



للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

مركز
الغامبية



عليه السلام
الربيع

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الزينة الفقهية

في مسج الزينة الفقهية

في مسج الزينة الفقهية

تأليف
المفتي محمد حسين بن محمد بن الحسين

الجزء الثاني

مكتبة الزينة الفقهية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

کاتب:

محمد حسن ترحینی عاملی

نشرت فی الطباعة:

دارالفقه للطباعة والنشر

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحريات الكمبيوتریة

الفهرس

الفهرس	٥
الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ الجزء ٥	١٦
اشارہ	١٦
اشارہ	١٧
کتاب الذین	٢١
اشارہ	٢١
القسم الأول القرض	٢٣
اشارہ	٢٣
فی ثواب القرض	٢٣
فی صیغہ القرض	٢٥
فی شروط القرض	٢٦
فی قسمہ الدین	٣٣
فی بیع الدین	٣٤
فی ما لو باع الذمی ما لا یملکہ المسلم ثم قضی منه دین المسلم	٤١
فی تحلل الدین و عدمہ	٤٣
فی قصور التکرہ عن الغرماء	٤٦
فی منع المفلس من التصرف	٥٢
فی حبس من ادعی الاعسار	٥٥
فی مستثنیات الدین	٦٠
القسم الثانی - دین العبد	٦٢
اشارہ	٦٢
فی تصرف العبد	٦٢
فی الإذن علی التجارہ	٦٤
فی ما لو أخذ المولی ما اقترضہ المملوک	٦٦

٧٠	كتاب الرهن
٧٠	اشاره
٧٢	في تعريفه
٧٥	في صيغته
٧٦	في شرط الدوام
٨٨	في ما لو كان الرهن مشاعا
٨٩	الكلام في الشروط
٨٩	اشاره
٨٩	في كونه عينا
٩٣	في رهن المدبّر
٩٤	في رهن الخمر و الخنزير و الحرّ
٩٤	في ما لو استعار للرهن
٩٧	في ما تلف الرهن
٩٧	في رهن الأرض الخراجيه
٩٩	في ما لا يصح رهنه
١٠٥	في شروط المتعاقدين في الرهن
١٠٩	في رهن الحق
١١٢	الكلام في اللواحق يقع في مسائل
١١٢	اشاره
١١٢	الأولى إذا شرط الوكاله في الرهن
١١٧	الثانيه - يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه
١١٩	الثالثه - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه بانتفاع
١٢٢	الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء
١٢٣	الخامسه - لو باع أحدهما بدون الإذن
١٢٩	السادسه - الرهن لازم من جهه الراهن
١٣٣	السابعه - يدخل النماء المتجدد في الرهن

الثامنة - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث	١٣٣
التاسعه - لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف	١٣٤
العاشره - لو اختلفا فى قدر الحق المرهون به	١٣٨
الحاديه عشر - لو أدى ديننا و عتين به رهنا	١٤١
الثانيه عشر - لو اختلفا فيما يباع به الرهن	١٤٢
كتاب الحجر	١٤٦
اشاره	١٤٦
فى أسبابه	١٤٨
فى حجر الصغير	١٤٩
فى حجر السفينه	١٥٤
فى حجر المريض	١٥٨
كتاب الضمان	١٦٧
اشاره	١٦٧
فى تعريفه	١٦٩
فى شرط الضامن	١٧٠
فى الإيجاب و القبول	١٧٧
فى أنه لا عبره بالغريم	١٨٠
فى أنه يجوز الضمان حالا، و مؤجلا	١٨٢
فى ما لو أنكر المستحق القبض	١٨٧
كتاب الحواله	١٩٣
اشاره	١٩٣
فى تعريف الحواله	١٩٥
فى اشتراط رضى الثلاثه	١٩٦
فى ترامى الحواله	٢٠٣
فى أنه تصح الحواله بغير جنس الحق	٢٠٦
فى أنه تصح الحواله بدين	٢٠٩

٢١١	فى أنه لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع
٢١٦	كتاب الكفالة
٢١٦	اشاره
٢١٨	فى تعريفها
٢١٩	فى أنه تصح الكفالة حاله و مؤجله
٢٢٠	فى أنه يبرأ الكفيل بالتسليم
٢٢٣	فى ما لو علق الكفالة بشرط
٢٢٤	فى أنه تحصل الكفالة بإطلاق الغريم
٢٢٦	فى ما لو غاب المكفول
٢٢٧	فى موضع التسليم
٢٣١	فى ما لو تكفل اثنان بواحد و بالعكس
٢٣٣	فى التعبير بالبدن و الرأس و الوجه
٢٣٦	فى ما لو مات المكفول
٢٣٨	كتاب الصلح
٢٣٨	اشاره
٢٤٠	فى جواز الصلح و لزومه
٢٤٥	فى أنه لا يكون طلبه إقرارا
٢٤٦	فى ما لو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر
٢٤٧	فى أنه يصح الصلح على كل من العين و المنفعه
٢٤٩	فى ما لو ظهر استحقاق العوض المعين
٢٥١	فى أنه لا يعتبر فى الصلح على التقدين القبض فى المجلس
٢٥١	فى ما لو أتلف عليه ثوبا يساوى درهمين فصالح على أكثر
٢٥٤	مسائل
٢٥٤	اشاره
٢٥٥	الأولى - لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما
٢٥٨	الثانيه - يجوز جعل السقى بالماء عوضا للصلح

الثالثه - لو تنازع صاحب السفلى و العلوى فى جدار البيت	٢٦٢
الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك	٢٦٥
الخامسه - لو تنازع راكب الدابه، و قابض لجامها	٢٧٠
السادسه - لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما	٢٧٤
كتاب الشركه	٢٧٧
اشاره	٢٧٧
فى معناها و سببها	٢٧٩
فى كون الشركه فى عين أو منفعه	٢٨١
فى أن المعتبر شركه العنان لا الأعمال و لا المفاوضه و لا الوجوه	٢٨١
فى أن المشتركون يتساويان فى الربح و الخسران	٢٨٥
فى أنه ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع	٢٨٨
فى أنه يكره مشاركه الذمى	٢٩٠
فى أنه لو باع الشريكان سلعه شاركه الآخر	٢٩١
فى أنه لو ادعى المشتري من المشترين شراء شىء لنفسه	٢٩٤
كتاب المضاربه	٢٩٧
اشاره	٢٩٧
فى معنى المضاربه	٢٩٩
فى أن المضاربه جائزه من الطرفين	٣٠٠
فى أنه لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فى المضاربه	٣٠١
فى أنه للعامل التصرف على ما أذن المالك له	٣٠٣
فى أن العامل يشتري نقدا بثمن المثل فما دون و بيع كذلك فما فوق	٣٠٧
فى ما لو تجاوز ما حد له المالك	٣١٠
فى ما تجوز المضاربه به	٣١٠
فى أن العامل أمين	٣١٢
فى ما لو فسخ المالك	٣١٣
فى ما يكون القول قول العامل	٣١٦

٣١٦	فى معلوميه رأس المال عند العقد
٣١٨	فى أنه ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك
٣٢٨	كتاب الوديعه
٣٢٨	اشاره
٣٣٠	فى تعريف الوديعه
٣٣١	فى الإيجاب و القبول
٣٣٧	فى وجوب الحفظ بعد القبول
٣٤٢	فى أنه تبطل الوديعه بموت كل منهما
٣٤٤	فى أنه لا يقبل قول الودعى فى ردها
٣٤٦	فى ما لو عتین موضعاً للحفظ
٣٤٨	فى أنه يحفظ الوديعه بما جرت العاده به
٣٥٠	فى ما لو استودع من طفل، أو مجنون
٣٥٤	فى أنه يضمن لو أهمل الرد بعد المطالبه
٣٦٠	فى ردّ الوديعه
٣٦١	فى ما لو أنكر الوديعه
٣٦٤	فى أن القول قول الودعى فى قيمه
٣٦٤	فى ما إذا مات المودع
٣٦٦	فى ما لو تعدى المستودع
٣٦٩	كتاب العاريه
٣٦٩	اشاره
٣٧١	فى معنى العاريه و ألفاظها
٣٧٥	فى شرائط المعير و العين
٣٧٩	فى الرجوع فى العاريه
٣٨٢	فى كون العين أمانه
٣٨٧	فى ما لو نقصت العين المعاره بالاستعمال
٣٨٩	فى ضمان العاريه باشتراط الضمان و يكونها ذهباً أو فضه

٣٩٣	فى اختلاف المستعير و المعير
٣٩٦	فى أنه لا يجوز للمستعير إعاره العين المستعاره
٣٩٨	فى ما لو شرط سقوط الضمان
٤٠٥	كتاب المزارعه
٤٠٥	اشاره
٤٠٧	فى معنى المزارعه و ألفاظها
٤١١	فى أحكام المزارعه
٤٢٣	فى ما لو عين شيئا من الزرع
٤٢٦	فى صور المزارعه
٤٢٩	فى اختلاف المالك و المزارع
٤٣١	فى أن للمزارع أن يزارع غيره
٤٣٧	فى أن الخراج على المالك
٤٤٣	كتاب المساقاه
٤٤٣	اشاره
٤٤٥	فى معنى المساقاه
٤٤٧	فى لزومها و ألفاظها
٤٤٩	فى زمانها و مدتها
٤٥٦	فى ما لو شرط بعض العمل على المالك
٤٥٨	فى ما لو فسد العقد
٤٦٠	فى ما لو شرط عقد مساقاه فى عقد مساقاه
٤٦٥	فى الخراج و الزكاه
٤٦٩	فى أن المغارسه باطله
٤٧١	فى ما لو اختلفا
٤٧٤	كتاب الاجاره
٤٧٤	اشاره
٤٧٦	فى تعريف الاجاره و ألفاظها و لزومها

٤٨٥	فى ما يصح إجارته
٤٨٩	فى المتعاقدين
٤٩٠	فى أنه لا تكفى المشاهده فى الأجره و أنها تملك بالعقد
٤٩٤	فى ما لو ظهر فى الأجره عيب
٤٩٦	فى ما لو جعل أجرتين على تقديرين
٥٠٦	فى أنه لا بد من كون المنفعه مملوكه فى إيجار المستأجر
٥١٣	فى أنه لا يعمل الأجير لغير المستأجر
٥٢٦	فى ما إذا تسلم المستأجر العين و مضت مده
٥٣٠	فى ما لو طرأ المنع
٥٣٤	فى ما لو ظهر فى المنفعه عيب
٥٣٧	فى أنه يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره
٥٤١	مسائل:
٥٤١	اشاره
٥٤١	الأولى - من تقبل عملا فله تقبيله غيره
٥٤٤	الثانيه - لو استأجر عينا فله إجارتها
٥٤٦	الثالثه - إذا فُرض فى العين
٥٤٧	الرابعه - مئونه العبد و الدائنه على المالك
٥٤٩	الخامسه - لا يجوز اسقاط المنفعه المعينه
٥٥٠	السادسه - كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموفر
٥٥٤	السابعه - فى اختلاف الموفر و المستأجر
٥٦٧	كتاب الوكالة
٥٦٧	اشاره
٥٦٩	فى تعريف الوكالة و الفاظها
٥٧١	فى شرط التنجيز
٥٧٥	فى تعليق التصرف
٥٧٧	فى جواز الوكالة و ما يبطلها

٥٨٢	فى ما تصح الوكالة فيه و ما لا تصح
٥٨٦	فى كمال المتعاقدين
٥٨٩	فى أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن
٥٩٠	فى عزل الوكيل عما وُكِّل فيه
٥٩٦	فى كون الوكيل تام البصيره
٥٩٦	فى التوكيل فى المنازعات
٥٩٧	فى ارتداد الوكيل
٥٩٩	فى تجاوز الوكيل ما حد له
٦٠٠	فى ما تثبت به الوكالة
٦٠٩	فى أن الوكيل أمين
٦١٤	فى أنه لا يجب عليه الإشهاد
٦١٦	فى أن للوكيل تولى طرفى العقد
٦١٩	فى ما لو اختلفا
٦٣٠	كتاب الشفعه
٦٣٠	اشاره
٦٣٢	فى تعريف الشفعه
٦٣٦	فى من تثبت له الشفعه
٦٣٧	فى موضوعها
٦٤٣	فى أنه يشترط قدره الشفع على الثمن
٦٤٥	فى من تثبت له الشفعه
٦٥٣	فى أنه ليس للشفيع أخذ البعض
٦٥٤	فى أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد
٦٥٨	فى كونها على الفور
٦٦٢	فى أنه لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع
٦٧٣	فى أن الشفعه تورث
٦٧٥	فى أنه يجب تسليم الثمن أولاً

٦٧٧	فى ما لو انتقل الشقص
٦٨٢	فى ما لو اختلفا
٦٩٠	كتاب السبق و الرمايه
٦٩٠	اشاره
٦٩٢	فى معنى السبق و الرمايه
٦٩٣	فى من ينعقد منه السبق و الرمايه و ما ينعقد عليه
٦٩٦	فى الإيجاب و القبول
٧٠١	فى العوض
٧٠٦	فى عدم ما لا يشترط فيه و ما يشترط
٧١٢	فى السابق
٧١٦	فى ما يشترط فى الرمى و ما لا يشترط
٧٢٦	فى العوض
٧٣٤	كتاب الجعالة
٧٣٤	اشاره
٧٣٦	فى معناها و صيغتها
٧٣٩	فى ما يجوز عليه
٧٤٥	فى ما يشترط فى الجاعل
٧٤٥	فى ما لو عتین الجعالة لواحد
٧٥٢	فى ما لو رجع المالك فيها
٧٥٤	فى ما لو أوقع المالك صيغتين
٧٥٥	فى استحقاق الجعل على الرد
٧٦٠	مسائل
٧٦٠	اشاره
٧٦٠	فى ما لم يعتین جعل
٧٦٣	فى ما لو بذل جعلاً فردّه جماعه
٧٦٦	فى ما لو اختلفا

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانی، زين الدين بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيہ فی شرح اللعہ الدمشقيه-- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللعہ الدمشقيه-- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللعہ الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زين الدين بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيہ فی شرح اللعہ الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹۱۲۸۰۲۱۲۸۵

رده بندی ديويي: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترحینی العاملی

ص: ۳

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

القسم الأول القرض

اشاره

(الأول - القرض (٢) بفتح القاف و كسرهما، و فضله عظيم (٣)

فى ثواب القرض

(و الدرهم منه) (١) دين الحر و دين العبد.

(٢) قال فى مصباح المنير: (القرض - بفتح القاف - ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه، و الجمع قروض مثل فلس و فلوس، و هو اسم من أقرضته المال إقراضاً)، و فى الجواهر و غيره أنه بالكسر أيضاً.

(٣) قد تضافرت النصوص عليه، بل فى الجواهر: (بل تواترت بتأكيد فى المؤمن) منها: خبر جابر عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله فى زكاه، و كان هو فى صلاه من الملائكه حتى يؤديه) (١)، و خبر الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (ما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلا - حسب له أجرها كحساب الصدقه حتى يرجع إليه) (٢)، و خبر القمط عن شيخ كان عندنا (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضاً أحب إليّ من أن أتصدق بمثله، و كان يقول: من أقرض قرضاً و ضرب له أجلاً فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب فى كل يوم يتأخر من ذلك الأجل بمثل صدقه دينار واحد فى كل يوم) (٣)، و خبر هيثم الصيرفى عن أبى عبد الله عليه السلام (القرض الواحد بثمانية عشر، و إن مات حسبتها من الزكاه) (٤)، و خبر أبى الفتوح فى تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: (رأيت مكتوباً على باب الجنة: الصدقه بعشره و القرض بثمانية عشر، فقلت: يا

ص:٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين و القرض حديث ٣ و ٢ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٤.

(بثمانية عشر درهما مع أن درهم الصدقة بعشره) قيل و السرفيه: أن الصدقة تقع في يد المحتاج و غيره، و القرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالبا (١)، و أن درهم القرض يعود فيقرض ثانيا (٢)، و درهم الصدقة لا يعود.

و اعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القربة (٣)، و مطلق الثواب يتوقف عليها (٤)، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب، بخلاف الصدقة (٥) فإن القربة معتبرة فيها، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إما مشروط بقصد القربة، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين (٦)، و قد يقع جبرئيل و لم ذلك؟ و الذي يتصدق لا يريد الرجوع، و الذي يقرض يعطى لأن يرجعه؟ فقال: نعم، هو كذلك، و لكن ما كل من يأخذ الصدقة له بها حاجة، و الذي يستقرض لا يكون إلا عن حاجة، و الصدقة قد تصل إلى غير المستحق، و القرض لا يصل إلا إلى المستحق، و لذا صار القرض أفضل من الصدقة (١)، و خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال النبي صلى الله عليه و سلم: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلي من أن أتصدق بها مره) (٢)،

(١) كما في خبر أبي الفتوح المتقدم.

(٢) كما يؤمى إليه خبر ابن سنان.

(٣) بحسب ماهيته.

(٤) على القربة، قال في المسالك: (و اعلم أن تحقق أصل الثواب في القرض فضلا عن أفضليته بوجه إنما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى، كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب، فلو لم يتفق هذا القصد - سواء قصد غيره من الأغراض الدنيوية و الريائية أم لم يقصد - لم يستحق عليه ثوابا كما لا يخفى) انتهى.

(٥) للأخبار.

منها: خبر الفضلاء - ابن بكير و ابن أذينة و حماد - عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل) (٢)، و صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل) ٤.

(٦) فالثواب لا يعطى إلا استحقاقا و جزاء، و لا يعطى تفضلا، فيكون المعنى: من غير اعتبار

ص: ٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣ و ٢.

التفضل على كثير من فاعلى البر من غير اعتبار القربه كالكرم. و يفتقر القرض إلى إيجاب و قبول (١).

فى صيغه القرض

(و الصيغه (٢) أقرضتك، أو انتفع به، أو تصرف فيه)، أو ملكتك أو أسلفتك، أو خذ هذا، أو اصرفه (و عليك عوضه)، و ما أدى هذا المعنى، لأنه من العقود الجائزه، و هى (٣) لا- تنحصر فى لفظ، بل تتأدى بما أفاد معناها (٤)، و إنما يحتاج (٥) إلى ضميمه «و عليك عوضه» ما عدا الصيغه الأولى فإنها صريحه فى معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر (فيقول المقترض: قبلت و شبهه (٦) مما دل على الرضا بالإيجاب، و استقرب فى الدروس الاكتفاء بالقبض (٧)، لأن استحقاق الثواب و إنما هو تفضل إما لكون القرض فى يد المحتاج غالباً، و إما لكون درهم القرض يعود فيقرض ثانيا فيكشف به كربه المؤمن ثانيا بعد كشف كربه المؤمن أولاً.

(١)القرض عقد بلا خلاف فيه - كما فى الجواهر -، و هو متحقق بالإيجاب و القبول بلا شبهه كما فى المسالك.

هذا و قد تقدم فى كتاب البيع كفايه دلالة اللفظ على المعنى و لو بالقرينه فى إنشاء الإيجاب و القبول، سواء كان العقد لازماً أم جائزاً، فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح فى العقود اللازمه دون الجائزه ليس فى محله، لعدم الدليل عليه.

و لذا يكفى فى إيجاب القرض و قبوله كل لفظ يدل على معناه و لو بالقرينه.

(٢)بالنسبه للإيجاب، و هو متحقق بلفظ أقرضتك أو ما يؤدى معناه وضعاً أو استعمالاً، كمثلاً: تصرف فيه أو انتفع به و عليك ردّ عوضه، و كذا خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو أسلفتك و عليك ردّ عوضه.

و الحاصل أن إيجاب القرض لا ينحصر فى لفظ مخصوص بل كل لفظ يدل عليه فهو، غير أن لفظ أقرضتك صريح فى معناه فلا يحتاج إلى ضميمه (و عليك ردّ عوضه)، و غيره يحتاج إليها لعدم صراحته.

(٣)أى العقود الجائزه.

(٤)أى معنى العقود الجائزه، و لو كانت الإفاده بالقرينه.

(٥)أى يحتاج القرض فى إيجابه.

(٦)بل كل لفظ يدل على القبول و الرضا بالإيجاب لما تقدم.

(٧)بل يصح الاكتفاء بالإقباض و القبض إذا كانا بداعى الإيجاب و القبول، لجريان المعاطاه فى البيع فهنا أولى.

مرجعه (١) إلى الإذن في التصرف. و هو حسن من حيث إباحه التصرف.

أما إفادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه (٢)، و ما استدلّ به (٣) لا يؤدي إليه.

في شروط القرض

(و) لا يجوز اشتراط النفع (٤)، للنهي عن قرض يجر نفعاً (فلا يفيد الملك) لو (١) أي مرجع القبض إلى الاذن في التصرف، حيث إن القبض لا يتم إلا بعد الإقباض، و الإقباض من المالك هو إذن بالتصرف في ماله.

(٢) بل الدليل هو العرف الحاكم، و قد تقدم بيان ذلك في كتاب البيع فراجع.

(٣) أي ما استدل به المصنف في الدروس من الاذن في التصرف لا يؤدي إلى التمليك، لأن الاذن أعم من التمليك و غيره، و فيه: إنه إذن بالتصرف على نحو المعاطاه المفيده للملك على ما تقدم بيانه في كتاب البيع.

(٤) فلو اشترط النفع في القرض حرم الشرط، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر الدعائم فعن أبي جعفر عليه السلام (كل قرض جرّ منفعه فهو ربا) (١)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل أعطى رجلاً مائه درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر، قال عليه السلام: هذا الربا المحض) (٢)، و خبر خالد بن الحجاج (سألته عن رجل كان لى عليه مائه درهم عددا قضانيها مائه درهم وزنا، قال:

لا- بأس به ما لم يشترط، و قال: جاء الرباء من قبل الشرط و إنما تفسده الشروط) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس، إذا لم يكن بينكما شرط) (٤) و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزى أجود منها فليقبل، و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عاريه متاع يشترط من أجل قرض ورقه) (٥).

و مما تقدم تعرف جواز قبول الزيادة من غير شرط، و هو صريح خبر ابن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: الربا ربا، إن أحدهما ربا حلال، و الآخر حرام، فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيده و يعوضه بأكثر مما أخذه بلا شرط بينهما، فإن

ص: ١٠

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حيث ١٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدين حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ١١.

شرطه (١)، سواء في ذلك الربوى، وغيره، وزيادة العين، والمنفعة (حتى لو شرط الصحاح عوض المكسره (٢)، خلافا لأبى الصلاح) الحلبي رحمه الله وجماعه حيث أعطاه أكثر مما أخذه بلا- شرط بينهما فهو مباح له، وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه، وهو قول الله عز وجل: فلا- يربو عند الله، وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضا ويشترط أن يرد أكثر مما أخذه فهذا هو الحرام(١).

و إذا حرمت الزيادة بالشرط فلا فرق فيها بين كونها عينا أو منفعة، ولا بين الربوى وغيره لإطلاق النصوص المتقدمة.

و المراد بالربوى ما لو كان المال المقرض من المكيل والموزون، والمراد بغيره كما لو كان معدودا كالجوز والبيض.

(١) أى شرط النفع، والمعنى: يحرم على المستقرض قبض الدين والتصرف فيه، لأن الشرط فاسد مفسد، أما أنه فاسد فواضح للنصوص المتقدمة، وأما أنه مفسد لأن القرض لم يقع إلا- على هذا الوجه الفاسد فلا- يرضى صاحب المال أن يتصرف المستقرض إلا بشرطه، ولم يسلم لهما، فتصرفه بغير الشرط غير مأذون فيه فيكون العقد فاسدا، ومع فساد العقد يكون المال تحت يد المستقرض مضمونا عليه لقاعده (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، ومنه تعرف ضعف قول ابن حمزه: إن المال أمانه عند فساد العقد.

(٢) قيل يصح، والقائل الشيخ وأبو الصلاح وأبنا البراج وحمزه لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله، يأخذ منه الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه.

قال عليه السلام: لا بأس، وذكر ذلك عن على عليه السلام(٢)، والطازج هو الخالص، والغله غيره.

ولا- يخفى بعده عن الدلاله على المدعى، إذ ليس فيه أنه شرط ذلك فيحمل على ما لو لم يشترط، بل لا بد من هذا الحمل جمعا بينه وبين ما تقدم من جواز النفع بغير شرط، ولخصوص صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال، أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، كان أبى عليه السلام يستقرض الدراهم المغسوله فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول: يا بنى ردها على الذى استقرضتها، فأقول:

إن دراهمه كانت مغسوله وهذه خير منها، فيقول: يا بنى هذا هو الفضل فأعطه

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الربا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٥.

جوزوا هذا الفرد من النفع، استنادا إلى روايه لا تدل على مطلوبهم. و ظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، و لا خلاف فيه (١) بل لا يكره، و قد روى أن النبي صَلَّى الله عليه و سلم اقترض بكرا فردّ بازلا رباعيا، و قال: إن خير الناس أحسنهم قضاء، (و إنما يصح إقراض الكامل (٢) على وجه يرتفع عنه الحجر في المال، و أراد كمال المتعاقدين معا (٣) بإضافه المصدر إلى الفاعل و القابل.

إياها(١)، و أراد عليه السّلام بالفضل الإشارة إلى قوله تعالى: **وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ (٢)**، هذا من جهة و من جهة أخرى فالمغسوله هي الرديئه، و من جهة ثالثة على ما لو لم يشترط يحمل مرسل بشر بن مسلمة عن أبي جعفر عليه السّلام (خير القرض ما جرّ منفعه)(٣) و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (أو ليس خير القرض ما جرّ منفعه)٤، و عليه يحمل فعل النبي صَلَّى الله عليه و سلم - كما في سنن البيهقي (لما اقترض بكرا فردّ بازلا رباعيا و قال: إن خير الناس أحسنهم قضاء)(٤).

و البكر - كما في مصباح المنير - بالفتح هو الفتى من الإبل، و البازل - كما في مصباح المنير أيضا - ما فطر نابه بدخوله في السنه التاسعه، و أما الرباعى فهو ما دخل في التاسعه و ألقى رباعيته فيكون القيد تفسيرا.

(١) أى فى إعطاء الزائد بلا شرط، بل لا يكره قبول الزيادة للأصل و إطلاق النصوص المتقدمه.

(٢) بما أن القرض من المقرض تصرف فى ماله، و من المستقرض تصرف فى المال فيشترط فى كليهما عدم الحجر حتى يجوز لهما التصرف، و هذا هو معنى الكامل.

بل باعتبار أن القرض من العقود فيشترط فى المقرض و المقرض ما يعتبر فى المتعاقدين فى سائر العقود من البلوغ و العقل و القصد و الاختيار، و هذا ما تقدم الدليل عليه فى باب البيع.

(٣) لأنه أضاف المصدر - و هو الإقراض - إلى الفاعل و هو المقرض، و إلى القابل و هو المستقرض، و هذا لا يكون إلا بإرادته الجنس من الكامل، و إذا أريد الجنس فينطبق على الفرد و على الفردين.

ص: ١٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٧.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٧.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٤ و ٦.

٤- (٥) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥١.

(و كل ما تتساوى أجزاؤه (١) فى قيمه، و المنفعه، و تتقارب صفاته كالحبوب و الأدهان (يثبت فى الذمه مثله، و ما لا يتساوى) أجزاؤه كالحيوان (تثبت قيمته يوم القبض)، لأنه وقت الملك، (و به) أى بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور (٢)، لا بالتصرف، قيل: لأنه (٣) فرع الملك فيمتنع كونه (٤) شرطا فيه (٥) و إلا- دار، و فيه (٦) منع تبعيته (٧) للملك مطلقا (٨)، إذ يكفى فيه (٩) إذن المالك (١) شروع فيما يصح إقراضه، و ضابطه أن كل ما يضبط و صفه و قدره الموجبين لاختلاف قيمته فيصح إقراضه، بلا خلاف فيه - كما فى الجواهر - لإطلاق النصوص المتقدمه.

غايته ما تتساوى أجزاؤه كالحنطه و الشعير و الذهب يثبت فى الذمه مثله لأنه مثلى، و ما ليس كذلك يثبت فى الذمه قيمته لأنه قيمى، و المعتبر قيمته وقت التسليم إلى المقترض الذى هو أول أوقات ملك المقترض على الأقوى كما سيأتى، لأن المقترض لا يملك بالعقد بل بالقبض.

و قيل: وقت القرض كما عن الفاضل فى القواعد، و فيه: أنه لا ملك قبل القبض كما سيأتى.

(٢) للإجماع المدعى عن البعض كما فى الجواهر و لو لا الإجماع لقليل بتحقيق الملك بمجرد العقد على حسب غيره من العقود.

و قيل: لا يملك إلا بالتصرف، و نسبه الشهيد فى حواشيه إلى الشيخ كما فى المسالك، و ردّ مضافا إلى الإجماع المتقدم بأن التصرف لو كان شرطا للملك كما هو المدعى للزم الدور لأن الملك هو الشرط فى التصرف كما هو الواضح.

و أشكل عليهم الشارح هنا و فى المسالك: بمنع تبعيه التصرف للملك و منع توقفه عليه، بل يكفى فى جواز التصرف إذن المالك فيه كما فى غيره من المأذونات، و لا شك بأن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب.

(٣) أى التصرف.

(٤) كون التصرف.

(٥) فى الملك.

(٦) أى فى الدور.

(٧) أى منع تبعيه التصرف للملك.

(٨) سواء كان الملك تاما و هو العارى عن الخيار، أو متزلزلا و هو المقرون بالخيار.

