنع الراهن من التصرف، بخلاف الوارث. و يحتمل ضعيفا العدم، إذ لا إرث إلا بعد وفاء الدين.

و إذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك، سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل و الموزون، أو لا- كالعييد. و إذا قال المالك: بع الرهن لى و استوف الثمن لى، ثم اقبضه لنفسك فالأقرب صحه الجميع، لكن لا يكفى فى الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك، بل لا بد من وزن جديد أو كيل، لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضى الأمر بتجديد فعل. قوله: (و إذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون، فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك، سواء كان مما يقاسم بالأجزاء كالمكيل و الموزون، أو لا كالعبد).

لأن حق المرتهن تعلق بملك الراهن فقط، و تمييز ملكه عن ملك شريكه إنما يكون برضاها، و لا دخل للمرتهن فى ذلك، لأن استيثاقه بملك الراهن كما قلناه. لكن لو لزم من القسمة نقصان، و رضى به الشريك كان توقف على رضى المرتهن.

قوله: (و لو قال المالك: بع الرهن لى، و استوف الثمن لى، ثم اقبضه لنفسك، فالأقرب صحه الجميع).

وجه القرب: جواز كل منهما مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع، إذ لا مانع. و يحتمل المنع، نظرا الى أن تولى طرفى القبض لا يصح من شخص واحد، و هو ضعيف.

قوله: (لكن لا يكفى فى الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك، بل لا بد من وزن جديد، أو كيل، لأن قوله: ثم استوف لنفسك يقتضى الأمر بتجديد فعل).

كذا علل فى التذكرة أيضا (١)، و فيه نظر، للمنع من كون الإذن فى

ص: ١٤٩

و لو قال:بعه لى و اقبضه لنفسك صح البيع دون القبض،لأنه لم يصح قبض الراهن،لكن ما قبضه يكون مضمونا عليه،فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح فى الضمان. و لو قال:بعه لنفسك بطل الإذن،لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه.

و لو قال:بع مطلقا صح. الاستيفاء أمرا بتجديد فعل.و لو سلم،فإثبات اليد فى كل زمان متجدد فعل جديد.و لو سلم أنه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل فى المكيل، و الوزن فى الموزون.

قوله: (و لو قال:بعه لى و اقبضه لنفسك صح البيع دون القبض،لأنه لم يصح قبض الراهن).

و قبض المرتهن فرعه،و لقائل أن يقول:إن قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع،و لا- لملك الثمن،فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن،و أداء الدين بما يملكه الراهن صحيح.

قوله: (لكن ما قبضه يكون مضمونا عليه،فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح فى الضمان).

لأنه إذا قبضه على أنه لنفسه[اقتضى ملكه إياه،فإذا تلف يكون من ماله.و هذا القدر هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح،فإذا قبضه لنفسه][[١](#)]و كان القبض فاسدا اقتضى الضمان،لكونه قصد دخوله فى ملكه المستلزم أنه إذا تلف يكون منه.

قوله: (و لو قال:بع مطلقا صح).

تنزيلا للمطلق على وجه يصح.

ص: ١٥٠

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «م».

الفصل السابع: فى التنازع:

لو اختلفا فى عقد الرهن قَدّم قول الراهن مع يمينه. و لو ادعى دخول النخل فى رهن الأرض قَدّم قول الراهن فى إنكار الدخول و الوجود عند الرهن، فإن كَذَبه الحس و أصر جعل ناكلا، وردت اليمين على المرتهن، قوله: (لو اختلفا فى عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه).

أى: لو اختلفا فى وقوع العقد و عدمه، لأن الاختلاف فى أحواله سيأتى، و لا يطرد فيها تقديم قول الراهن بيمينه.

قوله: (فلو ادعى دخول النخل فى رهن الأرض قدم قول الراهن فى إنكار الدخول و الوجود عند الرهن).

أى: لو ادعى المرتهن دخول النخل فى عقد الرهن الجارى على الأرض، فإن أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه. و كذا لو أنكر وجود النخل فى وقت رهن الأرض، فإن ذلك كاف فى الجواب، لاستلزامه نفي رهنه، و تقديم قوله بيمينه.

قوله: (فإن كَذَبه الحس و أصر جعل ناكلا، وردت اليمين على المرتهن).

أى: فإن كَذَب الحس الراهن فى إنكاره وجود النخل عند رهن الأرض، بأن كان النخل مقطوعا بوجوده حينئذ لم يكن جوابه عن الدعوى بإنكار وجوده حينئذ كافيا فى الجواب، لكونه كذبا، فلا بد من أن يجيب عن الدعوى بدخول النخل فى الرهن -بجواب صحيح من إقرار و إنكار.

فإن أصر على الجواب بعدم الوجود، بعد مطالبه الحاكم له بالجواب الصحيح جعله ناكلا، ورد اليمين على المرتهن، فيحلف على الدخول. و فى حواشى الشهيد احتمال عدم اليمين، لظهور كذب الراهن. و ليس بشىء، لأن اليمين

و إن عدل الى نفى الرهن حلف. و لو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر، ما لم يجر نفعا بأن يشهد بالرهن على الدين، و على كل جزء منه. لثبوت رهن النخل، و لا- يلزم من الكذب فى عدم الوجود الكذب فى عدم الدخول.

و لا يخفى، أنه لو كذب الحس دعوى المرتهن الدخول، بان قطع بعدم وجوده وقت الرهن انتفت دعواه، و لا حاجة الى اليمين. قوله: (و إن عدل إلى نفى الرهن حلف).

أى: و إن عدل الراهن عن الجواب- بإنكار الوجود عند ظهور تكذيب الحس إياه- إلى نفى رهن النخل كان جوابا صحيحا، فيحلف عليه، و هذا عدل قوله: (فإن أصر).

و إنما يصح جوابه هذا و يمينه إذا لم يسبق منه ما ينافيه، فان سبق ما ينافيه كأن أقر بأنه رهنه الأرض و ما دار عليه حائظها مثلا فإنه لا يحلف حينئذ، لدخول النخل حينئذ بمقتضى القطع بوجوده وقت العقد.

قوله: (و لو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعا، بان يشهد بالرهن على الدين، و على كل جزء منه).

وجه جر النفع بذلك، أنه مع كون الرهن كذلك يصير ما لكل منهما رهنا لكل جزء من أجزاء الدين، فيكون سهم الآخر من العبد رهنا بما عليه من الدين، إن كان رهنا بدين فى ذمته، و وثيقه بما على حصته من العبد رهن بها من الدين، و ذلك نفع و رفق.

و لا ينحصر جر النفع فيما ذكره، فالأولى أن يعبر بعبارته لا تقتضى الحصر، فيقول: كأن، و نحوه، و مع عدم جر النفع تقبل الشهادة مع العدالة و باقى الشروط، إذ لا مانع، كأن تكون دعواه: أن كل حصته مرهونه بدين،

و لو كذّبه كل منهما عن نصيبه، و شهد على شريكه لم تقبل شهادتهما، لزعمه أنهما كاذبان، إلا أن نقول: الصغيره لا تطعن في العدالة و الكذب منها. و لو ادعى على واحد رهن عبده عندهما، فصّدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق، فلو شهد للآخر فإشكال ينشأ: من تشارك و لا يقترن بها جر النفع.

قوله: (و لو كذّبه كل منهما عن نصيبه، و شهد على شريكه لم تقبل شهادتهما، لزعمه أنهما كاذبان، إلا أن نقول: الصغيره لا تطعن في العدالة، و الكذب منها (1)).

لا ريب أن الصغيره لا تقدح في العدالة، و المصنف يقول بذلك، و إن كانت عبارته هنا قد توهم خلاف ذلك، فإن ما توهمه غير مراد. و أما الكذب، فإن كان على الله، أو على رسوله، أو على الأئمة عليه و عليهم السلام فهو من الكبائر، و ما عداه فهو من الصغائر ينبغي أن لا يقدر في العدالة منه إلا ما أخرج عن المروءه، و اذن بالخسه.

إذا عرفت هذا فنقول: لو سلم أن الكذب قاذح في العدالة لم يكن هنا مانعا من قبول الشهاده، لأن المانع من ذلك على هذا التقدير هو تعمد الكذب، و لم لا يجوز أن يكون هذا الإنكار-الذي يزعمه أنه كذب-نشأ عن نسيان، أو غلط، و نحو ذلك، و حينئذ فلا يلزم ما ذكره، و من هذا يعلم أن من أقر بفسق شاهده لا تقبل شهادته له.

قوله: (و لو ادعى على واحد رهن عبده عندهما، فصّدق أحدهما خاصة، فنصفه مرهون عند المصدق).

المصدق مفتوح الدال بصيغته اسم المفعول.

قوله: (فلو شهد للآخر، فإشكال ينشأ: من تشارك الشريكين

ص: ١٥٣

١- ١) في نسخه جامع المقاصد: و الكذب ليس منها، و ما أثبتناه من نسخه القواعد، و هو الصحيح.

الشريكين المدعين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا فإن قلنا بالتشريك لم يقبل، وإلا قبلت. و لو اختلفا في متاع فادعى أحدهما انه رهن، و قال المالك:

وديعه قَدَم قول المالك مع اليمين على رأى. المدعين حقا، فيما يصدق الغريم أحدهما عليه، أو لا، فإن قلنا بالتشريك لم تقبل، و إلا قبلت).

محصل الكلام: أن منشأ الاشكال: التردد في أن تصديق الغريم لأحد الشريكين في شىء ادعيه عليه هل يقتضى أصل الشركه- اشتراكهما في المصدق عليه- أم لا؟ يدل على ذلك قوله: (فإن قلنا).

و إنما لم يقبل على تقدير القول بالتشارك، لأن الشاهد يدفع عن نفسه حينئذ مشاركته فيما أقر به المدعى عليه.

و التحقيق أن نقول: إن كان سبب الاستحقاق موجبا للتشريك، ككون الدين المرهون به مستحقا لهما بالإرث بتصادقهما، أو الرهن منتقل إليهما بالإرث، أو الدين من مال اشتركا فيه، و نحو ذلك فلا إشكال في مشاركه الآخر للمصدق، و عدم قبول الشهاده. و إن لم يكن ثم ما يقتضى التشريك في الدين، و لا في الرهن فلا إشكال في عدم المشاركه، و انتفاء المانع من قبول شهادته، و سيأتى في الصلح ما يوافق ذلك.

قوله: (و لو اختلفا في متاع، فادعى أحدهما أنه رهن، و قال المالك: وديعه قَدَم قول المالك على رأى).

هذا رأى هو الأصح، لأن اليمين على من أنكر. و جماعه على أن المصدق المدعى إذا ادعى رهنه بمقدار قيمه المتاع، تعويلا على روايه (1) فيها ضعف، و عملا بقول ذى اليد، و ضعفه ظاهر.

ص: ١٥٤

١- (١) الكافي ٥: ٢٣٨ حديث ٤، [١] الفقيه ٣: ١٩٥ حديث ٨٨٨، التهذيب ٧: ١٧٦ حديث ٧٧٦، الاستبصار ٣: ١٢٢ حديث ٤٣٦.

و لو قال:الرهن هو العبد،فقال:بل الجاربه بطل رهن ما ينكره المرتهن،و حلف الراهن على الآخر و خلاصا عن الرهن.

أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن،فقال المشتري:

بل الجاربه احتمال تقديم قول الراهن و هو الأقوى،و التحالف،و فسخ البيع. قوله: (و لو قال:الرهن العبد،فقال:بل الجاربه بطل رهن ما ينكره المرتهن.).

إنما كان كذلك،لأن الرهن المحض حق المرتهن،و هو جائز من طرفه، فإذا نفى رهن العبد انتفى عنه،و لم يحتج الى اليمين،فيبقى اليمين على الراهن،لنفي ما يدعى به من رهن الجاربه.

قوله: (أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن،فقال المشتري:بل الجاربه احتمال تقديم قول الراهن-و هو الأقوى-و التحالف، و فسخ البيع).

وجه الأول:أن إنكار اشتراط الجاربه،و إنكار استحقاقه من المرتهن كاف في نفي استحقاقه،فيبقى النزاع في اشتراط رهن العبد،و القول قول الراهن فيه،لأنه منكر.

و يضعف:بأن إنكار اشتراط رهن الجاربه يقتضى انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذى يدعيه الراهن،و هو-للزومه من الجانبين- لازم للمرتهن على تقدير وقوعه،فكيف ينتفى بمجرد الإنكار،و يسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به؟ و وجه التحالف:أن اختلاف الشرط على الثمن من جمله مكملات الثمن، فكل واحد يدعى ثمنا،كما لو قال:بعتك بهذا العبد،فقال:بل بهذه الجاربه.

و ليس هذا كما لو قال:بعتك بمائه و خمسين،فقال:بل بمائه، لاتفاقهما على قدر متفق الأوصاف،و اختلافهما في ثبوت الزائد و نفيه،فان منكر الزائد قد يقال هو

و لو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو و الجاربه قدّم قول الراهن. و لو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدّق مع اليمين دون صاحبه، أما لو أنكر الغريم القبض قدّم قوله. و لا- فرق بين الاختلاف في مجرد النيه، أو في اللفظ. المنكر، بخلاف ما هنا، و هذا قوى متين. و على ما قوّاه المصنف يحتمل بقاء عقد البيع بعد انتفاء شرط كل من العبد و الجاربه، أحدهما بنفى المرتهن، و الآخر باليمين. و فيه بعد، لا تفاهما على وقوع عقد مع شرط.

و يحتمل الفسخ، لفوات الشرط. و يبعد، لأن ثبوت الفسخ في عقد لازم بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجاربه، مما ينافي وجوب الوفاء بالعقد، الذي لم يدل الدليل على ثبوت التسلط على الفسخ.

قوله: (و لو قال: رهنت العبد، فقال: بل هو و الجاربه قدم قول الراهن).

لإنكاره رهن الجاربه، و لا بد من اليمين.

قوله: (و لو قال: دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه).

لأن ذلك مستند الى نيته، و هو أعرف بها، و لا طريق الى العلم بها إلا من قبله. و لو قال المرتهن: انه كان قد أقر لي، بأنه إنما دفع عن الدين الآخر فالقول قوله باليمين أيضا.

قوله: (أما لو أنكر الغريم القبض قدّم قوله).

من هذا يعلم: أن المسألة الأولى حيث يتصادقان على القبض، و يختلفان في تعيين المقبوض عنه، فاما مع الاختلاف فيه فان القول قول منكره.

قوله: (و لا فرق بين الاختلاف في مجرد النيه أو في اللفظ).

فلو قال الدافع: نويت الدين الفلاني، و قال الآخر: بل نويت الفلاني فله إحلافه، و إن كانت النيه أمرا قلبيا لا يطلع عليه إلا من قبله، لأن الأمر

و لو قال: لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع، و أن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت. و كذا نظائره، كما لو تباع
مشركان درهما بدرهمين، و سلم مشترى الدرهم درهما ثم أسلما، فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل، و إن قصد عن
الأصل فلا شيء عليه، و إن قصدهما وزع و سقط ما بقى من الفضل، و إن لم يقصد فالوجهان. الخفى تسمع الدعوى فيه بمجرد
التهمة على الأصح، و يترتب عليها اليمين و لا ترد.

و ستأتى هذه الأحكام كلها ان شاء الله فى كتاب القضاء، و كلام المصنف هنا منزل على ذلك.

و أما الاختلاف فى اللفظ فظاهر، كما لو قال: دفعته قائلًا إنه عن الفلانى، أو أقررت بذلك فأنكر، و قال: إنى قلت إنه عن الفلانى، و
يقدم قوله بيمينه، لأنه منكر.

قوله: (و لو قال: لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع، و أن يقال له: اصرف الأداء الآن الى ما شئت).

وجه الأول: أن القابض يملكه بالأخذ قطعًا، لوجود المقتضى و هو الاستحقاق، و انتفاء المانع، فلا بد أن يسقط من الذمه من الدينين
ما يقابله، و لا ترجيح لأحد الجانبين، فتعين التوزيع، و هو الأقوى.

و وجه الثانى: انتفاء النية حال الدفع فليتداركها الآن، لأن المرجع فى ذلك الى اختياره، و حيث لم يسبق له اختيار شيء، فليتخير
متى شاء، و يدفعه اقتضاء ملك القابض للمقبوض وقوعه عن شيء.

قوله: (و كذا نظائره، كما لو تباع مشركان درهما بدرهمين، و سلم مشترى الدرهم درهما ثم أسلما- إلى قوله: -و إن لم يقصد
فالوجهان).

إنما فرض المسألة فى المشركين، لأنهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا فى حقهما، أو الجواز الذى لا يتطرق
إليه المنع. و تقريره معلوم

و لو كان لزيد عليه مائه، و لعمر و مثلها، و وكلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد أو لعمر و فذاك، و إلا فالوجهان. و لو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنيه الدافع، و يحتمل القابض، و لو فقدت فالوجهان. مما سبق، و الأصح التوزيع هنا أيضا.

قوله: (و لو كان لزيد عليه مائه، و لعمر و مثلها و وكلا من يقبض لهما، و دفع المديون لزيد أو لعمر و فذاك، و إلا فالوجهان).

أى: و إن لم يكن كذلك، بأن لم يدفع لواحد منهما بعينه بدليل (أو) فالوجهان السابقان يأتیان هنا، و الأصح التوزيع. و فى العبارة مناقشه لطيفه، و هو أن موضع الوجهين ما إذا دفع و لم ينو شيئا، لا ما إذا لم ينو واحدا بعينه، إذ لو نواهما لم يطرد مجيء الوجهين فيه.

قوله: (و لو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنيه الدافع، و يحتمل القابض، و لو فقدت فالوجهان).

الأخذ من المماطل يقتضى أن يكون الدافع هو المماطل، فلا يرد عليه ما لو أخذ الحاكم و دفع، حيث أن الوجهين لا يأتیان، لأن نيه الحاكم قائمه مقام نيه المديون.

فإذا نوى الدافع - هو المماطل - أحد الدينين، و نوى القابض الآخر ففيه احتمالان: ترجيح نيه الدافع، لأن الاعتبار إنما هو بنيته. و ترجيح نيه القابض، لأن الأخذ قهرا صيرها غير معتبره، كما فى الزكاه إذا أخذت قهرا. و ليس بشيء، إذ القهر إن استمر الى حصول الدفع فلا نيه للدافع أصلا، ليعتبر ترجيحها و عدمه.

و إن حصلت النيه عنده لم يكن الدفع قهرا، لأن المقهور المجبر لا يكون مريدا و لا ناويا، بل صدور النيه منه، مع كون الأخذ منه قهرا مما لا يجتمعان.

و قوله: (و لو فقدت) يريد به ما لو فقدت نيه كل منهما، إذ لو وجدت النيه من القابض فقط، فرجحان اعتبارها عنده ظاهر، و مع فقدتها فأصح الوجهين

و لو كان التداعى فى الإبراء قَدَم قول المرتهن، و يقَدَم قول الراهن فى عدم الرد مع اليمين، و فى قدر الدين على رأى، و فى أن الرهن على نصف الدين لا كله، و على المؤجل منه لا التوزيع، كما فى باقى النظائر.

و اعلم أن الشارح ولد المصنف زعم أن مجيء الوجهين احتمال ثالث فى مسأله الأخذ من المماطل قهراً، التى هى موضع الوجهين الأولين (1). و هو قريب، لأن موضع الوجهين مسأله أخرى، و هو ما إذا فقدت النيه من كل منهما، و هنا لا- يجيء (2) الاحتمالان الأولان.

قوله: (و لو كان التداعى فى الإبراء قَدَم قول المرتهن).

لأنه منكر، و الأصل بقاء الدين.

قوله: (و يقدم قول الراهن فى عدم الرد مع اليمين).

أى: فى عدم رد الرهن إليه، لأن الأصل عدمه، و اليمين على من أنكر، و فرق بينه و بين المستودع و الوكيل، لأن كلا منهما قبض لمصلحه مالك العين، و المرتهن قبض لمصلحته.

قوله: (و فى قدر الدين على رأى).

لأنه منكر للزائد، و الأصل عدمه. و قال ابن الجنيدي: يقدم قول المرتهن ما لم ترد دعواه عن قيمه الرهن (3)، تعويلاً على روايه (4) فيها ضعف، مع مخالفتها لظاهر المتواتر.

قوله: (و فى أن الرهن على نصف الدين لا كله).

لأن الراهن ينكر وقوع الرهن على الزائد على النصف.

قوله: (و على المؤجل منه، لا الحال).

ص: ١٥٩

١- ١) إيضاح الفوائد ٢:٤٥.

٢- ٢) فى «م»: يجيء.

٣- ٣) نقله عنه فى إيضاح الفوائد ٢:٤٥.

٤- ٤) التهذيب ٧:١٧٥ حديث ٧٧٤.

الحال، و قول المرتهن فى عدم التفريط و القيمه، و فى ان رجوعه عن اذنه للراهن فى البيع قبله ترجيحاً للوثيقه، و لأن الأصل عدم بيع الراهن فى الوقت الذى يدعيه، و عدم رجوع المرتهن فى الوقت الذى يدعيه، فيتعارضان و يبقى الأصل استمرار الرهن. و يحتمل تقديم قول الراهن عملاً بصحة العقد. أى: و يقدم قول الراهن فى أن الرهن على الدين المؤجل، لا الحال.

و كذا العكس، لأن ما أنكر المرتهن الرهن به يندفع بإنكاره، و عليه فى دفع الآخر اليمين، لكونه منكرًا. و ظاهر العبارة يقتضى ثبوت الرهن بالدين المخالف، لما يحلف الراهن على نفى كون الرهن به، و ليس كذلك. و فى حواشى الشهيد:

احتمال التحالف هنا، و ليس بشيء كما لا يخفى، لاندفاع ما ينكره المرتهن بمجرد إنكاره.

نعم، لو اختلفا فى المشترط منهما فى عقد البيع جاء احتمال التحالف هنا، و يتجه كونه الأقوى.

قوله: (و قول المرتهن فى عدم التفريط و القيمه).

لكونه منكرًا فى كل من المسألتين، إذ الأصل عدم تفريطه، و الأصل عدم ما يدعيه الراهن عليه من زياده القيمه، حيث لزمته بتعد و تفريط.

قوله: (و فى أن رجوعه عن إذنه للراهن فى البيع قبله ترجيحاً للوثيقه، و لأن الأصل عدم بيع الراهن فى الوقت الذى يدعيه، و عدم رجوع المرتهن فى الوقت الذى يدعيه فيتعارضان، و يبقى الأصل استمرار الرهن. و يحتمل تقديم قول الراهن، عملاً بصحة العقد).

ما افتى به هنا هو مختاره فى التحرير (١) و الإرشاد، و هو مذهب الشيخ (٢)، و أكثر المتأخرين (٣). و فى التذكرة حكاه عن الشيخ، و لم يفت

ص: ١٦٠

١-١) التحرير: ٢٠٨.

٢-٢) المبسوط ٢: ٢١٠.

٣-٣) منهم: الشهيد فى الدروس: ٤٠٥.

بشيء (١).

و احتج المصنف على ما أفتى به بوجهين: الثاني منهما ذكره الشيخ (٢) و الجماعة (٣)، و الأول لا يكاد يغيره.

الأول: ترجيح جانب الوثيقه عملا بالاستصحاب.

الثاني: أن كلا من دعوى الراهن و المرتهن قد استندت إلى أصل فيتكافئان، و تبقى أصاله استمرار الرهن بغير معارض.

أما الأول: فلأن الراهن يدعى صدور البيع على وجه مخصوص، و هو قبل رجوع المرتهن، و الأصل عدمه، لأن الأصل في كل أمر ممكن العدم حتى يعلم وجوده، و المرتهن يدعى صدور الرجوع منه، على وجه مخصوص أيضا، و هو قبل صدور البيع، و الأصل عدمه أيضا، فوقع التعارض.

و أما الثاني: فلأن المرجح ما ذكر، و فيه نظر من وجوه:

أ: إن الأصل و إن كان عدم صدور البيع على الوجه الذى يدعيه الراهن، إلا أنه لا يتمسك به الآن، لحصول الناقل عنه، و هو صدور البيع مستجمعا لجميع ما يعتبر فيه شرعا، و ليس هناك ما يخل بصحته، إلا كون الرجوع قبله.

و يكفى فيه عدم صدور العلم بوقوعه كذلك، و الاستناد إلى أن الأصل بقاء الاذن السابق، لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضى، و إلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعيه، إذ لا يقطع بنفى موانع تأثيرها بحسب الواقع، و هو معلوم البطلان، فان من صلى مراعيًا للأفعال و الشروط، يكفيه لصحة صلاته الاستناد إلى أصاله عدم طرؤ النجاسه المانعه من الصحة على ثوبه أو بدنه الطاهرين، و إن لم يعلم انتفاءها بحسب الواقع قطعًا، هذا مع اعتضاده بأن الأصل فى البيع الصحة و اللزوم. و حيث تحقق الناقل عن الأصل امتنع

ص: ١٦١

١- (١) التذكرة ٢:٤٥.

٢- (٢) المبسوط ٢:٢١٠.

٣- (٣) منهم: المحقق فى الشرائع ٢:٨٥، و الشهيد فى الدروس: ٤٠٥.

التمسك به، و خرج عن كونه حجه، فان أصل الطهاره فى الماء- بعد ثبوت المقتضى للتنجيس مثلا- لا يتمسك به، و حينئذ فينتفى حكم كل من الأصلين اللذين ذكرهما.

ب: إن ما ذكره من الاستدلال، إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصلين المذكورين مع الانحصار فيهما، و فى الأصل الثالث الذى ذكره. و ليس كذلك، فان لنا أصلا آخر من هذا الجانب أيضا، و هو أن الأصل فى البيع الصحه و اللزوم، و وجوب الوفاء بالعقد.

ج: إن ما ذكره من الاستدلال على إطلاقه يجرى على ما إذا أطلقا الدعوى و لم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع، و ما إذا عينا لأحدهما وقتا و اختلفا فى الآخر. و ليس بجيد، فإنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعه، و اختلفا فى تقدم الرجوع عليه و عدمه، الأصل عدم التقدم.

و ينعكس الحكم لو اتفقا على وقت الرجوع، و اختلفا فى تقدم البيع عليه، فيحصل على هذا التقدير أصل آخر، و قد نبه على ذلك فى الدروس (١).

و اعلم أن المصنف فى التذكرة حكى عن بعض العامه تفصيلا، و هو: أنه لو قال الراهن أو لا: تصرفت بإذنك، ثم قال المرتهن: كنت قبله فالحقول قول الراهن بيمينه. و إن قال المرتهن أو لا: رجعت عما أذنت، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك فالحقول قول المرتهن بيمينه، لأن الراهن حين ما أخبر لم يكن قادرا على الإنشاء (٢).

قلت: و يقرب منه ما لو تصادقا على صدور البيع، ثم اختلفا فى حال الرجوع، أو تصادقا على صدور الرجوع، ثم اختلفا فى حال البيع أخذ بالإقرار السابق.

ص: ١٦٢

١- (١) الدروس: ٤٠٥.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٤٥، و [١] ذهب الى هذا القول الشافعى كما فى المغنى لابن قدامه ٤: ٤٨٨.

و لو ادعى الراهن الغلط فى إقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا- على كتاب و كيله فخرج مزورا، أو قال: أقبضته بالقول و ظننت الاكتفاء قدّم قول المرتهن مع اليمين. و كذا لو قال: تعمدت الكذب إقامه لرسم القبالة. أما لو أقر فى مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت إليه، و كذا لو شهدت البيه بمشاهده القبض.

إذا تقرر هذا، علم أن مذهب الأصحاب تقديم قول المرتهن، فينبغى الوقوف معه، و ان كان الدليل يقتضى خلافه.

قوله: (و لو ادعى الراهن الغلط فى إقراره بقبض المرتهن، تعويلا- على كتاب و كيله فخرج مزورا، أو أقبضته بالقول، و ظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليمين).

و ذلك، لأن الأصل فى الإقرار الصحة، و مطابقه الواقع. و اعلم أن فى قول المصنف: (أو أقبضته) حذفاً، تقديره: أو قال: أقبضته، و نحو ذلك. و معنى أقبضته بالقول: قلت له: أقبضتك، و نحوه من القول الذى ليس قبضا، ظنا منه الاكتفاء به.

قوله: (و كذا لو قال: تعمدت الكذب إقامه لرسم القبالة).

القبالة، فيما نسمعه، بفتح القاف: الوثيقه، و المعنى إنى أردت إقامه رسم القبالة، و هى وثيقه الرهن، أى: كتبها، و الشهاده بها، و لما لم يتم من دون الإقرار بالقبض أقررت به، و لم يكن فى الواقع قبض، فان المرتهن يحلف لا الراهن، لاعتضاد المرتهن بالأصل، و مثل ذلك يجرى كثيرا فى العاده.

قوله: (أما لو أقر فى مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه).

لأن الإقرار فى مجالس الحكام بعد توجه الدعوى، و طلب الجواب مما لم تجر العاده بالمسامحه فيه، و المجازفه و العقل يقتضى أن المدعى عليه لا يقر الآن إلا بما أقدم على المؤاخذه به و الإلزام بمقتضاه، فلا يجيب إلا بما هو محقق عنده، و لو لا

و لو اعترف الجاني بالجنايه على الرهن،فصدّقه الراهن خاصه أخذ الأرش،و لم يتعلق به المرتهن.و لو صدقه المرتهن خاصه أخذ الأرش، و كان رهنا الى قضاء الدين،فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد،و لو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصه قدّم قول الراهن مع اليمين. ذلك لم يوثق بالأقارير الجاربه فى مجالس الحكام.

و احترز بقوله:(بعد توجه الدعوى)عما لو أقر فى مجلس القضاء،لا- مع توجه الدعوى،بل إقامه لرسم القباله مثلا،فان اليمين لا ينتفى عن المرتهن هنا.

قوله: (و لو اعترف الجاني بالجنايه على الرهن،فصدقه الراهن خاصه أخذ الأرش،و لم يتعلق به المرتهن).

أى:و لم يكن للمرتهن به علاقه حق،لتكذيبه بالجنايه المقتضى لنفى استحقاقه الاستيثاق.

قوله: (و لو صدّقه المرتهن خاصه أخذ الأرش و كان رهنا الى قضاء الدين،فإذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد).

قد يقال:أخذ المرتهن الأرش إنما يستقيم بناء على أن المرتهن يستحق إدامه اليد على الرهن،و قد عرفت سابقا ما فيه.إلا أن يقال:الحكم باليد هنا ثبت مطلقا،ضروره تعذر إذن الراهن هنا،لإنكاره الجنايه.و قوله:(و كان رهنا الى قضاء الدين.)لا محصل له،لأن كل رهن كذلك،و كأنه أراد بكونه رهنا:

مقتضاه السابق،و هو كونه فى يده الى حين قضاء الدين ثم هو مال ضائع،أى:

لا يعرف مالكه فيسلم الى الحاكم.و سيأتى ان شاء الله تعالى حكمه فى الإقرار، فيما لو كذب المقر له المقر فى إقراره.و قد يعلم من قوله:(فإذا قضى من مال آخر)أنه يجوز القضاء منه،و هو صحيح لانتفاء المانع.

قوله: (و لو جنى العبد،فاعترف المرتهن خاصه قدّم قول الراهن مع اليمين).

لأنه المالك،فلا يثبت حق الجنايه عليه بمجرد إقرار المرتهن.

و لو اعترف الراهن خاصه قَدَم قول المرتهن مع اليمين، فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن الراهن. و يحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه. قوله: (و لو اعترف الراهن خاصه قدم قول المرتهن مع اليمين).

لأن له حق الاستيثاق، فلا تثبت الجنايه المفضيه إلى سقوطه بمجرد إقرار الراهن.

قوله: (فان بيع في الدين فلا شيء للمقر له، ولا يضمن الراهن).

لعدم تقصيره، حيث انه أقر بالجنايه، ولا تعديه، إذ الفرض أن البيع ليس منه.

قوله: (و يحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه).

كبرى القياس محذوفه و هي: كلما كان كذلك فهو مضمون، و قد نقل الشارح الإجماع على حقيه الكبرى (1)، و مقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به و أن يتمكن من الفك. و وجهه ظاهر، فإن إقرار الراهن بالجنايه يقتضى استحقاق المجنى عليه الجاني لو لا حق المرتهن، فإذا قضى دين الراهن منه بأمره، أو بأمر الحاكم الجارى مجرى أمره كان عليه الضمان، و هذا قوى جدا.

لكن يرد عليه: أنه على تقدير وقوع الجنايه، فبيع العبد في الدين غير صحيح، إن كانت الجنايه عمدا، و يبقى استحقاق القصاص و الاسترقاق بحاله، لأن الاختيار فيه الى المجنى عليه، فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد.

نعم، لو كانت الجنايه خطأ، و بيع بأمر الراهن فان وجه الضمان هنا

ص: ١٤٥

و لو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، و غرم الراهن للمقر له للحيلولة. و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا- الراهن، ظاهر، لأن الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاما للفداء فيضمنه. و الظاهر أن أمر الحاكم بالبيع- لكونه لقضاء دين واجب عليه- منزل منزله أمره، فينبغي أن يلحظ ذلك، و هذا إذا كانت الجنايه بعد الرهن.

أما قبله فان عليه الضمان قطعاً، لأن تضييع حق المجنى عليه منه حيث رهن الجانى، و لم يخبر بالحال.

و اعلم أن فى عبارته المصنف مناقشه، فإنه لا معنى لقضاء الثمن فى الدين، لأن القضاء للدين لا للثمن، فكان حقه أن يقول: لقضاء دينه من ثمنه، فهو كلام مغلوب. و لعله ارتكبه لظهوره، كما فى قولهم: خرق الثوب المسمار، و هو فن من فنون كلامهم.

قوله: (و لو قال الراهن: أعتقته، أو غصبته، أو جنى على فلان قبل أن رهنت حلف المرتهن على نفي العلم، و غرم الراهن للمقر له للحيلولة).

أى: لو قال الراهن كنت أعتقته، أى: العبد المرهون، أو غصبته من فلان، أو جنى على فلان، و كان ذلك قبل الرهن، فأنكر المرتهن ذلك حلف على نفي العلم بما ادعاه.

و الخصومه كما تجرى بين المرتهن و المعتق، و المغصوب منه و المجنى عليه، فكذا تجرى بينه و بين الراهن، لأن تخلص نفسه من الإثم و الغرم أمر مطلوب، فإذا حلف اندفعت الدعوى، فيغرم الراهن حينئذ للمعتق، و للمغصوب منه، و للمجنى عليه الذين هم المقر لهم، لحيلولته بينهم و بين حقهم برهنه قبل الإقرار و إثبات السلطنة للمرتهن عليه ظاهراً.

قوله: (و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن).

أى: لو نكل المرتهن عن اليمين أحلف المقر له من الثلاثة المذكورين، لا

فبياع العبد فى الجنايه و الفاضل رهن، أو العبد فيعتق. و لو نكل المقر له احتمال الضمان لاعترافه بالحيلولة، و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره، و المرتهن بنكوله، الراهن على الأقرب، لأن الحق للمقر له، فإذا نكل المدعى عليه ردت اليمين على من له الحق.

و يحتمل إحلاف الراهن، لأن الخصومه معه، و خلاصه من الضمان أمر مطلوب. و الأصح الأول، لأن الحلف لإثبات مال الغير لا يجوز، و الخلاص من الضمان فرع ثبوته.

قوله: (فبياع العبد فى الجنايه، و الفاضل رهن، أو العبد فيعتق).

إذا حلف المقر له اليمين المردوده ثبت الحق، ففى الغصب يأخذ المغصوب من ماله و هو ظاهر، و لهذا لم يتعرض له المصنف. و فى الجنايه يباع العبد إن استوعبته، أو لم يمكن بيع ما تستدعيه الجنايه.

و الفاضل عنها من قيمه يكون رهنا، و إن أمكن بيع مقدار الجنايه فالباقي كما كان رهن. و فى العتق تنقطع السلطنه عن العبد المرهون، بثبوت عتقه و حريره. و اعلم أن نظم العبارة ليس بحسن، لأن العبد مقر له، فيندرج فى قوله:

(فالأقرب إحلاف المقر له).

فلا- يحسن قوله بعد: (أو العبد فيعتق) لأن ذلك تكرر بغير فائده، مع إبهامه عدم اندراجه فى قوله: (المقر له) و ليقراً قوله: (فيعتق) بفتح الياء و كسر التاء، أى: فيظهر عتقه، لأنه بإقراره معتق.

قوله: (و لو نكل المقر له احتمال الضمان، لاعترافه بالحيلولة، و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره، و المرتهن بنكوله).

و لو نكل المقر له عن اليمين احتمال ضمان المقر له، لاعترافه بالحيلولة الموجه لضمائه، فلا يسقط الغرم الواجب بسببهما بنكول المقر له. و يحتمل عدمه، لتقصير المقر له بنكوله عن اليمين، مع تمكين المقر إياه من اليمين بإقراره و المرتهن

و غرامته للبعد بفكه من الرهن عند الحلول، فإن تعذر و بيع و جب فكه بالقيمه مع البذل، و بالأزيد على اشكال. بنكوله. و ليس بشىء، لأن تقصيره فى إثبات حقه على المرتهن لا يسقط حقه عن الراهن.

و لا- محصل لقوله: (مع تمكين المقر بإقراره) فإن ردّ اليمين على المقر له لا- يتوقف على إقرار المقر. و كأنه أراد معنى آخر، و هو: أن المقر لم يقصّر فيما و جب عليه، حيث أقر بالصوره الواقعه، فلم تساعد العبارة.

و يرد عليه: أن عدم تقصيره لا- يسقط ما و جب بالعدوان السابق حيث رهنه، و لم يخبر بالواقع، على أن النكول عن اليمين لا يعد تقصيرا، فإن الفرار من الحلف أمر مطلوب مرغّب فيه فى الكتاب و السنه، و الحق أنه يضمن.

قوله: (و غرامته للبعد بفكه من الرهن عند الحلول).

أى: الغرامه للمجنى عليه و المغصوب منه للحيلولة حيث يجب معلوم، فلا يحتاج الى التعرض لبيانه. و أما الغرم للبعد الذى أقر بأنه معتق، فحيث أنه ليس على نهج الغرم فى الأولين تعرض لبيانه.

فغرامته له إنما تعقل بفكه من الرهن، إذ لا- يعقل أمر آخر مثل غرم القيمه له مثلا، إذ الحر لا- قيمه له. و قوله: (عند الحلول) مستدرك، بل مفسد، لأن فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده. و إن كان بعد الحلول قد صار متمكنا من إلزام المرتهن باستيفاء دينه، و فك الرهن، إلا أنه قبل الحلول لو امكنه ذلك، بإرضائه إياه و لو يبذل زياده و جب عليه.

قوله: (فان تعذر و بيع و جب فكه بالقيمه مع البذل، أو بالأزيد على اشكال).

لا شبهه فى وجوب الفك بالقيمه فما دون مع قدره على البذل، و إنما الإشكال مع عدم القبول إلا بزياده على القيمه.

و منشؤه: من أن بذل ما زاد على القيمه ضرر، فيكون منفيا، و من أن التخليص واجب، و لا يتم إلا بذلك فيجب، و هو الأصح، لأنه أدخل هذا

فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاهما المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالفوات، وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنايه. الضرر على نفسه برهن الحر، نعم لو أجحف بماله. (١).

قوله: (فإن أعتق فلا ضمان، إلا في المنافع التي استوفاهما المشتري لا غيرها، إذ منافع الحر لا تضمن بالفوات).

إذا أعتق هذا العبد المقر بحريته بسبب من الأسباب، فإن وجوب التخليص حينئذ يسقط عنه لحصوله بالعتق، ولا يجب على المقر ضمان شيء لأجله، سوى المنافع التي استوفاهما المشتري لتقومها، وكون الراهن سببا في تسلط المشتري على استيفائها، سواء استوفاهما بنفسه، أو بوكيله، أو بالإجاره، أو بالعاريه، ونحو ذلك، والمباشر ضعيف بالغرور.

أما المنافع التي فاتت فإنها لا يجب ضمانها، لأن منافع الحر لا تضمن بالفوات، إذ لا يدخل الحر تحت اليد، لأن الذي يدخل تحت اليد هو المال.

و يظهر من العبارة أنه لو استوفى المنافع غير المشتري، بأن غصب العبد غاصب، وانتفع به، أنه لا يجب ضمانها على المقر. و هو محتمل، لأن ذلك ليس ناشئا عنه، إذ ليس بسبب تعديه برهن الحر، وإنما ذلك بعدوان الغاصب.

و يحتمل الضمان، لأن الظاهر غصبه لزعمه أنه مملوك، و ذلك الاعتقاد بسبب المقر.

قوله: (و قبله يضمنها، لما يتبع به بعد العتق كالجنايه).

أى: قبل العتق، أما عدم ضمان المنافع بعد عتق العبد، و زوال السلطنه الظاهره عنه فواضح. و أما ضمانها قبل العتق في حال العبوديه، و ثبوت السلطنه ظاهرا فقد يتوهم امتناعه، و ذلك لأن المدفوع اليه اجره منافعه ملك للمشتري ظاهرا، فيستحق انتزاعه، فلا بد من ضمانه، فإذا دفع اليه انتزعه المشتري،

ص: ١٦٩

و هكذا الى ما لا نهايه له، فيلزم التسلسل.

و هذا إنما يتم على تقدير أمرين:

أحدهما: أن كلما ضمن للعبد لا بد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري، و ليس ذلك بلازم، لإمكان ضمانه على وجه يرضى ببقائه في يده، أو يد شخص آخر بالوكالة، أو يسلمه اليه، بحيث لا يعلم المشتري، و يستره العبد عنه.

الثاني: أن كلما وصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه، و مقتضى كلام المصنف الآتى فيما لو سعى العبد: أنه لا يضمن المقر الا اجره المنافع، دون ما دفعه بالكتابة-عدم الضمان، و حينئذ فإذا أخذ المشتري لا يجب ضمانه دفعه اخرى.

و لا يقال: إن بين هذا، و بين ما زاد على اجره منفعه من مال الكتابه فرقا، لأن العبد التزم به، و دفعه باختياره.

و أما هنا فإن المأخوذ منه قهرا، فلا يلزم من إسقاط الضمان هناك سقوطه هنا، لأننا نقول: إن التزامه بمال الكتابه ليس باختياره قطعا، و إنما هو لخلاص رقبتة من سلطنه الرق بغير حق، الناشئ عن تغيير المقر و رهنه، فلا فرق.

إذا عرفت هذا، فلتوهم امتناع هذا الضمان قيد المصنف الضمان بكونه لما يتبع به بعد العتق، كالجنايه التي يقر بها العبد، و ينكرها المشتري، و لا- يمكن إثباتها، و كذا لو أقر بها المشتري، أو ثبتت و صرف ذلك فيها باذن العبد، إذا كانت توجب المال، أو وقع التراضي على المال.

و كذا لو أقر بمال، أو أترف مالا، أو تزوج امرأه بغير اذن المشتري، و هي جاهله بحاله، فإن المضمون للعبد حينئذ من المقر يرصد لهذه بيد الحاكم، و لا- يتعين، بل إن أمكن أن يرصد في يد شخص باذن العبد جاز، بل هو متعين، و مقدم على التسليم الى الحاكم، و كذا صرفه الى المقر له باذن العبد حالا.

و إن كوتب بالقيمه، أو بالأدون، أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به وجب على المقر تخليصه به، فان قلت: كيف يجوز للحاكم، أو الوكيل، أو المقر له أخذ هذا المال، الذى هو مال مملوك ظاهرا، فهو ملك للمشتري فى الحقيقه بغير إذنه؟ إذا قال المقر له: هذا مالى، ضمنته لهذا العبد الذى أعتقته قبل الرهن بمقتضى الغرم، لم يكن للمشتري المطالبه به، و لا للحاكم، و للوكيل الاعتراض، لأنه إن كان صادقا فى قوله فلا- بحث، و إن كان كاذبا فهو ماله يدفعه الى من شاء، و قول الشارح: ان اجره المنافع تعد عند الحاكم (١)، إن أراد به تعيين ذلك فقد عرفت ما فيه، و إن لم يكن ذلك مراده فلا وجه لقصر الحكم عليه، بل إذا أمكن دفعه الى وكيل العبد تعين كما قلناه.

بل قول المصنف: (يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجنايه) ليس بجيد، لأن مقتضاه الحصر فى ذلك. و ليس بجيد، لأن هذا مال للعبد، و تعذر إيصاله اليه على ما قرره إن تم لا يقتضى حصره فى المصرف المذكور، لأنه لو صرف فى مأكله و ملبسه مع الحاجه جاز، و لو صرف فى نفقه قريبه الحر إذا كان واجب النفقه جاز، الى غير ذلك، فلا وجه لما ذكره.

قوله: (و إن كوتب بالقيمه، أو بأدون، أو بالأزيد مع عدم التخليص إلا به، و وجب على المقر تخليصه).

هذا ايضا من أحوال العبد، و تقريره: أنه إذا لم يمكن فكه، و لم يعتق، بل كوتب، سواء كانت بالقيمه، أو بالأدون، أو بالأزيد، لأن ذلك كله بحسب الواقع بمقتضى الإقرار بغير حق و وجب على المقر تخليصه ببذل مال الكتابه، إن لم يمكن التخليص إلا به.

فقوله: (مع عدم التخليص إلا به) قيد لقوله: (وجب على المقر تخليصه) فهو فى معنى الشرط.

ص: ١٧١

فإن سعى العبد ضمن الأجره خاصه على الأقوى بخلاف الميراث. فكأنه قال:وجب تخليصه،و ذلك لأنه لم يمكن التخليص إلا به، و الظرف متعلق بقوله:(وجب)،و الضمير يعود الى محذوف يدل عليه السياق، تقديره:وجب تخليصه بذلك المذكور من القيمه،و الأدون،و الأزيد الذى هو مال الكتابه.

و اعلم أن فى قوله:(أو بالأزيد.)رجوعا عن الاشكال السابق،فى وجوب التخليص بالأزيد من القيمه.

قوله: (فان سعى العبد ضمن الأجره خاصه على الأقوى،بخلاف الميراث).

أى:فان لم يخلصه،و سعى العبد فى أداء مال الكتابه فالواجب على المقر حينئذ ضمان اجره منافعه فقط،دون ما زاد عليها،مما بذله فى مال الكتابه،لأنه دفعه بغير اذنه فى فك رقبه لم تدخل تحت ضمانه،فإن رقبه الحر لا تضمن.

و يضعف بأن الضمان غير منحصر سببه فى الإذن بالدفع،فان التسبب إلى الإلتلاف موجب للضمان،حيث يكون المباشر ضعيفا،و هاهنا كذلك،فان العبد لما كان حرا بزعم المقر،و كان تحت سلطنه الرق بغير حق ناشئا عن المقر كان كلما ينشأ عن الرقيه من الإلتلافات مستندا اليه،و المباشر ضعيف بالغرور، فيكون الضمان عليه.

و لا-ريب أن الخلاص من الرق أمر مطلوب للعقلاء،لما فيه من الخلاص من الذل العظيم و الحقوق الكثيره،خصوصا إذا كان الرق فى نفس الأمر منتفيا، فالأصح ضمان أكثر الأمرين.

و يحتمل ضعيفا ضمان أقل الأمرين،لأنه إن كان المدفوع أقل فهو التالف،و إن كانت الأجره أقل فهى المضمونه على ما سبق أولا،و ضعفه معلوم مما سبق.

و قوله:(بخلاف الميراث)أراد به على ما فسر به بعضهم:أنه لو مات، فأدى مال الكتابه من ميراثه و جب ضمانه للوارث،و إن كان أزيد من اجره

و إن أعتق من الزكاه فلا ضمان فيه، و كذا لو أبرأه السيد. و لو عجز عن أداء الجميع و جب دفع ما يتمكن المنافع، لأنه مدفوع بأمر الشارع، لا باختيار المكاتب، و أمر الشارع نشأ عن تسيب المقر، فيكون عليه ضمان الجميع.

و حمله الشارح ولد المصنف على أن المراد به: ما يدفع من تركه مورث هذا العبد، إذا مات مورثه و لم يخلف وارثا غيره (1)، فإن قيمته تدفع إلى المشتري، و يسلم باقى الإرث إليه -على ما سيأتى بيانه فى الميراث إن شاء الله تعالى- فإن هذا المدفوع يجب ضمانه على المقر، لكونه ناشئا عن رهنه إياه المفضى الى بيعه، و الدافع هو الحاكم دون العبد، و إنما كان هذا مخالفا لحكم مال الكتابه، حيث لا يضمن المقر ثم إلا اجره المنافع، و هذا مضمون عليه، مع كونه ليس من الأجره.

و الفرق ما قدمناه، من أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر، و المدفوع هناك باختيار العبد، و على ما اخترناه فهذا ساقط.

قوله: (و إن أعتق من الزكاه فلا ضمان فيه).

أى: دفع مال الكتابه من الزكاه، و أعتق من أول الأمر بدون الكتابه فلا ضمان فى هذا إذا لم تكن هناك منافع مستوفاه، إذ لا تفويت هنا، و لم يدخل المأخوذ فى ملك العبد.

و يحتمل ضمانه للأصناف، لأن صرفه فى غير وجهه مستند الى تسيبه، و فيه قوه.

قوله: (و كذا لو أبرأه السيد).

أى: لا ضمان هنا أيضا، مع عدم استيفاء شىء من المنافع، أو لا ضمان فى هذا المال الذى أبرأه السيد، إذ لا مال بمقتضى الإقرار، و لا إبراء.

قوله: (و لو عجز عن أداء الجميع و جب دفع ما يتمكن منه).

ص: ١٧٣

منه، و لو كانت مشروطه فدفق القيمه لعجزه عن تمام مال الكتابه ثم استرق رجع المقر بما دفعه فى التخليص. و لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه و كان عبدا، أو مكاتبا أخلص منه بقدرها. أى: لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابه و جب عليه أن يدفع ما يتمكن من دفعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور، و لأن فيه تخفيفا للأمر على العبد، و تقيلا لدينه.

قوله: (و لو كانت مشروطه، فدفق القيمه لعجزه عن تمام مال الكتابه، ثم استرق رجع المقر بما دفعه فى التخليص).

الضمير فى (دفع) يعود الى المقر، و كذا فى قوله: (لعجزه)، و لا- يخفى أن ضمير (استرق) يعود الى المكاتب، و المعنى: أنه لو دفع القيمه لعجزه عما سواها من باقى مال الكتابه، و لا وجه لتعيين القيمه فى الفرض، إذ الحكم آت فى كل ما دفع من قليل و كثير، ثم استرق العبد، فان المال المدفوع لم يتبرع المقر به، و لا قضى به دينا على العبد، لأن إقراره يقتضى فساد الكتابه و براءه ذمته، و إنما حاول بهذا تخليص رقبه الحر، و افتدائه من الرقيه الثابته ظاهرا، فحيث لم يحصل رجوع الى ما دفعه. و يحتمل العدم، لأن المشتري ملكه بالدفع اليه، على أنه من مال الكتابه، فلا- يثبت الرجوع به، فإن المأخوذ من الزكاه لا- يستعاد لو دفع الى المكاتب المشروط، فدفقه الى مولاه، أو دفع الى المولى، فهنا أولى.

و الحق أن يقال: إن له الرجوع فيما بينه و بين الله إن كان إقراره صحيحا. و أما ظاهرا فان دفع الى المشتري ذلك، و أخبره بالصوره حين الدفع فله الرجوع عليه، و كذا لو أقر بأن الدفع ما كان إلا لهذه الجهه، و إلا فلا.

قوله: (و لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه و كان عبدا، أو مكاتبا أخلص منه بقدرها).

من أحوال العبد المذكور: أنه لو جنى على عبد المقر، أو نفسه، أو مورثه

و لو أوصى لشخص بخدمته دائماً، و لآخر برقبته فأعتق ضمن له اجره المثل لكل خدمه مستوفاه. و كان عبداً، أو مكاتباً فإنه يخلص منه-من سلطنه المشتري الثابته عليه ظاهراً- مقدار ما أوجبه الجنايه، فيسقط حينئذ عن المقر وجوب تخليص ذلك القدر، و يسعى فى تخليص ما بقى إن بقى منه بعد الجنايه بقيه.

و هذا لا يستقيم على إطلاقه، بل إنما يكون ذلك فى الجنايه عمداً إن لم يقتص و رضى بالاسترقاق، أو خطأ و سلمه المشتري فلم يفده، فإنه حينئذ يتسلط على تملكه بمقتضى الجنايه، فتقطع سلطنه المشتري عنه، فيسقط وجوب تخليصه لحصوله بذلك، لكن لا يسقط ما وجب عليه من مال، أو قصاص.

فلو ثبت له عليه اجره منافع تقاصاً، حيث تجتمع شروط التقاص، و لو فده المشتري فى الخطأ سقطت المطالبه بالجنايه، و لا يجوز له أخذ عوض الجنايه، إلا أن يخبره بالحال، و يدفع اليه تبرعاً، و متى لم يخلص بالجنايه، فوجوب التخليص بحاله.

و لا يخفى أن جنايته على مورث المقر إنما تسقط وجوب التخليص، إذا مات و ورثه المقر قبل الاستيفاء، و التقييد بكونه عبداً أو مكاتباً، لأن وجوب التخليص فى هاتين الحالتين، إذ لو كان حراً لم يعقل وجوب تخليصه، و الضمير فى قوله: (بقدرها) يعود إلى الجنايه المذكوره فى قوله: (جنى) ضمناً.

قوله: (و لو اوصى لشخص بخدمته دائماً، و لآخر برقبته، فأعتق ضمن له اجره المثل لكل خدمه مستوفاه).

من أحوال العبد المذكور: أنه لو لم يفتكه المقر، و أوصى المشتري بخدمته دائماً، و لآخر برقبته، فأعتق الرقبه الموصى له بها، فإن المقر يضمن له اجره المثل لكل خدمه مستوفاه، و على ما اخترناه من ضمان أكثر الأمرين يضمن له كل ما استوفى منه، مما له قيمه من خدمه، و غيرها.

و لو مات عبدا ضمن لوارثه الحر اجره منافعه المستوفاه، و ما وصل الى مولاه من كسبه، و لو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للإمام. و لو انتقل الى مورث المقر فأعتقه في كفاره، أو نذر غير معين و حاز المقر التركة، أو بعضها أخرج الكفاره أو النذر.

و لا يزاحم الديون و الوصايا مع التكذيب. قوله: (و لو مات عبدا ضمن لوارثه الحر اجره منافعه المستوفاه، و ما وصل الى مولاه من كسبه).

أى: لو مات العبد، و قد أوصى به على ما سبق قبل أن يعتق -و يمكن أن يكون هذا فرعا برأسه منقطعا، لصحته على كل من التقديرين- ضمن لوارثه الحر الذي لا مانع له من الإرث، و لو سكت عن قوله: (الحر) لم يضر، لأن العبد لا يعد وارثا.

و التقييد ب(الحر) لا- يكفي في كونه وارثا اجره منافعه المستوفاه على ما سبق، و ما وصل الى مولاه من كسبه، و هذا الحكم لا يجرى إلا على القول بضمان أكثر الأمرين.

قوله: (و لو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للإمام).

من أحوال هذا العبد: أن المشتري، أو الموصى له برقبته لو أعتقه تبرعا، بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهرا، فأخذ كسبه بالولاء إرثا ضمنه المقر للإمام، إذا كان المقر قد أعتقه سائبه، إذ لو أعتقه تبرعا كان الولاء له، و لا- يغرر لنفسه، فلا- يتصور ضمان إلا في السائبه، و إطلاقه ضمان الكسب للإمام يتخرج على ضمان أكثر الأمرين، و إلا ضمن اجره المنافع خاصه.

قوله: (و لو انتقل الى مورث المقر، فأعتقه في كفاره، أو نذر غير معين، و حاز المقر التركة أخرج الكفاره أو النذر، و لا يزاحم الديون و الوصايا مع التكذيب).

من أحوال هذا العبد: انه لو انتقل الى مورث المقر، فأعتقه في كفاره، أو

و لو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان نذر عتق غير معين - و احترز به عما لو كان نذر العتق معينا بأن نذر عتقه بخصوصه - فإنه كما أن العتق باطل فكذا النذر، لتعلقه بعينه، و هو مفروض الحرية.

أما إذا كان النذر غير متعلق بعينه فإنه يلزم، و لا يجزئ إعتاقه، لكونه حرا بزعم المقر الذي هو الوارث، أو أحد الوراث. فإذا مات مورث المقر، و حاز التركة، أو بعضها أخرج الكفاره، أو النذر مما في يده، لبقائهما في ذمه مورثه.

و لو أن مورثه قضى بالعبد المذكور بعض الحقوق الواجبه عليه، كأن أعتقه من زكاته الواجبه عليه و جب عليه إخراج تلك الزكاه أيضا.

و قوله: (و لا يزاحم الديون و الوصايا مع التكذيب) معناه: أنه لو كان على المورث ديون، أو أوصى لجماعه بوصايا لم تزاحم هذه الكفاره و نذر العتق تلك الديون و الوصايا، مع تكذيب أرباب الديون و الموصى لهم، لو ضاقت التركة لنفوذ العتق ظاهرا، فلا يقبل إقرار المقر عليهم، و تصرف جميع التركة في الديون، و تبقى الكفاره و النذر في ذمه الميت.

و لو أمكن أن يقتطع من التركة ما يقتضيه التقسيط للكفاره و النذر، بحيث لا يعلم أرباب الديون فليس ببعيد و جوبه.

أما الوصايا، فإن تصوير المسأله فيها بحيث تستوعب التركة، و لا تزاحمها الكفاره و النذر و نحوهما، و لا ينفذ إقرار المقر على أربابها مشكل، فإنها من الثلث، فلا بد أن تبقى بعدها بقيه، فيصرف في النذر و الكفاره.

نعم قد يتصور قصور الباقي، فلا يزاحم في الثلث. و لا يقال: إنه قد تتصور اجازة الورثه الوصايا، فتستوعب التركة، لعدم جواز هذه الإجازة منه، إلا أنه قد يتصور وقوعها منه، فيؤاخذ بها ظاهرا.

قوله: (و لو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا).

وارثا، و لا- يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر، فلا يخرج ما أوصى له المشتري به منه، إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه فيعتق عليه. أي: لو كان المملوك الذي أقر الراهن بسبق عتقه أمه، وانتقلت إلى المشتري، فاستولدها، ومات، وكان المقر وارثا له، فإن نصيبه من المستولده على تقدير الرق لا يحسب على الولد من نصيبه من التركة، لاعترافه بكونها حرة.

قوله: (و لا- يحسب من مال المشتري بالنسبة إلى المقر، فلا- يخرج ما أوصى له به منه، إلا- في أخذه في دينه لو دفع إليه، فيعتق عليه).

من أحوال هذا العبد: أنه لو كان مشتريه قد مات، وأوصى للمقر المذكور بشيء من أمواله، ولم يجز الوارث، فاحتيج إلى معرفه قدر الثلث، لتخرج منه الوصية لا يحسب ذلك العبد من التركة، لأنه حر بإقرار الموصى له، فلا يستحق باعتباره شيئا من الوصية، إذ التركة بمقتضى إقراره ما عدا العبد، فيكون له بحساب الثلث ما سواه.

و لو كان ما أوصى له به المشتري ديناً عليه، فدفع إليه عن دينه وجب القبول، فيعتق عليه حينئذ بمقتضى إقراره.

فإن قلت: إنما يجب قبول المدفوع عن الدين إذا ساواه جنسا و قدرا، فكيف يجب قبول العبد؟ قلت: يمكن فرض المساواة، كما لو كان الدين عبداً ثبت بالسلف، و طابق الواجب ما في الذمه، و يجب أيضا قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين، لا إن أمكن تخليصه بوجه آخر، فإطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء.

إذا عرفت ذلك، فقوله: (فلا يخرج ما أوصى له به منه) المتبادر منه:

أن ما أوصى به المشتري للمقر لا يخرج من العبد، فإن الضمير الأول للمقر، و الثانى للوصية و هى: (ما.)، و الثالث للعبد.

و لا محصل له، لأنه لو أوصى له بعبد يختاره الوارث، فدفع إليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية، خصوصا إذا توقف تخليصه على القبول، فإنه

و لو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في لزوم إن شرطناه. و لو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر، و لا تقبل شهاده العدل عليه. و لو قال المالك: بعتك السعه بألف، فقال: بل رهنتها عندي يجب قطعاً، و يحسب من مال المشتري على هذا التقدير، فلا تخلو العبارة من شيء، إلا أن ينزل من على معنى السبيه، و فيه ما لا يخفى.

و ليس الاستثناء منقطعاً، لأنه مما دل عليه قوله: (و لا- يحسب من مال المشتري بالنسبه إلى المقر)، فكأنه قال: لا يحسب منه في حال، إلا في أخذه من دينه، على تقدير دفعه. و عبارته الكتاب خاليه من الدلاله على وجوب القبول، لأن كونه في حال الأخذ عن الدين محسوباً ما لا يستلزم وجوب الأخذ.

قوله: (و لو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في لزوم إن شرطناه).

أى: لو اعترف كل من الراهن و المرتهن بقبض العدل عن المرتهن باذن الراهن، و أنكر هو لم يضر إنكاره في صحة الرهن و لزومه، لأن تصديقه لا أثر له في ذلك، إذ المعتبر إقرارهما، و هذا على تقدير اشتراط القبض في لزوم الرهن.

قوله: (و لو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر).

فان كان هو الراهن فلا بد من اليمين لنفى دعوى المرتهن، و إن كان المرتهن انتفى بغير يمين، لأن الحق له.

قوله: (و لا تقبل شهاده العدل عليه).

أى: على المنكر، لأن الفرض كونه و كيلاً في القبض الذى به لزوم الرهن، و لا تقبل شهاده الوكيل فيما هو و كيل فيه.

قوله: (و لو قال المالك: بعتك السلعه بألف، فقال: بل رهنتها

بها فالقول قول كل منهما فى العقد الذى ينكره بعد اليمين، و يأخذ المالك سلخته.

المقصد الثالث: فى الحجر

إشاره

المقصد الثالث: فى الحجر:

و هو المنع عن التصرف، و أسبابه ستة: الصغر، و الجنون، و الرق، و المرض، و السفه، و الفلس. فهنا فصول:

الأول: فى الصغر

إشاره

الأول: فى الصغر: و يحجر عليه فى جميع التصرفات، و يعتد باخباره عن الاذن فى فتح الباب، و الملك عند إيصال الهديه، و إنما يزول الحجر عنه بأمرين: البلوغ، و الرشد.

أما البلوغ فىحصل بأمر

إشاره

أما البلوغ فىحصل بأمر:

أ: إنبات الشعر الخشن على العانه

أ: إنبات الشعر الخشن على العانه، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى. عندى بها، فالقول قول كل منهما فى العقد الذى ينكره [بعد اليمين] (١) و يأخذ المالك سلخته).

الحاصل أنّ كلّ واحد منهما مدع لشيء ينكره الآخر، فيتحالفان، و يدفع كلّ من العقدين المدعى بهما، فيأخذ المالك سلخته.

قوله: (المقصد الثالث: فى الحجر: و هو: المنع عن التصرف، و أسبابه ستة: الصغر، و الجنون، و الرق، و المرض، و السفه، و الفلس، فهنا فصول: الأول: الصغر: و يحجر عليه فى جميع التصرفات، و يعتد باخباره عن الاذن فى فتح الباب، و الملك عند إيصال الهديه، و إنما يزول الحجر عنه بأمرين: البلوغ و الرشد، أما البلوغ فىحصل بأمر: أ: إنبات الشعر الخشن على العانه، سواء كان مسلماً أو كافراً، ذكراً أو أنثى).

ردّ بذلك على الشافعى فى أحد قوليّه (٢)، حيث لم يحكم بالبلوغ به فى حق المسلمين.

١-١) لم ترد في «م» و«ق»، و أثبتناها من خطيه القواعد لاقتضاء الشرح لها.

٢-٢) الوجيز ١٧٦:١، السراج الوهاج: ٢٢٩-٢٣٠.

و الأقرب أنه أماره و لا اعتبار بالزغب، و لا الشعر الضعيف، و لا شعر الإبط.

ب: خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد

ب: خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد، سواء الذكر و الأنثى. قوله: (و الأقرب أنه أماره).

وجه القرب: أن الحجر مستمر فى حق الصبى إلى أن يحتلم، كما دل عليه الحديث (1)، فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يكن الحجر مستمرا إلى الاحتلام، فتعين أن يكون أماره. و يحتمل كونه بلوغا، لترتب أحكام البلوغ عليه، و ضعفه ظاهر.

قوله: (و لا اعتبار بالزغب).

فى الجمهره: الزغب: هو الريش الذى ينبت على الفرخ قبل ريشه، و الشعر الضعيف الذى ينبت قبل الشعر الخشن.

قوله: (خروج المنى الذى يكون منه الولد).

المراد: الذى من شأنه أن يتولد منه الولد غالبا و إن تخلف فى بعض الأحوال لعارض، و المراد به: الماء الدافق الذى تقارنه الشهوه.

قوله: (من الموضع المعتاد).

فلو خرج من جرح أو نحوه- و منه أحد فرجى المشكل- لم يكن بلوغا، لوجوب حمل إطلاق الشارع على المعهود.

قوله: (سواء الذكر و الأنثى).

خلافًا للشافعى، حيث أنكر فى أحد قوليه كونه بلوغا فى حق النساء (2).

ص: ١٨١

١- ١) الكافى ٧: ١٩٧ حديث ١.

٢- ٢) الأم ٣: ٢١٥، شرح الكبير (مع المغنى لابن قدامه) ٤: ٥٥٨.

ج: السن، و هو بلوغ خمس عشره سنه فى الذكر هلاليه

ج: السن، و هو بلوغ خمس عشره سنه فى الذكر هلاليه، و تسع فى الأنثى. و فى روايه إذا بلغ الصبى عشرا بصيرا جازت وصيته و صدقته و أقيمت عليه الحدود التامه، و فى أخرى خمسه أشبار.

د: الحيض و الحمل دليلان على سبقه

د: الحيض و الحمل دليلان على سبقه، و لا يعرف الحمل إلا قوله: (السن).

و هو: دليل البلوغ عندنا، و به قال جماهير العامه، حكاه فى التذكرة (١).

قوله: (و هو: بلوغ خمس عشره سنه فى الذكر-هلاليه- و تسع فى الأنثى).

لا بدّ من استكمال السنه الأخيره، فلا يكفى الطعن فيها، عملا بالاستصحاب و فتوى الأصحاب، و لأنه لا يقال له: ابن خمس عشره سنه إلا بالاستكمال.

قوله: (و فى روايه: إذا بلغ الصبى عشرا جازت وصيته و صدقته و أقيمت عليه الحدود التامه، و فى أخرى: خمسه أشبار).

الأولى: إشاره إلى صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام (٢)، و روايه زراره عن الباقر عليه السلام (٣)، و فى معناهما غيرهما (٤).

و الثانيه: إشاره إلى روايه السكونى عن الصادق عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام (٥).

و المراد من قوله: (أقيمت عليه الحدود التامه) أنه بعد بلوغ العشر يستوفى منه الحد بكماله، و بدونه إنما يضرب للتأديب، و ذلك بعض الحدّ.

ص: ١٨٢

١- (١) التذكرة ٢: ٧٤. [١]

٢- (٢) الكافي ٧: ٢٨، حديث ٣، الفقيه ٤: ١٤٥، حديث ٥٠١.

٣- (٣) الفقيه ٤: ١٦٤، ١٤٥، حديث ٥٧٣، ٥٠٢. [٢]

٤- (٤) الفقيه ٤: ١٤٥، حديث ٥٠٣.

٥- (٥) الكافي ٧: ٣٠٢، حديث ١، [٣] التهذيب ١٠: ٢٣٣، حديث ٩٢٢، الاستبصار ٤: ٢٨٧، حديث ١٠٨٥.

بالوضع، فيحكم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع بسنه أشهر و شىء. و الخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج النساء و أمنى من الآخر حكم ببلوغه، و إلا فلا. و أما الرشد: فهو كيفية نفسانيه تمنع من إفساد المال، و صرفه فى غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء. و لا تعتبر العدالة، و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فإذا قوله: (و الخنثى المشكل إن أمنى من الفرجين، أو حاض من فرج النساء و أمنى من الآخر حكم ببلوغه، و إلا فلا).

لو أمنى من فرج الرجال بعد تسع حيث يكون احتلام الذكر ممكنا، و جب أن يحكم بالبلوغ، لأنه إن كان امرأه فقد استكمل التسع، و إن كان رجلا فقد أمنى، فيرد على قوله: (و إلا فلا).

قوله: (و أما الرشد، فهو: كيفية نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء).

لا- بدّ فى الكيفية من أن تكون ملكه ثابتة يعسر زوالها، و لا بدّ فى الإفساد من اعتباره فى نظر العقلاء، فالإفراط فى المعروف لا ينافى الرشد و إن تجاوز القدر الممدوح، و ربما عد إفسادا، و لعل قوله: (و صرفه فى غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء) كالتفسير لإفساد المال.

قوله: (و لا تعتبر العدالة).

خلافًا للشيخ (١) رحمه الله، تعويلا على دلائل ضعيفه، مثل ظاهر قوله تعالى (فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) (٢) فإن الفسق غي لا رشد.

قوله: (و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات).

أى: و يعلم الرشد باختبار الصغير، ذكرًا كان أو أنثى، بدليل ما سيأتى

ص: ١٨٣

١- ١) المبسوط ٢: ٢٨٤.

٢- ٢) النساء: ٦. [١]

عرف منه جوده المعامله و عدم المغابنه إن كان تاجرا،و المحافظه على ما يتكسب به،و الملازمه إن كان صانعا و أشباه ذلك فى الذكر، و الاستغزال و الاستنساخ فى الأنثى إن كانت من أهلها،و أشباهه،حكم من قوله:(و أشباه ذلك فى الذكر،و الاستغزال و الاستنساخ فى الأنثى)إذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات،فان الغالب أن يكون للشخص استعداد ما يناسبه و يلائم حاله دون ما عداه.

و لا- تكفى المره،بل لا- بدّ من التكرار مرارا تحصل بها غلبه الظن،كما نص عليه فى التذكره (1)،إذ الملكه لا- يعرف حصولها بمره.

و اعلم:أن الذى صرّح به المصنف فى التذكره (2)و الإرشاد (3)و التحرير (4):أنّ محل الاختبار قبل البلوغ،لقوله تعالى (وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى) (5)و البالغ لا يعد يتيما،و قوله تعالى (حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ) (6)معناه-و الله أعلم:-

مدّه الابتلاء تمتد إلى بلوغ النكاح،و لأنه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد،و هو ظلم محرم،فيجب التحفظ عنه،و لا يكون إلا بالاختبار قبل البلوغ،و عبارته الكتاب يلوح منها ذلك،لأن الضمير فى قوله:

(باختباره)يعود إلى الصغير،كما يقتضيه السياق،فيكون ما هنا مطابقا للباقي، و هو الذى يتعين القول به.

قوله: (و أشباه ذلك فى الذكر).

فلو كان من أولاد الدهاقين و الوزراء و الأكابر الذين يصابون عن الأسواق،فإن اختباره بأن تسلّم إليه نفقه مدّه كشهري،لينفقها فى مصالحه،فان وجد قيما بذلك يصرّفها فى مواضعها،و يستوفى الحساب على و كيله و يستقصى

ص: ١٨٤

١- ١) التذكره ٧٨:٢. [١]

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) الإرشاد: ١٣١ (٢) [مخطوط].

٤- ٤) التحرير ٢١٨:١. [٣]

٥- ٥) النساء: ٦. [٤]

٦- ٦) النساء: ٦. [٥]

بالرشد، و في صحه العقد حينئذ إشكال. عليه، فهو رشيد.

قوله: (و في صحه العقد حينئذ إشكال).

أى: الواقع حين الاختبار و الأمر بإيقاعه [و] (١) حمل كل من الشارحين عبارته المصنف على كون العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه (٢)، و استثنى منه ولد المصنف ما إذا علم رشده حال العقود، فإنها صحيحة قطعاً، و خصّ الاشكال بما إذا ظهر عدم رشده، أو لم يظهر شيء منهما (٣). و يظهر من عبارته الشارح الآخر عموم الإشكال للمسائل الثلاث (٤)، و هذا غريب عجيب، فان العلم بكون العاقد رشيداً ليس شرطاً لصحة العقد قطعاً، إنما الشرط كونه رشيداً في الواقع.

ثم إن عقد السفية صحيح إذا أجازة الولي و كان بالغاً- كما سيأتى عن قريب ان شاء الله تعالى- فأى وجه للإشكال فيما إذا أذن له الولي ابتداءً؟ و الذى يقتضيه صحيح النظر و سوق العبارة: أن الاشكال فى العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ، و هو المطابق لما فى الشرائع، حيث قال: يختبر الصبى قبل بلوغه، و هل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح (٥). و فى التحرير: وقت الاختبار قبل البلوغ مع التمييز، و مع إذن الولي يصح تصرفه و بيعه (٦).

و على هذا فمنشأ الإشكال: من أنّ الأمر بالابتلاء يقتضى كون الفعل الصادر من الصبى معتبراً، خصوصاً على القول بأن أفعال الصبى شرعية (و من أن الصغر مانع من الصحة، و أفعال الصبى و أقواله غير شرعية) (٧) كما هو مبين

ص: ١٨٥

١- ١) لم يرد فى الخطبتين، و أثبتناه لضروره السياق.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٥٢، و نقل السيد العاملى قول الشارح الثانى - و هو السيد عميد الدين - فى مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٠. [١]

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٥٢.

٤- ٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥: ٢٥١. [٢]

٥- ٥) شرائع الإسلام ٢: ١٠٣. [٣]

٦- ٦) التحرير ١: ٢١٨. [٤]

٧- ٧) ما بين القوسين لم يرد فى «ق».

و لا- يزول الحجر بفقد أحد الوصفين و إن طعن في السن، و يثبت الرشد في الرجال بشهادتهم، و في النساء بها و بشهادتين. و صرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير، و صرفه إلى الأغذيه النفيسه التي لا تليق في موضعه، و الأمر بالابتلاء لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبرا في إفاده الرشد و عدمه، فلا يقتضى ترتب أثر آخر عليه، و ليس هذا الاشكال بعيد مما سيأتي في كلام المصنف من التردد في صحه بيع المميز.

و الأصح بطلان العقد الواقع قبل البلوغ، و لو اعتبرنا ما ذكره الشارحان في حل العبارة، فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال.

فائده: يظهر رشد المختبر بجران التصرف على قانون تصرفات العقلاء، فيتبين وقوع ذلك التصرف في حال الرشد، لأن الرشد ملكه، و هي لا تحدث في الزمان القصير، للقطع بأنها إنما تكون بالتمرن المستفاد من تكرار الفعل في الأوقات المتطاولة. قوله: (و لا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين).

أى: بفقد الصغر و عدم الرشد، إذ لا بدّ منهما في زوال الحجر، و لا بدّ في حمل الوصفين على الصغر و عدم الرشد من العناية، لأن عدم الرشد لم يجر له ذكر، و معنى قوله: (و إن طعن في السن) ذهابه فيه على نحو قولهم: طعن في المفازه، أى: ذهب فيها، و المراد: أنه لو صار شيخا، و هذه حالته فحجره باق.

قوله: (و صرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير).

ظاهر إطلاقه أنه لا- فرق بين الإفراط في ذلك و عدمه، و لا بين كون ذلك لائقا بحاله أولا، و ظاهر كلامه في التذكرة (١) أن الثاني تبذير، لقوله تعالى (وَ لَا تَبْسِطْهَا كُلَّ الْبَسِطِ فَتَقْعَدْ مَلُومًا مَّحْسُورًا) (٢)، و لا- دلالة في النهي على كون ذلك تبذيرا، و ربّما فرّق فارق بين كون هذا الفعل قبل زوال الحجر و بعده.

ص: ١٨٤

١- ١) التذكرة ٢: ٧٦. [١]

٢- ٢) الإسراء: ٢٩. [٢]

بحاله تبذير. و ولي الصبى أبوه، أو جده لأبيه و إن علاءو يشتركان فى الولاية فإن فقدا فالوصى، فإن فقد فالحاكم. و لا ولاية للأم، و لا لغيرها من الاخوه، و الأعمام، و غيرهم عدا من ذكرنا.

و إنما يتصرف الولى بالغبطة، فلو اشترى لا معها لم يصح، و يكون الملك باقيا للبائع.

و الوجه ان له استيفاء القصاص، و العفو على مال لا- مطلقا، و لا قوله: (و ولي الصبى أبوه و جدّه لأبيه و إن علاءو يشتركان فى الولاية).

الظاهر أن لكلّ منهما أن يتصرف بالاستقلال، لثبوت الولاية، و الأصل عدم اشتراط الانضمام، و هل يكون للجد الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر، قال فى التذكرة: حكم الجد أولى لو عارضه الأب (١).

قوله: (و الوجه أن له استيفاء القصاص).

لأن له أهليه التصرف، و الفرض وجود الغبطة، و قال الشيخ: ليس له، لأنه للتشفى و هو منتف (٢). و الأصح الأول، لأنه ربما ظهرت علامات موته، و ليس بظاهر انتفاء التشفى فى الجملة إذا بلغ الطفل إدراك ذلك و علم بفعل الولى.

قوله: (و العفو على مال لا مطلقا).

أى: ليس له العفو مطلقا غير مقيد بالمال، لانتهاء الغبطة فى ذلك، و قال فى التذكرة، و إن عفا مطلقا فالأقرب اعتبار المصلحه أيضا، فإن كانت المصلحه فى العفو مجانا اعتمدها، كما ان له الصلح ببعض ماله مع المصلحه (٣)، و ما قرّبه قوى متين.

ص: ١٨٧

١- (١) التذكرة ٨٠: ٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ٥٥: ٧، الخلاف ١٠٤: ٣، مسأله ٤٣ كتاب الجنایات.

٣- (٣) التذكرة ٨٢: ٢. [٢]

يعتق عنه إلا مع الضرورة، كالخلاص من نفقه الكبير العاجز، ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره، ولا يعفو عن الشفيعه إلا لمصلحه، ولا يسقط مالا- في ذمه الغير، وله أن يأكل بالمعروف مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى. والوجه انه لا- يتجاوز اجره المثل، ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقه على اشكال، فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من قوله: (و لا يطلق عنه).

إجماعا، إذ لا مصلحه في ذلك.

قوله: (و لا يسقط ما لا في ذمه الغير).

الأ مع المصلحه.

قوله: (و له أن يأكل مع فقره، وأن يستعفف مع الغنى).

ظاهر العبارة أن الاستعفاف موكول إليه، والأصح أنه واجب، لظاهر الآيه (١).

قوله: (و الوجه أنه لا يتجاوز اجره المثل).

لأنه أجره عمل غير متبرع به، ويحتمل جواز الأكل و إن زاد عن الأجره، لظاهر الآيه (٢)، وهو قول الشيخ (٣). والأصح جواز أقل الأمرين من الأجره و قدر الحاجه، لوجوب الاستعفاف مع الغنى لو اكتفى بأقل من الأجره، وعدم جواز ما زاد على مقابل العمل، لأن الاستحقاق إنما هو في مقابله.

قوله: (و استنماؤه قدرا لا تأكله النفقه على إشكال).

ينشأ: من أن ذلك اكتساب مال الطفل و لا يجب، و من أن ذهاب ما له في النفقه ضرر عظيم، و فائده نصب الولي دفع الضرر. و ربما بنى الحكم على أن الواجب الأصلح، أم تكفى المصلحه، والأصح عدم الوجوب.

قوله: (فإن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل).

ص: ١٨٨

١-١) النساء: ٦.

٢-٢) النساء: ٦.

٣-٣) قاله في المبسوط ٢: ٢٨٧، و النهايه: ٣٦١.

يعمل. و يستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، و كذا يستحب شراء الرخيص، في الصحاح: برم به إذا سئمه، و تبرّم به مثله، و أبرمه أى: أمّله و أضجره (١).

قوله: (و يستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، و كذا يستحب شراء الرخيص).

في بعض النسخ عوض (يستحب) يجب في الموضوعين، و في حواشى شيخنا الشهيد أنهما متوجهان، لتردده في الاستنماء بين الوجوب و الاستحباب، فجاز كلّ من الأمرين هنا، لأن ذلك استنماء.

قلت: هذا العذر لا يجدى، لأن ما سبق تردد، و ما هنا فتوى و جزم، فالمخالفة ثابتة.

نعم قد يقال: هو رجوع عن التردد إلى الجزم و إن قرب ما بينهما. و قد يقال - في الاعتذار لنسخه الاستحباب مع التردد السابق -: أن الاستنماء على تقدير وجوبه لا - يستدعى مزيد من مراعاة حصول زياده لا - تذهب مال الطفل معها بالنفقة، أما البيع في وقت مخصوص و الشراء على وجه معين فلا.

و على تقدير الوجوب، إن التردد في الاستنماء الذى يحتاج إلى توجه و سعى لتحصيل النماء، أما ما حصل بغير تكلف و سعى فإنه واجب لا محاله.

و كيف كان فنسخه الاستحباب أوجه، إلا - في شراء الرخيص على بعض الوجوه، فإنّ العدول عنه إلى شراء الغالى لا - يجوز قطعاً، لكن هذا كالمستغنى عنه باشرطه المصلحه في تصرفات الولي، و هى منتفيه عن مثل هذا، فلعل المراد ب(شراء) حيث لا يكون حتماً، أو لا يلزم العدول إلى الغالى، أو تحمل العبارة على استحباب السعى في شراء الرخيص.

ص: ١٨٩

و إذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجره على اشكال. و له أن يرهن ماله عند ثقه لحاجه الطفل، و المضاربه بما له، و للعامل ما شرط له.

و هل للوصى أن يتجر بنفسه مضاربه؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه، و من أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد.

و لا يجوز أن يعقد الولى المضاربه مع نفسه، قوله: (و إذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل، لم يكن للأب أخذ الأجره على إشكال).

ينشأ: من وجود المتبرع، فالعدول عنه إلى من يطلب الأجره ضرر منافع للغبطه و المصلحه، و من إطلاق الآيه بالأكل مع الحاجه، فيتناول صورته النزاع، و لأن للأب مزيد شفقه و حنو ليس للأجنبي، و العدول إلى ما فيه زياده الشفقه و إن كان معه أجره لا يعدّ ضرراً، و لثبوت ولايته بالأصاله، و هو الأصحّ.

قوله: (و هل للوصى أن يتجر بنفسه مضاربه؟ فيه إشكال، ينشأ: من أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، و من أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا بعقد، و لا يجوز أن يعقد الولى المضاربه مع نفسه).

توضيح الوجه الأول: أن جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحه، و إنما جاز لكونه منوطاً بنظره، فإذا كان بيده كان أدخل فى الحفظ و أقرب إلى مقتضى الوصيه، فيكون جوازه بطريق أولى.

و يرد عليه: أنه لا بدّ فى الجواز من تناول الاذن له، و المتبادر من الاذن فى عقد المضاربه الدفع إلى آخر.

و يجاب: بأن الوصيه إليه إسناد التصرف إلى رأيه، و هو يعمّ ذلك.

و يجوز إبضاع ماله، و هو أن يدفع الى غيره و الربح كله لليتيم، و أن يبني له عقارا أو يشتريه. و لا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجه، و يجوز كتابه رقيقه و عقه على مال مع الغبطه، و خلطه مع عياله في النفقه، و ينبغي أن يحسب عليه أقل، و توضيح الوجه الثاني: أن الأصل في نماء المال أن يكون لمالكه، فلا يخرج عنه و يستحق عليه الآخر إلا بعقد يقتضيه، و لا يعقد الولي لنفسه، إما لأن العقد يقتضى متعاقدين، أو لأنه لا بدّ من الاذن في ذلك.

و يجاب عن الأول: بأن المتعاقدين يكفي حصولهما بالقوه و تغايرهما بالاعتبار. و عن الثاني: بما قدمناه، من أنّ إسناد التصرف بالوصيه يتناول كلّ تصرف بالمصلحه.

قوله: (و يجوز إبضاع ماله، و هو: أن يدفع إلى غيره و الربح كلّ لليتيم).

البضاعه: طائفه من مالك تبعثها للتجاره، ذكره في الصحاح (1)، و جواز ذلك منوط بالمصلحه، و لا فرق في ذلك بين أن يكون المتجر بمال الطفل متبرعا، أو بالأجره مع المصلحه.

قوله: (و أن يبني له عقارا و يشتريه).

أى: و أن يشتريه، مبنيّا كلّ ذلك مع المصلحه.

قوله: (و خلطه مع عياله في النفقه، و ينبغي أن يحسب عليه أقل).

أى: أقل ما يحتاج اليه، و هذا الحكم على الاستحباب، لأن الواجب هو أن لا يزيد عليه.

ص: ١٩١

و جعله فى المكتب بأجره، أو فى صنعه، و قرض ماله إذا خشى تلفه من غرق، أو نهب، و شبهه ف يأخذ عليه رهنا بحفظ قيمته فإن تعذر أقرضه من الثقة. و لا- يجوز قرضه مع الأمن، و لو احتاج الى نقله جاز إقرضه خوفا من الطريق، و كذا لو خاف تلفه بتناول مدته و لم يتمكن من بيعه، أو تعييه كتسويس التمر، و عفن الحنطة. قوله: (و قرض ماله إذا خشى تلفه من غرق أو نهب و شبهه، ف يأخذ عليه رهنا لحفظ قيمته، فإن تعذر أقرض من الثقة).

و لا يبعد وجوب الإقراض إذا ظهرت أمارات حصول التلف، و إذا قلنا:

إن أداء الدين من الوكيل به بغير إشهاد تفريط، يلزم القول بوجوب الأشهاد هنا حذرا من التفريط، و كما يجوز ذلك للوصى يجوز للحاكم مع عدمه، بل أولى، و كذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمهما، و لا ضمان فى مواضع الجواز.

قوله: (و لو احتاج الى نقله جاز إقرضه خوفا من الطريق).

فيقرضه من الثقة الملى، و ليكن إقرضه فى هذه الحالة على قصد حفظه، و الفرق بين هذه و التى قبلها: أن الإقراض هناك من غير سفر مع ظهور علامات الخوف، و الإقراض هنا لأن الطريق مظنه السارق و قاطع الطريق و نحوهما، و إن كانت أمارات الأمن موجودة، إذ لا يجوز السفر مع أمارات الخوف.

قوله: (و كذا إن خاف تلفه بتناول مدته و لم يتمكن من بيعه).

أى: و كذا يقرضه من الثقة الملى لو خاف تلفه بتناول مدته و نحو ذلك إذا لم يتمكن من بيعه.

قوله: (أو تعييه كتسويس التمر و عفن الحنطة).

معطوف على (تلفه)، أى: و كذا إن خاف تعييه و إن لم يخف التلف يقرض من الثقة.

و لو أراد الولي السفر كان له إقراضه، فإن تمكن من أخذ الرهن وجب و إلا فلا. و للأب الاستنابه فيما يتولى مثله فعله، و الأقرب في الوصي ذلك. و يقبل قول الولي في الإنفاق بالمعروف على الصبي، أو ماله، قوله: (و لو أراد الولي السفر كان له إقراضه).

و لا يجوز له في هذه الحالة نقله، لأن الطريق مظنه العطب، إلا مع الحاجة، و جواز القرض هنا غير مشروط بالخوف، إذ سفر الولي معرض المال للضياع، فيجوز إقراضه.

قوله: (فإن تمكن من أخذ الرهن وجب و إلا فلا).

أى: إن تمكن من أخذ الرهن في جميع ما سلف وجب، و بدونه يكون مفرطاً، و إلا سقط.

قوله: (و للأب الاستنابه فيما يتولى مثله فعله).

لأن ذلك مما جرت العاده بمثله، و لا يعدّ بذلك مقصراً.

قوله: (و الأقرب في الوصي ذلك).

وجه القرب: أنه قائم مقام الأب، فيجوز له ما يجوز له، و لما قلناه من جريان العاده بالاستنابه في مثله، و هو الأصح. أما ما لا يقدر مثله على فعله، أو لم تجر العاده بتولى مثله له، فإنه تجوز الاستنابه له قطعاً.

قوله: (و يقبل قول الولي في الإنفاق بالمعروف على الصبي أو ماله).

أى: أو في الإنفاق على ماله، و إنما يقبل قوله باليمين، نص عليه في التذكرة (١)، و لانه مدّع، فلا أقل من اليمين في جانبه.

ص: ١٩٣

و البيع للمصلحه، و القرض لها، و التلف من غير تفريط، سواء كان أبا أو غيره على اشكال. و هل يصح بيع المميز و شراؤه مع اذن الولى؟ نظر.

الفصل الثانى: فى المجنون و السفیه

الفصل الثانى: فى المجنون و السفیه:

أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات جمع، المالىه و غيرها، و أمره الى الأب و الجد له و إن علا، فإن فقدا فالوصى، فإن فقد فالحاكم، و للولى التصرف فى ماله بالغبطه.

قوله: (سواء كان أبا أو غيره على إشكال).

الإشكال فى غير الأب، و منشؤه: من أصاله الصحه فى تصرف المسلم، و لأنه منصوب لفعل ما يعتقده مصلحه، فليرجع إليه فيه إذا تعسر إقامه البينه على ذلك، و لأنه أمين، و من أصاله بقاء الملك على مالكة إلى أن يثبت الناقل، و الأول أقوى.

قوله: (و هل يصح بيع المميز و شراؤه مع إذن الولى؟ نظر).

ينشأ: من أن البلوغ شرط، لا اعتبار الصيغه، و من أن إذن الولى مصير لها بمنزله الصيغه من البالغ - و ليس ببعيد البناء على أن أفعال الصبى و أقواله شرعيه أم لا - و الأصح أنه لا يصح.

قوله: (و أمره إلى الأب و الجد و إن علا، فإن فقدا فالوصى، فإن فقد فالحاكم).

إن بلغ فاسد العقل فلا بحث فى أن الولاية عليه (كما ذكره المصنف، أما إذا كمل بالغائم تجدد جنونه، فالذى يقتضيه صحيح النظر أن الولاية عليه) (1) للحاكم، لزوال ولاية الأب و الجد بالكمال، فثبوتها يحتاج إلى دليل.

ص: ١٩٤

و حكمه حكم الصبى فيما تقدم، إلا الطلاق فإن للولى أن يطلق عنه، وإلا البيع فإنه لا ينفذ و إن أذن له الولى، و له أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها.

و أما السفیه فهو الذى يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء، و يمنع من التصرفات الماليه، و إن ناسبت أفعال العقلاء قوله: (و حكمه حكم الصبى فيما تقدم، إلا الطلاق، فإنّ للولى أن يطلق عنه، و إلا البيع فإنه لا ينفذ و إن أذن له الولى).

لما لم يكن الصبى فى محل الاحتياج إلى الطلاق لم يتصور أن يتولاه الولى عنه، بخلاف المجنون، و لأن للصبا مدته ينتظر زواله بعدها، بخلاف الجنون فإنه لا أمد له يرتقب زواله فيه.

و لا يخفى أن الطلاق عن المجنون إنما يسوغ مع المصلحه، و كما يستثنى الطلاق من مشابهه المجنون للصبى فى الأحكام، فكذا البيع، فإنه لا ينفذ من المجنون و إذن له الولى، بخلاف الصبى، فقد سبق التردد فيه، و الفرق أن المجنون كغير المميز، فلا أثر لعبارته و لا قصد له.

قوله: (و أما السفیه فهو: الذى يصرف أمواله على غير الوجه الملائم لأفعال العقلاء).

المراد: أن شأنه ذلك، فلا يعتد بوقوع ذلك مره و نحوها، إذ الغلط و الانخداع سار فى أكثر الناس.

قوله: (و يمنع من التصرفات الماليه و إن ناسبت أفعال العقلاء).

لا فرق فى ذلك بين الذكر و الأنثى، بل الأنثى أشد، إذ هى إلى نقصان العقل و الانخداع أقرب، و من ثم ذهب بعض العامه إلى بقاء الحجر عليها و إن بلغت رشیده (1).

ص: ١٩٥

١- (١) انظر: المغنى لابن قدامه ٤: ٥٦٠ مسأله ٣٤٧٣، و شرح الكبير مع المغنى ٤: ٥٦٠.

كالبيع و الشراء بالعين، أو الذمه، و الوقف و الهبة، و الإقرار بالدين و العين و النكاح، فإن عقد لم يمض.

و هل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، و لا يزول إلا بحكمه، فإن اشترى بعد الحجر فهو باطل.

قوله: (و النكاح).

الظاهر أنه لا- فرق فيه بين الرجل و المرأة، لأن النكاح يقتضى الصداق، فهو تصرف مالى من طرفهما، فالزوج يلتزمه و الزوجه تجعل البضع فى مقابله، فهو ملحق بالأشياء المتقومه، و لهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح، بل الولي لا يصح منه ذلك إلا بالمصلحه، فالحاصل أنه تصرف مالى.

قوله: (و هل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه؟ الأقرب الأول، و لا يزول إلا بحكمه).

هنا أقوال:

أ: ما ذكره المصنف هنا.

ب: توقفه على حكم الحاكم و زواله بزوال السفه، و يظهر من كلام الشهيد فى شرح الإرشاد وجوده قولاً.

ج: ثبوته بمجرد السفه، و توقف الزوال على الحكم يوجد فى بعض كلام الشهيد (١).

د: ثبوته بظهور السفه و انتفاؤه بانتفائه، و ذلك حيث يقطع بالأمرين، و هو الأصح، لظاهر قوله تعالى (فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا) (٢) الآية، أثبت عليه الولايه بمجرد السفه، فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل.

ص: ١٩٦

١- ١) اللمعه: ١٤٢. [١]

٢- ٢) النساء: ٦.

و يسترد البائع سلعته إن وجدها، وإلا فهي ضائعه إن قبضها بإذنه، عالما كان البائع أو جاهلا و إن فك حجره، إذا تقرر هذا ففي الذي يلي ما له قولان:

أ: أنه الحاكم، سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيها، لتوقف الحجر و زواله على حكم الحاكم، فيكون النظر إليه.

ب: أنه إن بلغ سفيها فالولاية للأب و الجد، (ثم وصى أحدهما، ثم الحاكم، و إن بلغ رشيدا ثم تجدد سفه فالأمر فيه الى الحاكم دون الأب و الجد) (١)، و هذا هو الأصح.

نعم، لو قلنا بتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم، أتجه كون الولاية له مطلقا، مع إمكان كونها للأب و الجد فيمن بلغ سفيها، إذ لا بد في اعتبار حكم الحاكم في ثبوت السفه و عدم زواله، لأن الأمارات قد يقع الغلط فيها.

و يضعف: بأن البحث على تقدير الجزم، ثم إن من بلغ سفيها يكفي في حكمه استصحاب ما كان إذا لم يعلم الناقل.

و فيه نظر، إذ لا بد من البحث عن زوال المقتضى للحجر و عدمه، فإذا اشتبه الأمر على الأب رجع إلى الحاكم، على أن التبذير و إصلاح المال من الأمور التي لا تكاد تخفى على ذي بصيره.

قوله: (و إلا فهي ضائعه إن قبضها باذنه، عالما كان البائع أو جاهلا و إن فك حجره).

أى: و إن لم يجدها فهي ضائعه إن قبضها بإذنه، لأن قبضها بإذنه في البيع تسليط على التصرف و الإلتلاف، غايه ما في الباب أنه لم يكن مجانا، بل بعوض، و وجود السفه مانع من ثبوت العوض. و لا فرق في ذلك بين كون البائع عالما أو جاهلا، لأن تسليطه غيره على إلتلاف ماله قبل اختبار حاله، و علمه بأن العوض المبذول منه ثابت أولا تضييع لما له و تقصير في حفظه. و كذا لا فرق بين

ص: ١٩٧

١- ١) ما بين القوسين لم يرد في «م» و أثبتناه من «ق».

و كذا لو اقترض و أتلف المال. و لو أذن له الولي صحح إن عيّن، و إلا فلغو، و كذا يجوز لو باع فأجاز الولي. و لو أتلف ما أودع قبل الحجر، أو غضب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً بقاء حجره بعد ذلك و فكّه، لعدم اللزوم في وقت الإتلاف، فلا يلزم بعد الفك، فقول المصنف: (و ان فك حجره) و صلى.

و اعلم: أنه لو قبض بغير إذن المالك، فهو ملحق بغيره من القبض عدواناً، إذ التسليط بالإقباض على الوجه المعين لا لمجرد البيع.

قوله: (و كذا لو اقترض و أتلف المال).

لأن الإقراض تسليط على الإتلاف، و كذا كل ما يضمن التسليط على الإتلاف من المالك، و مثل السفية في ذلك الصبي و المجنون بطريق أولى.

قوله: (و لو أذن الولي صحح إن عيّن، و إلا فلغو).

إذا أذن الولي للسفيه في التصرف، فإن أطلق كان لغوا- لأنه لو صحّ فات الغرض من الحجر عليه- و إن عيّن نوعاً من التصرف و قدر العوض، كأن قال له: بع الشيء الفلاني بكذا و انكح فلانه بكذا صحّ، لأن المانع ليس إلا خوف المحذور من إتلاف المال و هو مندفع بما قلناه، و قرّبه المصنف في التذكرة (١).

و معلوم أن اعتبار إذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه، بل أولى.

قوله: (و كذا يجوز لو باع فأجاز الولي).

لما قلناه: من أنه بالغ مكلف، غايه ما في الباب منعه لخوف إتلاف المال، و هو منتف هنا.

قوله: (و لو أتلف ما أودع قبل الحجر، أو غضب بعده، أو أتلف مال غيره مطلقاً ضمن).

ص: ١٩٨

أى: لو أتلّف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن، إذ لا- تسليط على الإلتلاف هنا من المالك، ولا- تعريض للإلتلاف، لكونه حينئذ غير محجور فيضمن، لأن إلتلاف مال الغير سبب في الضمان.

و يفهم من قوله: (ما أودع قبل الحجر) أن ما أودعه بعد الحجر لا يضمّنه بالإلتلاف، وهو فتوى الإرشاد (1)، لتعريض مالكة إياه للإلتلاف، و لظاهر قوله تعالى (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (2) و احتمله في التحرير (3) و لم يصرّح بفتوى.

و اختار في التذكرة (4) الضمان بما حصل في يده من المال باختيار صاحبه، من غير تسليط على الإلتلاف، كالوديعة و العاريه إن أتلّفه أو أتلّف بتفريطه، لعموم:

«على اليد ما أخذت» (5)، و لأن الإلتلاف سبب الضمان، و المالك لم يسلط عليه، و لا يلزم من تسليمه باختيار صاحبه أن يكون الإلتلاف باختياره.

لكن في قول المصنف: (أو أتلّف مال غيره مطلقاً)- أى: قبل الحجر أو بعده-(ضمن) ما يقتضى أنه لو أتلّف الوديعة أو العاريه و نحوهما، مما لم يسلط المالك على الإلتلاف فيه يضمن، فيبقى المفهوم في قوله: (قبل الحجر) مقصوراً على ما إذا فُزط في الحفظ، فتكون فتوى القواعد تضمينه بالإلتلاف لا بالتفريط، و الأصح الضمان مطلقاً.

و لا يكاد يفرق بين الإلتلاف و التفريط، فإنه إلتلاف، و من الأمور المستبعده تضمينه بالغصب و عدم تضمينه بالإلتلاف للوديعة، مع كونه أبلغ منه و أفحش، على أنّ وضع اليد حال الإلتلاف غصب.

١- ١) الإرشاد: ١٣١ (مخطوط).

٢- ٢) النساء: ٥. [١]

٣- ٣) التحرير ٢١٩: ١. [٢]

٤- ٤) التذكرة ٧٨: ٢. [٣]

٥- ٥) سنن الترمذى ٣٦٨: ٢، [٤] سنن البيهقى ٩٥: ٦، سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ١٣، ١٢، ٨: ٥، مستدرک الحاكم ٤٧: ٢.

و لو أقرّ بدين لم ينفذ، سواء أسنده الى ما قبل الحجر أو لا، وكذا لو أقرّ بإتلاف مال أو بجنايه توجب مالا.

و يصح طلاقه، و لعانه، و ظهاره، و رجعتة، و خلعه، و لا يسلم مال الخلع اليه، و إقراره بالنسب، و حكم الصبى و المجنون- لو أتلفا مال غيرهما، أو غصباه فتلف في يدهما- في وجوب الضمان في مالهما كحكم السفية، و كذا في انتفاء الضمان فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه مع التسليط على الإتلاف، كالبيع و القرض.

أما الوديعه و العاريه و نحوهما إذا أتلفاهما، أو تلفت بتفريطهما، ففي الضمان تردد، و قرّب المصنف في التذكرة (١) و التحرير (٢) عدم الضمان، لكن ضمان الصبى المميز إذا باشر الإتلاف قوياً، و التفريط لا يكاد يقصر عن الإتلاف، أما غير المميز و المجنون فهما كسائر الحيوانات.

قوله: (و يصح طلاقه).

لأن التصرف فيه لا يصادف المال.

قوله: (و إقراره بالنسب).

إذ لا يستلزم التصرف بالمال.

فرع: إقرار السفية بالمال غير نافذ حال الحجر، فإذا زال فظاهرهم أنه لا يؤخذ به، لكن فيما بينه و بين الله يجب عليه الأداء إن كان حقاً، صرح بذلك في التذكرة (٣).

و يمكن توجيهه بكون إقراره حينئذ لغواً، فلا يعتد به حال الحجر و لا بعده، و لو ادعى عليه بمال، فمع الحجج الشرعيه يجب، و هل يجب باليمين المردوده؟ يبنى على أنها كاليمينه أو كالإقرار، فيجب على الأول، لا الثانى.

ص: ٢٠٠

١- (١) التذكرة ٢: ٧٨. [١]

٢- (٢) التحرير ١: ٢١٩. [٢]

٣- (٣) التذكرة ٢: ٧٩. [٣]

و ينفق على من استلحقه من بيت المال، و بما يوجب القصاص، و لو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال. و لو وكله غيره في بيع أو هبه جاز، لبقاء أهليه التصرف. و للولى أن يشتري له جاريه ينكحها مع المصلحة، فإن تبرم بها أبدلت، و هو في العبادات كالرشيد، إلا أنه لا يفرق الزكاه بنفسه.

و ينعقد إحرامه في الواجب قوله: (و ينفق على من استلحقه من بيت المال).

جواب عن سؤال، تقديره: أن الإقرار بالنسب يقتضى ثبوت النفقه، فيجب أن لا ينفذ، لأنه إقرار بما يتضمن التصرف في المال. و الجواب: أن النسب يثبت بالنسبه إلى ما عدا المال، فينفق حينئذ على المقرّبه من بيت المال، لعدم ثبوت استحقاق النفقه من مال السفیه.

و في حواشى شيخنا الشهيد: أنه لو قيل: يكون من ماله لكان حسنا، لأن النسب قد ثبت، فثبت النفقه تبعاً، و لأن في ذلك إضراراً لجميع المسلمين لأجل قول واحد.

و جوابه: أن النسب إنما يثبت بالنسبه إلى ما عدا المال، و بيت مال المسلمين لمصالح المسلمين، و هذا منهم، فلا- يتصور أن يقال: وجوب النفقه إضراراً بالمسلمين، و إلا لقليل في كل فرد منهم مثل هذا.

قوله: (و لو صولح فيه على مال، فالأقرب ثبوت المال).

وجه القرب: أن فيه حفظ نفسه، و هو أولى من حفظ المال. و يحتمل العدم، لأن ذلك مفوّت للغرض من الحجر، لا مكان أن يتواطأ مع المقرّ له على الإقرار، ثم الصلح توصلاً إلى الغرض الفاسد.

و جوابه: اندفاع ذلك بقرائن الأحوال، فإنّ المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى، و لا يلتبس بمن يحاول المال، فيصح الصلح، إلا مع حصول الربيه.

قوله: (و ينعقد إحرامه في الواجب مطلقاً).

مطلقاً، و في التطوع إن استوت نفقته سفراً و حضراً، أو أمكنه تكسب الزائد، و إلا حلله الولي بالصوم. أي: سواء استوت النفقه، أو زادت نفقه السفر.

قوله: (و في التطوع إن استوت نفقته سفراً و حضراً، أو أمكنه تكسب الزائد).

لا بحث مع الاستواء، أما مع تكسب الزائد، فإنه يرد عليه: أن ما يكتسبه مال، فيتعلق الحجر به.

و جوابه: أنه قبل الاكتساب لم يكن مالا، و بعده صار محتاجاً إلى زياده النفقه. و أيضاً فإنّ الاكتساب غير واجب على السفيه، و ليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به.

قوله: (و إلا حلله الولي بالصوم).

أي: و إن لم تستو النفقتان و لا أمكنه تكسب الزائد، حلله الولي بالصوم كالمحصور، قال في التذكرة: إذا جعلنا لدم الإحصار بدلاً (١)، و ظاهر قوله:

(حلله) تعين ذلك، و هو الذي يقتضيه الحجر، لحفظ المال، و ظاهر التذكرة (٢) و التحرير (٣) أنّ له كلاً من الأمرين.

إذا تقرر ذلك، فالصوم الذي يحلله الولي به على ما سبق في الحج عشره أيام، و هي بدل الهدى، كهدى التمتع، من غير اعتبار للتوالي و الزمان، و كونه في الحج و عدم ذلك، و نقل شيخنا الشهيد: أن في روايه ثمانيه عشر يوماً.

فان قلنا ببديله الصوم عن هدى الإحصار فلا بحث، و إلا فاللازم أحد الأمرين: إما بقاؤه على إحصاره إلى زمان الفك، أو القول بأنّ إحصاره في هذه الحاله فاسد، لاستلزامه التصرف في المال.

ص: ٢٠٢

١- (١) التذكرة ٨٠: ٢. [١]

٢- (٢) المصدر السابق.

٣- (٣) التحرير ٢١٩: ١.

و ينعقد يمينه، فإن حث كفر بالصوم، و له أن يعفو عن القصاص لا السديه و الأرش، و الولاية في ماله للحاكم خاصة. و لو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر، و هكذا.

الفصل الثالث: في المملوك

الفصل الثالث: في المملوك:

المملوك ممنوع من التصرف في نفسه، و ما في يده بيع، و اجاره، و استدانه، و غير ذلك من جميع العقود، إلا بإذن مولاه، عدا الطلاق فإن له إيقاعه و إن كره المولى. و الأقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبه، و أرش الجنايه على رأى، أو غيرهما، و سواء ملكه مولاه على رأى أو لا. قوله: (و الولاية في ماله للحاكم خاصة).

الأصح أن ذلك إذا تجدد سفهه بعد البلوغ رشيداً، و إلا فالولاية للأب و الجد له، ثم لو وصى أحدهما.

قوله: (عدا الطلاق، فإن له إيقاعه و إن كره المولى).

لأن الطلاق بيد من أخذ بالساق.

قوله: (و الأقرب أنه لا يملك شيئاً، سواء كان فاضل الضريبه و أرش الجنايه على رأى، أو غيرهما، و سواء ملكه مولاه على رأى أو لا).

الضريبه: فعيله من الضرب، و هو: ما يضربه المولى على العبد، و يقاطعه عليه من كسبه، في كل يوم أو في كل أسبوع، و نحو ذلك، فإن الفاضل عنه من الكسب هو فاضل الضريبه، فقد قيل: بأن العبد يملكه (١)، و كذا قيل: إنه يملك أرش الجنايه عليه، و قيل: يملك إذا ملكه المولى. و الأصح عدم ملكه بحال، لآيه (٢) الداله على أن العبد المملوك لا يقدر على شىء، و من جملته قدره على تلك المذكورات، فيكون النفي شاملاً لذلك.

ص: ٢٠٣

١-١) قال به الصدوق في المقنع: ١٦١، و المحقق في المختصر النافع: ١٣٢.

٢-٢) النحل: ٧٥. [١]

ولا- تصح له الاستدانه، فإن استدان بدون اذن مولاه استعيد، فإن تلف فهو فى ذمته، إن عتق أذاه و إلا ضاع، سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أو لا.

و لو أذن له مولاه فى الاستدانه لزم المولى إن استبقاه، أو باعه.

و لو أعتقه فالأقوى إلزام المولى، و يتشارك غرماؤه و غرماء المولى فى التركه القاصره على النسبه.

و لو أذن له فى التجاره لم يجز التعدى فيما حدّه، و ينصرف الاذن فى الابتياح الى النقد، و له النسيه إن أذن فيها، فيثبت الثمن فى ذمه المولى.

قوله: (و لو أعتقه فالأقوى إلزام المولى).

هذا هو الأصح، و للشيخ قول بلزوم العبد (1)، و اختاره المصنف فى المختلف (2)، تعويلا على روايه (3) لا دلالة فيها.

و اعلم: أن نظم العباره غير حسن، لأن ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه فى لزوم الدين المولى يقتضى النفى عما عداهما، مع أن مختاره مع العتق اللزوم أيضا، فلو قال: و كذا لو أعتقه على الأقوى لكان أحسن.

قوله: (و يتشارك غرماؤه و غرماء المولى).

الجميع غرماء المولى، لأن الدين لزم ذمته، فإطلاق غرماء العبد عليهم بالمجاز لوقوع الاستدانه منه.

قوله: (و ينصرف الاذن فى الابتياح إلى النقد).

لأنه الغالب، و لأن النسيه غير مرغوبه غالبا، و لأنها معرضه للتلف و الضياع.

ص: ٢٠٤

١- (١) النهاية: ٣١١.

٢- (٢) المختلف: ٤١٤.

٣- (٣) التهذيب ٨: ٢٤٨ حديث ٨٩٥، الاستبصار ٤: ٢٠ حديث ٦٤.

و لو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه. و ليس له الاستدانه، إلا مع ضروره التجاره المأذون فيها له فيلزم المولى، و غيره يتبع به بعد العتق، و إلا ضاع، و لا يستسعى على رأى. قوله: (و لو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه).

لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد.

قوله: (و ليس له الاستدانه، إلا مع ضروره التجاره المأذون فيها له، فيلزم المولى، و غيره يتبع به بعد العتق).

أى: ليس للعبد الاستدانه مع عدم الاذن، بدليل ما سبق، إلا- مع اقتضاء ضروره التجاره المأذون فيها الاستدانه، فحينئذ يلزم ما استدانه- للضروره- المولى، لأن الاذن فى التجاره يستلزم الاذن فى جميع ضرورياتها، كنقل المتاع، و حمله، و اجره حافظه و نحوها، مع الاحتياج إلى ذلك.

و غير المستدان لضروره التجاره المأذون فيها إذا تلفت عينه، يتبع به العبد بعد العتق إن عتق، و يندرج فى (غيره) شيان: ما استدانه لا لضروره التجاره المأذون فيها، و ما استدانه لغير المأذون فيها مطلقاً.

إذا عرفت ذلك، فالضمير فى قوله: (فيلزم المولى) يعود إلى ما دل عليه قوله: (الا مع ضروره التجاره المأذون فيها) أعنى: ما استدانه، و كذا ضمير (غيره).

قوله: (و الأ ضاع).

معطوف على محذوف، يدل عليه قوله: (بعد العتق) أى: ان أعتق، و إن لم يعتق ضاع ذلك الدين فى الدنيا.

قوله: (و لا يستسعى على رأى).

هذا هو الأصح، لأن ما يحصل بسعيه ملك المولى، و قد علم أن أداء هذا الدين ليس على المولى. و قال الشيخ: يستسعى (1)، و ابن حمزه: إن لم يعلم المدين

ص: ٢٠٥

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون، ولو أخذ المولى ما استدانه و تلف فى يده تخيّر المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، و إلزام المولى معجلاً. و يستعيد المقرض و البائع العين لو لم يأذن المولى فيهما، فإن تلفت طو لب بعد العتق.

و لو أذن له المولى فى الشراء لنفسه ففى تملكه اشكال. عدم الاذن (1)، و هما ضعيفان.

قوله: (و لو أخذ المولى ما استدانه و تلف فى يده، تخيّر المقرض بين اتباع العبد بعد العتق، و إلزام المولى معجلاً).

لأن كل واحد منهما أثبت يده على ماله عدواناً، فلو تبع العبد بعد العتق و أغرمه، فله الرجوع على المولى، لأن إقرار التلف فى يده، و لو غرّه العبد، بأن قال: هذا ملكى أو كسبى، فلا رجوع له، و لو أغرم المولى فى هذه الحالة، فإن أغرمه قبل العتق فلا شىء له، و إن أغرمه بعد العتق فليس ببعيد رجوعه على العبد. و مثله: لو أخذ المولى ثم رده على العبد، فتلف فى يده.

قوله: (و يستعيد المقرض و البائع العين لو لم يأذن المولى فيهما).

أى: فى القرض و البيع، لدلاله الكلام عليهما.

قوله: (و لو أذن له المولى فى الشراء لنفسه، ففى تملكه إشكال).

الضمير فى (تملكه) يعود إلى (المولى)، لأن العبد لا يملك عند المصنف كما سبق. و منشأ الاشكال: من أن الاذن فى الشراء لنفسه فاسد، فلا تترتب عليه صحه البيع، فلا يثبت بيع الملك للمولى، و من حيث أن الاذن فى الشراء لنفسه تضمن أمرين: مطلق الاذن فى الشراء، و تقييده بكونه لنفسه، فإذا بطل القيد بقى المطلق، و إذا كان الشراء فى الجملة مأذوناً فيه، أثمر الملك للمولى.

و يضعف: بأن الاذن، إنما تعلق بأمر واحد، و هو: شراء مخصوص للعبد،

ص: ٢٠٦

و هل يستتبع العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الاذن. و إذا أذن له فى التجاره جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع الى المحرز، و الرد بالعيب. و ليس له أن ينكح و لا يؤاجر نفسه، و قد انتفى بامتناعه، فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه، فلا يثمر ملكا للمولى، و هو الأصح.

قوله: (و هل يستتبع العبد البضع؟ الأقرب ذلك، لا من حيث الملك، بل لاستلزامه الاذن).

كأن قوله: (لا من حيث الملك.) جواب عن سؤال، تقديره: حيث انتفى الملك، فكيف يستتبع الوطاء؟ و جوابه: أن الاستباحه ليست من حيث الملك، بل لاستلزام الاذن فى الشراء لنفسه الاذن فى الوطاء، لأنها إذا كانت مملوكه له كانت جميع التصرفات حلالا له، فإذا بطل الإذن الأول، لم يلزم بطلان الثانى.

و ليس بشىء، لأن المأذون فيه هو الشراء لنفسه، فإذا تحقق استلزم (1) إباحه التصرفات، أما الاذن فيها فغير حاصل، و هذا تفرع على ثبوت الملك للمولى، و هو ضعيف مبنى على ضعيف.

قوله: (و إذا أذن له فى التجاره، جاز كلما يندرج تحت اسمها أو استلزمته، كحمل المتاع إلى المحرز و الرد بالعيب).

كأنه أراد بالاندراج ما يعم الدلاله الالتزاميه، فإن حمل المتاع إلى المحرز ليس من جمله أقسام التجاره، إذ التجاره هى الاكتساب و هذا من مقدماته.

قوله: (و ليس له أن ينكح و لا يؤاجر نفسه).

لعدم تناول الاذن فى التجاره لشيء منهما، و لأنه لا يملك التصرف فى

ص: ٢٠٧

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

و الأقرب ان له أن يؤجر أموال التجاره. و لو قصر الاذن فى نوع أو مده لم يعم، و لا- يتصدق، و لا- ينفق على نفسه من مال التجاره، و لا يعامل سيده بيعا و لا شراء-خلافًا للمكاتب- منفعته، فيتوقف على الاذن.

إن قيل: الاذن فى التجاره يعم وجوه الاكتساب، و هذا من جملتها.

قلت: المتبادر من الاذن له فى التجاره الاكتساب بشيء آخر، فلا يكون اللفظ متناولًا للاكتساب بمنفعته.

قوله: (و الأقرب أن له أن يؤجر أموال التجاره).

وجه القرب: أن ذلك من جملة وجوه الاكتسابات بالمال، فيتناولها الاذن. و يحتمل ضعيفا العدم، توهمًا أن التجاره هى البيع، فلا يتناول الاذن فيهما الإجاره، و الأصح الأول.

قوله: (و لا يتصدق).

قال فى التذكرة: إلا مع علم انتفاء كراهيه المولى (١)، و هو حسن.

قوله: (و لا ينفق على نفسه من مال التجاره).

لأنه مناف لمقصود التجاره، و عند أبى حنيفه يجوز، فان اضطرّ و لم يمكنه الاستئذان فيه و فى القرض للإنفاق، أمكن أن يكون ذلك من ضروريات التجاره. و لو استأذن الحاكم فى الإقراض أو الإنفاق مع تعذره و تعذر مراجعه المولى، فلا كلام فى الجواز. و كذا لو تعذر ذلك كله و بلغ حد الضروره، فإن له دفعها.

قوله: (و لا يعامل سيده بيعا و لا شراء خلافًا للمكاتب).

لأن تصرفه لسيده، و لا كذلك المكاتب، لانقطاع سلطنه المولى عنه و كون تصرفه لنفسه، و قال أبو حنيفه بالجواز (٢).

ص: ٢٠٨

١- (١) التذكرة ٢:٩٠. [١]

٢- (٢) بدائع الصنائع ٧:١٧١.

و لا يضم ما اكتسبه بالاحتطاب و الاصطياد الى مال التجاره. و هل ينعزل بالإباق؟نظر،و لا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدته بيعه و شرائه،و إذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما فى يده، و يقبل إقراره بديون المعامله فى قدر ما اذن له لا أزيد، قوله: (و لا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب و الاصطياد إلى مال التجاره).

لعدم تعلق الاذن به،و لو عمم كان له أن يضمه.

قوله: (و هل ينعزل بالإباق؟نظر).

ينشأ:من أن الأصل بقاء حكم الاذن عملا بالاستصحاب،و من شهاده الحال بأن السيد لا يرضى بالاذن بعد الإباق،و لأن الشارع نزله منزله الموت، و لهذا يزول نكاحه عن امرأته.و يضعف بأن التمسك بصريح الإذن أقوى،إلى أن يتحقق العزل.

قوله: (و لا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدته بيعه و شرائه،و إذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عمّا فى يده).

خالف فى الحكمين أبو حنيفه (١).

قوله: (و يقبل إقراره بديون المعامله فى قدر ما اذن له لا أزيد).

فإن أقر بأن فى ذمته لزيد مقدارا من ثمن مبيع،قيل:إن لم يتجاوز مقدار المأذون فيه،لأن المأذون فيه جائز له،فيكون مقبولا،بخلاف ما سواه.

و يحتمل عدم القبول إن لم يصدقه المولى،لأن الإذن له فى المعامله لا يستلزم قبول إقراره على المولى.

و التحقيق،أن هذا المبحث يحتاج إلى التحرير:فإن أريد:أن السيد إذا أذن لعبده فى المعامله بمقدار كذا،و دفع إليه مالا ليّتجر به،فعاد و بيده أعواض يدعى أنه اشتراها فى ذمته،و أن دينها باق،و ادعى تلف ما كان بيده،أنه يقبل

ص:٢٠٩

١-١) بدائع الصنائع ١٩٢:٧،اللباب ٦٧:٢،المبسوط للسرخسى ١١:٢٥.

سواء أقر للأجنبي أو لأبيه أو لابنه. و لا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن، ما لم يسمع من السيد أو تقوم به بينه إقراره هنا على السيد فهو مستبعد جدا مع إنكاره ذلك.

و إن أريد: أن السيد إذا أذن له في التجاره و المعامله بمقدار كذا، و لم يدفع إليه شيئا، فعاد و بيده أعواض، يدعى شراءها في ذمته و بقاء الثمن، أنه يقبل إقراره فهو قريب، نظرا إلى شهاده الحال و مقتضى الاذن، و لتضرر معاملة لو لم يقبل.

و الأصح: أنه لا يمضى إقراره على المولى، و شهاده الحال ليست حجه، لشغل الذمه الخاليه، و الضرر (١) يندفع بالإشهاد، و ليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل.

نعم، يشكل الحال لو أقر العبد المأذون: بأن ما فى يده ملك لفلان (وديعه أو غصبا و نحوهما، فإن فى القبول و عدمه إشكالا، يلتفت إلى أنّ الإقرار على ما فى يده) (٢) لا على المولى، و قد صارت يده بالاذن كيد الوكيل، و أن ما بيده لمولاه.

قوله: (سواء أقر لأجنبي أو لأبيه أو لابنه).

و قال أبو حنيفه: لا يقبل إقراره لهما (٣)، و لا يخفى أن الإقرار لو كان بغير دين المعامله، أو من غير المأذون لا يقبل.

فرع: لو أقر المأذون بدين اقتضته ضرورات التجاره، فعلى القول بالقبول فى المسأله السابقه يجب القبول هنا، و لا يتقيد بمقدار المأذون بالتجاره فيه، لأن ضرورات التجارات لا تنحصر فى مقدار.

قوله: (و لا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن، ما لم يسمع من السيد، أو يقيم به بينه عادله).

ص: ٢١٠

١- ١) فى «س» و «م»: و الضروره، و ما أثبتناه هو الصحيح.

٢- ٢) ما بين القوسين لم يرد فى «ق».

٣- ٣) المبسوط للسرخسى ٨٠: ٢٥.

عادله، و الأقرب قبول الشيعاء. و لو عرف كونه مأذونا، ثم قال:حجر على السيد لم يعامل، أى:لا يجوز ذلك، ما لم يسمع مرید معاملته من السيد الاذن له، أو يقيم العبد بالاذن بينه عادله، و عدم جزم (يقيم)لكون الجملة معطوفه على الجملة لا على المجزوم، و يكون الحكم محذوفاً، أى:أو يقيم به بينه عادله فيجوز.

قوله: (و الأقرب قبول الشيعاء).

لأن إقامه البينه على الاذن عند كل معاملة مما يتعذر، و يرد عليه مثله فى الشيعاء، لأن إخبار جماعه يشمر إخبارهم ظناً قويا متاخما للعلم عند كل معاملة، مما يتعذر أيضا، و ليس مطلق الإخبار شيعاء.

هذا مع أنه إن أريد قبول الشيعاء بحيث يحكم به على المولى لو أنكر فهو مشكل، لأنه سيأتى أن الشيعاء لضعفه لا يثبت به الملك الذى يد شخص آخر عليه، فكيف يحكم به على المولى فى قطع سلطنه الحجر على عبده، و خروج أملاكه عنه بتصرفه؟ نعم لو اعتبرنا فى الشيعاء حصول العلم بالإخبارات أتجه ذلك، لأنه أقوى من البينه حينئذ.

و إن أريد جواز المعامله بسببه، بحيث يرتفع المنع، و تكون الدعوى بين المولى و العبد لو أنكر باقيه، فهو متجه، لكن اشتراط حصول الشيعاء بجواز ذلك لا وجه له، بل لا يبعد الاكتفاء بخبر العدل الواحد، إذ الأصل فى إخبار المسلم الصحه، و قد تأكد بالعداله، بل لو أخبر من أثمر خبره الظن أمكن القبول، إذ ليس ذلك بأقل من خبر من يدعى الوكاله عن الغير فى بيع ماله، و ليس بأقل من خبر الصبى فى الهديه، و لو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه.

قوله: (و لو عرف كونه مأذونا، ثم قال:حجر على السيد لم يعامل).

لقبول إقراره فى عود الحجر، لأنه إقرار على نفسه.

فإن قال السيد: لم أحجر عليه احتمال أن لا يعامل لأنه العاقد و العقد باطل بزعمه، و المعامله أخذًا بقول السيد. و لو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجح المشتري على السيد، و لا يقبل إقرار غير المأذون بمال و لا حد، و هل يتعلق بذمته؟ قوله: (فان قال السيد: لم أحجر عليه احتمال أن لا يعامل، لأنه العاقد، و العقد باطل بزعمه، و المعامله أخذًا بقول السيد).

لا- شبهه في أنّ الحجر فعل السيد و حق له، و ليس للعبد فيه دخل و لا- يعتبر رضاه، كما لا يعتبر في ثبوت الاذن له إذا أذن له المولى، فلا- يعتد بمخالفته فيه للسيد، لأن السيد أحقّ بنفسه منه. نعم قد يتخيل أن صحه العقد منه متعذّره، لأن العقد بزعمه باطل، فلا يكون قاصدا إلى عقد صحيح.

و يردّه: أن الشرط لصحه العقد القصد إليه من حيث كونه صحيحا، للقطع بصحه مبايعه من ينكر صحه بيع الغائب-من العامه-هذا النوع من البيوع، و لجواز المتعه بالمرأه من المخالفين.

و الأصح: أنه إن قصد إلى العقد و لم يقصد إيقاعه باطلا يصح، و لا يلتفت إلى قول العبد.

قوله: (و لو ظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده، رجح المشتري على السيد).

لأن العهده عليه، فإنّ العبد لم يقبضه إلا للسيد، و يده يد ضمان.

قوله: (و لا يقبل إقرار غير المأذون بمال و لا حدّ).

في بعض النسخ: (بمال لا- حدّ) بغير واو، و كلاهما غير حسن، لأن نفي قبول الحد سيأتى في كلامه، فعلى نسخه و لا حدّ يلزم التكرار، و لا فائده في التقييد للمال بكونه لأحد، بل يضر، لأن المال المقرّر به لنحو المسجد و البقعه أيضا لا يقبل، فالتقييد يمنع العموم.

قوله: (و هل يتعلق بذمته؟ نظر).

نظر. ولا يقبل إقرار المأذون و غيره بالجنايه، سواء أوجبت قصاصا أو مالا، ولا بالحد، و لو صدّقه المولى فى ذلك فالأقرب النفوذ. ينشأ: من التردد فى كونه مسلوب أهليه الإقرار، فعبارة لا- غيه كعباره الصبى، أو الرقيه مانعه من النفوذ لحق الغير. و الحق الثانى، للقطع بكونه كامل التصرف لو لا حقّ المولى، فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار، فتعد لغوا، و لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، و العبد منهم، فيقبل إقراره بالإضافه إلى نفسه، و حينئذ فيؤاخذ به بعد العتق.

قوله: (و لا يقبل إقرار المأذون و غيره بالجنايه، سواء أوجبت قصاصا أو مالا).

لأن الاذن إنما تعلق بالتجاره دون ما عداها، و إقرار العبد على نفسه إقرار على سيده فلا ينفذ، لكن يتبع به.

قوله: (و لا بالحدّ).

لما قلناه: من أنه إقرار على المولى، و هل يتبع به، بحيث يكون هذا من جمله السبب المثبت للحدّ، حيث يعتبر تعدد الإقرار؟ لا يبعد القول بذلك للعموم السابق، نعم لو عدل عن الإقرار بعد العتق إلى تأويل اتجه السقوط، درءا للحد بالشبهه.

قوله: (و لو صدقه المولى فى ذلك، فالأقرب النفوذ).

وجه القرب: أن المانع إنما كان حقّ المولى و قد زال بتصديقه. و يحتمل -ضعيفا-العدم، لاحتمال سلب الأهليه، و لأن المولى لا يملك ثبوت الحد و القصاص عليه. و ليس بشىء، لأن المثبت إقراره، و مانعيه حق السيد زالت بتصديقه، و قوله: (فى ذلك) إشاره إلى ما سبق من الحدّ و القصاص.

ص: ٢١٣

و يحجر على المريض في التبرعات كالهبة، و الوقف، و الصدقة، و المحاباه، فلا تمضى إلا من ثلث تركته و إن كانت منجزه على رأى، بشرط موته في ذلك المرض، و إقراره كذلك إن كان متهما، و إلا فمن الأصل، سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأى. قوله: (و يحجر على المريض في التبرعات، كالهبة و الصدقة و الوقف و المحاباه).

المحاباه: مفاعله من الجبوه، و هي: العطيه، و المراد: أن يبيع بأقل من قيمه، أو يشتري بأزيد منها، فإن ذلك إعطاء للزائد.

قوله: (و إن كانت منجزه على رأى، بشرط موته في ذلك المرض).

هذا هو الأصح، عملا بصحيح الأخبار (1)، و لو برىء من مرضه ذلك ثم مات نفذت إجماعا.

قوله: (و إقراره كذلك إن كان متهما، و إلا فمن الأصل، سواء كان لأجنبي أو وارث على رأى).

هذا أحد الأقوال، و وراؤه أقوال آخر، و ما اختاره هنا هو اختيار نجم الدين في الشرائع (2)، و هو الأصح، عملا بالخبر و محافظه على حق الوارث، ففيه جمع بين الحقين. و المراد بتهمته: أن تشهد قرينه بكذبه في إقراره، فلو كان عدلا مأمونا اتجه منع التهمه، لأن العدالة تمنع من ارتكاب المحرم في تضييع حق الوارث حيث لا يجوز.

ص: ٢١٤

١ - ١) الكافي ٧: ٨ حديث ١٠، الفقيه ٤: ١٤٩ حديث ٥١٧، ٥١٨، التهذيب ٩: ١٨٦، ١٨٨ حديث ٧٤٨-٧٥٥، ٧٥١، الاستبصار ٤: ١٢١ حديث ٣٦٢.

٢ - ٢) شرائع الإسلام ٣: ١٥٢.

و إذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأى، و الأقرب إلحاق مال السلم و الجنايه به، قوله: (و إذا مات حلّ ما عليه من الديون، دون ماله على رأى).

أما الأول فإجماع، و أما الثانى فلانتفاء الدليل، و تمسك الشيخ (1) و جماعه (2) -على أن ما له يحلّ أيضا- بروايه أبى بصير، عن أبى عبد الله عليه السلام (3)، و فيه ضعف، و الأصحّ العدم.

قوله: (و الأقرب إلحاق مال السلم و الجنايه به).

وجه القرب: أنهما من جمله الديون التى عليه، فيحلّان بالموت كغيرهما، عملا بعموم النص. و يحتمل العدم، لأنّ الأجل فى السلم جزء من العوض، فلو حلّ مال السلم بالموت لزم نقصان العوض، و هو باطل، لانتفاء العمل بمقتضى العقد على ذلك التقدير.

و كذا القول فى مال الجنايه -أعنى: الديه- فإنّ الأجل فيها بتعيين الشارع، فبدونه لا يكون ديه. و يضعف بأن ذلك حق أسقطه الشارع بعد ثبوته بالمعاوضه و ضرب الديه، و دليل السقوط النص الدالّ بعمومه على الحلول (4)، فما ذكر اجتهاد فى مقابل النص.

لا يقال: تعارض عمومان، أعنى: عموم حلول الديون، و عموم تأجيل الديه و مال السلم، فيتساقطان و يرجع إلى الأجل.

لأننا نقول: ليسا عامين، بل عامّ و خاص، فإنّ الفردين من الديون أخص من مطلق الديون (5)، و لو تمّ ذلك لكان طريقا إلى بقاء الأجل فى كلّ فرد من أفراد الديون، و الأصحّ حلولهما كغيرهما.

ص: ٢١٥

١- ١) فى النهايه: ٣١٠.

٢- ٢) منهم: أبو الصلاح فى الكافى فى الفقه: ٣٣٣، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٦١: ٢.

٣- ٣) الكافى ٥: ٩٩ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٧.

٤- ٤) الكافى ٥: ٩٩ حديث ١، الفقيه ٣: ١١٦ حديث ٤٩٦، التهذيب ٦: ١٩٠ حديث ٤٠٧.

٥- ٥) فى «م»: فإنّ الفردين من الديون مطلقا.

فلا يحل المؤجل بالحجر. و ديون المتوفى متعلقه بتركته، و هل هو كتعلق الأرش برقبه الجانى، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال. و اعلم: أن الضمير فى قوله: (به) راجع إلى ما فى قوله: (ما عليه من الديون).

قوله: (و لا يحل المؤجل بالحجر).

لعدم الدليل، و القياس لا نقول به.

قوله: (و ديون المتوفى متعلقه بتركته، و هل هو كتعلق الأرش برقبه الجانى، أو كتعلق الدين بالرهن؟ احتمال).

لا شكّ أنّ دين المتوفى يتعلق بعد موته بتركته، لانحصار جهه الأداء فيها، لكن هل تعلقه بها تعلق الأرش برقبه الجانى، أو الدين بالرهن؟ كلّ محتمل.

وجه الأول: أن الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث، و لا يلزمه الضمان، كما لا يلزم ضمان الأرش المولى لو تلف الجانى لا من قبله.

و فيه نظر، فإنّ الدين لا يسقط من ذمه المتوفى، بخلاف الأرش، فإنّه يسقط بتلف الجانى، و يندفع ببقائه فى ذمه الجانى، فيستويان فى تعذر الاستيفاء فى الدنيا، و أيضا فتعلقه بالتركة لا باختيار المالك، كما أن تعلق الأرش برقبه الجانى كذلك. و أيضا فإنه ليس للمدين إلا أقلّ الأمرين من الدين و التركة، كما أن المجنى عليه ليس له إلا أقلّ الأمرين من الأرش و قيمه الجانى، و ليس الرهن كذلك فى شىء من الأمور المذكوره.

و وجه الثانى: أنه يسبب دين فى ذمه المالك الحرّ و هذا يستقيم إذا قلنا:

أن التركة باقيه على حكم مال الميت ما دام الدين لم يقض، و لو قلنا: أن وجه الشبهه أن ثبوت هذا التعليق ناشىء عن دين سابق فى ذمه من كان مالكا استقام مطلقا، و لسقوط الدين هنا من ذمه المديون بالأداء، و ليس أرش الجنايه كذلك فى شىء منهما، و إنما المساوى فى ذلك دين الرهن.

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني. و يضعفان: بأن مشابهه الدين المتعلق بالتركة لكل من الأرش و دين الرهن، يقتضى أن لا- يكون من قبيل واحد منهما. و أيضا فإن مجرد المشاركة فى شىء من الصفات لا يقتضى المساواه فى الماهيه ليشتراكا فى باقى الأحكام.

و الأصح أن هذا تعلق مستقل برأسه ليس من قبيل واحد منهما.

قوله: (و يظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع، نفذ على الأول دون الثاني).

أثر الخلاف لا- يظهر فى الأحكام المشتركة بين الرهن و الجانى اللا-حقه لهما باعتبار تعلق الدين و الجنايه، و إنما يظهر فى الأحكام التى اختلفا فيها، فلو تصرف الوارث فى التركة ببيع أو إعتاق أو هبه أو رهن و نحو ذلك، ابتنى الحكم بالنفوذ و عدمه على القولين.

فان قلنا: إن التعلق هنا كالتعلق فى أرش الجنايه، صحت التصرفات من الوارث، و تحتم عليه أداء الدين إن ساوى التركة أو نقص، كما فى الجانى خطأ، فإن تصرف المولى فيه نافذ قطعاً، و يلزمه أقل الأمرين من الأرش و القيمه.

و إن قلنا: إن التعلق هنا كالتعلق فى دين الرهن، لم ينفذ شىء من ذلك، كما لا ينفذ تصرف الراهن فى الرهن، بل يقع موقوفاً.

و على ما اخترناه من أنه تعلق برأسه يحتمل النفوذ، تمسكا بأصالة الصحه، و أصاله عدم بلوغ الحجر إلى مرتبه لا يكون التصرف معتبراً، و لأن فى القول بالصحه جمعا بين الحقين. و يحتمل العدم، لانتفاء فائده التعلق بدونه، و لأداء النفوذ إلى ضياع الدين، و أيضا فإن أصل التعلق يقتضى ثبوت حق سلطنه للمدين، و مع اجتماع الحقين لشخصين لا ينفذ تصرف أحدهما.

و الكل ضعيف، فإن فائده التعلق تحتم الأداء على الوارث إن تصرف، و التسلط على الفسخ ان لم يؤد، و يمنع الضياع مع النفوذ، و ثبوت أصل السلطنه لا يستلزم المنع كلياً، لانتقاضه بالأرش المتعلق بالجانى، و جزئياً لا يفيد.

و التحقيق: أن القول بالنفوذ أقوى.

و هل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك، فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين، قوله: (و هل يشترط استغراق الدين؟ إشكال، أقربه ذلك).

أى: هل يشترط -لتعلق الدين بكل التركة- استغراقه إياها، بأن يكون بقدرها أو أزيد -حتى لو كان أنقص منها لم يتعلق إلا بقدره- أم لا يشترط ذلك، فيتعلق الدين القليل جدا بجميع التركة، وإن تجاوزت الحد في الكثرة؟ إشكال، أقربه ذلك، حذف المشتراط لظهوره.

و منشأ الاشكال: من أن الحجر إنما وقع لأجل أداء الدين، و ذلك يتحقق بقدره فيختص الحجر بقدره، و هذا هو وجه القرب، و من أنه لا- أولويه لبعض على بعض في اختصاص التعلق به، و لأن الأداء لا- يقطع بكونه بذلك البعض، لجواز التلف، و لظاهر قوله تعالى (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ) (١) و لأنه لما خرج الميت من صلاحية استقرار الدين بذمته، و جب أن يتعلق بكل ما يمكن أدائه منه من أمواله، لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه، و الأصح أنه لا- يشترط ذلك، فيتعلق بالجميع مطلقا.

قوله: (فينفذ تصرف الولي في الزائد عن الدين).

هذا تفريع على الأقرب، و هو: اشتراط الاستغراق، و على أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الدين بالرهن، إذ لو كان تفريعا على أنه كتعلق الأرش بالجاني لكانت التصرفات نافذة مطلقا.

و أراد ب(الولي) المستحق للتركة، فإنّه وليها و هو الوارث، و المعنى: أنه إذا كان الدين أقل من التركة يكون تعلقه بمقداره من التركة، و يبقى الباقي طلقا لا حجر على الوارث فيه، فينفذ تصرفه فيه.

و بناء على ما اخترناه، لو قلنا بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، لم ينفذ في شيء منها، لتعلقه بجميعها و ثبوت المنع.

ص: ٢١٨

فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ. و على القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن فى التركة دين ظاهر فتصرف، ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متاعا و أكل ثمنه فرد بالعيب، أو تردى فى بئر حفرها عدوانا، أو سرت جنايته بعد موته احتمال فساد تصرفه لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن، و عدمه، فإن أدى الوارث الدين، و إلا فسخ قوله: (فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث).

هذا تفريع على ما سبق أيضا، فإنه فى موضع يكون الدين أقل، إذا تصرف الوارث بما زاد، ثم تلف الباقي قبل قضاء الدين، يضمن الوارث الدين، لأن ذلك البعض الذى تصرف فيه الوارث متعين للقضاء لو بقى، فحيث تصرف فيه الوارث- و إنما يستقر استحقاقه إياه بعد القضاء- تعين عليه ضمانه، و هذا دليل على ان التعلق بجميع التركة، و الا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به، ليجب بدله، حيث تعذر؟ قوله: (فإن أعسر فالوجه أنّ للمدين الفسخ).

وجهه: أنّ تصرفه إنما جاز بشرط الأداء و لم يحصل. و يحتمل العدم، لثبوت الاذن فى التصرف، و قد امتنع التعلق به، لخروجه عن الملك، و دخوله فى ملك آخر. و الحقّ القطع بالأول، و هذا دليل على تعلق الدين بجميع التركة و إن قلّ.

قوله: (و على القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن فى التركة دين ظاهر، فتصرف الوارث ثم ظهر دين، بأن كان قد باع متاعا و أكل ثمنه فرد بالعيب، أو تردى فى بئر حفرها عدوانا أو سرت جنايته بعد موته، احتمال فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فأشبهه الدين المقارن، و عدمه، فإن أدى الوارث الدين و إلا فسخ التصرف).

هذا تفرّيع على القول ببطلان تصرف الوارث، بناء على أن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، وبيانه أنه: (لو لم يكن فى التركة دين ظاهر) لو سكت عن قوله: (ظاهر) لكان أولى، إذ ليس فى هذا الفرض دين ظاهر ولا خفى.

(فتصرف الوارث ثم ظهر دين) لو قال بدله: ثم حدث لكان أولى، لما قلنا من أنه لم يكن هناك دين، ويتحقق ذلك: بأن يكون الميت قد باع متاعاً و أكل ثمنه، إذ لو كان ثمنه موجوداً لوجب ردّه عليه عند الفسخ، ولا يحتاج إلى تقييده بكون الميت قد أكل الثمن، بل يكفى تصرف الوارث فى الجميع أيضاً، فإنه يجيء فيه ذلك أيضاً، ثم بعد ذلك ردّ بالعيب السابق، لحدوث العلم به حينئذ، وبأن يكون الميت قد حفر بئراً عدواناً فتردّى متردّ فيها بعد الموت، و تصرف الوارث فى التركة، وبأن يكون قد جنى جنايته ووداها، ثم بعد الموت و التصرف سرت إلى النفس مثلاً، فإنه حينئذ يحتمل فساد التصرف، لتقدم سبب الدين، فيكون ذلك بمنزلة تقدّم الدين، فيكون كالدين المقارن فى بطلان التصرف فى التركة معه.

و يضعف: بأن تقدّم السبب لا يقتضى تقدم المسبب، و المنع من التصرف إنما هو مع وجود الدين، لا لحدوثه، لسبق وجود سببه. و يحتمل عدم الفساد، لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) و لتعلق حقّ ثالث بالمبيع حين لم يكن حقّ آخر، و لا مانع من صحه التعلق، بإبطاله يحتاج إلى دليل، و هو منتف، و هذا هو الأصح. فعلى هذا إن أدّى الوارث الدين فلا بحث، و إلاّ فسخ المدين التصرف، توصّياً لا إلى أخذ دينه من تركه المتوفى.

و التحقيق: أنه قد كان هناك عهده و درك، حيث كان المبيع معيياً، و البئر المحفوره عدواناً، و الجنايه فى محلّ السرايه، و تلك العهده كانت متعلقه بالذمه، فبعد الموت يتعلق بالمال.

و على كل حال فللوارث إمساك عين التركة، و أداء الدين من خالص ماله. و هل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب، و النتاج، و الثمره؟ الأقرب المنع. نعم لا يمكن أن يقال: إنّ الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهده، إذ لا دين، و مقتضى العهده ثبوت تعلق الواجب الحادث بالتركة.

و اعلم ان قوله: (فإن أدّى الوارث.)، تفريع على الاحتمال الثانى، الذى أشار إليه بقوله: (و عدمه).

قوله: (و على كل حال فللوارث إمساك عين التركة، و أداء الدين من خالص ماله).

أى: على كل من احتمال كون تعلق الدين بالتركة كتعلق الأرش بالجاني، و احتمال كون تعلقه كتعلق الدين بالرهن، لأن التركة تنتقل إلى ملكه بالموت، فيتخير في جهات القضاء.

و لو قلنا ببقائها على حكم مال الميت، فتخير في جهات القضاء ثابت، إذ لا ينتقل إلى ملك المدين.

قوله: (و هل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة، كالكسب و النتاج و الثمره؟ الأقرب المنع).

في بعض النسخ: إشكال أقربه المنع، و منشأ الاشكال: من التردد في انتقال التركة إلى الوارث بالموت، و بقائها على ملك الميت.

و منشأ التردد، أن الملك ممتنع بقاؤه بغير مالك، و الميت يمتنع تملكه، لانتفاء لوازم الملك عنه، من عدم ثبوت الزكاه عليه و نحوه، و لا ينتقل إلى ملك الديان قطعا، فتعين انتقالها إلى ملك الوارث، و لأن المقتضى لتملك الوارث - و هو الموت - موجود، و المانع ليس إلا تعلق الدين بالتركة، و هو لا يصلح للمانع، لعدم المنافاه، و إن كان

و تحسب من التركة الذيه في الخطأ و العمد إن قبلها الوارث، و لا يلزمه ذلك و إن لم يضمن الدين على رأى.

الفصل الخامس: المفلس

إشاره

الفصل الخامس: المفلس، و فيه مطالب:

الأول: المفلس لغة

الأول: المفلس لغة: من ذهب جيد ما له و بقى رديه، و صار ماله فلوسا و زيوفا. مفهوم الآية الشريفه (1) يدل على عدم الانتقال إلا بعد أداء الدين و الوصيه، لكن المفهوم ضعيف، لأنه مفهوم المخالفه، و يجيء على القول بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالرهن، و أنّ الدين يتعلق بزوائد المرهون تعلقه بزوائد التركة، و كيف كان فالأصح ما قرّبه المصنف.

قوله: (و تحسب من التركة الذيه في الخطأ و العمد إن قبلها الوارث).

هذا شرط للعمد، إذ لا تثبت الذيه في العمد إلا بقبول الوارث.

قوله: (و لا يلزمه ذلك و إن لم يضمن الدين على رأى).

قال الشيخ: لا يستوفى الوارث القود إلا بعد ضمان الدين (2)، و هو ضعيف، و الفتوى على ما هنا.

قوله: (المفلس من ذهب جيد ما له و بقى رديئه، و صار ماله فلوسا و زيوفا).

هذا تعريفه لغة، بدليل قوله بعد: (و شرعا)، يقال: مفلس و مفلس من أفلس: إذا لم يبق له مال، كأنما صارت دراهمه فلوسا، أو صار بحيث يقال له:

ليس معه فلس. و فلسه القاضى تفليسا: حكم بإفلاسه. و الدراهم الزيوف هي الدراهم المغشوشه.

ص: ٢٢٢

١-١) النساء: ١١

٢-٢) النهايه: ٣٠٩. [١]

و شرعا: من عليه ديون و لا مال له يفى بها، و هو شامل لمن قصر ماله، و من لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب و شبهه. و الفلاس سبب في الحجر بشروط خمسة: المديونية، و ثبوت الدين عند الحاكم، و حلولها، و قصور ما في يده عنها، قوله: (و شرعا: من عليه ديون و لا مال له يفى بها).

هذا (1) التعريف صادق على الصبي إذا استدان له الولي إلى هذه المرتبه، و كذا السفیه، و كذا المديون كذلك قبل الحجر، مع أن واحدا من هؤلاء لا يعدّ مفلسا شرعا، إذ التفليس إنما يكون بحكم الحاكم، و الحجر بالفلاس لا يثبت إلاّ بحكم الحاكم إجماعا. قوله: (و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له، فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب و شبهه).

أى: يندرج في التعريف المذكور من لا مال له أصلا، إذ يصدق عليه لا مال له يفى بديونه، لأن السالبه لا تستدعى وجود الموضوع.