(٩) أى فى التصرف.

و هو (١) هنا حاصل بالعقد (٢)، بل بالإيجاب (٣)، و حيث قلنا بملكه (٤)، بالقبض (٥) (فله رد مثله) مع وجود عينه (و إن كره المقرض)، لأن العين حينئذ تصير كغيرها من أمواله، و الحق يتعلق بذمته فيتخير في جهة القضاء، و لو قلنا بتوقف الملك على التصرف و جب دفع العين مع طلب مالكتها (٦)، و يمكن القول بذلك (٧) و إن ملكناه (٨)، بالقبض (٩)، بناء على كون القرض عقدا جائزا و من شأنه رجوع كل عوض إلى مالكه إذا فسخ كالهبة و البيع بخيار.

(١) أى الاذن.

(٢) أى المؤلف من الإيجاب و القبول.

(٣) أى بالإيجاب فقط، لأن الإيجاب المنفرد مشتمل على الاذن بالتصرف.

(٤) بملك المقرض.

(٥) فهل للمقرض ارتجاع العين، فعن الشيخ نعم أنه يجوز له ذلك و لو كره المقرض، فإذا طلبها يجب على المقرض إرجاع العين لا مثلها، و استدل بالإجماع على كون القرض من العقود الجائزه، التى من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها و رجوع كل عوض إلى مالكه، و المثل و قيمه إنما وجبا بدلا عن العين لغلبه خروجها عن يد المقرض، و لأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو قيمه فبالعين بطريق أولى.

و عن المشهور العدم بحيث لو طلبها المقرض فلا- يجب على المقرض إرجاع العين بل يجوز له رد مثلها، لأن فائده الملك التسلط على المملوك و الأصل فيه عدم خروجه عنه إلا برضاه، مع أن الحق قد ثبت فى الذمه و هو مخير فى جهة القضاء.

و لأن القرض من العقود اللازمه بالنسبه لعدم جواز الرجوع إلى العين نعم هو من العقود الجائزه بالنسبه إلى أن للمقرض عدم الإنظار و مطالبه المقرض بالأداء، و لو قبل قضاء وطره، أو قبل مضى زمان يمكن فيه ذلك.

(٦) لعدم حصول الملك إلى الآن، لأن المفروض عدم التصرف و الملك متوقف على التصرف، هذا من جهة و من جهة أخرى المراد من التصرف هو التصرف المتلف للعين أو الناقل للملك على ما يظهر من المسالك، و عليه فما دامت العين عند المقرض لم يحصل التصرف الموجب للملك فيجوز للمقرض الرجوع.

(٧) أى يوجب دفع العين مع طلب مالكتها.

(٨) أى ملكنا المقرض.

(٩) و هو قول الشيخ و قد تقدم.

(و لا- يلزم اشتراط الأجل فيه (١) لماله (٢)، و لا- لغيره (٣)، لأنه عقد جائز فلا يلزم ما يشترط فيه، إلحاقا لشرطه بجزئه، نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم على ما سبق (٤).

(و يجب) على المديون (نيه القضاء) (٥) سواء قدر على أدائه أم لا- (٦) بمعنى (١) لو شرط التأجيل في القرض لم يلزم على المشهور، لأن عقد القرض جائز فمن باب أولى شرطه، و عن الكاشاني و جماعه من المتأخرين أنه يلزم لوجوب الوفاء بالشرط، و لأن القرض عقد لازم بالنسبة للمقرض بدليل عدم جواز رجوعه على العين، و لازمه أن يكون كل شرط على المقرض لازما. (٢) أي لمال القرض.

(٣) أي لغير مال القرض.

(٤) من لزوم الشرط إذا كان في عقد لازم.

(٥) الوجوب هنا ليس مختصا بقضاء دين الناس و ردّ حقوقهم، بل يجب نيه القضاء على كل من عليه حق سواء كان الحق آدميا أو لا، و سواء كان الآدمي حاضرا أو غائبا، لأن مقتضى الإيمان أن لا يكون متهاونا في قضاء ما عليه نعم خصّ الفقهاء وجوب نيه القضاء بمن كان عليه دين، و قد غاب صاحبه غيبه منقطعه تبعا لاقتصار النصوص على هذه الصورة.

منها: صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولي له، و لا يدرى بأى أرض هو، قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء) (١)، و مثله غيره.

و مما يدل على وجوب نيه القضاء مطلقا سواء كان صاحبه غائبا أو حاضرا مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السّلام (من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق) (٢) و خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السّلام (أيما رجل أتى رجلاً فاستقرض منه مالا، و فى نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادى) (٣) و خبر ابن رباط عن أبي عبد الله عليه السّلام (من كان عليه دين ينو قضاؤه كان معه من الله حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونة بقدر ما قصر من نيته) (٤).

(٦) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

ص: ١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الدين حديث ٢ و ٥ و ٣.

العزم - و إن عجز - على الأداء إذ (١) قدر، و سواء كان صاحب الدين حاضرا أم غائبا، لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كل واجب، و ترك كل محرم. و قد روى: أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه: و أنه ينقص من مئنته بقدر قصور نيته.

(و عزله عند وفاته (٢)، و الإيصاء به لو كان صاحبه غائبا) لتمييز الحق، و يسلم من تصرف الوارث فيه، و يجب كون الوصاية إلى ثقه، لأنه تسليط على مال الغير و إن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة، (و لو جهله (٣) و يئس منه تصدق به عنه) في المشهور. و قيل: يتعين دفعه إلى الحاكم، لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه، و يضعف بأنه إحسان محض إليه، لأنه إن ظهر و لم يرض بها ضمن له عوضها و إلا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقه. و الأقوى التخيير بين الصدقة، و الدفع إلى الحاكم، و ابقائه في يده.

(١) ظرف متعلق ب «الأداء».

(٢) يجب على المقترض عزل الدين عند وفاته إن كان صاحبه غائبا غيبه منقطعه الأثر، بلا خلاف فيه كما عن المختلف، لأنه أبعد عن تصرف الورثة فيه، و يشعر به خبر هشام بن سالم (سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجر ففقدها و بقي له من أجره شيء و لا نعرف له وارثا، قال: فاطلبه، قال: قد طلبناه و لم نجده، فقال: مساكين و حرّك يديه.

قال: فأعاد عليه، قال: اطلب و أجهد فإن قدرت عليه و إلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوصى به إن جاء له طالب أن يدفع إليه(١).

و منه تعرف حكم الإيصاء به و المراد من الوصية هنا هو جعل المال تحت يد الوصى حتى يوصله إلى رب المال أو ورثته، و في النهاية: أنه يوصى به إلى من يثق به، لأن الوصية تسليط على مال الغير فيجب أن يكون الوصى ثقه لئلا يتصرف فيه تصرفا غير مأذون فيه، و إن قلنا بجواز كون الوصى غير ثقه في غير هذا المورد عند ما يوصى الإنسان بماله.

(٣) أى جهل المستقرض المقرض، بحيث اجتهد في طلبه بعد غيابه و لم يعثر عليه، قال

ص: ١٦

(و لا تصح قسمه الدين (١) المشترك بين شريكين فصاعدا على المشهور، (بل الحاصل منه (٢) لهما، و التأوى (٣) بالمشناه و هو الهالك (منهما)، و قد يحتال (٤) الشيخ بالتصدق به عنه و تبعه عليه جماعه من الأصحاب، و توقف المحقق و علامه فى الكثير من كتبه لعدم النص على الصدقه، و من ثم ذهب ابن إدريس إلى عدم جواز الصدقه، لأنها تصرف فى مال الغير و هو غير مأذون فيه شرعا فيتعين عليه التسليم إلى الحاكم.

هذا و استدلل للتصدق به عنه بأن الصدقه إحسان محض بالنسبه إلى المالك، لأنه إن ظهر ضمن له عوضها على تقدير عدم الرضا بالصدقه، و إلا- فالصدقه أنفع له من بقاء العين و هى فى معرض التلف، و هو تلف بغير تفريط و هو مؤدى إلى سقوط حقه، و لذا قال الشارح فى المسالك: (فالعامل بهذا القول - أى التصديق - أجود خصوصا مع تعذر قبض الحاكم لها، أما معه فهو أحوط، و حيث يمكن مراجعته فهو أولى من الصدقه بغير إذنه و إن كان جائزا، لأنه أبصر بمواقعها، و مصرفها مصرف الصدقه المندوبه، و إن وجبت على المديون أو وارثه بالعارض) انتهى.

(١) بأن كان لاثنتين مال فى ذمم الناس، ثم تقاسما مالهما بأن يتراضيا على أن ما فى ذمه زيد لأحدهما و ما فى ذمه عمرو للآخر، فهذه القسمه غير صحيحه عند المشهور، و حيثئذ ما يحصل من أحد المديونين فهو لهما و ما يذهب فهو عليهما للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرقا عنهما فاقتهما بالسويه ما كان بأيديهما و ما كان غائبا عنهما، فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا و استوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله) (١)، و موثق ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله) (٢).

و خالف ابن إدريس بأن القسمه صحيحه و الأخبار تدفعه.

(٢) من الدين.

(٣) يقال: توى المال بكسر الواو يتوى إذا هلك.

(٤) قد ذكر غير واحد للاحتيال فى قسمه الدين الحواله، بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه

ص: ١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشرکه حديث ٢.

للقسمه بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التى يريد إعطاءها صاحبه و يقبل الآخر، بناء على صحة الحواله من البرىء، و كذا لو اصطلاحا على ما فى الذمم بعضا ببعض (١) وفاقا للمصنف فى الدروس.

فى بيع الدين

(و يصح بيعه بحال (٢) الذى فى ذمه أحد المديونين، و ذلك بأن يحيل أحد الدائنين صاحبه بما له فى ذمه زيد، و الدائن الآخر يحيل صاحبه بماله فى ذمه عمرو، فالمال المشترك لهما قد تميز حينئذ، و يكون ما فى ذمه زيد للدائن الثانى، و ما فى ذمه عمرو للدائن الأول.

و لكن هذه الحواله من برىء و هو الذى ليس فى ذمته دين، فكل من الدائنين غير مشغول الذمه لصاحبه الذى أحاله، و لذا لا بد من القول بصحة الحواله من البرىء أو كون أحد الدائنين مشغول الذمه لصاحبه الذى أحاله، و الثانى لا إشكال فى صحته، و الأول قال عنه فى الجواهر (لم أجد فيه خلافا سوى ما حكاه الشهيد فى الحواشى المنسوبة إليه من توقف الفاضل فى التذكرة فى ذلك، و لا ريب فى ضعفه).

(١) بأن يجعل أحدهما نصيبه فى ذمه أحد المديونين فى قبال نصيب شريكه فى ذمه الآخر صلحا، و قد احتمله فى جامع المقاصد، و استقرب صحته فى الدروس، و استحسنة الشارح فى المسالك بناء على كون الصلح أصلا برأسه، و النصوص المانعه المتقدمه لا تشمل الصلح و لا الحواله لأنها مقيدة بالقسمه فيقتصر فيها على موردها.

(٢) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه بحالّ بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال لعموم أدله البيع، و على غير الغريم على المشهور شهره عظيمه، و لم يخالف إلا ابن إدريس حيث منع ذلك، و هو ضعيف لعدم المانع بعد وجود المقتضى من عموم أدله البيع.

بل مقتضى هذا العموم جواز بيع الدين قبل حلوله كما هو صريح العلامة فى التذكرة و ظاهر المختلف و صريح الروضه و ظاهر اللمعه، و أشكل عليه بأن الدين قبل الحلول غير مستحق للدائن فى ذمه المديون، و فيه: إنه حق مالى إلى آخر ما يعتبر فى المبيع، فيصح بيعه على حالته التى هو عليها، و إن لم تجز المطالبه به قبل الأجل.

و أشكل عليه أيضا بعدم إمكان قبضه الذى هو شرط فى صحه البيع، و فيه: منع اشتراط إمكان القبض حين العقد بل الشرط إمكانه مطلقا، مع أنه يمكن القبض بعد الحلول، و هو كما لو باعه عينا غائبه منقوله لا يمكن قبضها حال العقد و يمكن قبضها بعد مضى زمان يمكن وصولها فيه.

نعم قد تقدم فى باب السلف عدم عدم جواز بيعه قبل قبضه و لكنه مختص ببابه فجّر حكمه إلى غيره قياسا.

و إن لم يقبض (١) من المديون (٢) و غيره (٣)، حالا كان الدين، أم مؤجلا، و لا يمنع تعذر قبضه حال البيع من صحته (٤) لأن الشرط إمكانه (٥) فى الجملة لا حاله البيع، و لا فرق فى بيعه بالحال بين كونه مشخصا، و مضمونا على الأقوى (٦)، للأصل (٧)، و عدم صدق اسم الدين عليه (٨)، (لا بمؤجل) (٩) لأنه بيع دين بدين.

و على كل فإذا جاز بيع الدين فإن باعه بالحال الحاضر من الأعيان المتشخصه فيصح بلا خلاف و لا إشكال، و إذا باعه بالحال المضمون الذى هو عين موصوفه بكذا، فهو أمر كلى ثابت فى الذمه و صادق على أفراد متعددة، فإذا خرج المدفوع فردا له فهو و إلا بقى الثمن مضمونا فى الذمه، فيصح هذا البيع لعدم صدق بيع الدين بالدين المنهى عنه ضروره عدم إرادته التأخير من المضمون.

(١) أى الحال.

(٢) أى يصح بيع الدين من المديون و المعنى صحه بيع الدين على الغريم.

(٣) أى غير المديون.

(٤) أى صحه البيع.

(٥) أى إمكان القبض مطلقا لا حال العقد.

(٦) قال فى الجواهر: (كما هو ظاهر الروضه حيث جعل الجواز أقوى، و هو مشعر بل ظاهر فى وقوع الخلاف، و وجهه قوه احتمال صدق الدين عليه بناء على تضمنه الأجل و لو فى الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين) انتهى.

و فيه: إن البحث فى المضمون الكلى غير المؤجل فلا داعى لهذا الاحتمال أبدا.

(٧) أى أصاله الصحه فى العقود.

(٨) على المضمون الحال.

(٩) لا يصح بيع الدين بالمضمون المؤجل الذى شرط تأجيله فى متن العقد كأن يقول: بعتك هذا الدين الذى لى فى ذمه عمرو بمائه درهم بشرط أن تدفعها بعد شهر، على المشهور لأنه بيع دين بدين فيشملة النهى و هو خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١).

و قيل: يكره كما عن المحقق و جماعه لعمومات أدله البيع التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و المتيقن من بيع الدين بالدين المنهى عنه هو ما كان دينا قبل العقد و قبل أن تتعلق به باء العوض، و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده

و فيه نظر، لأن الدين الممنوع منه: ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء (١) به، و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده فلم يتحقق بيع الدين به (٣)، و لأنه يلزم مثله في بيعه بحال (٣) و الفرق غير واضح، و دعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع (٤)، أو بعده فمشترك (٥)، و إطلاقهم له عليه (٦) عرفا إذا بيع به فيقولون: باع فلان ماله بالدين مجاز بقصد أن الثمن بقى فى ذمته دينا بعد البيع، و لو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله فى الحال إذا لم يقبضه، خصوصا إذا أمهله به من غير تأجيل (٧).

(و زياده) عن قدره، (و نقيضه (٨)، إلا- أن يكون ربويا) فتعتبر المساواه، (و لا- يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري) إلى البائع (على روايه (٩) فلم يتحقق بيع الدين بالدين، و قد حكم بالكراهه خروجاً من خلاف من منع منه.

(١) أى باء العوض.

(٢) أى بالدين.

(٣) أى إن كان ثبوت العوض فى الذمه بسبب العقد يجعله دينا مانعا من صحه بيع الدين به فيلزم مثله فى بيع الدين بالحال و الفرق تحكم، و فيه: لا- كلام فى ثبوت المؤجل و الحال فى الذمه، و إنما التأجيل شرط فى المؤجل دون الحال، و لهذا الفرق يظهر الحال فى صدق الدين على الأول دون الثانى.

(٤) كما هو واضح لعدم ثبوته فى الذمه إلى حين العقد.

(٥) أى و إطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل بعد العقد فهو مشترك بين المؤجل و الحال لكونهما معا يثبتان فى الذمه بمجرد العقد.

(٦) أى و إطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل عرفا إذا بيع الدين به.

(٧) و من هنا تعرف أنه مع عدم شرطيه التأجيل لا يصدق اسم الدين على الحال بخلاف المضمون المؤجل الذى شرط تأجيله.

(٨) لعموم أدله البيع، و قد تقدم جواز بيع الدين على غير المديون كما عرفت من دون خلاف إلا من ابن إدريس.

(٩) و هى روايه محمد بن الفضيل (قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين، فقال له: ادفع إلّى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، فقال:

يدفع إليه قيمه ما دفع إلى صاحب الدين، و برئ الذى عليه المال من جميع ما بقى

(محمد بن الفضل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام) و قريب منها روايه أبي حمزه عن الباقر عليه السلام، و إنما اقتصر على الأولى، لأنها أصرح (١)، و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه. و يظهر من المصنف (٢) الميل إليه، و في الدروس لا معارض لها، لكن المستند ضعيف، و عموم الأدله تدفعه، و حمل (٣) على الضمان مجازاً، لشبهه بالبيع عليه (١)، و قريب منه خبر محمد بن الفضيل عن أبي حمزه (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتري منه بعرض، ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال: أعطني ما لفلان عليك فإنني قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يردّ الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشتري به من الرجل الذي له الدين) (٢).

و عمل بهما الشيخ و تبعه ابن البراج و الشهيد في ظاهر الدروس، و الخبران ضعيفان بمحمد بن الفضيل فإنه يرمى بالغلو كما في الخلاصه، و في الفهرست أنه ضعيف، بالإضافة إلى مخالفتها لقواعد المذهب و أصوله لأن عقد القرض الذي يجب الوفاء به قد وقع على الجميع فلا وجه للاقتصار على البعض.

(١) لأنها صرحت ببراءه المديون مما بقى عليه، و لصراحتها ينسب الحكم إليها دون الثانيه.

(٢) في اللمعه.

(٣) بمعنى أن الشراء في الروايه محمول على الضمان بمعنى أن المطالب ضمن عن المديون ما عليه، و دفع عرضاً قيمته أقل من الدين، و ليس للضامن أن يأخذ من المضمون عنه زياده عما دفع، فيكون له حينئذ قيمه ما دفع و برئ المديون من جميع ما عليه، و هذا الحمل للعلامه في المختلف حيث قال: (لا بد من محمل للروايتين و ليس بعيداً من الصواب أن يحملا على أمرين: الأول الضمان، و يكون إطلاق البيع و الشراء مجازاً عليه بنوع من المجاز، إذ الضامن إذا أدى عن المضمون عنه بإذنه عوضاً عن الدين كان له المطالبه بالقيمه، و هو نوع من المعاوضه تشبه البيع، بل هو في الحقيقه، و إنما يفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير.

و المحمل الثاني أن يكون البيع قد وقع فاسداً، فإنه يجب على المديون دفع ما يساوى مال المشتري إليه بالاذن الصادر من صاحب الدين، و يبرأ من جميع ما بقى عليه من المشتري، لا من البائع، و يجب عليه دفع الباقي إلى البائع لبراءته من المشتري، و هذان الحملان قريبان من صرف الروايتين إليهما) انتهى.

ص: ٢١

فى المعاوضه، أو على فساد البىع (١)، للربا (٢) و غيره فىكون الدفع (٣) مأذونا فىه من البائع فى مقابله ما دفع، و ببقى الباقى لمالكه (٤). و الأقوى مع صحه البىع لزوم دفع الجمىع، و يجب مراعه شروط الربا و الصرف (٥) و لو وقع صلحا اغتفر الثانى (٦)! خاصه (٧).

(و منع ابن إدريس من بىع الدين على غير المديون) استنادا إلى دليل قاصر (٨)، و تقسىم غير حاصر (٩)،...

و كلاً-الحملين ضعيفان حيث صرحت الروايه الأولى ببراءه ذمه المديون و لا يجب عليه دفع الباقى و به يبطل الحمل الثانى، و صرحت الروايه أيضا بالشراء و الأصل حمليه على المعنى الحقيقى له و به يبطل الحمل الأول.

(١) و هو الحمل الثانى و قد تقدم.

(٢) تعليل لفساد البىع.

(٣) أى دفع المديون إلى المشتري.

(٤) أى ما دفعه المشتري إلى الدائن.

(٥) أى للبائع فى ذمه المديون، هذا و يكون المراد ببراءه المديون فى الروايه الأولى البراءه من حق المشتري لا مطلقا كما فى الرياض، و قد عرفت ضعف هذا الحمل.

(٦) فتجب مراعه شروط الربا إذا كانا من جنس الربوى، و هو مما يكال أو يوزن، و تجب مراعه شروط الصرف إذا كانا من الذهب و الفضة.

(٧) أى شروط الصرف دون الربا لجريان الربا فى كل معاوضه صلحا أو بيعا أو غيرهما عملا بإطلاق أدلته، قال فى المسالك: (و لا بدّ من رعايه السلامه من الربا و رعايه شروط الصرف لو كان أثمانا، و لو وقع ذلك بصيغه الصلح صح أيضا و سلم من اعتبار الصرف لا من الربا على الأقوى فيهما، لدخول الربا فى كل معاوضه عملا بإطلاق الآية - أى و حرّم الربا -، و اختصاص الصرف بالبىع) انتهى.

(٨) و هو الإجماع و قد خطّاه صاحب الجواهر كيف و المشهور قد ذهب إلى الصحه.

(٩) التقسىم هو: إن المبيع إما عين معينه أو فى الذمه، و الأول إما بىع عين مرثيه مشاهده فلا تحتاج إلى وصف و إما عين غير مشاهده فتحتاج إلى وصف و ذكر الجنس و هو بىع خيار الرؤيه.

و الثانى و هو بىع ما فى الذمه فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين و الوصف الخاص، فهذه ثلاثه أقسام للمبيع، و الدين ليس واحدا منها، لأنه ليس عينا مشاهده و لا معينه موصوفه إذ للمديون التخيير فى جهات القضاء من ردّ نفس العين أو مثلها، و ليس الدين

فى ما لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم ثم قضى منه دين المسلم

(و لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم) كالخمر و الخنزير (ثم قضى منه دين المسلم (٢) صح قبضه و لو شاهده) المسلم، بسلف إجماعا، و لا قسم رابع فى البين فيتعين القول بطلان بيعه.

و ردّ بأن الدين عين موصوفه، و التخيير للمديون لا يخرج الدين عن كونه كذلك فيصح بيعه لعموم أدله البيع هذا و قد علق الشارح فى الروضه هنا كما فى الطبعه الحجرية بقوله (حاصل...) يرجع إلى حصر حاصل استدلال ابن إدريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادعى صحته و هو: أن المبيع إما عين معينه أو فى الذمه، و الأول إما بيع عين مرئيه مشاهده فلا يحتاج إلى وصف، و إما بيع عين غير مشاهده فيحتاج إلى وصفها و ذكر جنسها و هو بيع خيار الرؤيه و أما الذى فى الذمه فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين و الوصف الخاص، قال: و الدين ليس عينا مشاهده و لا معينه موصوفه إذ للمديون التخيير فى جهات القضاء، و ليس بسلم إجماعا و لا قسم رابع هنا لنا.

ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع لانعقاده على صحه بيع الدين، ثم أجاب بأن العمومات قد تخصّ، و الأدله هنا عامه تخصّها ببيعته على غير من هو عليه، ثم عقّب ذلك بأنه تحقيق لا- يبلغه إلا- محقق أصول الفقه و ضابط فروع المذهب، عالم بأحكامه محكمّ لمداره و تقريراته و تقسيماته، ثم استدل أيضا بالإجماع على عدم صحه جعل الدين مضاربه إلا بعد قبضه، ثم أطنب فى ذلك بما لا محصل له.

و أنت خير بأن التقسيم الذى ادعى فيه الحصر لا دليل عليه، و أما ما ادعاه من الإجماع وارد عليه، و ما أعذر عنه من التخصيص متوقف على قيام المخصص و هو مفقود، و المنع من المضاربه على الدين لا مدخل له فى المنع من بيعه أصلا، و إلا لمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه.

و إنما المانع عندهم من المضاربه أمر آخر أشرنا إليه فى بابه، و لا فرق بين البيع للدين و السلم فيه إلا بالأجل، و هو لا يصير المجهول معلوما.

(١) سواء كان البيع على المديون أم على غيره.

(٢) لو باع الذمى لمثله ما لا يحله المسلم كالخمر و الخنزير ثم قضى منه دين المسلم جاز للمسلم أخذه عوضا عن الحق الذى له فى ذمه الذمى بلا خلاف فيه، مع مراعاة شرائط الذمه كالتستر و نحوه لإقرار شريعتنا على ما عنده للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرأ أو خنزيرا ثم يقضىنى منها، قال: لا بأس، أو قال: خذها) (١)، و من المعلوم إرادته

١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

لإقرار الشارع له على ذلك، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهر به (١) لم يجوز و من ثم يقيد بالذمي، لأن الحربى لا يقرّ على شىء من ذلك فلا يجوز تناوله منه.

فى تحلل الدين و عدمه

(و لا- تحلّ الديون المؤجله بحجر المفلس (٢)، عملاً بالأصل، (خلافاً لابن الجنيّد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل، قياساً على الميت، و هو باطل، مع وجود الفارق بتضرر الورثه إن منعوا من التصرف إلى أن يحل (٣)، و صاحب الدين (٤) إن لم يمنعوا، بخلاف المفلس لبقاء ذمته.

(و تحلّ) الديون المؤجله (إذا مات المديون) (٥)، سواء فى ذلك مال السلم، الذمي من الخبر لإقرار شريعتنا له خاصه على ما عنده، و لمعوميه البطالان بالنسبه إلى غيره، و للتصريح به فى خبر منصور بن حازم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: لى على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحلّ لى أخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك) (١).

(١) فمع التظاهر يكون قد أخلّ بشرائط الذمه و يكون بحكم الحربى عند الأصحاب.

(٢) على المشهور لأصالة إبقاء ما كان كما كان، و خالف ابن الجنيّد عملاً بالقياس على الميت، و هو قياس باطل مع وجود الفارق بتحقيق الضرر على الورثه إن منعوا من التصرف إلى حلول الدين، و بتضرر صاحب الدين إن لم يمنعوا، كل ذلك لعدم الذمه للميت بخلاف المفلس فإن له ذمه.

(٣) أى يحلّ الدين.

(٤) أى و بتضرر صاحب الدين.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا مات الرجل حلّ ماله و ما عليه من الدين) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليه السلام (إذا كان على الرجل دين إلى أجل و مات الرجل حلّ الدين) (٣).

و ظاهر الخبرين عدم الفرق بين مال السلم و غيره، و منه تعرف ضعف ما عن الفخر فى إيضاحه و الشهيد فى حواشيه من عدم حلول السلم بالموت، لأن الأجل يقتضى قسماً من الثمن.

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الدين حديث ١ و ٣.

و الجنايه المؤجله، و غيرهما، للعموم، و كون، أجل السلم يقتضى قسطاً من الثمن، و أجل الجنايه بتعيين الشارع و ليتحقق الفرق بين الجنايات (١) لا- يدفع عموم النص (و لا- تحل بموت المالك (٢)، دون المديون للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي.

و قيل: تحل، استناداً إلى روايه مرسله، و بالقياس على موت المديون. و هو باطل.

(و للمالك انتزاع السلعه) التى نقلها إلى المفلس قبل الحجر و لم يستوف عوضها مع وجودها مقدماً فيها على سائر الديان (٣) (فى الفلس إذا لم تزد زياده) و لا فرق أيضاً بين الجنايه المؤجله كديه الخطأ و غيره، و قيل: بأن مال الجنايه لا يحل، لأن التأجيل شرعى بلا مدخله لرضا الميت فيه و بدون الأجل لا تكون الديه شرعيه، و عموم النص المتقدم يدفعه.

(١) فديه القتل عمداً فى سنه، و شبه العمداً فى سنتين، و ديه الخطأ فى ثلاث سنين، فلو كانت الجنايه خطأ ثم مات بعد سنه، و حلت الديه بتمامها بعد الموت لما بقى فرق بين ديه الخطأ و ديه العمداً.

(٢) أى الدائن على المشهور لأصالة إبقاء ما كان كما كان، و إنما خرج المديون بالنص.

و عن الشيخ فى النهايه و أبى الصلاح و القاضى و الطبرسى إلى أنها تحلّ لخبر أبى بصير المتقدم (إذا مات الرجل حلّ ماله)، و هى مهجوره عند الأصحاب بشهاده صاحب الجواهر بالنسبه لصدرها، بالإضافة إلى إرسالها حيث رواها الكلينى عن أبى على الأشعرى عن محمد بن عبد الجبار عن بعض أصحابه عن خلف بن حماد عن إسماعيل بن أبى قره عن أبى بصير.

(٣) المشهور على أنه من وجد عين ماله فله أخذه، و لو لم يكن سواه لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (إذا أفلس الرجل و عنده متاع رجل بعينه فهو أحق به) (١)، و صحيح عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام (سألت عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: لا يحاصّه الغرماء) (٢).