و قوله: (فيحجر عليه في المتجدد) كأنه جواب عن سؤال تقديره: إذا لم يكن له مال، ففي ما ذا يكون الحجر؟ و جوابه: أن الحجر في المتجدد من أمواله الحاصله بمعامله و غيرها، و هذا يدلّ عل أن معنى الفلاس شرعا لا يتحقق إلاّ بالحجر من الحاكم. قوله: (و الفلاس سبب في الحجر بشروط خمسة).

أى: ثبوت الفلاس بالمعنى السابق - و هو حصول الدين و عدم ما يفى به - سبب في ثبوت استحقاق الحجر، لكن مع رعايه شروط خمسة.

قوله: (و قصور ما في يده عنها).

فلو لم يقصر لم يحجر عليه إجماعا متنا، سواء ظهرت عليه أمارات الفلاس،

ص: ٢٢٣

١- ١) في «م»: لو قال: من عليه لكان أشمل، و هذا.

و التماس الغرماء الحجر أو بعضهم، و تحتسب من جملة ماله معوضات الديون. و لو حجر الحاكم تبرعا لظهور اماره الفليس، أو لسؤال المديون لم ينفذ، مثل أن تكون نفقته من رأس ماله لا من حرفه و نحوها أولا، خلافا للشافعي (١) في الأول، و إنما يؤمر بأداء الدين مع طلب الغرماء، فان ماطل تخير الحاكم بين حبسه و البيع عليه.

قوله: (و التماس الغرماء الحجر أو بعضهم).

إنما يحجر مع التماس البعض إذا كان ديون ذلك البعض لا يفى ما له بها كما سيأتي، لانتفاء بعض الشروط لو وفى بها، لأن دين غير الملتمسين ليس للحاكم الحجر لأجله، فهو بالنسبة إلى الحجر بمنزله المعدوم. و قرب في التذكرة جواز الحجر، و إن انتفى، و لا ينتظر التماس الباقيين، لثلا يضيع على الملتمس ماله (٢)، و هو محتمل، و عموم الحجر للجميع -على ما سيأتي في كلامه- لا يكاد يتخرج إلا على هذا الوجه، و في هذا الوجه قرب.

قوله: (و تحتسب من جملة ماله معوضات الديون).

المراد بمعوضات الديون: الأشياء التي تملكها بعوض و كان عوضها دينا في ذمته، و وجهه: أنها مملوكة له و إن كان أربابها بالخيار بين الرجوع فيها و عدمه، و لا يخرج عن الملك إلا بالرجوع، و كما تحتسب هذه من جملة ماله، فكذا الدين الذي هو عوضها محسوب من جملة ديونه. و عند بعض العامة (٣) لا يحتسب من أمواله، فيعتبر في الحجر قصور ما عداها من أمواله عما سوى الدين الذي عليها.

و اعلم: أن الضمير في قوله: (من جملة ماله) يرجع إلى (المديون) الذي يريد تعلق الحجر به، و إن كانت العبارة لم تشتمل عليه صريحا، بل سياقها يقتضى خلافه.

ص: ٢٢٤

١-١) كفايه الأخبار ١:١٦٦.

٢-٢) التذكرة ٢:٥٢. [١]

٣-٣) كفايه الأخبار ١:١٦٦.

نعم يحجر الحاكم لديون المجانين و الأيتام دون الغياب. و لو كان بعض الديون مؤجلا، فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها، وإلا فلا. ثم يقسم فى أرباب الحالة خاصه، و لا يدخر للمؤجله شىء، و لا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء. أما لو سأل بعض أرباب الديون، الحالة حجر عليه إن كان ذلك البعض يجوز الحجر به، ثم يعم الحجر الجميع. و لو ساوى المال الديون، و المديون كسوب ينفق من كسبه فلا- حجر، بل يكلف القضاء، فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه، قوله: (نعم يحجر الحاكم لديون المجانين و الأيتام).

و كذا السفهاء، لكن بشرط ثبوت الولاية عليهم للحاكم، فإنه يتولاه لمصلحتهم، و لو كانت الولاية للأب أو الجد أو الوصى لم يكن له الحجر حينئذ، إذ ليس له المطالبه.

قوله: (دون الغياب).

لأن الحاكم لا يستوفى ما للغيات فى الذمم، بل يحفظ أعيان أموالهم.

قوله: (و لو كان بعض الديون مؤجلا) إلى قوله: (و لا يدخر للمؤجله شىء، و لا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء).

لعدم استحقاق المطالبه حينئذ.

قوله: (ثم يعم الحجر الجميع).

لثبوت الديون كلها، و استحقاق المطالبه للجميع، فلا يختص بأمواله من اختص بالالتماس، و من ثم لو ظهر غريم سابق على الحجر شارك.

قوله: (و لو ساوى المال الديون- إلى قوله: -حبسه الحاكم أو باع عليه).

مخيرا فى الأمرين، خلافا لأبى حنيفه (1) فى البيع.

ص: ٢٢٥

و كذا غير الكسوب الى أن يقصر المال و إن قل التفاوت. و يستحب إظهار الحجر لثلا يستضر معاملوه.

ثم للحجر أحكام أربعة: منعه من التصرف، و بيع ماله للقسمه، و الاختصاص، و الحبس.

المطلب الثاني: في المنع من التصرف

المطلب الثاني: في المنع من التصرف: و يمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر، بعوض أو غيره، ساوى العوض أو زاد أو قصر. و لا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح، و الطلاق، و استيفاء قوله: (و كذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال و إن قلّ التفاوت).

أى: و كذا غير الكسوب لا يحجر عليه إلى أن يقصر المال، فيحجر عليه عند القصور و إن قلّ التفاوت لا قبله، خلافاً للشافعية (١).

قوله: (و يمنع من كلّ تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر).

احترز بالتصرف المبتدأ عن الفسخ بالعيب و الخيار الثابتين و نحو ذلك، فإنه لا يمنع من هذا النوع من التصرف، لكن سيأتى أن الحجر لا يختصّ المال الموجود عند الحجر، بل يعمّ المتجدد.

و يمكن أن يجعل الطرف، و هو: (عند) متعلقاً بكلّ من (تصرف) و (الموجود) ليحسن كونه احترازاً عن التدبير و الوصيه. و الجار في قوله: (بعوض أو غيره) يتعلق ب (تصرف) و لا يتفاوت الحال بزياده العوض و عدمها، لتحقق الحجر مع الجميع.

قوله: (و لا يمنع مما لا يصادف المال، كالنكاح و الطلاق).

أما الطلاق فواضح، فإنّ الحجر لم يتناول كلّ تصرف، بل التصرف في المال الموجود و المتجدد، و أما النكاح، فلأنّ الصداق إذا كان في الذمه لم يصادف

ص: ٢٢٦

القصاص، والعفو، واستلحاق النسب و نفيه باللعان، والخلع، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب، والاتهاب، وقبول الوصيه، ولا- ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير، والوصيه إذ لا ضرر فيه على الغرماء. أما لو صادف المال في الحال، فإن كان مورده عين مال كالبيع، والهبة، والرهن، والعق احتمل البطلان من رأس، والإيقاف. فإن التصرف المال الموجود عند الحجر [و أما مؤنه النكاح] (1) سيأتى إن شاء الله تعالى بيان موضعها.

قوله: (و الخلع).

أى: لا يمنع منه لكن هذا المحجور عليه بالفلس رجلا، فلو كان امرأه منع.

قوله: (و كذا ما يصادف المال بالتحصيل، كالاختطاب و الاتهاب و قبول الوصيه).

أى: وكذا لا- يمنع من هذا النوع من التصرف، لأن في ذلك جلب مال للغرماء، فكيف يمنع منه؟ قوله: (و لا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت، كالتدبير و الوصيه).

لا ريب أن التدبير إما وصيه أو فى معنى الوصيه، وهى إنما تكون بعد أداء الدين، فلا يكون منافاه أصلا، و عبارته المفلس معتبره فيما لا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات.

قوله: (إذ لا ضرر فيه على الغرماء).

هذا تعليل للمذكورات فى حين قوله: (و لا يمنع مما لا يصادف المال).

قوله: (أما لو صادف المال فى الحال، فإن كان مورده عين مال، كالبيع و الهبة و الرهن و العق، احتمل البطلان من رأس و الإيقاف، فإن

ص: ٢٢٧

١- ١) فى «م» و «ق»: و مؤنه، و ما أثبتناه من مفتاح الكرامه ٥: ٣١٦ [١] عن جامع المقاصد.

فضل تلك العين من الدين لارتفاع قيمه، أو لإبراء، أو غيرهما نفذ، فضلت تلك العين من الدين لارتفاع قيمه أو لإبراء أو غيرهما نفذ).

هذا تفصيل لحال التصرفات المصادفه للمال حالا، باعتبار كونها ممنوعا منها.

و حاصله: أنه لو تصرف في المال، فاما أن يكون مورده عين مال من أمواله أو ذمته، فان كان الأول كالبيع لشيء من أعيان أمواله و الهبه و العتق، ففيه احتمالان:

أحدهما: بطلان التصرف من رأس، لأنه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته، و كانت عبارته كعباره الصبي، فيقع تصرفه باطلا. و فيه نظر، لأن منعه على هذا الوجه غير ظاهر، إذ مطلق المنع و الحجر لا يستلزم ذلك، و ليس هناك شيء بخصوصه يقتضيه.

فان قيل: قول الحاكم: حجرت عليك، معناه: منعتك من التصرفات، و لا معنى للمنع منها إلا تعذر وقوعها منه.

قلنا: الممنوع منه إنما هو التصرف المنافي لحق الغرماء، و ذلك هو النافذ، أما غيره فلا دليل عليه، فالمتعذر وقوعه هو النافذ دون ما سواه، على أن الحجر لو اقتضى المنع المذكور لسقط به اعتبار عبارته السفیه، مع أنه لو باع فأجاز الولي نفذ، فيجب أن يكون الحكم هنا كذلك بطريق أولى، فإذا أجاز الغرماء ذلك التصرف حكم بنفوذه.

و الثاني: جعله موقوفا إلى انفصال أمر الديون، فان صرف الجميع في الدين فلا بحث في البطلان، و إن فضل شيء فليجعل تلك العين التي تعلق بها التصرف.

و تصور كون الشيء فاضلا: بارتفاع قيمه السوقيه، و بإبراء بعض الغرماء من حقه، و بغيرهما: كتجدد مال، و موت بعض الغرماء فورثه المدين.

و وجهه: أنه لا يقصر عن التصرف في مال غيره، فيكون كالفضولي، مع

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن، والهبة، ثم البيع و الكتابة، ثم العتق، بقاء ملكه إلى حين الأداء إلى الغرماء، ويعضده ظاهر قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (٢)، (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (٣) و أمثال ذلك من عمومات الكتاب و السنه، و في هذا قوه.

و اعلم: أن تقسيم ما صادف المال في الحال من التصرف إلى: ما مورده العين، و ما مورده الذمه غير مستقيم، إذ مورد القسمة غير مشترك بين القسمين، فان ما مورده الذمه ليس مصادفا للمال في الحال قطعاً، فإن البيع بضمن في الذمه كالصداق في النكاح إذا كان في الذمه، و أمثال هذين لا- تعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر، و لا- يعد تصرفاً فيه كما لا يخفى، فلا تكون العبارة مستقيمه.

قوله: (فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه، فإن قصر الباقي بطل الأضعف كالرهن و الهبة، ثم البيع و الكتابة، ثم العتق).

أى: فحين حكمتنا بكون التصرف موقوفاً إلى أن ينظر- هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا- يجب تأخير ما تصرف فيه، فلا- يباع و لا يسلم إلى الغرماء إلى أن لا يبقى غيره من أموال المفلس، فان قصر ما سواه عن الوفاء و كان التصرف متعدداً بطل الأضعف، ثم ما يليه في الضعف.

و على هذا فلو اجتمعت من التصرفات الأنواع المذكوره، بطل الرهن و الهبة، لأنهما أضعف من الباقي، باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن، و كون الهبة موضوعه على الجواز، ثم البيع و الكتابة، لأنهما و إن كانا لازمين من الطرفين، إلا أن العتق لكونه في نظر الشارع على التغليب، و لهذا كان من خواصه السرايه، و لا يبعد على هذا أن يكون الوقف بمنزله العتق، لأن كلا منهما لا يقبل الفسخ،

ص: ٢٢٩

[١- ١] المائدة: ١.

[٢- ٢] النساء: ٢٩.

[٣- ٣] البقره: ٢٧٥.

و إن كان المورد فى الذمه فىصح كما لو اشترى فى الذمه، أو باع سلماً، أو اقترض.

و لىس للبائع الفسخ و إن كان بخلاف باقى العقود.

و ىحتمل إبطال أآىر التصرفات، ثم ما ىلوه إلى آآرها، كما فى تبرعات المرىض، و وجهه: أن المزاحمه إنما وقعت بىن دىون الغرماء و التصرف الأآىر، فىكون السابق ماضياً لعدم ما ىنافىه.

و ىمكن الفرق بىن تصرفات المرىض و هذه، لأن الحجر على المرىض إنما هو فىما زاد على الثلث خاصّه، فالتصرف بالزائد على الثلث هو الأآىر، فىكون باطلاً. دون ما سواه، بخلاف المفلس، فإنه محجور علیه فى اللىمىع، فلا ىظهر فرق بىن الأآىر و غيره، لأن اللىمىع كالفصولى.

و إذا احتىج إلى بىع بعض الأعمان التى تعلق بها التصرف، أمكن أن ىقال: إن لىمىع التصرفات موقوفه، و لا بدّ من إبطال بعضها، و لا أولویه لبعض على غيره بشىء من الاعتبارىن المذكورىن، فإن المتقدم و المتأآر سواء فى كونهما موقوفىن، و الضعىف و القوى سواء فى كونهما غير نافذىن.

نعم لما لم ىتصور فى العتق أن ىكون موقوفاً، حكمنّا بكونه مراعى، فحقّه أن ىكون نافذاً.

و التحقىق: أنا ٨ ن قلنا: أن الإجازة فى الفصولى كاشفه لا ناقله، كانت لىمىع التصرفات مراعاة، فىظهر للتقدم أثر حىنئذ، و حىث أنا رآحنا هذا القول فىما سبق، كان هذا الاحتمال الأآىر أقوى، و إلىه مال فى التذكرة (١) فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعه واحده، اآتمل القرعه و الإبطال فى اللىمىع.

قوله: (و إن كان المورد فى الذمه فىصح، كما لو اشترى فى الذمه أو باع سلماً أو اقترض، و لىس للبائع الفسخ و إن كان جاهلاً).

ص: ٢٣٠

جاهلا، و يتعلق بالمتجدد- كالقرض، و المبيع، و المتهب، و غيرها- الحجر.

و لو باعه عبدا بئمن فى ذمته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، و إلا جاز العتق و يكون موقوفا، فإن قصر المال احتمال صرفه فى الدين، لا رجوعه إلى البائع، و الأقوى صحه عتقه فى الحال. لو قال: و إن كان المورد الذمه كان أفصح، و قوله: (و ليس للبائع الفسخ) يريد به: و لا- للمشتري سلما و لا- للمقرض، و تبيّه به على حكم غيره، و إنما لم يكن له الفسخ مع جهله، لأنه فُزط بإقدامه على معاملة من لم يعلم حاله، فكان كالراضى بعسره و يسره.

و الأصل فى العقد المملك، عدم التسلط على الفسخ و الإخراج من الملك، إلاّ بدليل شرعى، و لتعلق حقوق الغرماء بما دخل فى ملكه، فلا يصح إبطاله.

و يعلم هذا من قوله (و يتعلق بالمتجدد- كالقرض و المبيع و المتهب و غيرها- الحجر) لأنها أموال للمفلس، و قد حكم الحاكم بتعلق الديون بأمواله، و الحجر عليه منها، و هذا هو أصح الوجهين، و الآخر عدم التعلق به، لأن الحجر معناه منع المفلس عن التصرف فيما بيده، فلا يتعدى إلى غيره. و يضعف: بأن فائده الحجر إيصال حقوق المستحقين إليهم، فيثبت فى جميع أمواله إلى زمان فكّه.

قوله: (و لو باعه عبدا بئمن فى ذمته بشرط الإعتاق، فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع، و إلاّ جاز العتق و يكون موقوفا، فإن قصر المال احتمال صرفه فى الدين لا رجوعه إلى البائع، و الأقوى صحه عتقه فى الحال).

إذا باع بائع المفلس عبدا بئمن فى ذمته، و شرط فى البيع أن يعتقه، بنى صحه البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفه للمال الموجود عند الحجر هل هى باطله أو موقوفه؟

فإن قلنا بالبطلان، كان الأقوى هنا القول ببطلان البيع، لأن الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنه، حيث أنه اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر، فإن العبد على تقدير صحه البيع مال للمفلس، لانتقاله إلى ملكه، و الحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق، فيكون باطلاً فيبطل البيع ببطلانه، لأن الشرط إذا بطل أبطل، خصوصاً هنا، لأن إعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض، لأن الثمن حينئذ يكون أقل، فإذا فات فقد فات بعض الثمن، فتمتنع الصحه. و يخرج على أن الشرط إذا بطل لا يلزم بطلان العقد بقاؤه، فيمكن تسلط البائع على الفسخ حينئذ.

و في هذا التفرع نظر، إذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الأموال التي تعلق بها حق الغرماء، بطلان ما ليس كذلك، فهو بمنزله ما إذا كان المورد الذمه، و هنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحه البيع، لأن تعلق حقهم بالمتجدد إنما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به، و هنا كذلك، لأن انتقال العبد مشروط في سببه العتق، و هو مناف، لتعلق حق الغرماء به، و إلا لم ينفذ، فينتفى المانع من صحه الشرط، فيصح البيع، و اختيار المصنف آخراً تنبيه على هذا.

و إن قلنا بكون التصرفات موقوفه صحه البيع، لانتفاء المانع حينئذ، و جاز العتق، على معنى أنه يكون موقوفاً، أى: مراعى، فإن فضل نفذ العتق، و إن قصر المال احتمال صرفه في الدين، لأنه مال للمفلس.

و يحتمل رجوعه إلى البائع لفقد الشرط، فيتسلط على الفسخ، و إن كان المتبادر من عباره الكتاب عدم مجيء هذا الاحتمال، و لا يخفى ضعف هذا التفرع، كما حققناه.

فلذلك قال المصنف في آخر البحث: (و الأقوى صحه عتقه في الحال) أى: الأقوى صحه البيع و العتق في الحال، و لا يبنى ذلك على كون التصرفات

و لو وهب بشرط الثواب، ثم أفلس لم يكن له إسقاط الثواب. و لو أقر بدين سابق لزمه، باطله أو موقوفه، إذ ليس للغرماء فى ذلك تعلق أصلا، وهذا هو الأصح.

و اعلم: أن نظم العبارة غير حسن، لما يظهر من المدافعة بين كون الأقوى بطلان البيع تفریعا على كونها موقوفه، و بین ما صرح به آخرًا من أن الأقوى صحه البيع و العتق فى الحال، فلو قال: احتمال بناء البطلان هنا، و وقوعه موقوفا على القولین السابقین، و الأقوى الصحه و جواز العتق فى الحال، لكان أحسن و أبعد من الخلل فى الفهم.

قوله: (و لو وهب بشرط الثواب لم يكن له إسقاط الثواب).

لأنه مال ثبت عليه فلا يكون له إسقاطه، لأنه تصرف فى المال بالإسقاط، فيكون ممنوعا منه، و هذا إنما يكون إذا كانت الهبة قبل الحجر، و لو شرط عليه فى عقد لازم رهن عين من أمواله، فهل هو كاشتراط الثواب؟ يحتمل ذلك.

قوله: (و لو أقر بدين سابق لزمه).

أى: قولًا واحدًا، لقوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) و ليس الإقرار كالإنشاء، حيث أن فيه قولًا بوقوعه باطلا، فلا ينفذ أصلا و لا بعد الحجر، و الإقرار لا شك فى نفوذه بعد الحجر، و فى نفوذه حالا إشكال، سيأتى عن قريب ان شاء الله تعالى.

و الفرق: أن مقصود الحجر المنع من التصرف، فيناسبه إلغاء الإنشاء لكونه تصرفا جديدا، و أما الإقرار فإنه إخبار عن تصرفات سابقه لم يتعلق بها الحجر، و لم يقتض الحجر سلب أهليه العبارة عن المحجور.

ص: ٢٣٣

١ - ١) اختلف العلماء فى ان هذا القول حديث أم قاعده؟ فبالإضافة الى جامع المقاصد ورد فى المختلف و إيضاح الفوائد بأنه حديث عنهم عليهم السلام و فى هامش الوسائل ورد تعليق بأنه ليس بحديث، انظر: الوسائل ١٣٣:١٦ باب ٣ حديث ٢، و عوالى اللآلى ٣:٤٤٢ حديث ٥، و المختلف: ٤٤٣، و إيضاح الفوائد ٢:٤٢٨.

و هل ينفذ على الغرماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بماله كالمرتهن، و من مساواه الإقرار للبينه و لا تهمه فيه. و لو أسنده الى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصة لا فى حق الغرماء، قوله: (و هل ينفذ على الغرماء؟ إشكال، ينشأ: من تعلق حقهم بما له كالمرتهن، و من مساواه الإقرار للبينه و لا تهمه فيه).

لا- ريب أن تعلق حق الغرماء بمال المفلس أقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن، لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم، بخلافه هناك، فكما أن الراهن لو أقر بسبق رهن العين لآخر أو بيعه إياها لا يسمع فى حق المرتهن، فهنا كذلك بطريق أولى، و يمنع مساواه الإقرار للبينه فى جميع الأحكام، و التهمه على الغرماء موجوده، لأنه يريد إسقاط حقهم.

و تخيّل أن ضرر الإقرار فى حقه أكثر منه فى حق الغرماء- لأنه أثبت فى ذمته مالا للغير، و لا يثبت أحد فى ذمته مالا لشخص كذبا فرارا من أداء مال ثابت، فتنتفى التهمه- ضعيف، لإمكان المواطاه بينهما لقصد إضرار الغرماء بتأخير حقوقهم، و وقوع ذلك كثير، و الأصح عدم النفوذ عليهم.

قوله: (و لو أسنده إلى ما بعد الحجر، فإن قال: عن معاملة لزمه خاصة، لا فى حق الغرماء).

أى: لو أسند الدين المقربه إلى ما بعد الحجر، أى: إلى السبب الحاصل بعد الحجر، فلا يخلو إما أن يقول: عن معاملة، أو يقول: عن إتلاف أو جنايه، فإن قال: عن معاملة لزمه حكم الإقرار خاصة.

و فسر المراد من قوله: (خاصه) بقوله: (لا فى حق الغرماء) و إنما لم ينفذ فى حق الغرماء هنا جزما، لأن المعامله الواقعه بعد الحجر متى تعلقت بأعيان أمواله كانت باطله أو موقوفه، فلا يكون الإقرار بها زائدا عليها.

و إن قال: عن إتلاف مال أو جنايه فكالسابق. وكذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له و إن قصر الباقي.
قوله: (و إن قال: عن إتلاف مال أو جنايه فكالسابق).

هذا هو القسم الثاني، وهو: ما إذا أقر بدين و أسنده إلى ما بعد الحجر و قال: انه لزمه بإتلاف مال أو بجنايه، ولا شبهه في لزوم الإقرار له، لكن هل ينفذ على الغرماء؟ فيه الاشكال (السابق، وهو المذكور فيما لو أقر بدين سابق على الحجر، فان في نفوذه على الغرماء إشكال) (١).

و منشأ الاشكال في الموضوعين واحد، و إنما فرق بين المعاملة (و بين الإتلاف و الجنايه، مع أنّ سبب الجميع بعد الحجر بمقتضى الإقرار، لأن المعاملة) (٢) لما كانت صادرة عن الاختيار و الرضى من الجانبين، لزم الصبر بها إلى الفك، و أما الجنايه و الإتلاف فإنهما ثبتا عن جهه القهر بغير رضى من المالك و المجنى عليه، و لهذا إذا ثبت الجنايه و الإتلاف، ثبت الضرب بموجبهما مع الغرماء، و سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (و كذا الاشكال لو أقر بعين، لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له و إن قصر الباقي).

أى: و كذا يجيء الإشكال السابق فيما لو أقر المفلس بعين من أعيان الأموال التي بيده لشخص، و الراجح هناك راجح هنا، إلا أنه هنا مع قبول الإقرار يسلم العين إلى المقر له، و لا ينظر إلى كون باقي أموال المفلس قاصرا عن ديون الغرماء، لأن الضرب إنما هو بالدين، و صاحب العين مختص بها.

إذا عرفت ذلك، ففي العبارة مناقشه، فإن قوله: (و إن قصر الباقي) يقتضى ثبوت الحكم بتسليم العين إن لم يقصر الباقي و إن قصر على ما هو مقتضى

ص: ٢٣٥

١- ١) ما بين القوسين لم يرد في «ق».

٢- ٢) ما بين القوسين لم يرد في «م».

و لو كذّبه المقر له قسّمت، و مع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فإن فيه إشكالا. العطف ب(أن) الوصلية، و ليس بمستقيم، إذ مع عدم القصور كيف يتصور صحة الحجر؟ و يمكن أن تجعل الواو حالية، أى: تسلم العين إلى المقر له، و الحال قصر باقى الأموال عن حقوق الغرماء لما قلناه، و لا يخفى ما فيه.

قوله: (و لو كذبه المقر له قسمت).

أى: لو كذب المقر له المحجور عليه فى إقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء، لتعلق حقوقهم بها سابقاً، و إخراجها عنهم إنما كان مع صحة الإقرار، و مع رد المقر له لا يكون الإقرار صحيحاً.

و لا- يشكل بأن الإقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له و تكذيبه، بل تخرج العين عن المقر بالإقرار و إن لم يتعين مال كها، فيكون مالا- مجهول المالك، فكيف تعود إلى المقر و تقسم بين الغرماء؟ و سيأتى فى الإقرار إن شاء الله تعالى تحقيق حال الإقرار إذا رده المقر له.

قوله: (و مع عدم القبول إذا فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً، بخلاف المبيع فان فيه إشكالا).

هذا معادل قوله: (لكن هنا مع القبول) أى: و مع عدم قبول الإقرار بالعين- بمعنى عدم نفوذه على الغرماء- إذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمه و نحو ذلك، دفعت إلى المقر له قطعاً بغير إشكال، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و إن لم ينفذ على الغرماء، بخلاف المبيع، فان فى دفعه إلى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء إشكالا، ينشأ من تكافؤ احتمالى بطلان التصرفات الواقعه، بعد الحجر المصادف للمال، و كونها موقوفه.

و قد بينا فيما مضى الفرق بين الأقارير و الإنشاءات الصادره من المفلس، حيث كانت الاولى لازمه له و نافذه عليه قطعاً، و الثانيه محل تردد بين البطلان و النفوذ عليه لو فضلت العين التى تعلق التصرف الإنشائى بها، و لو قسمت بطل

و كذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه. و لو قال: هذا مضاربه لغائب، قيل: يقر في يده. جزماً، فلا حاجة إلى إعادته.

إذا تقرر هذا، فلو قسمت العين المقرّ بها، حيث لم ينفذ الإقرار على الغرماء و لم تف أمواله بديونه، ووجب عليه للمقرّ له قيمتها إن كانت قيمه و إلا فمثلها، لأداء دينه بمال الغير على قوله بأمر الشرع، فيلزمه الضمان.

قوله: (و كذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه).

أى: و كذا الإشكال في النفوذ على الغرماء و عدمه لو ادعى أجنبي شراء عين في يد المفلس. و يحتمل أن يراد كونها في يد الأجنبي منه، أى: من المفلس، و فاعل المصدر، أعني: (شراء) محذوف، هو الأجنبي، فتتحصل صورتان لا يختلف حكمهما:

أ: أن يدعى أجنبي شراءه من المفلس عينا في يد المفلس فيصدقه.

ب: أن يدعى الأجنبي شراءه من المفلس عينا في يد الأجنبي فيصدقه، فان في نفوذ ذلك على الغرماء الإشكال، أما نفوذه في حقه فلا إشكال فيه، و قد علم حكم ذلك مما مضى قوله: (و لو قال: هذا مضاربه لغائب، قيل: يقرّ في يده).

القائل بذلك هو الشيخ في المبسوط، فإنه قال: يقبل إقراره مع اليمين، فإذا حلف يقرّ في يده للغائب و لا تعلق به للغرماء (1). و يضعف بأن إقراره على الغرماء لا يسمع على الأصح، و اليمين لا وجه له مع الإقرار و لا يشرع لا ثبات مال الغير، و الأصح أنه لا يسمع، و لو قلنا بالسمع لم ينفذ إقراره في يده، إذ الأصل عدم كونها يد عدوان.

ص: ٢٣٧

و لو قال: لحاضر و صدقه دفع اليه، و إلا- قسّم، و يصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالما. و يحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، و الاختصاص بعين ماله، و الصبر. قوله: (و لو قال: لحاضر و صدقه دفع إليه، و إلا قسّم).

أى: و لو قال هذا مضاربه لحاضر و صدقه نفذ على الغرماء و دفع إليه - و فيه الاشكال السابق في قبول إقراره على الغرماء، و الأصح عدم القبول - و إن لم يصدقه قسّم بين الغرماء، لأن الإقرار يبطل بتكذيب المقر له، و فيه الاشكال المتقدم.

قوله: (و يصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالما).

أى: و جوبا، لرضاه بدمته حيث علم إعساره، و تعلق حقّ الغرماء بأمواله.

قوله: (و يحتمل في الجاهل بالحجر الضرب، و الاختصاص بعين ماله، و الصبر).

قد سبق في كلامه أنه ليس للبائع الفسخ و إن كان جاهلا، و هنا رجع إلى التردد عن الجزم، حيث احتمل ثلاثة أمور:

أحدها: الفسخ و الاختصاص بالعين، تمسكا بعموم قوله عليه السلام:

«من وجد عين ماله فهو أحق بها» (١).

الثاني: أنه غريم، لأنه صاحب دين، و لأنه أدخل في مقابل الثمن مالا، فليضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعه على الغرماء، بل زياده لهم.

الثالث: الصبر إلى الفكّ، لأن الفسخ على خلاف الأصل، فيقتصر فيه

ص: ٢٣٨

١ - (١) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، عوالي اللآلي ٢: ٢٥٦ حديث ٢، [١] سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ حديث ٣٥١٩، [٢] سنن الدار قطنى ٣: ٢٨ حديث ١٠٣، ١٠٤، و في الجميع اختلاف في الألفاظ و المعنى واحد.

و كذا المقرض، و يضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش، و قيمه المتلف، و أجره الكيال و الوزن و الحمال، و ما يتعلق بمصلحه الحجر يقدم على سائر الديون، على موضع الدليل، و العموم ممنوع، فان المورد من سبقت معاملته على الحجر، و الضرب مع الغرماء يقتضى إبطال حقهم من عين المال التى سبق تعلق حقهم بها، و لأن البائع أضرب بنفسه و غرر بماله، حيث باع قبل أن يستعلم حال المشتري، فكان ذلك رضى منه بحاله، و أقرب الوجوه الأخير.

قوله: (و كذا المقرض).

أى: تحتل فيه الوجوه الثلاثه، و تقريبها ما سبق، و أرجحها الأخير أيضا.

قوله: (و يضرب المجنى عليه بعد الحجر بالأرش و قيمه المتلف).

أى: إن كانت الجنايه على نفس آدمى أو طرف فالواجب الأرش، و إن كانت على مال فالواجب عوض التالف مثلا أو قيمه، و إنما يضرب المجنى عليه بأرش الجنايه و قيمه المتلف- مع كون الجنايه بعد الحجر- لانتفاء رضى المجنى عليه، فحقه ثبت عند المفلس على وجه قهرى، فيثبت له استحقاق الضرب كسائر الغرماء.

قوله: (و أجره الكيال و الوزن و الحمال و ما يتعلق بمصلحه الحجر تقدم على سائر الديون).

لأنها لمصلحه الغرماء، فإنها وسيله إلى أرباب (١) الديون إلى أربابها، و لو لم تقدم لم يرغب أحد فى تلك الأعمال، فيحصل الضرر على المفلس و الغرماء.

قال المصنف فى التذكرة، و هذا كله إذا لم يوجد متطوع بذلك و لا فى بيت المال سعه له، فان وجد متطوع أو كان فى بيت المال سعه، لم يصرف مال

ص: ٢٣٩

١- (١) تأريـب الشـىء: توفـيره. انظر: الصـحاح ٨٧: ١، [١] القاموس المحيط ٣٦: ١.

و له الرد بالعيب مع الغبطه لا بدونها، و له الفسخ بالخيار، و الإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطه. المفلس إليها (١).

أقول: إذا وجد المتطوع فلا شبهه في عدم جواز صرف الأجره من مال المفلس، أما مع وجود بيت المال فيشكل المنع من صرف الأجره من مال المفلس - فان ذلك لضروره وفاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله - نعم يجوز ذلك.

و من مصالح الحجر: اجره المنادى، و البيت الذى تحفظ فيه الأمتعته، و الدكان و نحوها.

قوله: (و له الرد بالعيب مع الغبطه لا بدونها، و له الفسخ بالخيار و الإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطه).

قد عرفت فيما مضى أن المفلس إنما يمنع من التصرف المبتدأ، فما ثبت قبل الحجر لا يدفعه الحجر إذ ليس بمبتدأ، فلو كان قد اشترى شيئاً ثم ظهر كونه معيباً، أو كان قد اشترى بخيار فله الفسخ في الموضوعين و الإمضاء، لكن يقيد الأول بوجود الغبطه في الفسخ، لو كان المعيب يساوى أزيد من الثمن و لا ضرر في بقائه منع من الفسخ، بخلاف الخيار، فان له الفسخ مطلقاً، و الفرق أن الخيار ثبت بأصل العقد لا على طريق المصلحه، فلا يتقييد بها، بخلاف الرد بالعيب، فإنه ثبت على طريق المصلحه فيقيد بها، كذا قيل.

و فيه نظر، لأن كلاً من خيار العيب و الشرط ثابت بأصل العقد، غايه ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط و الآخر بمقتضى العقد، و لم يكن ثبوت أحدهما مقيداً بغبطه و لا - بعدمها، فوجب أن لا - يقيد جواز الفسخ بواحد منهما بوجود الغبطه، و هو الأصح، و إليه مال المصنف في التذكرة في آخر كلامه (٢).

ص: ٢٤٠

١ - ١) التذكرة: ٥٤: ٢. [١]

٢ - ٢) التذكرة: ٥٤: ٢. [٢]

و يمنع من قبض بعض حقه، و لا يمنع من وطء مستولدته، و فى وطء غيرها من إمامه نظر، فإن أحبل فهى أم ولد.

و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها. و لو أقر بمال و أطلق لم يشارك المقر له، لا احتمال كون السبب لا يقتضى قوله: (و يمنع من قبض بعض حقه).

و ذلك حيث لا- يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه، فلو كان الحق عن إتلاف مال كان له قبض البعض، و لو كان عوضا فى بيع لم يكن له ذلك، لأن فيه إسقاطا لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه، لأنه تصرف مبتدأ.

قوله: (و لا يمنع من وطء مستولدته).

لأن الحجر لا- يتعلق بها، لما سيأتى من أنها لا تباع، و القول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم تعلق الحجر بها، إذ ذلك متعلق ببعض المنافع، و لو قلنا بوجوب بيعها جاء فى المنع وجهان.

قوله: (و فى وطء غيرها من إمامه نظر).

ينشأ من أن منعه من التصرف فى أمواله بالحجر، و أنه معرض للإتلاف بالإحبال، كذا قيل، و لا- يتم إلا- إذا أبطلنا حق الغرماء بالإحبال، و سيأتى أنه لا يبطل به.

و من أنه لا يقتضى إخراج ملك، و أنّ الإحبال لا يمنع حق الغرماء، و الأصح الأول لثبوت الحجر.

قوله: (و لا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها).

تقييده بالقصور دونها يدل على أن بيعها فى الديون يجب أن يكون آخرا، لثلا يقدم على إبطال حق الاستيلاء بغير موجب.

قوله: (و لو أقر بمال و أطلق لم يشارك المقر له، لا احتمال كون السبب لا يقتضى الضرب).

الضرب. و لو أقام شاهدا بدين و حلف معه جعل في سائر أمواله، فإن نكل ففي إحلاف الغرماء اشكال، و كذا لو كان الدين لميت و نكل الوارث. هذا بناء على أن الإقرار بمال مستند إلى سبب قبل الحجر، أو إتلاف مطلق ماض على الغرماء، لكن في إطلاق المصنف عدم المشاركة بذلك مناقشه، لأنه إذا أمكن الاستفصال ينبغي أن يقال: يجب، ليعلم أ يستحق الضرب أم لا؟ و يمكن أن يقال: نفى المشاركة بالإقرار المطلق لا ينافي وجوب الاستفصال.

قوله: (و لو أقام شاهدا بدين حلف معه).

لا شبهه أن الدعوى بالدين منه، لأنه مالكة، لكن إذا أعرض عن الدعوى للغرماء الدعوى به، و كذا لأحدهم، لأنه يستحق قسطا لو ثبت.

قوله: (فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال).

ينشأ: من أنه تعلق حقهم به فهو مال لهم بالقوه القريبه من الفعل، و من أنه لا- يمين لإثبات مال الغير، فان قلنا بحلفهم فامتنع البعض، استحق الحالفون بالقسط، كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت.

و الظاهر أن كل واحد منهم يحلف على ثبوت جميع الدين في ذمه المديون، لأن استحقاقه الحصه المعينه فرع على ذلك، إذ لو حلف على ثبوت الحصه لم يستحق إلا بعضها.

و لا يقال: ان ذلك يستلزم إثبات باقى الدين لباقى الغرماء، لأننا نقول:

إنما يثبت بذلك استحقاقه.

قوله: (و كذا لو كان الدين لميت و نكل الوارث).

أى: و كذا يجيء الإشكال لو كان الدين لميت له غرماء و نكل الوارث، و الأصح فى الموضوعين عدم يمين الغرماء، لما قلناه من امتناع اليمين لإثبات مال الغير بالإجماع.

و يمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء لا المؤجل، و لا يطالبه بتكفيل و لا إسهاد و إن كان الدين يحل قبل الرجوع، قوله: (و يمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء لا المؤجل).

هذه مسأله من أحكام الدين استطرد إليها فأدخلها في جملة أحكام الفلاس للمشاركه، و مرجع الضمير في قوله: (و يمنعه) اما المديون بدلاله صاحب الدين عليه أو بدلاله المفلس عليه، لأنه مثله على حدّ قوله سبحانه (وَ مَا يُعَمَّرُ مِنْ مُعَمَّرٍ وَ لَا يُنْقَصُ مِنْ عُمْرِهِ) (١)، أى: من عمر آخر، لامتناع النقص من عمر من زيد في عمره بالتعمير، و الحكم ظاهر، فإن أداء الدين الحال مع المطالبه و التمكن من الأداء واجب على الفور، فله المنع من كل ما ينافيه، بخلاف المؤجل، لانتفاء الاستحقاق.

قوله: (و لا يطالبه بكفيل و لا إسهاد و إن كان الدين يحل قبل الرجوع).

أما عدم المطالبه بالكفيل، فلأنه ليس له المطالبه بالحق، فكيف يطالب بالكفيل لأجله و ذلك فرعه، و التفريط من قبله، حيث رضى بالتأجيل من غير رهن و لا كفيل؟ و مثله المطالبه بالرهن و الضامن.

و أما عدم المطالبه بالإسهاد، فلأصالة العدم، و لمثل ما قلناه سابقاً، حيث رضى بالإدانه من دون إسهاد، و الظاهر أن له ذلك، لأن في ترك الإسهاد ضرراً بيناً، و هو منفي بالآيه (٢) و الحديث (٣)، و لعموم (وَ اسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) (٤) فيشمل ابتداء الإدانه، و استدامتها.

ص: ٢٤٣

١-١) فاطر: ١١. [١]

٢-٢) الحج: ٢٢.

٣-٣) الكافي ٢٩٤، ٢٩٢: ٤ حديث ٢٨ و ٢٨٠: ٥ حديث ٤، التهذيب ١٦٤، ١٤٦: ٧ حديث ٦٥١، ٧٢٧، الفقيه ١٤٧، ٤٥: ٣ حديث ١٥٤، ٦٤٨، سنن ابن ماجه ٧٨٤: ٢ حديث ٢٣٤٠، مسند أحمد بن حنبل ٣٢٧: ٥.

٤-٤) البقره: ٢٨٢. [٢]

و لا- يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا- يلزمه ملازمه الرقيب. و متى توجه الأمر بالإشهاد إلى صاحب الدين، فلا بد من إيجاب ذلك على المديون، و إلا لم تكمل فائده الأمر، و لأن حقيته الدين ثابتة، إنما المنتفى استحقاق المطالبة قبل الأجل، فكل ما يفرع على استحقاق الأخذ من الرهن و الضمين و الكفيل لا يجب، بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين، و هو الإشهاد.

و الحاصل: أن في منع ثبوت المطالبة بالإشهاد ضررا عظيما، و ليس فيه تكليف بأداء الدين و لا ما يجرى مجراه، فلا أقل من القول بثبوت المطالبة به، و هو مقرب المصنف في التذكرة (١).

و لا فرق في هذه الأحكام بين كون الدين حلّ قبل الرجوع أم لا، بل لو بقى من الأجل نصف نهار فأنشأ سفرا طويلا لم يكن له المنع، لانتفاء الاستحقاق حينئذ، خلافا لمالك (٢) و لبعض الشافعية (٣).

قوله: (و لا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل، لكن لا يلزمه ملازمه الرقيب).

أما الجواز مع عدم الملازمه فظاهر، و أما المنع من الملازمه فلما فيه من الإضرار بالملازمه من غير استحقاق.

إذا ثبت هذا، فإذا حلّ الأجل و هو في السفر و تمكن من الأداء، و جب عليه: إما برجوعه، أو بإنفاذ وكيله، أو بإنفاذ رسالته، أو بغير ذلك من الوجوه التي تكون طريقا إلى الأداء، كذا قال في التذكرة (٤)، و هذا ناظر إلى عدم وجوب الأداء في غير بلد الدين، و قد حققنا ما فيه في كتاب البيع و كتاب الدين.

ص: ٢٤٤

١- (١) التذكرة: ٥٥: ٢.

٢- (٢) فتح العزيز مع المجموع ٢١٥: ١٠، و بلغه السالك ١٢٥: ٢.

٣- (٣) ذهب إليه الروياني من الشافعية كما في فتح العزيز ٢١٦: ١٠.

٤- (٤) التذكرة ٥٥: ٢. [١]

المطلب الثالث: فى بيع ماله و قسمته

المطلب الثالث: فى بيع ماله و قسمته:

ينبغى للحاكم المبادره إلى بيع ماله لثلا تطول مدته الحجر، و إحضار كل متاع الى سوقه، و إحضار الغرماء، قوله: (ينبغى للحاكم المبادره إلى بيع ماله لثلا تطول مدته الحجر).

صرح المصنف فى التحرير بوجوب ذلك (١)، و فى التذكرة بالاستحباب (٢)، و الوجوب أظهر، و عبارته هنا تحتمل الأمرين، و إن كانت أظهر فى الاستحباب، إلا أن التعليل يرشد إلى الوجوب، فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة، قال فى التذكرة:

و لا يفرط فى الاستعجال لثلا يطمع فيه المشترون بثمان بخس، (٣) و هو حسن.

قوله: (و إحضار كل متاع إلى سوقه).

هذا أيضا يحتمل الأمرين، و قد صرح فى التذكرة بجواز بيع المتاع فى غير سوقه بثمان مثله (٤)، و لا يبعد الوجوب، إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة بإحضاره فى سوقه، فلو شق نقله إلى سوقه نودى عليه فيه.

قوله: (و إحضار الغرماء).

هذا أيضا محتمل، و قد صرح فى التذكرة (٥) باستحباب إحضارهم و إحضار المفلس أو وكيله، و لا ريب لو رجبى بحضورهم زيادة نفع و جب، مع ما فيه من الفوائد، فإن المفلس أخبر بمتاعه، و أعرف بجيده من رديّه و ثمنه، و يعرف

ص: ٢٤٥

١- (١) التحرير ٢١٦:١.

٢- (٢) التذكرة ٥٥:٢. [١]

٣- (٣) التذكرة ٥٥:٢. [٢]

٤- (٤) التذكرة ٥٦:٢. [٣]

٥- (٥) التذكرة ٥٥:٢. [٤]

والبداة بالمخوف تلفه، ثم بالرهن و الجانى، المعيب من غيره، ولأنه تكثر الرغبه بحضوره، فان شراء المال من مالكة أحب إلى المشتريين، ولأنه أبعد من التهمه، و أطيّب لقلب المفلس، و ليطلع على العيب إن كان، فيباع على وجه لا- يرد، و مثل هذا فى الرهون، و فى إحضار الغرماء طيب قلوبهم، و البعد من التهمه، و رجاء الزيادة منهم.

قوله: (و البداه بالمخوف تلفه).

لا ريب فى وجوب هذا، لوجوب الاحتياط على الأمناء و الوكلاء فى أموال مستأمنهم، فالحاكم أولى، فإن تصرفه قهرى، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف، فيبيع الفاكهه و الطعام و نحوهما أولاً.

و يمكن أن يقال: كون الشىء مخوفا تلفه فى نفسه لا يقتضى حصول خوف التلف فى الوقت، فلا يلزم وجوب المبادره إليه، لأن ذلك إنما هو عند خوف التلف، و لا يلزم من كون الشىء مخوف التلف باعتبار شأنه (و جنسه)، أن يكون مخوف التلف فى وقته.

قوله: (ثم بالرهن و الجانى).

قال فى التذكرة: ثم الحيوان لحاجته إلى النفقه و كونه عرضه للهلاك (١)، و يظهر من التحرير (٢) موافقه التذكرة، و ليس ببعيد ما قاله فى التذكرة.

ثم يبيع الرهن و الجانى، فربما بقى بقيه عن الدين و عوض الجنايه، فتصرف إلى الغرماء، أو يقصر الرهن عن الدين، فيضرب المدين بالزائد، و هذا الحكم كالذى قبله ينبغى أن يكون على الوجوب

ص: ٢٤٤

١- ١) التذكرة ٥٥: ٢. [١]

٢- ٢) التحرير ٢١٦: ١.

والتعويل على مناد مرضى عند الغرماء و المفلس، فإن تعاسروا عین الحاكم، وأجرته على المفلس. قوله: (و التعويل على مناد مرضى عند الغرماء و المفلس، فإن تعاسروا عين الحاكم).

هذا الحكم أيضا ينبغي أن يكون على طريق الوجوب، لأن الحق في ذلك للمفلس فإنه ماله، و الغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم، و إن كانت العبارة محتملة، و في التذكرة عبر ب(ينبغي) (١).

و جملة القول فيه: أن الحاكم يرد إليهم التعيين، فإن اتفقوا على مناد و كان مرضيا-أي: ثقة-أمضاه الحاكم، و إلا-ردّه و عین مرضيا، و ليس ذلك كالراهن و المرتهن إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن، إذ لا نظر للحاكم معهما، بخلاف ما هنا، فإن للحاكم نظرا في مال المفلس، إذ الحجر بحكمه، و ربما ظهر غريم فيتعلق حقه.

و لو اختار المفلس شخصا و اختار الغرماء غيره، فإن كان أحدهما متطوعا دون الآخر، قدّم المتطوع إذا كان مرضيا، و إن كانا متطوعين مرضيين، ضمّ أحدهما إلى الآخر أخذا بمجامع الاحتياط، و إن كانا غير متطوعين اختار أوثقهما و أعرفهما و أقلهما أجره و من هذا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج إلى تنقيح.

ثم إن كان المبيع رهنا أو جانيا، أمر بدفع الثمن إلى المرتهن، أو ولي المجنى عليه إن لم يزد على الحق، فإن زاد دفع ما عدا الزيادة، و إن لم يتعلق به إلا حق الغرماء، أمرهم باختيار ثقة يكون المال عنده مجموعا إلى زمان القسمه.

قوله: (و أجرته على المفلس).

قد تقدم كلام التذكرة في أن أجره الدّلال و نحوه من بيت المال، و مع التعذر فمن مال المفلس (٢)، و إطلاق هذه العبارة ينافيه.

ص: ٢٤٧

١- ١) التذكرة ٥٦: ٢. [١]

٢- ٢) التذكرة ٥٦: ٢. [٢]

و لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً، وإنما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالاً، فإن خالف جنس الحق صرف إليه، ثم يقسم الثمن على نسبة الديون حاله خاصة.

قوله: (و لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، بل متأخراً أو معاً).

هذا الحكم أيضاً على طريق الوجوب، عملاً- بالاحتياط التام فى حفظ المال، و الظاهر أن رضى المفلس و الغرماء لا أثر له فى جواز التسليم قبل القبض، لإمكان غريم آخر، فدينه متعلق بالمال.

قوله: (و إنما يبيع بثمان المثل بنقد البلد حالاً).

لا يجوز البيع بدون ثمن المثل فى ذلك الزمان و المكان، لما فيه من الضرر، بل يبيع بثمان المثل فصاعداً إن أمكن، حتى لو كان بقرب بلد المفلس بلد فيه قوم يشتررون العقار فى بلد المفلس- كذا قال فى التذكرة (١)، و لا وجه لتخصيص العقار، بل و كذا غيره- أنفذ الحاكم إليهم و أعلمهم ليحضروا للشراء، فيتوفر الثمن على المفلس.

و كذا لا- يبيع إلا- بنقد البلد و إن كان من غير جنس حق الغرماء، لأنه أوفر، و لأن التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف فى المعاملة، و لا يبيع إلا حالاً، لما سبق من وجوب قبض الثمن أولاً، و لما فى إدامه الحجر من الضرر.

قوله: (فان خالف جنس الحق صرف إليه).

أى: إن خالف نقد البلد الذى وجب البيع به جنس حق الغرماء، صرف ما يبيع به إلى الجنس وجوباً، لكن إذا لم يرض به الغرماء، فإن رضوا جاز صرفه إليهم برضى المفلس، و إلاً وجب الصرف، لأن ذلك معاوضه لا تجوز إلاً بتراضيهما.

ص: ٢٤٨

و لا يكلف الغرماء حجه على انتفاء غيرهم، بل يكتفى بإشاعه حاله بحيث لو كان لظهر، فإن اقتضت المصلحه تأخير القسمة جعل فى ذمه ملىء احتياطاً، فإن تعذر أودع، و لا -تباع دار السكنى، و لا خادمه، و يباع فاضلها. قوله: (و لا يكلف الغرماء حجه على انتفاء غيرهم، بل يكتفى بإشاعه حاله، بحيث لو كان لظهر).

بخلاف الورثه، فإنهم يكلفون إقامة البينه على أنه لا -وارث غيرهم، و الفرق أن الورثه أضبط من الغرماء، و الاطلاع على انتفاء غيرهم أسهل من الاطلاع على انتفاء غريم آخر، و هذه شهاده على النفى يعسر تحصيلها و مدركها، فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعرس.

قوله: (فإن اقتضت المصلحه تأخير القسمة جعل فى ذمه ملىء احتياطاً، فإن تعذر أودع).

اعتبر فى التذكرة (1) فى المقترض مع الملاءه الأمانه، و صرح بأن ذلك على طريق الأولى، فلو أودع مع وجود المقترض الأمين الملىء جاز، و لا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط فى بيع و نحوه.

قال أيضاً: و ينبغى أن يودع ممن يرتضيه الغرماء، فإن اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل، لم يلتفت الحاكم و عين هو من أراد من الثقات، و لا يودع من ليس بعدل (2)، و لم يعتبر رضى المفلس، و ينبغى اعتباره.

قوله: (و لا تباع دار السكنى و لا خادمه، و يباع فاضلها).

هذا إذا كان من أهل الإخدام، و مثله فرس ركوبه، و ينبغى أن يراد بالفاضل: ما يعمّ الفاضل باعتبار العين و باعتبار قيمه، فإذا كانت الدار واسعه يكتفى ببعضها، أو نفيسه يكفيه دار بقيمه بعضها، أو الخادم متعدداً أو نفيساً

ص: ٢٤٩

١- (١) التذكرة ٥٦: ٢. [١]

٢- (٢) المصدر السابق. [٢]

و يجرى عليه نفقته مده الحجر، و نفقه من تجب عليه نفقته بالمعروف، و كسوته جارى عادته أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة. و لو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الأجزاء إلى يوم وصوله، كذلك، و جب البيع و الاقتصار على ما يكتفى، و كذا فرسه.

و يجب أن يترك له دست ثوب يليق بحاله صيفا و شتاء، قال في التذكرة: و الأولى الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في حال ثروته، و لو كان يلبس في حال الثروه دون ما يليق بحاله تقتيرا، لم يزد عليه في الإفلاس (1). و ينبغى أن يقيد بعدم زيادته على ما يليق بحال الإفلاس، و يترك لعياله من الثياب ما يترك له، و يسامح باللبد و الحصر القليل القيمة، لا بالبسط و نحوها.

فرع: لو كان شيء من هذه مرهونا، بيع في الدين بمقتضى الرهانه.

قوله: (و يجرى عليه نفقته مده الحجر، و نفقه من تجب عليه نفقته بالمعروف و كسوته، جارى عادته أمثاله إلى يوم القسمة، فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة).

(جارى عادته أمثاله) قيد في (نفقته و نفقه من تجب عليه نفقته) و قوله:

(بالمعروف) كالمستغنى عنه، لأن اعتبار (جارى عادته أمثاله) يغنى عنه، لأن الإسراف و التقتير خارج عن جارى العاده، و لو مات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار قيل: يرجع بنفقه الباقي.

قوله: (و لو اتفقت في طريق سفره، فالأقرب الأجزاء إلى يوم وصوله).

ظاهر العبارة الإنفاق إلى يوم وصوله إلى منزله، و هو مستقيم إن لم يكن دونه موضع آخر، فان كان دونه بلد آخر أو نحوه، ففي وجوب الأجزاء إلى وطنه المألوف إشكال، و وجه القرب الإضرار المؤدى إلى الهلاك، أو المشقه العظيمه

ص: ٢٥٠

و يقدم كفته الواجب، فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصه يقتضيها الحساب.

و يحتمل النقض، لولاه، و احتمال العدم فى هذه الصورة ضعيف جدا.

قوله: (و يقدم كفته الواجب).

إجماعاً، و كذا كفن زوجته و مملوكه لا قريبه، إذ لا يجب تكفين القريب على الموسر كما سبق فى أول الكتاب.

قوله: (فان ظهر بعد القسمة غريم، رجع على كل واحد بحصه يقتضيها الحساب، و يحتمل النقض).

وجه الأول: أن كل واحد من الغرماء ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محله، فلا يجوز النقض، لأنه يقتضى إبطال الملك الثابت، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر، فإنها غير مملوكه له فتستعاد.

و وجه الثانى: أن القسمة الواقعة و أحد المستحقين غائب باطله، لتوقفها على رضى الجميع، فيجب نقضها.

و يضعف بان ذلك فى الشركاء، و هنا لا شركه، إذ المال للمفلس، نعم يستحقون الإيفاء، فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصة، و ما سواها لا حق له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبراً.

و بنى الشارح الاحتمالين على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن، أو الأرش برقبه الجانى؟ فعلى الأول يتخرج الاحتمال الأول، و على الثانى الثانى (1).

و هذا البناء فاسد، لأنه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الأرش برقبه الجانى، ثبوت القسمة حقيقه، التى هى فرع الشركه الحقيقه، فإن المجنى عليه لم

ص: ٢٥١

١-١) إيضاح الفوائد ٢:٧٠.

ففى الشركه فى النماء المتجدد اشكال. يملك الجانى، و لا شيئاً منه بمجرد الجنايه، و إن استحق ذلك.

ثم اعلم أن فائده الاحتمالين تظهر فى مواضع:

أ: إذا تصرف واحد فى مقدار نصيبه، فعلى الأول يمضى، و على الثانى يجب بدله.

ب: وجوب الزكاه إذا بلغ النصيب النصاب و اجتمعت الشروط على الأول، دون الثانى.

ج: إذا أتلّف واحد ما أخذه و كان معسراً، فعلى الأول يرجع على الباقيين بالحصه التى يقتضيها الحساب، و على الثانى ما أتلّفه المعسر بالنسبه إلى باقى الغرماء بمنزله التالف، فيجمعون ما سواه و يقتسمونه بينهم سوى المعسر.

د: لو زادت قيمه الآن، فعلى الأول تعتبر قيمه الحصه خاصه، فإن ما سواها مملوك للقابض، فتستعاد الحصص و تعدّل بين الغرماء. و يمكن أن يقال:

لما زادت قيمه الحصص و هى فى يد الغرماء و قد قبضوها عن دينهم، ملكوا منها الآن نصيبهم بعد الحساب، فلا يستعاد منها إلا حق الغريم.

ه: لو حصل نماء، و هو فى كلام المصنف.

قوله: (ففى الشركه فى النماء المتجدد إشكال).

هذا متفرع على الاحتمالين السابقين، أى: فبناء على الرجوع بالحصه أو النقص، فى حال انماء المتجدد فى يد الغرماء إشكال، يلتفت إلى الاحتمالين المذكورين.

فعلى الرجوع بالحصه، النماء مشترك بين المفلس و الغرماء على نسبه المملوك بالقبض، فإذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلّها بعد اعتباره معها مثلاً، ملك كلّ واحد من القابضين تسعه أعشار المقبوض، فيملك تسعه أعشار النماء، و يبقى عشر المقبوض و عشر النماء على ملك المفلس، فيجمع

و لو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال. الجميع و يدفع الحصه إلى الغريم الظاهر، و يقسم نماؤها بين الجميع.

و على احتمال النقض لا شركه، بل الأصل و النماء باق على ملك المفلس، فيقسم الجميع بين الغرماء.

و اعلم: أن المتبادر من عبارته تفريع الشركه في النماء و عدمه على احتمال النقض، و ليس مراداً و لا - صحيحاً في نفسه، و هو ظاهر. و كذا المتبادر أن الشركه في النماء و عدمها بين الغريم الظاهر و باقى الغرماء، لا بينهم و بين المفلس، و هو الذى فهمه الشارح (١)، و لا شبهه فى أنه غلط لا محصل له، يظهر ذلك بأدنى تأمل، بل المراد: الشركه بين المفلس و الغرماء و عدمها، و إن صعب فهمه من عبارته، باعتبار عدم ذكر المفلس هنا.

ثم فى كلام المصنف مناقشه، فإنه قد اختار الرجوع بالحصه و جعل النقض احتمالاً، فكيف يكون عنده فى الشركه و عدمها إشكال؟ مع أن الاشكال يقتضى تكافؤ الطرفين عنده، و الأصح الرجوع بالحصه و الاشتراك فى النماء.

قوله: (و لو تلف المال بعد النقض، ففي احتسابه على الغرماء إشكال).

هذا تفريع على احتمال النقض، أى: لو تلف المال فى يد الغرماء بغير تفريط و ظهر غريم بناء على النقض، ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم إشكال، ينشأ: من عدم التفريط و أصالة البراءة، و من أنهم قبضوه للاستيفاء، و القبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه، مع تأيده بظاهر قوله عليه السلام:

«على اليد ما أخذت» (٢) و هو الأصح.

ص: ٢٥٣

١- ١) إيضاح الفوائد ٢:٧٠.

٢- ٢) عوالى اللآلى ٣:٢٥١ حديث ٣، [١] سنن البيهقى ٦:٩٥، سنن الترمذى ٢:٣٦٨ حديث ١٢٨٤، سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ١٣، ١٢، ٨:٥. [٢]

و لو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، و يحتمل الضرب، لأنه دين لزم المفلس، و الأقرب التقديم، لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء. و اعلم أن في كلام المصنف مناقشتين:

إحداهما: أنه قد سلف في الرهن الجزم بالضمان بفساد القبض للاستيفاء، و كذا في نظائره، فلا وجه للإشكال ها هنا.

الثانية: تقييده التلف بكونه (بعد النقض) لا محصل له، لأنه إن أراد ب(النقض) تصريح الحاكم بقوله: نقضت القسمة، فلا أثر لهذا القول، و القسمة منقوضه مع هذا القول و عدمه، و إن أراد أخذ المال منهم ثم أعادته إليهم على طريق الاستئمان، فلا ضمان هنا قطعا، أو يريد ب(النقض) علمهم بوجود الغريم المقتضى له، فلا- يخرج بذلك عن حكم القبض للاستيفاء، لأنه لم يدخل في أيديهم إلا على هذا الوجه.

قوله: (و لو خرج المبيع مستحقا، رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف، و يحتمل الضرب، لأنه دين لزم المفلس، و الأقرب التقديم، لأنه من مصالح الحجر، لئلا يرغب الناس عن الشراء).

أى: لو خرج المبيع من مال المفلس ظاهرا مستحقا، فأخذه مالكه، رجع المشتري على كل واحد من الغرماء بجزء من الثمن، يقتضيه الحساب بعد ضميمة الثمن إلى الديون إذا تلف الثمن، فيقدم به على الغرماء.

و يحتمل الضرب به مع الغرماء، لأنه دين لزم المفلس، فهو من جملة الديون، إذ المتلفات بعد الحجر يضرب مستحقها مع الغرماء.

و الأقرب عند المصنف هو الاحتمال الأول، أعنى: التقديم بالثمن على الغرماء، لما ذكره من أن ذلك من مصالح الحجر، فإنه لو لا ذلك لكان الناس -لتجويزهم ظهور الاستحقاق، و حصول التلف للثمن- يرغبون عن الشراء، خوفا من فوات بعضه باستحقاق الضرب، فتقلل الرغبات في شراء أموال المفلسين،

و لو بذل زياده بعد الشراء استحب الفسخ، فإن بقي من الدين شيء لم فتنقص قيمه، فيحصل الضرر للمفلس، فينحصر الضمان فيه فيقدم به، أو يضرب و الغرماء، بخلاف ما إذا أمنوا باعتقاد الرجوع إلى جميع الثمن، و ما قر به المصنف جيد.

إذا تقرر هذا، فلا بد من تحرير المسأله، فإن التلف للثمن إما أن يكون قبل قبض الغرماء إياه، أو بعده.

فان كان الأول، فتلفه في يد الحاكم أو الأمين كتلفه في يد المفلس، لأنها كيده، فينحصر الضمان فيه، فيقدم به، أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين، و لكن هذا إذا لم يكن الغصب معلوما عند القابض، و إلا استقر الضمان عليه، لأنه غاصب.

و إن كان الثاني، فإن تلفه في يد الغرماء مضمون، لقبضهم إياه للاستيفاء، فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعا كل بقدر ما تلف في يده، و الرجوع على المفلس، فيقدم به أو يضرب مع الغرماء.

فان رجع على الغرماء لم يرجعوا على المفلس، سواء كانوا عالمين أو جاهلين، لأن قبضهم كان مضمونا، نعم له الرجوع بدينهم، لأن القبض لم يحصل به إيفاء الدين، لأن ذلك مال الغير.

و إن رجع على المفلس، رجوع هو على الغرماء، لما قلناه.

قوله: (و لو بذلت زياده بعد الشراء استحب الفسخ).

أى: استحب للحاكم أن يفسخ العقد اللازم إذا رضى المشتري، و يستحب للمشتري الرضى، أما لو كان هناك ما يقتضى الفسخ كخيار، فلا إشكال في وجوب الفسخ.

قوله: (فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب).

يستكسب. و هل تباع أم ولده من غير رهن؟ نظر، فإن منعناه ففي مؤاجرتها و مؤاجره الضيعه الموقوفه نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالا- كالأعيان، و من كونها لا تعدد مالا ظاهرا، و الأول أقوى. لظاهر قوله تعالى (فَنَظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) (١) و للروايه عن علي عليه السلام (٢)، فلا يجبر على أخذ الزكاه و الصدقه، و لا المرأه على التزويج لتأخذ المهر.

قوله: (و هل تباع أم ولده من غير رهن؟ نظر، فإن منعناه، ففي مؤاجرتها و مؤاجره الضيعه الموقوفه نظر، ينشأ: من كون المنافع أموالا كالأعيان، و من كونها لا تعدد مالا ظاهرا، و الأول أقوى).

أما منشأ النظر الأول: فمن تعارض عمومي بيع أمواله- فإن أم الولد مال- و منع بيع أمهات الأولاد إلا فيما استثناه النص، و لا نص هنا.

و هذا النظر ينافي ما سبق من جزم المصنف بجواز وطء المفلس أم ولده، و تردده في وطء غيرها من الإماء، فإنه على هذا التردد يجب التردد هناك أيضا، إذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر.

و منشأ النظر الثاني: من التردد في أن المنافع تعدد أموالا- أم لا-؟ و إن كان ما ذكره المصنف كالمتدافع. و قوله: (لا- تعدد مالا ظاهرا) يريد به: أنها لا تعدد في الظاهر بين الناس مالا، أو لا تعدد من الأموال الظاهره، بل هي من الأموال الخفيه.

و بالجمله فالعباره لا تخلو من تعقيد، و الأولى توجيه النظر بما قلناه، و ما قواه من وجوب المؤاجره قوى.

فإن قيل: لو كانت المنافع أموالا، لوجب باعتبارها الحج.

قلنا: يحتمل ذلك، و لو قلنا بالعدم أمكن التفصلي من اللزوم، بأن الحج

ص: ٢٥٦

١- (١) البقره: ٢٨٠. [١]

٢- (٢) الفقيه ٣: ١٩٦ حديث ٤٣، التهذيب ٦: ١٩٦ حديث ٤٣٣، الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.

و إذا لم يبق له مال، و اعترف به الغرماء فك حجره، و لا- يحتاج إلى إذن الحاكم، و كذا لو اتفقوا على رفع حجره. إنما يجب بالمال الحاضر، و المنفعه تتجدد شيئاً فشيئاً، و لا يوثق ببقائها، بحيث يستوفى الجميع، فيستقر ملك الأجره، فلا يوجب عليه الإقدام على ارتكاب هذا الأمر الخطير.

نعم لو أجز الأعيان بمقدار المئونه، و جب حينئذ، لكونه مالكا.

قوله: (و إذا لم يبق له مال و اعترف به الغرماء فك حجره، و لا يحتاج إلى إذن الحاكم).

المراد: إذا لم يبق له مال بعد القسمة للمال الموجود، و إنما فك حجره حينئذ لأن الحجر لحفظ المال على الغرماء، و قد حصل الغرض، فيزول الحجر، خلافاً للشافعي في أحد قوله (١).

لكن يشكل على هذا الحجر على من لا مال له، فلو رفع عنه الحجر لانتفاء المال، و جب أن لا يصح الحجر على من لا مال له، إلا أن يقال: الحجر في هذا القسم لا يرتفع إلا بفك الحاكم عندما يقتضيه نظره و اجتهاده.

قوله: (و كذا لو اتفقوا على رفع حجره).

هذا أحد الوجهين، و قد قوّاه المصنف في التذكرة، لأن الحجر لهم، و هو حقهم، و هم في أموالهم كالمرتتهن في المرهون (٢). و يحتمل التوقف على مراجعه الحاكم، لأن الحجر على المفلس لا يقتصر على الغريم الملتمس، بل يثبت على العموم، و من الجائر أن يكون له غريم آخر.

قال في التذكرة: و الوجهان مفرعان على أن يبيع المفلس من الأجنبي لا يصح، فان صح فهذا أولى (٣)، و الذي يقتضيه النظر عدم التوقف، لأن الأصل

ص: ٢٥٧

١- ١) فتح العزيز مع المجموع ١٠: ٢٢٥.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٥٨. [١]

٣- ٣) المصدر السابق. [٢]

و لو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة، و لو باع من الغريم بالدين و لا دين سواه صح على الأقوى، لأن سقوط الدين يسقط الحجر. عدم غريم آخر.

و لو بقى الحجر لأجله، لزم استمراره بعد القسمة ما بقى الاحتمال، و هو ضرر منفي، على أنه لو بقى الحجر لأجله لم يكن للحاكم رفعه، كما أنه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضی الغرماء.

قوله: (و لو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة).

وجه القرب يعلم مما سبق، فان الحجر لحقهم، و الأصل عدم غريم آخر.

و لقائل أن يقول: الحجر و إن كان لحقهم ظاهراً، إلاّ أنه من الممكن كونه لحقهم و حق غيرهم، بأن يكون للمفلس فى الواقع غريم آخر، فبعد ظهوره يتبين عدم نفوذ البيع، فيكون عند إيقاعه غير معلوم الصحة، و هو الاحتمال الآخر.

و يمكن أن يقال: عموم الحجر بالنسبة إلى غير الملتمس من الغرماء يقتضى المشاركة فى الضرب، أما توقف صحة البيع على إذنه مع كونه غير معلوم فباطل، لامتناع الخطاب حينئذ، و لا دليل يدل على تعلقه بعد الظهور، و لامتناع إبطال تصرف ثبتت صحته، و كذا توقف صحة العقد على إذن الحاكم لا دليل عليه، مع كونه إنما حجر عليه لحقوق الغرماء، و القول بالصحة قريب، و إن كان التوقف على إذن الحاكم أولى.

قوله: (و لو باع من الغريم بالدين و لا دين سواه صح على الأقوى، لأن سقوط الدين يسقط الحجر).

هذا فرع زوال الحجر بزوال الدين من غير توقف على حكم الحاكم، و وجه القوه: أن صحة البيع موجب لسقوط الدين، فيسقط الحجر، كذا علل المصنف.

و فيه نظر، فإن ذلك مسلم، و لا يلزم من كونه كذلك صحة البيع، لأنها

فرع زوال الدين، و الدين لا يزول إلا إذا صحَّ البيع، فتكون صحه البيع موقوفه على زوال الدين المقتضى لزوال الحجر، و زوال الدين موقوف على صحه البيع، و ذلك دور.

و إمكان اقتران صحه البيع و ارتفاع الحجر لا يقتضى الصحه، لوجوب تقدّم الشرط، فان رفع الحجر شرط لصحه البيع.

و يمكن أن يقال: صحه البيع موقوفه على رضی الغريم به، و شراؤه من المفلس يستلزم رضاه، لوجوب حمل الشراء على المعبر شرعا، و هذا إذا اتحد الغريم، أو كان المشتري الجميع، و يحتمل العدم، لا مكان غريم آخر.

و جوابه: أن صحه التصرف غير موقوفه على إذن غريم غير ظاهر وقت التصرف، فعلى هذا لو ظهر غريم أخذ من المشتري حصه يقتضيها الحساب، و يحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصه.

هذا إن لم نقل بالنقض، و لو قلنا به أمكن الحكم ببطلان البيع من رأس، لأن الدين لا يجوز جعله حينئذ ثمنا، إذ لا يستحق استيفاؤه و حاله هذه، فلا يجوز أن يقابل به مال.

و اعلم: أنه لو كان شراء الغريم بغير الدين، فعلى ما سبق اختياره من صحه بيع الأجنبي، يجب الحكم بالصحه في الجميع و إن ظهر غريم.

إذا تقرر هذا، فما قواه المصنف لا يخلو من نظر، إذ لو ظهر غريم و حاله هذه، لتطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصه و إن أذن الحاكم، لتبين عدم صحه مقابلتها بمال.

و اعلم: أن عبارته الشارح هنا مختلفه، فإنه قال: سقوط الدين معلول صحه البيع، و هو مشروط بصحه البيع في دور (1)، و هذا مختل، لأن كونه معلولا لصحه البيع هو عبارته عن كونه مشروطا به، و هذا لا يقتضى الدور.

ص: ٢٥٩

و المجنى عليه أولى بعبدته من الغريم، فإن طلب فكّه فللغريم منعه. و لو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء كان التالف الثمن أو العين.

المطلب الرابع: في الاختصاص

إشارة

المطلب الرابع: في الاختصاص:

من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره و إن لم يكن سواها، قوله: (و المجنى عليه أولى بعبدته من الغريم، فإن طلب فكّه فللغريم منعه).

إنما كان المجنى عليه أولى من الغريم، لأن حقه متعلق بعين الجاني و لا يستحق سواه، فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكّه.

و اعلم: أن في إضافته العبد إلى ضمير المجنى عليه توسعاً، بسبب علاقه جنائته عليه، فإن إضافته يكفي فيها أدنى ملابسه.

قوله: (و لو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس، سواء كان التالف الثمن أو العين).

أما إذا كان التالف العين فظاهر، إذ هو مال المفلس تلف في يد أمينه المنصوب عنه شرعاً، و أما إذا كان التالف الثمن، فلأنه قد دخل في ملكه بالبيع عنه، و لم يملك الغرماء، لأنهم إنما يملكون بالدفع إليهم بعد القسمة، و قد تلف في يد أمينه، لكن لا بد من التقييد بكون التالف بغير تفریط.

قوله: (و من وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره و إن لم يكن سواها).

مستند ذلك النص و الإجماع، و لا فرق بين أن يكون للمفلس مال سوى العين أم لا، تمسكاً بعموم النص (1).

ص: ٢٦٠

و له الضرب بالدين، و الخيار على الفور على اشكال، سواء كان هناك وفاء أولا.

قوله: (و له الضرب بالدين).

أى: مع كونه أحق بعينه-على معنى أنه لا حق لأحد معه فيها-له أيضا أن يتركها مع الغرماء بالثمن الذى هو الدين.

قوله: (و الخيار على الفور على إشكال).

هذه جملة معترضه، و منشأ الاشكال: من أن الأصل فى البيع اللزوم، و لظاهر قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) فيقتصر فى الخروج عن مقتضى الأصل، و ظاهر الآية على ما به يندفع الضروره.

و من دلالة النص على ثبوت الخيار، فيكون مخرجا لهذا الفرد من الآية، فلا دليل على عوده إليها، و أصل اللزوم معارض بأصل بقاء الخيار و استصحابه.

و يمكن ترجيح الفوريه، بأنها الأشهر فى كلام الأصحاب (٢)، و فيها جمع بين الحقين، فالقول بالفوريه قريب.

قوله: (سواء كان هناك وفاء أو لا).

هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله: (و إن لم يكن سواها) لكنه على الشق المحذوف، أى: هو أحق إن كان سواها و إن لم يكن، و على تقدير أن يكون سواها فهو أحق، سواء كان هناك وفاء لباقي الديون أو لا، و قال الشيخ فى المبسوط: إنه ليس له الرجوع، إلا- إذا كان هناك وفاء لباقي الديون (٣)، بخلاف ما لو مات المفلس، فان صاحب العين إنما يختص بها إذا كان فى التركة وفاء لباقي الديون، على ما ذكره فى التذكرة (٤).

ص: ٢٤١

١- ١) المائدة: ١. [١]

٢- ٢) منهم: الشيخ فى المبسوط ٢: ٢٥٠، و العلامة فى التذكرة ٢: ٦٠.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٢٥٠. [٢]

٤- ٤) التذكرة ٢: ٦٠. [٣]

و يفتر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوض، والمعاضه

و يفتر الرجوع إلى أركان ثلاثة: العوض، والمعوض، والمعاضه.

أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران

أما العوض فهو الثمن و شرطه أمران:

الأول: تعذر الاستيفاء بالإفلاس

الأول: تعذر الاستيفاء بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع، و لا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنه، و تجوز ظهور غريم. فإن قيل: كيف يتصور أن يكون فى التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر؟ قلنا: يمكن تجدد مال آخر للمفلس يارث أو اكتساب و نحوهما، أو بارتفاع قيمه أمواله أو نمائها، أو كون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمه الدين المتعلق بمتاع واجده، فإذا أخرج الدين من بين ديونه و المتاع من بين أمواله، صارت وافية بالديون.

فإن قيل: مع الوفاء بجميع الدين لنماء و نحوه المانع زائل.

قلنا: ثبت الخيار بأول الحجر، و الأصل بقاؤه.

و اعلم: أن الجملة المتضمنه لكون الخيار على الفور، معترضه بين هذا التعميم، و ما قبل الجملة، إذ هو متعلق به من حيث أنه من جملة أحكامه، و لا قبح فيه من حيث أنه جار على القواعد (1).

قوله: (و شرطه أمران: تعذر الاستيفاء بالإفلاس، فلو وفى المال به فلا رجوع).

لعدم تعذر الاستيفاء حينئذ.

قوله: (و لا يسقط الرجوع بدفع الغرماء، للمنه، و تجوز ظهور غريم).

لا فرق فى ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس، سواء دفعوا إلى المفلس ليوفى عن نفسه صاحب العين، أو دفعوا

ص: ٢٤٢

١- ١) فى «م» وردت العبارة من قوله: (و اعلم أن الجملة). قبل قوله: (فإن قيل). و ما أثبتناه من «ق» و هو الأنسب.

و لو امتنع المشتري الموسر من الدفع فلا رجوع، و يستوفيه القاضى. إلى صاحب العين، و سواء كان فى العين ما يقتضى رغبتهم فى دفع قيمه، أو لا، لأن الخيار قد ثبت بالنص، فلا يسقط بما ذكر.

و تعليل المصنف بالأمرين -أعنى: المنه، و تجويز ظهور غريم آخر- لا- يأتى على جميع الصور، فان تجويز ظهور غريم آخر إنما يمنع لو دفعوا من مال المفلس، أو من أموالهم إلى المفلس هبه.

و لو دفعوا إليه هبه و شرطوا عليه إيفاء صاحب العين، فعلى ما قلناه من جواز الشراء بشرط الاعتاق و تعيينه، لا اعتراض للغريم الظاهر.

و أما المنه، فإنما تكون إذا قدموه بالدين، أو دفعوا إليه من أموالهم حيث لا- يكون فى العين زياده تقتضى الرغبه فى بذل العوض، فيكون مقتضى التعليلين المذكورين وجوب القبول مع انتفائهما.

و قد صرح فى التذكرة: بأنه إذا كان فى السلعه زياده لغلاء السعر، أو كثره الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها، يجب على صاحبها أخذ دينه الذى بذله الغرماء (١)، و قد عرفت ضعف ذلك، فان العدول عن ظاهر النص بمثل هذه الأوهام لا يجوز.

قوله: (و لو امتنع المشتري الموسر من الدفع، فلا رجوع، و يستوفيه القاضى).

على الأصح، خلافاً للشيخ (٢) منّا و الشافعى (٣)، فإن الأصل فى البيع اللزوم، فلا يعدل عنه إلا بنص، و لأن إقباض البائع قبل قبض المشتري الثمن يقتضى الرضى بدمته، فلا يبقى له فسخ، بل يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على الوفاء، أو يسلم عنه من ماله، و هذا فى غير خيار التأخير حيث لم يقبض واحد

ص: ٢٤٣

١- ١) التذكرة ٢:٦٠. [١]

٢- ٢) المبسوط ٢:١٤٨.

٣- ٣) فتح العزيز مع المجموع ١٠:٢٣٦.

الثانى:الحلول،فلا رجوع لو كان مؤجلا،و لو حل الأجل قبل فك حجره ففي الرجوع اشكال.

و أما المعاوضه فلها شرطان

و أما المعاوضه فلها شرطان:

كونها معاوضه محضه،فلا- يثبت الفسخ فى النكاح،و الخلع، و العفو عن القصاص على مال:و ليس للزوجه فسخ النكاح،و لا للزوج فسخ الخلع، منهما،و قد سبق فى البيع.

و اعلم:أن هذا فى جملة المتحرز عنه بقوله:(تعذر الاستيفاء بالإفلاس) فإن التعذر هنا ليس من جهة الإفلاس.

قوله:(فلا رجوع لو كان مؤجلا).

لعدم الاستحقاق حال الحجر،فيتعلق بالعين حق باقى الغرماء،و لا دليل على سقوطه.

قوله:(و لو حلّ الأجل قبل فكّ الحجر،ففى الرجوع إشكال).

• ينشأ:من أن ظاهر الخبر يشمله بعمومه-فإنه غريم وجد عين ماله-و من سبق تعلق الغرماء بها،فلا دليل على الإبطال.

و أيضا فإن عموم النصوص (1)دالّ على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله،و هو يقتضى عدم اختصاص البائع بعد الحلول،لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء،و هو الأصح.

قوله:(كونها معاوضه محضه).

هذا الشرط إجماعى،و يؤيده أن ما لم يكن معاوضه محضه كالنكاح مثلا ليس المال مقصودا فيه،و لهذا يجوز إخلاء العقد عنه،فلا يتسلط على الفسخ بتعذر الوصول إلى المال.

ص:٢٦٤

و لا للعافى فسخ العفو بتعذر الأَعراض. و يثبت فى الإجاره و السلم،فيرجع الى رأس المال مع بقائه،أو يضرب بقيمه المسلم فيه مع تلفه،أو برأس المال على اشكال،لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم. قوله: (بتعذر الأَعراض).

أى:بتعذرها فى كلّ من هذه المذكورات.

قوله: (و يثبت فى الإجاره و السلم).

لأن كلا منهما معاوضه محضه.

قوله: (فيرجع إلى رأس المال مع بقائه،أو يضرب بقيمه المسلم فيه مع تلفه،أو برأس المال على إشكال،لتعذر الوصول إلى حقه،فيتمكن من فسخ السلم).

بعد أن ذكر ثبوت الاختصاص فى الإجاره و السلم،اقتصر على بيان حكم السلم،لأن حكم الإجاره سيجىء بيانه.

فإذا كان رأس مال السلم باقيا فسخ و رجع إليه،و إن تلف فهو مخير بين أمرين:الضرب بقيمه المسلم فيه،و الضرب برأس ماله بأن يفسخ عقد السلم، لكن على إشكال فى الثانى،ينشأ:من تعذر الوصول إلى حقه،فيمكن من فسخ السلم،كذا ذكره المصنف.

و فيه نظر،لأن ما ذكره صغرى قياس حذف كبراه،و تقديرها:و كلّ من تعذر وصوله إلى حقه فسخ المعاوضه المتضمنه له،و معلوم عدم صحتها كليه.

و من أنه عقد لازم،و المسلم فيه موجود،و إنما تعذر لإعسار المسلم إليه.

إذا عرفت هذا،فاعلم أن فى عباره المصنف شيئين:

أحدهما:أنه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده،و يجب التفريق بينهما،فإنه إذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم إلا المسلم فيه،فبعد الحجر يستحق الضرب ليس إلا.

و لو أفلس مستأجر الدابه، أو الأرض قبل المده فـللمؤجر فسخ الإجاره تنزيلا- للمنافع منزله الأعيان، و أما إذا كان التلف بعد الحجر، فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجودان عين ماله، فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان، و هذا هو الأصح الذى لا معارض له، و الاحتجاج بكون عقد السلم فى هذه الصوره لازما مصادره، لأن ذلك هو المتنازع.

الثانى: إن قوله: (أو يضرب بقيمه المسلم فيه مع تلفه) فيه شىء، لأن الذى يستحق الضرب به هو جنس الحق، حتى أن أموال المفلس و أثمانها إذا لم تكن من جنس الحق صرفت إليه، إلا مع رضى الغرماء بالاعتياض عن الحق.

و لعله أراد بالضرب بالقيمه هنا: الضرب باعتبارها، لأنه إنما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس، باعتبار قيمه المسلم فيه، فكأنه قد ضرب بها، فتجوز فى العبارة.

و العجب أن الشارح (1) تخيّل أن الاشكال فى ضربه بالقيمه مع التلف، نظرا إلى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضه على مال السلم قبل قبضه، فان كلام المصنف لا يستقيم إلا بتأويل، إما التجوز، أو الحمل على رضى المسلم بأخذ قيمه، و مع ذلك فهو لا يرى المنع من هذه المعاوضه، فكيف يستشكل صحتها؟ فما ذكره غير مستقيم.

قوله: (و لو أفلس مستأجر الدابه أو الأرض قبل المده، فـللمؤجر فسخ الإجاره، تنزيلا للمنافع منزله الأعيان).

الإفلاس الطارئ على الإجاره، إما أن يكون على المؤجر، أو على المستأجر، و على التقديرين، إما أن يكون مورد الإجاره الذمه، أو العين، فالصور أربع.

ص: ٢٤٤

وله الضرب، فيؤجر الحاكم الدابه أو الأرض و يدفع الى الغرماء، و لو بذلوا له الأجره لم يجب عليه الإمضاء. فإذا أفلس المستأجر و الحال أنه لم يسلم عوض الإجاره، و لا مضى شيء من المده المضروبه، فلا فرق بين أن تكون الإجاره وارده على العين كأرض و دابه معيتين، فللمؤجر في الحالين فسخ الإجاره، تنزيلا للمنافع منزله الأعيان.

فكما ثبت الفسخ في الأعيان المتعاضض عليها، يجب أن يثبت في المنافع، لأنها أموال، و للاشتراك في الضرر في كل من الموضوعين، مع أن الإجاره معاوضه محضه لا يقصد بها إلا العوضين، و ذكرهما ركن في العقد.

قوله: (و له الضرب، فيؤجر الحاكم الدابه أو الأرض، و يدفع إلى الغرماء).

أى: و للمؤجر إبقاء الإجاره، فيضرب بالأجره مع الغرماء، فعلى هذا يؤجر الحاكم العين المستأجره كما يبيع أموال المفلس، و يؤجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها، و ما حصل من الأجره فهو بين الغرماء، هذا إذا كانت الإجاره على عين أو فى الذمه و حصل التعيين، و لو لم يكن قد عين و لم يفسخ، طالبه الحاكم بالتعيين، ثم يؤجر العين حينئذ.

قوله: (و لو بذل له الأجره لم يجب عليه الإمضاء).

أى: بعد ثبوت استحقاق الفسخ، لأن الأصل عدم الوجوب، و لا فرق بين كون البذل من مال المفلس أو من الغرماء، و لا بين أن يكون البذل لمصحه الغرماء و غبطتهم أو لمحض مصلحته، لما قلناه.

و يجيء على ما ذكره المصنف فى بذل الغرماء الثمن لمصلحتهم من مالهم، و جوب القبول هنا، و هو ضعيف. و هذا كله إذا لم يمض من المده شيء، فلو مضى منها بعض، فكما لو تلف بعض المبيع.

و لو حجر عليه و هو فى باديه ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجره المثل مقدمه على حق الغرماء. و لو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجره مقدمه على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذى هو حق الغرماء. و لو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابه فلا-فسخ، بل يقدّم المستأجر بالمنفعه كما يقدّم المرتهن. قوله: (و لو حجر عليه و هو فى باديه، ففسخ المؤجر، نقلت العين إلى مأمّن بأجره المثل، مقدمه على حق الغرماء).

أى: لو حجر على المستأجر، و هو فى مكان مخوف كالباديه، و اجتمعت شرائط الفسخ، ففسخ المؤجر، و كانت الإجاره لنقل متاع، لم يكن للمؤجر طرح المتاع فى الباديه المهلكه، و لا فى موضع غير محترز، بل يجب عليه نقله إلى مأمّن بأجره المثل لذلك النقل من ذلك المكان.

و يقدم بها على الغرماء، لأنها لصيانته المال و حفظه، ليصل إلى الغرماء، فهو من مصالح الحجر، فإذا نقله سلمه إلى الحاكم مع إمكانه، و إلا- جعله على يد عدل. و لو كانت الإجاره لركوب المفلس و حصل الفسخ، فالأقرب أنه ينقل إلى المأمّن بأجره مقدمه، دفعاً للضرر عن نفسه، على تقدير حصوله بدون ذلك.

قوله: (و لو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بأجره مقدمه على الغرماء، إذ فيه مصلحة الزرع الذى هو حق الغرماء).

و كذا كلما كان من هذا القبيل.

قوله: (و لو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابه فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعه كما يقدم المرتهن).

هذا أحد قسمى ما إذا كان المفلس هو المؤجر، و هو ما إذا كان الإفلاس بعد تعيين محلّ الإجاره، سواء كان التعيين فى أصل العقد أو بعد وروده على الذمه.

و إنما لم يكن للمستأجر الفسخ هنا، لأنه يتقدم بالمنفعه فى هذه الصوره،

و لو كانت الإجاره على الذمه فله الرجوع الى الأجره إن كانت باقيه،أو الضرب بقيمه المنفعه.

الثانى:سبق المعاوضه على الحجر

الثانى:سبق المعاوضه على الحجر،فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر. للتصرف اللازم المتقدم على الحجر كالمرتهن،فلا- ضرر عليه و لا- دين له على المفلس، و تباع العين،و هى كذلك إن حصل راغب،فان لم يحصل آخر بيعها إلى انقضاء الإجاره،و هل يبقى الحجر مستمرا إلى انقضائها؟فيه تردد.

قوله: (و لو كانت الإجاره على الذمه،فله الرجوع إلى الأجره إن كانت باقيه،أو الضرب بقيمه المنفعه).

أى:لو كانت الإجاره وارده على الذمه،و لما يحصل التعيين،فللمستأجر الرجوع إلى الأجره مع بقائها،لأنه غريم ظفر بعين ماله،و لو كانت تالفه ضرب بقيمه المنفعه،و هل له الفسخ و الضرب بالأجره؟فيه الاشكال السابق فى السلم.

قوله: (سبق المعاوضه على الحجر،فالأقرب عدم تعلقه بعين ما له لو باعها عليه بعد الحجر).

قد سبقت هذه المسأله فى بحث منع التصرف،و ذكر المصنف فيها احتمالات ثلاثه،أحدها ما قربه هنا،فهو رجوع عن التردد إلى الجزم.

و وجه القرب:سبق تعلق حق الغرماء بأعيان أموال المفلس حين الحجر، و انتفاء المقتضى للرجوع بالعين،خصوصا و قد تعلق بها حق الغرماء.

و الخبر لا- يتناوله،لأن الحديث الوارد عن أبى الحسن عليه السلام،عن رجل يركبه الدين،فيوجد متاع رجل عنده بعينه،قال:«لا يحاصه الغرماء»⁽¹⁾ يقتضى وجدان متاع الرجل عقيب ركوب الدين بلا فصل،عملا بدلاله الفاء، و التردد إنما يجىء فى الجاهل بحال المفلس،أما العالم فلا شىء له جزما،و عباره المصنف هنا مطلقه،و كأنه اكتفى بما سبق.

ص: ٢٦٩

١- ١) التهذيب ١٩٣:٦ حديث ٤٢٠،الاستبصار ٨:٣ حديث ١٩.

و لو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتتم مزاحمه الغرماء بالباقي، لاستناده الى عقد سابق على الحجر، والمنع، لأنه دين حدث بعد القسمة. و لو باع عينا بأخرى و تقابضا، ثم أفلس المشتري و تلف العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عينا فرده فله قيمه ما باعه، و يضرب مع الغرماء.

و يحتمل التقديم، لأنه أدخل في مقابلتها عينا في مال المفلس. قوله: (و لو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة، احتتم مزاحمه الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر، و المنع لأنه دين حدث بعد القسمة).

بنى المصنف في التذكرة الوجهين في هذه المسألة على أن وجود السبب كوجود المسبب أو لا، قال: فان قلنا بالأول رجع عليهم بما يخصه، لوجود سبب الوجوب قبل الحجر، و إن قلنا بالثاني لم يرجع، لأن دينه تجدد بعد الحجر (١).

و لقائل أن يقول: وجود السبب و إن كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره، لأنه لا يجرى مجراه من جميع الوجوه قطعا، و من بعضها لا يفيد، و خصوص هذا الوجه لا دليل عليه، و المنع قريب.

قوله: (و لو باع عينا بأخرى و تقابضا، ثم أفلس المشتري و تلفت العين في يده، ثم وجد البائع بعينه عينا فرد، فله قيمه ما باعه و يضرب مع الغرماء، و يحتمل التقديم لأنه أدخل في مقابلتها عينا في مال المفلس).

أى: يحتمل التقديم بقيمه عينه كملا.

يرد على الثاني إشكال، فإن إدخال عين مال المفلس في مقابله شيء لا يقتضى التقدّم بذلك الشيء، بل و لا الضرب به، كما سبق فيمن باع المفلس

ص: ٢٧٠

و أما المعوض فله شرطان:

بقاؤه في ملكه فلو تلف

بقاؤه في ملكه فلو تلف، أو باعه، أو رهنه، أو أعتقه، أو كاتبه ضارب بالثمن، سواء زادت قيمه على الثمن أولاً.

و لو عاد الى ملكه بلا- عوض كالهبة و الوصيه احتمال الرجوع لأنه وجد متاعه، و عدمه لتلقى الملك من غيره، بعد الحجر جاهلاً، و لا ريب أن كليتها ممنوعه، بل هذا الاحتمال ساقط.

و ينبغي بناء هذه المسألة أيضاً على ما بنيت عليه الأولى، من أن وجود السبب كوجود المسبب، أو لا، فيجىء احتمال عدم مزاحمه الغرماء على الثاني، لأنه دين حدث بعد الحجر، و بالجملة فالمسألة موضع توقف، و إن كان الثاني لا يخلو من قرب. قوله: (بقاؤه في ملكه).

هذا يدل على أن ما ذكره سابقاً في السلم من الضرب بالثمن بعد الفسخ على إشكال- إنما هو إذا كان تلف العين بعد الحجر لا قبله.

قوله: (و لو عاد إلى ملكه بلا عوض كالهبة و الوصيه، احتمال الرجوع لأنه وجد متاعه، و عدمه لتلقى الملك من غيره).

أى: و كل من وجد متاعه فهو أحق به في الوجه الأول، و وجود حديث يدل على أن كل من وجد متاعه فهو أحق (١) به عزيز، و حديث فيوجد متاع رجل عنده (٢) يقتضى وجدانه عقيب الحجر بلا فصل.

أما ما علل به الوجه الثاني من تلقى الملك من غيره فلا أثر له بخصوصه، فإنه لم تثبت مانعيته، و التوقف في هذه المسألة إلى أن ينقطع الطمع في وجدان حديث أو دليل يدل على الثبوت.

ص: ٢٧١

١- (١) سنن الدار قطنى ٣:٢٨ حديث ١٠٣.

٢- (٢) التهذيب ٦:١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣:٨ حديث ١٩.

و معه، فإن عاد بعوض كالشراء فإن و فى البائع الثانى الثمن فكالأول، و إلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، و الى الثانى لقرب حقه و تساويهما، فنضرب كل بنصف الثمن. قوله: (و معه فان عاد بعوض كالشراء، فان و فى البائع الثانى الثمن فكالأول).

أى: و مع الرجوع، أى: مع القول بالرجوع فى مسأله العود بغير عوض لو عاد بعوض كالشراء، فاما أن يكون قد و فى المشتري البائع الثمن ثم أفلس أو لا.

فإن كان قد وقّاه، فالحكم فيه كالحكم فى الأول، يعنى العود بغير عوض، فيجىء فيه على تقدير ثبوت الرجوع فى العود وجهان: الرجوع و عدمه، مثل الوجهين السابقين.

وجه عدم الرجوع: أن العود لما كان بمعاوضه توجب سلطنه البائع الثانى، -إذ المعاوضه مناط الرجوع له- فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حقّ الثانى مع بقاء حق الأول.

و وجه الرجوع: أن استحقاق البائع الثانى الرجوع، إنما هو مع عدم توفيه الثمن، فإذا وقّاه الثمن لم يبق له ما يقتضى استحقاق الرجوع، فيزول المانع من حق الأول.

و إنما يفرع هذان الاحتمالان على تقدير ثبوت الرجوع فى المسأله الاولى لا مطلقا، لأنه على تقدير عدم الرجوع ثمه فعدمه هنا بطريق أولى، و على تقدير ثبوته ثمه لا يلزم ثبوته هنا كما بيناه، و الفتوى فى هذه كالتى قبلها.

قوله: (و إلا احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، و إلى الثانى لقرب حقه و تساويهما، فيضرب كل بنصف الثمن).

أى: و إن لم يوف البائع الثمن فيما إذا عاد بمعاوضه، ففيه احتمالات ثلاثه:

أحدها: استحقاق الأول الرجوع، لأن حقه سابق، و فيه نظر، فإن

الثانى:عدم التغير،فإن طرأ عيب بفعله،أو من قبله تعالى فليس له إلا الرضى به،أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد. السابق معاوضه لا أحقيه الرجوع،فإنه حين صدور المعامله الثانيه لم يكن للأول حق الرجوع،فكيف يكون حقه أسبق؟ نعم يجىء ذلك على القول بأن وجود السبب كوجود المسبب،و فيه ما عرفت.

الثانى:كون حق الرجوع للثانى لقرب حقه،لأن المقتضى لاستحقاق الرجوع إنما هو فى طرفه،كما بيناه.

الثالث:تساويهما فى الرجوع،فيكون لكل واحد منهما الرجوع بنصف العين و يضرب بنصف الثمن،لتكافؤ السببين.

و فيه نظر،لما بيناه من أن الأول لا أحقيه له حال المعاوضه الثانيه،و بعد الفلوس يمتنع ثبوتها،لأن حق الثانى الناشئ عن المعاوضه الثانيه مانع،و ذلك لأن ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها،و إلا لم تكن صحيحه،إذ لا نعى بغير الصحيح إلا ما لم يترتب أثره عليه،و هذا من جملتها،و حينئذ فيجب ارتفاع لوازم الأولى،لأن السبب الطارئ مزيل للوازم السبب السابق،و إلا لم يكن صحيحا.

و لهذا لو انتقلت العين قبل الإفلاس ثم لم يعد،لم يكن للأول الرجوع قولاً واحداً،عملاً بمقتضى السبب الطارئ،و لو اعتبرنا السبق الذى ذكره لوجب اعتباره هنا.

و مما قررناه يظهر أن الاحتمال الثانى أقوى،و هذا كله متفرع على القول بثبوت الرجوع فى المسأله الاولى،فلو منعناه ثم امتنع هنا بالنسبه إلى الأول وجها واحداً بطريق أولى.

قوله: (الثانى:عدم التغير،فلو طرأ عيب بفعله أو من قبله تعالى، فليس له إلا الرضى به،أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد،

و لا يتقسط عليه الثمن، و هو نقصان الصفه، و لا يتقسط عليه الثمن و هو نقصان الصفه).

من شرطى المعوض-من جمله شروط الرجوع-عدم تغير العين، فلو تغيرت، فإما بالنقصان، أو بالزيادة، فإن كان بالنقصان بطرء عيب، فاما من قبل المشتري، أو من قبل البائع، أو من قبل أجنبى، أو من قبله تعالى و تقدس بأفه سماويه.

فإن كان بأفه سماويه فلا- يخلو، إما أن يكون العيب-أعنى:التالف منه، فكأنه اسم للمصدر أو استعمال مجازى-بحيث يمكن إفراده بالعقد-أى:بحيث يباع مستقلا و يتقسط عليه الثمن-أولا.

فالأول مثل عبد من عبيدين، و الثانى مثل يد العبد و حرفته، فان اليد لا تفرد بالعقد و لا يتقسط عليها الثمن، فان الثمن فى مقابل العبد مثلا، و بفوات يده لا يخرج عن كونه العبد المخصوص، و فيه ما فيه.

فإن كان الثانى لم يكن للبائع إلا الرضى به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن مع الغرماء عند المصنف و الشيخ (1) و أكثر الأصحاب (2)، لأن البائع لا- حق له فى العين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، و إنما حقه قبل الفسخ فى الثمن، فلم تكن العين مضمونه، فلم يكن له الرجوع بأرش.

و أطلق ابن الجنيدي (3) القول باستحقاق أرش النقصان، و قواه المصنف فى المختلف (4)، و هو قوى متين، لأنه لما فسخ المعاوضه و جب أن يرد إلى كل واحد منهما ما له، فان كان باقيا رجع به، و إن كان تالفا رجع ببدله كائنا ما كان، و الفرق بين الكل و الأبعاض ضعيف.

ص: ٢٧٤

١- (١) المبسوط ٢:٢٥٢.

٢- (٢) منهم: المحقق فى الشرائع ٢:٩١، و الشهيد فى المعه: ١٣٥.

٣- (٣) المختلف: ٤٢٧.

٤- (٤) المختلف: ٤٢٧.

و قولهم: إن البائع لم يكن له حق فى العين إلا بعد الفسخ مسلّم، لكن إذا فسخ وجب أن يعود إليه جميع ما جرى عليه العقد، عملاً بمقتضى إبطال المعاوضه.

و قولهم: إن العين فى يد المشتري لم تكن مضمونه للبائع مسلّم، لكنها مضمونه عليه فى الجملة، على معنى أنها لو تلفت أو شىء منها كان التلف من ماله، لأن المقبوض بعقود المعاوضه كلّه مضمون بهذا المعنى، فإذا ارتفع عقد المعاوضه وجب أن يرجع كل من العوضين إلى مالكه.

على أن هذا الدليل منقوض بالبعض الذى له قسط من الثمن، و بجنايه الأجنبي، فإن مقتضى الدليل عدم ضمانه، و هم لا يقولون به، على أن القول بأن يد العبد مثلاً لا قسط لها من الثمن من الأمور المستهجنه.

فإن من المعلوم البديهي أنه لو لا وجود اليد، لم يبذل المشتري جميع الثمن المخصوص فى مقابله العبد.

و إن كان التعيب بفعل المشتري - و هو المتبادر من عبارته، إذ السابق إلى الفهم أن الضمير فى قوله: (بفعله) يعود إلى المشتري - فأصح الوجهين عندهم أنه كالأفقه السماويه، لما سبق من التعليل، و يحتمل كونه كجنايه الأجنبي، لأن إتلاف المشتري نقص و استيفاء، فكأنه صرف جزءاً من المبيع إلى غرضه، كذا ذكر فى التذكرة (1)، و ابن الجنيّد (2) على أصله من ثبوت الضمان هنا أيضاً، بل يكون بطريق أولى.

و إن كان التعيب بفعل البائع فهو كالأجنبي لا - محاله، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له و لا - فى ضمانه، و هذا لم يذكره المصنف، و يمكن ادعاء اندراجه فى قوله: (و إن كان بجنايه أجنبي).

ص: ٢٧٥

١ - (١) التذكرة ٢: ٦٤. [١]

٢ - (٢) المختلف: ٤٢٧.

و إن كان بجنايه أجنبي أخذه البائع و ضرب بجزء من الثمن على نسبه نقصان قيمه، لا- بأرش الجنايه، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبدا بمائه يساوى مائتين فقطعت يده فيأخذ العبد و الثمن، و هو باطل. قوله: (و إن كان بجنايه أجنبي أخذه البائع، و ضرب بجزء من الثمن على نسبه نقصان قيمه، لا بأرش الجنايه، إذ قد يكون كل الثمن، كما لو اشترى عبدا بمائه يساوى مائتين، فقطعت يده، فيأخذ العبد و الثمن، و هو باطل).

هذا هو القسم الأخير و هو الرابع، و هو ثالث ما ذكره في عبارته، و هو أن يكون التعيب بجنايه أجنبي، فإن الأجنبي يثبت عليه الأرش للمفلس، و هو ظاهر، فيثبت للبائع بعد الفسخ عوض الجنايه على المفلس، فيضارب الغرماء به، لأن المشتري أخذ بدلا للنقصان و كان مستحقا للبائع، فلا يجوز تضييعه عليه.

بخلاف التعيب بالآفه السماويه، حيث لم يكن لها عوض، كذا علل في التذكرة (١)، و فيه نظر، فإن المشتري استحق أخذ بدل النقصان في وقت لم تكن العين مضمونه عليه، و لم يستحقها البائع إلا- بعد الفسخ، و لم تكن حينئذ إلا- معيبه، فلم يكن له إلا الرضى بها إلزاما لهم بما ذكره من التعليل سابقا.

و التعليل الصحيح: أن الفسخ للمعاوضه يوجب رجوع كل من المتعاضين إلى ماله، فيجب رده عليه كاملا، لأنه إنما قبضه في مقابله العوض الآخر، و قد فات بالفسخ، فان فسخ المعاوضه يقتضى الفسخ في المجموع، لا في بعض دون بعض.

إذا عرفت ذلك، فبناء على قولهم: يرجع البائع على المفلس في الصوره المذكوره بجزء من الثمن، نسبتبه إليه كنسبه نقصان قيمه إليها، و لا يرجع بأرش الجنايه كائنا ما كان، لإمكان كونه بقدر الثمن فيما لو كان العبد يساوى مائتين،

ص: ٢٧٦

و قد اشتراه بمائه و جنى عليه بقطع يده، فإن أرشها نصف القيمة و هو مائه.

و ربما كان نقصان القيمة السوقية كذلك، فلو استحق البائع الرجوع بالأرش لرجع بالعبد و بمائه، فيجتمع له الثمن و الثمن، و هو معلوم البطلان.

و حكى المصنف فى المختلف عن ابن الجنييد: أخذ العبد المعيب بقيمته و رجوعه بقسط التالف من القيمة، و قواه (١)، و هو الموافق للأصول، فإن الفسخ يوجب العود إلى عين المال، فما فات منها يجب الرجوع إلى قيمته فى القيمى.

و ما ذكره من لزوم الجمع بين الثمن و المثلث ممنوع، لأنه بعد الفسخ يأخذ بدل الجزء الفائت من العين، لا على أنه ثمن و إن كان بقدر الثمن، و الممتنع إنما هو أخذ واحد العين كلها، و عوضها الذى هو محسوب ثمنها، و هذا هو المختار.

إذا ثبت هذا، فهل الرجوع بنقص القيمة السوقية، باعتبار العيب، المخصوص، أو بأرش الجنايه المقدر شرعا من القيمة، حيث يكون لها مقدر؟ ظاهر عبارته فى قوله: (و الا- فنقصان القيمة) الأول، و هو صريح كلامه فى التذكرة (٢)، لأن التقدير إنما هو فى الجنايات، و أما الأعواض فيتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة، و لهذا لا يستحق المشتري على البائع فى أرش العبد المبيع، إلا نقصان القيمة السوقية فقط، و هو متجه بين.

و اعلم: أن قول المصنف: (لا- بأرش الجنايه). فيه قصور عن بيان مدّعا، لأن المدّعى رجوعه بنسبه النقصان من الثمن، لا بنفس نقصان القيمة السوقية، و لا- بأرش الجنايه، فكان عليه أن يقول: رجوع بنسبه نقصان القيمة من الثمن، لا بنفس النقصان، و لا بمقدر الجنايه، للزوم المحذور إلى آخره. فان المحذور لازم على التقديرين، فإنه ربما كان نقصان القيمة السوقية أيضا مستوعبا للثمن، كمقدر الجنايه، فيجىء المحذور عنده.

ص: ٢٧٧

١- ١) المختلف: ٤٢٧.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٦٤. [١]

هذا إن نقص الثمن عن قيمه، وإلا فبنقصان قيمه. و لو كان للتالف قسط من الثمن، كعبد من عبيد، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمان التالف. قوله: (هذا إن نقص الثمن عن قيمه، وإلا فبنقصان قيمه).

أى: هذا الحكم الذى ذكرناه - وهو الرجوع بجزء من الثمن، نسبته إليه كنسبه نقصان قيمه إليها - إنما هو حيث يكون الثمن ناقصا عن قيمه، حذرا من لزوم ما زعموا أنه لا يزم و باطل، وإن لم يكن الثمن أنقص من قيمه، سواء كان مساويا أو أزيد، فالرجوع بنقصان قيمه، إذ هو عوض الفائت من العين، والمحذور المذكور منتف.

و لقائل أن يقول: إن كان الفسخ موجبا لقيمة الفائت من العين وجب اعتبار القيمة مطلقا، أو لحصه من الثمن وجب أيضا اعتباره مطلقا، ولا وجه للمفاوتة بين الأقسام فى الحكم أصلا، والمحذور الذى ذكره ليس بشىء.

قوله: (و لو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيد، فللبائع أخذ الباقي بحصته من الثمن، والضرب بثمان التالف).

إذا كان للتالف من المبيع فى يد المفلس قسط من الثمن، حيث أنه يمكن إفراده بالمبيع، فلا - يكون اندراجه فى المبيع بطريق التبعية، كما فى اليد التى لا تباع إلا تبعا للعبد، وليس لها قسط من الثمن على ما ذكره، وذلك كعبد من عبيد، فإن للبائع الفسخ فى الباقي، وأخذه بحسب حصته من الثمن و يقسط، و يضرب بحصه التالف من الثمن، هذا كلام المصنف، و فيه نظر من وجوه:

أ: إن أخذ الباقي بحصته من الثمن، إن كان على طريق المعاوضة، توقف على رضى المستحقين و صدور العقد على الوجه المعترف شرعا، و لا يقوله أحد، و إن كان على جهه الفسخ، فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ و يأخذه.

ب: إن الفسخ فيه وحده يقتضى تبعض الصفقة، و ذلك غير جائز.

ج: انه أطلق الضرب بحصته من الثمن، و ذلك لا يستقيم على أصله، بل

يجب أن يقتيده بما إذا كانت قيمه أزيد من الثمن هربا من المحذور السابق، فان ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق.

والذى يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضه مطلقا أو يترك مطلقا، حذرا من لزوم تبعض الصفقه، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر يفسخ فى الموجود، فيأخذه و تسقط حصته من الثمن و يبقى البيع فى الآخر بحاله، فيضرب بحصته من الثمن، و ذلك حيث تكون قيمه أزيد من الثمن.

أما إذا كانت أنقص أو مساويه، فإنه يأخذ حصته من القيمه و لا يمتنع ذلك، لكون العبدین بمنزله مبيعین، نظرا إلى أن لكل منهما قسطا من الثمن، و إن كان فى الثانى مناقشه، لأن المنع من تبعض الصفقه لحق كل منهما.

و إطلاق كلام ابن الجنيد (١) يقتضى الفسخ فى الجميع و أخذ الباقي بقيمته و يضرب بقيمه التالف، و قواه المصنف فى المختلف (٢)، و قوته بينه.

و على كل حال، فقول المصنف: (أخذ الباقي بحصته من الثمن) لا يستقيم على ظاهره.

و اعلم: أنه لا فرق بين كون التلف و التعيب فى هذه الصوره قبل الحجر أو بعده، لأن الفسخ يوجب الرجوع إلى مجموع العين كما قلناه.

نعم قد يقال: ينبغى أن يكون ما ذكره المصنف و الجماعه مخصوصا بما إذا كان التلف قبل الحجر، أما بعده فيجب أن يجعلوه كتلف بعض المبيع فى زمان الخيار.

و اعلم: أن الاعتبار بالقيمه حيث يعتبر حين التلف، لأنه وقت الانتقال إلى البدل.

ص: ٢٧٩

١- ١) المختلف: ٤٢٧.

٢- ٢) المختلف: ٤٢٧.

و لو قبض نصف الثمن، و تساوى العبدان قيمه، و تلف أحدهما احتمال: جعل المقبوض فى مقابله التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، و عدم الرجوع أصلا بل يضرب بالباقي خاصه، لا التقسيط للتضرر بالشركه. قوله: (و لو قبض نصف الثمن و تساوى العبدان قيمه و تلف أحدهما، احتمال جعل المقبوض فى مقابله التالف، فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي، و عدم الرجوع أصلا، بل يضرب بالباقي خاصه لا التقسيط، للتضرر بالشركه).

الأقوال ثلاثه:

الأول: جعل المقبوض فى مقابله التالف، و يتخير فى الضرب بالباقي مع الغرماء، و فى أخذ العبد الباقي، و هو قول ابن الجنيّد (١)، لأن له الرجوع فى كل العين مع بقاء الحق كله، فليكن له الرجوع فى الباقي منها إذا ساوت ما بقى من الحق، و لأن الباقي يتناوله عموم الخبر، فيثبت الرجوع فيه.

و إنما يتحقق استحقاق الرجوع إذا لم يكن قد قبض من ثمن العين شيئاً، فليجعل المقبوض فى مقابل التالف، و كل ذلك ضعيف، لأن فيه مع تبعض الصفقه مقابله المقبوض بالتالف.

و لا- مقتضى له، فإن جملة الثمن فى مقابل جملة المبيع، و لا- أولويه لكون المقبوض فى مقابل التالف على كونه فى مقابل الباقي، فيتعين التوزيع، و حينئذ فلا يكون الباقي عين مال لم يقبض عوضها.

الثانى: أن يرجع بنصف الموجود و يضرب بربع الثمن مع الغرماء إن شاء، أو يضرب بما بقى من الثمن، و هو قول ابن البراج (٢) عملاً بالتقسيط، لأنه باعتباره يكون نصف الباقي عين ماله التى لم يقبض عوضها، فيثبت له الرجوع فيها.

ص: ٢٨٠

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٢٧، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ٧٥.

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٢٧.

و لو تغيّر بالزيادة المتصله كالسمن، و النمو، و تعلم الصنعه فللبائع الرجوع مجانا. و بالمنفصله كالولد و الثمره يرجع فى الأصل خاصه بجميع الثمن.

و يضعف بأن فيه مع الفسخ فى البعض المقتضى لتبعيض الصفقه لزوم ضرر الشركه، و كلاهما محذور.

الثالث: عدم الرجوع أصلا، لانتفاء المقتضى، و منع تناول الخبر لهذا الفرد، و لقول النبى صلى الله عليه و آله: «و إن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوه الغرماء» (١) و الضمير يعود إلى المتاع المبيع، فيقتضى تعلّق الحكم بجميعه، على أنّا قد بيّنا لزوم التقسيط.

و اعلم: أن الأصحاب إنما فرضوا تساوى العبدین قيمه، ليكون ما بقى من الثمن منطبقا على الباقي، و هذا متحقق لو بقى ثلث الثمن، و كان الباقي قيمته ثلث قيمه المجموع، و على هذا.

قوله: (و لو تغير بالزيادة المتصله كالسمن و النمو و تعلم الصنعه، فللبائع الرجوع مجانا).

أى: يأخذ العين مع الزيادة، و لا يجب عليه لأجلها عوض، و هذا قول الشيخ (٢) و جماعه، لأن هذه الزيادة محض صفه، و ليست من فعل المفلس فتعد مالا له.

و قال ابن الجنيّد (٣)، و اختاره المصنّف فى التذکره (٤) و المختلف (٥): إن الزيادة للمفلس، لأنها نماء فى ملكه، و ليس كونها ملكا له مشروطا بكونها من

ص: ٢٨١

١- ١) سنن ابن ماجه ٢:٧٩٠ حديث ٢٣٥٩ و فيه: فهو أسوه للغرماء.

٢- ٢) قاله فى المبسوط ٢:٢٥٢.

٣- ٣) نقله عنه فى المختلف: ٤٢٧.

٤- ٤) التذکره ٢:٦٥.

٥- ٥) المختلف: ٤٢٧.

و لو صار الحب زرعاً، و البيضه فرخاً لم يرجع فى العين. و لو حبلت بعد البيع، أو حملت النخله بعده لم يكن له الرجوع فى الثمره و إن لم تؤبر، و لا فى الولد و إن كان جنيناً، فعله، و لأن الرجوع فى العين على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على ما إذا لم يلزم فوات مال المفلس، و هذا هو الأصح، فيجب إذا رجع فى العين أن يكون شريكاً للمفلس بمقدار الزياده.

فإن قيل: ما الفرق بين الزياده هنا، و بينها فى موضع الخيار، إذ يرجع بعد الفسخ فى مجموع العين؟ قلنا: استحقاق الرجوع ثابت هناك فى كل وقت بأصل العقد، بخلافه هنا، فان الاستحقاق طارئ بالحجر.

قوله: (و لو صار الحب زرعاً و البيضه فرخاً لم يرجع فى العين).

لأن هذا مال آخر و عين اخرى حيث صارت الحقيقه غير الحقيقه.

فإن قيل: فلم يستحق الرجوع فى الغصب؟ قلنا: لأن التغير هناك كان فى ملك المغصوب منه، بخلاف ما هنا، لأن التغير فى ملك المفلس.

قوله: (و لو حبلت بعد البيع أو حملت النخله بعده لم يكن له الرجوع فى الثمره و إن لم تؤبر، و لا فى الولد و إن كان جنيناً).

أى: لو كان المبيع جارياً فحبلت بعد البيع لا- قبله، لأن الحمل حينئذ يكون جزءاً من المبيع فيستحق الرجوع به، أو كان نخله فأثمرت بعده أيضاً لا- قبله بمثل ما قلناه، لم يكن للغريم الرجوع فى الثمره و إن لم تؤبر، بخلاف البيع حيث أنها للمشتري إذا لم تكن مؤبره وقت العقد، لأن ذلك ثبت بالنص على خلاف الأصل فلا يتعدى.

و هذا هو سر تخصيص الحكم بالنخله بالذكر، و إلا فسائر الأشجار المثمره كذلك، لكن لما لم يكن فيها اختلاف بين البيع و غيره لم يتعرض إليها، فإنها متى

و على البائع إبقاؤها إلى الجداد، وكذا إبقاء زرعه من غير أجره لو فسخ بيع الأرض و قد شغلها.

أما لو أجر أرضا فزرع المستأجر و أفلس ففسخ المؤجر ترك الزرع الى الحصاد بأجره المثل، لأن مورد المعاوضه هناك الرقبه و قد أخذها، و هنا المنفعه و لم يتمكن من استيفائها. وجدت الثمره فهي ملك لمن حدثت في ملكه.

و كذا القول في الولد لا- يكون للغريم فيه حق، لمثل ما قلناه، و لا فرق في ذلك بين انفصاله، و كونه جنينا وقت الرجوع، و قول الشيخ في البيع: إن الحمل جزء من الام (١) ضعيف.

فرع: يجب في الرجوع بالأمه إذا تجدد ولدها مراعاة عدم التفريق بينها و بين الولد، على ما سبق في البيع (٢).

قوله: (و على البائع إبقاؤها إلى الجداد، وكذا إبقاء زرعه من غير أجره لو فسخ بيع الأرض و قد شغلها، أما لو أجر أرضا فزرع المستأجر و أفلس، ففسخ المؤجر، ترك الزرع إلى الحصاد بأجره المثل، لأن مورد المعاوضه هناك الرقبه و قد أخذها، و هنا المنفعه و لم يتمكن من استيفائها).

الجداد بفتح أوله و كسره و المهملتين: الصرام، و المراد ثمره النخله، و كذا كل ثمره يجب إبقاؤها إلى أوان أخذها بغير أجره، و إبقاء الحمل إلى أوان الوضع أمر معلوم.

و كذا إبقاء الزرع فيما لو كان المبيع أرضا و فسخ البائع بعد شغل المفلس إياها بالزرع، فإنه في هذه المواضع كلها يجب الإبقاء إلى زمان الأخذ عرفا بغير أجره، و ذلك لأنه دخل بالبيع على أن المنافع له، فلما زرع كان زرعه لملكه، و قد

ص: ٢٨٣

١- ١) المبسوط ١٥٦: ٢. [١]

٢- ٢) هذا الفرع ورد في «م» قبل قوله: (و لو صار الحب زرعا.) و أثبتناه هنا كما في «ق»، و هو الأنسب.

و لو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبائع الإزالة، ولا- مع الأرش على رأى، استحق زرعه مجاناً و استوفى منفعه الأرض بذلك، فلا اجره عليه إلى زمان الأخذ.

بخلاف ما لو أفلس المستأجر للأرض بعد زرعه إياها، فإن المؤجر إذا فسخ يجب عليه الإبقاء بأجره المثل إلى زمان الحصاد.

أما وجوب الإبقاء فلأنه زرع محترم، و أما كونه بأجره المثل فلأن مورد المعاوضه هناك- أى: فى مسأله شراء الأرض- الرقبه فإذا فسخ البائع أخذ الرقبه، فترتب على الفسخ عود المبيع إلى ملك البائع، و لا يلزم عود المنفعه التى استحقها المفلس بالزرع.

و هنا- أى فى مسأله إجاره الأرض- مورد العقد هو المنفعه، فإذا فسخ المؤجر و وجب عليه الإبقاء لم يمكن من استيفائها، فليستحق عوضها، و إلا لم يكن للفسخ فائده، و لأن المنفعه بعد العقد لم يستحقها المفلس مجاناً، فكيف يستحقها بعد الفسخ بغير عوض؟ و مما قررناه يظهر دليل وجوب إبقاء الثمره مجاناً.

قوله: (و لو أفلس بعد الغرس أو البناء، فليس للبائع الإزالة و لا مع الأرض على رأى).

هذا اختيار المحقق نجم الدين بن سعيد (١)، و وجهه أن هذا من جمله المنافع التى استحقها المشتري، و قد استوفىها بحق، و غرسه و بناؤه صدر بحق، فلا تجوز إزالته بدون الأرش و لا معه.

و قال الشيخ فى المبسوط: ان له الإزالة مع الأرش (٢)، و قد يستدل عليه بظاهر الخبر، فان المتبادر من الرجوع إلى العين و استحقاقها الرجوع إليها بمنافعها، لأن العين التى قد استوفيت منافعها بمنزله المعدومه.

ص: ٢٨٤

١- ١) شرائع الإسلام ٢: ٩٢.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٥٩- ٢٦٠.

بل يباعان فللبائع مقابل الأرض. و لو امتنع بيعت الغروس و الأبنيه منفرده. و الفرق بين الغرس و البناء و بين الزرع و الثمره، أن لهما أمدا قريبا ينتظر، فلا تعد العين معه كالتالفه بخلاف الغرس و البناء، و لما فى ذلك من الضرر العظيم، و هو استحقاق منفعه الغير دائما، و مثله ما لو أجر العين مده طويله جدا ثم أفلس، و بالجمله فالتوقف فى المسأله مجال.

و لا يخفى أنه ليس للبائع تملكها بالقيمه، و على القول بالإزالة مع الأرش فطريق تقديره، أن يقوم الغرس قائما و مقلوعا، فأرشه هو التفاوت لا قائما بالأجره، لأنها لا تجب.

قوله: (بل يباعان، فللبائع مقابل الأرض).

أى: بناء على القول بعدم استحقاق البائع بعد الفسخ الإزالة و لا مع الأرش، الطريق فى وصول الحق إلى مستحقه: أن تباع الأرض مع ما فيها من الغرس أو البناء فللبائع ما يقابل الأرض.

و طريق معرفته: أن تقوم الأرض و ما فيها معا، ثم تقوم الأرض مشغوله بالبناء أو الغرس مع استحقاق الإبقاء مجانا، و تنسب قيمتها إلى مجموع القيمتين، فما قابلها من الثمن بعد التقسيط هو مقابل الأرض، و ما بقى لصاحب البناء أو الغرس.

قوله: (و لو امتنع بيعت الغروس و الأبنيه منفرده).

أى: لو امتنع البائع من بيع الأرش فإن بيع ملكه عليه غير لازم - بيعت الغروس و الأبنيه منفرده - أى: وحدها - بدون الأرض التى عادت إلى البائع بالفسخ، حيث أنها مال المفلس، و لا بدّ من بيع أمواله لحقوق الغرماء، و إنما تباع على حالتها التى هى عليها من كونها فى أرش الغير مستحقه للإبقاء مجانا، على ما اختاره المصنف.

و لو أفلس بثمان الغرس فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة، و عليه تسويه الحفر. و لو أفلس بثمان الغرس و ثمن الأرض فلكل منهما قلع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعا. و إن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر، لأنه لتخليص ماله. و يشكل على هذا: أنه يلزم (1) من بيع الغروس و الأبنيه منفرده نقصان في قيمه، و يردده أن استحقاقه إنما هو كذلك فلا يثبت غيره.

قوله: (و لو أفلس بثمان الغرس، فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة و عليه تسويه الحفر).

أى: لو اشترى غرسا و أفلس بثمانه، بأن قصر ماله عن الثمن مع ديون أخرى أو بدونها و حجر عليه، فلصاحب الغرس الرجوع به و له قلعه، لأن له تخليص ما له من ملك الغير، لكن تجب عليه تسويه الحفر التي احتفرها للقلع، لأن ذلك لمصلحته و تخليص ماله.

و يفهم من قوله: (مع عدم الزيادة) أنه لو زاد لم يكن له القلع، و هو مناف لما سبق في كلامه من كون الزيادة بالنمو للبائع إذا رجع، أما على ما قلناه من أن الزيادة للمفلس، فمعها له الرجوع و ليس له القلع، لأنه شريك.

قوله: (و لو أفلس بثمان الغرس و ثمن الأرض، فلكل منهما قلع الغرس إذا لم يزد، لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعا، و إن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر، لأنه لتخليص ماله).

أى: إذا اشترى من رجل أرضا فارغه، و اشترى من آخر غرسا و غرسه في

ص: ٢٨٤

١ - ١) في «م» و «ق»: لو يلزم، و ما أثبتناه من الحجري، و هو الصحيح.

تلك الأرض، ثم أفلس بثمان كل من الأرض و الغرس، حيث أنهما دين عليه، فلكل من صاحب الأرض و صاحب الغرس الفسخ و الرجوع إلى ما له، و لكل منهما تخليص ما له من مال الآخر، لأن صاحب الغرس لم يكن يستحق منفعه الأرض، و إنما استحقها المفلس بالشراء، و قد زال هذا الاستحقاق بفسخ كل منهما، فان الغرس بعد الفسخ ليس للمفلس ليبقى استحقاق المنفعة له في الأرض بعد فسخ بائعها.

فينظر حينئذ إن أراد القلع صاحب الأرض كان له ذلك، فإذا قلع بنفسه لم يكن عليه أرش، لأن صاحب الغرس إنما دفعه مقلوعاً، فبالفسخ يستحقه كما كان، و إن أراد القلع صاحب الغرس كان له ذلك.

فإذا قلع بنفسه ضمن طم الحفر لصاحب الأرض، لأن ذلك إحداث في ملك الغير لتخليص ما له و مصلحته بسبب فعل غير مضمون، إذا لم يكن الغرس في الأرض عدواناً.

و يفهم من قول المصنف: (إذا لم يزد) أن الغرس لو زاد لم يكن له القلع، و هو صحيح على ما قلناه من ان زياده للمفلس، اما على قول المصنف فيشكل.

فرعان:

أ: هل لكل منهما مطالبه الآخر بتخليص ما له من مال الآخر؟ الظاهر لا، لأن الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق، و إنما ذلك فعل المفلس حين كان مالكا للعين و الانتفاع، نعم لكل واحد تولى ذلك و إن لم يأذن الحاكم، و لو استأذنه كان أولى.

ب: لو كان الغرس حين بيع الأرض صالحاً للاستنبات، و حين الفسخ خرج عن تلك الصلاحيه أو نقصت، هل يستحق صاحبه على صاحب الأرض الأرش لو قلعه صاحب الأرض؟ مقتضى تعليل المصنف في المسألة السابقه - بكون صاحب الغرس دفعه

و لصاحب الزيت الرجوع و إن خلطه بمثله، أو أردأ لا بأجود.

و يحتمل الرجوع، فيباعان و يرجع بنسبه عينه من قيمه، فلو كان قيمه العين درهما و الممزوج بها درهمين بيعتا و أخذ ثلث الثمن. مقلوعا-الاستحقاق، لأنه دفعه مقلوعا على حاله مخصوصه، و بالقلع الآن تزول تلك الحال.

و يحتمل أن لا يكون له شيء، لأن منفعه الأرض بعد الفسخ لبائعها، لأن الغرس حينئذ ليس للمفلس فيستحق إبقاءه، لأن الفرض فسخ صاحب الأرض أيضا.

قوله: (و لصاحب الزيت الرجوع و إن خلطه بمثله أو أردأ لا بالأجود، و يحتمل الرجوع، فيباعان و يرجع بنسبه عينه من قيمه، فلو كانت قيمه العين درهما و الممزوج بها درهمين بيعتا و أخذ ثلث الثمن).

اعلم: أن الأول الذي أفتى به المصنف هو مختار الشيخ (١) و جماعه، لأن الخلط بمثله لا يزيد به على الشركه، فيرجع بالعين و يميزها بالقسمه، و كذا لو خلطت بالأردأ، لأنه قد رضى بدون مثل حقه، فأما إذا خلطت بالأجود فهي كالتالفه، فلا يكون له حق في العين. و هذا ضعيف جدا، فان الخلط بالأجود لا يصير العين تالفه.

و الاحتمال هو مختار ابن الجنيدي (٢)، و إليه ذهب المصنف في المختلف (٣)، كذا حمل المصنف عبارته ابن الجنيدي، فان ظاهرها فيه احتمال، و هذه عبارته بعد سوق المسأله: كان للبائع ثمن متاعه مبتدأ به على الغرماء. و هو محتمل لثمن الأصل و قيمه.

ص: ٢٨٨

١- (١) المبسوط ٢٤٢: ٢٤٣.

٢- (٢) المختلف: ٤٢٧.

٣- (٣) المصدر السابق.

لكن يبطل الأول أن استحقاق الثمن كله لا-وجه له، لامتناعه مع الفسخ، و عدم استحقاق الجميع مع عدمه،لأنه حينئذ أسوه الغرماء.

فان قيل:هل يجاب البائع لو طلب القسمه بعد الرجوع،و المخلوط به المثل أو الأرد؟ قلت:يحتمل أن لا يجاب،لأن الخلط لم يكن على طريق الاشتراك،و إنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالكا لكل من المخلوطين،فلو أجنبناه إلى القسمه لزم تملكه بعض مال المفلس،لامتناع فصل ملكه،و هو باطل.

و لأذن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا،فظاهرهم إطلاق الحكم فى الحالات كلها،و فى التحرير أثبت له المطالبه بالبيع فى الخلط بالمثل و الأرد(1).

و الحاصل أن قول الشيخ بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالأجود لأن العين كالتالفه ضعيف،لأن العين موجوده قطعاً،غايه ما هناك أنه تعذر تميزها، لكن لم يتعذر الرجوع إلى قيمتها بأن تباع،فكيف يسقط ذلك،و ينحصر الأمر فى الضرب بالثمن مع الغرماء؟ و نقل الشيخ قولاً،أنه يدفع إليه من عين الزيت بنسبه ما يخصه من قيمه،فإذا خلطت جرت به جره و قيمه ضعف،أعطى ثلثى جره،ثم غلّطه (2)، و الأصح هو الثانى،فحينئذ إذا كانت قيمه عين مال البائع درهما و الممزوج بها درهمن،بيعتا و أخذ ثلث الثمن.

و ينبغى أن يقال:لو امتنع من البيع بيع حق المفلس وحده و إن لزم فيه نقصان عما لو يبيعا جميعاً،لأن الخلط بفعله،و يلوح من كلام القائلين باستحقاق الحصه من قيمه أنه لا بد من البيع،و كل محتمل.

ص: ٢٨٩

١- ١) تحرير الأحكام ٢١٤:١، و [١] قد أثبت له المطالبه بالبيع فى الخلط بالأرد فقط دون المثل،فتأمل.

٢- ٢) المبسوط ٢٦٣:٢. [٢]

و لو كانت الزيادة صفة محضه كطحن الحنطه، و خبز الطحين، و قصاره الثوب، و رياضه الدابه، و ما يستأجر على تحصيله سلمت إلى البائع مجانا، لأنها كالمتصله من السمن و غيره. و يحتمل الشركه، لأنها زياده حصلت بفعل متقوم محترم فلا- يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض. قوله: (و لو كانت الزيادة صفة محضه، كطحن الحنطه، و خبز الطحين، و قصاره الثوب، و رياضه الدابه، و ما يستأجر على تحصيله سلمت إلى البائع مجانا، لأنها كالمتصله من السمن و غيره، و يحتمل الشركه، لأنها زياده حصلت بفعل متقوم محترم، فلا يضيع عليه، بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض).

من الزيادة ما يكون عينا محضه كالولد، و منها ما يكون صفة محضه كطحن الحنطه و خبز الدقيق، و منها ما يتركب منهما: فالأول: سبق حكمه.

و الثانى: هو المذكور هنا، و قد ذكر المصنف فيه احتمالين:

أحدهما: و هو ظاهر اختياره، أنه كالزيادة المتصله من السمن و غيره، فللبائع الرجوع بها مجانا، و تقريبه ما سبق.

و الثانى: الشركه بينه و بين المفلس، فيكون المفلس شريكا بها، و وجهه ما ذكره من أنها زياده حصلت بفعل متقوم محترم، و كل ما كان كذلك يجب أن لا يضيع على فاعله، و هذا بخلاف الغاصب، فإن فعله عدوان محض، فلا يستحق باعتباره شيئا.

فإن قيل: أى فرق بين هذا، و بين نحو السمن و الكبر و النمو، فإن ذلك آت؟ قلنا: قد فرق المصنف فى التذكرة بينهما، بأن القصاره و نحوها فعل القصار، فإنه إذا قصر الثوب صار مقصورا بالضروره، و كذا الطحن و الخبز، و اما

فبيع المقصور، فللمفلس من الثمن بنسبه ما زاد عن قيمته، فلو كانت قيمه الثوب خمسه و بلغ بالقصاره سته فله سدس الثمن. و لو لم تزد القيمه فلا شركه، السمن و الكبر فان العلف و السقى قد يوجدان كثيرا و لا يحصل سمن و لا كبر، فلا يكون السمن و الكبر أثرا للسقى و العلف، فلا- يكونان من فعل فاعلهما، بل هما محض صنع الله تعالى، و لهذا لا يجوز الاستئجار على تسمين الدابه و كبر الودى، و يجوز الاستئجار على القصاره و نحوها (١).

هذا محصل ما فرق به، و لعله هنا حاول الإشاره إلى هذا الفرق بقوله:

(و ما يستأجر على تحصيله).

إذا عرفت هذا فلا حاجه بنا الى هذا البحث و الفرق، لأننا نجعل الزيادة فى الموضوعين للمفلس.

قوله: (فبيع المقصور، فللمفلس من الثمن بنسبه ما زاد من قيمته، فلو كانت قيمه الثوب خمسه و بلغ بالقصاره سته، فله سدس الثمن).

هذا تفريع على الاحتمال الثانى، و هو الشركه، أى: فبناء على الشركه لا- طريق إلى إيصال الحق إلى مستحقه إلا- بيع المقصور، فيكون للمفلس من ثمنه الحاصل بالغما ما بلغ بنسبه ما زاد من قيمته بالقصاره، فلو كانت قيمه الثوب خمسه و بلغ بالقصاره سته، فبيع بما فوق الخمسه، فللمفلس سدس الثمن، و على هذا القياس.

قوله: (و لو لم تزد القيمه فلا شركه).

أى: هذا الذى [ذكر] (٢) من احتمال الشركه إنما هو مع فرض زياده القيمه بالصفه المذكوره، أما على تقدير عدم الزيادة- سواء حصل نقصان أو لا- فلا شركه قطعاً، لأن عين مال البائع موجوده إذا لم تتلف بانضمام الصفه إليها،

ص: ٢٩١

(١-١) التذكره ٢: ٦٩. [١]

(٢-٢) لم ترد فى نسختي «ق» و «م»، أثبتناها من الحجرى لاقتضاء السياق لها.

فإن ألحقنا الصفه بالأعيان كان للأجير على الطحن و القصاره حبس الدقيق و الثوب لاستيفاء الأجره، كما ان للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، و إلا فلا، فإن تلف الثوب فى يده فإن ألحقنا الصفه بالعين لم يستحق الأجره قبل التسليم كالبائع بتلف العين فى يده قبل التسليم فإنه يسقط ثمنه، و إلا استحق كأنه صار مسلما و لا قيمه للصفه، فتمتنع الشركه، لأن أثر الشركه إنما يظهر فى القيمه.

و اعلم: أن الاعتبار بالقيمه مع الزياده حين الرجوع، إلا أن تتجدد زياده أخرى حين البيع فتعتبر، و لو زاد الثوب وحده فإنما اعتبرت الزياده، و كذا القصاره، و مع النقص فان كان طارئا على القيمه الثابته وقت البيع، فإنه يحل بالاستحقاق للقصاره، و إن كان زياده حين الرجوع ثم طرأ النقصان، نظر إلى كل واحد منهما منفردا و اعطى حكمه.

قوله: (فإن ألحقنا الصفه بالأعيان، كان للأجير على الطحن و القصاره حبس الدقيق و الثوب لاستيفاء الأجره، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، و إلا فلا).

هذا تفریع على الاحتمالين السابقين من الشركه و عدمها، فان قلنا بالشركه فقد ألحقناها بالأعيان، فحينئذ يثبت الحكم، بأن له حبس الدقيق و الثوب، لاستيفاء الأجره، و لو جعلناها أثرا محضا لم يكن له ذلك.

و وجه البناء المذكور: إنها على تقدير إلحاقها بالأعيان يكون فعلا له، فيستحق حبسه إلى أن يأخذ عوضه، و على الآخر لا فعل أصلا، و لا يجوز حبس مال الغير لحق آخر.

قوله: (فان تلف الثوب فى يده، فإن ألحقنا الصفه بالعين لم يستحق الأجره قبل التسليم، كالبائع بتلف العين فى يده قبل التسليم، فإنه يسقط ثمنه، و إلا استحق، كأنه صار مسلما بالفراغ).

بالفراغ. و لو كانت الزيادة عينا من وجه و صفه من وجه كصبغ الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، و إن زادت بقدر قيمه الصبغ كما لو كانت قيمه الثوب أربعة، و الصبغ درهمين، و المصبوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن. و إن زادت أقل، كما لو كان مصبوغا بخمسه فالنقصان على الصبغ لهلاكه و قيام هذا تفريع آخر أيضا على الاحتمالين السابقين، و وجهه: أنه على تقدير الإلحاق بالأعيان، يكون فعله الذى يعدّ مالا له مضمونا فى يده إلى أن يسلمه إلى المستأجر، إذ هو أحد عوضى المعاضه التى اقتضت وجوب التسليم من الطرفين، فبالضرورة يكون مضمونا عليه إلى أن يسلمه، فيستحق العوض الآخر فى مقابله.

و على تقدير العدم استحق الأجره بالفراغ من الإتيان بما استؤجر عليه، و العين فى يده أمانه، و قد عرفت الراجح مما تقدم.

قوله: (و لو كانت الزيادة عينا من وجه و صفه من وجه آخر كصبغ الثوب، فإن لم تزد القيمة فلا شركة، و إن زادت بقدر قيمه الصبغ، كما لو كانت قيمه الثوب أربعة و الصبغ درهمين و المصبوغ ستة، فللمفلس ثلث الثمن).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام المذكوره سابقا، و هو ما تكون الزيادة عينا من وجه و صفه من آخر، و ذلك كصبغ الثوب، فإن أجزاء الصبغ عين قطعاً، و تلون الثوب بها صفه، و هنا أيضا متى لم تزد القيمة بالصبغ و نحوه انتفت الشركة قولاً واحداً، كما ذكرناه سابقاً.

و إن زادت، فاما أن تكون الزيادة بقدر قيمه الصبغ، أو أقل، أو أكثر، فالأقسام ثلاثه، ففى الأول يستحق المفلس الزائد، و هو ثلث الثمن فى المثال المذكور - قيمه الصبغ - و لا يكون فى مقابل الصفه شىء، لانتهاء الزيادة باعتبارها.

قوله: (و إن زادت أقل، فالنقصان على الصبغ، لهلاكه و قيام الثوب).

الثوب. و لو ساوى ثمانيه، فإن ألحقنا الصفه بالأعيان فالزياده للمفلس، فالثمن نصفان، وإلا- احتمال تخصيص البائع فالثمن أرباعا، أو البسط فالثمن أثلاثا. هذا هو القسم الثانى من الأقسام المذكوره آنفا، و حكمه ما ذكره، و توضيح ما علل به: أنه لما كانت عين الثوب قائمه بحالها لم تتغير، و أجزاء الصبغ تفرقت فى الثوب صارت كالهالكه، إذ لا يصبغ بها شىء آخر، كانت نسبه النقصان إليها أولى من نسبته إلى الثوب.

لكن يجب أن يقيد هذا بما إذا لم يعلم استناد النقصان إلى الثوب أو إليهما، بأن لم تبلغ قيمته خاما الان مقدار الأربعة.

قوله: (و لو ساوى ثمانيه، فإن ألحقنا الصفه بالأعيان فالزياده للمفلس، فالثمن نصفان، وإلا احتمال تخصيص البائع فالثمن أرباعا، أو البسط فالثمن أثلاثا).

هذا هو القسم الثالث، و هو أن تكون الزيادة بالصبغ أكثر من قيمه الصبغ، كأن يساوى الثوب فى الفرض المذكور ثمانيه دراهم، فيبنى على ما سبق، فإن ألحقنا الصفه بالأعيان، فقيمه الصبغ و قيمه الصفه كلاهما للمفلس، و هما عباره عما زاد على قيمه الثوب، و وجه هذا التفرع ظاهر بعد الإحاطه بما سبق و إن لم نقل بالإلحاق، ففيه احتمالان:

أحدهما: تخصيص البائع بالصفه على نهج ما سبق، فيكون ما قابلها من قيمه له، و للمفلس قيمه الصبغ، إذ لا مال له- على ذلك التقدير- سواه.

الثانى: بسط الزيادة على مال المفلس و هو الصبغ، و مال البائع و هو الثوب، لعدم الأولويه.

و لما كانت قيمه الثوب ثلثى مجموع القيمتين، كان للبائع ثلثى الزيادة و للمفلس ثلثها، و هذا لا يستقيم إلا على تقدير العلم بأن تلون الثوب بالصبغ لا حظ له من الزيادة.

و لا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجره فى الشركه. و لو أفلس قبل إيفاء الأجير أجره القصاره، فإن ألحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكل من البائع و الأجير الرجوع الى عين ماله، فلو ساوى قبل القصاره عشره، و القصاره خمسه، و الأجره درهم قدّم الأجير بدرهم، و البائع بعشره، و أربعه للغرماء. و اختار المصنف فى التذكره كون الزياده كلّها للمفلس، لأنها عوض الصبغ و الصفه جميعا، و هما له لا شىء للبائع فيهما (١)، فيكون احتمالا- رابعا، و لا ريب أنه أقوى على كل تقدير.

و اعلم أن قول المصنف: (فالثمن نصفان) بالرفع، و قوله: (فالثمن أرباعا)، و قوله: (أو البسط فالثمن أثلاثا) ليس على نهج واحد فى الاعراب، فلا بد من تقدير عامل لنصب (أرباعا) و (أثلاثا) مثل: يبسط و نحوه.

قوله: (و لا فرق بين عمل المفلس بنفسه، أو بالأجره فى الشركه).

لأن ما عمله بالأجره مملوك له بالمعاوضه.

قوله: (و لو أفلس قبل إيفاء الأجير أجره القصاره، فإن ألحقناها بالأعيان، فإن لم تزد قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ماله، و إن زادت فلكل من البائع و الأجير الرجوع إلى عين ماله، فلو ساوى قبل القصاره عشره و القصاره خمسه و الأجره درهم، قدم الأجير بدرهم و البائع بعشره و أربعه للغرماء).

أى: لو أفلس فى الصور المذكوره سابقا، أعنى: فيما تكون الزياده صفه محضه قبل إيفاء الأجير أجرته، و كان قصارا مثلا، فإن ألحقنا الصفه بالأعيان، فإن لم تزد قيمه باعتبار القصاره فالعين للبائع، و الأجير فاقد عين ماله فهو أسوه الغرماء.

ص: ٢٩٥

(١- ١) التذكره ٢: ٧٠، و [١] فيها: (لأنها عوض الصبغ و الصنعه).

و لبائع الجاريه انتزاعها و إن حبلت منه مع الإفلاس بالثمن لا الولد، و هذا تقييد ما سبق، من أن له أن يحبس الثوب إلى أن يأخذ الأجره، تفريعا على أن الصفه كالأعيان، إذ مع عدم الزيادة لا مال له ليحبسه.

و إن زادت، فلكل من البائع و الأجير الرجوع إلى عين ماله، أما البائع فظاهر، و اما الأجير، فلان التفرع على ان الصفه كالأعيان.

فإن قيل: لا مال له، لأن المال حينئذ للمفلس، و هو إنما يستحق الأجره.

قلنا: إنا حيث ألقنا الصفه بالأعيان، لم نرد بذلك كونها عينا في الحقيقه تفرد بالأخذ و الرد، و إنما أردنا أنها مشبهه بالأعيان من بعض الوجوه، نظرا إلى كونها متقومه مقابله بعوض، فكما لا تضيع الأعيان على مستحقها لا تضيع هذه.

و ليست القصاره مورد الإجاره، بل موردها الفعل المحصل للقصاره، لكن ذلك يمتنع الرجوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله لاختصاصه به متعلق حقه، فإن له الحبس إلى أن يقبض كما سبق.

فحينئذ ينظر قيمه الثوب، و مقابل الصفه، و قدر الأجره، و يقسط الحاصل بعد البيع، أن يدفع إلى البائع ثمن الثوب، و الى الأجير أجرته، و الباقي للمفلس، فيصرف إلى الغرماء.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (فلكل من البائع و الأجير الرجوع إلى عين ماله) فيه توسع بالنسبه إلى الأجير.

قوله: (و لبائع الجاريه انتزاعها، و إن حبلت منه مع الإفلاس بالثمن، لا الولد).

أى: لو كان المبيع الذى حصل الإفلاس بثنه جاريه، كان للبائع انتزاعها، و إن حبلت من المفلس، و لا- يمنع الاستيلاء من الأخذ، فإن أم الولد تباع فى ثمن رقبته، فلا يكون الاستيلاء مانعا من أخذها باعتبار تعذر أخذ ثمنها،

و يتعلق حق الغرماء بعوض الجنايه خطأ لا عمداً إلا إذا رضى به و لا يجب عليه. و يجب أن يؤجر الدابه، و الدار، و المملوك و إن كانت أم ولد لا نفسه، فلا يمنع مانع من تناول الخبر الدال على الاختصاص لها (١)، أما الولد فإنه حر يسب، فلا سبيل له عليه.

قوله: (و يتعلق حق الغرماء بعوض الجنايه خطأ لا عمداً، إلا إذا رضى به، و لا يجب عليه).

أى: لا يتعلق حق الغرماء بعوض الجنايه عمداً على المفلس أو عبده من مثله، إلا إذا رضى المفلس بالعوض، لأن الواجب حينئذ هو القصاص لا العوض، و لا يجب على المفلس الرضى بالعوض، عملاً بالأصل.

قوله: (و يجب أن يؤجر الدابه و الدار و المملوك و إن كانت أم ولد).

هذا إذا كان كل واحد من هذه ممنوعاً من بيعه، لكونه موقوفاً، و كانت الدابه و الدار و المملوك -سوى ما يستثنى- له، و إلاً واجب البيع فيما عدا المستثنيات، فلا يؤجر كما لا يباع.

و يمكن تنزيل ذلك على زمان الحجر قبل البيع، فإن المحافظه على أمواله بضبط منافعه واجبه.