و الشيخ فى التهذيب و الاستبصار و النهايه و المبسوط أن الغريم له أخذ عين ماله إذا كان

ص: ٢٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحجر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

(متصله (١) كالسمن، و الطول، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلس فيمتنع أخذ العين بدونها (٢) و معها (٣). (وقيل: يجوز) انتزاعها (و إن زادت) لأن هذه الزيادة صفه محضه و ليست من فعل المفلس فلا تعدّ مالا له، في البقية وفاء للديون الثابتة على المفلس لصحيح أبي ولاد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه فمات المشتري قبل أن يحل ماله، و أصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال عليه السلام: (إذا كان عليه دين و ترك نحو ما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو ما دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء، يأخذ بحصته و لا سبيل له على المتاع) (١).

و فيه: إن الخبر صريح في غريم الميت، لا- في غريم المفلس كما هو مفروض المسألة، هذا من جهة و من جهة أخرى يبقى السؤال كيف يمكن لمال المحجور عليه أن يفى بالديون مع أنه يجب أن يكون ماله أقل حتى يحجر عليه، و الجواب بأنه قد يكون ماله قاصرا في ابتداء الحجر و لكنه تجدد الوفاء فيما بعد بإرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمه أمواله أو نمائها.

(١) أما مع عدم الزيادة فهو مورد النص المتقدم، و أما مع الزيادة المتصلة كالسمن و الطول فتزيد لذلك قيمه العين، فعن الشيخ و جماعه منهم العلامة في القواعد أنه يرجع الغريم على العين و له أخذها، لأن هذا النماء يتبع الأصل، لأنه صفه محضه، و ليس من فعل المفلس فلا يعدّ مالا له، و لأنه يصدق على الغريم أنه وجد عين ماله فيرجع به.

و تردد المحقق في الشرائع، لأن النماء المتصل قد وقع في ملك المفلس و إن لم يكن بفعله فهو له لأنه نماء ملكه، و لأن الرجوع على العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات شيء على المفلس.

و لذا ذهب العلامة في المختلف و ابن الجنيّد و المحقق الثاني إلى أن الزيادة للمفلس لكنها لا تمنع من رجوع الغريم لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان المفلس شريكا معه بالنسبه.

و عن العلامة في التذكرة المنع من الرجوع لعدم صدق وجدان العين، لأنها زادت، بل الرجوع على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو ما لم تزد العين.

(٢) أى بدون الزيادة المتصلة لاستحاله التفكيك.

(٣) لأنها مال المفلس.

ص: ٢٤

و لعموم من وجد عين ماله فهو أحق بها، و فى قول ثالث: يجوز أخذها، لكن يكون المفلس شريكا بمقدار الزيادة،(و لو كانت الزيادة منفصله) كالولد و إن لم ينفصل، و الثمره و إن لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع (١) و كانت الزيادة للمفلس، و لو كانت بفعله (٢) كما لو غرس (٣)، أو صبغ الثوب (٤)، أو خاطه، أو طحن (٥) الحنطه كان شريكا بنسبه الزيادة.

فى قصور التركة عن الغرماء

(و غرماء الميت سواء فى تركته مع القصور (٦) فيقسم على نسبه الديون، (١)بلا خلاف لصدق وجدان العين من دون زياده فيها، نعم النماء المنفصل للمفلس لأنه انفصل فى ملكه و هو نماء ملكه، بلا فرق فى الولد بين الحمل و المنفصل، و لا فى اللبن بين المحلوب و غيره لكون الجميع نماء ملك المشتري.

(٢)أى بفعل المفلس.

(٣)قال فى المسالك: (اعلم أن الزيادة اللاحقه للمبيع لا تخلو إما أن تكون من نفسه - أى نفس المبيع - أو من خارج، و الأول إما متصله محضا كالسمن، أو منفصله محضا كالولد، أو منفصله من وجه دون آخر كالحمل، و قد تقدم حكم الثلاثه.

و الزيادة الخارجيه إما أن تكون عينا محضا كالغرس - غرس بذر أو نبت -، أو صفه محضه كنسج الغزل و قصر الثوب، أو صفه من وجه و عينا من آخر كصبغ الثوب) انتهى.

فللغريم الرجوع على العين لأنها قائمه و هى متميزه عن بقيه مال المفلس، و للمفلس الزيادة الخارجيه لأنها بفعله، و هو فعل محترم غير متبرع به، و كلما كان كذلك فيجب أن لا يضيع على فاعله.

(٤)مثال للزيادة الخارجيه و كانت صفه من وجه و عينا من وجه آخر.

(٥)الخياطه و الطحن مثال للزيادة الخارجيه إذا كانت صفه محضه، و الفرس المتقدم مثال للزيادة الخارجيه إذا كانت عينا محضا.

(٦)أى مع قصور تركته لما عليه من الدين، فلا يجوز للمالك الرجوع على عين ماله لو باعه لإنسان ثم مات هذا الإنسان المشتري، بل يكون المالك مع بقيه غرماء الميت سواء فى التركة، إذا لم يترك نحو مما عليه، و أما إذا ترك نحو مما عليه فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها، على المشهور و مستندهم صحيح أبى ولاد المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله، و أصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال عليه السلام: إذا كان عليه دين و ترك نحو مما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شىء، يأخذ بحصته و لا سبيل له على

سواء في ذلك صاحب العين، وغيره، (و مع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور)، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد و سواء مات محجورا عليه أم لا (١)، و مستند المشهور صحيحه أبي ولاد عن (الصادق) عليه السلام.

(و قال ابن الجنيد: يختص بها و إن لم يكن وفاء) كالمفلس، قياسا، و استنادا إلى روايه مطلقه (٢) في جواز الاختصاص، و الأول (٣) باطل و الثاني يجب تقييده بالوفاء جمعا. و ربما قيل: باختصاص الحكم (٤) بمن مات محجورا عليه، و إلا فلا اختصاص مطلقا (٥)، و صحيح النص يدفعه (و لو وجدت العين ناقصه بفعل) المتاع (١).

و خالف الإسكافي ابن الجنيد فقال: بجواز الرجوع إلى العين و إن لم تف التركة بما على الميت قياسا على المفلس، و لمرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يقبض الثمن، ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه، فقال:

إذا كان المتاع قائما بعينه ردّ إلى صاحب المتاع، و قال: ليس للغرماء أن يحاصّوه) (٢)، و قال الشارح في المسالك عنه (و هو ضعيف)، و قال صاحب الجواهر: (كأنه اجتهد في مقابله النص)، لأن دليله الأول قياس و هو باطل، و مرسل جميل مقيّد بما إذا كانت التركة وافيّه بالدين جمعا بينه و بين صحيح أبي ولاد المتقدم.

ثم على مبنى المشهور لا- فرق في الميت بين أن يموت و هو محجور أو لا، لأن غرماء غرماء الميت لا غرماء المفلس، و خالف المحقق الثاني في جامع المقاصد فذهب إلى أن للغريم الرجوع على العين إذا كانت قائمه و كان الميت محجورا عليه، و أما إذا لم يكن محجورا عليه فلا اختصاص لصاحب العين سواء وفّت التركة أم لا، و صحيح أبي ولاد المتقدم يدفعه.

(١) في قبال المحقق الثاني.

(٢) و هي مرسل جميل المتقدم.

(٣) أي القياس.

(٤) و هو اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجدها مع كون التركة وافيّه بالدين.

(٥) سواء كانت التركة وافيّه بالدين أم لا.

ص: ٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

(المفلس (١) أخذها إن شاء (و ضرب بالنقص (٢) مع الغرماء مع نسبته) أى نسبه النقص (إلى الثمن) بأن تنسب (٣) قيمه الناقص إلى الصحيحه و يضرب من الثمن الذى باعه به بتلك النسبه كما هو مقتضى قاعده الأرش، و لئلا يجمع بين العوض و المعوض فى بعض الفروض (٤)، (١)النقصان فى العين إما مما يتقسط عليه الثمن لجواز إفراده بالبيع كعبد من عبيدين، و نحوه كنصف الثوب، أو لا يكون كذلك كيد العبد و رجله، و على التقديرين فالتالف إما أن يكون تلفه من قبل الله تعالى، أو بجنابه الأجنبى، أو من المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

فإن كان التلف مما له قسط من الثمن و كان التلف من فعل المشتري كان البائع مخيراً بين أن يضرب بالثمن مع الغرماء و لا يرجع على العين الناقصه، أو أن يرجع على الباقي من العين و يضرب مع الغرماء بحصته التالف، و هذا مما لا خلاف فيه كما فى المسالك لصدق عين المال على الموجود فللغريم أخذه، و إنما خالف بعض العامه و زعم أنه ليس له الرجوع بالباقي لأنه لم يجد المبيع بعينه و هو ضعيف و لو كان التلف مما لا قسط له من الثمن و كان التلف من فعل المشتري فليس للبائع إلا الرضا به على تلك الحال أو الضرب بالثمن، لأن البائع هنا لا حق له بالعين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، و حقه قبل الفسخ فى الثمن، و هذا يعنى أن العين غير مضمونه على المشتري قبل الفسخ، و لازمه أن البائع لو فسخ فله نفس العين على ما هى عليه وقت الفسخ، و ما مضى من النقصان لم يتعلق حقه به، و ذهب ابن الجنيّد و قواه العلامه فى المختلف و المحقق الثانى إلى أن البائع لو فسخ يستحق أرش النقصان، لأن فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال لصاحبه، فإن كان باقيا رجع به، و إن كان تالفا، رجع ببذله كائنا ما كان بلا فرق بين تلف الجميع أو البعض، و كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع معارض بماله قسط من الثمن.

و أما بقيه الصور فسيأتى الكلام فيها.

(٢)ظاهره سواء كان النقص مما له قسط من الثمن أم لا.

(٣)كما لو كان قيمه العبد مائتين و قد اشتراه بمائه فجنى عليه المشتري بأن قطع يده، و أرش الجنايه هنا مائه لقطع اليد التى فيها نصف القيمه، فلا- يرجع البائع بالمائه لئلا يجمع بين العبد و بينها عند الفسخ، بل الأرش هنا الذى يرجع به هو جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه نقصان القيمه إليها، فيرجع بخمسين مع العبد الذى اشتراه بمائه، و هذه هى قاعده الأرش المقرره عندهم.

(٤)كمثال العبد المتقدم.

و فى استفاده ذلك (١) من نسبه (١) النقص إلى الثمن خفاء، و لو كان النقص بفعل غيره (٣) فإن وجب أرشه ضرب به قطعا، و لو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك، سواء كان الفأنت مما يتقسط عليه الثمن بالنسبه كعبد من عبيدين أم لا كيد العبد، لأن مقتضى عقد المعاوضه عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه، أو بدله.

و علم أن تخصيص النقص بفعل المفلس (٤) لا يظهر له نكته (٥)، لأنه إما مساو لما يحدث من الله تعالى، أو الأجنبى على تقدير الفرق (٦)، أو حكم الجميع (١) أى نسبه النقص إلى القيمه الواقعيه و الرجوع من الثمن بمقدار تلك النسبه.

(٢) الذى هو مفاد كلام الماتن.

(٣) فإن كان التلف من قبل الله تعالى سواء كان النقص مما له قسط من الثمن أو لا فيجرى فيه نفس الكلام الوارد فى النقص الصادر من المشتري و كان مما لا قسط له، من ذهاب المشهور إلى أن البائع ليس له إلا الرضا بالعين على حالتها حين الفسخ أو الضرب بالثمن، لأن البائع ليس له حق بالعين إلا بعد الفسخ، و أما قبله فحقه فى الثمن، و من الواضح أن العين قبل الفسخ غير مضمونه على المشتري فما ورد من نقص عليها قبل الفسخ ليس على المشتري و لم يتعلق حق البائع به.

و قد ذهب غير المشهور إلى استحقاق أرش النقصان لو فسخ البائع، لأن فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال إلى صاحبه فإن كان باقيا رجوع به، و إن كان تالفا رجوع ببدله كائنا ما كان بلا فرق بين تلف الجميع و البعض، مع كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع قبل الفسخ معارضا بما له قسط من الثمن و كان التلف من المشتري.

و إن كان التلف من الأجنبى سواء كان التالف مما له قسط من الثمن أم لا تخير البائع بين أخذ العين و الضرب بجزء من الثمن على نسبه نقصان القيمه و بين الضرب بجميع الثمن و ذلك لأن الأجنبى لما ثبت عليه أرش الجنايه و الأرش جزء من المبيع و قد أخذه المشتري فلا يضيع على البائع، و هذا بخلاف التعيب بالآفه السماويه على مبنى المشهور حيث لم يكن لها عوض، و إلا فعلى مبنى غير المشهور فى الآفه السماويه فالحكم متحد، و إن كان التلف من البائع فهو كالأجنبى، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له و لا فى ضمانه.

(٤) بلا فرق بين كون البدل بدلا عن الجميع التالف أو البعض التالف.

(٥) فى عبارته الماتن.

(٦) لأن النقص الحاصل عن المفلس إذا كان حكمه حكم ما يحدث من قبل الله تعالى بعدم الأرش فلم خص المصنف النقص بالمفلس.

سواء على القول القوي.

(و لا- يقبل إقراره في حال التفليس بعين (١)، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله) فيكون إقراره بها في قوه الإقرار بمال الغير، و للحجر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار، (و يصح) إقراره (بدين) (٢) لأنه عاقل مختار فيدخل في و إذا كان حكمه حكم ما يحدث من الأجنبي بالأرش فلم خص المصنف النقص بالمفلس، هذا كله على تقدير الفرق بين النقص من قبل الله و بين النقص من قبل الأجنبي كما هو مبني المشهور في الآفة السماويه، فعلى هذا التقدير لا بد من ذكر أحدهما مع المفلس فالتخصيص غير حسن.

و إن لم يكن مذهب المصنف التفريق بين الأجنبي و فعل الله كما هو مبني غير المشهور في الآفة السماويه و كما هو مختار الشارح في المسالك و الروضه هنا فوجه عدم حسن التخصيص بالمفلس أظهر.

(١) فلا يقبل، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله، فيكون الإقرار بها إقرارا منافيا لحق الغير.

و عن المبسوط للشيخ و التحرير للعلامة قبول إقراره لعموم النبوى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و هو ضعيف لتعلق حق الغير بالعين فلا يقبل إقراره بها، لأنه إقرار بمال الغير.

(٢) لو أقر المفلس بدين سابق على الحجر فيصح بلا خلاف فيه كما في الجواهر و قد قال:

(نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عدم صحه إقراره مطلقا، و لم نعرفه مع وضوح فساد، لمنافاته لما دلّ على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم) انتهى، و استدل أيضا بأن الحجر الموجود على المفلس ليس بمانع من صحه إقراره المذكور، لأن الحجر مانع في خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان، لأن فيه أحداثا تملكك جديد، و الإقرار هنا إخبار بالدين فهو ليس إحداثا لملكك بل هو إخبار عن ملكك.

ثم هل المقر له يشارك الغرماء أو لا؟ ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و المحقق في الشرائع و العلامة في التذكرة و التحرير أنه يشارك لعموم (إقرار العقلاء) المتقدم فينفذ تصرفه، و المقر له أحد الغرماء فلا بدّ من تقسيم مال المفلس بين غرمائه بما فيهم المقر له لعموم خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه

ص: ٣١

عموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و المانع في العين منتف هنا، لأنه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها (و) هنا (يتعلق بدمته، فلا يشارك الغرماء المقر له) جمعا بين الحقين. (و قوى الشيخ رحمه الله) و تبعه العلامة في بعض كتبه (المشاركة) للخبر (١)، و لعموم الإذن (٢) في قسمه ماله بين غرمائه، و للفرق بين الإقرار، و الإنشاء فإن الإقرار إخبار عن حق سابق، و الحجر إنما يبطل إحداث الملك، و لأنه (٣) كالبينه، و مع قيامها لا إشكال في المشاركة.

و يشكل بأن ردّ إقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره فلا ينافيه الخبر (٤)، و نحن فقسّم بينهم، يعنى ماله (١).

و لأن الإقرار كالبينه، و مع قيام البينه فلا إشكال في المشاركة فكذا في مساويها، و لانتفاء التهمة على الغرماء لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء، و لأن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقتر بدين عليه مع عدمه.

و في الجميع نظر، أما عموم الإقرار فنقول به و لكن لا يشارك الغرماء لتعلق حقهم بأعيان مال المفلس فلا بدّ من إلزام المفلس بالمال بعد زوال الحجر، و إلا لو قبل إقراره في الأعيان التي تعلق بها حق الغير لكان إقرارا في حق غيره لا على نفسه.

و أما خبر غياث فإنما هو في الغرماء حين الحكم بالحجر لا فيما يستجدّ، و نمنع مساواه الإقرار للبينه في جميع الأحكام، و يظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيم عليه البينه، و إذا لم تكن القاعده كليه فلا تصلح كبرى للشكل و لا تنتج المطلوب.

مع أن التهمة موجوده في حق الغرماء لأنه يريد إسقاط حقهم بإقراره، و تحقق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه الضرر عليهم، و لإمكان المواطاه بينه و بين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر إلا عليهم، و الأخير استحسان محض فلذا ذهب العلامة في بعض كتبه إلى عدم المشاركة و تبعه الشهيدان و الكركي و غيرهم، بل يثبت بدمته و يلزم بالمال بعد زوال الحجر.

(١) أى عموم النبوى المتقدم.

(٢) المستفاد من خبر غياث المتقدم.

(٣) أى الإقرار.

(٤) و هو النبوى المتقدم.

ص: ٣٢

قد قبلناه، على نفسه بإلزامه بالمال بعد الحجر، و مشاركته المقرّر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء (١) فى المعنى، و كونه كاليينه مطلقاً ممنوع، فما اختاره المصنف أقوى. و موضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحجر، أما بعده (٢) فإنه لا- ينفذ معجلاً- قطعاً، نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جنايه، شارك (٣) لوقوع السبب (٤) بغير اختيار المستحق (٥) فلا تقصير، بخلاف المعامل (٦).

فى منع المفلس من التصرف

(و يمنع المفلس من التصرف) المبتدأ (فى أعيان أمواله) (٧) المنافى لحق (١) أى إنشاء الملك بالهبة أو غيرها.

(٢) أى بعد الحجر بحيث أقرّ بالدين الناتج عن معامله، و قد وقعت بعد الحجر برضا الطرفين من المفلس و الذى عامله، فلا يشارك الدائن هنا الغرماء، لأن الإقرار لم يتعلق بأعيان ماله التى تعلق بها حق الغرماء، فيكون الإقرار مؤجلاً إلى ما بعد الحجر نعم لو أقرّ بدين بعد الحجر و أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جنايه فيجرى فيه الوجهان السابقان، لاتحاد المدرك كما فى الجواهر و المسالك و غيرهما، نعم قوى الشارح المشاركة هنا بقوله فى المسالك (و الفرق أن الجنايه و الإتلاف وقعا بغير اختيار المالك و المجنى عليه فلا يستند إلى تقصيره بخلاف معامله لصدورها عن الرضا و الاختيار من الطرفين) انتهى.

(٣) أى شارك المقرّر له للغرماء.

(٤) و هو سبب الشراكه عن الإتلاف و الجنايه.

(٥) أى مستحق الشركه و هو المقرّر له.

(٦) و هو الذى أوجد معامله مع المفلس من قرض أو بيع أو نحوهما.

(٧) لا خلاف فى منع المفلس بعد الحجر من التصرف فى أعيان أمواله الموجوده حال الحجر احتياطاً لحفظ المال للغرماء.

و هذا فى خصوص التصرف الابتدائى، لا فى مطلق التصرف فلا يمنع من الفسخ بالخيار، كما لو اشترى بخيار ثم فّلس فالخيار باق بلا- خلاف فيه، لأنه أثر أمر ثابت قبل الحجر فلا يمنع منه للاستصحاب، و لكن هل يلاحظ فى الفسخ الغبطه أو لا، ذهب جماعة منهم الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامة و الكركى إلى أن له الفسخ من غير اعتبار الغبطه، بل و إن كان فيه مفسده على الغرماء و للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إياه.

خلافًا للفاضل فى التذكرة فاعتبر الغبطه فى خيار العيب دون غيره، و علّله بأن العقد فى

الغرماء، لا من مطلق التصرف، و احترزنا بالمبتدإ عن التصرف فى ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنه ليس بابتداء تصرف، بل هو أثر أمر سابق على الحجر، و كذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به. و هل يعتبر فى جواز الفسخ الغبطه، أم يجوز اقتراحا؟ الأقوى الثانى، نظرا إلى أصل الحكم، و إن تخلفت الحكمه (١). و قيل: تعتبر الغبطه فى الثانى دون الأول.

و فرق المصنف رحمه الله بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحه، فلا يتقيد بها، بخلاف العيب، و فيه نظر بين، لأن كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحه، و إن كانت الحكمه المسوغه له هى المصلحه، و الإجماع على جواز الفسخ بالعيب و إن زاد قيمه (٢)، فضلا عن الغبطه فيه (٣).

و شمل التصرف (٤) فى أعيان الأموال ما كان بعوض (٥)، أو غيره، و ما تعلّق بنقل العين، و المنفعه، و خرج به (٦) التصرف فى غيره (٧)، كالنكاح، زمن الخيار متزلزل لاثبات له فلا- يتعلق حق الغرماء بالمال دون العيب، فإن العقد غير متزلزل فيتعلق حق الغرماء بالمعيب، و عليه لا بد من مراعاة المصلحه فى العيب دون غيره، و يضعف بأن التزلزل بينهما مشترك و الفرق تحكم.

و وجهه الشهيد بأن الخيار فى غير العيب ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحه فلا يتقيد بها خلاف العيب فإنه ثابت على طريق المصلحه فيتقيد بها، و التزم الشهيد بذلك.

و فيه: إن كلا الخيارين ثابت بأصل العقد، و إنما افترقا بأن أحدهما قد ثبت بالاشتراط، و الآخر بمقتضى العقد، و لم يقل أحد بتقيد فسخ العيب فى غير المفلس بالمصلحه فاعتبار الغبطه فيه هنا مع كونه ليس من التصرفات المبتدئه ليس بجيد.

(١) و هى الغبطه.

(٢) فيكون فى الفسخ ضرر.

(٣) أى فى الفسخ، و المعنى إذا قام الإجماع على جواز الفسخ مع الضرر فى غير المفلس فيجوز فى المفلس لعدم الدليل على التفريق.

(٤) أى التصرف الممنوع منه.

(٥) سواء كان بعوض أو غيره، بل و لو محاباه، و سواء كان التصرف بنقل العين أو المنفعه، كل ذلك احتياطا لحق الغرماء.

(٦) أى بلفظ (فى أعيان أمواله).

(٧) أى التصرف فى غير عين ماله كالنكاح و الطلاق و القصاص و العفو عنه و الإقرار بالنسب

و الطلاق، و استيفاء القصاص، و العفو عنه و ما يفيد تحصيله (١) كالاختطاب، و الاتّهاب، و قبول الوصيه و إن منع منه (٢)، بعده (٣) و بالمنافى (٤) عن وصيته و تدبيره فإنهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه فى ذلك و نحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(و تباع) (٥) أعيان أمواله القابلة للبيع، و لو لم تقبل كالمنفعة أو جرت، أو و نحو ذلك، مما لا يصدق عليه أنه تصرف فى المال، و إن استلزم بعضها ذلك، كالمثونه فى الإقرار بالنسب.

كما لا يمنع من التصرف المحصّل للمال كالاختطاب و الاصطياد، و أولى منهما قبول الوصيه التمليكيه و الاتّهاب و الشراء بضمن فى الذمه و القرض و نحوها، مما هو مصلحه للغرماء بناء على دخول الجميع فى الحجر فيتعلق فيه حق الغرماء، كما صرح به الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين، و استشكل العلامة فى الإرشاد بتعلق الحجر فى الأموال المستجده بعد الحجر، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق أولى.

هذا و صرح الفاضل و الكركى بعدم المنع أيضا عن الوصيه و التدبير، لأنه لا- ضرر فيها على الغرماء، لكونهما بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولا.

(١) أى و خرج التصرف المالى الممنوع منه ما يفيد تحصيل المال.

(٢) من المال الذى حصّله.

(٣) بعد التحصيل.

(٤) أى و خرج بالمنافى لحق الغرماء فتخرج وصيته و تدبيره على شرح قد تقدم.

(٥) شروع فى قسمه أمواله بين غرمائه بعد بيعه، و ظاهر القواعد و غيره أنه ينبغي للحاكم المبادره إلى بيعه لئلا تطول مده الحجر، و هو ظاهر فى الاستحباب، هذا و لكن الحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجه فتجب المبادره حينئذ خصوصا بعد مطالبه الديان، و لذا ذهب العلامة فى ظاهر التحرير إلى الوجوب، بل فى جامع المقاصد: (أن الوجوب أظهر)، هذا من جهه و من جهه أخرى فيما أن حق الغرماء قد تعلق فى أعيان أمواله فالوصول إلى حقهم منحصر ببيع هذه الأعيان إن أمكن، و إلا صولح عليها، و ما لا يملك بيعه يؤجر و يضاف الجميع إلى المال الذى عنده.

و عليه فإن و فى بالدين فهو و إلا يقسم على نسبه أموالهم قضاء لحق العدل بينهم، فلو كان لغريم مائه و للآخر مائتان، و بيعت أمواله بمائه فلا بد من تقسيم هذه المائه أثلاثا و هكذا.

و يشهد له خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل كانت عنده مضاربه

صولح عليها و أضيف العوض إلى أثمان ما يباع (و تقسم على الغرماء) إن و في، و إلا فعلى نسبه أموالهم،(و لا يدخر للمؤجله (١) التي لم تحل حاله القسمة شيء) و لو حل بعد قسمه البعض شارك في الباقي، و ضرب بجميع المال، و ضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم (و يحضر كل متاع في سوقه (٢) وجوبا مع رجاء زياده القيمة و إلا استحبابا، لأن بيعه فيه أكثر لطلابيه، و أضبط لقيمته.

في حبس من ادعى الاعسار

(و يحبس لو ادعى الاعسار حتى يثبته (٣) باعتراف الغريم، أو بالبينه المطلعه و وديعه و أموال أيتام و بضائع و عليه سلف لقوم، فهل لك و ترك ألف درهم أو أكثر من ذلك، و الذي عليه للناس أكثر مما ترك، فقال: يقسم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على قدر حصصهم أموالهم(١)، و خبر عبد الله بن الحكم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس و عليه دين لقوم، و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم، فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، قال: يقسم ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص(٢).

(١) تقسم أمواله على ديونه حاله دون المؤجله بلا خلاف فيه و لا إشكال، لعدم استحقاق المؤجله قبل الأجل، نعم لو حلت قبل قسمه الكل ففي التذكرة و المسالك أن هذا الدين الجديد يشارك، و كذا لو حل بعد قسمه البعض شارك في الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب ببقية الغرماء ببقية أموالهم، لأن تعلق حقوقهم بالمال لا يمنع من تعلق حق غيرهم بعد وجود مقتضى التعلق فيه.

(٢) ففي الشرائع و القواعد و التحرير و الإرشاد و محكي المبسوط أنه يستحب إحضار كل متاع إلى سوقه لتتوفر الرغبة، و مقتضاه جواز بيعه في غير سوقه و لو رجي الزيادة فيه.

و في جامع المقاصد إنه لا- يبعد الوجوب إلا- أن يقطع بانتفاء الزيادة في سوقه، و في المسالك: (فالأولى الوجوب لأن بيعه فيه أكثر لطلابيه و أضبط لقيمته).

(٣) لو ادعى الإعسار فإن وافقه الغريم فيثبت إعساره، لاعتراف من له الحق عليه، و كذا لو قامت البيه على إعساره على تفصيل سيأتي، و مع ثبوت إعساره لا يجوز حبسه سواء كان المعسر مفلسا و قد منعه الحاكم من التصرف في أمواله أم كان غير مفلس، بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال للإنظار المأمور به في الكتاب بقوله تعالى وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَى

ص: ٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١.

مَيْسَرَه (١) و لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال: إن مع العسر يسراً) (٢) ، و خالف بعض العامة حيث جعل قيام البينه على إعساره غير مانع من حبسه مده يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر و هو ضعيف.

ثم لو ادعى الإعسار فإنه يحبس حتى يثبت إعساره، لأصله بقاء المال عنده فلا يؤخذ بدعواه، و الإنظار المأمور به في الآيه المتقدمه مشروط بثبوت الإعسار و لم يثبت هنا، و لفعل أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يحبس بمجرد الالتواء كما في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علياً كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا) (٣). ثم لو تناكر المديون و غريمه في الإعسار و عدمه، فإن كان للمديون مال ظاهر من غير المستثنى له كالدار و الجارية و الثياب أمره الحاكم بالوفاء، فإن امتنع تخير الحاكم بين حبسه حتى يوفى بنفسه لوجوبه عليه، و بين بيع أمواله و قسمتها بين غرمائه لأنه ولي الممتنع.

و إن لم يكن للمديون مال ظاهر و قد ادعى الإعسار و لم يوافقه الغريم فإن وجد المديون البينه على شرط سيأتى بيانه قضى الحاكم بها، و إن عدمت البينه فإن كان للمديون أصل مال معهود و قد ادعى تلفه أو كانت أصل الدعوى مالا كالقرض و نحوه و قد أثبتها الغريم حبس المديون حتى يثبت إعساره، لأصله بقاء المال، و في التذكرة أنه لو لم تكن له بينه بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فإذا حلفوا حبس.

و على كل فلو قامت البينه لإثبات إعساره كما في بعض الفروض المتقدمه فلا يخلو الأمر إما أن يكون مستند الشهاده علم البينه بتلف أمواله، أو باطلاعها على حاله، فإن كان الأول بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قبلت و إن لم تكن مطلعته على باطن أمره، لأن الشهاده بذلك بينه إثبات فيشملها جميع ما دلّ على قبول البينه، و بثبوت تلف ماله يحصل الفرض من فقره.