و هذا فيما عدا أم الولد، فإنها غنيه عن التقييد، إذ لا تباع كما سبق، لحق الاستيلاء، نعم تؤجر، و لو كانت خدمته تحصل بها فليس ببعيد و جوب بيع ما سواها، فحينئذ لا تؤجر أيضاً.

قوله: (لا نفسه).

أى: لا يجب ذلك، كما لا يجب عليه التكسب و لا يلزم به، لظاهر قوله

ص: ٢٩٧

و يتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، و معه لصاحب العين الاختصاص.

المطلب الخامس: في حبسه

المطلب الخامس: في حبسه:

و لا يجوز حبسه مع ظهور فقره، و يثبت بإقرار الغريم، تعالى (فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) (١) و ظاهر ما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه إذا تبين الإفلاس و الحاجة أطلق المديون (٢).

قوله: (و يتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء، و معه لصاحب العين الاختصاص بها).

أى: و مع الوفاء-أى: وفاء التركة بجميع الديون-يختص صاحب العين بها، و هذا فى الميت مفلسا لا مطلقا.

و فى حواشى شيخنا الشهيد استشكل، ذلك لأن الوارث مخير فى جهات القضاء.

و جوابه: أنه بعد ثبوت الحجر، و تعلق ديون الغرماء بالأموال، و اختصاص الغريم بعين ماله-غايه ما فى الباب، أنه فى حال مخصوص-كيف يكون الوارث مخيرا؟ و مستند ذلك النص (٣)، و لعل السرّ فيه أن الحى لما رعى اكتسابه و أدائه الدين، اختص صاحب العين بها مطلقا، بخلاف الميت، فإنه مع عدم الوفاء يتزايد الضرر على الغرماء باختصاصه.

قوله: (و لا يجوز حبسه مع ظهور فقره).

الظاهر أن الضمير فى (حبسه) لا يتعين عوده إلى المفلس، فان الحبس للمديون إذا لم يؤد، و منع الحبس مع الفقر ظاهر.

قوله: (و يثبت بإقرار الغريم).

فى حقه خاصة، إلا أن يتعدد مع العدالة، فإنه يثبت مطلقا.

ص: ٢٩٨

١- (١) البقرة: ٢٨٠. [١]

٢- (٢) الفقيه ٣: ١٩ حديث ٤٣، التهذيب ٦: ٢٩٩ حديث ٨٣٤، الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٦.

٣- (٣) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢١، الاستبصار ٣: ٨ حديث ٢٠.

أو البينه المطلعه على باطن أمره. و لو فقد الأمران فإن عرف له مال ظاهر الزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحاكم عنه و يوفى، و إن لم يظهر له مال و لا- بينه على دعوى الإعسار حبس حتى يظهر إعساره إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا، و إلا قبل قوله، و لا يكلف البينه بعد اليمين. قوله: (أو البينه المطلعه على باطنه).

سيأتى أن اطلاعها على باطنه شرط فيما إذا شهدت بالإعسار لا- بتلف الأموال، و المراد من الاطلاع على باطنه: العلم بباطن أحواله، بسبب المعاشرة الطويلة، بمسافره و مجاوره و نحوهما.

قوله: (و لو فقد الأمران، فإن عرف له مال ظاهر الزم التسليم، أو الحبس، أو يبيع الحاكم عنه و يوفى).

أى: لو فقد إقرار الغريم، و البينه المطلعه على حاله، فإن عرف له مال ظاهر- أى: جلى غير مستور- فإن كان من جنس الحق ألزمه الحاكم بالتسليم و قهره عليه، و لو كان من غير الجنس قهره على البيع، أو حبسه إلى أن يبيع و يؤدي، أو يبيع الحاكم عنه و يوفى، و يحلّ لصاحب الدين الاغلاظ له، و يحل ضربه بالعناد.

قوله: (و إن لم يظهر له مال و لا بينه على دعوى الإعسار، حبس حتى يظهر إعساره، إن عرف له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا).

لأن الأصل بقاء المال و عدم تلفه.

قوله: (و إلا قبل قوله، و لا يكلف البينه بعد اليمين).

أى: و إن لم يعرف له أصل مال، و لا كان أصل الدعوى مالا، بأن كان اجره خدمه، أو عوض إتلاف، أو جنايه قبل قوله بيمينه، لأنه فى الحقيقة منكر للمال، و الأصل عدمه.

و لو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين و إن لم تكن مطلعته على باطنه. و لو شهدا بالإعسار مطلقا لم تقبل إلا مع الصحبه المؤكده، و للغرماء إحلافه مع البيئه، قوله: (و لو شهد عدلان بتلف ما له قبل بغير يمين، و إن لم تكن مطلعته على باطنه).

المراد:شهاده عدلين بتلف جميع أمواله، لأن الشهاده بتلف مال في الجملة ليست مستلزمه لكونه فقيرا، فيثبت بذلك فقره، و لا حاجه إلى اليمين، لأن البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه.

و لا- يشترط لقبول شهاده الشاهدين بتلف- العلم بكونهما مطلعين على باطن أحواله، لأنهما إذا شهدا بتلف جميع الأموال كان ذلك كافيا في ثبوت المراد، لأن الفرض عدالتهما، و العدل لا يجازف في شهادته.

و قال في التذكرة. يلزماه باليمين هنا خاصه، و احتج عليه بأن البيئه إذا شهدت بالتلف، كان كمن ثبت له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه و ادعى مالا غيره، فإنه يلزمه اليمين (1).

و فيه نظر، لأن البحث ليس فيمن شهدت له البيئه بتلف مال مخصوص، بل بتلف جميع أمواله، فإن سمعت فلا يمين، و إلا كان وجودها كعدمها، فلا يعتبر اليمين حينئذ.

قوله: (و لو شهدا بالإعسار مطلقا، لم يقبل إلا مع الصحبه المؤكده، و للغرماء إحلافه مع البيئه).

أى: لو شهد الشاهدان بالإعسار مطلقا- أى: غير مقيد بتلف جميع الأموال- فلا بد في قبول هذه الشهاده من علمنا بكون الشاهدين لهما صحبه مؤكده

ص: ٣٠٠

و مع قسمه ماله يجب إطلاقه، و يزول الحجر بالأداء لا- بحكم الحاكم. مع المشهود له، أى: مع معاشره كثيره يطلعان بها على أحواله.

و لا- يراد كون ذلك شرطاً فى نفس الأمر فقط لا فى علمنا، لأن اشتراط العلم بحقيقه الحال فى نفس الأمر ثابت فى كل مشهود له.

فان قيل: مع عداله الشاهدين لم يشترط هذا الأمر الزائد؟ قلنا: لأن الشهاده على النفى حَقُّها أن لا تسمع، فإذا سمعت لكونها قد ضبطت بما يلحقها بالإثبات، لم تبلغ مرتبه الإثبات، فلا بد من تقويتها بالعلم بالصحبه المؤكده، حتى يعلم أنهما لا ينفيان المال- بشهادتهما بالإعسار- تعويلاً على ظاهر الحال.

و من ثم كان للغرماء إحلاف المديون حينئذ مع البينه، لأن شهاده النفى لا يزول معها الاحتمال بالكلية، و لا صراحه لها فى تلف الأموال، بخلاف شهاده الإثبات، فضعفها قائم، فتجبر باليمين، و هذا هو مختار الأكثر، و عكس الحكم فى التذكرة (1)، و هو ضعيف كما قلناه.

قوله: (و مع قسمه ماله يجب إطلاقه).

ينبغى أن يكون مرجع الضمير مطلق الديون بمعونه المقام، كما سبق فى أول المبحث، فيندرج فيه المفلس و غيره، فإذا قسم جميع مال المديون و لم يبق له مال يصرف فى الدين، يجب على الحاكم إطلاقه من الحبس إذا كان محبوساً.

قوله: (و يزول الحجر بالأداء، لا بحكم الحاكم).

أى: بأداء أمواله فى الديون على الوجه السابق، فحينئذ يزول حجر المحجور، و لا يتوقف على حكم الحاكم عندنا، لأنه إنما كان لحقوق الغرماء ليقسموا أمواله الموجوده، و قد حصلت، فيزول.

ص: ٣٠١

و يجوز الحبس فى دين الولد، و لا تمنع الإجاره المتعلقه بعين المؤجر من حبسه.

المطلب السادس: فى بقايا مباحث هذا الباب

المطلب السادس: فى بقايا مباحث هذا الباب:

لو أفلس المشتري بعد جنايه العبد فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصا بأرش الجنايه، أو الضرب بثمنه مع الغرماء. و لا يسقط حق المجنى عليه من أخذ قوله: (و يجوز الحبس فى دين الولد).

فى روايه الحسين بن أبى العلاء عن الصادق عليه السلام (١) ما يدل على عدم الجواز، و إن كان فى الحسين قول، لكن ظاهر قوله عليه السلام: «أنت و مالك لأبيك» و مؤكدات القرآن فى حق الوالدين (٢) مؤيده لهذا الروايه، و القول بعدم الجواز لا يخلو من قوه، و اختاره فى التذكره (٣).

قوله: (و لا تمنع الإجاره المتعلقه بعين المؤجر من حبسه).

أى: من حبسه بدين شخص آخر مطالب، حيث يجوز الحبس، و فى المسأله تردد، ينشأ من تعارض إطلاق أوامر الحبس فى الدين للممتنع من الأداء مع المطالبه و عدم الإعسار، و اختصاص المستأجر لعينه بمنافعه، و لا أولويه.

و يحتمل اعتبار الأسبقيه، و إن ضعف فيما إذا كان الدين أسبق دون المطالبه، و للتوقف مجال، و المسأله موضع إشكال، و هذا إذا لم يمكن الجمع.

قوله: (لو أفلس المشتري بعد جنايه العبد، فالأقرب أن للبائع الرجوع ناقصا بأرش الجنايه، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، و لا يسقط حق المجنى عليه من أخذ العين).

ص: ٣٠٢

١- ١) الكافى ٥: ١٣٦ حديث ٦، [١] الفقيه ٣: ١٠٩ حديث ٤٥٦، التهذيب ٦: ٣٤٤ حديث ٩٦٦، الاستبصار ٣: ٤٩ حديث ١٦٢.

٢- ٢) منها ما ورد فى سورة البقره: ٨٣، و النساء: ٣٦، و الأنعام: ١٥١، و الإسراء: ٢٣.

٣- ٣) التذكره ٢: ٥٩. [٢]

العين، و الأقرب تقديم حق الشفيع على البائع، لتأكيد حقه حيث يأخذ من المشتري، و ممن نقله إليه، و سبقه.

و يحتمل تقديم البائع، لانتفاء الضرر بالشفعه، لعود الحق كما كان، و أخذ الثمن من الشفيع فيختص به البائع جمعا بين الحقين. أى: لو أفلس المشتري بعد جنايه العبد المبيع بثمنه، فالأقرب أن للبائع الرجوع بالعبد ناقصا بأرش الجنايه، أى: ناقصا بتعلق أرش الجنايه به، لأن ذلك عيب، و لا يرجع بأرش هذا العيب، بناء على قاعده المصنف و الجماعه.

و على ما اخترناه، فله الضرب بنقص القيمه، لكونه مضمونا عليه، أو الضرب بثمنه مع الغرماء، فيكون مخيرا بين الأمرين، الفسخ و الرجوع إلى العبد، و الضرب مع الغرماء بثمنه.

و وجه القرب: أن حق البائع سابق، و لعدم المنافاه، و يحتمل المنع، لأن حق المرتهن مانع من الرجوع كما سبق، و تعلق حق المجنى عليه أقوى من تعلق حق المرتهن، فلا يرجع معه بطريق أولى.

و يضعف بأن الرجوع يقتضى إبطال الرهن لا حق المجنى عليه، فلا منافاه، و الأولويه غير ظاهره، و اعلم أن الجار فى قوله: (بأرش الجنايه) يتعلق بقوله:

(ناقصا).

قوله: (و الأقرب تقديم حق الشفيع على البائع لتأكيد حقه، حيث يأخذ من المشتري و ممن نقله إليه و سبقه، و يحتمل تقديم البائع، لانتفاء الضرر بالشفعه، لعود الحق كما كان، و أخذ الثمن من الشفيع، فيختص به البائع جمعا بين الحقين).

لو كان المبيع شقصا مشفوعا، و أفلس المشتري بالثمن، ففي الحكم احتمالات ثلاثه:

أقربها عند المصنف تقديم حق الشفيع، فيأخذ المبيع دون البائع، و يكون الثمن حينئذ كسائر أموال المشتري يشترك فيها الغرماء، و البائع كأحدهم، و وجه

ص: ٣٠٣

هذا الاحتمال المصنف بوجهين:

أ: تأكد حقه، أى: قوته بالنسبة إلى حق البائع، بدليل أنه يأخذ من المشتري، و ممن نقل المشتري المبيع إليه، و البائع إنما يختص بالعين إذا لم يتعلق بها حق ثالث كما سبق، فلا يأخذ من المشتري المفلس (1) و لا من المتهب و المرتهن، و لا ريب أن استحقاق من لا ينبغي استحقاقه بتعلق حق ثالث أقوى ممن ليس كذلك، و مع تعارض الحقين يقدم الأقوى.

ب: سبق حق الشفيع على حق البائع، و ذلك لأن حقه ثبت من حين البيع، و حق البائع إنما يثبت بالتفليس، و الأسبق مقدم و مانع من ثبوت الآخر، عملاً بالاستصحاب و للمنافاه بينهما، فلا- يثبتان، و يمنع ثبوت المتأخر و رفع المتقدم، لانتفاء المقتضى، بل المقتضى للعدم قائم، و هذا أقوى.

و الشارح وجه السابق، بأن حق الشفيع لا حق للبيع لذاته، و حق البائع لا حق بواسطة الإفلاس، و ما بالذات أسبق (2)، و هذا سبق معنوي، و ما ذكرناه أفقه.

الثانى: تقديم البائع، فيفسخ و يختص بالعين، و وجهه المصنف بزوال الضرر الحاصل بالشفعة به، فان التسلط على مال الغير بغير رضاه ضرر، و ما يزال به الضرر أقوى، فإن الضرر منفى بالنص (3).

و إنما قلنا: أن الضرر يزول بذلك، لأن الأخذ بالشفعة يقتضى عود الحق كما كان قبل البيع، و يؤيده عموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ما له إذا أفلس المشتري بالثمن (4).

ص: ٣٠٤

١- ١) فى نسختى «م» و «ق»: من المفلس.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٨٠: ٢.

٣- ٣) هو حديث «لا- ضرر و لا- ضرار»، انظر: سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ و ٢٣٤١، سنن الدار قطنى ٤: ٢٢٧ حديث

٨٣، مسند أحمد ١: ٣١٣ و ٥: ٣٢٧، الكافى ٥: ٢٨٠ حديث ٤، الفقيه ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب ٧: ١٤٦ حديث ٦٥١.

٤- ٤) التهذيب ٦: ١٩٣ حديث ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ حديث ١٩.

و ليس للمحرم الرجوع فى الصيد، و يضعف بأن المنفى هو الضرر الذى لم يعلم ثبوته شرعا، أما ما ثبت بالنص و الإجماع فلا ينتفى إلا بدليل منهما أقوى، و بمنع شمول الخير لهذا القسم، لسبق حق الشفعة الثابت قطعا، فلا بد لزواله ليشمله الخبر من قاطع، و هو منتف.

و لا يقال: تعارض العامان، لأن ثبوت الشفعة أسبق.

الثالث: أخذ الثمن من الشفيع، فيقدم بعين المبيع على البائع، و يخص البائع بالثمن، حيث أنه عوض عن ماله، و حيث تعذر أخذه للعين و اختصاصه بها، فليجعل حقه فى قيمتها.

و وجهه المصنف، بأن فيه جمعا بين الحقين، يعنى حق البائع و حق الشفيع، حيث جعل لأحدهما العين و للآخر القيمة.

و ضعفه ظاهر، إذ البائع لا حق له إذا قدم الشفيع فى العين عليه، و إنما الثمن من أموال المشتري، و البائع واحد من الغرماء، فيضرب معهم.

قوله: (و ليس للمحرم الرجوع فى الصيد).

أى: لو باع صيدا، ثم أحرم و أفلس المشتري بالثمن، لم يكن للبائع الرجوع فى الصيد، لامتناع دخوله فى ملك المحرم، بل يضرب بالثمن.

و ينبغى أن يقيد ذلك بالصيد الحاضر، أما النائى فإنه لا يمتنع دخوله فى الملك، فينبغى أن لا يمتنع رجوعه به.

و هذا الذى ذكره المصنف، مبنى على أن الصيد الحاضر لا يدخل فى ملك المحرم، و يزول ملكه عنه بالإحرام، و لو قلنا ببقاء الملك و جب الإرسال، فينبغى هنا ان يثبت له الرجوع، ثم يرسله بعده.

و لو انعكس الفرض، بأن كان المحرم هو المفلس انعكس الحكم، فيرجع به إن قلنا ببقاءه على ملك المحرم، و إنما الواجب الإرسال، لا انتفاء المانع حينئذ، و إلا ضرب بدينه.

و الرجوع فسخ فلا يفتقر إلى معرفه المبيع، و لا القدره على التسليم، فلو رجع فى الغائب بعد مضى مده يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، و إن تغير فله الخيار، و لو رجع فى العبد بعد إباقه صح، فإن قدر عليه و إلا تلف منه. و لو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن و بطل الرجوع، قوله: (و الرجوع فسخ، فلا يفتقر إلى معرفه المبيع، و لا القدره على التسليم).

و لا غير ذلك من شروط البيع، و قد سبق فى الإقاله حكاية قول لبعض أهل الخلاف أنها بيع، فهل يجىء هنا؟ يبعد ذلك، و الفرق أنه لو كان الرجوع بيعاً، لم يستحقه البائع إلا برضى المفلس، و ليس كذلك، لأنه قهرى.

قوله: (لو رجع فى الغائب بعد مضى مده يتغير فيها، ثم وجده على حاله صح، و إن تغير فله الخيار).

لأنه إنما رجع فيه بناء على أنه باق على ما كان عليه، فيكون الرجوع مترزلاً، فله إبطاله، و عند أحمد لا يصح الرجوع حينئذ، لفوات الشرط.

و هنا إشكال، و هو أن الرجوع فسخ، و هو رفع العقد، فكيف يتصور الرجوع فيه؟ قوله: (و لو رجع فى العبد بعد إباقه، فإن قدر عليه و إلا تلف منه).

حيث أن الرجوع فسخ يصح، و إن كان المبيع عبداً قد أبق، و حينئذ فإن قدر عليه فلا بحث، و إن لم يقدر عليه فهو تالف من مالكة، لكن يجب أن يقيد ذلك ببقاء العبد، فان تلف بموت و نحوه قبل القدره عليه، فسيأتى حكمه.

قوله: (و لو ظهر تلفه قبل الرجوع، ضرب بالثمن و بطل الرجوع).

أى: لو ظهر موت العبد مثلاً قبل زمان رجوع البائع، فقد تبين بطلان

و بعده أمانه على إشكال. و لو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قَدَم قول المفلس، لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة الرجوع، لعدم ما يرجع فيه، فحينئذ يضرب بالثمن.

قوله: (و بعده أمانه على إشكال).

أى: لو ظهر موت العبد الأبق بعد الرجوع من البائع و قد أفلس المشتري بالثمن، فهو قبل التلف أمانه في يد المشتري، فيكون تلفه من البائع على إشكال، ينشأ من أن المقتضى لكون العبد مضمونا على المشتري هو البيع، و قد زال بالفسخ و عاد الملك إلى البائع، فيكون تلفه منه، و من أن المشتري قبضه مضمونا، فيكون كذلك إلى أن يقبضه البائع، عملا بالاستصحاب، و لعموم قوله عليه السلام:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (١) و هذا أقوى.

قوله: (و لو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدم قول المفلس، لأنه منكر، فيضرب بالثمن خاصة).

أى: لو تنازع البائع و المفلس بعد تحقق الرجوع، مع الاتفاق على بقاء العين في تعيين المبيع، فالقول قول المفلس يمينه في أن المبيع ليس هو ما عينه البائع، لأنه منكر و البائع مدع، فإذا حلف اندفعت دعواه، فيضرب بالثمن، لتعذر الوصول إلى العين.

و يشكل فرض المصنف، إن أراد ب(الثمن) ما جرى عليه العقد - و هو المتبادر إلى الفهم - لأنه بعد الفسخ و الرجوع كيف يبقى استحقاقه للثمن؟ فلا بد لصحة هذا الفرض من حمل الثمن على قيمه إن اتفقا عليها، أو ما يحلف عليه المفلس، أو فرض التنازع في التعيين قبل الرجوع و الفسخ.

ص: ٣٠٧

١ - ١) سنن البيهقي ٦: ٩٥، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠، مسند أحمد ٥: ٨، ١٣، مستدرک الحاكم ٢: ٤٧، و في هذه المصادر: حتى تؤديه، سنن الترمذی ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤، [١] مسند أحمد ٥: ١٢.

و كل ما يفعله قبل الحجر ماض.

المقصد الرابع: فى الضمان

اشاره

المقصد الرابع: فى الضمان:

و هو عقد شرع للتعهد بنفس، أو مال ممن عليه مثله أولاً، فهنا فصول ثلاثه:

الأول: الضمان بالمال ممن ليس عليه شىء

اشاره

الأول: الضمان بالمال ممن ليس عليه شىء، و يسمى ضمانا بقول مطلق، و فيه مطلبان:

قوله: (و كل ما يفعله قبل الحجر ماض).

أى: ما يفعله المفلس قبل الحجر صحيح ماض، لأنه حينئذ كامل له أهليه التصرف.

قوله: (و هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أولاً).

هذا التعريف شامل للضمان بالمعنى الأخص و الحواله و الكفاله، و يجىء فى قوله: (و هو عقد) ما سبق فى البيع على القول بأنه العقد، فان الضمان هو التعهد لا نفس الإيجاب و القبول، و إنما الضمان أثرهما.

و يرد على هذا هنا و فى البيع، أن البيع و الضمان و غيرهما قد يكون صحيحا، و قد يكون فاسدا، و نقل الملك لا يكون إلا صحيحا، و كذا التعهد.

و يجاب بأن النقل لا يلزم أن يترتب عليه الانتقال، و كذا التعهد، فلا يترتب عليه أثره، و التعهد بالنفس هو الكفاله، و بالمال ممن ليس عليه مثله هو الضمان، إن شرطنا فى الحواله اشتغال ذمه المحال عليه، و إلاّ فهو أحد القسمين، و القسم الآخر من الحواله يتحقق بقوله: (ممن عليه مثله).

قوله: (و يسمى ضمانا بقول مطلق).

أى: غير محتاج إلى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله، فيكون الضمان واقعا على معنيين، و هذا بخلاف الكفاله، فإنها لا تطلق على ضمان المال إلاّ بقيد، فيقال: كفاله بالمال.

إشارة

الأول: في أركانه، و هي خمسة:

الصيغة

الصيغة: و هي ضمنت، و تحملت، و تكفلت، و ما أدى معناه.

و لو قال: أؤدى، أو أحضر لم يكن ضامنا.

و لا تكفى الكتابه مع القدره، و تكفى مع عدمها مع الإشاره الداله على الرضى، لإمكان العبث. و شرطه التنجيز، فلو علّقه بمجىء الشهر، أو شرط الخيار فى و فى حواشى الشهيد: إن الكفاله و الحواله لا يطلق عليهما الضمان إلاّ مضافا، فيقال فى الكفاله: ضمان النفس، و فى الحواله: ضمان المال ممن عليه مثله، فيكون قوله: (بقول مطلق) مشيرا إلى ذلك.

و فيه نظر، فإنه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقه، و تعريف المصنف يقتضى الحقيقه، و مع ذلك فالحواله لا- تختص بمن عليه مثله، كما سيأتى فى كلام المصنف إن شاء الله تعالى، و الصواب ما ذكرناه، و هو الذى ذكره فى التذكرة (١).

قوله: (و لا تكفى الكتابه مع القدره).

لأن النطق معتبر فى العقود اللازمه بالإجماع.

قوله: (و تكفى مع عدمها مع الإشاره الداله على الرضى، لإمكان العبث).

أى: مع عدم القدره لا- بدّ من الإشاره الداله على رضاه بمضمون ما كتبه، لانتفاء دلاله الكتابه، إذ يمكن وقوعها عبثا أو لغرض آخر.

قوله: (أو شرط الخيار).

مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، و ظاهر الكتاب فى البيع الصحه، و هو صريح التذكرة (٢) هناك، و هو الأصح، للأصل و لانتفاء المانع.

١-١) التذكرة ٨٥:٢. [١]

١-٢) التذكرة ٥٢٢:١. [٢]

الضمان فسد. والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه، ولو شرط تأجيل الحال صح، والأقرب جواز العكس. فان قيل: الضمان يتضمن إبراء ذمه المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط.

قلنا: هو حكم من أحكام نقل المال، لا انه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا.

قوله: (و لو شرط تأجيل الحال صح).

ظاهرهم أن صحه هذا بالإجماع، ويؤيده أن نقل المال الحال إلى الذمه جائز، واشتراط الأجل في عقد لازم لا مانع منه، وإن كان أمرا زائدا.

قوله: (و الأقرب جواز العكس).

وجه الأقرب: أن الأداء معجلا جائز، فكذا الضمان، لأنه كالأداء، وقال الشيخ: لا يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل (١)، وفي هذا التوجيه ضعف، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به.

ولا يرد تأجيل الحال، لأن ذلك شرط زائد مستقل صاحب الحق بإثباته في العقد اللازم، بخلاف الأجل الذي هو مشترك بين المضمون له والمضمون عنه، ولأن الحلول زياده في الحق، ولهذا يختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبه على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمان ما لم يجب، فلا يصح عندنا، وهذا التوجيه الأخير ذكره الشيخ فخر الدين ولد المصنف (٢)، وحسنه في المختلف (٣)، وهو المختار.

ص: ٣١٠

١- ١) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥: ٣٥٣: (و [١] قد نسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط أنه قال: لا يصح لان الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولم أجد ذلك فيه. ونسب الخلاف جماعه إلى المفيد في المقنعه و الشيخ في النهايه و لم أجد ذلك في المقنعه و ليس في النهايه الا- قوله: لا- يصح ضمان مال و لا- نفس إلا- بأجل). و للزياده راجع عباره المفتاح بأكملها.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٨١: ٢-٨٢.

٣- ٣) المختلف: ٤٣٢.

فيحل مع السؤال على اشكال.

الثاني: الضامن

الثاني: الضامن: و شرطه البلوغ، و الرشد، و جواز التصرف، و الملاءه حين الضمان أو علم المستحق بالإعسار. و لا يشترط استمرار الملاءه، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم كان له قوله: (فيحل مع السؤال على إشكال).

هذا فرع على صحه ضمان المؤجل، و إنما يكون ذلك مع السؤال لا في التبرع، و تحرير المسأله: أنه إذا سأل المضمون عنه غيره أن يضمن ما عليه مؤجلا حالا، فضمنه كذلك، فهل يحل ما عليه بذلك؟ فيه إشكال، ينشأ من أن الضمان في حكم الأداء، و متى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا- ففضاه استحق مطالبته، و لأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن، و من أن الاذن في الضمان حالا- إنما يقتضى حلول ما في ذمه الضامن، و لا يدل على حلول ما في ذمه المضمون عنه بإحدى الدلالات.

و يمكن أن يقال: استحقاق الرجوع بما أداه بالاذن يقتضى الحلول.

و التحقيق: أنه إن كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك، قوى حلول المؤجل بما ذكر.

و اعلم أن الشارح ولد المصنف قال: إن موضع الاشكال ما إذا أذن في الضمان و أطلق، أما إذا أذن فيه حالا فلا إشكال في الحلول (1)، و ليس بشيء، بل قد يقال: انه مع الإطلاق لا إشكال في عدم الحلول.

قوله: (و شرطه: البلوغ، و الرشد).

يحترز بذلك عن الصبي، و المجنون، و المحجور بالسفه إذا لم يأذن له الولي.

قوله: (و الملاءه حين الضمان، أو علم المستحق بالإعسار، و لا يشترط استمرار الملاءه، فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان، أما لو لم يعلم فان له الفسخ).

ص: ٣١١

الفسخ. و يصح ضمان الزوجه بدون اذن الزوج، و فى صحه ضمان المملوك بدون اذن السيد إشكال، ينشأ: من أنه إثبات مال فى الذمه بعقد فأشبهه النكاح، و انتفاء الضرر على مولاه، لا يخفى أن الشروط السابقه إنما تشترط حين الضمان، و إنما خص هذه بالتقييد لينبه على أن طرء الإعسار لا يثبت الفسخ، و إنما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره، لأن الضمان فى معنى أداء الدين، و المقصود الأصلي منه الارتفاق بنقل الدين إلى ذمه الضامن، و إنما يكون ذلك إذا كان الأداء منه أيسر.

فلا جرم إذا فات هذا المقصود الذى إنما يبنى الضمان عليه، تخير المضمون له، لفوات المقصود منه، كما يتخير المشتري إذا ظهر فى المبيع عيب أو غبن، حيث كان المقصود هو الصحه و الأخذ بالقيمه أو أدون، إذ البيع مبنى على المكايسه.

و هذا بخلاف ما إذا باع مؤجلا فظهر الإعسار، إذ ليس مقصود البيع الأصلي بالنسبه إلى أداء الثمن كما فى الضمان، و ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق.

قوله: (و يصح ضمان الزوجه بدون إذن الزوج).

خلافاً لبعض العامه (1)، قيل: قد يفضى إلى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس، قلنا: هذا ليس من لوازمه، و إن كان قد يترتب عليه بمطل و نحوه، و لو كان هذا مانعاً لمنعت من جميع المعاوضات، لتطرق المحذور إليها.

قوله: (و فى صحه ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال، ينشأ من أنه إثبات مال فى الذمه بعقد فأشبهه النكاح، و انتفاء الضرر على مولاه).

توضيح الوجه الأول من وجهى الاشكال: أن النكاح ممنوع منه العبد،

ص: ٣١٢

١ - ١) ذهب اليه مالك، انظر: المجموع ١٠: ١٤، الوجيز ١٨٣: ١، فتح العزيز ٣٦١: ١٠.

فإن جوزناه يتبع به بعد العتق. و لو أذن احتمال تعلقه بكسبه و بذمته، و يتبع به بعد العتق. لأنه يتضمن إثبات مال في ذمته، و هذه العله قائمه في الضمان.

و فيه-مع كونه قياسا باطلا-منع كون المانع في النكاح هو إثبات المال في الذمه، و ينقض بما إذا خلا العقد عن المهر، فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء العله.

و توضيح الثانى: أن المانع هو تضرر المولى بتعلله عن خدمته، و ذلك منتف، لأن استحقاق المطالبه بعد عتقه.

و ضعفه ظاهر، لأن المانع هو كونه لا يقدر على شىء بنص القرآن العزيز (١)، و ان ذمته مملوكه للمولى، فلا يملك إثبات شىء فيها بدون إذنه، و ما ثبت قهرا من عوض إتلاف و جنايه لا يقدح، لأن ذلك مبنى على القهر بالنسبه إلى كل جان، و ليس ذلك بالالتزام، و الأصح عدم الصحه.

قوله: (فان جوزناه تبع به بعد العتق).

قطعا، لأن كسبه مملوك للمولى، و لا يملك التصرف فى مال مولاه.

قوله: (و لو أذن احتمال تعلقه بكسبه، و بذمته، فيتبع به بعد العتق).

أى: لو أذن المولى للمملوك فى الضمان و أطلق فلم يشترط الأداء من الكسب و نحوه، و لا الصبر إلى ان يعتق فيه احتمالان:

الأول: تعلق الحق بكسبه، لأن إطلاق الاذن فى الضمان إنما يحمل على الضمان الذى يستعقب الأداء، فإنه المعهود، و الأداء من غير مال السيد ممتنع.

و هذا التوجيه إن تم يقتضى عدم القصر على الكسب، بل يقتضى وجوب الأداء على السيد، و هو قريب من قول ابن الجنيد (٢)، و لا يخلو من قرب.

ص: ٣١٣

١-١) سورة النحل: ٧٥. [١]

٢-٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٣١، و فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٨٣: ٢.

أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه. و السفية بعد الحجر كالمملوك، و قبله كالحر. و كذا المفلس كالحر لكن لا يشارك. الثاني: تعلقه بذمته، فيتبع به، لأن الاذن في الضمان أعم من كل منهما، و العام لا يدل على معين.

قوله: (أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح، كما لو شرط الأداء من مال بعينه).

في صحته نظر، لأن ذمه العبد مملوكه للسيد، فكيف يثبت فيها مال باختيار العبد و السيد، و لا يكون على السيد مع كونه لا يقدر على شيء؟ و لا- ينتقض بعوض الإلتلاف، لأنه قهري لا بقدرته، و ليس هو كما لو شرط الأداء من مال بعينه، لأن ذلك من جملة أموال السيد، و مال العبد بعد العتق ليس من جملة أمواله.

قوله: (و السفية بعد الحجر كالمملوك و قبله كالحر).

هذا بناء على أن الحجر عليه لا- يثبت بمجرد السفه، و هو مختار المصنف، و قد سبق في الحجر، و إنما كان بعد الحجر كالمملوك، لأنه ممنوع من التصرفات الماليه، فيمكن القول بالبطلان لذلك و الصحه، و يتبع به بعد فك الحجر.

و الأصح الأول، لأن الحجر مانع من إثبات مال في ذمته، و من ثم لا يصح بيعه على أن يؤدي الثمن بعد الفك، و لو أذن الولي صح.

قوله: (و كذا المفلس كالحر، لكن لا يشارك).

يصح ضمان المفلس كما يصح ضمان غيره، لأنه إنما يمنع من التصرف في الأموال الموجوده عند الحجر، لا من إثبات مال في الذمه، و من ثم لا يشارك المضمون له الغرماء، و في العبارة مناقشتان:

إحداهما: أن قوله: (و كذا) مستدرك، بل لو لا قوله: (كالحر) لاقتضى

و لا يصح من الصبى و إن أذن الولى، فإن اختلفا قَدَم قول الضامن، لأصالة براءة الذمه، و عدم البلوغ.

و ليس لمدعى الأهليه أصل يستند اليه، و لا ظاهر يرجع إليه، المساواه فى الحكم بينهما، و هو فاسد.

الثانيه: ان قوله: (لا يشارك) إن قرئ بصيغه البناء للفاعل و للمفعول، لم يكن لضميره مرجعا، و لم يصح نظم العبارة، و يمكن جعله مصدرا و لا جنسيه.

قوله: (و لا يصح من الصبى، و إن أذن الولى).

لأن عبارته مسلوبه الاعتبار، فلا يؤثر فيها إذن الولى، و لا فرق بين المميز و غيره، و إن جوزنا بيعه بالإذن، لأن الضمان التزام مال لا فائده له فيه، و إنما يؤثر إذن الولى فيما يضمن مصلحه الصبى.

قوله: (فان اختلفا قَدَم قول الضامن، لأصالة براءة الذمه و عدم البلوغ، و ليس لمدعى الأهليه أصل يستند إليه و لا ظاهر يرجع إليه).

أى: فان اختلف الضامن و المضمون له فى وقوع الضمان من الضامن حال الصبا أو حال الكمال- و يرشد إلى مرجع الضمير فى (اختلفا)، و المحذوف الذى هو المختلف فيه المقام- قَدَم قول الضامن فى أنه كان صبيا وقت الضمان، لأن الأصل براءة الذمه، فيستصحب، و كذا الأصل عدم البلوغ.

و ليس لمدعى أهليته للضمان حين وقوعه- و هو المضمون له- أصل يستند إليه، و لا- ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للأصلين السابقين.

فان قيل: له أصالة الصحه فى العقود، و ظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلا.

قلنا: الأصل فى العقود الصحه بعد استكمال أركانها، ليتحقق وجود العقد، أما قبله فلا وجود للعقد، فلو اختلفا فى كون المعقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد، و كذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقا.

بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً، لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلاً، وكذا البحث فيمن عرف له حاله جنوناً، أما غيره فلا، والمكاتب كالعبد والمريض يمضى من الثلث، والأخرس إن عرف إشارته صح ضمانه، وإلا فلا.

واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود أصالة الصحة في العقود، لكن بمعارضه أصالة الصبا يتساقطان، ويبقى أصل البراءة سليماً عن المعارض، فكأنه لا أصل له، وبأن وقوع العقد من بالغ مع صبي خلاف الظاهر. وما ذكرناه أثبت.

قوله: (بخلاف ما لو ادعى شرطاً فاسداً، لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلاً).

حيث كان المتعاقدان كاملين، تحقق الظاهر المذكور، وأصالة صحه العقود.

قوله: (وكذا البحث فيمن عرف له حاله جنوناً).

أى: ما سبق في الاختلاف في وقوع الضمان حاله الصبا أو البلوغ، آت فيمن عرف له حاله جنوناً بعين ما ذكر، لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد في يوم الجمعة و كان فيه كاملاً، أو في يوم الخميس قبله و كان باتفاقهما صبياً أو مجنوناً، فهل هو كما سبق، أم يحتمل هنا التمسك بأصالة عدم التقدم؟ كل ممكن.

قوله: (أما غيره فلا).

أى: أما غير من عرف له حاله جنوناً فليس كذلك، لانتفاء ما يستند إليه في عدم كمال المتعاقدين.

قوله: (والمكاتب كالعبد).

لأنه محجور عليه في تصرفاته، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: (والمريض يمضى من الثلث).

لا شك في صحه ضمان المريض، سواء كان مرض الموت أم لا، فإن لم يكن مرض الموت، أو عوفي من مرضه صح الضمان، وإلا نفذ من الثلث، لأن

الثالث: المضمون عنه: وهو الأصيل، ولا يعتبر رضاه في صحه الضمان، لأنه كالأداء فيصح ضمان المتبرع. ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأى، ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلساً. منجزات المريض المتبرع بها، من الثلث عند المصنف، ولو قيل: بأنها من الأصيل نفذ منه.

قوله: (و لا يعتبر رضاه في صحه الضمان، لأنه كالأداء).

لما كان الضمان كأداء الدين و لا يعتبر فيه رضى المديون، لم يعتبر في الضمان رضاه أيضاً، وهذا الحكم بالإجماع، ويدل عليه ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ما فى ذمه الميت ليصلى عليه النبي صلى الله عليه و آله (١).

قوله: (فيصح ضمان المتبرع، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأى).

المراد ب(المتبرع): من لم يأذن له المضمون عنه فى الضمان، فإذا ضمن ثم علم المضمون عنه و أنكر الضمان-أى: لم يرض به- لم يبطل على أصح القولين، لانتفاء المقتضى للبطلان، وقال الشيخ (٢) و جماعه (٣): يبطل، و هو ضعيف.

قوله: (و يصح الضمان عن الميت و إن كان مفلساً).

لما روى من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام (٤)، و قال أبو حنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء، لأن الموت مع عدم الوفاء يسقط المطالبه بالحق (٥)، و بطلانه ظاهر، إذ لا يسقط بذلك ما فى الذمه.

ص: ٣١٧

١- ١) سنن الدار قطنى ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

٢- ٢) النهاية: ٣١٤. [١]

٣- ٣) منهم: المفيد فى المقنعه: ١٣٠، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٢٧. [٢]

٤- ٤) سنن الدار قطنى ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

٥- ٥) المجموع ١٤: ٨، فتح العزيز ١٠: ٣٥٨، الوجيز ١: ١٨٣.

و لا يشترط معرفه المضمون عنه، نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه.

الرابع: المضمون له

الرابع: المضمون له: و هو مستحق الدين، و لا- يشترط علمه عند الضامن بل رضاه. و فى اشتراط قبوله قوله: (و لا يشترط معرفه المضمون عنه، نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه).

أما أنه لا يشترط معرفته، فلان الواجب بالضمان أداء الدين عن المضمون عنه، و ليس فيه ما يقتضى معرفته، قال فى التذكرة: و هل يشترط معرفه ما يميزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذى لك على من كان من الناس، جاز على إشكال، نعم لا بد من معرفه المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه (١).

قوله: (و لا يشترط علمه عند الضامن، بل رضاه).

يدل عليه ضمان على عليه السلام (٢)، و لأن المقصود أداء الحق، و هو لا- يقتضى معرفته، و يحتمل اشتراطه، لتفاوت الناس فى المعامله و الاقتضاء و الاستيفاء تشديدا و تسهيلا، و اختلاف الأغراض فى ذلك، و استشكله فى التذكرة (٣)، و الأكثر على عدم الاشتراط (٤)، و هو الأصح، نعم لا بد من تميزه عند الضامن.

قوله: (و فى اشتراط قبوله احتمال).

ص: ٣١٨

١- ١) التذكرة ٢: ٨٨. [١]

٢- ٢) سنن الدار قطنى ٣: ٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٨٨. [٢]

٤- ٤) منهم: الشيخ فى الخلاف ٢: ٧٨ مسألة ١ كتاب الضمان، و ابن زهره فى الغنيه: ٥٣٣، و المحقق فى شرائع الإسلام ١٠٨: ٢.

احتمال، فإن شرط اعتبار فيه التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول في العقود.

الخامس: الحق المضمون به

الخامس: الحق المضمون به، و شرطه الماليه، و الثبوت في الذمه و إن كان متزلزلا كالثمن في مده الخيار، و المهر قبل الدخول، أو لم يكن لازما لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل الفعل، و مال السبق و الرمايه. ينشأ من واقعه على عليه السلام (1)، و التمسك بالأصل، و الأصح الاشتراط، لأن الضمان عقد إجماعا، فلا بد فيه من القبول، و لأن المال للمضمون له، فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه؟ و قضيه على عليه السلام واقعه في عين لا عموم لها، و لا أصل في هذا، بل الأصل عدم شرعيته إلى أن يثبت.

قوله: (فان شرط، اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول في العقود).

لأنه عقد، فلا بد من رعايه ما يشترط في سائر العقود، و هو الأصح، و ضابط التواصل ما لا يخرج به القبول عن كونه قبولا لذلك الإيجاب عرفا، و لا بد من الموالاه بحيث لا يتخلل كلام أجنبي، و يعتبر وقوعه بلفظ العربيه.

قوله: (أو لم يكن لازما لكن يؤول إليه، كمال الجعالة قبل الفعل، و مال السبق و الرمايه).

الجعالة-بفتح الجيم و يكسر-مبنيه على الجواز، لكن تؤول إلى اللزوم بعد العمل، و قد أطلق المصنف هنا جواز ضمانه قبل الفعل، و قال في التذكره ما محصله: أنه إن ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، و إن ضمن بعد فراغ العمل و استحقاقه للمال صح قطعا، و إن ضمن بعد الشروع في العمل و قبل إتمامه، فالأقرب جواز الضمان، لوجود سبب الوجوب، و لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مده الخيار (2).

ص: ٣١٩

١-١) سنن الدار قطنى ٣:٧٨ حديث ٢٩١-٢٩٢.

٢-٢) التذكره ٢:٩٠. [١]

و الأقرب صحه ضمان مال الكتابه و إن كانت مشروطه، و يصح ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزوجه لا المستقبله، و الحاضره للقريب دونهما. و فى هذا القسم الأخير نظر، لانتفاء الثبوت، و اللزوم فيما بقى من الجعل الذى لم يأت بمقابله من العمل، و الفرق بينه و بين الثمن فى مده الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذ ثابت، غايه ما فى الباب أنه مترلزل، بخلاف الجعل، فإنه لا ثبوت له أصلاً، و المتجه عدم الجواز قبل الفعل.

و أما مال السبق و الرمايه، فإن ألحقناه بمال الجعاله فى عدم الثبوت بدون العمل لكون عقده جائزاً، فكما فى الجعاله، و إن ألحقناه بالإجاره و حكمنا بلزوم العقد - هو الأصح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى - فإنه يجوز.

و اعلم أنه لو قال المصنف: أو لم يكن ثابتاً لكن يؤول إليه، لكان أوجه، لأن عدوله إلى نفي اللزوم الذى هو أعم يوهم أن الثبوت حاصل.

قوله: (و الأقرب صحه ضمان مال الكتابه و إن كانت مشروطه).

هذا هو الأصح، لأنه مال ثابت فى الذمه بعقد لازم، و منعه الشيخ (1)، لأن للعبد تعجيز نفسه، و فيه نظر، للمنع من أن له ذلك، بل يجب عليه القيام بالمال، لأنه صار ديناً عليه، و لو سلم فأقصى ما فيه ان يكون ثبوت المال فى ذمته مترلزلاً.

قوله: (و يصح ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزوجه لا المستقبله).

نفقه الزوجه - لأنها كالعوض عن التمكين - دين، فيصح ضمان الماضيه و الحاضره منها، لا المستقبله، لكونها لم تثبت بعد.

قوله: (و الحاضره للقريب دونهما).

أى: دون الماضيه و المستقبله، أما المستقبله فظاهر، و أما الماضيه، فلأن

ص: ٣٢٠

و لو ضمن ما سيلزمه بيع أو قرض بعده لم يصح، ولا ضمان الأمانه كالوديعة و المضاربه. و يصح ضمان أرش الجنايه و إن كان حيوانا، و مال السلم و الأعيان المضمونه كالغصب، و العاريه المضمونه و الامانه مع التعدى على اشكال، نفقه القريب على جهه المساواه لا فى مقابل شىء، فتسقط بالفوات.

قوله: (و لا ضمان الأمانه كالوديعة و المضاربه).

سواء ضمن الأعيان مطلقا، أو ضمنها على تقدير التلف مضمونه، لانتفاء ثبوت شىء فى الذمه الآن، إذ ليست مضمونه.

قوله: (و يصح ضمان أرش الجنايه و إن كان حيوانا).

أى: و إن كان الأرش حيوانا، كأرش الجزء من الإبل، لأنه مال ثابت فى الذمه، و منع بعض الشافعيه (١) من ضمان إبل الديه لجهاالتها.

قوله: (و مال السلم).

لأنه مال ثابت.

قوله: (و الأعيان المضمونه، كالغصب، و العاريه المضمونه، و الأمانه مع التعدى على إشكال).

أى: يصح ضمان كل من هذه على إشكال، ينشأ من أن ضمانها ثابت فى الذمه، و لوجود سبب ضمان قيمه، و من عدم ثبوت المضمون فى الذمه، لأنها إنما تثبت مع التلف، و مع بقائها فالواجب هو رد العين.

و فى التذكره (٢) صور المصنف ل ضمانها صورتين:

أ: أن يضمن رد أعيانها، و جوزه، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

ص: ٣٢١

١- (١) المجموع ١٨: ١٤، فتح العزيز ٣٧١: ١٠، و فيهما: أن فى ضمان إبل الديه قولان أو وجهان.

٢- (٢) التذكره ٩٠: ٢. [١]

و ضمان العهده للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق، و يشكل بأنه ليس ثابتاً في الذمه، و إنما الثابت في الذمه هو وجوب ردّها، و ليس بمال.

ب: أن يضمن قيمتها على تقدير التلف، و قوَى صحته، لأن ذلك ثابت في ذمه الغاصب، فصح الضمان.

و يضعف بأن الثابت في الذمه هو كونها بحيث لو تلفت ثبت في ذمه الغاصب قيمتها، و القيمة إنما تثبت بعد التلف، ف ضمانها قبله ضمان ما لم يجب.

و أيضاً فإن كونه بحيث لو تلفت ضمنها، حكم شرعى تابع لوصف الغصب و الاستعارة و التعدى في الأمانه، و هذا لا يمكن نقله بالضمان، لأن الذى ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم الشرعى، فعدم صحه الضمان قوَى.

قوله: (و ضمان العهده للبائع عن المشتري، بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه).

أى: و يصح ضمان العهده، و فى حواشى الشهيد: أن العهده اسم للوثيقه، ثم نقل إلى الثمن و غلب، و لا شبهه فى صحه ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً، أما إذا كان عيناً، فهو من جمله الأعيان المضمونه، و لعل تجويز ضمانه لعموم البلوى، و دعاء الحاجه اليه، و إطباق الناس على ضمان العهده.

قوله: (و ضمان عهده إن ظهر عيب أو استحق).

أى: و يصح ضمان عهده الثمن، أى: دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه، و المراد: ضمان عهده عن المشتري للبائع، لأن الأرش على تقدير ظهور عيب فيه حقّ ثابت حين الضمان و إن كان متزلزلاً، لجواز الفسخ قبل التصرف.

و البديل واجب على تقدير الاستحقاق إذا لم يجر العقد على عينه، و لا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان، للضروره و انكشاف ثبوته بعد.

و للمشتري-عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقا، أو رد بعيب على اشكال، قوله: (و للمشتري عن البائع، بأن يضمن عن البائع الثمن متى خرج مستحقا، أو رد بعيب على إشكال).

أى: و يصح ضمان عهده الثمن للمشتري عن البائع-إذا كان قد قبضه البائع، كما صرح به فى التذكرة (١)-على تقدير خروج المبيع مستحقا، لأنه حينئذ مقبوض بيد البائع بغير استحقاق، وورده على المشتري حق ثابت، فيصح ضمانه.

و أما إذا رد المبيع بعيب ففيه إشكال، ينشأ من أن الثمن إنما وجب حينئذ بالفسخ، فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب، و من تقدم سبب الفسخ و دعاء الحاجه إليه، هذا هو المتبادر من عبارته.

و يرد عليه أنه سيأتى فى عبارته بعد سطر أن الأقرب أنه لا يصح ضمان عهده الثمن لو خرج معيبا ورد بالعيب.

و حاول بعضهم الفرق، بأن المراد هنا أنه إذا ضمن عهده الثمن للمشتري عن البائع طو لب به إذا خرج المبيع مستحقا قطعا، نظرا إلى أن ضمان عهده الثمن معناه ضمان دركه، و أما المطالبه به على تقدير الرد بالعيب، نظرا إلى تناول ضمان عهده الثمن لهذا القسم، ففيه إشكال، فيكون هذا الإشكال فى تناول اللفظ لهذا القسم.

و قد قال الشيخ: انه إذا ضمن عهده الثمن، فخرج بعض المبيع مستحقا، ففسخ المشتري لتبعض الصفقه طالب الضامن بالثمن كله (٢)، لكن عبارته المصنف تأبى هذا الحمل.

و مع ذلك فالإشكال فى وجوب الثمن على الضامن هنا إنما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه، إذا خرج عيب و رد به، و المصنف لا يقول به كما

ص: ٣٢٣

١- ١) التذكرة ٢: ٩١. [١]

٢- ٢) المبسوط ٢: ٣٢٨. [٢]

أو أرش العيب. و يصح ضمان نقصان الصنجه في الثمن للبائع، و في السلعه للمشتري، و رداءه الجنس في الثمن و المثل. و الأقرب أنه لا يصح ضمان عهده الثمن لو خرج المبيع معيبا و رده، سيأتي، و أيضا فسيأتي في كلام المصنف بعد صفحه رد كلام الشيخ هذا.

قوله: (أو أرش العيب).

أى: و يصح ضمان العهد للمشتري بالنسبه إلى أرش عيب المبيع، فإنه جزء من الثمن ثابت حين الضمان، و إن لم يكن معلوما حينئذ، فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهده الثمن.

قوله: (و يصح ضمان نقصان الصنجه في الثمن للبائع و في السلعه للمشتري، و رداءه الجنس في الثمن و المثل).

الصنجه بفتح الصاد، و بالسين أفصح، قال في القاموس: صنجه الميزان (1). و إنما صح ضمان ذلك، لأنه على تقدير ظهور النقصان أو العيب، يتبين ثبوت الحق للمضمون له في ذمه المضمون عنه حين الضمان، و إن لم يكن معلوما حينئذ فصح، لدعاء الضروره إليه.

قوله: (و الأقرب أنه لا يصح ضمان عهده الثمن لو خرج المبيع معيبا و رده).

أى: رده البائع بالعيب، لأن الثمن إنما يجب رده في هذه الحاله إذا رد المبيع، و إلا فالواجب الأرش، و وجه القرب أنه ضمان ما لم يجب، لأن الثمن قبل الفسخ حق للبائع، فلا يصح ضمانه للمشتري، و يحتمل الصحه، للضروره، و وجود سبب وجوبه، و هو العيب المجوز للفسخ، و الأقرب قريب.

ص: ٣٢٤

و الصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع، أو اقتران شرط فاسد به، و الأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته، قوله: (و الصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق، كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به).

أى: و الأقرب الصحة في هذه الحالة، و وجه القرب أن الحق ثابت في وقت الضمان و إن لم يكن معلوماً، لانكشافه بعد ذلك، فلا يكون ضمان ما لم يجب، و يحتمل عدم الصحة، لأن المضمون لى ثابتاً في الذمه، لأنه عين موجوده.

غايه ما في الباب أنها مضمونه على تقدير التلف، فيكون كضمان الأعيان المضمونه، و قد سبق ما فيه، بل أبعد، لأنه في وقت الضمان غير معلوم الثبوت، لأنه إنما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت.

و قد جوز الأصحاب ضمان العهده على تقدير الاستحقاق، لمسيس الحاجه، فلا يتعدى، و ليس ببيع الجواز، لدعاء الضروره إلى ذلك، و لمشاركته الاستحقاق في المعنى، و لأن الاطلاع على صحة العقد و فساده مما قد يتعذر في الوقت، فيكون في ذلك مندوحة عن الضرر.

قوله: (و الأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته).

هذا قول الشيخ (١)، و أكثر الأصحاب (٢)، للأصل، و لقوله عليه السلام:

«الزعيم غارم» (٣) و هو مطلق، و لأن الضمان عقد لا ينافيه الغرر، و للشيخ (٤) قول آخر بعدم الجواز، لاختلاف الأحوال بقله الحق المضمون و كثرته، و الأول أقوى.

و إنما يصح في صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك، كقوله: أنا ضامن للدين

ص: ٣٢٥

١- (١) النهاية: ٣١٥.

٢- (٢) منهم: المفيد في المقنعه: ١٣٠، و ابن زهره في الغنيه: ٥٣٣، و سلالر في المراسم: ٢٠٠، و المحقق في شرائع الإسلام ١٠٩: ٢.

٣- (٣) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٤ حديث ٢٤٠٥، مسند أحمد ٥: ٢٦٧.

٤- (٤) الخلاف ٢: ٨٠ مسألة ١٣ كتاب الضمان، و المبسوط ٢: ٣٣٥.

فيلزمه ما تقوم البيئه على ثبوته وقت الضمان، لا ما يتجدد، و لا ما يوجد فى دفتر و كتاب، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون. الذى لك عليه، أما ما لا- يمكن فيه العلم، كضمنت لك شيئاً مما فى ذمته، فلا يصح قولاً واحداً، لعدم إمكان العلم به، لصدق الشئ على القليل و الكثير، و إلى هذا أشار المصنف بقوله: (كما فى ذمته) أى: كضمان ما فى ذمته.

فان قيل: لم لا يصح و يلزمه أقل ما يقع عليه اسم الشئ مما فى ذمته؟ قلنا: ليس هذا الفرد هو المضمون، لا لتفاء مانعيته، و الواجب هو المضمون، و وجوب شئ فرع صحه الضمان.

قوله: (فيلزمه ما تقوم البيئه على ثبوته وقت الضمان).

أى: حيث كان ضمان المجهول على الوجه المذكور صحيحاً، فاللازم ما يثبت بالبيئه وجوبه وقت الضمان، لأنه الذى فى الذمه حينئذ.

قوله: (لا ما يتجدد، و لا ما يوجد فى دفتر و كتاب، أو يقر به المضمون عنه).

لان المتجدد غير ثابت حين الضمان، و الموجود فى دفتر و كتاب غير ثابت شرعاً، و إقرار المضمون عنه لا ينفذ على الضامن.

قوله: (أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون).

هذا أحد القولين للأصحاب، فإن الشيخ (١) و ابن البراج (٢) قيذا اللزوم باليمين المردوده، بما إذا كان الرد برضى الضامن، و قال المفيد بلزوم ما يحلف عليه المضمون له (٣)، و فى المختلف: إن جعلنا اليمين المردوده كالبيئه، لزم الضامن ما يحلف عليه المضمون له، و إن جعلناها كإقرار المنكر لم يلزمه، إلا أن يكون

ص: ٣٢٤

١- (١) النهايه: ٣١٦.

٢- (٢) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٤٣٠.

٣- (٣) المقنعه: ١٣٠.

و لو ضمن ما تقوم به اليينه لم يصح، لعدم العلم بثبوتة حينئذ، و لا ضمننت شيئا ممالك عليه و يصح الإبراء من المجهول. الحلف برضى الضامن (١).

و التحقيق: أن الرضى لا- أثر له، إنما المؤثر وقوع الرد منه، و لعلمهم أرادوا بالرضى ذلك، و تقييد المصنف عدم اللزوم بحلف المضمون له بكون (٢) الرد من المديون يعطى هذا، فإنه متى كان الرد من الضامن، أو منه و من المضمون عنه، لزم ما يحلف عليه، لأن كونها كاليينه إنما هو فى حق راد اليمين، لأنها إذا كانت كالإقرار- و هو أضعف الاحتمالين فى إثبات الحق هنا- يكون كإقرار الضامن.

و سيأتى ان شاء الله تعالى تحقيق كونها كاليينه أو كالإقرار فى كتاب القضاء.

قوله: (و لو ضمن ما تقوم به اليينه لم يصح، لعدم العلم بثبوتة حينئذ).

لو قال: لعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما فى الذمه حينئذ لكان أولى، و تخرج العبارة على أن المراد لعدم العلم بثبوتة من صيغه الضمان، إلى آخره.

قوله: (و يصح الإبراء من المجهول).

لأنه مبنى على الغبن، إذ هو إسقاط للحق، نعم لا بد من قصده إلى الإبراء من المجموع، قليلا كان أو كثيرا، فلو ظن قلته فبان كثيرا لم يقع، و على هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه، فإن لم يفعل و أبرأه منه كائنا ما كان، فإنه يبرأ، و إلا ففيه تردد.

و فى التذكرة (٣): لو طلب منه الإبراء لأنه اغتابه، و لم يذكر ما اغتابه به،

ص: ٣٢٧

١-١) المختلف: ٤٣٠.

٢-٢) فى «م» و «ق»: يكون، و المثبت من مفتاح الكرامه ٣٧٨: ٥، و [١] هو الصحيح.

٣-٣) التذكرة ٩١: ٢. [٢]

و لو قال:ضمنت من واحد إلى عشره احتمال لزوم العشره، و ثمانيه، و تسعه باعتبار الطرفين.

المطلب الثاني: في الأحكام

المطلب الثاني: في الأحكام:

الضمان ناقل و إن لم يرض المديون، فلو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن، و لو أبرأ الضامن برئاً معاً، و لو ضمن الحال مؤجلاً تأجلاً. و ليس للضامن مطالبه المديون قبل الأداء، ذكر وجهين للشافعيه في الصحة و عدمها، و لم يرجح شيئاً.

قوله: (و لو قال:ضمنت من واحد إلى عشره، احتمال لزوم العشره و ثمانيه و تسعه، باعتبار الطرفين).

هذه مخزجه على الخلاف الأصولي في أن الغايه داخله في المغيا أم لا، فان فيه أقوالاً: دخول الابتداء و الانتهاء، و عدم دخولهما، و الفرق فيدخل الابتداء، و التفصيل بكونها مميزه بمفصل محسوس فلا يدخل، أو لا- كمن طرف الخشبه إلى طرفها- فيدخل.

و دخول الابتداء لا يخلو من قرب، لأن ابتداء الشيء من جملته، و لأن الاستعمال الكثير جار على ذلك، فإن أخذت من واحد إلى عشره و أعطيت من واحد إلى عشره و نحوهما، جاز على أن الواحد داخل في المأخوذ و المعطى، و يجيء مثله في الإقرار ان شاء الله تعالى.

قوله: (و لو أبرأ الضامن برئاً معاً).

لأن الضامن إنما يرجع على المضمون عنه بما أداه، و مع الإبراء لم يؤد شيئاً.

قوله: (و لو ضمن الحال مؤجلاً تأجلاً).

بالنسبه إلى الضامن وفاء بالعقد الصحيح، و قد سبق بيان صحته.

قوله: (و ليس للضامن مطالبه المضمون عنه قبل الأداء).

لأنه و إن كان الحق حالاً على المديون- لعدم ما يقتضى تأجيله، لأن

فإن مات الضامن حل، و لورثته مطالبه المضمون عنه قبل الأجل، و لو كان الأصل مؤجلا لم يكن له ذلك. و لو مات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين، فإن تلف فمِن الوارث كما أن النماء له، المؤجل هو الدين الذى ثبت بالضمان، لا الذى فى ذمه الأصيل -إلا أن الضامن لا يستحق الرجوع حيث ثبت له، إلا بعد الأداء.

قوله: (فإن مات الضامن حل، و لورثته مطالبه المضمون عنه قبل الأجل).

إذا مات الضامن فى هذه الحالة حل دينه، فلا مانع من المطالبة للمضمون عنه حينئذ، لأن الدين الذى عليه حال كما قررناه، لكن لا بد فى جواز المطالبة من الورثة للأصيل من الأداء، أو مطالبه المضمون له إياهم على احتمال سيأتى، و مثله ما لو تراضى الضامن و المضمون عنه على إسقاط الأجل.

قوله: (و لو كان الأصل مؤجلا، لم يكن له ذلك).

لأن الحلول على الضامن لا يستدعى الحلول على الأصيل، و قبل الحلول لا تحل المطالبة، و مثله لو ضمن المؤجل حالا على القول بصحته.

قوله: (و لو مات الأصيل حينئذ خاصة، حجر الحاكم من التركة بقدر الدين).

أى: منع الوارث من التصرف فيه، حذرا من ضياع ما يؤديه الضامن بعد الحلول عليه، و انما جاز ذلك لأن هذا القدر من التركة يستحق بالدين الذى فى ذمه الأصيل، غايه ما فى الباب أنه ليس للضامن أخذه إلا بعد الأداء المتوقف على الحلول.

قوله: (فإن تلف فمِن الوارث، كما أن النماء له).

لأنه باق على ملك الوارث، فإن الدين لا يملك إلا بعد القبض، و التركة مع الدين على ملك الوارث كما سبق، فعلى هذا يجب الأداء من باقى التركة و إن

ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون، وإن أذن له في الأداء، والآرجع بالأقل من الحق و ما اداه و إن أبرئ.

و لو أبرأ من الجميع فلا رجوع، وإن لم يأذن له في الأداء. تصرف فيها الوارث.

قوله: (ثم الضامن إن تبرع لم يرجع على المديون و إن أذن له في الأداء).

أشار بقوله: (ثم) إلى انفصال هذا عما قبله، فإن هذا الحكم شامل لمسائل الباب، ولا يخفى أن الأقسام بالنسبه إلى كون الضمان و الأداء معا باذن المديون، أو أحدهما خاصه، أو انتفاء الاذن عنهما معا أربعة، فذكر هنا حكم قسمين: تبرع الضامن بالضمان و الأداء معا، و تبرعه بالضمان مع إذن المديون في الأداء، و الحكم عدم الرجوع فيهما عند علمائنا، ذكره في التذكرة (1)، و إنما قلنا أنه ذكر قسمين، لأن جملة الوصلية تقتضى عدم الاذن في الأداء مع التبرع في الضمان المذكور في العبارة.

قوله: (و الآرجع بالأقل من الحق و ما اداه و إن أبرئ، و لو أبرأ من الجميع فلا رجوع و إن لم يأذن له في الأداء).

أى: و إن لم يتبرع بالضمان رجع على الأصيل بأقل الأمرين من الحق المضمون و ما اداه، أما إذا كان الحق أقل، فلأن الواجب أدائه من غير زياده، فالزياده تبرع.

و أما إذا كان ما اداه أقل من الحق، فلأن الضامن إنما يرجع بعد الأداء، فلا يرجع بما لم يؤده، و لا فرق في عدم رجوعه بزياده الحق عما ادى بين أن يكون قد أبرئ من الزياده بصيغه المجهول-أى: أبرأه المضمون له، لئلا يختلف مرجع الضمير- و عدمه.

ص: ٣٣٠

و يصح ترامى الضمان، و دوره، و اشتراط الأداء من مال بعينه، فإن تلف بغير تفريط الضامن ففى بطلان الضمان اشكال، و للشافعيه (١) وجه أنه يرجع بما أبرئ منه و نحوه، لأنه هبه و مسامحه له من رب الدين، و لو أبرئ من الجميع، فلا رجوع لمثل ما قلناه، و لا فرق فى جواز الرجوع مع الاذن فى الضمان، بين أن يأذن له فى الأداء و عدمه.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن قول المصنف: (و إن لم يأذن له فى الأداء) و صلى لقوله: (و الا رجع بالأقل.)، و ما بينهما من قوله: (و لو أبرأ من الجميع.) معترض، و بهذه الوصلية يندرج القسمان الباقيان من الأقسام الأربعة السابقه. قوله: (و يصح ترامى الضمان).

لا إلى غايه، بأن يضمن الضامن ضامن آخر، و الضامن الثانى ثالث، و هكذا. قوله: (و دوره).

أى: دور الضمان، بأن يضمن الضامن الأخير المضمون عنه الأول، و وجه صحتهما إطلاق النص و عدم المانع. قوله: (و اشتراط الأداء من مال بعينه).

عملا بعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٢) و الظاهر أنه لا بدّ أن يكون المال المشترط الأداء منه ملكا للضامن. قوله: (فان تلف بغير تفريط الضامن، ففى بطلان الضمان إشكال).

احترز بتلفه بغير تفريط عما إذا فرط، فإنه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به

ص: ٣٣١

١- ١) انظر: المجموع ٣٢: ١٤، الوجيز ١٨٦: ١.

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

و مع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا- الأرش بالجاني، بتفريطه، لكن ينبغي أن يكون ذلك المال المشروط بقدر الدين فصاعداً، فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم ما زاد عنه من الدين.

و منشأ الاشكال: من أن الأداء إنما يجب من ذلك المال، عملاً بالشرط و قد تعذر، و لا سبيل إلى سقوط الدين، فتعين بطلان الضمان، لانحصار الأقسام في ثلاثه، و قد بطل الأولان، و من أن الضمان ناقل.

و لا- منافاه بين ثبوته في الذمه و اشتراط الأداء من مال بعينه، و لا نسلم بطلان القسم الأول، و لم لا يجوز أن يكون المال في ذمه الضامن، و يجب أدائه من المال المعين بمقتضى الشرط؟ فإذا تلف يبقى في موضعه و يجب الأداء من مال آخر، و هذا أقوى.

قوله: (و مع عدمه يتعلق تعلق الدين بالرهن، لا الأرش بالجاني).

المتبادر عود الضمير في (عدمه) إلى البطلان لقربه، لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم، مع أن فيه فساداً آخر، و هو أنه على تقدير عدم البطلان، كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه، على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقبه الجاني؟ و توهم أن المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال باطل، لأن الشق الثاني منه هو عدم بطلان الضمان كما لا يخفى، و على هذا التقدير كيف يمكن الرجوع على المضمون عنه؟ و لو قُدّر عود الضمير إلى التلف، لسلم من هذا المحذور، لكن يقع في محذور آخر، و هو أن الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقبه الجاني، لا يستقيم على تقدير عدم التلف.

و الحاصل ان العبارة لا تخلو من شيء، و إن كان سوق الكلام إنما يدل على إرادته المعنى الأول.

إذا تقرر هذا، فأصح الاحتمالين أن تعلق الدين بالمال المشروط بالأداء

فيرجع على الضامن، و على الثانى يرجع على المضمون عنه، و كذا لو ضمن مطلقا و مات معسرا على اشكال. منه كتعلق الدين بالرهن، لا الأرش برقبه الجانى، نظرا إلى أن الضمان ناقل للمال إلى ذمه الضامن، و لان الدين موضعه الذمه، و الأرش بالنسبه إلى الجانى ليس ديناً، و إنما هو حق ثبت من أول الأمر كذلك.

لكن على هذا لا يكون للإشكال فى البطلان و عدمه عند المصنف وجه، بل يجب الجزم بالعدم، لأن الدين إذا كان موضعه الذمه، لا يزول بزوال تعلقه بعين مخصوصه.

قوله: (فيرجع على الضامن).

أى: يرجع المضمون له على الضامن، على المختار من كون التعلق كتعلق الدين بالرهن.

قوله: (و على الثانى يرجع على المضمون عنه).

أى: على تقدير كون التعلق كتعلق الأرش برقبه الجانى، يرجع على المضمون عنه، لأنه إنما انتقل من ذمته على هذا الوجه المخصوص، و قد تعذر أخذه على ذلك الوجه، و لا سبيل إلى سقوطه أصلا.

و التحقيق: أن هذا ليس بشيء أصلا، لأن حقيقه الضمان تقتضى إما نقل المال، أو ضم ذمه إلى ذمه، و على كل تقدير فكيف يكون التعلق بذلك المال المعين كتعلق الأرش برقبه الجانى، مع أن الأرش لا تعلق له بذمه أحد؟ ثم إنه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى فى ذمه المضمون عنه شيء، فكيف يعود إلى الذمه بالتلف بعد زواله بغير سبب يقتضى شغل الذمه؟ قوله: (و كذا لو ضمن مطلقا و مات معسرا على إشكال).

أى: و كذا يرجع الضامن على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقا-أى: لم يشترط الأداء من مال بعينه- ثم مات معسرا، و منشأ الاشكال:

من أنه لو لا ذلك لضاع الدين، و من انتقال المال بالضمان إلى ذمه الضامن

و لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجح الضامن بتمام قيمه،لأنه يرجع بما أدى. و يحتمل بالثمن خاصه،لأنه الذى قضاءه، و براءه المضمون عنه،فلا يعود.

و نمنع من أن المال ضائع بذلك،بل هو باق و إن تعذر الأخذ فى الدنيا، و لو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال،إذ لو مات المديون معسرا لضاع الدين أيضا، و الحق أنه لا وجه لهذا الاشكال عندنا.

نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلا،فلا يرجع على المضمون عنه، لكن لا يجيء الإشكال على هذا التقدير أيضا.

قوله: (و لو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجح الضامن بتمام قيمه،لأنه يرجع بما أدى).

أى:لو كانت قيمه المال المشروط فى عقد الضمان-الأداء منه باعتبار الزمان و المكان-أزيد مما بيع به،و بيع بالأنقص لفقد الراغب حيثئذ على خلاف الغالب،فأدى ما بيع به فى الدين،رجح الضامن على المضمون عنه بتمام قيمه، لأنه يرجع بما أدى،و قد أدى ذلك.

و ضعف هذا من وجهين:

أ:إنه إنما يرجع بما أدى إذا كان بقدر الدين أو أقل،و ليس كذلك هنا.

ب:انا نمنع أنه أدى المال أو قيمته،و إنما أدى ما بيع به.و الحق بطلان هذا الاحتمال أصلا،و لو فرض ذلك فيما إذا كان الدين بقدر قيمه،فصالح بالقدر الذى بيع به المال عن ذلك الدين،لأمكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا.

قوله: (و يحتمل بالثمن خاصه،لأنه الذى قضاءه).

قد علم وجهه مما سبق،و هو الأصح.

و للضامن مطالبه الأصيل إن طوبى- كما انه يغرمه إذا غرم- على اشكال، و ليس له المطالبه بالتخليص قبل المطالبه. و من أدى دين غيره من غير ضمان و لا إذن لم يرجع، و إن آداه بإذنه بشرط الرجوع رجح.

قوله: (و للضامن مطالبه الأصيل إن طوبى- كما أنه يغرمه إذا غرم- على إشكال).

(على) يتعلق ب(مطالبه)، فإن الإشكال فى استحقاق المطالبه إذا طوبى، و قوله: (كما أنه يغرمه إذا غرم) معترض بينهما، و هو دليل أحد طرفى الاشكال.

و توضيحه: أن نسبة المطالبه إلى المطالبه كنسبه التغريم إلى الغرم، فكما ثبت استحقاق التغريم بالغرم، يجب أن يثبت استحقاق مطالبه الضامن للأصيل، بمطالبه المضمون له الضامن.

و وجه العدم: أن المطالبه فرع استحقاق المال، و هو إنما يستحق بعد الأداء، لأن المال فى ذمه الضامن، لانتقاله إليه بالضمان، و لا شىء فى ذمه المضمون عنه، لكن بالأداء يحدث الاستحقاق، و هذا هو الأصح.

قوله: (و ليس له المطالبه بالتخليص قبل المطالبه).

أى: ليس للضامن مطالبه المضمون عنه بتخليصه من الدين اللازم بالضمان، بأن يدفعه إليه ليدفعه إلى المضمون له، أو يدفعه الأصيل إلى المضمون له قطعاً، فتكون المسائل الثلاث على نظام حسن: مطالبته و رجوعه بعد الأداء حق ثابت قطعاً، مطالبته قبل الأداء و بعد المطالبه و فيه إشكال، مطالبته قبل المطالبه لا تجوز قطعاً.

قوله: (و من أدى دين غيره من غير ضمان و لا إذن لم يرجع).

أى: و لا إذن فى الأداء، و وجهه: أنه متبرع، خلافاً لمالك، فإنه جوز

و لو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضروره الأداء الرجوع و ثبوته للعاده. و لو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ، بخلاف أدّ ما عليّ من الدراهم إن علق بالأداء و عدمه، لأنه أذن في الأداء لا الصلح. الرجوع، إلّا إذا أدّى العدو دين عدوه، حذرا من التسلط عليه بالمطالبه، و ليس هذا كما لو وجر طعامه المضطر، فإنه يرجع هنا و إن لم يأذن المضطر، لأنه ليس متبرعا، بل ذلك واجب عليه.