و إن كان الثاني بأن شهدت بإعساره مطلقاً من غير تعرض لتلف أمواله فلا بدّ في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبه مؤكده مع المشهود له و معاشره كثيره بحيث يطلعان بها

ص: ٣٧

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقا (١)، أو بتلف المال حيث لا يكون منحصرا في أعيان مخصوصه، وإلا- (٢) كفى اطلاعها على تلفها، ويعتبر في الأولى (٣) مع الاطلاع على باطن أمره بكثرة مخالطته، و صبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادة، أن تشهد بإثبات يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف، بأن يقول:

إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، و ثياب بدنه، و نحو ذلك. و هل يتوقف ثبوته (٤) مع البينه مطلقا (٥) على اليمين قولان (٦)؟. على باطن أمره غالبا، فإن الأموال قد تخفى و لا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك.

و إنما اعتبرنا البينه مع شرط الصحبه في القسم الثاني لأنها بينه نفي، لأن معنى إعساره أنه لا مال له، و من حق الشهاده على النفي أنها لا- تقبل، و إنما قبلت عندنا و عند أكثر العامه لأن الشرط المذكور يلحقها بالإثبات، لأن البينه على الإعسار مع الصحبه المؤكده هي بينه على أنه لا- يملك إلا ما يستثنى له من مال كقوت يومه و ثيابه و داره و خادمه، فهي بينه إثبات تشتمل على النفي، و ليست هي بينه نفي صرف حتى لا تقبل.

(١) أى من دون بيان السبب.

(٢) فلو كان التلف منحصرا في أعيان مخصوصه.

(٣) أى في البينه التى شهدت بإعساره مطلقا.

(٤) أى ثبوت الإعسار.

(٥) سواء كان بينه إثبات بأن شهدت على تلف أمواله، أو بينه تتضمن النفي بأن شهدت على إعساره مع صحبتها المؤكده.

(٦) ذهب المحقق و تبعه العلامة في جملة من كتبه بل نسب إلى الأكثر إلى أن بينه الإثبات التى تشهد على تلف أمواله لا تحتاج إلى يمين، و إلى أن بينه الإعسار التى تتضمن النفي و هى التى تشهد بإعساره مطلقا مع صحبتها المؤكده تحتاج إلى يمين الاستظهار، لاحتمال أن يكون مستند الشهاده بالإعسار هو ظاهر حاله، فلا صراحه فيها بتلف الأموال فتجبر باليمين.

و عن العلامة في التذكرة عكس الحكم و أثبت عليه اليمين في بينه الإثبات التى هي بينه التلف دون بينه الإعسار بدعوى أن البينه إذا شهدت بالتلف كان كمن له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه و ادعى مالا غيره فإنه يلزمه اليمين.

و قال العلامة في موضع آخر من التذكرة على ما هو المحكى منها: إنه لا يمين في الموضعين، لأن فيه تكديبا للمشهور، و لأن عموم أن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر تفصيل، و التفصيل قاطع للشركة.

و إنما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته (١) لو كان أصل الدين مالا- كالقرض، أو عوضا عن مال كضمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجنابه و الإلتلاف قبل قوله فى الاعسار بيمينه، لأصالة عدم المال و إنما أطلقه (٢) المصنف اتكالا على مقام الدين فى الكتاب (٣)،(فإذا ثبت) إعساره (خلّى سبيله)، و لا يجب عليه التكسب (٤) لقوله تعالى: **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ** .

(و عن على عليه الصلاه و السلام) بطريق السكونى أنه كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول: اصنعوا به ما شئتم (إن شئتم فأجروه، و إن شئتم استعملوه، و هو يدل) (١) أى قبل إثبات الإعسار و قد تقدم شرحه.

(٢) أى الحبس.

(٣) إذ الكتاب كتاب الدين و الجنابه و الإلتلاف لا تسمى دينا.

(٤) إذا ثبت إعساره فلا بد أن ينظر إلى ميسره لقوله تعالى: **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ** (١)، و لخبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالا) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (أن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا، فأبى أن يحبسه و قال: إن مع العسر يسرا) (٣). و قد أطلق جماعه من الأصحاب منهم الشيخ و ابن إدريس أنه لا يجب عليه التكسب أيضا و لا قبول الهبه و لا الصدقه و نحوهما.

و عن أبى حمزه و الشهيدين و المحقق الكركى أنه يجب التكسب و استجوده العلامه فى المختلف، و لكن التكسب الواجب هو ما يليق بحاله، و لو بمؤاجره نفسه، لأن وجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه ثابت و المكتسب قادر و لذا تحرم عليه الزكاه، و يشهد له خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم و أجروه، و إن شئتم استعملوه) (٣).

ص: ٣٩

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٨٠.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٣.

(على وجوب التكسب) فى وفاء الدين، (و اختاره ابن حمزه و العلامه) فى المختلف، (و منعه الشيخ و ابن إدريس) للآيه، و أصاله البراءه.

(و الأول أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه و المتكسب قادر، و لهذا تحرم عليه الزكاه، و حينئذ فهو خارج من الآيه، و إنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عاداه و لو بمؤاجره نفسه، و عليه (١) تحمل الروايه.

(و إنما يحجر على المديون (٢) إذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يحجر عليه إجماعاً، و إن ظهرت عليه أمارات الفلاس، لكن لو طولب بالدين فامتنع تخير الحاكم بين حبسه إلى أن يقضى بنفسه، و بين أن يقضى عنه من ماله، و لو بيع ما خالف الحق (٣)، (و طلب الغرماء الحجر (٤)، لأن الحق لهم فلا (١) على التكسب اللائق بحاله تحمل روايه السكونى التى أوردها الماتن.

(٢) شروع فى شروط الحجر، و هى أربعه:

الأول: أن تكون الديون ثابتة عند الحاكم ضروره أصاله بقاء سلطنته مع عدم الثبوت كما فى الجواهر.

الثانى: أن تكون أمواله من عروض و منافع و ديون و أموال منقوله و غير منقوله غير المستثنيات قاصره عن ديونه، و إلا- فلو ساوت أمواله ديونه أو زادت لم يحجر عليه بلا- خلاف فيه، بل إذا طالبه أرباب الدين فإن قضى فهو و إلا رفعوا أمرهم إلى الحاكم فيحبسه إلى أن يقضى و يدل عليه النبوى المشهور (لى الواجد تحل عقوبته و عرضه) (١).

و عقوبته بالحبس، أو يبيع عليه و يقضى عنه لأن الحاكم ولى الممتنع و مما يدل على الحكم بكلا فرعيه خبر الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (إلى أن قال - و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فيقسم بينهم) (٢) و لا يمنع فى هذا الحال عن التصرف فى أمواله.

و لو تصرف بها بحيث أخرجها عن ملكه قبل بيعها عليه و تسديد الديون منها نفذ تصرفه و انتقل حكمه إلى ما لو كانت أمواله قاصره عن ديونه.

(٣) أى حق الغرماء، بحيث لو كانت ديونه من جنس أمواله فلا- داعى للبيع، و مع التغاير فإن رضى الغريم بها فهو و إلا- باع الحاكم أمواله و سدّد بها ديونه.

(٤) هذا هو الشرط الثالث للحجر، فلا بد من التماس الغرماء الحجر عليه، لأن الحق لهم

ص: ٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

يتبرع الحاكم به عليهم. نعم لو كانت الديون لمن له (١) عليه ولاية كان له الحجر، أو بعضها (٢) مع التماس الباقي، و لو كانت (٣) لغائب لم يكن للحاكم ولايته (٤) لأنه لا يستوفى له، بل يحفظ أعيان أمواله، و لو التمس بعض الغرماء فإن كان دينهم يفي بماله و يزيد جاز الحجر و عمّ (٥) و إلا (٦) فلا على الأقوى.

(بشرط حلول الدين (٧) فلو كان كله، أو بعضه مؤجلا لم يحجر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ، نعم لو كان بعضها حالا جاز مع قصور المال عنه (٨) و التماس أربابه.

فى مستثنيات الدين

(و لا تباع داره (٩))، فلا يحجر عليه تبرعا مع عدم التماسهم للأصل، نعم لو التمس بعضهم فقط فيعتبر فى التحجير عليه أن يكون دينه على نحو أكثر من مال الغريم و إن عمّ الحجر حينئذ له و لغيره، و استقرب العلامة فى التذكرة جواز الحجر بالتماس بعضهم و إن لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله، و هو ضعيف، هذا من جهة و من جهة أخرى لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كالطفل و اليتيم و المجنون و السفیه كان للحاكم الحجر باعتبار ولايته على الغرماء.

(١) أى لمن للحاكم.

(٢) أى لو كان بعض ديون الغرماء لمن للحاكم عليه ولاية، و قد التمس بقيه الغرماء الحجر كان للحاكم الحجر عليه.

(٣) أى الديون.

(٤) أى ليس للحاكم ولاية على الغائب حتى يستوفى ماله فى ذمم الآخرين.

(٥) أى و عمّ الحجر بالنسبة لغير الملتمس.

(٦) و إن لم يف دين الملتمس بمال المديون فلا حجر، و قد خالف العلامة فى التذكرة على ما تقدم.

(٧) هذا هو الشرط الرابع، فلو كانت ديونه مؤجلا لم يحجر عليه و إن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبة فى الحال و ربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة بعد حلول الأجل.

(٨) عن البعض الحالّ.

(٩) لا- يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها لصحيح الحلبي عن عبد الله عليه السلام (لا تباع الدار و لا الجارية فى الدين، ذلك أنه لا بدّ للرجل من ظلّ يسكنه و خادم يخدمه) (١)،

ص: ٤١

(و لا خادمه (١)، و لا ثياب تجمله (٢). و يعتبر فى الأول و الأخير ما يليق بحاله كما و كيفا (٣)، و فى الوسط ذلك (٤)، لشرف، أو عجز، و كذا دابه ركوبه (٥)، و لو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد و لو زادت (٦) عن ذلك فى أحد الوصفين وجب الاستبدال، و الاقتصار على ما يليق بحاله، (و ظاهر ابن الجنيدي بيعها) فى الدين و خبر ابن زياد (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لى على رجل دينا و قد أراد أن يبيع داره فيقضي، فقال عليه السلام: أ عندك بالله أن تخرجه من ظل رأسه) (١)، و مثلها غيرها.

و من التعليل فى صحيح الحلبي يعرف أن الدار التى لا تباع فى الدين هى الدار التى يحتاجها لسكناء، فلو كانت عنده دار زائده بيعت حينئذ بلا خلاف فيه كما فى الجواهر.

بل لو كانت عنده دار واسع بهيئ كان بعضها كامنا لسكناء فيجب بيع الباقي حينئذ، قال الصدوق فى الفقيه (و كان شيخنا محمد بن الحسن يروى أنها إن كانت الدار واسع يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج، و يقضى ببقيتها دينه، و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها و اشترى بثمانها دارا ليسكنها و يقضى بالثمن دينه) ٢.

و عن التذكرة المنع من بيع الدار و شراء الأدون للنهى عن بيع الدار كما فى صحيح الحلبي، و فيه: إن النهى فى صحيح الحلبي و غيره محمول على الدار التى تكون بقدر كفايته، و لذا اعتبر فى الدار المستثناه كونها لائقه بحاله كما و كيفا، و المشهور على استثناء الدار و الخادم، و استثناء الخادم لنفس صحيح الحلبي المتقدم، و عن ابن الجنيدي الإلزام ببيع الدار و الخادم فى الدين، و إن كان الأولى تركه للغريم، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص.

(١) المحتاج إلى خدمته كما يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم.

(٢) لاحتياجه إليها كاحتياجه إلى الدار و الخادم المنصوص عليهما، بلا خلاف فيه، و لأن فى بيع ثياب التجمل حرجا و عسرا، و هما منفيان بالشريعة.

(٣) من غير اشتراط الشرف و العجز بخلاف الوسط الذى هو الخادم، لأنهما من ضروريات المعاش.

(٤) أى ما لا يليق بحاله كما و كيفا لشرف أو عجز.

(٥) كالوسط باشتراط الشرف أو العجز.

(٦) أى لو زادت الأشياء الثلاثة عما يليق بحاله فى أحد الوصفين من الكم أو الكيف وجب الاستبدال.

ص: ٤٢

(و استحب للغريم تركه، و الروايات متضافره بالأول (١) و عليه العمل، و كذا تجرى عليه نفقته يوم القسمه (٢)، و نفقه واجبي النفقه، و لو مات قبلها (٣) قدم كفنه، و يقتصر منه على الواجب وسطا مما يليق به عادة، و مثونه تجهيزه (٤).

و هذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبتها و إن جرت العاده باختصاص الفلس باب، و رعايه (٥) لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

القسم الثاني – دين العبد

إشاره

(القسم الثاني – دين العبد)

في تصرف العبد

خصه (٦) بناء على الغالب من توليه (٧) ذلك، دون الأمه. و لو أبدله بالمملوك كما عبر غيره عم، (و لا يجوز له التصرف فيه) أى فى الدين بأن يستدين (٨)، لا (١) أى الاستثناء.

(٢) لا- خلاف فى أنه ينفق عليه نفقته و كسوته و نفقه و كسوه من تجب عليه نفقته إلى يوم قسمه ماله، و يعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم، لنفى الحرج و العسر.

(٣) قبل القسمه فيقدم كفنه على حقوق الغرماء بلا خلاف فيه لخبر زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و عليه دين بقدر كفنه، قال: يكفن بما ترك، إلا أن يتجر إنسان فيكفنه و يقضى بما ترك دينه) (١)، و خبر إسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن أبيه عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: إن أول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصيه ثم الميراث) ٢، و القدر المتيقن من الكفن هو الواجب منه و هو ثلاثه أثواب، و يعتبر فيها الوسط مما يليق بحاله عادة، و لا يجب الاقتصار على الأدون – كما فى المسالك – مع احتمال الاقتصار على الأدون و به قطع الشهيد فى البيان.

(٤) من السدر و الكافور و ماء الغسل و نحو ذلك.

(٥) عله ثانيه لذكر هذه الأمور فى باب الدين.

(٦) أى خصّ الدين بالعبد.

(٧) أى تولى العبد الدين.

(٨) لا يجوز للمملوك أن يتصرف فى نفسه بإجاره و لا استدانه، و لا غير ذلك من العقود، و لا بما فى يده ببيع و لا هبه إلا بإذن سيده، و عليه فلو أذن المولى للعبد فى الاستدانه للمولى كان الدين لازما على المولى بلا خلاف فيه ضروره كون العبد كالوكيل حينئذ.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الدين حديث ١ و ٢ .

فيما استدانته وإن كان حكمه كذلك، لدخوله في قوله: (و لا فيما بيده) من الأموال (إلا بإذن السيد) سواء قلنا بملكه أم أحلناه، (فلو استدان بإذنه)، أو إجازته (١) (فعلى المولى وإن أعتقه)، وقيل: يتبع به مع العتق، استنادا إلى روايه لا- تنهض حجه فيما خالف القواعد الشرعيه، فإن العبد بمنزله الوكيل و انفاقه على نفسه و تجارته بإذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق، و لو كانت الاستدانه للمولى فهو عليه قولاً واحداً.

في الإذن على التجاره

(و يقتصر) المملوك (في التجاره على محل الإذن (٢) فإن عين له نوعاً، أو و لو أذن المولى للعبد في الاستدانته لنفس العبد، فعلى المولى كما هو المشهور لصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجاره فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى و يستسعى العبد في الدين) (١)، و عن الشيخ في النهايه و القاضى و العلامه في المختلف و جماعه أنه على المولى ما دام العبد غير معتق، و كذا لو باعه، و لكن لو أعتقه فهو على العبد بعد العتق طريق يتاع الأكفان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لى كنت أذنت له في الشراء و البيع فوقع عليه مال الناس، و قد أعطيت به مالا كثيراً، فقال: إن بعته لزمك ما عليه، و إن أعتقته فالمال على الغلام) (٢)، و خبره الآخر قال: (كان أذن لغلام له في البيع و الشراء فأفلس و لزمه دين، فأخذ بذلك الدين الذى عليه، و ليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: إن بعته لزمك الدين، و إن أعتقت لم يلزمك الدين، فأعتقه و لم يلزمه شيء) (٣) و مثلها غيرها.

و هذه الطائفة ضعيفه السند و مخالفه للقواعد الشرعيه لأن المشغول مع الاذن هو المولى لا العبد، و لو أنفقه على نفسه لأنه إنفاق لمال المولى على مال المولى.

(١) و ذلك فيما لو استدان أولاً ثم أذن له فيما بعد، بخلاف الاذن فإنه قبل الاستدانته.

(٢) قال في الجواهر: (و إذا أذن له في التجاره اقتصر على موضع الاذن، فلو أذن له بقدر معين أو زمان أو مكان أو جنس كذلك لم يزد عليه كما في كل محجور عليه، و في التذكرة نسبته إلى علمائنا) انتهى.

ص: ٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ١ و ٢.

٢- ((١)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ٣.

مكانا، أو زمانا تعين و إن أطلق تخير،(و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره (١) لعدم دلالتها عليها (٢) إلا أن تكون لضرورتها (٣) كنقل المتاع و حفظه مع الاحتياج إليه (٤)(فتلزم ذمته (٥) لو تعدى المأذون نطقا (٦)، أو شرعا (٧)(لو تلف يتبع به بعد عتقه) و يساره (على الأقوى)، و إلا (٨) ضاع، و لو كانت عينه باقيه رجع إلى مالكة، لفساد العقد (٩)،(وقيل: يسعى فيه) العبد معجلا، استنادا إلى إطلاق روايه أبى بصير، و حملت على الاستدانه للتجاره (١٠) لأن الكسب للمولى فإذا لم يلزمه فعله لا (١١)الاذن فى التجاره ليس إذنا فى الاستدانه للتغاير بينهما، فلو استدان حينئذ و تلف المال فى يد العبد كان الدين لازما لذمه العبد يتبع به بعد العتق على المشهور لوجود سبب الضمان بالنسبه إليه دون سيده، و عن الشيخ فى النهايه أنه يستسعى به معجلا لإطلاق صحيح أبى بصير المتقدم حيث قال: (و إن لم يكن إذن له أن يستدين فلا شيء على المولى و ليستسعى العبد فى الدين)(١٢)، و حملت الروايه على ما لو استدان لضروره التجاره. و لم يأذن المولى فى التجاره، فلا إذن فى الاستدانه حينئذ كما سيأتى.

(٢)أى لعدم دلالة التجاره على الاستدانه.

(٣)أى إلا أن تكون الاستدانه لضروره التجاره فتجوز لأن الاذن فى التجاره يدل على الاذن فى الاستدانه لضروره التجاره بالدلاله الالتزاميه عرفا.

(٤)أى إلى النقل أو الحفظ.

(٥)أى ذمه العبد و يتبع به بعد العتق على المشهور كما تقدم.

(٦)كما لو إذن له فى التجاره فى بلد معين، فخالف و تاجر فى بلد آخر.

(٧)كما لو حصلت الضروره المذكوره فاستدان أكثر من اللازم.

(٨)أى و إن لم يعتق يضع المال على الدائن.

(٩)و هو القرض، فالتصرف من العبد غير مأذون فيه كما هو المفروض فالقبول الواقع منه كالعدم، و به يبطل العقد و يبقى المال على ملكيه الدائن، فيرجع الدائن على عين ماله عند بقاءه.

(١٠)فى الأمور الضروريه لها غير أن المولى لم يأذن بأصل التجاره فلا إذن بالاستدانه حينئذ، غايته أن كسب العبد فى هذه التجاره لمولاه فلا بد أن يكون ما يقتضيه الكسب من الدين متعينا من مال المولى، و لكنه لا نلزم المولى بدفعه بل نلزم العبد بالسعى فيه معجلا للروايه، و سعى العبد المعجل مال للمولى.

ص: ٤٥

يدفع من ماله (١).

و الأقوى أن استدانته لضروره التجاره إنما يلزم مما فى يده (٢)، فإن قصر استسعى فى الباقي، و لا يلزم المولى من غير ما فى يده، و عليه (٣) تحمل الروايه.

فى ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك

(و لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك (٤) بغير إذنه أو ما فى حكمه (٥) (تخير المقرض بين رجوعه على المولى)، لترتب يده على ماله مع فساد القرض، (و بين اتباع العبد) بعد العتق و اليسار، لأنه كالغاصب أيضا، ثم إن رجع على المولى قبل أن يعتق المملوك لم يرجع المولى عليه لأنه لا يثبت له فى ذمه عبده مال، و إن كان (٦) بعده و كان (٧) عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على المملوك (١) و لكنه يلزمه فعل العبد لأن الكسب له فيكون الوفاء عن ماله على بيان قد تقدم.

(٢) أى يد العبد.

(٣) أى على ما لو قصّر ما فى يد العبد عن وفاء الدين تحمل الروايه باستسعاء العبد، و إنما هو استسعاء فى الباقي، و فيه: ما دام الدين لازما للمولى لأن كسب التجاره التى استدان لضرورتها إنما هو للمولى فلا بدّ من إلزام المولى من غير ما فى يد العبد، و قد يجاب بأن هذا مبنى على وجود الروايه و العمل بها و حملها على هذا الوجه أقرب من غيره من الوجوه التى ذهب إليها المشهور أو الشيخ فى النهايه.

(٤) لو اقترض المملوك بغير إذن سيده فأخذه المولى و قد تلف فى يده كان المقرض بالخيار بين مطالبه المولى و بين إتباع المملوك إذا أعتق و أيسر، لثبوت يد كل منهما على مال بغير حق، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد بشيء لعدم تعلق ضمان العبد لمولاه، و لعدم ثبوت المال للمولى على ماله، و لا دليل على تجددده بعد العتق.

و إن رجع على العبد فهو رجوع على المولى لأن العبد و ما يملك لمولاه، هذا كله إذا كان الرجوع قبل عتق العبد، و لو كان الرجوع بعده فإن رجع على العبد فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده إذا لم يكن العبد قد غرّ مولاه.

و إن رجع على المولى فإن كان مغرورا بحيث لم يعلم أن المال الذى فى يد العبد هو دين للغير، بل ادعى العبد أن المال المذكور إنما هو من كسبه، يرجع المولى على العبد لمكان الغرور.

و إن لم يكن مغرورا، بل كان عالما بأنه دين للغير فلا يرجع المولى على العبد لتفريطه.

(٥) أى حكم الإذن، و هو الاستدان لضروره التجاره المأذون بها.

(٦) أى كان الرجوع على المولى بعد العتق.

(٧) أى المولى.

أيضاً لتفريطه، وإن كان قد غره بأن المال له اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور، وإن رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه.

ص: ٤٧

فى تعريفه

((و هو وثيقه للدين) و الوثيقه فعيله بمعنى المفعول أى موقوف به لأجل الدين، و التاء فيها (٢) لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسميه كتاء الحقيقه لا للتأنيث، (١)الرهن لغه هو الثبات و الدوام، فيقال: رهن الشىء إذا ثبت و دام، و منه نعمه راهنه، و يطلق على الحبس بأى سبب كان، قال تعالى: كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ (١) أى محبوسه.

و طفحت عباراتهم بأنه شرعا هو: وثيقه لدين المرتهن، و هو مأخوذ من الحبس.

و الوثيقه فعليه قد يكون بمعنى الفاعل و المفعول، و الأنسب هنا الثانى، لأن الرهن موقوف به، ثم إن اللام فى (لدين المرتهن) تعليليه، أى لأجله، و يمكن كونها للتعديه.

(٢)أشكل على تعريف الرهن المتقدم بأمور:

الأول: إن الوثيقه قد وقعت فى التعريف خبرا، و المبتدأ هو الضمير المنفصل، و هذا يقتضى عدم المطابقه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث، و هو خلل لفظى، و يمكن دفعه بأن لفظ الوثيقه مما يستوى فيه التذكير و التأنيث فى الاستعمال - كما صرح به فى الجواهر عن بعضهم -، فخرجت التاء عن التأنيث.

بل قيل: إن التاء فيها للنقل من الوصفية إلى الاسميه لا- للتأنيث كما فى تاء الحقيقه و الأكيله و النطичه، و على كل فتحصل المطابقه..

الأمر الثانى: إن إدخال المرتهن فى التعريف يفضى إلى الدور، لأن المرتهن قابل الرهن،

ص: ٥١

فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث، و أتى بالدين معرفا من غير نسبه له إلى المرتهن حذرا من الدور باعتبار أخذه (١) فى التعريف، و فى بعض النسخ لدين المرتهن.

و يمكن تخلصه منه (٢) بكشفه (٣) بصاحب الدين، أو من له الوثيقه من غير أن يؤخذ الرهن فى تعريفه. و التخصيص (٤) بالدين إما مبنى على عدم جواز الرهن على غيره و إن كان مضمونا كالغصب، لكن فيه أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه (٥)، و على ما يمكن تطرق ضمانه كالمبيع (٦) و ثمنه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، و نقصان قدرهما، أو (٧) على أن الرهن عليهما (٨) إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق (٩)، أو تعذر العين (١٠).

أو من له الرهن، فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر، و يدفع بإمكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن فى مفهومه بأن يقال: هو صاحب الدين، و لذا عرّف الشهيد الرهن فى الدروس بأنه وثيقه للمدين يستوفى منه المال، و عرّفه هنا بأنه وثيقه للدين، فسلم من هذا الإشكال.

(١) أى باعتبار أخذ الرهن فى تعريف المرتهن فلو دخل المرتهن فى تعريف الرهن للزم الدور.

(٢) أى و يمكن تخلص المصنف من الدور عند ما عرّف الرهن بأنه وثيقه لدين المرتهن على ما فى بعض النسخ.

(٣) أى بتفسير المرتهن.

(٤) الأمر الثالث الذى أورد على تعريف الرهن هو: أن تخصيص الرهن بالوثيقه للمدين ليس فى محله، إذ قد يكون الرهن على الأعيان المضمونه كالمغصوب و المستعار مع الضمان مع أنها ليست دينا.

و فيه: إن الرهن على المذكورات مما فيه خلاف بخلاف الرهن على الدين، و على تقدير الجواز فالرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير تعذر العين.

(٥) أى على غير الدين فيما لو كان مضمونا.

(٦) كأن يأخذ المشتري من البائع وثيقه يستوفى منها المبيع إذا تبين أن المبيع مستحق للغير.

(٧) تعليل ثان لتخصيص الرهن بأنه وثيقه للدين.

(٨) على المبيع و ثمنه.

(٩) أى استحقاق المبيع أو ثمنه لغير البائع و المشتري.

(١٠) فى المغصوب.

و فيه تكلف (١)، مع أنه (٢) قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً، و فيه (٣) على تقدير عدم الإضافه إلى المرتهن إمكان الوثيقه بدون الرهن، بل بالوديعة و العاريه و مطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصه عند جحود المديون الدين، و هو توثيق في الجملة، و يفتقر الرهن (٤) إلى إيجاب و قبول كغيره من العقود.

(١) أى فى التعليل الثانى تكلف ناشئ من عدم تسميه تعذر العين أو ظهور الاستحقاق ديناً.

(٢) أى مع أن المبيع أو ثمنه قد يبقين على حالهما عند ظهور استحقاقهما للغير فلا ينطبق اسم الدين إذا كان البيع قد تعلق بالعين الشخصيه لبطلان البيع، نعم لو تعلق بأمر كلى ثم ظهر أن ما قدمه كان مستحقاً للغير فتكون ذمته مشغوله بالمبيع الكلى فيصدق حينئذ اسم الدين.

(٣) أى و فى تعريف المصنف للرهن هنا من دون إضافه الدين للمرتهن إشكال بأنه غير مانع للأغيار، و ذلك فيما لو كان عند الدائن وديعه للمديون، فالوديعة وثيقه لدينه مع أنها غير رهن، فلا بدّ من إضافه الدين حينئذ للمرتهن لتخرج الوديعة و العاريه و المال المغصوب من المديون لو كان تحت يد الدائن فيكون التعريف مانعاً حينئذ لهذه الأغيار و إن أفضى إلى الدور.

(٤) الرهن جائز غير محرم بلا خلاف فيه، ففى الخبر عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الرهن و الكفيل فى بيع النسيئه، فقال: لا بأس به) (١)، و مثله غيره، نعم يكره أخذه من المؤمن لمرسل مروك بن عبيد عن أبى عبد الله عليه السلام (من كان الرهن عنده أوثق من أخيه المسلم فالله منه برىء) (٢)، و لكنه مخصوص فى زمن القائم عليه السلام و عجل الله تعالى فرجه على ما فى خبر على بن سالم عن أبيه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الذى روى أن من كان الرهن أوثق منه بأخيه المؤمن فأنا منه برىء، قال: ذلك إذا ظهر الحق و قام قائمنا أهل البيت) (٣).

و الرهن عقد بالاتفاق لاحتياجه إلى طرفين، و عقده مفتقر إلى إيجاب و قبول، و قد تقدم فى البيع صحه الإنشاء بالمعاطاه، و قد تقدم كفايه دلالة اللفظ على المعنى و لو بالقرينه، سواء كان العقد لازماً أم جائزاً - فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح فى العقود اللازمه دون الجائزه ليس فى محله لعدم الدليل عليه.

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الرهن حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الرهن حديث ١ و ٢.

(و الإيجاب رهنتك، أو وثقتك) بالتضعيف، أو أرهنتك (١) بالهمزة (أو هذا رهن عندك، أو على مالك)، أو وثيقه عندك، أو خذه على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن (٢)، (و شبهه) مما أدى هذا المعنى، وإنما لم ينحصر هذا العقد فى لفظ كالعقود اللازمة (٣)، ولا فى الماضى (٤)، لأنه، جائز من طرف المرتهن الذى هو المقصود الذاتى منه (٥)، فغلب فيه جانب الجائز (٦) مطلقا (٧)، و جوزه المصنف فى الدروس بغير العربية (٨)، وفاقا للتذكرة.

(و تكفى الإشارة (٩) فى الأخرس (١٠) و إن كان (١١) عارضا، (أو الكتابه) و عليه فكل لفظ يدل على الارتهان كقوله: رهنتك أو هذه وثيقه عندك، و ما أدى هذا المعنى كوئثقتك و هذا رهن عندك فهو كاف.

(١) فهو بمعنى رهنتك على لغة كما فى المسالك و التنقيح، بل هى أوضح دلالة من كثير مما عدوه، بل عن الصحاح و المصباح و القاموس (رهن و أرهن بمعنى)، فما عن المذهب البارع من أنه لا يقال: أرهن مردود بما سمعت.

(٢) قال الشارح فى المسالك: (و لو قال أمسكه حتى أعطيك مالك و أراد الرهن جاز، و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن) انتهى.

(٣) بل قد عرفت عدم الاشتراط حتى فى العقود اللازمة.

(٤) تخصيص بعد التعميم، و مثال غير الماضى كقوله: خذ هذا وثيقه على مالك.

(٥) من الرهن.

(٦) و هو ترجيح بلا مرجح كما فى الجواهر.

(٧) فى عدم الانحصار فى لفظ مخصوص و لا فى الماضى.

(٨) قال فى الجواهر: (إلا أن الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين - الجائز و اللازم - لانصراف الإطلاق إليه - أى انصراف العقد إلى العربى فقط -، بل فى جامع المقاصد نمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمى مع قدره على العربى) انتهى، و هو كما ترى لما تقدم فى كتاب البيع من صحه كل ما يكون عقدا بنظر العرف، و المنعقد بغير العربى عقد بنظر أهله.

(٩) أى الإشارة المفهمه للمقصود.

(١٠) فى الجواهر (بلا خلاف فيه لقيامها حينئذ مقام اللفظ كما يفهم ذلك مما ورد فى تلبيه الأخرس و تشهده).

(١١) أى الخرّس.

(معها) أى مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابه (١)، لإمكان العبث، أو إرادته أمر آخر (٢) (فيقول المرتهن: قبلت و شبهه) من الألفاظ الداله على الرضا بالإيجاب، و فى اعتبار المضى (٣) و المطابقه (٤) بين الإيجاب و القبول وجهان.

و أولى (٥) بالجواز هنا لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه

فى شرط الدوام

(و يشترط دوام الرهن (٦) بمعنى عدم توقيته بمده، و يجوز تعليق الإذن فى التصرف (٧) على انقضاء أجل و إطلاقه (٨)، فيتسلط عليه (٩) من حين القبول و القبض إن اعتبرناه (فإن ذكر أجلا) للتصرف (اشترط ضبطه) (١٠) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، أما لو شرطه للرهن (١١) بطل العقد.

(١) و فيه: كفايه الكتابه لصدق العقد عليها عرفا، و إمكان العبث فيها كإمكان الهزل و عدم الجد فى اللفظ، و نفى احتمال غير الجدّ فى اللفظ بالأصل العقلائى يجرى بعينه فى احتمال العبث فى الكتابه.

(٢) غير العبث.

(٣) أى اعتبار الماضويه فى القبول.

(٤) أى عدم الفصل بين الإيجاب و القبول بما يعتدّ به، و قال فى المسالك عن الماضويه و المطابقه: (إذ يمكن القول باعتبارهما نظرا إلى اللزوم بوجه، و عدمه التفاتا إلى الجواز من قبل القابل) انتهى.

(٥) أى و العدم أولى بالجواز هنا فى طرف القبول، و وجه الأولويه أنه إذا جاز عدم الماضويه من طرف الراهن مع أن العقد لازم من جهته فالعدم من طرف المرتهن مع أن العقد جائز من جهته يكون أولى.

(٦) لأن اشتراط التوقيت مناف لمعنى الرهن الذى هو الحبس، و مناف لفائده الرهن التى هى الاستيثاق، إذ قد لا يتيسر الوفاء فى الأمد المضروب فينتهى الرهن و يبقى الدين من غير وثيقه، و هو على خلاف القصد من الرهن، فيتعين بقاء الرهن إلى أداء الدين، و هذا ما يوجب دوامه بلا خلاف فى ذلك كله.

(٧) لو علّق تصرف المرتهن فى الرهن على أجل جاز لعدم المانع بعد عدم منافاته لمعنى الرهن.

(٨) أى و يجوز إطلاق الإذن فى التصرف.

(٩) تفريع على الإطلاق، و المعنى أن المرتهن يتسلط على الرهن.

(١٠) فلا بدّ من معرفه زمان جواز التصرف للمرتهن حتى لا يقع التنازع.

(١١) أى لو شرط الأجل للرهن و إن كان مضبوطا بطل العقد كما تقدم.

(و يجوز اشتراط الوكاله) فى حفظ الرهن (١)، و بيعه، و صرفه فى الدين (للمرتهن، و غيره، و الوصيه له، و لو ارثه) على تقدير موت الراهن قبله، (و إنما يتم) الرهن (بالقبض على الأقوى (٢) للآيه و الروايه. و معنى عدم تماميته (١) يجوز للمرتهن اشتراط الوكاله فى الرهن بأن يحفظ العين المرهونه و بأن يبيعها و يصرفها فى الدين عند عدم الوفاء، و يجوز للمرتهن اشتراط الوكاله بما ذكر لغيره سواء كان الغير وارثاً أم لا، بلا خلاف فيه كون الشرط سائغاً، غير معارض للكتاب و السنه، فيندرج فى عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و كذا يجوز للمرتهن اشتراط الوصيه على الراهن بأن يوصى لو مات الراهن قبله بأن يحفظ المرتهن المتاع أو يبيحه أو يكون ذلك لو ارث المرتهن، لأنه من الشروط السائغه.

(٢) ذهب جماعه منهم الشيخ و بنو حمزه و الجنيد و البراج و الطبرسى إلى أن القبض من المرتهن شرط فى لزوم الرهن لقوله تعالى: فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٢) ، و حيث أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعاً بدونه، و لخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام أو أبى عبد الله عليه السلام على اختلاف الكتب (لا رهن إلا مقبوضاً) (٣).

و فيه: إن الآيه داله على اشتراط القبض من ناحيه المفهوم الوصفى، و هو ضعيف كما قرّر فى محله، و لو قلنا بحجيه المفهوم الوصفى فالوصف هنا غالبى و لا مفهوم له، لأنه مع السفر و عدم الكاتب فالغالب فى الرهن أن يكون مقبوضاً حتى يستوثق على دينه، قال تعالى: وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٤)، فالآيه حينئذ للإرشاد إلى ذلك.

و يؤيد هذا الحمل عدم الخلاف بين الفقهاء فى أن استدامه القبض ليست بشرط كما سيأتى، و كذا لو وكل المرتهن الراهن بالقبض لكفى به و هذا كاشف عن أن قبض المرتهن ليس بشرط.

و أما الخبر فهو غير حجه لكون محمد بن قيس مشتركا بين الثقه و غيره، و لذا ذهب الشيخ فى أحد قوليّه و ابن إدريس و الفاضل و ولده و المحقق الثانى و غيرهم بل نسب إلى الأكثر إلى عدم الاشتراط.

و الإنصاف يقتضى القول بأن محمد بن قيس هو البجلى الثقه لا الأسدى الضعيف بقريته

ص: ٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

٣- (١) (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الرهن حديث ١.

٤- (٢) (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

بدونه (١) كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن (٢) كالقبض فى الهبة بالنسبه إلى المتهب (٣). وقيل: يتم بدونه للأصل (٤)، و ضعف سند الحديث، و مفهوم الوصف فى الآيه. و اشتراطه (٥) بالسفر فيها و عدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد، و يؤيده كون استدامته ليست بشرط، بل قبض المرتهن (٦)، لجواز توكيله الراهن فيه (٧). و هذا أقوى، و على اشتراطه (فلو جنّ) الراهن، (أو مات، أو أغمى عليه، أو رجع فيه قبل اقباضه بطل (٨) الرهن كما هو شأن العقود الجائزه عند عروض هذه الأشياء. و قيل: لا يبطل، للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقا (٩)، فيقوم وليه (١٠) مقامه، لكن يراعى ولى المجنون روايه عاصم عنه، نعم يحتمل أن يكون المراد منه نفى الطمأنينه من دون القبض بعد إرادته العين المرهونه من المنفى، و مع الاحتمال ينتفى الاستدلال به على المدعى.

(١) أى عدم تماميه الرهن بدون القبض.

(٢) أى القبض شرط فى لزوم الرهن بالنسبه إلى الراهن.

(٣) أى أن القبض شرط فى لزوم الرهن بالنسبه للراهن كالقبض شرط فى ملك المتهب.

(٤) أى أصاله عدم اشتراط القبض.

(٥) أى و اشتراط القبض بالسفر فى الآيه.

(٦) أى أن قبض المرتهن ليس بشرط.

(٧) و فيه: إن قبض الوكيل قبض الموكل فلو شرطنا القبض فلا إشكال مع التوكيل.

(٨) أى لو نطق الراهن بالإيجاب و قبل المرتهن ثم جنّ الراهن أو أغمى عليه أو مات أو رجع فيه قبل القبض يبطل الرهن لعدم تحقق القبض الذى هو شرط فيه كما هو المفروض، قال الشارح فى المسالك: (و لا شبهه فى كون عروض هذه الأشياء للراهن لا- يقتضى انعقاد الرهن بناء على اشتراط القبض فيه، إنما الكلام فى أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز، و من شأن الجائز بطلانه بعروض هذه الأشياء كالهبة قبل القبض، و به قطع فى القواعد و الدروس، أو لا يبطل بذلك لأنه ليس على حد العقود الجائزه مطلقا بل هو آئل إلى اللزوم كييع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البائع زمنه، و به قطع فى التذكرة.

و على الثانى يقوم الولى مقام الراهن فى استحقاق الإقباض، لكن ولى المجنون يراعى مصلحته فإن كان الحظ فى الإقباض بأن يكون شرطاً فى بيع يتضرر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، و إن كان الحظ فى تركه لم يجز له إقباضه) انتهى.

(٩) من الطرفين.

(١٠) ولى الراهن فى استحقاق الإقباض.

مصلحته (١)، فإن كان الحظ في الزامه بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه أقبضه و إلا أبطله.

و يضعف (٢) بأن لزومه على القول به مشروط بالقبض، فقبله جائز مطلقاً، فيبطل كالهبة قبله، و لو عرض ذلك للمرتهن (٣) فأولى بعدم البطلان لو قيل به ثم (٤)، و لو قيل به في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا (٥). و الفرق تعلق حق الورثة و الغرماء بعد موت الراهن بماله، بخلاف موت المرتهن فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته لعدم المنافى (٦)، و على هذا (٧) لا يجبر الراهن على الإقباض لعدم (١) مصلحه الراهن.

(٢) بأن هذه الفروع مبنية على كون القبض شرطاً في لزوم العقد، فقبل القبض هو جائز مطلقاً بالنسبة للطرفين كالهبة قبل القبض، و لذا إذا انتفى القبض بطل العقد، و لكن قد عرفت عدم كون القبض شرطاً في لزوم العقد.

(٣) أى لو عرض الإغماء أو الجنون أو الموت أو الرجوع من المرتهن قبل تحقق القبض من طرفه و إن تحقق الإقباض من طرف الراهن، فلا يتحقق القبض حينئذ الذى هو شرط في لزوم العقد، و هل يبطل العقد بذلك أو لا، فإن قلنا بعدم البطلان سابقاً كما فى التذكرة فنقول بعدمه هنا لنفس الدليل السابق، لأنه عقد آئل إلى اللزوم كبيع الخيار فلا يبطله موت المشتري زمن الخيار، بل هنا أولى، لعدم المنافى كما سيأتى بيانه.

و إن قلنا بالبطلان سابقاً كما عن القواعد و الدروس فإنه لا يبطل هنا، قال الشارح فى المسالك: (و الفرق تعلق حق الورثة - و الديان بعد موت الراهن به - أى بالرهن فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن فإن الدين باق فتبقى وثيقته) انتهى.

(٤) أى لو قيل بالبطلان فى موت الراهن.

(٥) أى لو قيل بالبطلان فى موت الراهن فالأقوى عدم البطلان فى موت المرتهن.

(٦) المنافى هو تعلق حق الغرماء و الورثة فى الرهن، و هو معدوم أن صاحبه و هو الراهن لم يمت بحسب الفرض لأين الموت للمرتهن.

(٧) أى على اشتراط القبض فى اللزوم كما فسرهُ سلطان العلماء، و فسرهُ بعض بأنه على تقدير عدم البطلان فى موت المرتهن، و هو الأولى لسياق الكلام هنا و كلام الشارح فى المسالك حيث قال: (و على تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الإقباض - بعد موت المرتهن - لأنه لم يلزم بعد، إلا - أن يكون - أى الإقباض - مشروطاً فى عقد لازم، فالأقوى وجوبه و إلزامه به خلافاً للشهيد و الفاضل) انتهى.

لزومه بعد إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فينبى على القولين (١).

(و لا- يشترط دوام القبض (٢)، للأصل بعد تحقق الامتثال به (فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس) و هو موضع وفاق، (و يقبل إقرار الراهن بالإقباض (٣)، لعموم إقرار العقلاء (إلا أن يعلم كذبه) كما لو قال: رهنته اليوم دارى التى بالحجاز و هما بالشام و أقبضته إياها فلا- يقبل، لأنه محال عاده، بناء على اعتبار وصول القابض، أو من يقوم مقامه إلى الرهن فى تحقيقه (٤)، (فلو ادعى) بعد الإقرار بالقبض (المواطأه) (٥) (١) القولان هما: إن الرهن المشروط فى عقد لازم هل يوجب استحقاق المرتهن القبض من الراهن أولاً، قال بالأول الشارح تمسكاً بالشرط فى العقد اللازم، و قال بالثانى الشهيد الأول و الفاضل بعدم جبر الراهن على الدفع غايته يثبت للمرتهن حق فسخ العقد اللازم الذى وقع فيه الاشتراط ليس إلا لعدم تحقق شرط.

(٢) استدامه القبض ليست شرطاً بلا خلاف فيه، قال فى الجواهر: (بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، و هو الحجه)، و قال فى المسالك:

(هذا عندنا موضع وفاق نقل الإجماع عليه فى التذكرة، نعم خالف جماعه من العامه - أبو حنيفة و أحمد و مالك - نظراً إلى الوصف المتقدم فى الآيه، و عدم دلالتها على الاستمرار واضح). انتهى.

(٣) لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد فلا يتحقق القبض بمجرد، انتهاء العقد، لأن التخليه و إن كانت كافيه فى صدق القبض فى غير المنقول، إلا أنه هنا لا بدّ من مضى زمان حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن و يقبضه بما يصدق معه التخليه بلا خلاف فيه.

و لذا لو أقر الراهن بالإقباض قضى عليه لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، إلا أن يعلم كذبه فلا عبره به، كأن يقول: رهنت اليوم دارى التى بالحجاز و هما بالشام، و أقبضته إياها، فلا يلتفت إليه، للمحال العادى بناء على اعتبار وصول المرتهن أو من يقوم مقامه عند الرهن مع قبضه.

(٤) أى تحقق الإقباض.

(٥) بأن توطأ الراهن و المرتهن بأن يقولوا بحصول القبض مع أن القبض غير حاصل، و هذه

ص: ٥٩

على الإقرار والإشهاد عليه (١) إقامه لرسم الوثيقه حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه لجريان العاده بذلك (فله إخلاف المرتهن) على عدمها (٢) وأنه (٣) وقع موقعه.

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تسمع دعواه (٤) و لم يتوجه اليمين، و كذا لو شهدا على إقراره به (٥) فأنكر الإقرار لأنه تكذيب للشهود، و لو ادعى الغلط في إقراره و أظهر تأويلا ممكنا (٦) فله إخلاف المرتهن أيضا، و إلا فلا على الأقوى (٧).

المواطاه من أجل كتابه القبض في وثيقه أمام شاهدين حذرا من تعذر إقامه الوثيقه إذا تأخر ذلك إلى أن يتحقق القبض الفعلي. فأقر الراهن بالقبض للمواطاه، و بعد الإقرار ادعى المطواه فإن وافقه المرتهن فهو، و إلا فقول الراهن يوافقه الظاهر لأن المطواه مما تجرى العاده فيها لوقوع ذلك كثيرا، و قول المرتهن يوافقه الأصل، لأن الأصل عدم وقوع المطواه، و الأصل هنا مقدم على الظاهر، فالمرتهن هو المنكر لموافقه قوله الأصل، فيقدم قوله مع يمينه و يكون للراهن إخلافه.

(١) على الإقرار.

(٢) عدم المطواه.

(٣) أى الإقرار المذكور.

(٤) أى لم تسمع دعوى الراهن بالمواطاه، لأن سماعها تكذيب للشهود، و مع سقوط دعوى المطواه يؤخذ بإقراره بالقبض، و لا يمين على منكر المطواه الذى هو المرتهن.

(٥) أى إقراره بالقبض.

(٦) أى ما لو أقر بالقبض و شهد شاهدان بذلك ثم ادعى الغلط في الإقرار و أظهر تأويلا ممكنا قال الشارح في المسالك: (نعم لو ادعى الغلط في إقراره و أظهر تأويلا- ممكنا، بأن قال: إنى أقبضته بالقول و ظننت الاكتفاء به، حيث يمكن في حقه توهم ذلك، أو قال:

استندت فيه إلى كتاب كتبه إلى و كيلي فظهر مزورا، و نحو ذلك، سمعت دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقى، أو على نفى ما يدعيه الراهن، لأن الأصل صحه الإقرار و مطابقته للواقع.

و استترب في التذكرة توجه اليمين على المرتهن و إن لم يظهر تأويلا محتجا بأن الغالب في الوثائق وقوع الشهاده قبل تحقيق ما فيها فلا حاجه إلى تلفظه بها). انتهى.

(٧) أى و إن لم يظهر تأويلا- ممكنا فلا يمين على المرتهن، و إنما يؤخذ الراهن بإقراره و لا تسمع دعواه بالغلط في قبال العلامه في التذكرة بتوجه اليمين على المرتهن في هذه الصوره.

(و لو كان) الرهن (بيد المرتهن فهو قبض (١) لصدق كونه رهنا مقبوضا، و لا دليل على اعتباره مبتدأ بعد العقد، و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين المقبوض بإذن و غيره (٢) كالمغصوب. و به (٣) صرح فى الدروس، و الوجه واحد (٤)، و إن كان منهيّا عن القبض هنا (٥) لأنه (٦) فى غير العباد غير مفسد.

و قيل: لا يكفى ذلك، لأنه (٧) على تقدير اعتباره فى اللزوم (٨) ركن فلا يعتد (١) هذه الفروع مبنيه على اشتراط القبض فى لزوم العقد، و عليه فإذا كانت العين المرهونه فى يد المرتهن قبل الرهن و كانت يده يد أمانه، و مأذون فى ذلك شرعا كالعاريه و الوديعه و الإجاره، فاستدامه القبض على العين التى أصبحت مرهونه كافيه فى تحقق القبض المشترط فى الرهن، و الأدله التى توجب القبض فى الرهن لا تعينه بكونه قبضا مبتدأ بعد الرهانه، فاشتراط القبض الابتدائى حينئذ لا دليل عليه بل الأصل عدمه، و ما دل عليه الدليل هو مطلق القبض، و هو متحقق هنا باستمرار القبض لو كان مقبوضا سابقا بغير الرهانه.

(٢) أى لو كان قبض المرتهن للعين قبل الرهن غير مأذون فيه شرعا كالغصب فهل يكون استمراره قبضا للرهن أو لا؟ ذهب الأكثر إلى أن استمراره قبض كذلك، لصدق القبض عليه، و دعوى أنه منهي عنه شرعا فلا يكفى فى تحقق الشرط لأن النهى يقتضى الفساد مردوده بأن النهى يقتضى الفساد فى العبادات لا المعاملات، فالقبض و إن وقع منهيّا عنه إلا أنه غير فاسد فيكتفى به.

و ذهب يحيى بن سعيد و قد نسب إلى العلامة فى القواعد إلى عدم الاكتفاء بهذا القبض، لأن القبض على تقدير اشتراطه فى الرهن هو ركن من أركان العقد من الجبهه التى يعتبر لأجلها، و هو اللزوم، و إذا كان ركن فلا يقيّد به شرعا لو وقع منهيّا عنه، و النهى لا يقتضى الفساد فى المعاملات حيث تتم جميع أركان العقد.

و يؤيده أنه لو قبضه بغير إذن الراهن لم يصح بلا خلاف فيه لكونه قبضا غير مأذون فيه شرعا، و القبض فى مسألتنا مثله، و ما ذلك فى المقامين إلا لكون القبض ركنا فالنهي عنه موجب لفساده.

(٣) أى و بعدم الفرق.

(٤) و الوجه هو صدق القبض واحد فى المقامين.

(٥) فى المغصوب.

(٦) لأن النهى.

(٧) لأن القبض.

(٨) فى لزوم الرهن.

بالمنهى عنه منه (١)، و إنما لا يقتضى (٢) الفساد حيث تكمل الأركان، و لهذا لا يعتد به (٣) لو ابتدأه بغير إذن الراهن، (و) على الاكتفاء به (٤) (لا- يفتقر إلى إذن) جديد (فى القبض، و لا- إلى مضى زمان) يمكن فيه تجديده (٥) لتحقيق القبض قبله (٦)، فاعتبار أمر آخر (٧) تحصيل للحاصل، و للأصل.

و قيل: يشترطان فى مطلق القبض السابق (٨)، و قيل: فى غير الصحيح (٩)، لأن، المعتبر منه (١٠) (١) من الركن.

(٢) أى النهى.

(٣) بالقبض.

(٤) أى بالقبض السابق، فقد ذهب العلامة فى التذكرة إلى اشتراط الاذن و مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه لو كان القبض السابق غير مأذون فيه، و نقل الشهيد فى الدروس عن الشيخ اشتراط الاذن و مضى الزمان المذكور فى القبض السابق سواء كان مأذونا فيه أم لا.

و ذهب الأكثر على أنه لا يشترط الاذن و لا مضى زمان يمكن تجدد القبض، ما دام مقبوضا سابقا، سواء كان القبض مأذونا فيه أم لا- لأصالة البراءة من الاشتراط، و لأن اشتراط الاذن فى القبض مع مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه و قد تحقق القبض السابق طلب للحاصل و هو محال.

(٥) أى يمكن فى هذا الزمان تجديد القبض.

(٦) أى قبل كل واحد من الاذن الجديد و مضى زمان.

(٧) بعد القبض السابق.

(٨) مأذونا فيه أو غير مأذون كما نسب إلى الشيخ.

(٩) كما نسب إلى العلامة فى التذكرة.

(١٠) أى من القبض، و حاصل الدليل على اشتراطهما فى مطلق القبض السابق أن القبض المعتبر فى الرهن هو القبض الحاصل بعد الرهن و هذا لا يتم إلا بإذن الراهن، و من ضروريات تحصيله مضى زمان يمكن أن يحصل فيه، فالإذن فى القبض دال على القبض بالمطابقة و على مضى الزمان بالالتزام، و لكن الالتزام بالقبض الفعلى بعد الرهن تحصيل للحاصل لأنه مقبوض سابقا، أو يلزم اجتماع المثليين و هو محال، فلا- بد من حمل الاذن فى القبض على المعنى الالتزامى فقط لتعذر المطابقى، فيحمل الاذن بالقبض على مضى الزمان فقط، و باعتبار أن الاذن فى القبض شرط لأن الاذن من مستلزمات القبض الذى

ما وقع بعد الرهن و هو (١) لا يتم إلا بإذن كالمبتدأ، و الإذن فيه (٢) يستدعى تحصيله، و من ضروراته (٣) مضى زمان، فهو (٤) دال عليه (٥) بالمطابقه، و على الزمان بالالتزام، لكن مدلوله (٦) المطابقى منتف، لأفضائه إلى تحصيل الحاصل و اجتماع الأمثال، فيبقى الالتزامى. و يضعف بمنع اعتبار المقيد بالبعديه (٧)، بل الأعم و هو (٨) حاصل، و الزمان (٩) المدلول عليه التزاما (١٠) من توابعه (١١) و مقدماته (١٢) هو شرط فى الرهن فلا بد من الاذن و من مضى زمان يمكن تجديد القبض فيه.

و يضعف.

أولاً: بأن القبض المشروط فى الرهن لا يجب أن يكون قبضاً بعد الرهن إذ لا دليل عليه، بل غايه الأدله تفيد مطلق القبض سواء قارن العقد أم سبقه أو لحقه.

و ثانياً: لو سلم أن الأدله تفيد اشتراط القبض المقيّد ببعديه الرهن، فهو بحاجه إلى اذن فى القبض لو لم يكن مقبوضاً، و مع تحقق القبض سابقاً فلا يحتاج إلى الاذن.

و ثالثاً: لو سلم أن الأدله تفيد اشتراط القبض المقيّد ببعديه الرهن و أن القبض بحاجه إلى إذن، فالإذن يدل على الزمان من باب الالتزام إذا لم يكن القبض متحققاً، لأن الزمان من مقدمات القبض، فمضى الزمان واجب من باب المقدمه لتحصيل ذيلها و هو القبض، فإذا كان القبض حاصلًا و هو ذو المقدمه فلا معنى لوجوب المقدمه حينئذ، لأن وجوبها مشروط لتحصيل ذى المقدمه، و مع تحصيل ذيلها يرتفع وجوبها.

(١) أى القبض بعد الرهن.

(٢) فى القبض بعد الرهن.

(٣) أى ضرورات التحصيل.

(٤) أى الاذن فى القبض بعد الرهن.

(٥) على القبض.

(٦) و هو القبض.

(٧) إشاره إلى الإشكال الأول المتقدم، و المعنى منع اعتبار القبض المقيّد ببعديه الرهن، بل الدليل قد دل على مطلق القبض سواء قارن العقد أو سبقه أو لحقه.

(٨) أى الأعم.

(٩) إشاره إلى الإشكال الثالث المتقدم.

(١٠) من الاذن.

(١١) أى توابع الاذن من حيث الاستدلال.

(١٢) أى مقدمات القبض من حيث الواقع.

ص: ٦٣

فيلزم من عدم اعتباره انتفاؤه (١) نعم لو كان قبضه (٢) بغير إذن توجه اعتبارهما (٣) لما تقدم، و على تقديره (٤) فالضمان باق إلى أن يتحقق ما يزيله من قبل المالك على الأقوى (٥).

فى ما لو كان الرهن مشاعا

(و لو كان) الرهن (مشاعا فلا بد من إذن الشريك فى القبض (٦)، أو رضاه) (١) أى يلزم من عدم اعتبار القبض الذى هو ذو المقدمه انتفاء الزمان الذى هو المقدمه، لأن وجوب المقدمه لتحصيل ذبيها، فإذا حصل ذوها انتفى وجوبها.

(٢) أى لو كان القبض السابق بغير إذن، و هو قول العلامة فى التذكرة.

(٣) من الاذن الجديد و مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه، قال فى الجواهر: (فصل فى المسالك و الروضه بين المغصوب و غيره فاعتبر الاذن و مضى الزمان فى الأول دون الثانى و لا ريب فى ضعفه) انتهى.

(٤) أى تقدير اعتبارهما.

(٥) لا شك أن المقبوض السابق بغير إذن المالك كالمغصوب مضمون على القابض لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١)، فلو وقع الرهن على المغصوب و قد أذن له المالك فى القبض مع مضى زمان يمكن تجدد و القبض فيه فهل يرتفع الضمان عن المرتهن الذى كان غاصبا أو لا؟.

ذهب البعض إلى ارتفاع الضمان لارتفاع سببه و هو الغصب و لأن إذن المالك له بالقبض بمنزله قبض المالك إياه ثم دفعه إلى المرتهن، فلو قبضه المالك يرتفع الضمان قطعاً فكذا ما هو بمنزلته، و ذهب بعض إلى أن الاذن بالقبض بعد الرهن إنما يرفع الاثم و لا يرفع الضمان، لأن الضمان ثابت سابقاً و عند الشك بارتفاعه بسبب الاذن يستصحب، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان المسبب عن الغصب لم يسقط كما فى القواعد و جامع المقاصد و غايه المرام، لأن الإسقاط يجرى فيما هو حق ثابت فى الذمه و ليس المقام منه قطعاً، إذ لا شىء فى الذمه حينئذ لكون المراد من الضمان فى الغصب أنه لو تلفت العين يضمن مثلها، و لا معنى لإسقاطه قبل حصوله.

(٦) لا بد من إذن الشريك فى القبض سواء كان المرهون من المنقول و غيره كما عليه المحقق و الفاضل فى التحرير و القواعد و الشهيد فى الدروس و اللعه هنا، لاستلزام القبض تصرفاً فى مال الغير بغير إذنه، و هو ممنوع شرعاً.

ص: ٦٤

(بعده (١)، سواء كان مما ينقل أم لا، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، و هو منهي عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعا.