قوله: (و لو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورات الأداء الرجوع و ثبوته للعاده).

يؤيد الأول ان الاذن في الأداء أعم من اشتراط الرجوع، و العام لا يدل على الفرد المعين، و أيضا فإن الإذن في الأداء لا يدل على الرجوع بإحدى الدلالات الثلاث، و الدلالة لا تنحصر فيها.

و الحق أن العاده إن كانت مضبوطة، في أن من أذن في الأداء يريد به الرجوع و يكتفى بالإذن مطلقا، استحق الرجوع، و إلّا فلا.

قوله: (و لو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع، إن قال: أدّ ديني أو ما عليّ، بخلاف أدّ ما عليّ من الدراهم، إن علق بالأداء و عدمه، لأنه أذن في الأداء لا الصلح).

أى: لو صالح من أذن له في أداء دين الاذن، و الحال أنه قد شرط له الرجوع على غير جنس الدين، كالدنانير عن الدراهم، احتمل ثبوت الرجوع، إن كان الأذن قد قال في الاذن: أدّ ديني، أو أدّ ما عليّ، لأن الأداء يراد به تخليص الذمه من الدين.

و لهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص آخر، برىء بتخليص ذمته بالصلح

و لو صولح الضامن عن مائه بما يساوى تسعين رجع بالتسعين، و كذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفه. و لو صالح بالأزيد رجع بالدين، و يرجع على ضامن عهده الثمن فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، عنه، فان ذلك قضيه العرف، و هذا بخلاف ما إذا قال: أد ما على من الدراهم، و علق الجار بالأداء، لأن المراد حينئذ: كون الأداء من الدراهم، و حيث نص على ذلك، امتنع الحمل على المعنى الأعم.

و إنما قيد بقوله: (إن علق بالأداء) لأنه إن علق بمحذوف، على أنه مع مجرور حال أو وصف ل(ما)، فان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال: أد ما على، لأن الأداء المأمور به مطلق حينئذ.

و يحتمل عدم استحقاق الرجوع، لأن معنى أداء ما عليه: رد مثله جنسا و قدرا، لامتناع الحقيقة، إذ ما عليه أمر كلى، فيصار إلى أقرب المجازات.

و لمانع أن يمنع أن هذا أقرب المجازات، لأن إرادته إبراء الذمه بهذا اللفظ أشيع فى الاستعمال، بل يمكن ادعاء كونه حقيقة عرفيه، فالأوجه الأول.

إذا تقرر هذا فقوله: (إن علق) يمكن قراءته معلوما، و الضمير للإذن فى الأداء، و مجهولا و الضمير للجار.

قوله: (و لو صولح الضامن عن مائه بما يساوى تسعين رجع بالتسعين، و كذا لو صولح بحط قدر أو أنقص صفه).

لأنه إنما يستحق شيئا بالأداء، فيرجع بما أدى.

قوله: (و لو صالح بالأزيد رجع بالدين).

لأن الزائد تبرع منه فلا يستحقه، إذ المأذون فيه إنما هو ضمان الدين.

قوله: (و يرجع على ضامن عهده الثمن، فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس).

أى: يكون البيع باطلا حين إيقاعه، بفوات شرط معتبر فيه و اقتران شرط

لا- ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع. و لو طالب بالأرث فالأقرب مطالبه الضامن. و لو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، و على البائع بالآخر. فاسد و نحوهما، لأنه حينئذ يكون الثمن مستحقا للمشتري لم يخرج عن ملكه.

قوله: (لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع).

لأن الملك حينئذ يتجدد بعد الفسخ، فلا يكون مملوكا للمشتري حين الضمان، فيكون ضمان ما لم يجب.

قوله: (و لو طالب بالأرث فالأقرب مطالبه الضامن).

أى: لو لم يفسخ فيما إذا ظهر المبيع معيبا و رضى بالأرث، فالأقرب أن له مطالبه ضامن العهده، و وجه القرب: أنه مال ثابت حين الضمان، لأنه عوض جزء فائت من المبيع، حيث أن ذلك المقدار من الثمن لم يقع فى مقابله عوض، و سقوطه إنما يكون بالرضى بالعيب.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن الأرث عوض ما لا يفرد بالمبيع، فلا يتوسط الثمن عليه، و الأصح الأول، و قد سبق فى كلام المصنف استحقاق المطالبه بالأرث على طريق الجزم.

و اعلم أن قوله: (و لو طالب بالأرث) يريد به إرادته المطالبه به و الرضى بالمطالبه مجازا، لأنه حينئذ فى قوه المطالبه به.

قوله: (و لو فسخ لاستحقاق بعضه، رجع على الضامن بما قابل المستحق و على البائع بالآخر).

أى: لو ظهر استحقاق بعض المبيع، فتبين بطلان البيع فيه، تبعضت

و لو أخذ بالشفعة رجوع على الشفيع، دون الضامن و البائع. و لو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقا فضمن تسليم الرهن لم يصح، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك. الصفقة، فللمشتري الفسخ بهذا العيب، فإذا فسخ لذلك رجوع من الثمن على الضامن بما قابل المستحق به، لأن الضمان صحيح بالنسبة إليه لكونه مملوكا للمشتري حين الضمان، و ما بقى منه فإنما يرجع به على البائع، لأنه حين الضمان لم يكن مملوكا للمشتري فلم يصح ضمانه، إذ هو ضمان ما لم يجب، و هذا هو أصح القولين.

و عن الشيخ في المبسوط (1): صحه الضمان بالنسبة إليه أيضا و جواز مطالبه الضامن به، فيطالبه بالجميع.

قوله: (و لو أخذ بالشفعة رجوع على الشفيع دون الضامن و البائع).

أى: لو كان المبيع الذى ضمن الضامن فيه عهده الثمن للمشتري شقضا مشفوعا، فأخذ الشفيع بالشفعة، رجوع المشتري على الشفيع بالثمن، لأن الشفيع إنما يأخذ منه، و لا يرجع على الضامن - لأن الذى ضمن البائع عهدته هو الثمن المدفوع إلى البائع - و لا على البائع، لأن الثمن الذى تسلّمه أخذه بحق و لم يبطل البيع فيه.

قوله: (و لو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقا، فضمن تسليم الرهن لم يصح، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك).

أى: لو باع بائع أو أقرض مقرض بشرط رهن عين مخصوصه، أو بشرط رهن من غير تخصيص بعين معينه، فضمن الضامن تسليم الرهن لم يصح الضمان، لأن الأصيل لا يلزمه ذلك - أى: التسليم للرهن - بناء على أن الشرط فى العقد اللازم لا يجب الوفاء به، لأنه يقلب اللازم جائزا، و قد سبق فى البيع و القرض تحقيق ذلك، و أن هذا منظور فيه.

ص: ٣٣٩

و لو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، و في ضمان البائع ذلك اشكال. و التعليل الصحيح: أنه لا يستحق العين، و إنما يستحق الاستيثاق بها، و ذلك ليس بمال فيصح ضمانه.

قوله: (و لو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب).

أى: لو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه المشتري في المبيع-لو كان أرضاً مثلاً من بناء و غرس، بحيث لو ظهر استحقاق المبيع و وجب القلع، فإنه يثبت للمشتري حينئذ على البائع أرش النقصان، و هو تفاوت ما بين قيمته قائماً و مقلوعاً، على أن يرجع بذلك على الضامن-لم يصح الضمان، و لم يستحق الرجوع به عليه لو ظهر الاستحقاق فقلع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرش، إنما يستحقه بعد القلع.

قوله: (و في ضمان البائع ذلك إشكال).

أى: و في ضمان البائع عهده ما ذكر للمشتري إشكال، ينشأ من أنه ضمان ما لم يجب فلا يصح، و من وجود سببه و هو العقد و اقتضاء ذلك، فان بيع المغصوب مع جهل المشتري يقتضى رجوعه عليه بما يغرمه.

و التحقيق: أن هذا الضمان لا أثر له، لأن ذلك واجب بدونه، فإنه من مقتضيات العقد، فلا معنى لضمانه، حتى لو ضمن ما لا يقتضى العقد الرجوع به، مما لو غرمه المشتري بعد ظهور الاستحقاق-كعوض المنافع المستوفاه على قول-لم يصح الضمان، لأنه ضمان ما لم يجب.

بل لا- معنى لهذا الإشكال، لأن الاشكال إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له، لأن ذلك واجب، و إن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

و لو ضمن اثنان طولب السابق، و مع الاقتران اشكال. قوله: (و لو ضمن اثنان طولب السابق، و مع الاقتران إشكال).

ينشأ: من احتمال أمور ثلاثة متكافئه هي أقوال للأصحاب:

الأول: التخيير في مطالبه من شاء منهما، و هو قول ابن حمزه (١)، تمسكا بصحة العقدين فإنها الأصل.

و نقل الشارح عن المصنف في درسه توجيهه: بأن مثله واقع في العبادات، كالواجب على الكفايه، و في الأموال كالغاصب من الغاصب (٢).

و فيه نظر، فان العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما، و وجه التنافي:

أن انتقال المال إلى ذمه أحدهما يقتضى أن لا ينتقل إلى ذمه الآخر شيء فيكون ضمانه باطلا لانتفاء مقتضاه، و لا نعى بالباطل إلا ما لا يترتب عليه أثره.

و هذا يصلح جوابا لما ذكره المصنف، و في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعدده، و إنما وجب على من جرت يده على المغصوب ردّه على مالكه، عملا بعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣) فإن تعذر وجب البديل للحيلولة.

و هذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين و تلفها، و معلوم أنه مع بقائها لا يكون في ذمه أحد، و إنما الذى فى الذمه وجوب ردّها، فظهر أنه ليس هناك مال واحد فى ذمم متعدده، و لو قدر أنه كذلك فى هذا الفرد - على خلاف الأصل للنص و الإجماع - لم تجز تعديته إلى غيره إلا بنص آخر.

الثانى: التنصيف، فيطالب كل واحد منهما بنصف المال فى هذا الفرض، و لو زادوا فبالحصه بعد اعتبار العدد، لأن الأصل صحه الضمان، و لما امتنع انتقال المجموع إلى كلّ من الذمتين و لا أولويه، انتقل إلى كل واحد منهما

ص: ٣٤١

١ - ١) قاله فى الوسيله: ٣٢٨.

٢ - ٢) إيضاح الفوائد ٨٩: ٢.

٣ - ٣) سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ حديث ٢٤٠٠.

و لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة و الفرعية فيهما إن أجازهما و يتساقطان، ما يقتضيه التحاصص.

و فيه نظر، لأنه خلاف ما اقتضاه العقدان و أراده الضامنان، بل إن كان العقد صحيحا ترتب عليه مقتضاه، و إلا كان باطلا.

الثالث: البطلان، للحصر في الأمور الثلاثة، و قد بطل اثنان فتعين الثالث، و هو الأصح.

قوله: (و لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه، تعاكست الأصالة و الفرعية فيهما إن أجازهما و يتساقطان).

أى: لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه من الدين، انتقل ما فى ذمه كل منهما إلى ذمه الآخر، فيصير كل واحد بضمانه فرعا و بمضمونيته أصيلا، فتعاكس الأصالة و الفرعية، فيكون كل واحد منهما فرعا بالجهة التى يكون بها الآخر أصيلا.

و هذا كله إذا أجاز المضمون له ضمانهما معا، و يتساقطان بعد أداء الدينين، إذا كان ضمانهما بسؤال و كان الدينان مستويين، كما لو كان لواحد على اثنين عشره بالسوية، فضمن كل منهما ما على الآخر بسؤاله، فإذا أديها ثبت لكل منهما على الآخر ما أداه، فاستوى الدينان قدرا و وصفا فيقع التقاص.

و لا يخفى أن هذا إذا كان الضمان دفعه، أما لو وقع على التعاقب، فإن الجميع على الأخير.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله: (تعاكست الأصالة و الفرعية فيهما) فيه إشارة إلى فائدة هذا الضمان، فإنه و إن لم تكن له فائدة من جهة المطالبة - حيث أن المضمون له انما يطالب كل واحد بمقدار ما كان يطالبه - لكن تترتب عليه فوائد أخرى باعتبار الأصالة و الفرعية، فلو أبرأ المضمون له أحدهما من شيء برئت ذمه الآخر منه، و غير ذلك.

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه، و حجر عليه لفلس قبل الأداء رجوع على الموسر بما أدى، و يضرب الموسر مع الغرماء، قوله: (و لو شرط الضمان من مال بعينه و حجر عليه لفلس قبل الأداء، رجوع على الموسر بما أدى، و يضرب الموسر مع الغرماء).

هذا أيضا من فوائد الضمان، فإنه لو شرط أحدهما في العقد الأداء من مال بعينه، و حجر عليه للفلس قبل أداء الدين المضمون، فإن المضمون له مقدم على الغرماء بدينه، لتعلقه بالعين المشروط الأداء منها، كما في دين المرتهن بل أقوى، لما سبق من احتمال كونه كتعلق الأرش بالجاني، و حق الجنايه مقدم على حق المرتهن كما سبق في الرهن، و حينئذ فإذا استوفاه من العين استحقه المفلس على الموسر، فيرجع عليه به.

و لا يتساقطان إذا أدى الموسر الدين الآخر، لعدم استواء الدينين حكما، لأن أحدهما يستحق الجميع (1)، و الآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصه، فالزائد على ما يقتضيه التحاص غير مستحق الآن، فكيف تقع المساقطه به؟ و اعلم أنه لا بد في الحكم من قيدين:

الأول: كون المال المشروط الأداء منه بحيث يفي بذلك الدين، إذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء، و لعلّه إنما لم يتعرض إليه اعتمادا على الغالب، من أنه إنما يشترط الأداء من مال يفي بالدين، على أنه ليس في عبارته ما ينافيه، لأن قوله: (رجوع على الموسر بما أدى) صادق في الجميع و الأقل.

الثاني: كون أداء الموسر قبل الحجر، إذ لو كان بعده لاتجه أن لا يزاحم الغرماء فلا يضرب، بل يصير إلى ما بعد الفك، كمن باع بعد الحجر على أصح الوجوه، لأن الضامن لا يستحق شيئا على المضمون عنه إلا بعد الأداء عندنا، و لهذا لا يستحق الأخذ قبله.

و أيضا فلا بد من كون الإفلاس طارئا بعد الضمان، أو كون المضمون

ص: ٣٤٣

(١ - ١) في النسخ الخطيه و النسخه الحجريه وردت هنا لفظه (لعدم) و الظاهر زيادتها.

و إلا- طوب من أجزى ضمانه بالجميع خاصه، فإن دفع النصف انصرف الى ما قصده، و يقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق فالوجه التقيط، عالما بتقدمه أو رضاه بعد علمه، فإنه لو لم يكن عالما و فسخ لّمّا علم، لم يترتب عليه هذا الحكم.

قوله: (و إلا طوب من أجزى ضمانه بالجميع خاصه).

أى: و إن لم يجز المضمون له ضمانهما، بل أجاز ضمان أحدهما دون الآخر، طوب من أجزى ضمانه بجميع الدين الذى عليهما- بعض بالضمان، و بعض بأصل الاستدانه-دون الآخر، و هو معنى قوله: (خاصه).

قوله: (فان دفع النصف انصرف إلى ما قصده، و يقبل قوله مع اليمين).

أى: فان دفع من أجزى ضمانه دون صاحبه نصف الدين- و كان ينبغى أن يأتى بالبعض بدل (النصف) فان الحكم لا- يختص بالنصف-انصرف المدفوع إلى ما قصده الدافع من الدينين، فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه، و إن قصده عنه رجع عليه، فان وقع اختلاف بينه و بين المضمون عن قدم قوله بيمينه، لأنه أعرف بقصده، و صرفه إلى شىء بخصوصه إنما يكون به.

قوله: (فإن أطلق فالوجه التقيط).

أراد بالإطلاق: دفعه من غير قصد شىء من الدينين، و لا قصد المجموع، فالوجه عند المصنف التقيط-أى: توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة لامتناع صرفه إلى أحدهما- نظرا إلى عدم الأولويه، فيتعين الأول لانحصار الحال فيهما.

و يحتمل صرفه الان إلى ما شاء لعدم القصد، و امتناع وقوعه بدونه.

و يضعف بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض، فيمتنع أن لا- يسقط شىء من الدين فى مقابله، لأن قبضه إنما كان عن جهته، فتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولويه، و هو الأصح.

و ينصرف الإبراء الى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط. و لو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجه اليمين لحق الغير، و خفاء القصد. و اعلم أن المصنف تردد في الرهن في نظائر هذه المسألة، ثم رجع إلى الفتوى هنا.

قوله: (و ينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ، فإن أطلق فالتقسيط).

أى: فان أطلق الإبراء و عزّاه عن قصد شيء مخصوص من واحد منهما، أو من كل منهما بالنسبه، فالحكم التقسيط المذكور في المسألة السابقه بعين ما ذكر.

قوله: (و لو ادعى الأصيل قصده، ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال، ينشأ: من عدم توجه اليمين لحق الغير، و خفاء القصد).

أى: لو ادعى المضمون عنه على الضامن، أن المضمون له إنما أبرأ الضامن من الدين المضمون به، ففي توجه اليمين على المبرئ أو على الضامن إشكال من أن اليمين لإثبات حق الغير لا تجوز، فيمتنع توجهها على المبرئ، لأنه إنما يثبت بها رجوع الضامن على المضمون عنه، فيكون لمجرد إثبات حق الغير، فيكون اليمين في جانب الضامن.

و من أن القصد أمر خفى على غير القاصد، فلا يحلف الضامن على قصد المبرئ، بل ينحصر اليمين في جانبه.

و حمل الشارح (1) الشق الثاني من شقى الإشكال على التقسيط، و هو خلاف صريح العبارة، فإن قوله: (ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن) يتبادر منه كون أحد الشقين توجه اليمين على المبرئ، و ما ذكره في أول منشأ الإشكال صريح في ذلك، نعم يكون احتمال التقسيط احتمالاً ثالثاً، و يحتمل أيضاً

ص: ٣٤٥

و لو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجوع عليه دون الأصيل و إن أذن له الأصيل في الضمان و الأداء. و لو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برىء و إن لم يأذن القرعه، لأن الواقع غير معلوم، فهو أمر مشكل.

و الذى يقتضيه النظر أن يقال: إن المبرئ إن صرح في عقد الإبراء بتعين الدين الذى يبرأ منه، بحيث علم الضامن بذلك، جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمه المضمون عنه، و إلا لم يحلف على البت بل على نفي العلم، لأن الاختلاف في فعل الغير، و لا يتوجه اليمين على المبرئ أصلاً، فإذا حلف على نفي العلم، انتفى المسقط للدين الذى في ذمه المضمون عنه، فيتمسك بأصالة بقائه و لزوم كون الأداء عنه، فيستحق الرجوع عليه حينئذ.

و فيه نظر، لأن عدم علمه بالمسقط لا يقتضى عدمه، و أصالة بقاء الدين زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين، كما زال أصل الطهاره عما اشتبه فيه الطاهر بالنجس، فإن الإبراء ثابت و المبرئ منه مشتبه، على أن رجوع الضامن على الأصيل و استحقاقه الدين إنما يكون بأداء ما ضمنه، و هو غير معلوم، فيتمسك بأصالة عدم الاستحقاق، و لا أرى هنا شيئاً أوجه من القرعه.

قوله: (و لو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله، رجوع عليه دون الأصيل، و إن أذن له الأصيل في الضمان و الأداء).

أى: لو ضمن شخص ما في ذمه زيد تبرعاً، ثم سأل الضامن عمراً أن يضمه فضمنه، رجوع الضامن الثانى على ذلك الشخص بالمال المضمون به إذا أداه، و لا- يرجع على الأصيل- أعنى: المضمون عنه أولاً- و إن أذن الأصيل للضامن الثانى في ضمان الضامن المتبرع و فى أداء المال، لأن ذمه الأصيل قد برئت بالضمان الأول، و لم يبق فى ذمته حق، فلا أثر لإذنه فى الضمان و لا فى الأداء.

قوله: (و لو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برىء).

هذا عود إلى أصل الباب، أى: بعد صحه الضمان، إذا دفع المضمون عنه

الضامن فى الدفع، و على الضامن البينه بالإذن لو أنكره الأصيل، أو أنكر الدين. و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينه لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضا أو الاذن، الدين-الذى وقع الضمان به-إلى الضامن، أو إلى المستحق فقد برىء.

أما إذا دفع إلى الضامن، فلأنه و إن لم يستحق عليه شيئا إلا بعد الأداء، لكن دفعه إياه لجهه ذلك الدين، فإن أدى منه فواضح، و إن أدى من غيره قام هذا المدفوع مقام ما أداه، بل لو أدى أقل رجوع عليه الأصيل بالزائد.

و أما إذا دفع إلى المستحق، فلأن أقصى ما فيه أن يكون قد أدى الدين الذى لزم الضامن بالضمان تبرعا، فإنه لا يرجع عليه شيء إذا لم يؤد شيئا.

قوله: (و على الضامن البينه بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين).

لأنه مدع على كل واحد من التقديرين، فإن استحقاقه الرجوع مشروط بكل من الأمرين، و هو ظاهر.

قوله: (و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينه، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضا أو الإذن).

أى: لو أنكر الضامن فى نفس الأمر كونه ضامنا، فأقام المستحق للدين -و هو المضمون له-البينه بكونه ضامنا، و استوفى ما شهدت البينه بضمانه من الضامن، لم يرجع الضامن على الأصيل، لأنه بإنكاره الضمان مقرّ بأنه لا يستحق فى ذمه المضمون عنه شيئا، إذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير إنما هو الضمان، و قد نفاه، و لا تنفعه البينه فى ذلك، لتكذيبه إياها بنفى الضمان، و اقتضاء نفيه كونه مظلوما فى المطالبه و الأخذ.

و لا- فرق فى ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا-أى: مع إنكاره الضمان-أو ينكر الاذن فيه من المضمون عنه مع إنكار الضمان و عدمه، كما هو

و إلا رجع اقتصاصا، إلا أن ينكر الأصيل الإذن و لا بينه.

ظاهر، فلا يظهر لا لاشتراط المصنف لعدم الرجوع على الأصيل أحد الأمرين، أعنى:

إنكار الضامن الدين-فان الضمير فى (أنكر) إنما يعود إليه لا إلى الأصيل، لأن مجرد إنكاره لا يمنع الرجوع، إنما يؤثر مع انتفاء البينه و اليمين المردوده-أو إنكاره الإذن فى الضمان وجه.

و كذا قوله: (و إلا- رجع اقتصاصا، إلا- أن ينكر الأصيل الإذن و لا- بينه) إذ المعنى: و إن لم ينكر واحدا من الأمرين، رجع على المضمون عنه اقتصاصا، أى: باطنا على ما فسره بعضهم.

و لا- يستقم غيره على تقدير فرض المسأله فى الضمان، إلا- أن ينكر الأصيل الإذن فى الضمان و لا- بينه، لأنه إذا كان رجوعه اقتصاصا-أى: باطنا-فلا- فرق بين إنكاره الدين أو الإذن أو إقراره بهما، و إنما الشرط لرجوعه اقتصاصا وقوع الضمان فى نفس الأمر.

و يمكن تنزيل العبارة على شىء آخر، و هو: أن يكون المراد بالضامن المأذون له من المديون فى الأداء بشرط الرجوع.

و حيثئذ نقول: إذا أنكر المأذون له فى الأداء الضمان المدعى به عليه، فأقام المستحق للدين بينه به و استوفى منه، لم يرجع على الأصيل إن أنكر الضامن الدين أو أنكر الإذن، لانتفاء جهه الاستحقاق المنحصره هنا فى الضمان بسؤال، و فى الإذن فى الأداء بشرط الرجوع المشروطين لشغل الذمه بالدين، فان لم ينكرهما، لم يقدح فى جواز الرجوع إنكار الضمان، فيرجع اقتصاصا-أى: أخذ الدين الذى يستحقه-إلا أن ينكر الأصيل الإذن و لا بينه.

و لقائل أن يقول: إن قوله (لو أنكر الضامن الضمان) ينافى ذلك، لأنه يقتضى ضامنا فى نفس الأمر، فيمكن إجراء الفرض الأول على ما ذكر.

و يقال: انه إذا كان ضامنا فى نفس الأمر بسؤال، لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد إنكار الضمان، إذا أدى الدين إلى المستحق بالبينه، لأن

و لو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم لاستحقاق الرجوع طريقتين:

أحدهما: الضمان بسؤال إذا أدى الضامن.

و الثاني: أداء الدين بالاذن و شرط الرجوع.

فإذا انتفى الاستحقاق لإنكار أحدهما لم ينتف مطلقا، إذ لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم كما هو ظاهر، فيرجع اقتصاصا، أى: أخذا لحق يستحقه في نفس الأمر بشروط:

أ: أن لا ينكر الضامن أصل الدين، فإنه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا.

ب: أن لا ينكر الإذن، فإن أنكره فكالأول.

ج: أن لا ينكر المضمون عنه الإذن، أو يثبت بحجه شرعيه، فإن انتفت امتنع الرجوع أيضا، و حينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل، بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا.

و طريق مطالبه الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور، أن يقول للمضمون عنه: إنى أديت دينك على وجه يلزمك الأداء إلى، و يقيم عليه البيه بالاذن إن كانت، و إن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن، لأن التوصل إلى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز.

فإن قيل: هل يسوغ أن تشهد له البيه بالاذن، على تقدير حصوله مع سؤال الضمان و وقوعه، مع العلم بأن طريق الاستحقاق إنما هو الضمان بسؤال، و قد امتنع بإنكاره؟ قلنا: لا محذور إذا كان مطابقا للواقع، أما مع عدم المطابقه فهل تكفى شهاده البيه بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقتين؟ الظاهر نعم، حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم.

قوله: (و لو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم إنكاره).

إنكاره، فإن شهد الأصيل و لا- تهمة قبلت، و معها يغرم ثانيا و يرجع على الأصيل بالأول مع مساواته الحق أو قصوره، الباء فى (بسؤال) يتعلق ب (الضامن) لا- ب (دفع) أى: لو أنكر المستحق -و هو المضمون له- دفع الضامن لغيره بسؤال ذلك الغير قدم إنكاره، تقديما لقول المنكر بيمينه. و إنما قيد بكون الضمان بسؤال، لأنه لو كان تبرعا لم تتطرق إليه التهمة لبراءه ذمته.

قوله: (فان شهد الأصيل و لا تهمة قبلت).

من صور التهمة: أن يكون معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإنّ له فسخ الضمان حينئذ، و يرجع على المضمون عنه، فشهاده الأصيل تدفع عنه عود الحق إلى ذمته.

و منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إنما هو بذلك المصالح عليه، فيقل ما يؤديه عن أصل الحق لو ثبت الأداء على هذا الوجه.

و فى كون ذلك موجبا للتهمه نظر، إذ يكفى لعدم وجوب الزائد إقرار الضامن بذلك، و لا حاجة الى الثبوت ظاهرا، فتندفع التهمه فتقبل الشهاده.

و منها: أن يكون الضامن قد تجدد الحجر عليه للفلس، و المضمون عنه أحد غرمائه، فإنه بثبوت الأداء يقل الغرماء فيزداد ما يضرب به.

قوله: (و معها يغرم ثانيا، و يرجع على الأصيل بالأول مع مساواه الحق أو قصوره).

أى: و مع التهمه يغرم الضامن ثانيا، لانتفاء ثبوت الأداء، ثم انه يرجع على الأصيل بالأول، لأنه الذى وقع به الأداء باعترافه. و الثانى ظلم، فلا- يتفاوت الحال بكون الأول أقل من الحق و الثانى بقدره، لكن يشترط أن لا يزيد على الدين، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد كما علم غير مره.

و لو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني و الأول و الحق. و لو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق، فإن كان في غيبه الآذن فهو مقصّر بترك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط و تمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذّبه، و إن صدّقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل، قوله: (و لو لم يشهد رجع بالأقل من الثاني و الأول و الحق).

أما إذا كان الأول أقل فلأنه باعتراف الضامن لا يستحق غيره، لأنه بزعمه مظلوم في الأخذ ثانياً، فالأداء الصحيح بزعمه هو الأول فيؤاخذ به.

و أما إذا كان الثاني أقل، فلأن الأداء الأول الذى يدعيه لم يثبت، و الثابت ظاهراً إنما هو الثاني.

و أما إذا كان الحق أقل منهما، فلأنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع و الحق.

قوله: (و لو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق، فإن كان في غيبه الآذن فهو مقصّر بترك الإشهاد، إذ كان من حقه الاحتياط أو تمهيد طريق الإثبات، فلا يرجع عليه إن كذبه، و إن صدّقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل).

فاعل (ادعى) هو (المأذون)، و آخره لأجل ضمير القضاء. أى: لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحق، أى: صاحب الدين فلا يخلو:

إما أن يكون القضاء في غيبه الآذن في القضاء، أو في حضوره. فإن كان ذلك في غيبته فهو مقصّر بترك الإشهاد، فلم يؤد على الوجه المأذون فيه، فلا- يرجع، لأن من حق المأذون- أى: من حق الواجب عليه- الاحتياط للإذن في إسقاط حق الغير عنه ظاهراً و باطناً، و تمهيد طريق الإثبات بالإشهاد، لتقطع عنه الدعوى. كما يجب على الوكيل الاحتياط، فلا يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن و نحو ذلك، فحيث ترك الإشهاد كأنه لم يقض، فلا يستحق رجوعاً.

و الرجوع لاعترافه ببراءه ذمته، و فعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق. أو يقال: إن إطلاق الإذن لما حمل على القضاء الذى لا تبقى معه دعوى الدين ثانيا بحسب الإمكان، و ذلك بالإشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعا. و هذا التوجيه لا يفترق الحال فيه، بتصديق الآذن فى الدفع و تكذيبه.

فلم يبق لقول المصنف: (إن كذبه) وجه، و لم يحسن قوله (و إن صدّقه). لأنه مدافع للتعليل المذكور. و كان الأولى فى العبارة أن يقول: فأنكر المستحق، فإن كذبه و لا طريق إلى الإثبات لم يرجع قطعا، و إن صدقه، فإن كان فى غيبه الآذن، ففى الرجوع احتمالان ينشآن: من كونه مقصرا بترك الإشهاد، إذا كان من حقه الاحتياط و تمهيد طريق الإثبات. و لأنه كمن لم يقض إذ لم ينتفع به الأصيل و عدمه، لأن المأذون فيه القضاء و قد حصل. و فى الأول قوه ظاهره، كما بيناه فى كتاب الرهن.

و اعلم أن قوله: (ذلك) يشير به الى عدم الرجوع، و أن المراد ب(الأصيل) هنا: المديون و هو الآذن مجازا، إذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه.

قوله: (و الرجوع لاعترافه ببراءه ذمته و فعل ما اذن فيه، فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق).

هذا هو الاحتمال الثانى المعادل لقوله: (احتمل ذلك) و وجهه أنه حيث كان مصدقا معترفا ببراءه ذمته من الدين الذى كان، و يفعل المأذون ما اذن له فيه مجهولا- و معلوما. فلا- يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق، و طلبه ثانيا. و ضعفه ظاهر، لأن اعترافه إنما هو ببراءه ذمته باطنا فقط، و فى كونه فعل ما اذن فيه منع، و قد سبق سنده.

و هل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء. و إن قلنا بعدمه، فإن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه، لأن غايته النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل.

و إن قلنا كالبينه حلفه، فلعله ينكل فيحلف. قوله: (و هل له إحلاف الأصيل لو كذّبه؟ إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء).

أى: هل للمأذون إحلاف الأصيل، أى: الآذن على تقدير تكذيبه فى الأداء؟ يبنى على استحقاق الرجوع مع التصديق و عدمه، فان قلنا باستحقاق الرجوع على ذلك التقدير، حلفه على نفي العلم بالأداء، لأن كل موضع لو أقر المنكر لنفع المدعى يتوجه عليه اليمين، لعله يقر فيثبت الحق.

و عندى فى هذا الاحتمال نظر، لأن جواب المدعى عليه بإنكار أو إقرار فرع توجه الدعوى، فإذا ادعى المأذون الأداء بإذنه، لم يطالب المدعى عليه بجواب، إلا إذا قلنا بأن الإشهاد غير واجب، إذ على القول بوجوبه لا يستحق شيئاً بمجرد الأداء حتى يقول: و أشهدت.

و مثله ما لو ادعى الهبه و لم يذكر الإقباض، إذ لا حكم لها بدونه. فمتى سمعت الدعوى، و أجاب المدعى عليه بالإنكار توجهت عليه اليمين، و حيث كان المدعى به فعل الغير يحلف على نفي العلم به.

قوله: (و ان قلنا بعدمه، فان قلنا: اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه، لأن غايته النكول، فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل. و ان قلنا كالبينه حلف، فلعله ينكل فيحلف).

هذا معادل قوله: (إن قلنا بالرجوع مع التصديق) أى: و إن قلنا بعدم الرجوع مع تصديق الآذن-الذى سماه (الأصيل)- يخرج توجه اليمين عليه، و عدمه على قاعده هى: ان اليمين المردودة كالبينه أو كالإقرار، و فيه قولان مشهوران

و لو جحد الأصيل و صدّقه المستحق احتمال الرجوع، لسقوط المطالبه بإقراره الذى هو أقوى من البيئه، و عدمه إذ قول المستحق ليس حجه على الأصيل. يأتيان ان شاء تعالى فى كتاب القضاء.

فإن قلنا: إنها كالإقرار لم يحلفه، أى: لم يحلف المأذون الآذن على عدم العلم بالأداء، لأن غايته -أى: غايه توجهه- تحليفه، أى: أقصى أحواله إذا خاف من اليمين، و لم يقر النكول عن اليمين فيها على الضامن، أى: المأذون سماه (ضامنا) مجازا كما سمي الآذن (أصيلا). فإذا حلف صار كما لو صدّق الأصيل على الأداء، و لا رجوع مع تصديقه لأنه المفرع عليه.

و إن قلنا: إن المردوده كالبيئه توجهت اليمين عليه، فإذا كان كذلك فلعله ينكل فيحلف المأذون، فيكون كما لو أقام البيئه بما يدعيه. هذا محصل كلامه، و عندى فيه نظر، لأن الذى يحلف عليه إنما هو الذى ادعى به قطعاً، و الحال لا يخلو من أن تكون دعواه أنه أدى بإشهاد أو بدونه، فإن كانت دعواه الأول فلا- شبهه فى ثبوت ذلك باليمين المردوده، سواء قلنا هى كالإقرار أم كالبيئه، و متى أقر بذلك الآذن كان الرجوع مستحقاً.

و إن كانت الدعوى الثانى، فإن قلنا باستحقاق الرجوع بهذا الأداء، و كونه غير مقصر استحق الرجوع بتصديقه، و باليمين المردوده و إن قلنا: إنها كالإقرار. و إن قلنا بالعدم، و حكمنا بكونه مقصراً فلا- رجوع، سواء أقر الآذن أو أثبت ذلك باليمين المردوده أو بالبيئه، فلا يظهر لهذا الذى ذكره وجه أصلاً.

قوله: (و لو جحد الأصيل و صدّقه المستحق احتمال الرجوع، لسقوط المطالبه بإقراره الذى هو أقوى من البيئه و عدمه، إذ قول المستحق ليس حجه على الأصيل).

أى: لو جحد الأصيل الدفع المأذون فيه، و صدق المأذون المستحق للدين

و لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب اليه. و لا تفريط لو أشهد رجلا و امرأتين، أو مستورين. فى القضاء و الدفع، احتمال الرجوع على الأصيل (١)، لأن المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة و قد حصل ذلك بوجه أقوى، فإن إقرار المستحق أقوى من البينه التى يمكن ظهور فسقها. و فيه نظر لمنع كون المطلوب بالقضاء ذلك، و إنما يراد به براءة الذمه ظاهرا و باطنا و عدمه، أى: و احتمال عدم الرجوع، لأن قول المستحق ليس حجه على الأصيل. و فيه نظر، لأن إثبات ذلك بقوله إنما هو من جهة سقوط المطالبة، لا من حيث كونه حجه عليه. و الأصح عدم الرجوع لعدم تحقق ما يقتضى الرجوع، و هو الأداء المأذون فيه و إقرار المستحق لا يحققه لا مكان كذبه، و جواز المواطاه بين المستحق و الأصيل بالصبر عليه إلى مده، و أخذه الآن من المديون.

قوله: (و لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب اليه).

هذا قسيم قوله أولا: (فإن كان فى غيبه الآذن) أى: لو كان الدفع من المأذون-الذى سماه ضامنا- بحضور الأصيل، الذى هو الآذن، فلا ضمان عليه، حيث أنه غير مقصر بترك الإشهاد، إذ التقصير الآن ينسب الى الآذن، لأن أمره بالدفع و هو حاضر، و سكوته على ترك الإشهاد يؤذن برضاه به، فيكون هذا التقصير من قبله.

قوله: (و لا تفريط لو أشهد رجلا و امرأتين، أو مستورين).

و ذلك لأن الأموال تثبت بالرجلين اللذين قد حكم شرعا بعد التهما، و كذا الرجل مع امرأتين كذلك. فلا يكون مقصرا بترك الإشهاد، إذ قد مهد طريق الإثبات. و كون الشاهدين فى نفس الأمر فاسقين لا يعد تقصيرا، لأن المكلف به هو العدالة ظاهرا.

ص: ٣٥٥

(١-١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

و فى رجل واحد ليحلف معه نظر. و لو اتفقا على الاشهاد و موت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان. و لو ادعاه الدافع فأنكر الأصل الإشهاد تعارض أصلا عدم الاشهاد و عدم التقصير، لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق غايه ما فى الباب أنها لا تثبت إلا بالمعاشره الباطنه، و معلوم أنها لا يعلم بها ما فى نفس الأمر، نعم لا بد من كونهما عدلين فى نظر الشرع حين الاشهاد.

قوله: (و فى رجل واحد ليحلف معه نظر).

أى: و فى كونه مفردا لو أشهد رجلا واحدا عدلا ليحلف هو معه، عند الحاجه الى إثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ: من تمهيد طريق الإثبات بذلك، فان الدفع يثبت بالشاهد و اليمين. و من أنه لم يشهد إسهادا مثبتا، لأن الدفع لا يثبت بشاهد واحد. و فيه نظر، لأن الواجب هو تمهيد طريق الإثبات و هو حاصل بهذا، فان الاشهاد كذلك إذا انضم الى اليمين كان مثبتا، لكن يرد عليه أن لو أمكنه الإثبات باليمين المردوده لم يعد مقصرا.

و لا يستبعد أن يقال: الواجب هو الإشهاد الذى يستقل الأذن بإثبات الدفع به.

فان قيل: قد تغيب البيئه أو تموت.

قلنا: هذا ليس بمقدور للمأذون، و إنما يخاطب بمقدوره.

قوله: (و لو اتفقا على الاشهاد، و موت الشهود، أو غيبتهم فلا ضمان).

لعدم التفريط حينئذ، لأن بقاء الشهود ليس مقدورا له.

قوله: (و لو ادعاه الدافع فأنكر الأصل الإشهاد، تعارض أصلا عدم الاشهاد، و عدم التقصير. لكن تأيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق الدافع).

ص: ٣٥٦

الفصل الثاني: في الحوالة

إشاره

الفصل الثاني: في الحوالة:

و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى أخرى. و شروطها ثلاثه: رضی الثلاثه، أى: لو ادعى الاشهاد الدافع و هو المأذون، فأنكر الأصيل و هو الآذن تعارض أصلا: أصل عدم الاشهاد، و أصل عدم التقصير الموجب لعدم استحقاق الرجوع، لكن الأصل الأول متأيد بأصل آخر، و هو أصاله براءه ذمه الأصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتا، و إنما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالإشهاد، و الأصل عدمه الى أن يثبت فيتراجع جانب الأصيل، فيقدم إنكاره باليمين.

قوله: (و هي عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه أخرى).

قيل: هذا صادق على الضمان بالمعنى الأخص، فإنه عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى أخرى، لأن المال ينتقل من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن.

و السبب في هذا التعريف، أن المصنف لما لم يشترط في الحوالة شغل ذمه المحال عليه، حاول في التعريف شموله لهذا القسم، أعنى ما تكون ذمه المحال عليه فيه بريئه، فترك القيد بقوله: مشغوله بمثله. و يمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا إلى آخره.

قوله: (و شروطها ثلاثه).

المراد: شروط الصحة.

قوله: (رضى الثلاثه).

لأصحابنا قول: بأنه لا يشترط رضی المحال عليه، و يلوح من المختلف الميل اليه (١)، و المشهور اشتراطه. و وجهه: أن نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال

ص: ٣٥٧

و علمهم بالقدر، و لزوم الدين أو كونه صائرا إليه و علم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به بشرط اللزوم. عليه تابع لرضاه.

و لا- ريب في متانه دليل الأول، فإن التمسك بأصالة عدم الاشتراط، و بمنع كون الحوالة تقتضى النقل، بل هي إيفاء لما في ذمه الغير، فلا- يقصر عن بيع ما في ذمه الغير. و لا يشترط فيه الرضى، إلا أن الشهره، و نقل الشيخ الإجماع (1) مرجح للاشتراط. و هذا كله إذا كانت الحوالة على مشغول الذمه، أما على البريء فلا بد من رضاه قطعاً.

قوله: (و علمهم بالقدر).

لأن الحوالة إن كانت بيعاً فظاهر، و إن كانت استيفاء فلا بد من العلم، إذ لا يمكن استيفاء المجهول. و احتمال في التذكرة صحه الحوالة بالمجهول، و يلزم ما تقوم به البيه كما في الضمان (2)، و المشهور الأول.

قوله: (و لزوم الدين أو كونه صائرا إليه).

في اشتراط هذا، مع القول بأن الحوالة على برىء الذمه جائزه نظر.

قوله: (و علم المحتال بإعسار المحال عليه، لو كان، أو رضاه به شرط اللزوم).

أى: ليس هذا شرطاً للصحة، فمتى لم يعلم بالإعسار ثم ظهر وجوده حال العقد فله الفسخ، لروايه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام (3).

ص: ٣٥٨

١- ١) الخلاف ٢: ٧٧ مسألة ٢، كتاب الحوالة.

٢- ٢) التذكرة ١٠٧: ٢. [١]

٣- ٣) الكافي ١٠٤: ٥، حديث ٤، التهذيب ٢١٢: ٦، حديث ٤٩٨.

و هل يشترط شغل ذمه المحال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان، و لا يجب قبولها و إن كانت على ملى، فإن قبل لزم، و ليس له الرجوع و إن افتقر. قوله: (و هل يشترط شغل ذمه المحال عليه بمثل الحق للمحيل؟ الأقرب عدمه، لكنه أشبه بالضمان).

اختلف كلام الأصحاب فى اشتراط شغل ذمه المحال عليه بدين المحيل لتصح الحواله، فجوزها الشيخ بدون الشغل تاره (1)، و منع اخرى (2). و الأقرب عند المصنف عدم الاشتراط، تمسكا بأصل الجواز، و أصل عدم الاشتراط، و هذا إنما يجرى على القول بأن الحواله استيفاء أما على القول بأنها بيع فلا.

و على الأقرب فعقد الحواله أشبه شىء بالضمان، لأن كل واحد منهما اقتضى نقل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه بريئه، فكان المحال عليه بقبوله لذلك ضامن لدين المحتال على المحيل.

قوله: (و لا يجب قبولها و إن كانت على ملى).

لأن الواجب أداء الدين، و ليست الحواله أداء، و إنما هى نقل الدين من ذمه إلى ذمه (3)، فيمتنع بدون رضى صاحبه، خلافا لأحمد (4).

قوله: (فان قبل لزم، و ليس له الرجوع و إن افتقر).

لأن الحواله موجه للبراءه من الحق، فلا- يعود إلا- بسبب، و لروايه عقبه بن جعفر، عن أبى الحسن عليه السلام (5)، خلافا لبعض العامه (6).

ص: ٣٥٩

١- (١) المبسوط ٣:٣١٣، الخلاف ٢:٧٧ مسألة ٣ كتاب الحواله.

٢- (٢) المبسوط ٢:٣١٦.

٣- (٣) فى «ق»: نقل من الذمه إلى الذمه.

٤- (٤) المغنى لابن قدامه ٥:٦١.

٥- (٥) التهذيب ٦:٢١٢ حديث ٥٠١.

٦- (٦) انظر: المغنى لابن قدامه ٥:٥٩.

و لو ظهر له فقره حال الحواله تخير فى الفسخ. و هل يتخير لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر؟ اشكال. و هى ناقله، فيبرأ المحيل عن دين المحتال و إن لم يبرئه المحتال على رأى، قوله: (و لو ظهر له فقره حال الحواله تخير فى الفسخ).

لروايه منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام، و لوجود المقتضى للخيار.

قوله: (و هل يتخير لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر؟ إشكال).

أى: لو أحيل على شخص فاحتال عليه، و كان معسرا و لم يعلم بإعساره حتى تجدد له اليسار، فهل يتخير فى الفسخ أم لا؟ فيه إشكال ينشأ: من أن المقتضى له هو العيب بالفقر و قد زال فيزول الحكم.

و من أن الخيار قد ثبت من حين العقد، و الأصل بقاؤه. و هذا أظهر، فإن المقتضى ليس هو العيب فى الجملة بالفقر، بل العيب بالفقر وقت الحواله و هذا لم ينتف، فيبقى حكمه و هو ثبوت الفسخ.

قوله: (و هى ناقله، فيبرأ المحيل عن دين المحتال، و إن لم يبرئه المحتال على رأى).

هذا مذهب ابن إدريس (١)، و هو المشهور، و عليه الفتوى، لأن نقل الحق بالحواله يقتضى عدم الاحتياج إلى الإبراء. و قال الشيخ: لا يبرأ إلا أن يبرئه (٢)، محتجا بروايه زراره فى الحسن عن الصادق عليه السلام «و إن لم يبرئه فله أن يرجع على الذى أحاله» (٣). و يمكن تنزيلها على ما إذا ظهر إعسار المحال عليه وقت الحواله، جمعا بين الأدله.

ص: ٣٦٠

١-١) السرائر: ١٧٣.

٢-٢) النهايه: ٣١٦.

٣-٣) الكافي ٥: ١٠٤، حديث ٢، [١] التهذيب ٦: ٢١١، حديث ٤٩٦.

و يتحول حقه الى ذمه المحال عليه، و يبرأ المحال عليه عن دين المحيل. و تصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأى. قوله: (و يتحول حقه الى ذمه المحال عليه، و يبرأ المحال عليه عن دين المحيل).

هذا مما يتفرع على قوله: (و هي ناقله) فهو من تتمه التفرع، و وجهه أنه متى انتقل الحق من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، صار ما فى ذمته حقا للمحتال، فامتنع بقاءه على ملك المحيل.

قوله: (و تصح على من ليس عليه حق، أو عليه مخالف على رأى).

قد سبق صحتها على من ليس عليه حق، و الكلام هنا إنما هو فى من عليه مخالف، و المخالف فيه الشيخ رحمه الله، قال فى المبسوط: لا- تصح الحوالة إلا- بشرطين: اتفاق الحقين فى الجنس و النوع و الصفه، و كون الحق مما يصح فيه أخذ البديل قبل قبضه، لأنه لا تجوز الحوالة بالمسلم فيه، لأنه لا تجوز المعاوضه عليه قبل قبضه (١).

و تبعه ابن البراج (٢)، و ابن حمزه (٣)، و المعتمد عدم اشتراط ما ذكره تمسكا بالأصل، و بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٤) و بأن الحوالة إن كانت استيفاء فظاهر، فان إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضى، و إن كانت بيعا فأظهر.

و ما ذكره فى مال السلم و نحوه مبنى على عدم جواز الاستبدال عنه قبل القبض، و هو ضعيف، مع أن الحوالة استيفاء لا معاوضه كما سيأتى.

ص: ٣٤١

١-١) المبسوط ٣١٣: ٢. [١]

٢-٢) لم نجده فى مظانه، و قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤١٠: ٥. [٢] حكى عنه ذلك.

٣-٣) الوسيله: ٣٢٩. [٣]

٤-٤) المائده: ١. [٤]

و يصح ترامى الحوالات، و دورها، و الحوالة بما لا مثل له، و بالثمن فى مده الخيار، و بمال الكتابه بعد حلول النجم، و قبله على اشكال. قوله: (و يصح ترامى الحوالات و دورها).

تمسكا بالأصل، و عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). و المراد بترامى الحوالات: وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغايه مخصوصه، فلو أحال المديون زيدا على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحال بكر زيدا على خالد جاز، و هكذا لثبوت الدين فى كل مرتبه و تحقق الشروط.

و متى أحال المحال عليه برىء كالأول، و قد علم أن المحتال واحد و المحيل و المحال عليه متعدد. و المراد ب(دورها): عودها الى المحيل الأول، ففى المثال يحيل خالد على المديون الأول، فإن كانت ذمته مشغوله بمثل ذلك الدين لخالد فلا بحث فى الصحه، و إلا فعلى ما اخترناه من جواز الحوالة على البرىء، و على من عليه مخالف يجوز هنا لو كان أحدهما. قوله: (و الحوالة بما لا مثل له).

المراد به الحوالة بالقيمه، فإنه الذى لا مثل له، و هذا بناء على أن الواجب فى القيمى مثله، ثم ينتقل إلى القيمه المتعذر حيث أنه لا مثل له، و إن كان المذهب أن الواجب فيه من أول الأمر القيمه، لكن المصنف أراد ثبوت صحه الحوالة فيه، و إن قلنا: أن الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل إلى القيمه، لأن الوصول إلى الحق ممكن بالمثل، و بالقيمه فيما لا مثل له، و متى أمكن الوصول إلى الحق فلا مانع من صحه الحوالة.

قوله: (و بالثمن فى مده الخيار).

لأنه حق ثابت آئل إلى اللزوم، و تزلزله لا ينافى نقله إلى ذمه أخرى و لا استيفاؤه.

قوله: (و بمال الكتابه بعد حلول النجم، و قبله على إشكال).

أما بعد حلول النجم فلأنه مال ثابت فى ذمه المكاتب، فصحت الحوالة به

و لو أحال المكاتب سيده بثمان ما باعه جاز، و لو كان له على أجنبي دين فأحال عليه بمال الكتابه صح، لأنه يجب تسليمه.

و لو قضى المحيل الدين بمسأله المحال عليه رجع عليه، و إن تبرع لم يرجع و يبرأ المحال عليه. على العبد. و أما قبله فأشكال عند المصنف، و قوَى في التذكرة الجواز (١)، و منع الشيخ من الحوالة به على العبد، و أطلق لجواز تعجيز نفسه فلا يمكن إلزامه بالأداء (٢).

و منشأ الاشكال الذى ذكره المصنف: من جواز تعجيز نفسه، و إمكان موته قبل حلول النجم، فيظهر عدم الاستحقاق. و من أنه مال ثبت بعقد لازم، و يمنع جواز تعجيز نفسه، و لو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن فى مده الخيار، و الأصح الجواز مطلقاً.

و لو أحال المكاتب السيد على انسان بمال الكتابه صحت الحوالة عندنا، و عند كثير من العامه (٣)، ذكره المصنف فى التذكرة (٤)، و هو المراد من قوله: (و لو أحال المكاتب سيده بثمان ما باعه جاز).

و كذا قوله: (و لو كان له على أجنبي دين فأحال عليه بمال الكتابه صح) لأنه يجب تسليمه، و قد كان هذا الأخير مغنيا عما قبله، لأن الدين شامل للثمان و غيره.

قوله: (و لو قضى المحيل الدين بمسأله المحال عليه رجع عليه، و إن تبرع لم يرجع و يبرأ المحال عليه).

أى: بعد صحه الحوالة، و تحول الدين من ذمه المحيل -الذى هو المديون-

ص: ٣٤٣

١- (١) التذكرة ١٠٧:٢. [١]

٢- (٢) المبسوط ٣٢٠:٢.

٣- (٣) انظر: المجموع ٤٢٧:١٣.

٤- (٤) التذكرة ١٠٧:٢. [٢]

و لو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته قدّم قول المنكر مع اليمين. و لو احتال البائع ثم ردت السلعه بعيب سابق، فإن قلنا: الحوالة استيفاء بطلت، لأنها نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه الإرفاق، إلى ذمه المحال عليه، و الحكم ببراءه ذمه المحيل لو أن المحيل قضى الدين الذى أحاله به، فإن كان ذلك بمسأله المحال عليه على وجه يقتضى الرجوع رجع عليه، لأنه أوفى دينه بمسأله المقتضيه للرجوع.

و إن تبرع أى: لم يكن بمسأله، فإن ذلك يعد تبرعاً، و إن لم يقصد التبرع لم يرجع عليه أصلاً، و يبرأ المحال عليه من الدين.

قوله: (و لو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فادعى شغل ذمته، قدم قول المنكر مع اليمين).

أى: لو أحال المديون على غيره، و قبل و أدى الدين، فطالب المحال عليه (المحيل بما قبضه المحتال، فادعى المحيل شغل ذمه المحال عليه) [\(1\)](#) بمثل ما ادى فأنكر قدّم قوله باليمين، لأنه منكر للدين، و الحوالة لا تقتضى شغل الذمه على الأصح، و لو قلنا باقتضائها ذلك، فالأصل براءه ذمه المنكر فيحلف.

فان قيل: الأصل صحه الحوالة فيتعارضان.

قلنا: سيأتى ان شاء الله تعالى بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل عن قريب.

فرع: لا يرجع المحال عليه مع براءه ذمته إلا بعد الأداء لأن الحوالة حينئذ فى معنى الضمان.

قوله: (و لو احتال البائع ثم ردت السلعه بعيب سابق، فإن قلنا:

الحوالة استيفاء بطلت، لأنها نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه

ص: ٣٦٤

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحا، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح. الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحا ثم فسخ، فإنه يرجع بالصحاح).

أى: لو احتال البائع بالثمن من المشتري على ثالث، ثم رد المشتري السلعه بوجود عيب سابق على العقد، بنى الحكم على أن الحوالة استيفاء أو بيع أو اعتياض. فان قلنا بالأول بطلت، لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق، و مسامحه للمديون بجعل ما فى ذمه غيره وفاء لما فى ذمته.

فإذا بطل الأصل -و هو الدين الذى وقع الإرفاق بإيفاء ما فى ذمه الغير عنه- بطلت هيئه الإرفاق التابعه له، لامتناع بقاء التابع بعد زوال المتبوع.

و إنما قلنا: إن تلك الهيئه تابعه للدين، لأنها هيئه للايفاء التابع للدين قطعا على القول المفروض، و هذا كما لو اشترى بدراهم مكسره شيئا، ثم دفع عنها صحاحا تطوعا، ثم رد بالعيب فإنه يسترد الصحاح.

و لا يقال: يطالب بمثل المكسره، ليبقى التبرع بصفه الصحه، و إن كان لو لا الفسخ لكان هذا الدفع لازما. قال فى شرح الإرشاد فى بيان وجهى بطلان الحوالة بفسخ البيع و عدمه ما محصله: إن الحوالة تابعه للبيع، فإذا بطل بطلت، لامتناع بقاء التابع بعد زوال (1) متبوعه، و وجه العدم أنها ناقله للمال على وجه لازم، فلا يزيل ذلك الفسخ الطارئ.

و التحقيق: أن الحوالة اقتضت مقابله المال المحال به لما فى ذمه المديون، فاما مقابله معاوضه على أن أحدهما عوض عن الآخر، أو تعيين الحق الذى فى ذمه المحيل، و ليس هنا قسم ثالث بل القسمة حاصره.

بل المحال به: إما تعيين للدين، كما يعين فى أى جهه كانت من جهات

ص: ٣٦٥

١- ١) فى «م»: بزوال.

و إن قلنا: أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب، فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض و لا- يتعين المقبوض، القضاء، أو تملكك له في مقابل الآخر على جهة الاعتياض، و لا يخفى ضعف كونه معاوضه فتعين الآخر.

قوله: (و إن قلنا: أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا، ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب).

أى: و إن قلنا: إن الحوالة عقد مقصود به مقابله أحد العوضين بالآخر، على جهة الاعتياض فيكون بيعا، لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن المقبوض ثوبا، بان باع أحدهما بالآخر، ثم رد المشتري المبيع بالعيب فإنه يرجع بمثل الثمن- لأن الثمن قد صار ملكا للآخر- لا بالثوب، لأنه مملوك بمعاوضه مستقلة.

و مما يدل على أن الحوالة استيفاء: أنها لو كانت اعتياضا و بيعا لكانت بيع دين بدين، و لما جازت في النقود إلا مع التقابض قبل التفرق، و لوجب على المحيل تسليم ما أحال به، كما يجب على البائع تسليم المبيع، فلا- يبرأ بمجرد الحوالة، و كل اللوازم باطله، فظهر أن القول بأنها استيفاء أقوى.

قوله: (فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض).

هذا تفريع على القول بأنها اعتياض، أى: -فعلى هذا- للمشتري الرجوع على البائع بالدين المحال به، لأنه قد صار ملكا له بالحوالة التى هى بيع خاصة، أى: لا- على المحال عليه. كما لو باع ما فى ذمته بعوض، ثم طرأ البطلان على المعاوضه الجارية على ذلك العوض، و قد قبض الدين المبيع فإنه يرجع على البائع لا على المديون. هذا إن كان قد قبض ذلك الدين، فان لم يكن قد قبض فسيأتى.

قوله: (و لا يتعين المقبوض).

أى: على تقدير قبض البائع ما أحيل به، ثم فسخت المعاوضه بالعيب

و إن لم يقبضه فله قبضه.

و هل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الحوالة كالتبض و لهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، و من أن التبريم للمقبوض و لم تحصل حقيقته، لا يتعين ذلك المقبوض للمشتري، لأنه مملوك للبائع بعقد معاوضه بالاستقلال، بل الواجب مثله.

قوله: (و إن لم يقبضه).

هذا فرع آخر على كون الحوالة بيعاً، أى: و إن لم يكن البائع قد قبض ما أحيل به، ثم طرأ الفسخ بالعيب فله قبضه، لأنه ملكه بمعاوضه مستقلة.

قوله: (و هل للمشتري الرجوع قبل قبضه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الحوالة كالتبض، و لهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة، و من ان التبريم للمقبوض و لم تحصل حقيقته).

إذا فسخ المشتري بالعيب، و لم يكن البائع قد قبض ما أحيل به عن الثمن، فبناء على أن الحوالة بيع هل للمشتري الرجوع على البائع بمثل المال المحال به؟ فيه إشكال عند المصنف ينشأ: من أن الحوالة كالتبض بدليل ان البائع إذا أحيل بالثمن و قبل لم يكن له حبس السلعة، و لو لا- أنه كالتبض لم يكن له ذلك، فإنه يجوز له الحبس الى أن يقبض بغير خلاف. و من أن أخذ العوض من البائع إنما هو عن المقبوض، و الى الان لم يحصل القبض حقيقه و إن حصل ما يقوم مقامه.

و ليس هذا بشيء، لأن البائع حيث ملك المحال به بالحواله-التى هى بيع-خرج ذلك عن كونه ملكاً للمشتري، فلا بد أن يثبت عوضه فى ذمه البائع، حيث حصل الفسخ و ثبت التراد فى العوضين، و لا أثر للتبض و عدمه فى ذلك.

(و لا يخفى أن التبريم) (1) ليس للمقبوض، بل لما ثبت فى ذمه البائع بدلا

ص: ٣٦٧

١-١) فى «م»: و لأن التبريم.

فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكال. و على تقدير البطلان لا يرد البائع إلى المحال عليه، بل إلى المشتري، و يتعين حقه فيما قبضه، عن الدين الذى كان ملكا للمشتري. و من هذا يعلم أن توجيه الشق الأول من شقى الإشكال، بكون الحوالة كالقبض - فى كلام المصنف - ضعيف، و الصحيح ما قلناه، و الأصح أن له الرجوع فى هذه الحالة لو قلنا بأن الحوالة اعتياض.

قوله: (فإن منعنا الرجوع، فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع؟ إشكال) أى: فإن منعنا رجوع المشتري على البائع حيث حصل الفسخ، و لم يكن قبض الى أن يقبض، فهل للمشتري مطالبه البائع بتحصيل الحوالة، أى: يقبض المال المحال به ليرجع عليه؟ إشكال عند المصنف ينشأ: من أنه ليس للإنسان قهر غيره على قبضه حقه، و الحوالة حق للبائع.

و لأن وجوب التبريم متوقف على القبض، و استحقاق المطالبة متوقف على وجوب التبريم، فلو توقف وجوب القبض على استحقاق المطالبة لزم الدور. و من أنه لو لا ذلك لأمكن معانده البائع إياه بتأخير قبض حقه، فيؤدى إلى ضياع ما له، و هو ضرر منفى بقوله عليه السلام: «لا ضرر و لا ضرار» (١).

و لا يخفى ضعف هذا الإشكال، فإن للمشتري الرجوع و إن لم يقبض البائع كما قدمناه، لكن تفرعا على الوجه الآخر - الثانى من شقى الإشكال - ضعيف، لأن إيجاب قبض مال الإنسان عليه، ليرتب عليه حق لغيره لم يكن قبل ذلك ضرر، و الضرر لا يزال بالضرر.

قوله: (و على تقدير البطلان لا يرد البائع على المحال عليه، بل يرد على المشتري، و يتعين حقه فيما قبضه).

هذا تفرع على أن الحوالة استيفاء، رجع اليه بعد الفراغ من التفرع على

ص: ٣٦٨

(١ - ١) الكافى ٥: ٢٩٢، حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ١٤٧، حديث ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦، حديث ٦٥١.

فإن تلف فعليه بدله، وإن لم يقبضه فلا- يقبضه، فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك، لأنه كان مأذوناً في القبض بجهه، فإذا بطلت بقى أصل الاذن. والأصح العدم، لأن الإذن الذى كان ضمناً لا يقوم بنفسه.

و الوكاله عقد مخالف للحواله، أنها اعتياض. و صورته: أن البائع إذا قبض من المحال عليه ثم طرأ الفسخ، فبناء على بطلان الحواله- لكونها استيفاء لما امتنع الاستيفاء عنه- لا يجوز للبائع أن يرد ذلك المقبوض الى المحال عليه، لأنه مال للمشتري قد تعين بالقبض عن الدين الذى كان عليه كونه له، وإلا لا تمتنع وقوعه عن دينه، فلا يزول ذلك بزوال الدين، فيرده على المشتري، ويتعين حق المشتري فى ذلك الذى قبضه البائع لما قلناه.

قوله: (فإن تلف فعليه بدله).

لأنه قبضه بدلاً عن ماله- الذى هو الثمن- فيكون مضموناً.

قوله: (و إن لم يقبضه فلا يقبضه).

أى: وإن لم يكن البائع قد قبض مال الحواله، حتى طرأ الفسخ فلا- يقبضه الآذن لخروجه عن الاستحقاق، لامتناع الاستيفاء بعد سقوط الدين.

قوله: (فإن قبضه فهل يقع عن المشتري؟ يحتمل ذلك، لأنه كان مأذوناً في القبض بجهه، فإذا بطلت بقى أصل الاذن. والأصح العدم، لأن الإذن الذى كان ضمناً لا يقوم بنفسه، و الوكاله عقد مخالف للحواله).

أى: فإن قبض البائع مال الحواله فى هذه الحاله- و هى طرأ الفسخ قبل قبضه إياه، و قد منعناه منه- فلا يقع له قطعاً، إذ لا استحقاق له. لكن هل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم، لأنه كان مأذوناً فى القبض، بجهه مخصوصه و هى الحواله، فإذا بطلت بقى أصل الإذن، نظراً الى أن الخاص إذا ارتفع يبقى العام. و أصحهما عند المصنف العدم، و هو الأصح، لأن الإذن العام إنما كان فى ضمن الإذن

بخلاف ما لو فسدت الشركه و الوكاله فإن الإذن الضمنى يبقى و يصح التصرف،و لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن و هما مختلفان،فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر،و فى الشركه يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقى عمومه. الخاص،و الإذن الضمنى لا يقوم بنفسه،فيرتفع بارتفاع ما يضمنه.

و معنى قوله:(و الوكاله عقد مخالف للحواله)أنه لو ثبت الإذن فى القبض هنا لكان و كاله،لأنه استنابه فى القبض من المالك.فإن الذى يحاوله-من يجوز القبض هنا-إنما هو القبض عن المشتري،و ليس لهذه الوكاله ما يقتضيها إلا الحواله،و معلوم انها عقدان مختلفان لا يقتضى أحدهما الآخر.

قوله: (بخلاف ما لو فسدت الشركه و الوكاله،فإن الإذن الضمنى يبقى و يصح التصرف،لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن و هما مختلفان،فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر،و فى الشركه يتصرف بالإذن،فإذا بطل خصوص الإذن بقى عمومه).

أشار بقوله:(بخلاف)الى جواب سؤال مقدر صورته:أنه كيف انتفى الاذن فى قبض المال المحال به بطروء بطلان الحواله،مع أن الاذن فى التصرف يبقى فى الوكاله و الشركه الفاسدتين،كما لو وكله فى التصرف إذا جاء رأس الشهر، و شاركه على الاستواء فى الربح و اختصاص أحدهما بالخسران،فيعتبر الإذن الضمنى فيهما و يحكم ببقائه؟ و الجواب:الاختلاف بينهما و بين الحواله،لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق(لا للمحيل بالاذن،و هما أى:قبضه لنفسه بالاستحقاق) (1)و قبضه للمحيل بالاذن مختلفان،لأن أحدهما حواله و الآخر و كاله،فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر قطعاً،إذ من المعلوم البين أن الحواله لم تتضمن التوكيل، كما أن

ص: ٣٧٠

و لو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ، لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا. البيع لم يتضمنه. فإذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له كما فى الشركة و الوكالة.

و اقتصر المصنف على الشركة إشارا للاقتصار، و اعتمادا على حصول المراد بذكرها، فإنه يتصرف بالاذن حيث استنابه فى التصرف، فإذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقى عمومه، هذا محصل كلامه.

و الحق أن الذى يتحصل مما ذكره، هو أن بقاء الاذن فى التصرف فى الوكالة و الشركة إذا فسدت، أقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة (لشده البعد بينهما) (١).

أما صحه بقاء الإذن الضمنى فيهما، بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن فليس بظاهر، لامتناع بقاء الضمنى بعد ارتفاع المطابقى، إلا بدليل يدل عليه غير كونه ضمنيا.

و اعلم أن اللام فى قوله: (لأن المحتال) تتعلق بالنسبه بين قوله:

(بخلاف) و بين المحذوف، و الذى تقديره: و هذا بخلاف ما لو فسدت الشركة الى آخره، و نحوه.

قوله: (و لو أحال البائع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ، لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، سواء قبض أو لا).

أى: لو انعكس الفرض، بأن أحال البائع رجلا- آخر بدين له على المشتري بثمان المبيع، و بعد استكمال الحوالة فسخ المشتري بالعيب، فالأقرب عند المصنف عدم بطلان الحوالة هنا بتجدد الفسخ، لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، حيث أن الثمن صار مملوكا للمحتال الأجنبى عوض دينه الذى على البائع، فلا يبطل

ص: ٣٧١

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

و لو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في صورتين، و يرجع المشتري على من شاء من المحتال و البائع. حقه بطرود الفسخ، كما لو باع الثمن البائع لشخص آخر.

بخلاف ما سبق، فإن الحوالة ثم إنما كانت طريقا لاستيفاء البائع الثمن، فلم يتعلق به حق ثالث، و هذا هو الأصح، و نقل الشيخ فيه الإجماع (١) حكاه الشارح (٢). و لا فرق في ذلك بين أن يقبض و عدمه كما هو ظاهر، لانتقال الملك بدون القبض.

و يحتمل ضعيفا البطلان، لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل، و قد بطل استحقاق المحيل، فيبطل استحقاق المحتال، و ضعفه ظاهر، لأن فرعه وقت الحوالة لا مطلقا.

قوله: (و لو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في صورتين).

أى: فى صورته حوالة المشتري البائع على ثالث، و فى صورته حوالة البائع (ثالثا) (٣) على المشتري.

و وجهه: أن الحوالة فرع ثبوت الثمن، و مع فساد البيع لا ثمن. و قد كان الأحسن أن يقول: و لو فسد البيع فالحوالة باطلة، إذ لم يطرأ بطلانها.

و ربما يتخيل أن قوله: (فى صورتين) يراد بهما كون الحوالة استيفاء، و كونها اعتياضا، و ليس كذلك، إذ لا يقال: لهما صورتان بل قولان، فلو أرادهما لقال على القولين. و أيضا فإن ما ذكرناه أشمل، فإن البطلان فى صورتين يعم القولين.

قوله: (و يرجع المشتري على من شاء من المحتال و البائع).

لأن كل واحد منهما متصرف فى ماله بغير حق، أما المحتال فظاهر، حيث

ص: ٣٧٢

١- ١) الخلاف ٢: ٧٧ مسألة ٤ كتاب الحوالة.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٩٦.

٣- ٣) لم ترد فى «ق».

أ: لو أحال بئمن العبد على المشتري، و صدق الجميع العبد على الحريه بطلت الحواله

أ: لو أحال بئمن العبد على المشتري، و صدق الجميع العبد على الحريه بطلت الحواله، و يرد المحتال ما أخذه على المشتري، و يبقى حقه على البائع. و إن كذبهما المحتال و أقام العبد بينه، أو قامت بينه الحسبه فكذلك. و ليس للمتبايعين إقامتها لتكذيبهما بالمبايعه إلا- مع إمكان الجمع كادعاء البائع عتق و كيله، و ادعاء المشتري عتق البائع مع جهله. وضع يده على المال. و أما البائع فلأنه أوفاه للمحتال عما في ذمته، فقبضه منسوب اليه بل أقوى، و لهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحواله بالبئمن.

قوله: (و إن كذبهما المحتال، و أقام العبد بينه، أو قامت بينه الحسبه فكذلك).

أى: إن كذب المحتال البائع و المشتري فى كون العبد المبيع حراً، فإما أن تكون هناك بينه بالحريه أو لا- و فى الأول إما أن يقيمها العبد أو تقوم بنفسها حسبه لله، أى: قيامه بالواجب من دفع المنكر و إقامة المعروف، فتشهد عند الحاكم من دون دعوى مدع، فان ذلك جائز محافظه على دفع المنكر.

أو يقيمها المتبايعان، فإن أقامها العبد أو قامت بنفسها فكذلك، أى:

كان الحكم كذلك الذى سبق فى بطلان الحواله، و وجوب رد ما أخذه المحتال على المشتري لأنه لا يستحقه.

قوله: (و ليس للمتبايعين إقامتها، لتكذيبهما بالمبايعه، إلا مع إمكان الجمع، كادعاء البائع عتق و كيله و ادعاء المشتري عتق البائع مع جهله).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الشق الأول، و هو أن يقيم البئمن المتبايعان، و حكمه أنه ليس لهما ذلك و لا يصح منهما، لأنهما قد كذباها بالتبايع،

و لو فقدت البيئه فلهما إحلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري. إذا التبايع يقتضى كون المبيع مملوكا للبائع، فيبيع أحدهما و شراء الآخر مقتضى للاعتراف بالرقية.

و كل من كذب بيئته بقول أو فعل لا- تسمع منه إقامتها اتفقا، و حين إقامتها منهما أو من أحدهما فهي بينه و إن انتفع بها العبد، لأنها حينئذ لإثبات دعواه، و هذا ما لم يظهر ما يمكن معه الجمع بين فعلهما- أعنى التبايع- و بين الحرية بحيث لا يكون اعتقادهما كون البيع حقيقيا، جاريا على مملوك منافيا للحرية بحسب الواقع.

أما لو أظهره كما لو ادعى البائع عتق و كيله، و عدم علمه بوقوع العتق وقت البيع، فإن هذا مصحح لدعواه. و كما لو ادعى المشتري عتق البائع مع جهله، ثم تجدد له العلم بعد البيع فإنه مصحح لدعواه.

و كما لو ادعى البائع و المشتري عتق و كيل البائع (و المشتري) (١) و هما لا يعلمان، فإنه مصحح لدعواهما، فإن البيئه تسمع حينئذ لاندفاع المناقضة.

قوله: (و لو فقدت البيئه فلهما إحلافه على نفي العلم، فيأخذ المال من المشتري).

أى: و لو لم يكن لهما بينه، فلهما (٢) إحلاف المحتمل على نفي العلم بالعتق لو ادعى عليه العلم، فإذا حلف أخذ المال من المشتري، لأنه المحال عليه.

لكن هل يشترط فى صحه الدعوى و طلب حلفه على نفي العلم، إظهار ما به يندفع التنافى و يمكن الجمع أم لا؟ عبارته المصنف هنا محتمله و إن كانت أظهر فى اشتراط ذلك، حيث أنه بناه على فقد البيئه، و وجود البيئه إنما يعتد به بالنسبه إليهما بعد إظهار ما يدفع التنافى.