و يشكل فيما يكفى فيه مجرد التخليه، فإنها لا تستدعى تصرفا، بل رفع يد الراهن عنه (٢) و تمكينه (٣) منه (٤)، و على تقدير اعتباره (٥) فلو قبضه بدون إذن الشريك و فعل محرما فهل يتم القبض قولان، منشؤهما النهى المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن، و هو اختيار المصنف، و أن النهى إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا، و هو أجود، و لو اتفقا على قبض الشريك جاز (٦) فيعتبر سماعه (٧) الإذن فيه.

الكلام فى الشروط

اشاره

(و الكلام: إما فى الشروط، أو اللواحق)

فى كونه عينا

(الأول: شرط الرهن أن يكون عينا (٨) و عن الشيخ فى المبسوط إلى أن القبض إذا كان يكفى فيه التخليه كقبض غير المنقول فليس القبض بحاجة إلى إذن الشريك، لأن القبض هنا رفع يد لا تصرف فى مال الغير حتى يستلزم إذنه.

(١) بعد القبض.

(٢) عن الذى يكفى فيه مجرد التخليه و هو غير المنقول.

(٣) أى و تمكين المرتهن من قبل الراهن.

(٤) من الرهن.

(٥) أى اعتبار إذن الشريك فى المنقول و غيره، فلو تم القبض بغير إذن الشريك فهل يعتبر هذا قبض أو لا، ذهب الشهيد إلى أنه ليس قبضا لوجود النهى فيقع فاسدا كما لو وقع القبض بغير إذن الراهن.

و ذهب العلامة و ولده و المحقق الثانى و غيرهم إلى وقوعه قبضا، و إن تعلق فيه النهى، لأن النهى إنما هو لحق الشريك فقط، فالنهي لشيء خارج عن ذاته فلا يفيد الفساد، و ما هو معتبر فيه هو إذن الراهن و هو متحقق.

(٦) لو وكل المرتهن شريك الراهن فى القبض، و قد أذن الراهن فى القبض جاز بمعنى صح للشريك القبض بلا خلاف كما فى الجواهر، و إن كان الراهن غير راض على جعل شريكه و كيلا عن المرتهن، بل و إن لم يجز الراهن للمرتهن بأن يجعل الشريك و كيلا.

(٧) أى يعتبر سماع الشريك إذن الراهن فى قبضه للرهن.

(٨) يجب أن يكون الرهن عيناً على المشهور فلا يصح رهن الدين ولا رهن المنفعة، وذهب

ص: ٦٥

(مملوكة (١) يمكن قبضها (٢) و يصح بيعها (٣) هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة و هو الأكثر، و منها ما هو شرط في لزوم كالمملوكة، باعتبار رهن ملك الغير و لا يضر ذلك (٤)، لأنها شروط في الجملة، و لأن المملوكة تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها (٥) فلا يصح رهن المنفعة (٦) كسكنى الدار و خدمه العبد، لعدم إمكان قبضها، إذ لا يمكن إلا بإتلافها، و لتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها (٧) و هو (٨) استيفاء الدين منه (٩)، و هي إنما تستوفي شيئاً فشيئاً، و كلما البعض إلى جواز رهن الدين و سيأتي بحثه.

(١) فلا يصح رهن ما لا يملكه الراهن و لو كان لغيره فهو متوقف على إذن ذلك الغير، و كذا لا يصح رهن ما لا يملك كالخمر و الحشرات.

(٢) فلا يصح رهن ما لا يمكن قبضه كالطير في الهواء غير المعتاد للعود، و السمك في الماء غير المحصور بحيث يتعذر قبضه.

(٣) لأن ما لا يصح بيعه لا يمكن استيفاء الدين منه فلا يصح رهن الوقف.

ثم هذه الأربعه شروط غير أن بعضها و هو المملوكة شرط لزوم فلو رهن مال غيره لتوقف اللزوم على إجازة المالك و الباقي شرط صحه.

(٤) أى إطلاق لفظ الشروط على الجميع و المتبادر منها شروط الصحة مع أن البعض شرط لزوم لا يضر، لأنها شروط في الجملة.

(٥) فشرط اللزوم الوحيد هو المملوكة، و هو شرط صحه في بعض موارد كرهن ما لا يملك كالحر و الحشرات أو رهن ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير، فالرهن على هذه الأعيان فاسد، و على كل فإذا كان شرط اللزوم شرط صحه في بعض موارد جاز إطلاق شرط الصحة عليه.

(٦) كسكنى الدار و خدمه العبد بلا خلاف فيه، لأن المطلوب بالرهن هو التوثق على الدين، و هذا لا يحصل بها، لأنها تستوفي شيئاً فشيئاً، و كل ما حصل منها شيء عدم ما قبله، مع أن المطلوب من الرهن أنه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن، و هذا غير متحقق في المنفعة لعدم بقائها حال تعذر استيفاء الدين.

و لأن المنفعة لا يصح إقباضها إلا بإتلافها.

(٧) من المنفعة.

(٨) أى المطلوب في الرهن.

(٩) من الرهن.

حصل منها شيء عدم ما قبله. كذا قيل. وفيه نظر (١)، (ولا الدين) (٢) بناء على ما اختاره من اشتراط القبض لأن الدين أمر كلي لا- وجود له في الخارج يمكن قبضه، و ما يقبض بعد ذلك ليس نفسه (٣)، و إن وجد في ضمنه (٤). و يحتمل جوازه (٥) على هذا القول، و يكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفا كهبه ما في الذمه (٦).

(١) قال الشارح في حاشيه له كما في الطبعه الحجريه: (وجه النظر أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من عوضه و لو بيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع عليه الفساد قبله، و المنفعه يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين و يجعل الأجره رهنا، و قريب منه القول في القبض - أى لا يصح قبض المنفعه لأن إقباضها إتلافها - لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعه، و يكون عوضها رهنا، إلا أن يقال إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجره جائز، و إنما الكلام في المنفعه نفسها، و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه، و المانع عارض بخلاف المنفعه) انتهى فالمقتضى للرهن غير موجود و إن عدم المانع.

(٢) على المشهور، لأن القبض معتبر في الرهن، و الدين لا- يمكن قبضه لأنه أمر كلي لا وجود له في الخارج حتى يقبضه، و ما يدفعه المديون ليس عين الدين بل هو أحد أفرادها.

و ذهب جماعه منهم الشارح و صاحب الجواهر إلى صحه رهن الدين لوجود مقتضى الرهن من أنه مال مملوك إلى آخر ثبت اعتباره، و عدم المانع، إذ المانع المتوهم هو تعذر قبضه و هو لا يضر لعدم اشتراط القبض في الرهن، غايته إن الدين لا يمكن قبضه حال الرهن، و إنما يمكن قبضه بعد دفع المديون بتقديم أحد أفرادها، و قد بان أن النزاع هنا مبني على النزاع في اشتراط القبض في الرهن.

(٣) بل هو فرد من أفرادها.

(٤) أى و إن وجد الكلى في ضمن الفرد و المدفوع.

(٥) جواز رهن الدين على القول باشتراط القبض في الرهن.

(٦) بأن وهب الدائن ماله في ذمه المديون لنفس المديون، و الهبه مشروطه بالقبض بالاتفاق، فهو كالمقبوض عرفا، و عليه فكما جاء الاكتفاء بصدق القبض العرفي في الهبه فيكتفى بصدق القبض العرفي على ما عينه المديون.

هذا من جهه و من جهه أخرى هبه ما في الذمم منصرفه إلى الإبراء بالاتفاق باعتبار اشتراط القبض في الهبه و القبض متعذر لما في الذمه، و عليه فلا يصح التشبيه بها من الشارح هنا.

و على القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحه رهنه (١)، و قد صرح العلامة فى التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض و عدمه فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا فى الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه، لكنه فى القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، و عدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف فى الدروس. و تعجبه فى موضعه، و الاعتذار له (٢) عن ذلك بعدم المنافاه بين عدم اشتراطه (٣)، و اعتبار كونه (٤) مما يقبض مثله مع تصريحه (٥) بالبناء المذكور (غير مسموع).

فى رهن المدبّر

(و رهن المدبّر إبطال لتدبيره على الأقوى (٦)، (١) أى رهن الدين.

(٢) قال الشارح فى المسالك: (و اعتذر له المحقق الشيخ على - أى المحقق الثانى - بأن عدم اشتراط القبض لا ينافى اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله، نظرا إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما أرشدت إليه الآيه الكريمه، فأحدهما غير الآخر.

و فيه: مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض، منه اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلا إذ لا دليل عليه، و الآيه قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض، بل الإرشاد إليه، و المعتذر - ره - قد بالغ فى تحقيق دلالتها على ذلك، و منع دلالتها على اعتبار القبض فى محل البحث عنه، و لو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعين المديون له فى فرد من أفراد ماله، فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه، و لو فرض كونه محتملا لما ذكر لا يدفع التعجب عند ضعف المأخذ) انتهى.

(٣) أى اشتراط القبض.

(٤) كون الرهن.

(٥) تصريح العلامة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض و عدمه.

(٦) ذهب الأكثر إلى أن رهن العبد المدبّر إبطال لتدبيره، لأن التدبير من العقود الجائزه كالوصيه، و قصد شىء ينافى التدبير عقيب التدبير مبطل له، فلو رهنه أو باعه أو وهبه و نحو ذلك من العقود التى يكون الفرض منها ملك من انتقل العبد إليه أو استيفاء الدين من قيمته فوقع شىء من هذه العقود عقيب التدبير مناف للتدبير و مبطل له.

و ذهب الشيخ إلى صحه الرهن مع صحه التدبير، لأن الرهن لا يستلزم نقل العبد عن ملك الراهن، و يجوز فكه بعد الرهن فلا تنافى بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، نعم

لأنه (١) من الصيغ الجائزه فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعا (٢) إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع. وقيل: لا يبطل به، لأن الرهن لا- يقتضى نقله عن ملك الراهن، و يجوز فكه فلا- يتحقق التنافى بمجرد، بل بالتصرف. و حينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه فى الدين فيبطل، و استحسنة فى الدروس.

فى رهن الخمر و الخنزير و الحرّ

(و لا- رهن الخمر و الخنزير إذا كان الراهن مسلما (٣)، أو المرتهن (٤) و إن وضعهما على يد ذمى، لأن يد الودعى كيد المستودع، خلافا للشيخ حيث أجازة كذلك (٥)، محتجا بأن حق الوفاء إلى الذمى فيصح، كما لو باعها و أوفاه ثمنهما.

و الفرق واضح (٦)، (و لا- رهن الحر مطلقا (٧) من مسلم و كافر، عند مسلم و كافر، يكون التدبير مراعى بفكه، فإن فكه استقر التدبير، و إلا فإذا أخذه المرتهن فى الدين بطل الرهن.

(١) أى التدبير.

(٢) أى كون الرهن رجوعا عن التدبير.

(٣) لو رهن المسلم الخمر أو الخنزير أو نحوهما مما لا- يملكه المسلم لا- يصح، بلا خلاف فيه، و لو كان المرتهن ذميا، لعدم ملكيه الراهن لها، و عدم سلطنته على بيعها و وفاء دينه منها كما هو واضح.

(٤) لو رهنها الذمى عند مسلم فلا يصح الرهن، و إن وضعها على يد ذمى على المشهور شهره عظيمه، و لم يخالف إلا الشيخ فى المبسوط و الخلاف بدعوى أن الذمى يصح له رهن ما لا يملكه المسلم كما يصح له بيع ما لا يملكه المسلم، فكما يجوز للذمى بيعه و إعطاء ثمنه للمسلم فى وفاء الدين، فكذلك يجوز له رهنه.

نعم بما أن المرتهن سيضع يده على الرهن و المرتهن هنا مسلم و لا يجوز له وضع يده على هذه الأعيان فيوضع الرهن عند ذمى حينئذ.

و هذه الدعوى مردوده لأن يد الذمى الودعى كيد المسلم المستودع، و له تسلط على الرهن بالبيع و الاستيفاء على وجه و هو هنا ممتنع.

(٥) بوضع الرهن على يد ذمى، و كان الراهن ذميا.

(٦) فى الرهن تسليط للمسلم على بيع الخمر أو الخنزير و نفس التسليط غير جائز، و وضعهما عند ذمى لا يجدى لأن يد الودعى كيد المستودع، بخلاف ما لو باع الذمى الخمر أو الخنزير و سلط المسلم على ثمنهما إيفاء لدينه فهو تسليط المسلم على مال و هو جائز، و بهذا بان الفرق.

(٧) مسلما كان أو كافرا من مسلم أو كافر عند مرتهن مسلم أو كافر، لأن الحر لا يمكن

إذ لا شبهه في عدم ملكه، (و لو رهن ما لا يملك) الراهن و هو مملوك لغيره (١) (وقف على الإجازة) من مالكة (٢) فإن أجازة صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفا مطلقا (٣) و إن رده بطل.

في ما لو استعار للرهن

(و لو استعار للرهن صح (٤) ثم إن سوغ له المالك الرهن (٥) كيف شاء جاز مطلقا (٦)، و إن أطلق ففي جوازه فتيخير كما لو عمم أو المنع للغرر قولان، اختار أولهما في الدروس، و على الثاني فلا بد من ذكر قدر الدين (٧)، و جنسه، و وصفه، و حلوله أو تأجيله، و قدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضوليا، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى، و يجوز الرجوع في العارية ما لم ترهن عملا بالأصل (٨).

تملكه و لا شبهه في عدم تملكه بلا خلاف في ذلك.

(١) قيد احترازي عما لا يقبل الملك أبدا كالحر.

(٢) رهن ما لا يملكه الراهن بدون إذن مالكة متوقف على إجازة المالك على أشهر الأقوال، لأن عقد الفضولي يجرى في جميع العقود و منها الرهن، و قيل: إن العقد الفضولي يجرى في النكاح فقط و في غيره باطل، و قيل: إن العقد الفضولي مطلقا باطل سواء كان في النكاح أو البيع أم غيرهما.

(٣) أى في جميع العقود الفضولية.

(٤) قال في المسالك: (اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، و سمّوه استعاره للرهن) انتهى، و في الجواهر: (صح بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل و غيرنا عدا ما حكى عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عاريه لا يصح رهنه، لأنها غير لازمه) انتهى.

(٥) قال الشارح في المسالك: (ثم إن سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء، جاز رهنه ممن شاء على أى مقدار شاء، بأى أجل شاء، و إن قيد له بعضها تقيّد، و إن أطلقا لاذن ففي جوازه قولان: أحدهما الجواز و يتخير كما لو عمم عملا بالإطلاق، و به قطع في الدروس، و الثاني المنع، لما فيه من الضرر، و الضرر بكثرة تفاوت الدين و المرتهن و الأجل، و هو أولى، فيذكر قدر الدين و جنسه و وصفه و حلوله أو تأجيله، و قدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضوليا، إلا أن يرهن على الأقل فإنه يدخل بطريق أولى) انتهى

(٦) بأى نحو كان من المبلغ و المدة و من المرتهن.

(٧) لا بدّ من ذكر ذلك بين الراهن و المعير ليعلم المعير ما سيطرأ على ماله، و مع العلم لا غرر و لا ضرر.

(٨) أى الاستصحاب.

(و) تلزم بعقد الرهن (١) فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن و إن جاز له مطالبه الراهن بالفك عند الحلول. ثم إن فكه و رده تاما برئ،

فى ما تلف الرهن

(و يضمن الراهن لو تلف) و إن كان بغير تفريط (٢)، (أو بيع) (٣) بمثله إن كان مثليا، و قيمته يوم التلف إن كان قيما. هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعاره (٤)، و على تقدير بيعه (٥) فاللازم لمالكه ثمنه إن بيع بثمان المثل، و لو بيع بأزيد فله المطالبه بما بيع به.

فى رهن الأرض الخراجيه

(يصح رهن الأرض الخراجيه (٦) كالمفتوحه عنه، و التى صالح الإمام عليه (١) بلا- خلاف فيه، لأن الرهن لازم من قبل الراهن فلا بد أن يطرأ اللزوم على المال المعار الذى هو العين المرهونه، و لازمه عدم جواز مطالبه المعير بماله، و هذا لا يعنى خروجه عن ملكه، لأنه يجوز له المطالبه بفك العين المرهونه عند حلول الأجل، بل معنى عدم جواز مطالبه المعير بماله أن المعير ليس له فسخ الرهن بل يطالب الراهن بالفك بعد حلول الأجل حينئذ.

(٢) لأن قبضه لإتلافه فى دينه فهو قبض ضمان، بخلاف قبض العاريه فهو قد قبضها ليردها إلى مالكها فهو قبض غير مأمون لأن يده يد أمانه.

(٣) أى الرهن، ثم لما كانت العين مضمونه على الراهن كما سمعت فإن بيعت ليستوفى المرتهن دينه منها ضمن الراهن مثلها إن كانت مثليه، و قيمتها إن كانت قيميه، و المعتبر فى القيمه قيمتها يوم التلف، لأنه يوم انتقال الضمان من العين إلى الذمه.

(٤) أى غير مضمون و استشكل العلامة فيه على ما نقل، و لعله باعتبار أن القبض قبض ضمان لأنه قبضه بداعى إتلافه فى الدين ثم أجاز المالك بالرهن.

(٥) إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه إن كان وكيلا، و إلا استأذن المالك و إلا الحاكم، فإن باعه المرتهن حيث يجوز ذلك له، فلا يخلو إما أن يبيعه بثمان مثله أو أزيد و لا يجوز الأقل لئلا يلزم ضرر على الراهن، فلو باعه بثمان مثله رجع المالك على المستعير الراهن بنفس القيمه، لأن العين مضمونه عليه كما تقدم، و لو باعه بالأزيد، كان للمالك المطالبه بما بيع به لأن الثمن ملكه.

(٦) أرض الخراج هى المفتوحه عنه و كانت عامره حال الفتح، و كذلك التى صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين و ضرب عليهم الخراج، و على كل فأرض الخراج هى ملك للمسلمين و لما لم تتعين لواحد منهم فلا يصح رهنها منفرده، لأن الرهن مشروط بصحة بيعه و بكونه ملكا للراهن.

نعم يصح رهن ما بها من أبنيه و أشجار و آلات، لأنها مملوكة لصاحبها المسلم الذى

الصلاه و السلام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين، و ضرب عليهم (١) الخراج كما يصح بيعها (تبعاً للأبنيه و الشجر)، لا منفردة.

في ما لا يصح رهنه

(و لا- رهن الطير في الهواء (٢) لعدم إمكان قبضه، و لو لم يشترطه (٣) أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه و لو بالصلح عليه،(و إلا إذا اعتيد) عوده، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادة،(و لا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مشاهداً) بحيث لا يتعذر قبضه عادة، و يمكن العلم به،(و لا رهن المصحف عند الكافر (٤)، أو العبد المسلم) لاقتضائه الاستيلاء عليهما، و السبيل على بعض الوجوه بيع و نحوه،(إلا أن يوضعاً على يد مسلم)، لانقضاء السبيل بذلك، و إن لم وضعها في الأرض، هذا كله ما عليه المحقق و جماعه.

و عن الشهيد بكون أرض الخراج مملوكة تبعاً لملكه الآثار التي بها، و عليه فيصح بيعها و رهنها مع الآثار، و عن العلامة و جماعه جواز بيعها تبعاً للآثار مع منع رهنها كذلك، و هو ضعيف لأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه حينئذ.

(١) على أهلها الكفار.

(٢) لا يصح رهن الطير في الهواء و لا السمك في الماء لتعذر تسليمه، إلا إذا اعتيد عود الطير كالحمام الأهلي، أو أمكن تسليم السمك كالسمك المشاهد و المحصور في ماء معين.

و هذا يتم على القول باشتراط القبض في الرهن كما هو واضح، و يتم على القول بعدم الاشتراط، لأنه على الثاني فعدم إمكان التسليم منافي لمقتضى العقد، إذ مقتضاه هو الاستيثاق من الدين و مع تعذر إمكان التسليم لا- استيثاق، و ذهب الشارح في المسالك و الروضه هنا إلى إمكان القول بالصحة عند تعذر إمكان التسليم على القول بعدم اشتراط القبض بإمكان الصلح عليه، و معه لا يتعذر استيفاء الدين منه و إن كان غير مقبوض.

(٣) أى لو لم يشترط القبض.

(٤) لا يصح رهن المصحف عند الكافر، و لا رهن العبد المسلم عنده أيضاً كما عن جماعه لنفي السبيل له عليهما لقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)، و عن الشيخ و المحقق و الفاضل و الشهيدين جواز الرهن مع وضعهما على يد مسلم، و معه لا يتحقق بذلك سبيل للكافر عليهما، لأنهما إذا لم يكونا تحت يد الكافر لم يستحق الاستيفاء من قيمه إلا بالبيع، و البيع حاصل من المالك أو من يأمره الحاكم مع امتناع المالك، و مثل هذا لا يعد سبيلاً، كيف و يمكن للمسلم أن يبيع عبده و يوفى الكافر دينه من الثمن فكذلك المقام.

ص: ٧٢

يشترط بيعه للمسلم (١)، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره أو الحاكم مع تعذره، و مثله لا يعد سيلا لتحقيقه وإن لم يكن هناك رهن.

(و لا رهن الوقف) (٢) لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، و على تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا (٣).

نعم لو قيل بعدم وجوب إقامه بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه، (و يصح الرهن فى زمن الخيار (٤) لثبوت الثمن فى الذمه و إن لم يكن (٥) مستقرا (و إن كان) الخيار (للبيع، لانتقال المبيع) إلى ملك المشتري (بالعقد على الأقوى)، لأن صحه البيع تقتضى ترتب أثره، و لأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب، و على قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبايع، أولهما (٦) لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه (٧).

(و يصح رهن العبد المرتد و لو عن فطره (٨)، (١) الذى وضع المصحف و العبد تحت يده.

(٢) لا يصح بيع الوقف كما قرر فى محله فلا بد أن لا يجوز رهنه، لأنه لا يمكن استيفاء الدين منه لعدم جواز بيعه، و على تقدير جواز بيع الوقف فى بعض الوجوه فيجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا و معه لا يمكن الاستيفاء من الوقف و لو جاز بيعه، نعم لو قيل بعدم وجوب إقامه بدله بثمنه أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه.

(٣) جاز بيعه أو لا.

(٤) يجوز للمشتري رهن المبيع فى زمن ثبوت الخيار للبايع، لأن المشتري مالك للمبيع من حين العقد و إن تزلزل ملكه بالخيار، و المالك يجوز له التصرف فى ملكه بأى تصرف كان على نحو النقل و غيره و معه لا بد أن يجوز له الرهن، و كذلك يجوز رهن الثمن للبايع فى زمن خيار المشتري و عن الشيخ عدم جواز الرهن لأن المبيع لا ينتقل إلى ملك المشتري إلا بعد انقضاء زمان الخيار، و هو مبنى ضعيف.

(٥) أى الملك.

(٦) أى للمشتري و البايع.

(٧) أى قبل انقضاء الخيار إذا كان الخيار للمشتري.

(٨) المرتد تاره عن مله و أخرى عن فطره، و عليه فالمرتد الملى يصح رهنه لأنه تقبل توبته و لا يجب قتله فماليته باقية و كذلك المرتد سواء كانت عن فطره أم مله.

لأنه لم يخرج بها (١) عن الملك، وإن وجب قتله، لأنه حينئذ كرهن المريض الميئوس من برئه و لو كان امرأه، أو مملوكاً فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً (٢)، و قبول توبته (٣)، (و الجاني (٤) مطلقاً) عمداً و خطأ، لبقاء المالك و إن استحق العامد القتل، و لجواز العفو. ثم إن قتل بطل الرهن. و إن فداء مولاة أو عفى الولي بقى رهناً، و لو استرق بعضه بطل الرهن فيه خاصة، و فى كون رهن المولى له فى الخطأ التزاماً بالفداء وجهان كالبيع (٥) (فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجناية) لسبقها، و أما المرتد الفطرى فاعتبار وجوب قتله على كل حال سواء تاب أو لا يشكل صحه الرهن عليه، قال الشارح فى المسالك: (لأنه لا تقبل توبته فيجب إتلافه شرعاً فتتفى على الرهن و هى التوثق، و وجه الجواز جواز بيعه و بقاء ماليته حاله الرهن، و تعرضه للإتلاف لا يصلح للمنع كرهن المريض الموثق و هو أجود) انتهى هذا و قد مال العلامة إلى المنع.

(١) بالرد.

(٢) سواء كانت عليه أم فطرية، و هذا لقليل لجواز الرهن على المرتد.

(٣) تعليل لجواز الرهن على المرتد الملى.

(٤) إذا كان الجاني عبداً، فالجاني تاره عمداً، و أخرى خطأ، و على الأول فوجهان بل قولان، وجه عدم جواز الرهن لأنه بحكم الثالث لاستحقاقه القتل فهو كالمرتد الفطرى، و وجه الجواز بقاء المالك حاله الرهن مع جواز العفو عنه فلا ذهاب لماليته.

و على الثانى فالمشهور على جواز رهنه، لوجود مقتضى الرهن من كونه مالا يصح قبضه مع صحه بيعه و هو مملوك للراهن و لا مانع يمنع من رهنه إلا تعلق حق الجناية عليه، و هو ليس بمانع لأنه لا يقتل بجنايته قطعاً فهو باق على ماليته.

نعم يجوز لولى الدم استرقاق العبد الجاني أو بقدر الجناية لو لم يفكه المولى و يدفع القصاص من مال آخر، و هذا لا يكون مانعاً للرهن لجواز العفو، و لذا قال فى الجواهر:

(و احتمال القصاص و الاسترقاق للكل أو البعض غير قادح، كما إذا جنى و هو رهن، إذ لا يعتبر فى الاستيثاق نفى سائر الاحتمالات)، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى عدم جواز الرهن لأنه بحكم التالف لجواز استرقاقه، ثم على تقدير جواز رهن العبد الجاني فيتعلق فيه حق الجناية و حق الرهن، إلا أن حق الجناية مقدم بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر، لسبق حق الجناية، و لأن حق الجناية متعلق بالرقبة بخلاف حق الدين، و لذا لو مات العبد فيفوت حق الجناية بخلاف الدين فإنه ثابت فى ذمه الراهن.

(٥) أى كما لو باعه المولى، و وجه الالتزام أن الرهن تفويت على ولى الدم، و وجه عدم الالتزام أن الرهن ليس تفويتاً لاحتمال فكه من مال آخر.

و لتعلق حق المجنى عليه بالرقبه، و من ثمّ لو مات الجانى لم يلزم السيد بخلاف المرتهن فإن حقه لا- ينحصر فيها (١)، بل تشترکہا ذمه الراهن،(و لو رهن ما يتسارع إليه الفساد (٢) قبل الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب (٣)، و الرطب (فليشترط بيعه، و رهن ثمنه) فيبيعه الراهن و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه، أو يأمر به (٤)، فإن تعذر جاز له (٥) البيع، دفعا للضرر، و الحرج.

(و لو أطلق) الرهن و لم يشترط بيعه، و لا عدمه (حمل عليه) (٦) جمعا بين الحقين، مع كونه حاله الرهن صالحا له. و قيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق (١)فى الرقبه.

(٢)لو رهن شيئا يسرع إليه الفساد قبل حلول أجل الدين بحيث يكون تالفا وقت الاستيفاء، و لكن يمكن إصلاحه بتجفيف و نحوه كالعنب و الرطب صح رهنه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره وجود المقتضى للرهن مع عدم المانع، و يجب على الراهن إصلاحه و تجفيفه عند رهنه.

و أما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل أجل الدين و لا يمكن إصلاحه فلو شرط بيعه مع جعل ثمنه رهنا صح بلا خلاف أيضا و لا- إشكال، و بعد الرهن إن باعه الراهن و دفع ثمنه رهنا فهو و إلا- أجبره الحاكم لأنه ولى الممتنع، و إن تعذر الحاكم باعه المرتهن و جعل ثمنه رهنا جمعا بين حقى الراهن و المرتهن أما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل و لا يمكن إصلاحه و لم يشترط بيعه صح الرهن كما عن الفاضل و الشهيدين و المحقق الثانى، غايته عند خوف الفساد يبيعه المالك و يجعل ثمنه رهنا، و مع الامتناع عن البيع يجبره الحاكم جمعا بين الحقين كمثل ما لو شرط بيعه.

و عن الشيخ البطالان، لأن الإطلاق فى عقد الرهن لا يقتضى البيع، نعم لو شرط فالالتزام بالشرط، أما مع الإطلاق فحملة على الشرط بحاجه إلى دليل، و لأن نفس العين المرهونه يشترط فيها الدوام إلى ما بعد الأجل ليحصل الاستيثاق منها، و ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فى قوه الهالك فلا يتحقق الاستيثاق منه.

(٣)مثال للمنفى لا للنفى.

(٤)أى يأمر الحاكم بالبيع و لو كان الأمر للمرتهن.

(٥)للمرتهن.

(٦)على بيعه و جعل الثمن رهنا.

البيع، و عدم صلاحيته (١)، لكونه (٢) رهنا على الدوام، فهو فى قوه الهالك و هو (٣) ضعيف، لكونه (٤) عند العقد مالا تاما، و حكم الشارع بيعه على تقدير امتناعه منه (٥) صيانه للمال جائز (٦)، لفساده (٧)، و احتراز بقوله: قبل الأجل، عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله (٨) بحيث يمكن بيعه قبله (٩) فإنه لا يمنع (١٠)، و كذا لو كان الدين حالا (١١)، لإمكان حصول المقصود منه، و يجب على المرتهن السعى على بيعه بأحد الوجوه (١٢)، فإن ترك مع إمكانه (١٣) ضمن (١٤)، إلا- أن ينهائى المالك فينتفى الضمان، و لو أمكن إصلاحه (١٥) بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه، و مثونه إصلاحه (١٦) على الراهن كنفقه الحيوان.

(١) أى عدم صلاحيه ما يسرع إليه الفساد.

(٢) أى ما يكون رهنا فهو رهن على الدوام و ما يسرع إليه الفساد فهو فى قوه الهالك.

(٣) أى القول بالبطلان.

(٤) أى كون ما يسرع إليه الفساد.

(٥) أى امتناع الراهن من البيع.

(٦) خبر لقوله: و حكم الشارع.

(٧) تعليل لحكم الشارع ببيعته.

(٨) حلول الدين.

(٩) قبل الفساد و لكن بعد الحلول أيضا.

(١٠) لوجود المقتضى للرهن مع عدم المانع.

(١١) و قد رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل لو كان الدين مؤجلا، لكن هنا يجوز الرهن لبقائه على ماليته.

(١٢) من مراجعته المالك أو الحاكم حيث يمكن.

(١٣) أى ترك السعى مع إمكان البيع بنفسه.

(١٤) قال فى المسالك: (و لو ترك المرتهن السعى فى بيع ما يفسد حيث صح رهنه بمراجعته المالك أو الحاكم حيث يمكن ضمن، و لو تعذر الحاكم فإن نهاه المالك من البيع لم يضمن، و إلا احتمل الضمان لجواز بيعه بنفسه حينئذ) انتهى.

(١٥) بتجفيف كالعنب و الرطب فيصح رهنه و لا- يجوز للمرتهن بيعه إلا- بإذن الراهن كبقية العيون المرهونه، بخلاف ما يتسارع إليه الفساد، لأنه مع خوف الفساد و امتناع المالك عن البيع و تعذر الحاكم فيجوز للمرتهن البيع على تفصيل قد تقدم.

(١٦) أى مثونه إصلاح ما يسرع إليه الفساد و ذلك بالتجفيف و نحوه إنما تكون على الراهن،

ص: ٧٦

(و أما المتعاقدان: فىشترط فىهما الكمال) بالبلوغ، و العقل (١)، و الرشد (٢)، و الاختيار (٣)،(و جواز التصرف) (٤) برفع الحجر عنهما فى التصرف المالى،(و يصح رهن مال الطفل للمصلحة (٥) كما إذا افتقر إلى الاستدانه لنفقتة، و إصلاح عقاره، و لم يكن بيع شىء من ماله أعود، أو قال الشارح فى المسالك: (وجب على الراهن تجفيفه و إصلاحه لأن ذلك من مثونه حفظه كنفقه الحيوان المرهون) انتهى.

(١)يشترط البلوغ و العقل فى عقد الرهن كباقى العقود، لسلب عبارة الصبى و المجنون كحديث رفع القلم(١).

(٢)أما فى الراهن فواضح، لأن الرشيد فى مقابل السفیه، و السفیه محجور عليه و هو ممنوع من التصرف فى ماله، و الرهن تصرف فى ماله، و أما فى المرتهن فلأن الرهن مستلزم للاستيلاء عليه ببيع و نحوه و هو محجور عليه ما دام سفیهًا، نعم استثنى صاحب الجواهر ما لو كان الرهن على دين قد وقع قبل الحجر فلا دليل على اشتراط رشد المرتهن، لأن الرهن مصلحة لماله.

(٣)المقابل للإكراه، فمع إكراههما أو أحدهما لا ینعقد عقد الرهن، نعم لو تعقبه الرضا فيما بعد صح، و هذا كاشف عن كون الإكراه غیر مخرج لقصد المعنى، نعم لو كان مخرجا عن القصد المذكور فتعقب الرضا لا يفيد بعد عدم قصد المعنى من رأس.

(٤)فلو كان أحدهما محجورا عليه فهو ممنوع من التصرف كالمملوك و السفیه.

(٥)و ذلك فيما لو اضطر الولى للاستدانه من أجل الإنفاق على مصلحة الطفل، كأن ینهدم دار الطفل و الإعمار بحاجه إلى الدين، أو يكون للطفل أموال فىحتاج الولى إلى الدين للإنفاق عليها لحفظها من التلف أو النقص.

و على كل إذا كان الدين أولى بالمصلحة، و كان الدين متوقفا على رهن بعض أموال الطفل فعل الولى ذلك، و هذا فيما لو كان استبقاء مال الطفل أعود عليه، أما لو كانت المصلحة ببيع الدار الذى تهدم فلا يجوز للولى الاستدانه و لا الرهن عليه، بل يجب بيعه لقوله تعالى: وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٢)، بلا- خلاف فى ذلك كله كما فى الجواهر، و عن بعض الشافعية المنع من رهن مال الطفل مطلقا و لا ريب فى ضعفه.

ص:٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

لم يمكن (١) و توقفت (٢) على الرهن، و يجب كونه (٣) على يد ثقه يجوز إيداعه منه، (و) كذا يصح (أخذ الرهن له (٤)، كما إذا أسلف ماله (٥) مع ظهور الغبطه، أو خيف على ماله من غرق، أو نهب (٦). و المراد بالصحه هنا (٧) الجواز بالمعنى (١) أى كان البيع أعود و لكنه غير ممكن.

(٢) أى الاستدانه.

(٣) أى رهن مال الطفل، فيجب أن يوضع على يد ثقه، فإن كان المرتهن ثقه فهو، و إلا يجب وضع الرهن عند ثقه غير المرتهن للاستيثاق فى المحافظه على مال الطفل.

(٤) فيجوز لولى اليتيم أن يقرض مال الطفل و يأخذ الرهن له، أما جواز الإقراض فهو مقيد بالمصلحه للطفل، كأن يخاف الولي على مال الطفل من التلف أو النهب أو السرقة فيقرضه من الغنى الثقه مع الرهن، و اشتراط الثقه فى المستقرض ليؤمن جحوده، و اشتراط اليسر مع الرهن من أجل استيفاء حق الطفل، و هذا ما عليه جماعه.

و استشكل فى إيجاب الغنى مع الرهن، لأنه مع وجود الرهن يمكن استيفاء دين الطفل من العين المرهونه و لو كان المستقرض فقيرا.

هذا إذا كان الإقراض لغير الولي، و أما له فعن ابن إدريس عدم الجواز حيث قال فى السرائر: (لا يجوز له بحال لأنه أمين، و الأمين لا يجوز له أن يتصرف فى أمانته) انتهى، و رد بأنه على خلاف إطلاق الآيه المتقدمه، إذ قد يكون الإقراض لنفس الولي أنفع للطفل، و للأخبار.

منها: صحيح أبى الربيع عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه فقال عليه السلام: إن على بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره، فلا بأس بذلك (١)، و هذا الخبر كمثله مطلق و لكن لا بد من تقييده بالمصلحه للآيه المتقدمه.

(٥) أى كما إذا دفع الولي مال الطفل سلما، فالثمن حال و المثلث مؤجل.

(٦) فبقرضه.

(٧) عند قول الماتن: (و يصح رهن مال الطفل للمصلحه و أخذ الرهن له) أى و يصح أخذ الرهن له، و غيره عبر (يجوز لولى اليتيم بأخذ الرهن له)، و قال الشارح فى المسالك:

(يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاص فلا- يجب لأصالة العدم، خصوصا إذا كان الدين فى ذمه ملئ أو ثقه، - إلى أن قال - و الأولى أن يراد به معناه الأعم فيشمل الوجوب، و هو المراد هنا و به قطع فى التذكرة) انتهى.

١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب ما يكتسب به، ذيل حديث ١.

الأعم. و المقصود منه الوجوب، و يعتبر كون الرهن مساويا للحق، أو زائدا عليه (١) ليتمكن استيفاؤه منه، و كونه بيد الولي، أو يد عدل (٢) ليتم التوثق، و الإشهاد (٣) على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة. فلو أخل (٤) ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

(و لو تعذر الرهن هنا) (٥) و هو في موضع الخوف على ماله (أقرض من ثقه عدل غالبا) هكذا اتفقت النسخ، و الجمع بين العدل و الثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده كثيرا في الأخبار (٦) و كلام الأصحاب محتملا (٧) لما هو أعم منه.

و إيجاب الرهن للتوثق من استيفاء دين الطفل، لأن المديون و إن كان ثقه لكن يجوز أن يكون ذا نظره لأنه لا مال عنده، فيلزم ضياع مال الطفل.

(١) ليتمكن الولي من استيفاء الدين من العين المرهونه، و يؤيده الأخبار.

منها: خبر أسباط بن سالم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك، فوصى إلى أخ أكبر مني و أدخلني معه في الوصيه و ترك ابنا صغيرا و له مال، أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتم و ضمن له ماله، فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم) (١).

(٢) أى يجب كون الرهن لمال اليتيم بيد الولي أو بيد عدل ليتم التوثق من استيفاء دين اليتيم إن لم يف به المديون.

(٣) أى يجب على الولي إشهاد شاهدين على المديون أنه قد استدان من مال الطفل بالإضافة إلى وثاقه المديون و يسره و الرهن، للاحتياط إذ قد يخون الثقة و قد يذهب ماله و تلف العين المرهونه فلا يملك إثبات الدين إلا بالشهادة.

(٤) لو أخل الولي ببعض هذه الشروط ضمن مال اليتيم لو لم يعد المال، لتقصيره بالتصرف في مال الطفل.

(٥) أى إذا جاز إقراض مال اليتيم للمصلحة و قد تعذر الرهن فيجب أن يكون الدين للثقة غالبا للتوثق في مال اليتيم.

(٦) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب القضاء حديث ٤ و ٥.

(٧) أى محاوله المصنف لتفسير الثقة بالعدل لاحتمال أن يراد بالثقة ما هو أعم من العدل ففسرها بالعدل فقط دفعا لاحتمال.

ص: ٧٩

و وصف الغلبه (١) للتنبيه على أن العداله لا- تعتبر فى نفس الأمر (٢)، و لا فى الدوام (٣)، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفته فى باب الشهادات، و المعتبر وجودها غالبا.

فى رهن الحق

(و أما الحق (٤) فيشترط ثبوته فى الذمه) (٥) أى استحقاقه فيها و إن لم يكن مستقرا (كالقرض (٦) و ثمن المبيع (٧) و لو فى زمن الخيار،(و الديه بعد استقرار الجنايه (٨) و هو انتهاءها إلى الحد الذى لا- يتغير موجبها لا- قبله، لأن ما حصل بها (٩) فى معرض الزوال بالانتقال إلى غيره. ثم (١٠) قال الشارح فى المسالك: (الثقه فى ظاهر الحال بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، و لا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبر عن الظاهر بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقه، لا أن المراد كونه فى أغلب أحواله ثقه دون القليل من أحواله، فإن ذلك غير كاف) انتهى.

(٢) بل تعتبر فى ظاهر الحال.

(٣) هذا ما نفاه فى المسالك كما تقدم و قد أخذ به هنا، و المراد لو كان فى غالب أحواله عادلا مع صدور الصغيره منه فى القليل من أحواله فلا يضر، لأن الذى يضر بالعداله هو الإصرار على الصغيره لا اللزم.

(٤) هو الحق الذى يجوز أخذ الرهن عليه، و هو كل دين ثابت فى الذمه مستحق فيها، و يحترز بالدين عن العين فلا يصح أخذ الرهن عليها سواء كانت العين أمانه فى يده كالوديعة و العاريه أم كانت غير مضمونه كالمغصوبه و المقبوضه بالسوم و المستعاره مع الضمان، و عدم صحه الرهن على العين لامتناع استيفاء العين الموجوده من شىء آخر.

(٥) فى ذمه الراهن، فلا يصح الرهن على ما لم يحصل سبب ثبوته فى الذمه، كالرهن على ما يستدين أو على ثمن ما يشتريه، بلا خلاف فيه، لأن الرهن وثيقه من الراهن على مال المرتهن، و لا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده.

(٦) مثال لما ثبت فى الذمه و هو مستقر.

(٧) مثال لما ثبت فى الذمه و هو غير مستقر.

(٨) فقبل استقرار الجنايه لا يعلم بحصول سبب الديه، كما لو جنى عليه و لم تأت الجنايه على نفسه، فلا تثبت الديه حتى يستوثق منها بالرهن.

(٩) بالجنايه.

إن كانت حاله (١)، أو لازمه للجاني كشييه العمد جاز الرهن عليها مطلقاً، (و فى الخطأ) المحض (٢) لا- يجوز الرهن عليها قبل الحلول، لأن المستحق عليه غير معلوم، إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق و المستحق عليه.

و يجوز الرهن (عند الحلول على قسطه) و هو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثه.

(و مال الكتابه (٣) و إن كانت مشروطه على الأقرب) لأنها لازمه للمكاتب مطلقاً (٤) على الأصح. و القول الآخر أن المشروطه جائزه من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز نفسه، فلا يصح الرهن على مالها، لانتفاء فائدته إذ له (٥) إسقاطه (٦) متى شاء.

و هو على تقدير تسليمه (٧) غير مانع منه كالرهن على الثمن فى مده الخيار.

(١) أى بعد أن تستقر الديه فإن كانت حاله أو لازمه للجاني كشييه العمد فهى و إن كانت مؤجله إلى سنتين لكنها كأجل الدين فيصح الرهن عليها سواء كان قبل السنتين أم بعدها.

(٢) فالديه على العاقله و هى مقسطه على ثلاث سنين، و لكن لا- يجوز الرهن على قسط كل حول إلا بعد حلوله، لعدم تعيين المستحق عليه من العاقله قبل الحلول، لأن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذى يعقل و إن كان فاقدا لها قبله.

(٣) يجوز الرهن على مال الكنايه المطلقه بلا- خلاف فيه كما فى المسالك، لأن الكنايه المطلقه لازمه من الطرفين، و مع لزومها يستقر الحق و يتعين المستحق عليه.

و أما الكتابه المشروطه فعلى المشهور أنه يصح الرهن لأنها لازمه من الطرفين، و ذهب الشيخ و القاضى و الحلّى إلى عدم جواز الرهن، لأنها غير لازمه من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه، و مع جواز تعجيز نفسه و أن يرجع إلى الرق متى شاء تنتفى ماله الكتابه فالاستيثاق بالرهن لا فائده فيه حينئذ، و ردّ بأن تعجيز العبد نفسه و إبطال مال الكنايه لا يضر بالرهن كما لا يضر الرهن على الثمن فى زمن الخيار.

(٤) سواء كانت الكتابه مطلقه أم مشروطه.

(٥) للمكاتب.

(٦) أى إسقاط مال الكتابه.

(٧) بكون المشروطه جائزه من قبل العبد.

و فى قول ثالث: أن المشروطه جائزه من الطرفين، و المطلقه لازمه من طرف السيد (١) خاصه، و يتوجه عدم صحه الرهن أيضا كالسابق.

(و مال الجعالة بعد الرد (٢)، لثبوتها فى الذمه حينئذ (لا قبله) (٣) و إن شرع فيه (٤) لأنه لا يستحق شيئا منه (٥) إلا بتمامه (٦) و قيل: يجوز بعد الشروع، لأنه يؤول إلى اللزوم كالثمن فى مده الخيار، و هو ضعيف. و الفرق واضح، لأن البيع يكفى فى لزومه إبقاؤه على حاله فتتنقضى المده، و الأصل عدم الفسخ عكس الجعالة.

(و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن (٧) لتحصل الفائدة المطلوبه من (١) و هذا على خلاف ما قاله فى المسالك من أن المطلقه لازمه من الطرفين، إلا أن يكون القول المذكور لبعض العامه و لم أجد من نقله عن واحد من الأصحاب.

(٢) لو كان المالك قد جعل جعالة لمن ردّ ماله المفقود، و قام البعض برده فيستحق الأجره، و هى دين ثابت فى الذمه فيصح الرهن عليه.

أما قبل رد المفقود فهل يصح للمجعول له الرهن أولا، هذا إذا كان قد شرع فى العمل، و أما قبل الشروع فى العمل فلا يصح له أخذ الرهن لعدم استحقاق المجعول قبل العمل بلا خلاف فيه كما فى الجواهر.

و أما إذا كان بعد الشروع فلا يصح الرهن لأنه لم يستحق الأجره إلا بالرد، و الرد لم يتحقق و إن شرع فى العمل كما عليه الأكثر، و عن العلامة فى التذكرة جواز الرهن لا- لانتهاء الشروع فى العمل إلى اللزوم بتحقيق الرد، و معه يثبت الحق فى ذمه الجاعل كالثمن فى مده الخيار.

و ردّ بأن الشروع ما لم يتحقق الرد لا يوجب اشتغال ذمه الجاعل فعلى أى شىء يقع الرهن، و هذا بخلاف الرهن على الثمن فى مده الخيار، فإنه ثابت من حين العقد و إن لم يكن مستقرا، و قد أتى الشارح فى المسالك بفارق آخر حيث قال: (و الفرق بينها و بين البيع فى زمن الخيار واضح، لأن البيع متى أبقي على حاله انقضت مده الخيار و ثبت له اللزوم و الأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شىء و الأصل عدم الإكمال) انتهى.

(٣) أى قبل الرد.

(٤) فى العمل.

(٥) من مال الجعالة.

(٦) بتمام العمل.

(٧) فالحق الذى أخذ الرهن لأجله لا بدّ فيه من إمكان استيفائه من الرهن، لأن فائده الرهن

التوثيق به (فلا- يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه مدته معينه)، لأن تلك المنفعة الخاصة لا- يمكن استيفائها إلا- من العين المخصوصه حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجازة،(فلو أجره في الذمه جاز) كما لو استأجره على تحصيل خياطه ثوب بنفسه أو بغيره (١)، لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أى وجه اتفق،(و تصح زياده الدين على الرهن (٢) فإذا استوفى الرهن بقى الباقي منه متعلقا بذمته،(و زياده الرهن على الدين (٣) و فائدته سعه الوثيقه، و منع الراهن من التصرف فى المجموع فيكون باعثا على الوفاء، و لإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافضا للدين.

الكلام فى اللواحق يقع فى مسائل

إشارة

(و أما اللواحق فمسائل):

الأولى إذا شرط الوكالة فى الرهن

الأولى - (إذا شرط الوكالة فى الرهن (٤) التوثيق على دينه و حقه بحيث مع تعذر الوفاء يستوفى الحق من العين المرهونه.

و عليه فلو كان الحق الذى له لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يصح هذا الرهن كما لو أجره نفسه شهرا معينا أو داره كذلك، أو دابته المعينه لحمل معين، و نحو ذلك، فالمنفعة التى وقعت فى عقد الإجاره أصبحت ملكا للذى استأجرها و لا يمكن طلب الرهن عليها لأنه لا- يجوز استيفاء هذه المنفعة إلا- من هذه العين المخصوصه بحيث لو تعذر الاستيفاء لموت أو نحوه بطلت الإجاره و لا يمكن الاستيفاء من عين أخرى فلذا يبطل الرهن عليها.

(١) أى غير نفسه بحيث كان الواجب هو تحصيل المنفعة على أى وجه اتفق، و من أى عين كانت، فيصح الرهن عليها لإمكان استيفائها من الرهن، و لو بيعه و استئجار الغير بالثمن على تحصيل الفعل المستأجر عليه.

(٢) بحيث كان الرهن أقل من الدين، لإطلاق قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، فيشمل عقد هذا الرهن.

(٣) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لإطلاق قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ٢.

(٤) قد تقدم أن الرهن بحسب أصله لا- يقتضى كون المرتهن وكيلا- عن الراهن فى البيع، لأن العين المرهونه تبقى على ملك الراهن، نعم مع الرهن يحق للمرتهن مطالبه الراهن ببيعها، فإن أبى طلب من الحاكم ببيعها، فإن تعذر باعها المرتهن و استوفى دينه.

و قد تقدم أنه يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة فى البيع بأن يكون وكيلا عن الراهن فى بيع

ص: ٨٣

(لم يملك عزله (١) على ما ذكره جماعه (٢) منهم العلامة، لأن الرهن لازم من جهة العين المرهونه، و يجوز اشتراط الوكاله فى البيع لوارث المرتهن أو لغيره بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم)(١).

و لكن مع اشتراط الوكاله المذكوره فى البيع للمرتهن، هل يجوز للراهن فسخها بعد الرهن قولان، فعلى المشهور لزوم الشرط الواقع فى العقد اللازم فلا يملك الراهن فسخ الوكاله، بل فى الجواهر: (نسبه الخلاف فيه إلى أهل الخلاف، فإنى لم أجده إلا من الشهيد فى اللمعه، نعم عن المبسوط أنه حكى الخلاف فى ذلك بلفظ القيل، و يمكن أن يريد الشافعى) انتهى.

و دليل جواز الفسخ إما لأن الوكاله من العقود الجائزه، و من شأنها تسلط كل واحد منهما على الفسخ، و إما لأن الشروط لا يجب الوفاء بها و إن كانت فى عقد لازم بل غايته تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه، و يضعف الأول بأن جواز الوكاله بحسب أصلها لا ينافى لزومها بسبب عارض كشرطها فى عقد لازم، و هو هنا كذلك، و يضعف الثانى بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط فى العقد اللازم، لأن عموم (المؤمنون عند شروطهم)(٢) دال على لزوم الشروط، بل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) يوجب الوفاء بالعقد المشروط، و لازمه الوفاء بالشرط.

هذا كله إذا شرط الوكاله فى عقد لازم، و أما لو شرط الوكاله فى نفس عقد الرهن، فقولان، فعلى المشهور وجوب الوفاء بالشرط فلا يجوز للراهن فسخ الوكاله، و قد ذهب الشهيد هنا إلى الجواز، لعدم لزوم الشرط فى العقد اللازم ففى الشرط الوارد فى العقد الجائز من باب أولى، و لو سلم لزوم الشرط فى العقد اللازم فالرهن ليس لازماً.

وفيه: أما الأول لما عرفت من لزوم الشرط فى العقد اللازم، و أما الثانى فلأن الرهن لازم من طرف الراهن، فما يلتزمه الراهن يكون لازماً من قبله، نعم لما كان عقد الرهن جائز (من طرف المرتهن كان ما يلزمه جائزاً فيجوز له فسخ الوكاله كما هو واضح لأنها حقه و يجوز له ترك هذا الحق).

(١) أى لم يملك الراهن عزل المرتهن.

(٢) قد عرفت أنه المشهور و لم يخالف إلا الشهيد فى اللمعه و بعض أهل العامه.

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٣- (٣) سورة المائد، الآية: ١.

الراهن و هو الذى شرطها على نفسه (١) فيلزم من جهته.

(و يضعف (٢) بأن المشروط فى اللازم (٣) يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط، لا وجوب الشرط) كما تقدم من أن المشروط فى العقد اللازم يقلبه جائزا عند المصنف و جماعه، فحينئذ (٤) إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد (٥)، و ذلك (٦) لا يتم فى عقد الرهن (٧)، لأنه دفع ضرر (٨) بضرر أقوى (٩)، و إنما تظهر الفائدة فيما لو كان الراهن قد شرطها (١٠) فى العقد اللازم كبيع (فحينئذ لو فسخ) الراهن (الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن)، و الوكالة (إن كان) هناك بيع مشروط فيه ذلك (١١)، و إلا (١٢) فات الشرط على المرتهن بغير فائده.

و يشكل (١٣) بما تقدم من وجوب الوفاء بالشرط، عملا بمقتضى (١) والمعنى أن الراهن هو الذى شرط الوكالة على نفسه، و كذا فيما لو كان الشرط من طرف المرتهن و قبل الراهن.

(٢) هذا هو الدليل الثانى من أدله الجواز الوارده فيما لو شرط الوكالة فى عقد لازم.

(٣) أى العقد اللازم كالبيع.

(٤) أى حين انقلابه إلى الجائز.

(٥) الذى شرط فيه الوكالة، كما لو شرطت فى البيع.

(٦) أى تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط.

(٧) بحيث لو شرطت الوكالة فى نفس عقد الرهن و قد أخلّ الراهن بالشرط فتسلط المرتهن على فسخ عقد الرهن غير متوجه عند العقلاء لأنه يزيده ضررا، لأن الرهن من أجله ليتوثق على دينه فكيف يفسخه؟

(٨) و هو ضرر الإخلال بالشرط.

(٩) و هو ضرر فسخ عقد الرهن.

(١٠) أى شرط الوكالة.

(١١) و هو الرهن و الوكالة.

(١٢) أى و إن لم يكن هناك بيع مشروط فيه الرهن و الوكالة، بل كان هناك رهن قد شرط فيه الوكالة و لم يعمل الراهن بالشرط، فهو و إن أوجب للمرتهن التسلط على الفسخ لكنه لا يقدم عليه لأن دفع الفاسد بالأفسد فيكون قد فات الشرط على المرتهن و بقى الرهن فقط.

(١٣) أى قول الماتن من كون الشرط لا يجب الوفاء به، غايته يوجب التسلط على الفسخ

الأمر (١)، خصوصا في ما يكون العقد المشروط (٢) فيه كافيا في تحقيقه (٣) كالوكالة على ما حققه، المصنف من أنه يصير كجزء من الإيجاب و القبول يلزم حيث يلزمان.

و لما كان الرهن لازما من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك (٤) خصوصا هنا (٥)، فإن فسخ (٦) المشروط فيه و هو الرهن إذا لم يكن في بيع لا- مشكل بما تقدم في كتاب البيع عند خيار الاشتراط من وجوب الوفاء بالشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١) و لقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) على ما تقدم بيانه هنا أيضا.

(١) في قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ٣.

(٢) قد تقدم في كتاب البيع أن الشرط على قسمين: شرط فعل و شرط نتيجة، فالأول كأن يقول: بعثك الكتاب بشرط أن توكلني بكذا، و لازمه أن مجرد البيع لا- يجعل البائع وكلاء و إنما على المشتري أن يجرى الوكالة فيما بعد حتى يصير وكلاء، و الثاني كأن يقول:

بعثك الكتاب بشرط وكالتي عنك بكذا، و لازمه أن مجرد عقد البيع يوجب الوكالة من دون إجراء التوكيل.

و قد تقدم أن المصنف قد فصل بين شرط الفعل و شرط النتيجة، نفى شرط الفعل لا يجب العمل على طبقه غاية عند الإخلال يلزم تسلط المشروط له على الفسخ، و في شرط النتيجة يجب العمل على طبقه لأنه يصير جزءا من الإيجاب و القبول.

و على كل فالشرط هنا بالوكالة في بيع الرهن عن الراهن لو كان شرط نتيجة فيجب أن يلتزم الراهن به و لا يجوز له الفسخ بناء على قول المصنف المتقدم، مع أن المصنف هنا لم يفصل في عدم وجوب الوفاء بالشرط هنا في الرهن بين شرط الفعل و شرط النتيجة.

(٣) أي تحقق الشرط و هو شرط النتيجة.

(٤) أي لازم.

(٥) أي في شرط النتيجة.

(٦) والمعنى أنه لو شرط الوكالة في الرهن على نحو شرط النتيجة، فلا يعقل أن يقدم المرتهن على فسخ عقد الرهن، و هو العقد المشروط فيه الوكالة على نحو شرط النتيجة لأنه يزيد ضررا، و كذا الراهن لا يؤثر فسخه للوكالة لأنها و إن كانت جائزه بحسب أصلها إلا أنها

ص: ٨٤

يتوجه (١)، لأنه يزيد ضررا فلا يؤثر فسخه (٢) لها (٣) وإن كانت جائزه بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمه بشرطها (٤) في اللزم (٥) على ذلك الوجه (٦).

الثانيه - يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه

(٧) الثانيه - يجوز للمرتهن ابتياعه (٨) من نفسه إذا كان وكيلًا في البيع، ويتولى طرفى العقد، لأن الغرض بيعه بضمن المثل و هو (٩) حاصل، و خصوصيه المشتري ملغاه حيث لم يتعرض لها. و ربما قيل بالمنع، لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله، و كذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى (١٠). و قيل: لا (و هو (١١) مقدم به قد صارت لازمه عليه، لأن الوكالة قد شرطت على نحو شرط النتيجة في عقد لازم بالنسبه إليه، لأن الرهن لازم بالنسبه للراهن.

(١) أى لا يتوجه الفسخ بمعنى لا يقدم عليه هذا إذا كان الفسخ من المرتهن.

(٢) من باب التفعيل و الفسخ هنا من الراهن.

(٣) للوكالة.

(٤) و هو شرط النتيجة.

(٥) و هو عقد الرهن بالنسبه للراهن.

(٦) أى شرط النتيجة.

(٧) لو كان المرتهن وكيلًا عن الراهن يبيع العين المرهونه، و قد باعها على الغير فالبيع صحيح، لوجود المقتضى لأنه وكيل في البيع، مع عدم المانع بلا خلاف فيه. و لكن هل يصح للمرتهن بيع العين المرهونه على نفسه، و يتولى طرفى العقد، فعلى المشهور الجواز، لأن الوكالة مطلقه و لم يخصصها الراهن بأنه وكيل عنه في البيع لغير نفسه، و عن المحقق الثانى العدم، لأن الوكالة المذكوره ظاهره في بيع الرهن على غيره من غير تعرض له، فلا يجوز البيع على نفسه إلا بالاذن أو وجود قرينه تدل عليه، و ردّ بأن هذا لا شاهد له، لأن الوكالة مطلقه.

(٨) أى ابتياع الرهن.

(٩) أى البيع بضمن المثل.