ص: ٣٧٤

١- ١) لم ترد فى «ق».

٢- ٢) فى «ق»: فان لهما.

و فى رجوع المشتري على البائع إشكال، ينشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، و من أنه قضى دينه بإذنه. و فى التذكرة صرح: بأنه لو نكل المحتال حلف المشتري، قال: ثم إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار بطلت الحوالة، و إن جعلناها كاليمينه فالحكم كما لو لم يحلف، لأنه ليس للمشتري إقامه اليينه (١)، هذه عبارته و فيها كلامان: هذا أحدهما، أعنى تحليف المحتال، و مع نكوله فالمشتري، و إن لم يظهر العذر الرافع للتنافى.

الثانى: أنه حكم بحلفه على كل حال، و يكون وجود اليمين كعدمها على تقدير أن المردوده كاليمينه، فلا يكون لهذه اليمين فائده أصلا على هذا التقدير.

و المعروف أن من كذب إقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلا، فينبغى تحقيق ذلك.

قوله: (و فى رجوع المشتري على البائع إشكال ينشأ: من أن المظلوم يرجع على من ظلمه، و من أنه قضى دينه بإذنه).

إذا حلف المحتال على نفى العلم بالعتق، أخذ المال المحال به من المشتري، و هل يرجع به المشتري على البائع؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الظالم للمشتري بزعمه إنما هو المحتال، حيث يقول: إن المبيع حر، و المظلوم إنما يرجع على من ظلمه لا على غيره. و من أنه قضى دينه بإذنه، فإن الحوالة تقتضى الاذن فى القضاء، فإذا بطلت لم يرتفع عموم الإذن، و فيه نظر يعلم مما سبق.

و الأصح أن له الرجوع من حيث أنه قضى دينه بإذن شرعى، فلا يكون تبرعا، و كيف يكون كذلك و هو واجب عليه شرعا، و ربما أجبره الحاكم عليه، و ليس ذلك بأبلغ من إطعام المضطر و الرجوع عليه.

ص: ٣٧٥

و لو صدقهما المحتال و ادعى ان الحواله بغير الثمن صدق مع اليمين، لأن الأصل صحه الحواله، قوله: (و لو صدقهما المحتال، و ادعى أن الحواله بغير الثمن صدق مع اليمين، لأن الأصل صحه الحواله).

أى: لو صدق المحتال البائع و المشتري على أن العبد حر، و ادعى أن الحواله بغير الثمن فقد اختلفا فى صحه الحواله و فسادها، و الأصل فى العقود الصحه، فيقدم قوله بيمينه لأن دعواه موافقه للأصل، هذا محصل كلامه.

و ينبغى تنقيح المبحث بأن يقال: إذا ادعى الحواله بغير الثمن، فاما أن يدعيها بدين آخر فى ذمه المحال عليه، أو مع خلو الذمه. فإن ادعاها بدين آخر، فاما أن يكون المحال عليه مع إنكاره الحواله به منكرا لأصل الدين، أو مقرا به.

فإن أقر بالدين فتقديم قول مدعى الصحه متجه، إذ ليس فى طرف المدعى عليه أصل و لا ظاهر.

فان قيل: الأصل براءه ذمته من ثبوت دين المحتال.

قلنا: قد اعترف بالسبب المقتضى لذلك و هو الحواله، فإن الأصل فيه الصحه، فنقل عن الأصل الأول، وبقى الاختلاف فى الفساد موجبا لليمين على من أنكر. كما لو اختلفا فى صحه البيع و فساده، فان القول قول مدعى الصحه بيمينه، و إن كان الأصل بقاء الملك على مالكة لنحو ما قلناه.

و مثله ما لو ادعى المحتال وقوعها مع خلو الذمه سواء، و أما إذا ادعاها بدين آخر و أنكره المحال عليه، فقد تعارض أصل الصحه و أصل البراءه، كذا قيل.

و يمكن أن يقال: يمنع تعارض الأصلين، إذ لا يلزم من كون الحواله (بغير دين فى الذمه فسادها، بل هو أعم من الفساد، لما عرفت من أن صحه الحواله) (1)

ص: ٣٧٦

(١ - ١) ما بين القوسين لم يرد فى «ن».

فإن أقاما بينه ان الحواله بالثمن قبلت، لأنهما لم يكذباها.

ب: لو جرى لفظ الحواله و اختلفا بعد القبض

ب: لو جرى لفظ الحواله و اختلفا بعد القبض، فادعاها المحتال، و ادعى المحيل قصد الوكاله فالأقرب تقديم قول المحيل، لأنه أعرف بلفظه و قصده، و اعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، و حق المحتال على المحيل، و يحتمل تصديق المستحق لشهادته اللفظ له. لا تستلزم شغل الذمه، فيبقى أصل البراءه بغير معارض، فيقدم قول المحال عليه بيمينه، و هذا متجه و اختاره في التذكره (١).

قوله: (فإن أقاما بينه أن الحواله بالثمن قبلت، لأنهما لم يكذباها).

أى: على تقدير تصديق المحتال البائع و المشتري على حربه العبد المبيع، و اختلافهم فى أن الحواله بالثمن، و ادعاء المحتال على أنها بغيره، لو أقام البائع أو المشتري أو كلاهما بينه بكون الحواله إنما هى بالثمن الذى يضمه البيع، فإنها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك، لأنهما لم يكذباها.

فإن كون المبيع حرا، لا يقتضى عدم وقوع الحواله بما سمي ثمنا فى مقابله، غايه ما هناك إنهما يدعيان فساد الحواله فيثبت بالبينه.

قوله: (لو جرى لفظ الحواله و اختلفا بعد القبض، فادعاها المحتال، و ادعى المحيل قصد الوكاله فالأقرب تقديم قول المحيل، لأنه أعرف بلفظه و قصده، و اعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، و حق المحتال على المحيل، و يحتمل تصديق المستحق بشهادته اللفظ له).

أى: لو جرى بين اثنين لفظ الحواله مع العقد، و اختلفا بعد قبض ما جرى العقد عليه، فادعى المحتال أن الذى صدر بينهما من لفظ الحواله أريد به الحواله، و هو مدلوله الحقيقى، و ادعى المحيل قصد الوكاله بلفظ الحواله مجازا، فالأقرب عند المصنف تقديم قول المحيل، فى أنه إنما قصد الوكاله لأنه أعرف بلفظه،

ص: ٣٧٧

باعتبار استعماله فى معناه الحقيقى و غيره.

و كذا هو أعراف بما قصد، إذ لا يعلم قصده إلا من قبله، فيكون قوله بيمينه مقدما، و لاعتضاد قوله بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، و حق المحتال على المحيل، و فيهما نظر.

أما الأول: فلأن اللفظ الواقع مجردا عن القرائن، يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينه إذا أراد المجاز، فالتجرد عنها دليل إرادته الحقيقه، حذرا من كون كلامه مشتملا على الإغراء بجهل المقصود، و الأصل خلافه.

فإذا كان الواجب حمله على ذلك، كان دعواه بعد ذلك مخالفه للأصل، على أن هذا لو قدح هنا، لقدح فى جميع الأبواب من بيع و صلح و إقرار و نكاح و غيرها.

و أما الثانى: فلأن الأصل الذى ادعاه زال بالحواله الصادره بينهما، التى الأصل فيها الحقيقه و الصحه، فلا يعتد به. و لو قدح هنا لقدح فى البيع و غيره، إذا وقع الاختلاف بعد صدورهما كاملا.

و يحتمل تصديق المستحق، و هو المحتال، لأن اللفظ الصادر بينهما شاهد له، إذ الأصل فيه الحقيقه، و هذا هو الأصح، و ما قربه المصنف ضعيف. و لو اختلفا فى وجود القرينه فالقول قول من ينفيها بيمينه، لأن الأصل العدم.

و اعلم أن اختلافهما قبل القبض و بعده لا نجد فيه فرقا، لأن عقد الحواله من العقود اللازمه، فإذا صح و حمل على الحقيقه تعين فيه الأداء الى المحتال، لأنه صار ملكه، و كأن المصنف لحظ كون الحواله استيفاء.

و الاستيفاء إنما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض فى استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف، و ليس كذلك، لأن نفس الحواله استيفاء و مثمره للملك و إن لم يحصل القبض، حتى لو أراد المحيل بعد كمال الحواله دفع البدل توقف على رضى المحتال. و ليس هو

و لو لم يقبض قدّم قول المحيل قطعاً، و لو انعكس الفرض قدّم قول المحتال، كالإيفاء بغير الحوالة، فإن الملك فيه متوقف على القبض، و من ثم يجوز الأبدال قبله.

فعلى هذا يكون قوله: (و لو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً) في غاية البعد، و ما قطع به غير ظاهر.

قوله: (و لو انعكس الفرض قدم قول المحتال).

أى: لو قال المديون - بعد اتفاهما على جريان لفظ الحوالة -: أحلتك، فقال: بل و كلتني قدم قول مدعى الو كاله، و هو المحتال بيمينه، عملاً بأصالة بقاء الحقين، و المديون يدعى خلافهما و اتفاهما فكان عليه البيئه.

و تظهر فائده هذا الاختلاف عند إفلاس المحال عليه، و نحوه. و فى توجيهه نظر، لأن الأصل فى اللفظ الحقيقه، و الحمل على المجاز خلاف الأصل، و المحيل أعرف بلفظه و قصده.

و الأصل الذى ادعاه بالنسبه إلى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما، و من هذا علم أن ما اختاره هنا أيضاً فى غاية البعد، مع مخالفته لما سبق من مجيء الوجهين فى المسأله الاولى، فلا أقل من مجيئها هنا و إن كان عنده أحدهما أرجح.

و فى التذكره جعل هذا الحكم فيما إذا لم يتفقا على لفظ مخصوص (١)، أما إذا اتفقا على الحوالة و اختلفا هذا الاختلاف، فالوجهان فى المسأله الأولى على العكس هنا.

و هذا كله إذا لم يأت باللفظ على وجه لا - يحتمل المجاز، فان اتى به كذلك، كما لو قال: أحلتك بالمائه التى لك على على المائه التى لى على زيد، ثم اختلفا الاختلاف السابق، فان القول قول مدعى الحوالة لامتناع اراده المجاز، و قطع به فى التذكره (٢).

ص: ٣٧٩

١-١) التذكره ١١١: ٢. [١]

٢-٢) المصدر السابق. [٢]

و لو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق: أحلنتى، و قال المديون:

و كلتك فى استيفاء دينى صدق المديون، فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكاله، و له مطالبه المديون بالمال لثلا يضيع حقه، و يحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحواله. قوله: (و لو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: أحلنتى، و قال المديون: و كلتك فى استيفاء دينى صدق المديون).

أى: لو لم يتفق الشخصان-اللدان جرى بينهما العقد-على جريان اللفظ، أى: على جريان ما سبق ذكره من لفظ الحواله-فاللام للعهد الذكرى-بل قال المستحق للمديون: أحلنتى بمالك على فلان، و قال المديون: و كلتك فى استيفاء دينى، فإن المديون مصدق بيمينه إذ الأصل عدم الحواله.

و تظهر فائده هذا فيما إذا كان الثمن باقيا و أراد الإبدال، أو أراد التأخير للدفع الى بلد الدين إذا كانا فى غيره و لم يشترط الأداء فى غيره. و فى ذلك دفع ضرره، (و لم يرض المدين بما يندفع به ضرره) (1)، سواء كان بالغاً أم لا.

قوله: (فإن لم يكن قبض فليس له ذلك، لانعزاله بإنكار الوكاله، و له مطالبه المديون بالمال لثلا يضيع حقه، و يحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحواله).

إذا حلف المديون على نفى الحواله انتفت ظاهراً، فإن لم يكن المستحق قد قبض الدين الذى وقع الاختلاف فى الحواله به و الوكاله لم يكن له قبضه ظاهراً، لأن الوكاله تندفع بإنكاره إياها، فينعزل على تقدير كونه وكيلاً و الحواله منتفيه.

لكن له مطالبه المديون بما له لثلا يضيع حقه، و لأنه إن كانت الحواله هى الواقع، فقد دفعه عن المال المحال به، و صيره له ظاهراً بيمينه، فظلمه بذلك. و إن كان الواقع الوكاله، فظاهر لبقاء حقه عليه.

ص: ٣٨٠

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

أما لو قال المستحق: و كلتنى، فقال: لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين، وليس للمستحق القبض، لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل، وإن كان قبض فالأقرب أنه يمتلكه، لأنه جنس حقه و صاحبه يزعم أنه ملكه، و يحتمل عدم استحقاق المطالبه، لأن الحوالة تتضمن براءة ذمه المحيل، فبدعواه إياها معترف ببراءه ذمه المحيل فكيف يطالبه؟ و بما بيناه أولا يعلم أنه لم يبرأ مطلقا، لأنه ظالم له بتملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم فى الظاهر، و فيما بينه و بين الله يعتمد ما يعلم إنه الحق.

قوله: (أما لو قال المستحق: و كلتنى، فقال: بل أحلتك، صدق منكر الحوالة باليمين، و ليس للمستحق القبض، لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل).

أى: لو قال المستحق للدّين: و كلتنى، فقال المديون: لا بل أحلتك عكس الأول، صدق منكر الحوالة لمثل ما سبق، فإن الأصل العدم، و الأصل بقاء الحقوق كما كانت.

و فى عبارته مناقشه، لأن سوقها يشعر بمخالفه حكم هذا لما قبله، مع اتفاقهما فى تصديق منكر الحوالة.

و لو قال: فإن المصدق المديون ليكون الاختلاف بينهما و بين ما سبق فى تصديق المديون و عدمه، و حينئذ فليس للمستحق القبض ظاهرا، لاندفاع الحوالة بإنكاره و يمينه، فالوكالة بإنكار المديون، لأن الإنكار يتضمن العزل لو كان و كيلا.

قوله: (و إن كان قبض فالأقرب أنه يمتلكه، لأنه جنس حقه و صاحبه يزعم انه ملكه).

فلا أقل من أن يكون ذلك إذنا فى التملك، و يحتمل العدم لانتفاء المقتضى، و هذا الحكم ظاهرا و باطنا على تقدير صدقه فى دعوى الوكالة، فأما على تقدير كون الواقع الحوالة فظاهر أنه ملكه.

و ان تلف احتمال عدم الضمان، لأن الوكيل أمين، و ثبوته، لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر.

و لا يلزم من تصديقه في نفى الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان. و اعلم أن شيخنا الشهيد في بعض حواشيه جَوَز لقوله: (يتملكه) معنيين:

أحدهما: إرادته الملك القهرى، لأن المديون يزعم ذلك و هو من جنس الحق، فهو في قوه التعيين لجهه مخصوصه من جهات القضاء، فلا يحتاج إلى أمر آخر.

الثانى: إرادته جواز التملك، فيتوقف حصول الملك على أحد أمرين: إما تصريح المديون بالتعيين، كأن يقول: خذ ما فى يدك، أو مماطلته بدفع غيره ف يأخذه قصاصا.

و عندى أن الثانى بعيد، إذ المتبادر من كلام المصنف تملكه من غير توقف على شىء آخر، فإما أن يجعل زعم المديون بمنزله التعيين، إن لم يكن أقوى فيملكه بالقبض على طريق القهر، أو يجعل ادعاء الحوالة - المتضمنه لبراءه ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبه - بعد مماطلته، حيث أنه أقوى من المماطله، إذ منكر الدين مماطل و زياده، فيسوغ له الأخذ مقاصه. و على كل حال، فما قربه المصنف هو المختار، و كل من الأمرين الأخيرين محتمل.

قوله: (و إن تلف احتمال عدم الضمان لأن الوكيل أمين، و ثبوته لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر. و لا يلزم من تصديقه في نفى الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان).

أى: و إن تلف المال المقبوض فى يد المستحق، ففى ضمانه وجهان.

و لا يخفى أن فى توجيه الاحتمال الأول ضعفا، لأن صغرى القياس المضمرة يجب أن تكون هكذا: القابض وكيل، و معلوم ردها، إذ الوكالة لم تثبت فىكون الاحتمال الثانى أقوى.

ج: لو شرط فى الحواله القبض بعد شهر مثلا فالأقرب الصحه

ج: لو شرط فى الحواله القبض بعد شهر مثلا فالأقرب الصحه و إن كان حالا.

د: لو أحال البرىء على مشغول الذمه فهى وكاله يثبت فيها أحكامها

د: لو أحال البرىء على مشغول الذمه فهى وكاله يثبت فيها أحكامها، و جازت بلفظ الحواله لاشتراكهما فى المقصود و هو و هذه المسأله مما تتخرج على قاعده معروفه بين الفقهاء و هى: ان اليمين لنفى شىء لا يكون لإثبات شىء آخر.

(إن قيل: لا حاجه الى تخريجها على هذه القاعده.

قلنا: بل نحتاج، إذ يمكن أن يقال: إن الحال دائر باعترافهما بين الحواله و الوكاله، فإذا بطل أحدهما باليمين تعين الآخر، لأن اليمين حجه شرعيه) (١).

و من صورها: ما لو أقر الوكيل بالبيع و قبض الثمن بهما، و أنكر الموكل القبض حلف الوكيل لاستيمانه. فلو خرج المبيع مستحقا، و رجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت الوكاله لم يرجع الوكيل على الموكل، لأن اليمين كانت لدفع الغرم لا لإثبات المال على الموكل، فالقول الآن قول الموكل بيمينه.

قوله: (و لو شرط فى الحواله القبض بعد شهر مثلا فالأقرب الصحه و إن كان حالا).

أى: و إن كان الحق المشروط قبضه و إن لم يكن مذكورا لدلاله القبض عليه. و وجه القرب أنه شرط لا- ينافى مقتضى العقد، فيكون اشتراطه سائغا.

و يحتمل العدم، لأن الحواله على حق حال. و ضعفه ظاهر، لأن حلوله لا ينافى اشتراط الأجل، و الأصح الصحه.

و توجيه الشارح الصحه بكون الشرط سائغا فى معنى المصادره (٢).

قوله: (و جازت بلفظ الحواله لاشتراكهما فى المقصود، و هو

ص: ٣٨٣

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٩٧: ٢.

استحقاق المطالبه. و لو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض، فإن قبض المحتال رجوع على المحيل، و إن أبرأه لم يصح، لأنه إبراء لمن لا دين عليه، و إن قبض منه ثم وهبه إياه رجوع المحال عليه على المحيل، لأنه غرم عنه.

و لو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكاله في اقتراض.

الفصل الثالث: في الكفاله

إشاره

الفصل الثالث: في الكفاله:

و هي عقد شرع للتعهد بالنفس، استحقاق المطالبه).

أى: في المقصود من الوكاله، إذ المقصود من الحواله لا يشتركان فيه، فيكون حينئذ العقد بالمجاز، و لا يمتنع ذلك خصوصا في العقد الجائر، لأنه يسامح فيه ما لا يسامح في اللازم.

قوله: (و لو انعكس الفرض، فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض).

انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكاله، فإن شرطنا شغل ذمه المحال عليه في الحواله، و لم يكن المحال عليه مشغول الذمه، كان ذلك اقتراضا بلفظ الحواله مجازا، فتجرى عليه أحكامه. و إنما قلنا: إنه اقتراض، لأنه ليس معنى من المعانى أقرب الى الوكاله و الحواله منه.

قوله: (فان قبض المحتال رجوع على المحيل، و إن أبرأه لم يصح، لأنه إبراء لمن لا دين عليه).

أى: فان قبض المحتال من المحال عليه، رجوع المحال عليه - هو المقرض - على المحيل و هو المقترض، و إن أبرأه المحتال وقع لغوا، لأنه لا دين له عليه، إذ المطلوب منه الإقراض.

قوله: (و هي عقد شرع للتعهد بالنفس).

سيأتى أنه يصح التكفل بالأعيان المضمونه، فلا يتناولها هذا التعريف.

و يعتبر فيها رضى الكفيل و المكفول له دون المكفول، و تعين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما أو زيدا فإن لم آت به فبعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت. قوله: (و يعتبر فيها رضى الكفيل، و المكفول له، دون المكفول).

لأن إثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا يتوقف على رضاه، و كذا المكفول له لأن إثبات حق له على شخص من دون رضاه باطل، دون المكفول عند علمائنا، قاله في التذكرة (١) و حكى في التحرير (٢) عن الشيخ في المبسوط (٣) اعتبار رضاه.

و كذا عن ابن إدريس قال: و فيه قوه (٤)، و هو مذهب الشافعي (٥)، و وجهه إمكان إحضاره، فإنه متى لم يرض لم يلزمه الحضور معه. و يرد عليه أنه إن طلبه منه المكفول له و جب عليه الحضور، إذ لا أقل من أن يعد توكيلا. و إن لم يطلبه، فيمكن أن يقال بذلك، لأن التكفيل يقتضى التسليط على الإحضار.

و سيأتى فى كلام المصنف: أنه لا يجب عليه الحضور مع التبوع، و عدم طلب المكفول له. و يشترط أيضا الإيجاب ككفلت لك بدن فلان، و نحوه.

و القبول على الفور، و كونهما بالعربية من كاملين.

قوله: (و تعيين المكفول، فلو قال: كفلت أحدهما، أو زيدا فان لم آت به فبعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت).

يشترط أيضا تعيين المكفول على وجه يرتفع الإبهام، فلو قال: كفلت لك أحد هذين لم يصح، لأنه لا يعلم المكفول بعينه.

ص: ٣٨٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ١٠٠: ٢.

٢- (٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤. [١]

٣- (٣) المبسوط ٢: ٣٣٧.

٤- (٤) السرائر: ١٧٣.

٥- (٥) المغنى لابن قدامة ٥: ٩٦. [٢]

و تنجيز الكفاله،فلو قال:إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال،و لو قال:أنا أحضره أو أؤدى ما عليه لم تكن كفاله.

و تصح حاله و مؤجله على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم و كذا لو قال:كفلت لك زيذا فان لم آت به فانا كفيل بعمره،إذ مع عدم التزام إحضار أحدهما بعينه تعليق الكفاله فى عمره بشرط،و الكفاله لا تعلق كما سيأتى.و كذا لا يصح لو قال:كفلت لك بزيد أو عمره بمثل ما سبق.

قوله: (و تنجيز الكفاله،فلو قال:إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على اشكال).

ينشأ:من روايه أبى العباس،عن الصادق عليه السلام فيمن قال فى الكفاله:إن جئت و إلا- فعلى خمسمائه درهم فقال:«لزمته الدراهم»(١).و من أن الأسباب الشرعيه إنما هى بوضع الشارع،و لا يثبت الوضع بمثل هذه الروايه، خصوصا ما علم عدم جواز مثله.

و لأن التعليق يقتضى عدم الجزم بالكفاله،و لأن أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه،و إلا لم يكن صحيحا كما هو مقرر فى الأصول،و مع التعليق يمتنع ذلك،و لأن المعلق عليه يمتنع كونه جزء السبب،و إلا- لوجب كونه معه، فإن تراخى القبول ممنوع فكيف باقى الأجزاء؟ و إذا امتنع ذلك امتنع اعتباره فى العقد،(فيجب تأثيره بدون المعلق عليه،و التعليق ينافيه لكونه مقصودا،فلم يبق إلا بطلان العقد) (٢)و هو الأصح.

قوله: (و تصح حاله و مؤجله على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم).

لأن الحضور حق شرعى،و لا مانع من اشتراط الأجل أو الحلول،و اشترط

ص:٣٨٦

١- ١)الكافى ٥:١٠٤ حديث ٣، [١]التهذيب ٦:٢١٠ حديث ٤٩٣.

٢- ٢) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

من زوجه يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفاله، أو صبي أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف، و بدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس، أو عبد أبق، أو من عليه حق لآدمى من مال أو عقوبه قصاص.

الشيخ لصحتها تأجيلها فيها (١).

قوله: (من زوجه يدعى الغريم زوجيتها).

و حينئذ فيجب بالكفاله السعى فى إحضارها، و للشافعيه قول بالمنع (٢)، بناء على أن الكفيل يغرم ما على المكفول لو لم يرد لتعذره هنا.

قوله: (أو صبي أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف).

فإنه ربما لم يكن الشاهدان، بحيث يمكنهما تمييزهما فى الشهاده بدون الإحضار.

قوله: (و بدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس).

أى: تجوز الكفاله به، لأن تسليمه ممكن بأمر من حبسه، ثم يعيده الى الحبس إن أراد. و مثله الكفاله بالغائب، و منع من كفالتهمما أبو حنيفه لتعذر التسليم فى الحال (٣)، و لا فرق فى ذلك بين كون الحبس ظلما أو بحق.

قوله: (أو عبد آبق).

أى: حين إباقه، و يلزمه حينئذ السعى فى رده، و فى حاشيه الشهيد كفالته من مولاه إذا كان معتادا للاباق، و هو معنى صحيح أيضا.

ص: ٣٨٧

١-١) النهايه: ٣١٥.

٢-٢) المغنى لابن قدامه ٥: ٩٦.

٣-٣) المغنى لابن قدامه ٥: ٩٧.

و لا يشترط العلم بقدر المال، فإنَّ الكفاله بالبدن لا به، و لا تصح على حد الله تعالى. و الأقرب صحه كفاله المكاتب، و من فى يده مال مضمون كالغصب، و المستام، و ضمان عين المغصوب، و المستام ليردها على قوله: (و لا يشترط العلم بقدر المال، فإن الكفاله بالبدن لا به).

و لو قلنا بلزوم الغرم لو لم يحضر المكفول به، فوجوبه بذلك لا بالكفاله.

قوله: (و لا تصح على حد لله تعالى).

لأنه مبنى على التخفيف، و لأنه لا تأخير فى حد، و لقضاء أمير المؤمنين عليه السلام إذ لا كفاله فى حد.

قوله: (و الأقرب صحه كفاله المكاتب).

وجه القرب: أنه إما عبد أو مديون، و كلاهما موجب للإحضار، و لأنه يصح ضمانه فكفاله أولى، و منع الشيخ (1) و ابن البراج بناء على أن له تعجيز نفسه، و الأقرب أقرب.

قوله: (و من فى يده مال مضمون كالغصب و المستام).

إن قلنا بصحه ضمانه فلا بحث فى صحه الكفاله، و إن قلنا: لا يصح الضمان فالأقرب صحه الكفاله، لأن عليه حقا فيكون هذا فى حيز الأقرب.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن ما عليه ليس هو الأعيان، لتؤخذ منه عند عدم الإحضار لو قلنا: يغرم.

قوله: (و ضمان عين المغصوب و المستام ليردها على مالكها).

أى: الأقرب صحه ضمان عين المغصوب و المستام، و غيرهما من الأعيان المضمونه ليردها على مالكها، و وجه القرب: أن ردها واجب، فيصح ضمانها لذلك (2).

ص: ٣٨٨

١- ١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

٢- ٢) فى «ق»: كذلك.

مالكها، فإن رد برىء من الضمان، وإن تلفت ففي إزماله بالقيمه وجهان، الأقرب عدم كموت المكفول دون الوديعة و الأمانه.

و تصح كفاله من ادعى عليه و إن لم تقم البيه عليه بالدين و إن جحد لاستحقاق الحضور عليه و الكفاله ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهاده على صورته، و الإطلاق يقتضى التعجيل، فإن شرطاً أجلاً و جب ضبطه، و التسليم الكامل فى بلد العقد، و لو عيّن غيره لزم. و للمكفول له مطالبه الكفيل بالمكفول فى الحال مع التعجيل و الإطلاق، و عند الأجل فى المؤجله.

و يشكل بأنه إن كان ضماناً، فشرطه كون المضمون به حقا ثابتاً فى الذمه. و إن كان كفاله، فشرطها التعهد بنفسه، و كلاهما منتف.

قوله: (فان رد برىء من الضمان، و إن تلفت ففي إزماله بالقيمه وجهان: الأقرب عدم كموت المكفول).

وجه الإلزام: أن معنى ضمانها ردها مع البقاء، و القيمه مع التلف.

و وجه عدم: أن الواجب الرد، لأن الضمان إنما كان له فإذا تعذر بالتلف لم يجب شىء آخر، كما لو مات المكفول. و لو قلنا بالصحه كفاله اتجه الثانى، لكن القول به بعيد.

قوله: (و الكفاله ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهاده على صورته).

حيث يكون الشاهد قد تحمل الشهاده على الصوره، و لم يعرف النسب.

قوله: (و التسليم الكامل فى بلد العقد).

أى: و التسليم الكامل إنما يكون فى بلد العقد، و يمكن أن يكون معطوفاً على الفاعل، أعنى ضبطه، أى: و جب التسليم الكامل فى بلد العقد الى آخره.

و سيأتى ما يعلم منه التسليم الكامل ان شاء الله تعالى، فمتى أطلق مكان التسليم

و يخرج الكفيل عن العهده بتسليمه تاما فى المكان الذى شرطه، أو فى بلده الكفاله لو أطلق، إرادته المستحق أو كرهه، و بموت المكفول فى غير الشهاده على عينه أو فيها بعد الدفن إن حرّما النيش لأخذ المال، انصرف الى بلد العقد، و لو شرطه كان أكد، و لو عين غيره لزم وفاء بالشرط.

قوله: (و يخرج الكفيل عن العهده بتسليمه تاما فى المكان الذى شرطه، أو فى بلد الكفاله لو أطلق، إرادته المستحق أو كرهه).

يخرج التسليم عن كونه تاما، بأن يكون فى يد ظالم، أو دونه من يحميه، و يحول دونه، و نحو ذلك. فإذا سلمه كذلك فلم يتسلمه، قال فى التذكرة:

الأقوى أنه يكفى الإشهاد على الامتناع و انه سلمه إليه فلم يتسلمه (١).

و لا يجب دفعه الى الحاكم، لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم أو غيره، و هو متجه.

قوله: (و بموت المكفول فى غير الشهاده على عينه، أو فيها بعد الدفن إن حرّما النيش لأخذ المال).

أى: و يخرج الكفيل عن العهده بذلك، لأنه لم يتعهد بالمال بل بالنفس و قد فاتت بالموت، و لأن المتبادر من الكفاله إنما هو الإحضار فى حال الحياه، و هو المتعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه.

و هذا فى غير الشهاده على عينه و صورته، لدلاله ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياه. هذا إذا لم يدفن، فان دفن و حرّما النيش لأخذ المال لم ينبش هنا أيضا، فيخرج عن العهده بدفنه.

و يشكل: بأن نبش الميت للشهاده على عينه من الأمور المستثناه بالاستقلال، غير متفرعه على جواز النيش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النيش، ثم تحريمه هنا. و قد سبق فى أحكام الجنائز جواز النيش لكل منهما، فلا يبرأ بدونه.

نعم: لو علم تغير صورته الميت بحيث لا يعرف، برىء الكفيل حينئذ.

ص: ٣٩٠

و بتسليمه نفسه، و بإبراء المستحق لأحدهما. و لا يبرأ بالتسليم و دونه يد غالبه مانعه، و لا بتسليمه قبل الأجل، أو فى غير المكان المشترط و إن انتفى فيها الضرر على رأى، قوله: (و بتسليمه نفسه).

أى: و يبرأ بتسليم المكفول به نفسه تسليماً تاماً الى المكفول له، (لأن القصد رده الى المكفول له، فلا فرق بين حصوله فى يده بالكفيل و بنفسه نائباً عنه) (١). لكن لا بد أن يسلم نفسه عن جهه الكفيل، فلا يبرأ بدونه، لأنه لم يسلمه اليه و لا الى أحد من جهته.

و لو سلمه أجنبى برىء الكفيل أيضاً، إذا كان عن جهه الكفيل، و يجب على المكفول له التسلم لو كان التسليم باذن الكفيل، لأنه و كيله حينئذ. و إلا لم يجب، لعدم وجوب قبض الحق من غير من عليه، لكن لو قبل برىء الكفيل، و هل يجب عليه القبول لو سلم المكفول (٢) نفسه، أو يكون كالأجنبى؟ ظاهر إطلاقهم نعم، و لعله لوجوب التسليم على كل منهما، فاشتركا فى ذلك. فمتى أداه أحدهما برىء الآخر، و لا يضر كون الوجوب على المكفول فى الكفاله تبعاً للوجوب على الكفيل.

قوله: (و بإبراء المستحق لأحدهما).

أما للكفيل فظاهر، و أما للمكفول فلسقوط الحق المقتضى لبطان الكفاله.

قوله: (و لا بتسليمه قبل الأجل، أو فى غير المكان المشترط و إن انتفى الضرر فيهما على رأى).

لأنه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب بعد، فلا يعتد به و لا يجب قبوله.

ص: ٣٩١

١- ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٢- ٢) فى النسخ الخطيه و الحجرية: الكفيل، و الصحيح ما أثبتناه.

و لا- بتسليمه فى حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم. و يلزم الكفيل اتباعه فى غيبته إن عرف مكانه، و ينظر فى إحضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه و العود به، و لو كانت مؤجله آخر بعد الحلول بقدر ذلك. و لو امتنع الكفيل من إحضاره حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه. و قال الشيخ (١) و ابن البراج: يبرأ مع انتفاء الضرر فيهما، و الأصح الأول.

قوله: (و لا بتسليمه فى حبس الظالم، بخلاف حبس الحاكم).

لأن ذلك الحبس يمنعه من استيفاء حقه، و لأن التسليم لا يعد تاماً حينئذ فلا يجب قبوله. بخلاف حبس الحاكم، فإنه لما كان بحق لم يمنعه من استيفاء حقه، إذ يمكن إحضاره و مطالبته بالحقين ثم حبسه بهما.

قوله: (و لو كانت مؤجله آخر بعد الحلول بقدر ذلك).

لأن الوجوب إنما يتحقق بعد الحلول، فحينئذ يعتبر ما لا بد منه فى التسليم.

قوله: (و لو امتنع الكفيل من إحضاره، حبس حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه).

هذا إذا كان ما عليه يمكن أخذه من الكفيل، و لو لم يكن - كالتقصاص و كزوجه المرأة و الدعوى بعقوبه كتعزير - أمكن أن يقال بالحبس الى الإحضار فيما لا بدل له. أما ما له بدل - كالديه فى القتل - فسيأتى أنها تؤخذ منها إذا خلى القاتل من يد غريمه.

و يمكن أن يقال: بعد ثبوت الزوجيه يؤخذ منه مهر مثل الزوجه.

و اعلم أن ظاهر العبارة أنه إذا أدى ما عليه و جب على المكفول له القبول، و يبرأ الكفيل بذلك. و فى التذكرة (٢) أسنده إلى ظاهر كلام الشيخ (٣)، و اختار

ص: ٣٩٢

١- ١) المبسوط ٣٣٨: ٢. [١]

٢- ٢) التذكرة ١٠٢: ٢. [٢]

٣- ٣) النهاية: ٣١٥. [٣]

و لو قال: إن لم أحضره كان عليّ كذا لزمه الإحضار خاصة.

و لو قال: عليّ كذا الى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال. هو ان طلب المكفول له الإحضار لا غير ألزمه به، نظرا الى أن ذلك مقتضى الكفاله، ولأنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، وقد يرغب المكفول له فى القبض من عين الغريم، و ما اختاره هو المعتمد.

قوله: (و لو قال: إن لم أحضره كان على كذا لزمه الإحضار خاصة، و لو قال: على كذا الى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال).

هذا مروى من طرق الأصحاب (١)، و قد أطبقوا على العمل به، و لا يكاد يظهر الفرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ. و مثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النص و الإجماع.

و المصنف فى المختلف قال: عندى فى هذه المسأله نظر، ثم حكى عن ابن الجنيّد فيما إذا بدأ بالضمان للمال، ثم عقبه الكفاله أنه يصح ضمانا و كفاله، و إذا بدأ بالكفاله ثم علّق الضمان ان الكفاله تصح و يبطل الضمان، و قال: ان كلامه انسب (٢).

و يرد على الأول أنه إذا صح الضمان برىء المضمون عنه، فأى معنى للكفاله حينئذ؟ و يمكن أن يقال: إن السر فى لزوم المال إذا قدمه براءه ذمه المضمون عنه فتمتنع الكفاله، و إذا قدم الكفاله كان الضمان المتعقب لها- لكونه معلقا على شرط- باطلا، و لمنافاه الضمان صحه الكفاله، و كيف كان فالمذهب ما عليه الأصحاب.

ص: ٣٩٣

١- (١) الكافى ٥: ١٠٤، حديث ٣، الفقيه ٣: ٥٤، حديث ١٨٧، التهذيب ٢١٠، ٢٠٩: ٦، حديث ٤٨٨، ٤٩٣.

٢- (٢) المختلف: ٤٣٥.

و لو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته. و لو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه. و لو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الدية، فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله، فيدفع ما أخذه وجوبا و إن لم يقتل، و لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و الوارث بالمدفوع على المكفول بديه و قوله: (و لو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته).

أى: حق الكفاله، و وجه القرب أنها حق للميت فيورث، لعموم آية الإرث، و لأنه فى معنى الحق المالى. و يحتمل العدم، لضعفها، و لاقتضائها الإحضار اليه و تعذره. و ليس بشيء إذ لا يسقط الحق بتعذر إيصاله إلى مستحقه الأول.

قوله: (و لو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه).

لأنه غصب اليد المستولىه المستحقه من صاحبها فكان عليه إعادتها، أو أداء الحق الذى بسببه تثبت اليد عليه.

قوله: (و لو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الدية).

و إن كان القتل عمدا، و لا يوجب عليه غير القصاص إذ لا يجب إلا على المباشر، فلما تعذر استيفاؤه و جبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا أو مات.

قوله: (فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا و إن لم يقتله).

لأن الدية إنما أخذها لمكان الحيلولة و قد زالت، و عدم القتل الآن مستند الى اختياره.

قوله: (و لا يتسلط الكفيل لو رضى هو و الوارث بالمدفوع على المكفول بديه و لا قصاص).

فروع

إشارة

فروع:

أ: لو قال الكفيل: لا حق لك على المكفول قَدَم قول المكفول له

أ: لو قال الكفيل: لا حق لك على المكفول قَدَم قول المكفول له، لاستدعاء الكفاله ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم. أي: لو رضى الكفيل وولى الدم بالمدفوع للحيلولة، وترك القصاص لم يتسلط الكفيل على المكفول- وهو المطلق قهراً، سماه مكفولاً- مجازاً- بديه و لا- قصاص، وذلك لأنه لم يكفله بقوله، ولم يدفع برضاه، ولم يكن المدفوع واجبا بالأصله، وإنما وجب بعارض وهو الحيلولة وقد زالت.

قال في التذكرة: و لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال، و أخذنا المال أو الدية من الكفيل، كان للكفيل الرجوع على الغريم الذى خلصه قصاصاً (١).

قوله: (لو قال الكفيل: لا- حق لك على المكفول قَدَم قول المكفول له، لاستدعاء الكفاله ثبوت حق، فإن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع، لاعترافه بالظلم).

أي: لو تنازع الكفيل و المكفول له بعد صدور الكفاله، فقال الكفيل للمكفول له: لا حق لك على المكفول فالكفاله فاسده، و ادعى المكفول له الحق المصحح للكفاله قَدَم قول المكفول له بيمينه، لأن الكفاله لا تصح إلا مع ثبوت حق، و الأصل فى العقد الصحة.

فإن تعذر إحضار المكفول، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه؟ ذكر فى التذكرة إشكالا أقربه عدم الوجوب (٢)، و ذلك صحيح، لأن الكفاله

ص: ٣٩٥

[١- ١] التذكرة ١٠٣: ٢. [١]

[٢- ٢] المصدر السابق. [٢]

ب: لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر

ب: لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر، و لو تكفل لا اثنين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر.

ج: لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برىء من الكفاله

ج: لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف و برىء من الكفاله دون المكفول من المال. لا- تستدعى ثبوت المال، إنما تستدعى ثبوت حق في الجملة.

فإن أوجبه على الاحتمال المرجوح، أو قامت بينه به فدفعه لم يرجع به على المكفول، لا اعترافه ببراءه ذمته و أنه مظلوم.

قوله: (لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر).

وجه القرب أنه تسليم ممن عليه الحق في زمانه و مكانه فيجب قبوله، فإذا قصد أحد الكفيلين بالتسليم مع نفسه الكفيل الآخر بَرًا أيضاً، للإتيان بالواجب على وجهه، ولأن المكفول لو سلم نفسه عن الكفيل برىء فهنا أولى، لأن وجوب التسليم عليه باعتبار الكفاله إنما هو باعتبار التبعية، و في الكفيلين الوجوب على كل منهما بالأصالة.

و قال الشيخ (١) و جماعه (٢): لا يبرأ، لأنه لا دليل عليه، و هو ضعيف، و المعتمد الأول.

قوله: (لو ادعى إبراء المكفول، فرد المكفول له اليمين حلف و برىء من الكفاله، دون المكفول من المال).

أى: لو ادعى الكفيل أن المكفول له أبرأ المكفول، و أنكر المكفول له ذلك فالقول قوله إذا لم يكن للكفيل بينه، فإذا حلف برىء من دعوى الكفيل، فان جاء المكفول و ادعى الإبراء لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل لا- بد من يمين أخرى، لأن هذه دعوى أخرى مستقلة إذ دعوى الكفيل إنما

ص: ٣٩٦

١- (١) المبسوط ٣٣٩: ٢. [١]

٢- (٢) منهم: ابن حمزه في الوسيله: ٣٢٩، و [٢] ابن البراج في جواهر الفقه (ضمن الجوامع الفقيهه): ٤٢٤.

د:لو ترامت الكفالات صح، فإن أبرئ الأصيل برئوا أجمع.

ه:لو قال:أنا كفيل بفلان،أو بنفسه،أو ببدنه،أو بوجهه،أو برأسه صح

ه:لو قال:أنا كفيل بفلان،أو بنفسه،أو ببدنه،أو بوجهه،أو برأسه صح،إذ قد يعبر به عن الجمله.

أما لو قال:كفلت كبده،أو غيره مما لا يمكن الحياه بدونه،أو كانت لبراءه نفسه.

و لو رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف برىء من الكفاله،و لا- يبرأ المكفول من المال بهذه اليمين،إذ لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره،بخلاف ما لو حلف المردوده المكفول فإنهما يبرآن.

و لو نكل المكفول له عن يمين المكفول حلف المكفول،و برىء هو و الكفيل و إن كان قد حلف على عدم الإبراء له،كذا ذكره في التذكره (١).

قوله: (لو ترامت الكفالات صح،فإن أبرئ الأصيل برئوا أجمع).

أى:لو كفل الكفيل كفيل،ثم كفل هذا الكفيل كفيل،و هكذا صح، لأن صحه الكفاله بثبوت حق و هو ثابت بالكفاله،فإن أبرأ المكفول له الأصيل برئوا أجمع،لامتناع بقاء الكفاله مع سقوط الحق.

فإذا أحضر الكفيل الأول من عليه الحق برىء،و برىء (٢)الآخران.و إن أحضر الثانى الكفيل الأول برىء،و برىء الثالث دون الأول،و دون من عليه الحق.

و متى مات واحد برىء من كان فرعا له،فبموت من عليه الحق يبرؤون جميعا،و كذا القول فى البراءه.

قوله: (لو قال:أنا كفيل بفلان،أو بنفسه،أو ببدنه،أو بوجهه،أو برأسه صح،إذ قد يعبر به عن الجمله.أما لو قال:كفلت كبده،أو غيره مما لا يمكن الحياه بدونه،أو ثلثه و ما شابهه من المشاعه فى الصحه

ثلثه و ما شابهه من المشاعه ففى الصحه نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، و من عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجمله فيسرى، نظر، ينشأ: من عدم السريان كالبيع، و من عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجمله فيسرى).

فى التحرير جعل الرأس من القسم الثانى (1)، و هنا و فى الإرشاد و التذكرة (2) جعله مما يعبر به عن الجمله، و ليس ببعيد، فان التعبير بالوجه عن الجمله معروف و الرأس ليس أبعد منه.

أما ما لا يعبر به عن الجمله، و لا يمكن الحياه بدونه كالكبد، و الثلث، و الربع و نحوهما فى صحه الكفاله بكفالاته نظر، ينشأ: من أن العقد الجارى على أحد هذه لا- يسرى الى المجموع، كما فى البيع فإنه إذا وقع على جزء معلوم بالإشاعه صح فيه، و على جزء معين يكون باطلا و لا يسرى.

و من أن كفاله الجزء الذى لا- يمكن الحياه بدونه يفضى الى كفاله المجموع، لأن إحضاره لا يمكن إلا بإحضار المجموع، و استقرب فى التحرير الصحه (3).

و لقائل أن يقول: إن إحضاره، و إن كان غير ممكن بدون إحضار المجموع، لا- يقتضى الصحه، لأن الإحضار فرع الكفاله، و المطلوب إنما هو صحه الكفاله، (و إحضار ذلك العضو) (4) و حيث أن صحتها إنما تكون بكفاله المجموع لم تصح هاهنا، إذ المتكفل به ليس هو المجموع و لا- ما يستلزمه، و إن كان حكم الكفاله -و هو إحضار ذلك العضو- غير ممكن إلا- بإحضار المجموع، و العقود أسباب متلقاه من الشرع، فلا بد فى صحتها من النص.

ص: ٣٩٨

١-١) تحرير الأحكام ١:٢٢٤.

٢-٢) التذكرة ١٠٠:٢. [١]

٣-٣) تحرير الأحكام ١:٢٢٤. [٢]

٤-٤) ما بين القوسين لم يرد فى «ق».

و كذا لو كان جزءا يمكن الحياه مع انفصاله كيده و رجله.

و: لو هرب المكفول، أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب إلزام الكفيل بالمال

و: لو هرب المكفول، أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب إلزام الكفيل بالمال، أو إحضاره مع احتمال براءته، و يحتمل الصبر. فان قيل: يجوز التعبير بالجزء من الجمله مجازا.

قلنا: ما كان التعبير به عنها متعارفا لا بحث فيه، و إنما البحث فيما ليس بمتعارف.

قوله: (و كذا لو كان جزءا يمكن الحياه مع انفصاله كيده و رجله).

أى: هذا كالأول فيه وجهان ناشئان: من عدم السريان و إمكان الانفصال مع بقاء الحياه، و من أن إحضار ذلك على صفته لا يكون إلا بإحضار البدن، و لا شبهه فى أن الصحه هنا أبعد، و الذى يقتضيه النظر المنع.

قوله: (لو هرب المكفول، أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب إلزام الكفيل بالمال، أو إحضاره مع احتمال براءته، و يحتمل الصبر).

وجه القرب: أن ذلك مقتضى الكفاله، فإنها تقتضى إحضار الغريم، أو أداء ما عليه من المال، و الأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرئ و هو المسقط للحق، أو موت المكفول و هو الأصح. و يحتمل البراءه لأن الإحضار واجب مع الإمكان.

و إذا غاب غيبه انقطع بها خبره، كان إحضاره ممتنعا، فكان بمنزله ما لو مات. و لأن وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال، لأنه لم يتعهد به، و وجوبه مع وجوب الإحضار إذا لم يأت به لا يقتضى وجوبه بدونه.

و يضعف بمنع كون إحضاره مع الغيبه المنقطعه ممتنعا، بل هو أمر ممكن، فيجب على الكفيل تتبعه فى البلاد، أو أداء ما عليه.

و يحتمل وجوب الصبر توقعا للممكنه، لأن الإحضار فى هذا الحال لما امتنع وجب الصبر الى أن يعلم مكانه، و لا تسقط الكفاله لعدم المسقط، و ضعفه يظهر مما

ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه

ز: يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا. إن كان متبرعا، وإلا فكالأول. سبق، ولو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو في حبس ظالم بحيث لا يمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان إمكان إحضاره، ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعى فيه، ولو احتاج الى بذل مال فأشكال، وغيبته حال الكفاله كغيبته بعدها.

و لو ماطل في إحضاره حتى هرب، أو غاب غيبه منقطعه، أو هربه فإن أوجبنا المال فلا بحث، وإلا ففي الوجوب و عدمه هنا اشكال، ونحوه قال في التذكرة (١).

و اعلم أن جمع المصنف بين هرب و غاب غيبه منقطعه، يشعر بأن الهرب كالغيبه المنقطعه في احتمال البراءة، وإن علم موضعه و هو ممكن إذا قطع بأنه متى توجه اليه الكفيل هرب عنه الى موضع آخر، وهكذا.

قوله: (يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، وإلا فلا إن كان متبرعا، وإلا فكالأول).

حيث أنه لا يشترط رضى المكفول في صحه الكفاله إذا وقعت بدون الاذن، فلا يخلو: إما أن يطلب المكفول (له من الكفيل إحضار المكفول، أو لا، فإن طلبه وجب على المكفول) (٢) متابعه الكفيل إذا طلب حضوره، لأن طلب المكفول له المكفول منه توكيل له في إحضاره، فلا يجوز له الامتناع.

و إن لم يطلب إحضاره، فإن قال: اخرج من حقى ففى وجوب المتابعه وجهان: من أن ذلك ليس توكيلا فى الإحضار، إذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعه، و من أن المطالبه بمقتضى الكفاله و هو الإحضار، أو دفع من (أصل) (٣)

ص: ٤٠٠

١-١) التذكرة ١٠٢: ٢. [١]

٢-٢) ما بين القوسين ساقط من نسخه «م».

٣-٣) لم ترد فى «م».

ح: لو أسلم الكفيل على الخمر برىء من الكفاله، و لو أسلم أحد الغريمين برىء الكفيل و المكفول على اشكال فيهما. المال، و هذا الوجه ليس بذلك البعيد، و عبارته المصنف تقتضى الأول لقوله:

(و إلا فلا).

و إن لم يطلب منه الإحضار، و لا- قال: له اخرج من حقى، و لكن أراد هو إحضاره فلا يجب عليه المتابعه، لأنه متبرع بالكفاله فلا حق له على المكفول، و لو كفل بالإذن و جب عليه المتابعه قطعاً.

و قول المصنف: (و إلا- فكالأول) معناه و إن لم يكن متبرعاً، بل كانت الكفاله بالإذن فكالأول، أعنى ما إذا طلب المكفول له من الكفيل إحضار المكفول، إذ تجب عليه المتابعه حينئذ كما ذكرنا.

إذا تقرر هذا، فلو أدى المال عنه فى شىء من هذه المواضع، فان كان متبرعاً بأدائه لم يرجع قطعاً، و إن كان قد كفل بالإذن سواء شرط الرجوع بما يؤديه أو مطلقاً على أظهر الوجهين، إذا أدى مع تعذر إحضار المكفول، و مطالبه المكفول له و تضيقه فله الرجوع عليه، لأن الاذن فى الكفاله اذن فى لوازمها، و من جملة لوازمها الأداء مع عدم الإحضار.

أما إذا تمكن من الإحضار، و أدى المال فقد قال فى التذكرة: إن الأقرب أنه لا يرجع و إن كانت الكفاله بإذنه، لأن الواجب فى الكفاله الإحضار مع الممكنه، و قد أمكن فيكون فى أداء المال متبرعاً، سواء حبس مع ذلك أم لا (1)، و ما قربه قريب.

قوله: (لو أسلم الكفيل على الخمر برىء من الكفاله، و لو أسلم أحد الغريمين برىء الكفيل و المكفول على اشكال فيهما).

هنا مسألتان و الاشكال فيهما معاً، فهما مرجع الضمير فى قوله: (على اشكال فيهما).

ص: ٤٠١

أ: إذا كانت الكفاله بين ذميين لمديون بخمر، وأسلم الكفيل برىء من الكفاله على اشكال، ينشأ: من امتناع كون المسلم كفيلا بالخمر، فبطل و يبقى الحق بين ذميين كما كان. و من أن الكفاله ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر.

و هو حق بالنسبه إلى الذميين يثبت فى الذمه مع عدم التظاهر، و شرط صحه الكفاله ثبوت حق فى الجملة فيتناول ذلك.

و الحق أن الوجه الأول ضعيف جدا، لأن الإسلام لا يسقط حق الذمى و إن كان خمرًا، فتجب قيمته عند مستحليه، فإنه محترم بالنسبه إليه.

و لهذا يمنع المسلم من التعرض اليه، و يضمن قيمته لو أتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفاله المسلم للذمى إذا كان فى ذمته خمر أو خنزير لذمى آخر، محتجا بأن الكفاله ليست بالمال، بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له فى ذمه المكفول، و هو هنا كذلك.

و لا شبهه فى وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لو طلبه المستحق، فلا مانع من صحه الكفاله أصلا، و ما ذكره حسن.

ب: الصورة بحالها و أسلم أحد الغريمين فقط، و فى الحكم إشكال ينشأ:

من عدم وجوب الخمر على المسلم، و امتناع استحقاقه إياها فيبرؤون جميعا. و من أن الواجب بالنسبه إلى المسلم هو قيمه عند مستحليه، و الأصل بقاء الكفاله.

و التحقيق أن يقال: إن كان المسلم هو مستحق الخمر سقط، إذ الواجب قبل الإسلام إنما هو الخمر، و قد امتنع استحقاقه بالإسلام، لا امتناع ملك المسلم إياه، و الأصل براءة الذمه من وجوب قيمه على الذمى، و حيث كان المانع من جهه المسلم انتفى استحقاق قيمه.

و إن كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه قيمه عند مستحليه، لأنه بإسلامه منع الخمر المستحق فى ذمته لذمى مستتر، فيجب الانتقال إلى قيمه، فتنتفى الكفاله هنا، و تزول فى الفرض الأول و يبرؤون جميعا.

أما لو كان ضامنا فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، و في رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

ط: لو خيف على السفينه الغرق

ط: لو خيف على السفينه الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به الى أحد و إن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم: ألقه فألقاه. قوله: (أما لو كان ضامنا فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، و في رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر).

لما كان الضمان ناقلا لم يسقط حق المضمون له عن الضامن بإسلام المضمون عنه لو كان الدين خمرا، لانتقاله إلى ذمه الضامن، و براءة من حق المضمون له، لكن لو كان الضمان بالإذن و أدى الضامن الى المضمون له ما ضمنه، فهل للضامن الرجوع عليه بالقيمة؟ نظر ينشأ: من أنه أدى دينه باذنه فيستحق الرجوع، و لما تعذر الرجوع بالمثل لا سلامه استحق الرجوع بالقيمة، و لأنه بإسلامه متلف لخمير محترمه على ذمى فتكون مضمونه. و من أن الرجوع إنما هو بما أدى، و لم يؤد إلا الخمر، و يمتنع الرجوع بها على المسلم بها، و القيمة لم يضمنها و لم يؤدها.

و يضعف بأن الواجب هو الخمر، و لما تعذر على المسلم أداؤها تعذر المثل، فوجب الانتقال إلى القيمة، فوجب القيمة ليس بالأداء بل بأمر آخر، خصوصا و المانع من حق الغير إنما هو إسلام المستحق عليه، فكيف يسقط لا إلى بدل، فوجب القيمة أقوى.

قوله: (و إن قصد الرجوع به، أو قال له بعضهم: ألقه فألقاه).

هذا و صلى لما قبله، و وجه عدم الرجوع في الأول أنه أتلف متاعه باختياره، من غير أن يلتزم له أحد بالرجوع به فلا يرجع، و ليس هذا كايجار المضطر الطعام، للاذن من الشارع حيث أوجبه و هو مقتض [\(1\)](#) للرجوع، و في

ص: ٤٠٣

أما لو قال له: ألقه و عليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجه. و لو قال: عليّ و علي ركبان السفينه ضمانه فامتنعوا، فإن قال:

أردت التساوى لزمه قدر نصيبه. الثانى أن الأمر بالإلقاء باختياره لا يستلزم التزام الرجوع.

قوله: (أما لو قال: ألقه و عليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجه).

لا ريب أنه إذا قال: ألقه و عليّ ضمانه يضمن ما ألقاه بالتزامه الضمان (للحاجه) (١)، وهذا وإن كان ضمانا لما لم يجب، لكنه حكم بصحته للحاجه الداعيه إليه، فإن فيه استنقاذا للنفوس، وربما ضاق الوقت عن إجراء المعامله فيه، وربما اقتضت تجاذبا فيفوت الغرض. هذا إن جعلناه ضمانا، وإن جعلناه جعله لكون المجعول فى مقابله عملا مقصودا محللا لخلصنا من الإلزام، ونحوه قال فى التذكره (٢).

فرع: لو قطع بغرق السفينه و هلاك بعض أهلها، و بسلامتها لو القى المال فى البحر، ففى وجوب الإلقاء لإنقاذ الغير من الهلاك اشكال.

قوله: (و لو قال: عليّ و علي ركبان السفينه ضمانه فامتنعوا، فإن قال: أردت التساوى لزمه قدر نصيبه).

المراد بالتساوى: أن يكون هو كأحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع، فحينئذ يوزع و يلزم بقدر نصيبه، لأن الاشتراك يقتضى ذلك.

و إن قال: أردت به ضمان اشتراك و انفراد، على معنى أن كل واحد ضامن للمجموع لزم القائل ضمان الجميع، و لا شىء على الباقين فى الصورتين، سواء سمعوا و سكتوا أو قالوا: لا نضمن أو لم يسمعوا، لأن السكوت أعم من

ص: ٤٠٤

١- ١) لم ترد فى «م».

٢- ٢) التذكره ١٠٣: ٢. [١]

و لو قال:و علىّ ضمانه و على الركبان فقد أذنوا لى فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال،ينشأ:من استناد التفريط الى المالك.و لو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان. الرضى.

و قول المصنف:(فامتنعوا)يحتمل أن يكون بعد الإلقاء فيشمل الصور الثلاث،أو قبله فيكون صورته واحده و هى الرد،و لا يخفى أنه لو ادعى الأمر الأول و لم يصدقه صاحب المال كان له تحليفه.

قوله: (و لو قال:علىّ ضمانه،و على ركبان السفينه فقد أذنوا لى فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال.).

لا- يخفى أن الظرف الأول يتعلق ب(أنكر)،و احترز (1)به عما لو كان الإنكار قبل الإلقاء،فإنه لا يضمن حينئذ سوى حصته،لأن التفريط أو التضييع حينئذ من المالك،و الظرف الثانى يتعلق ب(ضمن)،و المراد أن ضمانه للجميع إنما يكون بعد يمينهم على عدم الإذن له فى الضمان عنهم.

و منشأ الاشكال مما ذكره المصنف،أعنى استناد التفريط الى المالك حيث ألقى متاعه قبل الاستيثاق،و من أن المغرور يرجع على من غره.و يضعف بمنع الغرور هنا،فإنه قد يكون صادقاً فيما أخبر عنهم،و الخيانه من قبلهم فى الإنكار و ترك الاشهاد،و السؤال منهم مستند الى تفصير المالك فالأصح أنه لا يضمن إلا حصته.

بقى شىء،و هو أنه لو ثبت أنهم لم يأذنوا له بالبينه و إن عسر،لأنه شهاده على النفى أو بإقراره،فهل يضمن لكونه قد غر المالك حينئذ؟لا استبعد الضمان هنا.

قوله: (و لو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان).

وجه القرب أنه ضمان ما لم يجب،و لم تمس الحاجه اليه إن جعلناه

ص: ٤٠٥

١- ١) فى «ق»: يحترز.

و كذا مزق ثوبك و علىّ الضمان، أو اجرح نفسك و علىّ ضمانه، بخلاف طلق زوجتك و علىّ كذا.

ي: الأقرّب انتقال حق الكفالة إلى الوارث

ي: الأقرّب انتقال حق الكفالة إلى الوارث، و لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحاله و غيرها برىء الكفيل، و كذا لو أحال المكفول المستحق، لأنه كالقضاء. ضمانا، و إن جعلناه جعله فليست على عمل مقصود بخلاف محل الحاجة، و يحتمل ضعيفا الصحة للانتفاع بالإلقاء (1) لخفه السفينه، و ليس بشيء.

قوله: (و كذا مزق ثوبك و علىّ ضمانه، أو اجرح نفسك و علىّ ضمانه).

أي: ضمان الثوب و الجرح، لأنه مع كونه ضمان ما لم يجب يعد سفها.

قوله: (بخلاف طلق زوجتك و علىّ كذا).

و كذا أعتق عبدك و علىّ كذا، فإنه يصح ذلك جعله، فيلزم الجعل إذا أتى بالمجوعول عليه، و دليل الصحة أنه عمل مقصود محلل، و ربما كان عالما بالتحريم بينهما فطلب التفرقة بالعوض، أو علم كون العبد حرا في الواقع، أو طلب ثواب العتق، أو نحو ذلك من المقاصد الصحيحة للعقلاء.

قوله: (الأقرّب انتقال حق الكفالة إلى الوارث، و لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحاله و غيرها برىء الكفيل، و كذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء).

قد سبق ثبوت انتقال حق الكفالة بالإرث كسائر الحقوق، و ذكرها هنا للفرق بين انتقال الحق عن المورث إلى الوارث، و بين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع و نحوه، فإن الكفالة لا تنتقل حينئذ، كما لو باع الدين أو أحال به غيره، و نحو ذلك، فإن الكفالة لا تنتقل إلى من انتقل إليه الدين، لأنه لم ينتقل إليه

ص: ٤٠٦

يا: لو ادى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبه المكفول بما اداه عنه

يا: لو ادى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبه المكفول بما اداه عنه، سواء كفل بإذنه أو لا. و لو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

المقصد الخامس: في الصلح

إشاره

المقصد الخامس: في الصلح: و فصوله ثلاثه:

الأول: الصلح

الأول: الصلح: عقد سائغ شرع لقطع التجاذب، إلا ما أحل سواه، لا سائر الحقوق المتعلقة به، على أن الكفاله ليست حقا قابلا للنقل بالاختيار، بخلاف الإيرث فإنه يقتضى نقل كل حق للمورث، فينتقل الدين و ما يتعلق به. و مثله ما لو أحال المكفول المستحق بالدين، لأن ذلك كالقضاء.

قوله: (لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبه المكفول بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أو لا).

لأنه أدى دينه بإذن شرعى فيستحق الرجوع، فعلى هذا لا بد من تقييده بمطالبه المكفول له بحيث يكون واجبا عليه.

قوله: (الصلح عقد سائغ شرع لقطع التجاذب).

ربما يقال عليه: إن هذا يقتضى اشتراطه بسبق الخصومه كما يراه بعض العامه (١)، لأن القاطع للتجاذب مسبق بالتجاذب، فيجاب. بأن أصل شرعيته لذلك، و لا يلزم ثبوت التجاذب فى كل فرد من أفراد الصلح، كما فى القصر للمشقه فى السفر.

فان قيل: السفر المخصوص مظنه المشقه و القصر تابع له، بخلاف الصلح

ص: ٤٠٧

١- (١) ذهب إليه الشافعى كما فى الوجيز ١: ١٧٧.

حراما أو حَرَم حلالا، كالصلح على استرقاق حر، أو استباحه بضع، أو صالحه بخرم أو خنزير، أو صالحه-مع إنكاره ظاهرا-على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أو لا، فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا إبراء، إلا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا. فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنه التجاذب كما هو ظاهر قلنا: حيث تثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومه تثبت شرعيته، والأصل عدم كون الخصومه شرطا له.

قوله: (كالصلح على استرقاق حر، أو استباحه بضع).

هذا صلح يحل الحرام.

قوله: (أو صالحه بخرم أو خنزير).

هذا يمكن جعله من قبيل ما يحرم الحلال، ويمكن أن يجعل كل من الأقسام محللا للحرام و محرما للحلال باعتبار العوضين.

قوله: (أو صالحه-مع إنكاره ظاهرا-على بعض ما عليه، سواء عرف المالك قدر حقه أو لا، فإن الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا إبراء، إلا أن يعلم المالك ما عليه ويرضى باطنا).

لا بحث في صحه الصلح مع الإقرار، أما مع الإنكار فإذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا و صولح على بعض ما عليه-أى على قدر بعض ما عليه فى الواقع، سواء كان من جنسه أم لا-و منه ما لو صالحه ببعض ما ادعى به-فان هذا الصلح باطل بحسب الواقع، ولا- يثمر ملكا إن كان المدعى به عينا، ولا إبراء إن كان دينا، سواء عرف المالك قدر حقه أم لا، و سواء ابتداء هو بطلب الصلح عن حقه أم لا، لأن صلحه ربما كان توصلا إلى أخذ بعض حقه، إلا أن يعلم أن المالك قد رضى باطنا مع علمه بقدر الحق.

فلو كان له عليه دين لا يعلمه، فصالحه عليه بأقل منه من غير أن يعلمه

و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن، و هو أصل فى نفسه ليس فرعا على غيره و إن أفاد فائدته. بقدره لم يبرأ بذلك، لروايه على بن أبى حمزه، عن أبى الحسن عليه السلام فى يهودى أو نصرانى كان له عند السائل أربعة آلاف درهم و مات، أصالح ورثته و لا أعلمهم كم كان؟ قال: «لا يجوز حتى تخبرهم» (١)، هذا حال الصلح فى نفس الأمر و أما ظاهرا فإنه صحيح يحكم على كل منهما به.

نعم لو أقر المدعى عليه بعد الصلح بصحة الدعوى و جب تسليم المدعى به ظاهرا أيضا، ثم المدعى إن كان قد رضى بالصلح باطنا لا يجوز له أخذه، و إلا أخذه.

قوله: (و كذا لو كان المدعى كاذبا فصالحه المنكر فإنه غير مباح، إلا مع الرضى الباطن).

لأن الظاهر أنه يريد التخلص من عهده دعواه الكاذبه، و لأنه مع عدم التراضى أكل مال بالباطل، هذا بحسب نفس الأمر، أما بحسب الظاهر فإنه صلح صحيح. و لو ادعى مثلا بحظ مورثه أو وكيله و نحوه، فاتجه على المنكر اليمين فأراد الصلح لقطع هذه الخصومه و إسقاط اليمين، فليس بعيدا من الصواب صحته ظاهرا.

و ما فى نفس الأمر تابع لصحة الدعوى و عدمها، و يحتمل الصحة مطلقا، لأن اليمين حق فيصح الصلح لإسقاطها.

قوله: (و هو أصل فى نفسه ليس فرعا على غيره، و إن أفاد فائدته).

هذا هو المشهور و الأصح، و للشيخ قول بأنه فرع على غيره (٢)، و هو مذهب الشافعى (٣)، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك، و فرع الإجاره إذا وقع على

ص: ٤٠٩

١- ١) الكافى ٥: ٢٥٩، حديث ٦، [١] الفقيه ٣: ٢١، حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦، حديث ٤٧٢.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

٣- ٣) المجموع ١٣: ٣٨٥-٣٨٧.

و يصح على الإقرار و الإنكار من غير سبق خصومه، و مع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، دينا كان أو عينا، و هو لازم من الطرفين لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه.

و لا بد من متعاقدين كاملين، و ما يتصالحان به، المنفعة، و فرع الإبراء إذا اقتضى إسقاط بعض الدين، و فرع الهبه إذا تضمن هبه بعض العين، بان يصلح من العين على بعضها، و فرع العارية فيما إذا أقر له بدار في يده، و صالحه على سكنها سنه، و هو مردود، فإن أفاده عقد فائده آخر لا يقتضى كونه من افراده.

قوله: (و يصح على الإقرار و الإنكار من غير سبق خصومه، و مع سبقها سواء علما بقدر ما تصالحا عليه أو جهلاه، دينا كان أو عينا).

خالف الشافعي في الصلح على الإنكار فمنع منه، و كذا منع من الصلح من غير سبق خصومه (١)، و عندنا يصح الصلح في ذلك، و لا فرق بين علمهما بقدر ما تصالحا عليه و جهلهما، لحسنه حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام (٢)، و لو علم من عليه الحق و جب عليه إعلام الآخر.

و لا- يحكم بصحة الصلح بدون الإعلام، لروايه على بن أبي حمزه السالفه (٣)، و لعدم العلم بالرضى الباطن، إلا أن يعلم أنه قد رضى بالصلح كائنا ما كان المصالح عليه، و قد صرح به في التذكرة (٤).

قوله: (و لا بد من متعاقدين كاملين).

و كذا لا بد من صيغه مشتمله على الإيجاب و القبول، كسائر العقود اللازمه.

قوله: (و ما يتصالحان به، و عليه).

ص: ٤١٠

١- ١) كفايه الأخيار ١: ١٦٧، الوجيز ١: ١٧٨، فتح العزيز ٣٠١: ١٠-٣٠٢ المجموع ١٣: ٣٩٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٥، [١] التهذيب ٦: ٢٠٨، حديث ٤٧٩.

٣- ٣) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٦، الفقيه ٣: ٢١، حديث ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦، حديث ٤٧٢.

٤- ٤) التذكرة ١: ١٧٨-٢: ١٧٩. [٢]

و عليه. و يشترط فيهما التملك، و لو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر، لأنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين.

قيل عليه: إن الصلح إذا وقع موقع الإبراء، كما لو صالحه من الحق على بعضه فإنه صحيح، لعموم شرعيه الصلح و ليس فيه عوضان. قلنا: تكفي في المغايره الجزئيه و الكليه.

قوله: (و لو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه بالبيع نظر).

ينشأ: من إمكان اختصاص الربا بالبيع، فيتمسك في الصلح بأصله الجواز. و من أن ظاهر قوله سبحانه (وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (١) يقتضى تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات فلا يختص بالبيع، و في هذا قوه و تمسك بجانب الاحتياط. و من جعل الصلح بيعاً فلا اشكال عنده في تحريم الزيادة.

و قد قال الشارح الفاضل: إن الشيخ أحقه بالربويات، و اختاره ابن البراج، و هو بينى على قاعدتين:

أ: الصلح بيع أم لا؟ ب: الربا يختص بالبيع أم يعم (٢)؟ و هذا كلام فاسد، لأنه لا معنى لإلحاقه بالربويات عند الشيخ و ابن البراج، إذ هو بيع على قولهما.

ثم بنى ذلك على قاعدتين أعجب، و إن كان المبني كلام المصنف فأغرب، لأن المصنف قد حكم سابقاً بأنه أصل برأسه لا فرع على غيره، فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعاً، و إنما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع.

ص: ٤١١

[١- ١] البقره: ٢٧٥. [١]

[٢- ٢] إيضاح الفوائد ١٠٤: ٢.

و كذا فى الدين بمثله، فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسائه حال. و لو صالح من ألف حال بخمسائه مؤجل فهو إبراء على اشكال، و يلزم التأجيل، قوله: (و كذا فى الدين بمثله).

أى: و كذا يجىء النظر فى الصلح عن الدين بمثله، أى: بدين آخر فإنه يحتمل عدم صحته، نظرا الى مشاركته للبيع فى عله المنع فيشتركان فى الحكم، و الأصح العدم.

قوله: (فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسائه حال).

أى: فإن ألحقنا الصلح بالبيع فى تحريم الربا، فصالح من ألف درهم مؤجل بخمسائه درهم حاله فسد، كما إذا باع ألفا مؤجله بخمسائه حاله للربا.

قوله: (و لو صالح من ألف حال بخمسائه مؤجل فهو إبراء على اشكال، و يلزم التأجيل).

لما كان الصلح قد يفيد فائده الإبراء احتمل صحته فى هذه الصورة، و هى ما لو صالح من الف حال بخمسائه مؤجل. و الفرق بينهما و بين التى قبلها:

أنه فى التى قبلها جعل الحلول فى مقابل خمسائه فامتنع الإبراء فيها، لأن الإبراء إسقاط محض، و ما كان فى مقابله شىء لا إسقاط فيه، بخلاف الأخير، لأن الخمسائه المسقطه لا فى مقابله شىء، إذ الأجل المشروط نقصان آخر، و ضعف هذا الفرق ظاهر. و منشأ الاشكال: من أنه إبراء كما ذكرنا، و من أن الصلح معاوضه بالاستقلال لثبوت المغايره بين العوضين، و وقوع أحدهما فى مقابله الآخر.

فإن قلنا بالصحة لزم الأجل خلافا للشافعى (1)، و ربما استدل على الصحة

ص: ٤١٢

و ليس طلب الصلح إقرارا بخلاف بعنى أو ملكنى. و لو اصطلى الشرىكان على أن لأحدهما رأس ماله و للآخر الربى و الخسران صح. و لو صالح عن الدينائر بدراهم، أو بالعكس صح و لم يكن صرفا، بقول النبى صلى الله عليه و آله لكعب بن مالك: «اترك الشطر و اتبعه ببقيته» (١) و روى ذلك عن الصادق عليه السلام.

و جوابه القول بالموجب، فان الترك ليس معاوضه و إنما هو تصريح بالإبراء و كلامنا فى المعاوضه، و الذى يقتضيه النظر البطلان فى الصورتين للزوم الربا المحرم.

قوله: (و ليس طلب الصلح إقرارا بخلاف بعنى أو ملكنى).

خلافا لبعض العامه (٢)، فإن الصلح قد يكون على الإنكار، و أما البيع و التمليك فهما فرع الملك.

قوله: (و لو اصطلى الشرىكان على أن لأحدهما رأس ماله و للآخر الربى و الخسران صح).

هذا إذا انتهت الشركه و أريد فسخها و كان بعض المال ديناً، لصحيحه أبى الصباح عن الصادق عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه ربحا، و كان من المال دين و عين فقال أحدهما لصاحبه: أعطنى رأس المال و الربى لك و ما توى (٣) فعليك فقال: «لا بأس به إذا شرط» (٤) الحديث.

قوله: (و لو صالح عن الدينائر بدراهم، أو بالعكس صح و لم يكن صرفا).

لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، و الصرف بيع فلا يشترط فى الصلح

ص: ٤١٣

١- ١) سنن أبى داود ٣: ٣٠٤ حديث ٣٥٩٥.

٢- ٢) نسب هذا الخلاف إلى الشافعى فى أحد وجهيه، انظر: فتح العزيز ١٠: ٣٠٢.

٣- ٣) توى المال: هلك، مجمع البحرين (توا) ١: ٧١.

٤- ٤) التهذيب ٦: ٢٠٧ حديث ٤٧٦.

و لو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح. و يصح على كل من العين و المنفعه، بجنسه أو مخالفه. و لو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم.

الفصل الثاني: في تراحم الحقوق

إشاره

الفصل الثاني: في تراحم الحقوق: يجوز إخراج الروشن، و الجناح، و وضع الساباط، و استجداد الأبواب، و نصب الميازيب في التقابض لو كان العوضان من الأثمان.

قوله: (و يصح على كل من العين و المنفعه بجنسه أو مخالفه).

لأنه يفيد فائده عقود متعدده كما سبق، و لو صالح على إسقاط خيار، أو على حق أولويه و نحو ذلك صح.

قوله: (و لو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم).

هذا إن لم نقل: إن الربا يعم الصلح، أو قلنا إن القيمي يثبت في الذمه مثله، ثم ينتقل إلى القيمه لتعذر المثل، و اختار المصنف في المختلف الصحه (١) كما هنا، و استشكله شيخنا الشهيد في الدروس (٢)، و منعه في الخلاف (٣) و المبسوط (٤)، و ابن البراج (٥)، و احتج المصنف (٦) بعموم روايات (٧) معاوضه بقوله تعالى (وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (٨)، و الأصح عدم الصحه.

قوله: (يجوز إخراج الروشن، و الجناح، و وضع الساباط).

لا- فرق بين الروشن و الجناح، فان كل واحد منهما إخراج الخشب من الجدار و البناء عليه و نحوه، بحيث لا يصل الى الجدار المقابل، فان وصل فهو

ص: ٤١٤

١- (١) المختلف: ٤٧٥.

٢- (٢) الدروس: ٣٧٨.

٣- (٣) الخلاف ٢: ٧٦ مسألة ١٠ كتاب الصلح.

٤- (٤) المبسوط ٢: ٣٠٨.

٥- (٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٥.

٦- (٦) المختلف: ٤٧٥.

٧- (٧) الكافي ٥: ٢٥٩، حديث ٥، ٧، التهذيب ٥: ٢٠٨، ٢٠٦، حديث ٤٧٩، ٤٧٣.

٨- (٨) البقره: ٢٧٥. [١]

الطرق النافذه مع انتفاء ضرر الماره و إن عارض مسلم. أما لو كانت مضره، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت فى المرفوعه فإنه لا يجوز. الساباط، و فسر اللغويون الروشن بأنه الكوه (١).

قوله: (و إن عارض مسلم).

خلافًا للشيخ منا (٢)، و ابى حنيفه من العامه (٣) فيما إذا عارض مسلم فإنه منع، حكاه المصنف فى التذكره (٤).

قوله: (أما لو كانت مضره، أو أظلم بها الدرب على الأقوى، أو كانت فى المرفوعه فإنه لا يجوز).

الضابط فى الضرر و عدمه العرف، و يختلف باختلاف حال الطرق، و ظلمه الدرب بها إن كانت بحيث يزول الضياء بالكلية مانعه إجماعاً، و بدونه كذلك على الأقوى، خلافًا للشيخ (٥)، لأن ذلك يضر بضعيف البصريه نهاراً و فى الليل مطلقاً.

و لو كان إخراج شىء من هذه فى غير النافذه، و هى الطريق المرفوعه المسدوده لم يجز، لأنها مملوكه لأرباب الأبواب فيها، و هم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقين.

ص: ٤١٥

١- ١) كما فى الصحاح (رشن) ٢١٢٤: ٥، و لسان العرب (رشن) ١٨١: ١٣.

٢- ٢) المبسوط ٢٩١: ٢، و الخلاف ٧٥: ٧٤: ٢، مسأله ٢ كتاب الصلح.

٣- ٣) فتح العزيز ٣٠٨: ١٠، المجموع ٣٩٦: ١٣.

٤- ٤) التذكره ١٨١: ٢. [١]

٥- ٥) المبسوط ٢٩١: ٢، علماً بأن عبارته مطلقه تشمل زوال الضياء بالكلية أو قسماً منه، فالشيخ لا يحسبه مانعاً على ما يبدو. قال فى المفتاح ٤٧٤: ٥: (و لعل إطلاقه منزل على الظلمه الغير المزيله للضياء بالكلية. و قد لا يكون الشيخ مخالفاً عند التأمل)، فتأمل جيداً.

و لو أذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنه، أو شبكا جاز، و إذنه إعاره يجوز الرجوع فيه.

و يمنع من استجداد باب فى المرفوعه لغير الاستطراق دفعا للشبهه، و يجوز الصلح بينه و بين أرباب المرفوع على إحداث روشن و شبهه على رأى، و ليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض.

قوله: (و لو اذن أرباب الدرب المرفوع، أو فتح روزنه، أو شبكا جاز).

لا بحث فى الجواز مع الإذن، و لو أراد فتح روزنه أو شبكا جاز و إن لم يأذنوا أو نهوا، لأنه إنما يتصرف فى جداره و لا ضرر عليهم.

قوله: (و يمنع من استجداد باب فى المرفوعه لغير الاستطراق دفعا للشبهه).

المراد بالشبهه: ما يشعر به الباب من ثبوت حق الاستطراق، فرما استدل به على ثبوت الاستحقاق بمرور الأيام، و لأن الباب بعد فتحه لا ينضب عدم الاستطراق به، و لا يؤمن حصوله ليلا و نهارا. و يحتمل ضعيفا الجواز كما سيأتى.

قوله: (و يجوز الصلح بينه و بين أرباب المرفوع على احداث روشن و شبهه على رأى).

لعموم الدلائل الداله على جواز الصلح (١) بحيث تتناول هذا، و هو مختار ابن إدريس (٢)، و هو الأصح. و قال الشيخ (٣) و ابن البراج (٤): لا يجوز لأن فيه افرادا للهواء بالبيع، و هو يقتضى البناء على أن الصلح فرع البيع و قد بينا ضعفه.

ص: ٤١٤

١- (١) منها: ما رواه الكليني فى الكافي ٥:٢٥٩ حديث ٥، و الشيخ فى التهذيب ٦:٢٠٨ حديث ٤٧٩.

٢- (٢) لم نجده فى السرائر، و قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥:٤٧٦: (١) موافق للسرائر فيما حكى لأنى لم أجده).

٣- (٣) قاله فى المبسوط ٢:٢٩٢. [٢]

٤- (٤) نقله عنه فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢:١٠٦.

و لكل من له الاستطراق فيه إزاله ما أحدثه بغير إذن، و لذى الدارين المتلاصقين فى در بين مرفوعين فتح باب بينهما. و فى استحقاق الشفعه حينئذ نظر، قوله: (و لكل من له الاستطراق فيه إزاله ما أحدثه بغير إذن).

لأنه تصرف فى حقه بغير اذنه فكان له إزالته، و لا فرق بين أن يأذن الباقون أو لا.

قوله: (و لذى الدارين المتلاصقين فى در بين مرفوعين فتح باب بينهما).

و ليس لأحد من أهل واحده من السكتين منعه، لأنه يستحق المرور فى كل من السكتين، و رفع الجدار الحائل بين الدارين و جعلهما دارا واحده جائز إجماعا، ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى بطريق أولى، إذ هو عباره عن رفع بعض الجدار.

و منع منه بعض الشافعيه (١)، لأن ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرب المسدود الى دار لم يكن لها طريق منه، و لأن ذلك ربما أدى الى إثبات الشفعه فى قول من يثبتها بالطريق لكل واحد من الدارين فى زقاق الأخرى.

و غلظهم المصنف فى التذكره بالأولويه السابقه اللازمه عن رفع الجدار كله، مع أن المحذور لازم (٢).

قوله: (و فى استحقاق الشفعه حينئذ نظر).

أى: و فى بقاء استحقاق الشفعه بسبب الاشتراك فى الطريق حينئذ نظر، ينشأ: من التردد فى كون ذلك موجبا للاشتراك فى الطريق من الجانبين الموجب للكثيره و عدمه.

و يمكن أن يكون المراد: و فى حدوث استحقاق الشفعه لكل من

ص: ٤١٧

١- ١) فتح العزيز ٣١٣: ١٠، المجموع ٤١٢: ١٣-٤١٣.

٢- ٢) التذكره ١٨٣: ٢. [١]

الشريكين في الدربين المرفوعين بالنسبه إلى الدار الأخرى نظر، ينشأ: من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك و عدمه، إلا أن هذا لا يستقيم إلا على القول بثبوت الشفعه مع الكثره.

و الأصح أن الشفعه على ما كانت قبل فتح الباب، و فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق لواحد من الدارين في طريق الأخرى.

و يمكن أن يكون معنى العبارة: و في بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما، باعتبار كل منهما الشفعه (على شريكه في كل من الدربين المرفوعين، لو باع داره و قلنا باستحقاق الشفعه) (1) بمجرد الاشتراك في الطريق، أو كانت الداران مشتركين ثم ميزتا بالقسمه و بقى الطريق نظر، ينشأ: من أن مجاز تلك الدار في درب يشارك فيه آخر، غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء، فينتفى استحقاق الشفعه حينئذ بناء على المنع منه مع الكثره. و من أن شركته مع أزيد من واحد إنما هو باعتبار دارين، فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحد على اثنين.

و يمكن أن يكون المراد: و في استحقاق الشريك الشفعه لو باع ذو الدارين أحدهما نظر، من تخيل تكثر الشركاء، و عدمه، و يمكن أن يراد كل منهما.

فان قيل: على الفرض الثاني لا- يجيء هذا النظر، لأن الاشتراك في الطريق إذا كان حادثا بعد القسمه لا يعتد به، إنما المعتبر الاشتراك قبل القسمه، و تمييز الشقصين مع بقاء الاشتراك في الطريق.

قلنا: يمكن أن يكون الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمه، فلما حصلت القسمه سد ما بينهما، ثم طرأ فتح الباب.

و لقائل أن يقول: على هذا التقدير الشريك متكثر لا محاله، و مع ذلك ففرض المسأله لا يطابق هذا، إذ المفروض داران لا حق لأحدهما في درب الأخرى،

ص: ٤١٨

و ينفرد الأدخل بما بين البابين، و يتشاركان في الطرفين. و لكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول و عدمه، فلا يجيء النظر في المسألة إلا على قول من يثبتها بمطلق الاشتراك في الطريق، كما ترشد إليه عبارته التذكرة (١).

و لا بد في مجيء النظر في استحقاق أحد الشريكين الشفعة، لو باع أحد الدارين من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما، فان شرطه فلا وجه للنظر أصلاً.

قوله: (و ينفرد الأدخل بما بين البابين).

فيكون الخارج شريكا الى عند بابه، إذ المقتضى لاستحقاقه الشركه هو الاستطراق و نهايته الباب، و قوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الأحمال و وضع الأثقال (٢): و فيه نظر، لأنه لا يلزم من الاحتياج الشركه، و إنما المقتضى للملك هو الإحياء، فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه، و المشهور الأول، و عليه الفتوى.

قوله: (و يتشاركان في الطرفين).

لانتفاء الأولويه لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين، لأن أدخليه الباب تقتضى الاستطراق، و هو مختص به فيتحقق الترجيح.

قوله: (و لكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول و عدمه).

لأن حق الاستطراق ثابت له الى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه شركه، و تصرفه في جداره برفع كله أو بعضه لا شك في جوازه. و لا يقال: إنه بتكثر الأبواب يكثر المستطرقون، لأنه لا يتفاوت الحال بكثره المستطرقين و الباب واحد،

ص: ٤١٩

١- (١) التذكرة ١٨٣: ٢. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٨١.

فإن سده فله العود إليه، و ليس لأحدهما الدخول، و يحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع، و رفع الحائط أجمع. مع أن الازدحام ربما كان أكثر على هذا التقدير.

قوله: (فإن سده فله العود إليه).

لأن حقه الثابت لا يسقط بسد الباب، بل ولا بالإسقاط.

قوله: (و ليس لأحدهما الدخول).

أى: ببابه عن موضعه، لأنه لا حق له فيما دخل عنه.

قوله: (و يحتمله إذ كان له ذلك في ابتداء الوضع و رفع الحائط أجمع).

أى: و يحتمل جواز الدخول، و العبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق، و أن يريد مع ذلك جواز الاستطراق، و هو بعيد جدا.

و الوجه الأول من الوجهين اللذين استدل بهما لو تم لدل على الثانى، بخلاف الوجه الثانى.

و توضيح الأول: أنه قد كان في ابتداء الوضع مخيرا بين وضع الباب داخلا و خارجا، و الأصل بقاء ذلك. و يضعف بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذى اتفق، فإنه قد كان له فتح باب من أى الجوانب شاء، و قد امتنع عليه الآن فتحه الى بيت جاره.

و توضيح الثانى: ان جعل الباب أدخل عبارته عن رفع بعض الجدار، و رفع جميعه جائز فبعضه أولى. و يضعف بأن رفع الجميع لا تنطبق اليه شبهه استحقاق الاستطراق، بخلاف جعل الباب ادخل.

قيل عليه: رفع الجميع قد تنطبق اليه شبهه كون الطرف الأدخل كله أو بعضه داخلا في ملكه.

قلنا: ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهه، نعم هو غير مانع، بخلاف الباب

و ليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن و إن استوعب الدرب، فإن خرب جاز لمقابله المبادره فليس للأول منعه. و يجوز جعل الدار اثنتين، و يفتح فى المرفوع آخر فى موضع له استطرأقه، و فتح باب فى النافذ لذات المرفوع دون العكس، إلا على فإنه هو السبب فى الشبهه و لا خفاء، لضعف هذا الاحتمال.

قوله: (و ليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن و إن استوعب الدرب).

لما لم يكن الطريق النافذ حقا لذوى الدور فيه، لم يكن للجار المقابل و لا لغيره الاعتراض على بعض أهل الدرب، إذا وضع روشنا لا ضرر فيه على الماره، سواء استوعب الدرب أم لا، بشرط أن لا يضع شيئا منه على جدار المقابل.

قوله: (فإن خرب جاز لمقابله المبادره فليس للأول منعه).

لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، فلما خرب بناؤه زالت الأولويه و عاد الأمر (الى ما كان) (١).

قوله: (و يجوز جعل الدار اثنتين و يفتح فى المرفوع آخر فى موضع له استطرأقه).

قد سبق أن له أن يفتح لذات الدرب المرفوع بابا آخر أقرب الى صدر الدرب، و هو الموضع الذى له استطرأقه، فإذا جعل الدار الواحد اثنتين، ثم فتح بابا للآخر فى موضع له استطرأقه لم يكن مانع منعه.

قوله: (و فتح باب فى النافذ لذات المرفوع دون العكس).

و الفرق جواز احداث الأبواب، و الاستطراق فى النافذ لكونه غير مملوك بخلاف المرفوع.

قوله: (إلا على الاحتمال).

ص: ٤٢١

(١ - ١) فى «م»: كما كان.

الاحتمال، و الجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف، و طرح خشب، و غير ذلك.

و لا- تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار، بل تستحب. و لو أذن جاز له الرجوع قبل الوضع و بعده على الأقوى، لكن مع الأرش على اشكال. أى: دون العكس، فلا يجوز إلا على الاحتمال السابق، من جواز إدخال الباب فى المرفوعه، نظرا الى أن ذلك كان له فى ابتداء الوضع و أن له رفع جميع الجدار، و قد علمت ضعفه.

قوله: (و لا تجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل تستحب).

خلافًا لبعض العامة (١).

قوله: (و بعده على الأقوى لكن مع الأرش على اشكال).

اختلف فى جواز الرجوع فى عاربه الجدار بعد وضع البناء عليه، فقال الشيخ (٢) و ابن البراج (٣) بمنعها، لأن الإذن اقتضى الدوام، و أفضى إلى اللزوم كالإذن فى الدفن. و هو ضعيف، فإن الأصل أن للمالك التصرف فى ملكه كما كان، و الحاقه بالدفن قياس مع الفارق، فإن تحريم النيش ثابت هنا اتفاقا.

و الأصح أن له الرجوع، و هل يرجع مجاناً أم مع الأرش، و هو نقصان بناء الغير على الجدار؟ فيه إشكال ينشأ: من أنه إنما اذن له عاربه، و من خواص العاربه الرجوع متى أراد، و من أنه بناء محترم صدر بالاذن، فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه، و لأن فيه جمعا بين الحقين، و لأنه سبب الإتلاف لإذنه، و المباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعى، و هو الأصح.

ص: ٤٢٢

١- ١) منهم: الشافعى فى القديم و مالك و أحمد، راجع فتح العزيز ٣١٥: ١٠، و المغنى لابن قدامه ٣٨: ٥، و المجموع ٤٠٥: ١٣.

٢- ٢) قاله فى المبسوط ٢٩٧: ٢.

٣- ٣) قال العاملى فى المفتاح ٤٨٢: ٥. (و قد حكى ذلك عن القاضى).

و لو انهدم افتقر فى تجديد الوضع الى تجديد الإذن. و يجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب، و وزنه، و وقته. و لو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف و غيره إلا بإذن شريكه، و على القول بالأرض فهل هو عوض ما نقصت الآلات بالهدم أو تفاوت ما بين العامر و الخراب؟ قال فى الدروس: كل محتمل (١). قلت: الثانى لا يخلو من قوه، لأن وصف العماره حصل بسعيه و هو مملوك له.

قوله: (و لو انهدم افتقر فى تجديد الوضع الى تجديد الإذن).

لأن المأذون فيه و هو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن.

قوله: (و يجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب و وزنه و وقته).

المراد بقوله: (ابتداء) قبل الوضع، فإنه إذا وضع و بنى لم يجب إلا تعيين المده، لصيروره الباقي معلوماً، بخلاف ما إذا لم بين فان الضرر يتفاوت فى ذلك تفاوتاً عظيماً، و لا ضابط يرجع اليه عند الإطلاق، و هذا فى الخشب دون الآجر و اللبن و نحوهما، للعادة صرح به فى التذكرة (٢).

و لو كانت الآلات حاضره استغنى بمشاهدتها عن كل وصف و تعريف، و قد صرح به فى التذكرة (٣) أيضاً.

قوله: (و لو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف بتسقيف و غيره إلا بإذن شريكه).

كغيره من الأموال المشتركة، و يجوز الاستناد اليه و اسناد المتاع اليه مع

ص: ٤٢٣

١- (١) الدروس: ٣٨٢.

٢- (٢) التذكرة ١٨٨: ٢. [١]

٣- (٣) المصدر السابق. [٢]

و لا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم. و لو هدمه فالأقوى الأرش، و كذا لا يجبر على الشركة في عماره الدولاب و البئر و غيرهما، انتفاء الضرر، لأنه بمنزلة الاستضاءه بسراج الغير، و الاستظلال بجداره. و لو منع المالك حرم على الأقرب و فاقا لما في التذكرة (١)، لأنه نوع تصرف بإيجاد الاعتماد بخلاف الاستظلال، و اختار في الدروس انه ليس له المنع إذا كان المجلس مباحا (٢).

قوله: (و لا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم).

إذا لا يجب على الشخص عماره جداره المنهدم ففي الشركة أولى.

قوله: (و لو هدمه فالأقوى الأرش).

لأن النقصان الفائت بالهدم غير مثلي فيصار إلى القيمة و هو الأرش، و قال الشيخ: تجب إعادته (٣)، و في الدروس: عليه إعادته إن أمكنت المماثلة (٤)، و هو بعيد إذا لا يعد الجدار مثليا، على أن الأعيان باقيه، و إنما الفائت صفتها، و المماثلة في الصفة في غايه الندره.

قوله: (و كذا لا يجبر على الشركة في عماره الدولاب و البئر و غيرهما).

لمثل ما قلناه، و خص بعض العامه هذه بوجوب العماره و الإصلاح على الشريك، لعدم إمكان القسمة في هذه فيحصل الضرر بخلاف الجدار (٥)، و الفرق مردود.

ص: ٤٢٤

١- ١) التذكرة ١٨٥: ٢. [١]

٢- ٢) الدروس: ٣٨٢.

٣- ٣) المبسوط ٣٠٣: ٢.

٤- ٤) الدروس: ٣٨٣.

٥- ٥) ذهب إليه أبو حنيفة، انظر: المجموع ٤١٦: ١٣، و فتح العزيز ٣٢١: ١٠.

و لو انفرد بها أحدهما لم يمنع. فرع: لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار، و القناه، و الدولاب و نحوها، فامتنع من العماره و غيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس يبيعد أن يرفع أمره الى الحاكم ليخيره الشريك بين عده أمور: من بيع، و اجاره، و موافقه على العماره، و غير ذلك من الأمور الممكنه في ذلك، عملاً بقوله عليه السلام: «لا ضرر و لا إضرار» (١)، و لأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعه للمال و قد نهى عنها، و لم أظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلمح.

قوله: (و لو انفرد بها أحدهما لم يمنع).

أى: لو انفرد بالعماره أحدهما، و الحال لا يخلو من أن تكون الإعاده بالآلات المشتركه، أو بما يختص بملكه المعيد. و على كل تقدير فإما أن يكون الأساس و الهواء الذي يكون فيه الجدار مملوكاً لهما، أو للمنفرد بالعماره، و ليست الصور كلها سواء في الحكم، فان الآلات المشتركه كيف يجوز الانفراد بالتصرف فيها بالعماره من دون اذن المالك، و مال المسلم لا يحل إلا عن طيب نفس منه.

و كذا القول في الأساس و الهواء إذا كان مشتركاً، و إطلاق المصنف يقتضى عدم التوقف على الاذن مع الاشتراك، و حكي في الدروس (٢) عن الشيخ (٣) منع التوقف على اذن الآخر، و الأصح التوقف لما قلناه، و قواه في الدروس (٤).

نعم لو كانت الأرض موقوفه و قفا عاماً، لم يتوقف على الاذن بالنسبه إليها، و متى اعاده بغير اذن بآلات نفسه و الأساس مشتركه فلآخر الإزاله، أو

ص: ٤٢٥

١ - ١) الكافي ٥: ٢٩٢، حديث ٢، الفقيه ٣: ٤٥، التهذيب ٧: ١٦٤، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٤، حديث ٢٣٤٠، ٢٣٤١، سنن الدارقطني ٤: ٢٢٧، حديث ٨٣، مسند أحمد ١: ٣١٣، و ٥: ٣٢٧.

٢ - ٢) في «م»: التذكرة.

٣ - ٣) المبسوط ٢: ٣٠١.

٤ - ٤) الدروس: ٣٨٣.

و لا- يجبر صاحب السفلى و لا العلو على عماره الجدار الحامل للعلو. و لو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز، و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض، و كذا فى نصف الطول و كل العرض، و تصح القرعة فى الثانيه دون الأولى، بل يختص كل وجه بالآلات المشترکه فهو مشترك و إن أثم.

و لو طالبه الشريك بهدمه أمكن وجوب الإجابة، لأن تصرفه فى الآلات كان ممنوعاً منه، و ربما تعلق الغرض بها و طلبت قسمتها لذلك (١).

قوله: (و لا يجبر صاحب السفلى و لا العلو على عماره الجدار الحامل للعلو).

إذا كان علو الجدار لوحد و سفليها لغيره، فانهدمت لم يكن لوحد منهما مطالبه الآخر بالعماره، أما صاحب العلو فلأنه ملك غيره و لا يجب عليه عماره ملك غيره، و أما صاحب السفلى فلأنه لا يجب عليه عماره ملكه لأجل الغير.

لكن يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يكن حمل جدار العلو، أو سقفه واجبا عليه بعقد لازم، فان وجب كذلك لزمه البناء، و قد نبه عليه فى الدروس (٢). و لو طلب صاحب العلو بناء جدران السفلى قال فى التحرير: لم يكن لصاحب السفلى منعه (٣). و ظاهر سوق كلامه أن ذلك حيث يكون جدران السفلى لصاحب السفلى، و لم يكن حمل جدران العلو واجبا، و هو مشكل إذا كان الأساس ملكاً لصاحب السفلى، أو مشتركا كما نبهنا عليه سابقاً.

قوله: (و لو طلبا قسمته طولاً- أو عرضاً جاز، و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض، و كذا فى نصف الطول و كل العرض، و تصح القرعة فى الثانيه دون الأولى بل يختص كل وجه

ص: ٤٢٦

١- ١) فى «ق»: كذلك.

٢- ٢) الدروس: ٣٨٣.

٣- ٣) التحرير ١٣٦: ٢. [١]

بصاحبه. بصاحبه).

هذا من أحكام الجدار المشترك، فهو راجع الى أول الكلام من قوله:

(و لو كان مشتركا) و الضمير للشريكين المذكورين غير مره، و ما بينهما من أحكام الدولاب و البئر و العلو و السفلى معترض.

و تحقيقه: أنه لو طلب كل من الشريكين فى الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز قطعاً، لثبوت التراضى، فلا أثر لحصول النقص معه لو نشره أو اكتفياً (١) بالعلامه فإن لهما هدمه.

و لو طلب أحدهما القسمه و امتنع الآخر فلا يخلو: إما أن يطلب القسمه فى كل الطول و نصف العرض هكذا أو فى كل العرض و نصف الطول هكذا:

فان كان المطلوب الأول لم تجب الإجابة و لم يجبر الممتنع قطعاً، لأننا لو أوجبنا القسمه على هذا النحو لا اعتبرت القرعه فى التخصيص، لأن الأخذ بغير قرعه و لا تراض مناف للقسمه، و لا مثل له فى الشرع.

و القرعه ربما وقعت لأحدهما على الشق الذى يلى الآخر، فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له، و لعدم إمكان فصل كل سهم عن الآخر حينئذ، لأنه إن اكتفى بالعلامه - و هو خط بين السهمين - كان بناء أحدهما على نصيبه موجبا

ص: ٤٢٧

١ - ١) فى «ق»: أو اكتفينا.

لتعدى الثقل، و التحامل الى الآخر، و إن كان بالنشر ضعف الجدار و تناقصت قوته. و ان كان المطلوب الثانى فقد أطلق المصنف عدم الإيجاب على القسمة فيه أيضا. و فى التذكرة قال: إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليها، و إن تضرر الممتنع لم يجبر (١).

و مقتضى كلام الدروس: الإيجاب على القسمة فى كل العرض و نصف الطول، مع انتفاء الضرر عن الممتنع فينشر الجدار (٢)، فكأنه يرى أن النشر و إن استلزم إتلاف شىء من الجدار إلا أنه هين، لأنه بمنزلة قسمة الثوب الصفيق، و ليس بعيد.

إذا عرفت هذا فاعلم أن شيخنا الشهيد أورد فى بعض حواشيه، أن القسمة طولاً- و عرضاً هى القسمة فى كل الطول و نصف العرض، و فى نصف الطول و كل العرض فيلزم التكرار. ثم أجاب باختلاف الحكمين، فإن الأول يعطى الجواز، و الثانى يعطى عدم الإيجاب، فالفرق بينهما فرق ما بين العام و الخاص.

و عندى أن السؤال و الجواب كلاهما ليس بشىء، فإن معنى العبارة أنهما لو طلبا القسمة على واحده من الصورتين طولاً أو عرضاً فلا بحث فى الجواز، لأن لهما نقض الجدار كله، فكيف قسمته على وجه مخصوص.

و لو طلب أحدهما القسمة و امتنع الآخر، فإن طلبها فى كل الطول و نصف العرض لم يجبر الممتنع قطعاً، للضرر بالتمييز، و إن طلبها فى نصف الطول و كل العرض لم يجبر أيضاً، و ان كان هذا أولى من الأول بالإيجاب، لانتفاء الضرر المعتد به، و إمكان القرعة التى هى معيار القسمة هنا بخلاف الأول، و لا تكرار فى هذا بوجه من الوجوه.

ص: ٤٢٨

[١- ١] التذكرة ١٨٥: ٢. [١]

[٢- ٢] الدروس: ٣٨٢.

و لو تعاوننا على إعادته المشترك، أو أعاده أحدهما بالآله المشتركه فهو على الشركه، و لو طلب صاحب العلو عماره السفل بنقض صاحبه كان له المنع. و لو أعاده بآله من عنده فله ذلك، و المعاد ملكه. و لا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله، لكن يمنع من فتح كوه، أو ضرب وتد. و لو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر و القناه لم يكن له و أشار المصنف إلى أولويه الصوره الثانيه بالإجبار بقوله: (و كذا في نصف الطول و كل العرض) فان المشبه به أقوى من المشبه، و بصحه القرعه فيها دون الاولى.

قوله: (و لو طلب صاحب العلو عماره السفل بنقض صاحبه كان له المنع).

النقض بالكسر: المنقوض ذكره في الصحاح (1) و هي آلات البناء.

قوله: (و لو أعاده بآله من عنده فله ذلك).

ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا لم يكن الأساس للآخر و لا مشتركا بينهما، و إلا لم يجز بدون الإذن.

قوله: (و لا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله، لكن يمنع من فتح كوه أو ضرب وتد).

الوتد بالكسر: واحد الأوتاد، و بالفتح لغه، و اعلم أنه يمنع من التصرف المضعف للجدار الحامل للعلو، لأنه إضرار بصاحب العلو في أمر مستحق له.

ص: ٤٢٩

منع الآخر من الانتفاع بالماء، ولا يجب على مستحق اجراء الماء فى ملك غيره مشاركه المالك فى عماره سقف المجرى و ان خرب من الماء، ولا على المالك إصلاح القناه لو خربت بغير سببه. و يجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه و بين السفل و إن كان مشتركاً، و وضع ما جرت العاده بوضعه للضروره. و لصاحب السفل الاستكنان، و تعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد فى السقف فلا. قوله: (و لا يجب على مستحق اجراء الماء فى ملك غيره مشاركه المالك فى عماره سقف المجرى و إن خرب من الماء).

فإنه لا يجب عليه (أن يسقف المجرى، فلا يجب عليه) (1) عمارته لو خرب بأى سبب كان.

قوله: (و لا على المالك إصلاح القناه لو خربت بغير سببه).

لأن استحقاق الإجراء لا يقتضى استحقاق عماره المجرى.

قوله: (و يجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه و بين السفل و إن كان مشتركاً، و وضع ما جرت العاده بوضعه للضروره).

إنما جاز الجلوس، و وضع ما جرت العاده بوضعه من آلات المنزل و نحوها للضروره، فإن الساكن فى مكان مضطر الى ذلك لا بد له منه، أما ما لم تجر العاده بوضعه فلا يجوز إذا كان مشتركاً قطعاً، و لو اختص به فله التصرف فى ملكه كيف شاء.

قوله: (و لصاحب السفل الاستكنان، و تعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب، أما ضرب الوتد فى السقف فلا).

اختار المصنف فى التذكرة منع تعليق صاحب السفل الأمتعه فى السقف،

ص: ٤٣٠

١ - ١) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

أ: إذا استحق وضع خشبه على حائط فسقطت

أ: إذا استحق وضع خشبه على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الإعاره. و لو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر.

ب: لو وجد بناءه

ب: لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملكك غيره، و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرش و الجدار في عدم سواء يتأثر به أو لا كالثوب و نحوه (١). و مختاره هنا قريب، لجريان العاده بذلك، نعم لا يجوز نحو ضرب الوتد قطعاً.

قوله: (إذا استحق وضع خشبه على حائط فسقطت، أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع، بخلاف الإعاره).

و الفرق أن الإعاره إذن في الوضع فلا يقتضى التكرار ما لم يصرح به، و بعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق، أما إذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين فإنه يقتضى استحقاق الإعادة، للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط.

قوله: (و لو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر).

ينشأ: من أن له حق الإبقاء فيستصحب، و من أنه ضرر منفي. و يضعف بأن الإزالة ضرر أيضاً، و الضرر لا يزال بالضرر و هو الأصح. و لا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع و الإعادة، ما لم يبذل الأرش في الإعادة فتجب الإزالة حينئذ.

قوله: (لو وجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه في ملكك غيره و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض و الجدار في عدم الاستحقاق).

ج: لا يجوز بيع حق الهواء

ج: لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق.

الفصل الثالث: في التنازع

لو صالح المتشبه المصدق لأحد المدعين لسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في الربع ولا أي: لو وجد واجد بناءه، أو خشبه، أو مجرى مائه كدولابه، ونحو ذلك في ملك غيره، ولم يعلم سببه كأن ينتقل إليه بالإرث، فهل يكون ذلك مقتضياً للاستحقاق، بحيث لا يجوز للمالك منعه من الإبقاء، ولا من الإعادة لو انهدم أو لا فيكون له ذلك؟ الأقرب الثاني تمسكا بأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق.

و غايه ما في الباب أن يكون بحق، وهو أعم من العاربه التي يجوز الرجوع فيها، وخالف الشيخ في ذلك نظرا الى أن الظاهر أن ذلك وضع بحق، فلا يمنعه صاحب الملك من الإبقاء إلا إذا ثبت ذلك (1)، وقول الشيخ ضعيف.

واعلم أن عبارته المصنف لا تخلو من مناقشه، لأن من لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير مثلا، ما دام لا يعلم الاستحقاق فلا يدعيه، فلا يتصور منه اليمين عليه ليكون قول المالك بيمينه مقدا.

وقد كان الأولى أن يقول: لو اختلفا في الاستحقاق وعدمه، فيما إذا كان بناؤه في ملك الغير فالأقرب أن اليمين على المالك مع عدم البيئه، لأنه المنكر.

قوله: (لا يجوز بيع حق الهواء، ولا مسيل الماء، ولا الاستطراق).

لأنه ليس شيء من ذلك عينا، لكن يجوز الصلح على ذلك بشرط التعيين.

قوله: (لو صالح المتشبه المصدق لأحد المدعين، بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه، والأصح في

ص: ٤٣٢

شركه. و لو تغاير السبب صح الصلح فى حصته أجمع و لا شركه، الربع و لا شركه).

أى: لو صالح المتشبه و هو صاحب اليد، و قد ادعى عليه مدعيان بأن العين الفلانيه مثلا ملك لهما، بسبب يقتضى التشريك بينهما فى الملك كالإرث، كابنين يدعيان على زيد بأن الدار التى فى يده ملك لهما بالإرث من أبيهما، فصدق أحدهما و كذب الآخر، فتحقق بإقراره عدم ملكه لنصف الدار، و الابنان متفقان على أن النصف كالكل مملوك لهما بالإرث، فيمتنع استحقاق أحدهما النصف من دون الآخر.

بل كلما ثبت أنه مخلف عن أبيهما، فهما مشتركان فيه الى أن يعلم السبب الناقل، و قد ثبت بإقرار الابن أن النصف مخلف عن أبيه، فامتنع انفراده بملكه، فيكون مشتركاً بينهما، و التالف بإنكار المتشبه منهما.

فان قيل: إنما أقر المتشبه باستحقاق واحد خاصه فلا يستحق الآخر شيئاً.

قلنا: الاستحقاق إنما ثبت من جهه أن سبب الملك مقتضى للتشريك، و لا فرق بين أن يقولوا: ورثناها (و قبضناها) (١) ثم غصبها منا، و عدمه كما نص عليه فى التذكرة (٢)، لأن سبب التشريك موجود، فإذا صالح المتشبه المقر له - و الحال هذه - عن النصف المقر به فإما أن يكون باذن شريكه أولاً.

فإن كان بالاذن صح الصلح و اشتركا فى العوض، لأنه عوض ما لهما المشترك، و الأصح فى الربع خاصه، و بقى الربع الآخر على ملك الابن الآخر إن لم يجز الصلح.

قوله: (و لو تغاير السبب صح الصلح فى حصته أجمع و لا شركه).

المراد بتغاير السبب: أن يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك

ص: ٤٣٣

١- ١) لم ترد فى «ق».

٢- ٢) التذكرة ١٨٩: ٢. [١]

الآخر، فلا يكون السبب مقتضياً للتشريك، بل الشركه بسبب آخر و هو الشيوغ، كأن يكون أحدهما مستحقاً للنصف بالإرث، و الآخر بالشراء مثلاً، فإن الإقرار لأحدهما لا يقتضى مشاركه الآخر إياه.

و هل يكون شراؤهما معاً، و اتها بهما، و قبضهما معاً إذا أقر به المصدق من المدعين كالإرث، أم يلحق بالسبين المتغايرين؟ الأقرب عند المصنف فى التذكره الأول، لاعتراض المقر بأن السبب المقتضى لتملكه مقتضى لتملك الآخر (1).

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن البيع لا ثنين بمنزله الصفقتين.

و لقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب، و كونه مقتضياً للتشريك فى عدم الشركه، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له، و هو أمر كلى يمكن نقله عن مالكة الى آخر. و لهذا لو باع أحد الورثه حصته من الإرث صح، و لم يتوقف على رضى الباقين.

فإن أجيب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صير النصف كالتالف، فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصه أحدهما دون الآخر.

قلنا: فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركه، و قد سبق فى البيع- فيما إذا قال: النصف لك و النصف الآخر لى و لشريكى- ما ينافى إطلاق ما هنا، حيث أنه حكم بالتشريك بينهما فى الحاصل و التالف.

و فى أحكام التنازع فى الرهن تردد فى التشريك و عدمه، و نبه شيخنا الشهيد على ذلك فى حواشيه على الكتاب، و الذى يقتضيه النظر أن الحكم فى مسأله الإرث قبل قبض الوارثين صحيح، لأن الحاصل من التركه قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبه إلى الورثه، و التالف لا يحسب عليهم و كأنه لم يكن.

و امتناع الوصول اليه كتلفه فى هذا الحكم، و الظاهر أنه لا خلاف فى

ص: ٤٣٤

و يعطى مدعى الدرهمين أحدهما و نصف الآخر، و مدعى أحدهما الباقي مع التشبث. ذلك، أما بعد القبض و استقرار الملك لهم و انقطاع كل من الورثة عن حق الورثة إلى آخر.

و لا- دليل على إلحاق تعذر الوصول الى (حق) (١) بعضهم بالإنكار مع عدم البينه، و نحوه بتلف البعض فى هذا الحكم و الأصل، عدمه، فينتفى التوقف فيه فيلحظ الحكم المذكور فى البيع.

و لو كان المشترك دينا فأقر لبعض و أنكر بعضا ففى التركة قبل القبض لا بحث، و بعد القبض و غير التركة من أقسام الشركه فيه الخلاف المشهور، من أن الحاصل لهما و التالف عليهما، و عدمه.

قوله: (و يعطى مدعى الدرهمين أحدهما و نصف الآخر، و مدعى أحدهما الباقي مع التشبث).

إذا كان فى يد شخصين درهما فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر واحدا منهما اعطى مدعيهما معا درهما، لعدم منازعه الآخر فيه، و يتساويان فى الدرهم الآخر، لأن كل واحد منهما صاحب يد و دعوى لجميعه فيقسم بينهما، لروايه عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن الصادق عليه السلام (٢).

قال فى التذكرة: و الأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر، الذى تصادمت دعواهما فيه و هو ما فى يده، فمن نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفين (٣).

و ما قربه جيد لعموم: «و اليمين على من أنكر» (٤)، و متى نكل أحدهما

ص: ٤٣٥

١- ١) لم ترد فى «م».

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٢ حديث ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٨١.

٣- ٣) التذكرة ٢: ١٩٥. [١]

٤- ٤) سنن البيهقى ١٠: ٢٥٢ اختلاف الحديث للشافعى: ١٩٦.

و كذا لو استودع من اثنين ثلاثة، ثم تلف واحد من غير تفريط و اشتبهه، بخلاف ممتزج الأجزاء. ردت اليمين على الآخر، لأننا لا نقضى بالنكول.

و اعلم أن قول المصنف: (مع التشبث) تشبثهما بأن تكون اليد لهما معا، قال في الدروس: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا، فإنه يقوى القسمه نصفين و يحلف الثاني للأول، و كذا في كل مشاع (١). و ما قاله متجه، و أنكر في الدروس ذكر الأصحاب اليمين هنا (٢)، و قد نقلنا عن التذكرة (٣) خلافه.

قوله: (و كذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط و اشتبهه، بخلاف ممتزج الأجزاء).

أى: و كذا الحكم لو استودع شخص من رجل دينارين مثلا و من آخر ديناراً، ثم امتزجا إما بغير تفريط منه أو بإذن المالكين، ثم تلف واحد بغير تفريط، و إنما اعتبرنا عدم التفريط، لأنه مع التفريط يضمن التالف فلا حاجة الى القسمه.

فأما مع عدمه، فلأنه لا ضمان عليه، و حينئذ فيدفع الى صاحب الدينارين ديناراً، لأن الآخر معترف له به، و يبقى الدينار الآخر فيقسم بينهما نصفين، لروايه السكونى عن الصادق عليه السلام، عن آبائه عليهم السلام: بالأمر بإعطاء صاحب الدينارين ديناراً و نصفاً و للآخر ما بقى (٤).

و إطلاق الروايه يقتضى دفع ذلك و إن لم تتصادم دعواهما فى الدينار، فلذلك لم يحكم باليمين، و لم يذكر المصنف فى التذكرة هنا يمينا (٥).

و فى الدروس قال: إن الأصحاب لم يذكروا يمينا هنا، و فى التى قبلها، و ذكروها فى باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهريا و جائز أن يكون

ص: ٤٣٦

١- ١) الدروس: ٣٧٩.

٢- ٢) الدروس: ٣٨٠.

٣- ٣) التذكرة ١٩٥: ٢. [١]

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٣ حديث ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ حديث ٤٨٣.

٥- ٥) التذكرة ١٩٥: ٢. [٢]

و بيع الثوبان مع الاشتباه معا إن لم يمكن الانفراد، و يقسّط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردين، فإن تساويا فى الثمن فلكل مثل صاحبه، و إن تفاوتتا فالأقل لصاحبه. اختياريا، فإن امتنعا فاليمين (١).

قلت: ظاهر الرواية، و كلام الأصحاب أن ذلك قهرى، و أنه بغير يمين، بل ربما امتنعت اليمين إذا صرح كل واحد بعدم العلم بعين حقه، قال: و لو قيل بالقرعه أمكن (٢).

و ما ذكره متجه، إلا أن الخروج عما عليه أكثر الأصحاب بعيد. و هذا كله فى غير ممتزج الأجزاء، و هو متساويها كالحنطه و الشعير فإنهما لو امتزجا مزجا يرفع الامتياز، و كان أحدهما قفيزين و الآخر قفيزا، ثم تلف قفيز فان التالف على نسبة المالين.

و كذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز، فان الفرض أن عين أحد الدينارين لا حق لصاحب الدينار فيه.

قوله: (و بيع الثوبان مع الاشتباه معا إن لم يمكن الانفراد، و يبسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا فى الثمن فلكل مثل صاحبه، و إن تفاوتتا فالأقل لصاحبه).

روى إسحاق بن عمار، عن الصادق عليه السلام أنه قال فى ثوبين أحدهما بعشرين و الآخر بثلاثين فاشتبهها: «يباعان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، و الآخر خمسى الثمن، و إن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه» (٣) و عمل بمضمونها أكثر الأصحاب.

ص: ٤٣٧

١-١) الدروس: ٣٨٠.

٢-٢) المصدر السابق.

٣-٣) الفقيه ٣:٢٣ حديث ٦٢، التهذيب ٦:٢٠٨ حديث ٤٨٢.

و لو كان عوض الصلح سقى الزرع، أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط، كما فى بيع الماء. و كذا لو صالحه على إجراء الماء الى سطحه أو ساحته صح، بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه.

و قال ابن إدريس بالقرعه (١)، ورده المصنف، و حكم بأن التوبين إن لم يمكن افرادهما بان يباع كل واحد وحده، لعدم الراغب فى واحد، و تعاسر مالكاهما بأن لم يتسامحا فيجبر أحدهما صاحبه (يباعان ثم يبسط الثمن على القيمتين و إن أمكن بيعا منفردين. ثم إن تساويا فى الثمن فلكل مثل صاحبه) (٢) و هو واضح، و إن تفاوتتا فالأقل لصاحب الأقل قيمه عملا بالظاهر و إن أمكن خلافه، لأنه نادر و لا أثر للنادر فى الشرع.

و شيخنا فى الدروس -بعد أن حكى مختار المصنف أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع- قال: الروايه مطلقه فى البيع، و يؤيدها أن الاشتباه مظنه تساوى القيمتين (٣).

قلت: فعلى هذا يكون مورد الروايه ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتتا خاليا عن النص، فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف إذ لا راد له.

و قول ابن إدريس بالقرعه و إن كان له وجه، إلا أن مخالفته النص و كلام الأصحاب مشكل.

فان قلت: الروايه حكايه حال، لأنها حكم فى واقعه.

قلت: الظاهر خلافه لعمل الأصحاب بمضمونها.

قوله: (و لو كان عوض الصلح سقى الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما فى بيع الماء).

وجه القرب أنه مال مملوك يقصد نقله فجاز جعله عوضا للصلح، و حكى

ص: ٤٣٨

١- (١) السرائر: ١٧١.

٢- (٢) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

٣- (٣) الدروس: ٣٧٩.

و يصح جعل الخدمه المضبوطه بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن أعتقه صح، و في رجوع العبد إشكال، ينشأ: من أن إعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبه، فلا يؤثر إلا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته و لآخر بخدمته، فأعتق الأول، و من اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبه و المنفعه، و قد حال بين العبد و المنفعه، حيث لم تحصل المنفعه للعبد. الشارح قولاً بالمنع، لأنه فرع البيع و لا يصح بيع الماء، (١) و المقدمتان ممنوعتان.

قوله: (و يصح جعل الخدمه المضبوطه بالعمل أو الزمان عوضاً، فإن أعتقه صح، و في رجوع العبد إشكال ينشأ: من أن إعتاقه لم يصادف الملك سوى الرقبه، فلا يؤثر إلا فيه، كما لو أوصى لرجل برقبته و لآخر بخدمته، فأعتق الأول، و من اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبه و المنفعه، و قد حال بين العبد و المنفعه حيث لم تحصل المنفعه للعبد).

أى: يصح الصلح عن شىء مملوك على خدمه العبد، بشرط ضبطها بالعمل كعمارته بيت معين، أو بالزمان كسنة، و وجه الصحه ظاهر، لكن إذا أعتق العبد ففى رجوعه على السيد (بعوض هذه المنفعه) (٢) إشكال ينشأ: من أن إعتاقه لم يصادف فى الملك سوى الرقبه فلا يؤثر إلا فى ملكها فيزيهه.

و مثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبه العبد، و لآخر بخدمته، فأعتقه الموصى له بالرقبه، فإنه لا يرجع على تركه الموصى بعوض الخدمه قطعاً لمثل ما قلناه.

و من أن العتق يقتضى زوال الملك عن الرقبه و المنفعه فتصير مملوكه للعبد، و قد حال بينه و بينها حيث جعلها عوضاً فى عقد الصلح فينتقل الى البدل.

و يضعف بأن العتق يزيل الملك عن الرقبه، و المنفعه التى لم يسبق

ص: ٤٣٩

١- ١) إيضاح الفوائد ١٠٩: ٢.

٢- ٢) ما بين القوسين لم يرد فى «م».

و الراكب أولى من قابض اللجام على رأى، و ذو الحمل على الدابه أولى من استحقاقها على العتق، أما التى سبق استحقاقها فان العتق لم يصادفها فى ملك المعتقد فكيف يزيل الملك عنها، و الأصح الأول.

قوله: (و الراكب أولى من قابض اللجام على رأى).

أى: لو اختلف قابض لجام الدابه و راكبها فى ملكها، فالراكب أولى على قول الشيخ فى المبسوط و إن احتاط بجعلها بينهما نصفين (١)، و اختاره نجم الدين (٢)، و اختار فى الخلاف كونها بينهما (٣)، و هو مختار ابن إدريس (٤).

و فى شرح الإرشاد: لا- شك أن كلا منهما مدع بتفسيرات المدعى و منكر أيضا لها، و لكل يد إلا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه، فان ثبت أن التصرف له مدخل فى الرجحان رجح به.

أما الترجيح لقوه اليد فلا أثر له، لأن قوه سلطان اليد لم تؤثر فى ثوب بيد أحد المدعين أكثره، و ما ذكره حق، و الأصح أنها بينهما، لكن بعد أن يحلف كل لصاحبه إذا لم تكن بينه، كما ذكره فى التذكرة قال فيها: إنه يبعد تمكين صاحب الدابه غيره من ركوبها و يمكن أخذ اللجام (٥).

قلت: ما ذكره ليس بواضح، لأن الركوب و اللجام بيد المالك أمر سهل واقع كثيرا، نعم لو اختلف لا بس الثوب و قابضه فقوه جانب اللابس أظهر، لأن الظاهر أنه لا يتمكن من لبسه إلا و هو غالب قاهر مستقل باليد، و هذا الذى سبق حكم الدابه، أما اللجام فلمن فى يده و كذا السرج للراكب.

قوله: (و ذو الحمل على الدابه أولى من غيره).

ص: ٤٤٠

١- (١) المبسوط ٢٩٦: ٢-٢٩٧.

٢- (٢) شرائع الإسلام ١٢٦: ٢ و قال مع يمينه.

٣- (٣) الخلاف ٧٥: ٢ مسألة ٥ كتاب الصلح.

٤- (٤) السرائر: ١٧.

٥- (٥) التذكرة ١٩٦: ٢. [١]

غيره، و يتساويان في الثوب في أيديهما و إن كان في يد أحدهما أكثر، و في العبد و إن كان لأحدهما عليه ثياب. و الأسفل أولى من مدعى الغرفه بسبب فتح الباب اليه، و مع التصرف إشكال. لأن جعل الحمل على الدابه يستدعى كمال الاستيلاء، و يظهر من الدروس المساواه بينه و بين راكب الدابه مع القابض باللجام و لابس الثوب مع ممسكه (1)، و ليس كذلك.

قوله: (و يتساويان في الثوب في أيديهما و إن كان في يد أحدهما أكثر).

لثبوت أصل اليد.

قوله: (و في العبد و إن كان لأحدهما عليه ثياب).

إذا كان في أيديهما، لأن كون ثياب أحدهما عليه لا دخل له في السلطنه، إذ قد يلبسها بغير اذن، أو بمجرد القول، أو عاريه و نحو ذلك.

قوله: (و الأسفل أولى من مدعى الغرفه بسبب فتح الباب اليه).

لو تنازع صاحب البيت الذى الغرفه اليه، و الجار الذى باب الغرفه مفتوح إليه فى الغرفه فصاحب البيت أولى، لأن الغرفه واقعته فى ملكه، فان هواء بيته مملوك له، لان من ملك القرار ملك الهواء اتفاقا.

قوله: (و مع التصرف إشكال).

ينشأ: من التصرف المقتضى لليد، و ثبوت اليد لذى الهواء باعتبار تبعيته لملكه، و للتوقف مجال. و ليس بعيد أن يقال: إن المتصرف ذو يد حقيقه، و صاحب السفلى لا يد له إلا أن يده إنما هى بالتبعيه لليد على القرار، و التبعيه لضعفها إنما تثبت مع عدم ثبوت يد أخرى، فإذا ثبتت يد أخرى و تصرف بالفعل لم يكن هناك يد بالتبعيه، و هذا لا يخلو من قوه.

ص: ٤٤١

و لو صالح أجنبي عن المنكر صح، فإن كان عن دين يأذنه كان توكيلاً، و إلا تبرعاً في القضاء. و إن كان عن عين يأذنه فكلاً أول، و بغير إذنه افتداء للمنكر من الخصومه و إبراء له من الدعوى، و يرجع بما أداه إن صالح يأذنه. و لو صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صح، دينا كانت الدعوى أو عيناً. قوله: (و بغير إذنه افتداء للمنكر من الخصومه، و إبراء له من الدعوى).

هما واحد في المعنى، فإن افتداهه بالصلح من الخصومه يقتضى إبراء له من الدعوى.

قوله: (و يرجع بما أداه إن صالح بأذنه).

مفهومه أنه لو صالح بغير إذنه لا- يرجع و إن أدى بالأذن، و في المبسوط: أنه يرجع إن أدى المال بالأذن، سواء صالح بأذنه أم لا (١). و فيه نظر، فإنه إذا صالح بغير إذن صار المال في ذمه المصالح و برىء من عليه الحق، فكيف يرجع عليه بشيء إذا أدى بالأذن.

قوله: (و لو صالح الأجنبي المدعى لنفسه لتكون المطالبة له صح، دينا كانت الدعوى أو عيناً).

إذا صالح الأجنبي المدعى على ما يستحقه في ذمه المدعى عليه لنفسه صح الصلح، و تكون المطالبة له، لأن الحق ينتقل حينئذ إليه.

و لا فرق بين أن تكون الدعوى دينا أو عيناً، و ينبغي أن يقال: لا يخلو الحال من أن يكون المدعى عليه مقراً أو منكراً، ثم المصالح إما أن يكون عالماً بثبوت الحق في ذمه المدعى عليه أولاً، فإن كان المدعى عليه مقراً فلا بحث في

ص: ٤٤٢

صححه صلح الأجنبي لنفسه على كل حال.

ثم إن تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث، وإلا فقد أطلق في الدروس أنه له الفسخ لعدم سلامه العوض (١)، وفي التحرير أطلق القول بصحته الصلح إذا كانت الدعوى ديناً والغريم معترف (٢) وحكى عن الشيخ القول بثبوت الفسخ لو كانت عينا والغريم معترف (٣)، ولم يصرح بشيء.

و يحتمل عدم ثبوت الفسخ في واحد من الموضعين، لأن الصلح عقد مستقل بنفسه، وليس مبنيًا على المكايسه و المغابنه، و لهذا يصح مع الجهالة، و على ما لا يعد مالا، فيجب التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) إلى أن يدل دليل على خلافه.

و لعل الشيخ بنى الفسخ على القول بأن الصلح فرع البيع و إن لم يكن المصالح عالما بثبوت الحق في ذمه المدعى عليه و هو منكر، فقد مال في التحرير إلى عدم جواز الصلح (٤)، و جوزه في الدروس (٥)، و ظاهره أنه إذا لم يتمكن من إثبات الحق عليه يفسخ.

و في التذكرة صرح بأن جواز الدعوى من المصالح مشروط بعلم صدق المدعى المصالح، فان لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لا يعلم ثبوته (٦).

و لقائل أن يقول: اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح، فان الوارث يدعى بخط مورثه، و الوكيل يدعى عن موكله، و قد لا يعلمان الاستحقاق.

و كذا الموكل قد يدعى بخط و كيله، و نحو ذلك فيدعى عليه أن ما لزيد

ص: ٤٤٣

١-١) الدروس: ٣٧٧.

٢-٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٩. [١]

٣-٣) المبسوط ٢: ٢٩٠.

٤-٤) تحرير الأحكام ١: ٢٢٩. [٢]

٥-٥) الدروس: ٣٧٧.

٦-٦) التذكرة ٢: ١٩٢. [٣]

و لو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف و إن لم يأذن الحاكم، عنده صار مستحقا له بالصلح، و يطلب منه اليمين مع الإنكار و عدم البيئه، و لا يضر عدم إمكان الرد، أو القضاء بالنكول كما فى الوارث، و القيم على الطفل.

و كذا لقائل أن يقول: لم لا يجوز الصلح على استحقاق الدعوى فقط فان ذلك حق، و يجوز الصلح على كل حق، لكن يرد عليه حينئذ أنه لو ثبت الحق (امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه.

و يجاب بأن الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فان ثبت الحق (١) أخذه و إلا كان له استحقاق الدعوى و طلب اليمين، و بالجملة فيقوم مقام المدعى، و لا بعد فى ذلك، و يغتفر فى الصلح ما لا يغتفر فى غيره.

قوله: (و لو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف، و إن لم يأذن الحاكم).

أما أن له ذلك، فلأن شغلها ملكه بغير حق فله تفرغ ملكه منها، كما لو دخلت بهيمه داره، و لا- موجب للتوقف على اذن الحاكم، فإن إزاله العدوان عن ماله أمر جائز مع التمكن، لكن هل يتوقف جواز الإزاله على مطالبه المالك و امتناعه؟ يظهر من عبارته التذكرة ذلك (٢).

و فى الدروس: أنه يأمر صاحبها بقطعها، فان امتنع قطعها هو (٣). و أطلق فى التحرير ثبوت الإزاله له (٤)، و هو أظهر لأن إزاله العدوان عليه أمر ثابت له و توقفه على اذن الغير ضرر.

و لو توقف على اذن المالك لكان إذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم،

ص: ٤٤٤

١- ١) ما بين القوسين ساقط من «م».

٢- ٢) التذكرة ١٨٩: ٢. [١]

٣- ٣) الدروس: ٣٨٤.

٤- ٤) تحرير الأحكام ١٣٦: ٢.

فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة، أو انتهائها، و المده، و كذا على الإبقاء فى الهواء على الأقوى. و كذا البحث فى العروق الممتده، و الحائط المائل إلى هواء غيره، و الخشب الواقعه على ملك غيره.

و لا يسوغ له التصرف فى مال الغير بغير اذنه، و اذن من يقوم مقامه مع التمكن.

و هل يجب على الجار الإزالة لو طالبه ذو الهواء بها؟ فظاهر التذكرة العدم، حيث حكم بأنه لا يجبر إذا امتنع لأنه من غير فعله، و جعل الإيجاب احتمالاً (١).

و صرح فى التحرير بالوجوب و مع الامتناع بالإيجاب (٢)، و هو المختار.

و مثله ما لو مال جدار الجار، أو شرب عروق شجرته كما سيأتى، و لو قطعها مع إمكان العطف ضمن، و هل يضمن المالك أجره هواء الغير لو مضت مده طويله؟ لا شبهه فى الضمان مع تفريطه، قاله فى الدروس (٣)، و ليس له إيقاد النار تحت الأغصان لتحترق بل القطع.

قوله: (فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها و المده).

انتهاه الزيادة إنما هو بحسب ظن أهل الخبره، فإن زادت على خلاف الظن فله فى الزيادة ما ذكرناه.

قوله: (و كذا على الإبقاء فى الهواء على الأقوى).

أى: و كذا يصح الصلح على الإبقاء على الهواء، كما يصح على الإبقاء على الجدار، و منع الشيخ من ذلك معللاً بأنه بيع للهواء من غير قرار (٤)، و هو ضعيف لأن الصلح عقد مستقل بنفسه.

ص: ٤٤٥

١- ١) التذكرة ١٨٩: ٢. [١]

٢- ٢) تحرير الأحكام ١٣٦: ٢. [٢]

٣- ٣) الدروس: ٣٨٤.

٤- ٤) المبسوط ٣٠٣: ٢. [٣]

و يصح الصلح عن المجهول، دينا كان أو عينا إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطه و شعير ممتزجين، و لو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه. و يصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه و إن لم يجز بيعه، كدم العمدة، و سكنى الدار. و لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا أو حرا فالأقرب الرجوع قوله: (و يصح الصلح عن المجهول، دينا كان أو عينا، إذا لم يمكن معرفته، كما لو طحن قفيز حنطه و شعير ممتزجين).

إذا كان مالك كل من الحنطه و الشعير غير مالك الآخر فامتزجا و طحنا، سواء كان قدر كل منهما معلوما أم لا، صح الصلح لواحد من المالكين مع الآخر مع الجهالة، سواء جهاله القدر و جهاله العين.

و اعلم أنه لا- أثر لجهاله العين أصلا، فإنه يجوز بيع المشاع إذا كان معلوم القدر و إن كان خليطه أعلى و من غير الجنس، و إذا جاز البيع فالصلح أولى، أما مع جهاله القدر فان البيع لا يجوز و يجوز الصلح.

قوله: (و لو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه).

أى: لو علم أحدهما فقط لم يصح، لأن فى الصلح حيثئذ خدعا، و لروايه على بن حمزه السالفه (1)، فلا بد أن يعلم صاحبه و لو رضى بالصلح كائنا ما كان، قليلا كان المصالح عليه أو كثيرا جاز.

قوله: (و يصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه و إن لم يجز بيعه كدم العمدة، و سكنى الدار).

و مثله الصلح عن عيب المبيع، سواء قل العوض أو كثر.

قوله: (و لو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا، أو حرا

ص: ٤٤٦

بالقصاص. و لو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعبد يعلمان استحقاؤه ففي بطلان استحقاق القصاص، و وجوب الانتقال إلى الدية نظر. و لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأه لتقر له بالزوجه، أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهاده، أو عن حد القذف. فالأقرب الرجوع بالقصاص).

لأنه عقد باطل، فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح، و الباطل لا يترتب عليه أثره. و يحتمل ضعيفا الانتقال إلى قيمه، لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال، فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل إلى قيمته. و يحتمل الرجوع إلى الدية، لأن المقدر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعي، و ما قر به هو المختار.

قوله: (و لو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته، أو بعبد يعلمان استحقاؤه، ففي بطلان استحقاق القصاص و وجوب الانتقال إلى الدية نظر).

يحتمل بقاء استحقاق القصاص، لأن الصلح باطل، فلا يترتب عليه أثره، و يحتمل الرجوع إلى الدية لتضمنه الرضى بإسقاط القصاص على عوض، فإذا فات انتقل إلى المقدر الشرعي دون قيمه، لعدم ارادتها، لعلمهما بامتناع كون المذكور عوضا فكيف يراد قيمته.

و يحتمل السقوط لا- إلى بدل، لأن التراضي على ما يمتنع كونه عوضا بمنزله التراضي على السقوط بغير عوض فيكون إبراء. و كلاهما ضعيف، لأن الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضى، و اراده المجاز غير معلومه، و الأصح بقاء القصاص.

قوله: (أو عن حد القذف).

لأنه إن كان حقا لله تعالى لم يصح الصلح عنه، و إن كان حقا له

و لو تداعيا جدارا بين ملكيهما و هو فى أيديهما فيحكم لذى البيئه، فإن فقدت فلن اتصل به بناؤه مع اليمين، أو لمن جذعه عليه على فكذلك، لأنه ليس من الحقوق الماليه، و لا من توابعها، وإنما شرع لتنزيه (١) العرض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه، و لو صالح عنه لم يسقط الحد، لأن الباطل لا أثر له، و هو مقرب التذكرة (٢).

قوله: (و لو تداعيا جدارا بين ملكيهما، و هو فى أيديهما فيحكم لذى البيئه، فإن فقدت فلن اتصل به بناؤه مع اليمين).

إذا تداعيا جدارا بين داريهما، فإما أن يكون متصلا ببناء أحدهما اتصال توصيف، أى: تداخل الأحجار و اللبن على وجه يبعد كونه محدثا، أو كان له عليه قبه أو غرفه أو ستره أو جذع على ما سيجىء، أو لا يكون لأحدهما شىء من ذلك.

فان لم يكن لأحدهما شىء من ذلك استوت نسبتها اليه، فهو فى أيديهما، فمن أقام البيئه حكم له به، و إن كان لأحدهما به اتصال فهو صاحب اليد فعليه اليمين مع فقد البيئه، و لو كان ذلك لكل منهما فالحكم ما ذكره المصنف.

لكن قول المصنف: (و هو فى أيديهما) على إطلاقه بحيث يتناول ما إذا اتصل به بناء أحدهما ليس بجيد، لأن اليد فى هذا القسم لمن اتصل به بناؤه.

و إنما قلنا: أن العبارة تتناول هذا الفرد لقوله: (فيحكم لذى البيئه فإن فقدت فلن اتصل به بناؤه) فإنه يقتضى الحكم بالبيئه فى جميع صور المسأله، و مع فقدها يحكم لذى البناء المتصل، فيكون من صور المسأله.

و فيه شىء آخر، و هو أنه بإطلاقه يقتضى الحكم لذى البيئه و إن كانت ممن اتصل بناؤه، و المعتمد أن البيئه إنما تعتبر من الخارج.

قوله: (أو لمن جذعه عليه على رأى).

ص: ٤٤٨

١- ١) فى «م»: لتبرئه.

٢- ٢) التذكرة ١٩٤: ٢. [١]

رأى، أو بناؤه، أو عقده، أو قبته، أو سترته.

و لو كان متصلا بهما، أو محلولا عنهما و لا طرح لأحدهما و لا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه، فإن حلفا أو نكلا قضى لهما به.

و لا يرجح بالدواخل كالطاقات و المحاريب، خالف فى ذلك الشيخ، و منع من كون الجذوع على الجدار سببا للترجيح (١)، و ظن الشارح أن رأى إشاره إلى قول الشيخ بان القول بالقرعه فى هذه المسائل قوى (٢). و ليس بجيد، لأن من جمله المسائل التى قال الشيخ فيها بالقرعه ما إذا اتصل به بناؤه، أو عقده، أو قبته. و المصنف جعل رأى فى الجذع فقط، حيث قدمه على البواقى، فلا يكون إشاره إلى قول الشيخ هذا.

قوله: (و لو كان متصلا بهما، أو محلولا عنهما و لا طرح لأحدهما، و لا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه).

المراد بكونه (محلولا عنهما) مقابل كونه (متصلا بهما) و المراد بقوله:

(لا- طرح لأحدهما و لا غيره) أن لا يكون عليه جذوع و نحوها، فلو كان عليه شىء من ذلك كانت اليد لصاحب الطرح، لثبوت التصرف له، فإذا خلا من ذلك كله فمن حلف أنه له مع نكول الآخر استحققه.

و اعلم أنه لا- بد فى تصوير المسألة، من أن لا يكون موضع الجدار معلوما كونه لهما أو لأحدهما، فإن كان فى ملكه كله أو شىء منه فهو صاحب اليد.

قوله: (فإن حلفا).

أى: حلف كل منهما أنه له.

قوله: (و لا يرجح بالدواخل).

أى: فى الجدار.

ص: ٤٤٩

١- ١) المبسوط ٢: ٢٩٦.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ١١١.

ولا بالخوارج كالصور و الكتابات بجص أو آجر، ولا بالروازن و الشباييك و فى روايه يرجح فى الخص بمعاهد قمطه. قوله: (و لا بالخوارج).

أى: فيه بحيث يخرج عن سمت وجه الجدار كالتقوش بالجص و الآجر.

قوله: (و فى روايه يرجح فى الخص بمعاهد قمطه).

هى روايه عمر و بن شمر، عن جابر، عن أبى جعفر عليه السلام، عن أبيه، عن على عليه السلام: أنه قضى فى رجلين اختصما فى خص «أن الخص للذى إليه القمط» (١) قال الشيخ فى النهايه: قالوا: القمط هو الجبل، و الخص هو الذى يكون فى السواد بين الدور، فكان من اليه الجبل هو أولى من غيره (٢).

و قال فى التذكره: معاهد القمط تكون فى الجدران المتخذة من القصب و شبيهه، و أغلب ما يكون ذلك فى السور بين السطوح، فتشدد بجبال أو بخيوط، و ربما جعل عليها خشبه معترضه، و يكون العقد من جانب و الوجه المستوى من جانب (٣).

و وجه الترجيح مع الروايه، أن الظاهر أن من كانت اليه المعاهد وقف فى ملكه و عقد و هو المختار. و فى القاموس القمط بالكسر: جبل يشد به الاخصاص (٤)، و فى نهايه ابن الأثير: القمط جمع قماط: و هى الشرط التى يشد بها الخص و يوثق من ليف أو خوص أو غيرهما، و معاهد القمط تلى صاحب الخص.

و الخص: البيت الذى يعمل من القصب، هكذا قال الهروى بالضم، و قال الجوهرى: القمط بالكسر كأنه عنده واحد (٥)، هذا آخر كلام ابن الأثير،

ص: ٤٥٠

١- ١) الفقيه ٣: ٥٧ حديث ١٩٧.

٢- ٢) النهايه: ٣٥١. [١]

٣- ٣) التذكره ٢: ١٩١. [٢]

٤- ٤) القاموس المحيط (قمط) ٢: ٣٨٢.

٥- ٥) النهايه: ١٠٨-١٠٩. [٣]

و لو شهدت البيئه لأحدهما بالملك صار صاحب يد فى الأس. و يحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليمين، و لصاحب العلو بجدران الغرفه، أما السقف فإن لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو فهو لصاحب السفلى، لاتصاله بينائه على الترصيف، و مثله ذكر الزمخشري فى الفائق (١).

قوله: (و لو شهدت لأحدهما البيئه صار صاحب يد فى الأس).

الظاهر أن المراد به مكان الأساس، لأن الأساس -و هو المستتر من الحائط- داخل فى شهاده البيئه بكون الجدار له، فلا معنى لحصول اليد فيه بالبيئه.

قوله: (و يحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليمين، و لصاحب العلو بجدران الغرفه).

أى: مع اليمين، نظرا الى ما بيد كل واحد منهما، فان جدران البيت جزؤه و جدران الغرفه جزؤها، و هذا إنما هو مع عدم البيئه.

قوله: (أما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو، كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو فهو لصاحب السفلى، لاتصاله بينائه على الترصيف).

الأزج: بناء معروف يعقد فوق الجدران بالجص و الآجر غالبا، و لا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار فى العلو، لأنه لا بد من إخراج بعض الأجزاء، و نحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد، ليكون حاملا للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف و الجدران، و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، و ذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإن اتصاله بينائه اقتضى كون اليد له.

ص: ٤٥١

و إن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، و يجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه فيحتمل التسويه، لأنه أرض لصاحب العلو، و سماء لصاحب السفلى، و اختصاص الأول و الثاني. فلو تنازع صاحب البيوت السفلى و صاحب العليا في العرصه، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك قوله: (و إن كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار، و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل التسويه، لأنه أرض لصاحب العلو و سماء لصاحب السفلى، و اختصاص الأول و الثاني).

أى: و يحتمل اختصاص الأول به - و هو صاحب العلو - لأنه متصرف فيه دون الآخر، و لانهما متصادقان على أن الغرفه للأعلى، و يستحيل وجودها بدون أرض، بخلاف السفلى فإنه يتصور بغير سقف و إن كان خلاف الغالب، و كونه سماء له لا يقتضى كونه ملكا له و لا تحت يده.

و يحتمل اختصاص الثاني به - و هو صاحب السفلى - لشده احتياجه اليه، و لأن الغرفه على البيت فلا تتحقق إلا بعده، و البيت لا يتم إلا بالسقف. و فيه نظر، لأن ذلك هو الغالب، و لاختصاص صاحب العلو بالتصرف، و عدم ثبوت ما يقتضى اليد لصاحب السفلى، و الأصح الثاني.

و ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف إلى القرعه (1)، و ما اخترناه هو المعتمد. و اعلم أن عبارته المصنف غير جيده، لأن تفريعه احتمال التسويه و احتمال الاختصاص لكل منهما على اشتراكهما فيه معلوم الفساد قوله: (و لو تنازع صاحب البيوت السفلى و صاحب العليا في العرصه، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك الى العلو).

ص: ٤٥٢

الى العلو، و اختص الأسفل بالباقي. و لو كان فى الدهليز، أو فى أول الباب فمن أول الباب الى المرقى بينهما، و الباقي للأسفل. و لو خرج المرقى عن خطه الخان فالعرصه بأجمعها للأسفل، و يقتضى بالدرجه لصاحب العلو، و يتساويان فى الخزانة تحتها، كل ذلك مع اليمين. المراد بصدر الخان: نهايته فى السعه، و هو آخر خطته فى الجبهه المقابله للباب، و إنما تساويا فى المسلك لأنه طريق لكل واحد منهما الى ملكه، فتكون اليد لهما. و احتمال فى الدروس الاشتراك بينهما فى العرصه، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو (١)، و فيه ما فيه.

قوله: (و لو كان فى الدهليز، أو فى أول الباب فمن أول الباب الى المرقى بينهما، و الباقي للأسفل).

الاشتراك إنما يأتى فى الصورة الأولى، إذ المرقى فى الثانيه فى أول الباب، و يمكن أن يقال: لا- بد من الباب و الصعود فى المرقى، فالاشتراك إلى أول المرقى.

قوله: (و يتساويان فى الخزانة تحتها).

لأن كلا- منهما له شاهد بالملك، إذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو، فيكون مكانه له، لأن الهواء تابع للقرار، و كذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلى، و هى متصله بملك الأسفل.

و احتمال فى التذكرة اختصاص الأعلى بها، و اختصاص الأسفل، و القول بالشركه هو المختار (٢). و الخزانة بالكسر ككتابه قاله فى القاموس (٣).

قوله: (كل ذلك مع اليمين).

أى: فى جميع المسائل، سواء التى جعلناها معا صاحب يد، و التى رجحنا

ص: ٤٥٣

١- (١) الدروس: ٣٨٥.

٢- (٢) التذكرة ١٩١: ٢-١٩٢.

٣- (٣) القاموس المحيط (خزن) ٢١٩: ٤.

و المسناه بين الملكين كالجدار.

فيها واحدا، فان اليمين على صاحب اليد لأنه المنكر.

قوله: (و المسناه بين الملكين.).

المسناه أكبر من المرز.

ص: ٤٥٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