(١٠) كان النزاع فى المسأله السابقه من حيثيه أن الوكالة هل تشمل البيع لنفسه أو لا، و النزاع هنا أنه مع غض البصر عن الوكالة فهل يجوز للمرتهن أن يبيع الرهن على نفسه أو ولده من حيثيه بيع مال الغير ليستوفى دينه من الثمن، ذهب ابن الجنيّد إلى المنع لتطرق التهمه إلى البائع الوكيل، بأنه قد يتساهل فى حق الراهن إذا كان البيع للمرتهن أو ولده.

و المشهور على الجواز لإطلاق أدله الوكالة، و احتمال التهمه يوجب الكراهه فى الحكم لا المنع.

(١١) أى المرتهن أحق بالرهن من سائر غرماء الراهن، سواء كان الراهن حيا و قد حَجَّر عليه

ص: ٨٧

على الغرماء) حيا كان الراهن أم ميتا، مفلّسا كان أم لا، لسبق تعلق حقه،(و لو أعوز) الرهن و لم يف بالدين (ضرب بالباقي (١) مع الغرماء على نسبته.

الثالث - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه بانتفاع

(الثالث - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه (٢) بانتفاع، ولا- نقل ملك، ولا للتفليس، أم كان ميتا و قد حلت عليه ديونه و كانت تركته أقصر من دينه، بلا- خلاف في الأول، و في الثاني كذلك إلا من الصدوق، و دليل المشهور هو سبق تعلق حق المرتهن بالعين، و لأن معنى الرهن هو ما تقدم، و دليل الصدوق خبران، الأول: خبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أفلس و عليه الدين لقوم، و عند بعضهم رهون، و ليس عند بعضهم، فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، فقال عليه السلام: يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص)(١)، و الثاني: مكاتبه سليمان بن حفص إلى أبي الحسن عليه السلام (في رجل مات و عليه الدين و لم يخلف شيئا إلا رهنا في يد بعضهم، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن، أ يأخذه بماله أو هو و سائر الديان فيه شركاء، فكتب: جميع الديان في ذلك سواء، يتوزعونه بينهم بالحصص)٢، و الأول ضعيف بعبد الله بن الحكم، و الثاني مشتمل على سليمان بن حفص و هو لم يمدح و لم يذم، و هما مهجوران عند الأصحاب لمخالفتهم للقواعد على ما تقدم.

(١) لأن الباقي دين و ليس له رهن، فهو كبقية الغرماء و الديان بالنسبة إليه.

(٢) أي في الرهن، أما بالنسبة إلى الراهن، فلا- يجوز له التصرف بالرهن بيع أو وقف أو نحوه مما يوجب زوال الملك، و لا بإجاره و لا سكنى و لا غيرها مما يوجب نقصه، لفوات الرهن في الأول و دخول النقص في الثاني، بلا خلاف في ذلك كله.

و أما التصرف من الراهن بالعين بما لا- يوجب زواله الملك و لا دخول النقص فممنوع على الأشهر لإطلاق النبوي المشهور (الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف)(٢)، و عن العلامة في التذكرة احتمال و تبعه بعض المتأخرين جواز التصرف للأصل، و عموم قاعده التسلط لأرباب الأموال على أموالهم المستفادة من النبوي (الناس مسلطون على أموالهم)(٣)، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل رهن جاريه عند قوم، يحلّ له أن يطأها، قال عليه السلام: إن الذين ارتهنوها يحيلون بينه و بينها، قلت: أ رأيت إن

ص: ٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الرهن حديث ١ و ٢.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الرهن حديث ٦.

٣- (٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

غيرهما إذا لم يكن المرتهن وكيلا، وإلا جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مر، (و لو كان له نفع (١) كالدابة، و الدار (أوجر) (٢) باتفاقهما، وإلا أجره الحاكم.

و في كون الأجره رهنا كالأصل قولان كما في النماء المتجدد مطلقا (٣).

(و لو احتاج إلى مثونه (٤) كما إذا كان حيوانا (فعلى الراهن) مثونته لأنه المالك، قدر عليها خاليا، قال عليه السلام: نعم لا أرى هذا عليه حراما) (١) و مثله صحيح محمد بن مسلم ٢.

إلا أن المشهور قد أعرض عنهما و هما موافقان للعامة فيحملان على التقية.

و أما بالنسبة للمرتهن فلا يجوز له التصرف مطلقا لحرمة التصرف في مال الغير.

(١) كل ما يحصل من الرهن من فوائد متصله أو منفصله فهي للراهن بلا خلاف و لا إشكال، لأن النماء يتبع الأصل.

و لكن هل هذه النماءات تتبع العين في الرهن أو لا، فإن كانت متصله لا- تقبل الانفصال بأي وجه كالسمن و الطول دخلت إجماعا كما في المسالك و الجواهر، و إن كانت منفصله كالثمره و الولد أو يقبل الانفصال كالشعر و الثمره ففي دخولها قولان، فعن المشهور أنه رهن و عليه الإجماع كما عن الغنيه و هو الحجبه بعد التبعية من كون الفرع تابعا للأصل، و عن الشيخ و المحقق و العلامة في جملة من كتبه العدم، إذ التبعية في الملكيه غير مستلزمه للتبعية في الرهينه كما لا يخفى، و الإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى الخلاف.

(٢) لئلا يذهب نفعه هباء.

(٣) سواء كان منفصلا أم قابلا للانفصال، و لا يريد بالإطلاق شموله للمتصل على درجه لا يمكن فصله لأنه داخل في الرهينه بلا خلاف.

(٤) لو احتاج الرهن إلى مثونه كالحيوان و العبد المرهونين فنفقته على الراهن، لأنه ماله و له نماؤه فعليه نفقته، و لذا لو تصرف المرتهن بالعين كالانتفاع بالركوب و اللبن فتلزمه الأجره فيما له أجره المثل كالركوب، أو القيمه إن كان يضمن بقيمته كاللبن.

فلو ثبت على المرتهن ما انتفع به و قد أنفق على الرهن و النفقه على الراهن يتقاصا مع اجتماع الشرائط من التساوى في النوع و الصفه بحيث يكون ما أنفقته المرتهن على العين في قبال ما استفاده و انتفع به منها، على المشهور كما في المسالك.

و عن الشيخ في النهايه و الحلبي و ابني حمزه و سعيد أن النفقه على الراهن و لكن لو أنفق

ص: ٨٩

فإن كان في يد المرتهن و بذلها الراهن أو أمره بها، أنفق و رجع بما غرم، و إلا استأذنه، فإن امتنع (١)، أو تعذر استئذانه لغيبه أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق (٢) هو بنيه الرجوع، و أشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين و رجع (٣)، فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه (٤) بيمينه، و رجوعه به.

عليها المرتهن فيجوز له ركوبها أو الانتفاع بلبنها استنادا إلى صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهنا بما له، أ له أن يركبه، فقال عليه السلام:

إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه) (١)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

الظهر يركب إذا كان مرهونا، و على الذي يركب نفقته، و الدرّ يشرب إذا كان مرهونا و على الذي يشرب نفقته) ٢.

و المشهور قد حملوا الروايتين على جواز الانتفاع في قبال النفقة على ما لو كان ذلك بإذن الراهن، و مع عدم الاذن فقد عرفت أن القاعده تقتضى كون النماء للراهن و عليه النفقة، لأن الرهن ملكه، فإذا اتفق عليه فهو، و إلا فإذا أمر الراهن المرتهن بالإنفاق يرجع المرتهن بما أنفق على الراهن، و إلا استأذن المرتهن الراهن بالإنفاق ثم يرجع عليه، لأن الإنفاق لم يكن تبرعا، و إذا امتنع الراهن عن الإنفاق أو الأمر به أو الاذن به أو كان غائبا، استأذن المرتهن الحاكم لأنه ولي الممتنع و الغائب في نحو ذلك، فإن تعذر الحاكم فقد ذهب بعضهم إلى وجوب الإشهاد من قبل المرتهن على ما أنفق ليثبت له بالشهادة استحقاقه للذي أنفق، و بعضهم ذهب إلى عدم وجوب الإشهاد لأن المرتهن أمين، و هو مصدق بما يقول و غير متهم، فما يقوله في النفقة فهو صادق، إلا أن يكون متهما فعليه اليمين فقط لأنه منكر لموافقه قوله ظاهر الشريعة من حيث كونه أمينا.

هذا كله إذا أنفق بنيه الرجوع، و أما لو أنفق تبرعا فلا رجوع له كما هو واضح، و استحسن الشهيد في الدروس قولاً ثالثاً بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استنابته أو استئذان الحاكم.

(١) أى الراهن.

(٢) لأنه يجب عليه الإنفاق من باب وجوب حفظ العين عليه.

(٣) أى رجع المرتهن بما أنفق على الراهن بالشهادة.

(٤) من الإنفاق.

ص: ٩٠

(و لو انتفع المرتهن به (١) بإذنه (٢) على وجه العوض، أو بدونه (٣) مع الإِثم (لزمه الأجره)، أو عوض المأخوذ كاللبن، (و تقاضًا) و رجع ذو الفضل بفضله.

و قيل: تكون النفقه في مقابله الركوب و اللبن مطلقا (٤)، استنادا إلى روايه حملت على الإِذن في التصرف و الإنفاق مع تساوى الحقيين، و رجّح في الدروس جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه، و استئذان الحاكم. و هو حسن.

الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء

(الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء (٥) إذا لم يكن وكيلا- (لو خاف جحود الوارث)، و لا بينه له على الحق (إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين، و عدم الرهن) لو ادعى المرتهن الدين و الرهن. و المرجع في الخوف (٦) إلى (١) بالرهن. (٢) بإذن الراهن.

(٣) بدون الاِثم.

(٤) سواء ساوت النفقه الانتفاع المذكور أم لا.

(٥) قد تقدم أن الرهن لا يقتضى الوكاله للمرتهن في البيع، و أما إذا كان وكيلا فيجوز له البيع بحسب وكالته و هذا واضح، أما لو كان المرتهن غير وكيل في البيع إما لعدم وكالته ابتداء و إما لبطلانها بموت الراهن الموكل فيجوز للمرتهن أن يستوفى دينه مما في يده إن علم أو ظن أو خاف جحود الوارث للدين أو الرهن، و لم تكن عند المرتهن بيّنه مقبوله على إثبات الدين أو الرهن بلا خلاف فيه بينهم كما في الجواهر و الرياض لأدله نفى الحرج و الضرر، و مكاتبه المروزي لأبى الحسن عليه السّلام (في رجل مات و له ورثه، فجاء رجل فادعى عليه مالا و أن عنده رهنا، فكتب عليه السّلام: إن كان له على الميت مالا و لا بينه له فليأخذ ماله مما في يده، و يردّ الباقي على ورثته، و متى أقتر بما عنده أخذ به - أى الإقرار - و طوّل بالبينه على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم يقم البينه و الورثه ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أن له على ميتهم حقا) (١).

(٦) قال الشارح في المسالك: (و المراد الخوف المستند إلى القرائن المثمره للظن الغالب) انتهى، و في القواعد اشترط العلم بالجحود، و يردّ بإطلاق المكاتبه المتقدمه.

ص: ٩١

القرائن الموجبه للظن الغالب بجحوده، و كذا يجوز له ذلك (١) لو خاف جحود الراهن و لم يكن وكيلا و لو كان له بينه مقبوله عند الحاكم لم يجز له (٢) الاستقلال (٣) بدون إذنه، و لا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين لو اعترف (٤)، لعدم التضرر باليمين الصادق و إن كان تركه تعظيما لله أولى.

الخامسه - لو باع أحدهما بدون الإذن

(الخامسه - لو باع أحدهما) بدون الإذن (توقف على إجازته الآخر (٥)، فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن، أو إجازته بطل الرهن من العين و الثمن (٦)، إلا (١) أى يجوز للمرتهن استيفاء دينه فى يده إن خاف جحود الراهن و لم يكن وكيلا بالبيع، لأنه مع وكالته يصح بدون مانع، و مع عدم الوكاله يصح لإسقاط خصوصيه جحود الوارث، لأن الحكم فى المكاتبه امتناع الاستيفاء بسبب الجحود.

(٢) أى للمرتهن.

(٣) لا- يجوز للمرتهن الاستيفاء مستقلا لحرمة التصرف فى مال الغير، بل عليه إعلامهم بالدين و الرهن، فإن أنكروا أثبت حقه بالبينه، و يستأذن الحاكم حينئذ بالبيع إن امتنع الراهن أو ورثته، و المكاتبه صريحه فى كون الاستيفاء مستقلا عند عدم وجود البينه، فمع وجودها فلا يجوز.

(٤) لو اعترف المرتهن بالرهن بعد اعتراف الراهن أو وارثه بالدين، و لكن اختلفا فى كونه رهنا أو وديعه فثبت الرهن حينئذ متوقف على يمين المرتهن، و عليه فلو توقف إثبات الرهن على يمين المرتهن هل يجوز له الاستبداد بالبيع دفعا لليمين، و هذا احتمال لم ينسب إلى أحد، بل هو مدفوع للأصل بعدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه، و خرجنا عنه سابقا بمقدار دلالة المكاتبه، و هو جحود الوارث مع عدم البينه، و لذا يجب عليه اليمين لإثبات الرهن هنا و لا يجوز له الاستبداد لعدم الضرر عليه باليمين.

(٥) قد تقدم أنه لو باع الراهن فلا يجوز له ذلك، لأنه ممنوع من التصرف بالعين المرهونه بما فيه زوال العين عن ملكه، لأنه إبطال للرهن، نعم لو أجاز له المرتهن بالبيع صح لوجود المقتضى لأنه ملكه، مع عدم المانع، لارتفاع حق الرهانه من العين بإذن المرتهن.

و أما المرتهن فلا يجوز له التصرف فى مال الغير، نعم مع إذن الغير فلو باع المرتهن صح البيع حينئذ.

(٦) إذا باع الراهن العين مع إذن المرتهن قبل حلول الأجل أو بعده بطل الرهن بلا خلاف و لا إشكال، و لا يجب جعل الثمن رهنا إذا لم يشترطه كذلك بلا خلاف فيه إلا من الشيخ.

أما بطلان الرهن بالعين فلأن حق المرتهن كان متعلقا بها فلما أذن بالبيع بطل حقه

أن يشترط كون الثمن رهنا، سواء كان الدين حالا أم مؤجلا فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتهن كذلك (١) بقى الثمن رهنا وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلا إلى أن يحل.

ثم إن وافقه جنسا ووصفا صح، وإلا كان كالرهن.

(و كذا عتق الراهن) (٢) يتوقف على إجازته المرتهن فيبطل برده (٣) ويلزم بالرهن، وثبوت الرهن في عوضه بحاجه إلى دليل و هو مفقود، نعم مع الشرط يجب الوفاء به.

و خالف الشيخ و ذهب إلى أن الاذن إن كان بعد حلول الأجل يكون الثمن رهنا، لأن عقد الرهن يقتضى البيع عند حلول الأجل و صرف الثمن في الدين، فلو أذن بالبيع بعد الحلول فيصرف إلى ما يقتضيه العقد المذكور و هذا يقتضى كون الثمن رهنا.

(١) أى مع إذن الراهن أو إجازته، فإن باع المرتهن قبل حلول الأجل فيكون الثمن رهنا بلا خلاف فيه على ما قيل، و الفرق بينه و بين سابقه من جهة ظهور إذن المرتهن فى الصورة السابقة فى إسقاط حقه بخلافه هنا، فغايه ما قد صدر من المرتهن البيع، و هو لا يدل على إسقاط حقه من الرهن.

و إذا تقرر أن الثمن رهن لم يجز للمرتهن التصرف فيه إلا بعد حلول الأجل لعدم استحقاق المرتهن للرهن إلا بعد الأجل و إن كان قد صدر من الراهن الاذن بالبيع، لأن الاذن بالبيع لا يقتضى الاذن فى تعجيل الاستيفاء.

أما لو باع المرتهن بعد حلول الأجل، فالثمن لا يكون رهنا، و لكن المرتهن يجوز له التصرف بالثمن فى قضاء دينه، و هذا ما أطلقه جماعة، و لكن الشارح قيده فى المسالك بقوله: (و هو مبنى على كون الحق - أى الدين - موافقا للثمن جنسا ووصفا فلو تخالفا لم يجز التصرف فيه إلا- بإذن الراهن، كما لا- يجوز له التصرف فى نفس الرهن لافتقاره إلى معاوضه أخرى) انتهى، و المراد بالمعاوضه الأخرى هى جعل ما فى يد المرتهن فى قبال ماله من الدين بالصلح أو البيع أو نحو ذلك.

(٢) فعتق الراهن للرهن لو كان عبدا صحيح مع إجازته المرتهن، لعموم أدله العتق السليمه عن المعارض، و المانع هنا حق المرتهن و قد زال بإجازته.

و عن الشيخ فى المبسوط ابن حمزه فى الوسيله و ابن زهره فى الغنيه و الشهيد فى الدروس عدم الجواز إذا أعتق ثم أجاز، لأن العتق من الإيقاعات فلا يكون موقوفا على شىء متأخر حتى أجازته المرتهن، لاعتبار التنجيز فى الإيقاعات.

(٣) بناء على صحة العتق مع تعقب إجازته المرتهن، فإن لم يجز بطل العتق لوجود المانع و هو تعلق حق المرتهن بالعين.

بإجازته (١)، أو سكوته (٢) إلى أن فك الرهن بأحد أسبابه. وقيل: يقع العتق باطلا بدون الإذن السابق، نظرا إلى كونه (٣) لا يقع موقوفا، (لا) إذا اعتق (المرتهن) (٤) فإن العتق يقع باطلا قطعا متى لم يسبق الإذن، إذ لا عتق إلا في ملك، و لو سبق (٥) و كان العتق عن الراهن (٦)، أو مطلقا (٧) صح، و لو كان عن المرتهن (٨) صح أيضا، و ينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغه المقترنه بالإذن كغيره من المأذونين فيه.

(و لو وطأها الراهن) (٩) بإذن المرتهن، أو بدونه و إن فعل محرما (صارت مستولده مع الإحبال)، لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن و إن منع من التصرف فيها (و قد سبق) في شرائط المبيع (جواز بيعها حينئذ (١٠)، لسبق حق المرتهن على (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) فيما لو سكت إلى أن يفك الرهن بإعطاء الدين فيكشف عن عدم تعلق حق المرتهن بالعين واقعا فلا مانع حينئذ من العتق.
(٣) أى العتق.

(٤) فإذا لم يأذن الراهن قبل العتق، فالعتق باطل، لأنه لا عتق إلا في ملك، و مع عدم الاذن يقع العتق من المرتهن كالعتق من الفضولى لا تصححه الإجازة فيما بعد.

(٥) أى سبق الاذن العتق فيصح العتق لزوال المانع من كونه غير مالك.

(٦) فلا إشكال لأن المرتهن وكيل في إجراء الصيغه.

(٧) بحيث كان العتق قربه لله من دون أن يعينه عن شخص فلا إشكال، لأن المرتهن وكيل أيضا في إجراء الصيغه.

(٨) فيأتى إشكال و هو: أن المرتهن غير مالك و أذن الراهن له لا يصيره مالكا مع أنه لا عتق إلا في ملك فلا بد من الحكم بعدم صحه العتق لو كان من المرتهن و لو أذن الراهن.

و الجواب بأن المأذون و المأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه و ينتقل إلى ملك الأمر قبل إيقاع الصيغه انا ما كما سيأتى تفصيله فى باب العتق إن شاء الله تعالى.

(٩) لو وطئها بإذن المرتهن أو بدونه فأحبها صارت أم ولده شرعا، بلا خلاف فيه، بل فى التذكرة نسبته إلى مذهبننا، و كذا لا خلاف فى أنه لا يبطل الرهن بالإحبال للاستصحاب، لاحتمال موت الولد فيجوز بيعها حينئذ فى وفاء الدين.

(١٠) أى حين وطئها من قبل الراهن مع عدم إذن المرتهن، هذا و الأقوال فى المسألة أربعة:

الأول: جواز بيعها و إن كان الولد حيا، فى استيفاء الدين لإطلاق الأوامر ببيع الرهن فى الدين، مع سبق حق المرتهن على الاستيلاد و كما عن الشيخ و الحلّى و الفاضل و المحقق الثانى و جماعه.

و قيل: يمنع مطلقاً (١)، للنهي عن بيع أمهات الأولاد المتناول بإطلاقه هذا الفرد، و فضّل ثالث بإعسار الراهن فتباع، و يساره فتلزمه القيمة تكون رهنا، جمعا بين الحقين. و للمصنف في بعض تحقیقاته تفصيل رابع و هو بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، و منعه مع وقوعه بإذنه (٢).

و كيف كان (٣) فلا- تخرج عن الرهن بالوطء، و لا- بالحبل، بل يمتنع البيع ما دام الولد حيا، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن لزوال المانع، (و لو وطأها المرتهن فهو زان)، لأنه وطأ أمه الغير بغير إذنه.

(فإن أكرهها (٤) فعليه العشر إن كانت بكرا، و إلا) تكن بكرا (فنصفه)، الثاني: المنع من بيعها، للنهي على بيع أم الولد، و تشبها بالحرية مع بناء العتق على التغليب كما عن الفاضل في التذكرة، و حكى الشهيد حكايته عن الشيخ.

الثالث: التفصيل بإعسار الراهن فتباع، و يساره فيلزمه القيمة من غيرها و تدفع القيمة رهنا جمعا بين حق أم الولد في الحرية و بين حق المرتهن، كما عن الشيخ في الخلاف و ابن زهره و الفاضل في التذكرة.

رابعها: ما عن الشهيد في بعض حواشيه من جواز بيعها إن وطئها الراهن من دون إذن المرتهن، و لا يجوز البيع مع الوطى بالاذن.

(١) سواء كان الوطى بإذن المرتهن أم لا، مع الإعسار و اليسار.

(٢) أي و منع البيع مع وقوع الوطى بإذن المرتهن.

(٣) أي كيف كان القول من هذه الأقوال الأربعة فهي تبقى رهنا كما تقدم.

(٤) قد تقدم في باب بيع الحيوان أنه لو ظهرت الأمه مستحقه أغرم المشتري الواطئ العشر إن كانت بكرا، و نصفه إن كانت ثيبا، و قد تقدم أنه هو المشهور لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأه فوجدها أمه قد دلست نفسها، فقال: إن كان الذي زوجه إياها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه، فقال عليه السلام: إن وجد مما أعطاه شيئا فليأخذه، و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان الذي زوجه إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها، و تعتد منه عده الأمه)، و مثله غيره.

لروايه، و الشهرة. (وقيل: مهر المثل)، لأنه عوض الوطء شرعا. و للمصنف فى بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين (١)، و يجب مع ذلك (٢) أرش البكاره (٣)، و لا يدخل (٤) فى المهر (٥)، و لا العشر، لأنه حق جنايه، و عوض جزء فائت، و المهر على التقديرين (٦) عوض الوطء.

و لا يشكل بأن البكاره إذا أخذ أرشها صارت ثيبا فينبغى أن يجب مهر الثيب، لأنه قد صدق وطؤها بكرا و فوت منها جزء فيجب عوض كل منهما (٧)، لأن أحدهما عوض جزء، و الآخر، عوض منفعه.

(و إن طاوعته فلا شىء (٨)، لأنها بغى و لا مهر لبغى).

و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها، لأنه القاعده الكليه فى عوض البضع، مثل قيمه المثل فى غيره.

هذا فى وطئ المشتري للأمه ثم بانت أنها مستحقه للغير، و سألتنا هنا فى وطئ المرتهن من مصاديق المسأله المتقدمه، إذ لا خصوصيه للمرتهن، بل المرتهن قد وطئ أمه الغير و ظاهر الصحيح المتقدم أن العشر و نصف العشر لكل من وطئ أمه الغير.

(١) أى بين العشر و نصفه و بين مهر المثل.

(٢) أى مع العشر و نصفه، أو مهر المثل.

(٣) قد تقدم فى كتاب البيع فى مسأله وطئ المشتري للأمه المستحقه هذا النزاع، و أنه على قولين، أحدهما التداخل بمعنى لا يجب أرش البكاره، لأن الظاهر مما تقدم من الخبر أن العشر هو تمام ما يلزم الوطئ للجاريه البكر، و الثانى عدم التداخل، بمعنى يجب أرش البكاره مع مهر المثل أو العشر، لأن العشر أو مهر المثل عوض الوطئ، و أرش البكاره عوض جنايه، لأنه قد فوت جزءا من الأمه.

و لكن الثانى ضعيف، لأن نصف العشر هو عوض الوطئ كما هو الظاهر من الخبر، و ما زاد عن النصف إلى تمام العشر هو يازاء البكاره فيكون تمام العشر هو ما يلزم على الواطئ للجاريه البكر.

(٤) أى أرش البكاره.

(٥) أى مهر المثل على القول الثانى و لا فى العشر على القول الأول.

(٦) أى البكاره و الثيبوه.

(٧) من الوطئ و من الجزء الفائت.

(٨) على المشهور أن الواطئ عليه العشر أو نصفه سواء طاوعته أم لا، و عن الشهيد فى

و فيه أن الأُمة لا تستحق المهر، و لا تملكه فلا ينافى (١) ثبوته لسيدها مع كون التصرف فى ملكه بغير إذنه و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى . و القول بثبوته عليه (٢) مطلقا (٣) أقوى، مضافا إلى أرش البكارة كما مر (٤)، و قد تقدم مثله (٥).

السادسه - الرهن لازم من جهة الراهن

(السادسه - الرهن لازم من جهة الراهن (٦) حتى يخرج عن الحق) بأدائه و لو الدروس و جماعه أنها مع المطاوعه لا شىء على الواطئ، لأنها مع المطاوعه بغى و لا مهر لبغى، و ردّ بأن المهر لسيدها و هو حق له، و تصرفها و إن كان فيه اثم لكن لا يمنع من حق سيدها لقوله تعالى: و لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (١).

و أما المهر المنفى فى (لا- مهر لبغى) هو مخصوص فى مهر الحره، لأن المهر يطلق شرعا على عوض بضع الحره حتى سميت بسببه مهيره، و لأن اللام فى قوله (البغى) ظاهر فى الاستحقاق، و الأُمة لا تستحق مهرا بل هو لسيدها.

(١) أى ما ورد من (لا مهر لبغى) لا ينافى ثبوت المهر لسيدها.

(٢) على المرتهن الواطئ.

(٣) مع المطاوعه و عدمها.

(٤) هنا.

(٥) فى كتاب البيع فى باب بيع الحيوان.

(٦) قد تقدم لزوم الرهن من جهة الراهن و جوازه من جهة المرتهن و أنه لا- خلاف فى ذلك، و عليه فللزومه من جهة الراهن فليس له انتزاعه إلا بأداء الحق، و أداء الحق هو إقباض الدين سواء كان من الراهن أم من متبرع غيره، و فى حكمه لو ضمن الغير الدين عن الراهن و قبل المرتهن، و كذا الحواله فيما لو أحال الراهن المرتهن على غيره بالدين مع قبول المرتهن، و فى الجميع يسقط حق المرتهن فى العين لانتفاء الدين له على الراهن، بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا إشكال.

و ليس للراهن انتزاع الرهن أيضا إلا بإبراء المرتهن الراهن من الدين أو إسقاط حقه من الرهانه، و الإبراء المذكور موجب براءة ذمه الراهن من الدين فلا موضوع للرهن حينئذ، و أما الإسقاط المذكور فهو بمعنى فسخه لعقد الرهن و هو جائز لأن الرهن جائز من قبل المرتهن.

ص: ٩٧

من متبرع غيره. و فى حكمه (١) ضمان الغير له (٢) مع قبول المرتهن (٣)، و الحواله (٤) به (٥)، و إبراء المرتهن (٦) له منه (٧).
و فى حكمه (٨) الإقاله (٩) المسقطه للثمن المرهون به، أو للمثمن (١٠) المسلم فيه المرهون به.

و الضابط براءة ذمه الراهن من جميع الدين، و لو خرج من بعضه (١١) ففى (١) أى حكم الأداء.

(٢) للدين عن الراهن.

(٣) لاشتراط رضا المضمون له.

(٤) عطف على الضمان، و المعنى أن كلا من الضمان و الحواله فى حكم الخروج عن الحق و فى حكم الأداء.

(٥) بالدين.

(٦) عطف على الأداء.

(٧) أى للراهن من الدين.

(٨) أى حكم الإبراء.

(٩) فالإقاله هنا هى فسخ البيع فلا يثبت للبائع ثمن فى ذمه المشتري حتى يأخذ عليه رهنا، فالإقاله تسقط الثمن المرهون به الرهن.

(١٠) فالإقاله هنا فسخ البيع فلا يثبت للمشتري ثمن مسلم فيه و هو الذى دفع ثمنه حالا، فالإقاله تسقط المثل الذى رهن به الرهن.

(١١) أى خرج الراهن من بعض الدين قال فى المسالك: (و بقى فى المسألة أمر آخر، و هو ما لو أقبضه البعض، أو أبرأه هو منه، فهل يكون حكمه حكم ما لو أقبض الجميع أو أبرأ منه، يحتمل ذلك لأن الرهن إنما وقع فى مقابله مجموع الدين من حيث هو مجموع، و قد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع ضروره ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه، فعلى هذا يبطل الرهن لسقوط جزء ما من الدين و إن قلّ).

و يحتمل بقاؤه أجمع ما بقى من الدين جزء، نظرا إلى أن الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، و هذا هو الذى قواه فى الدروس، و ادعى فى المبسوط أنه إجماع، و الأول مختار القواعد، نعم لو شرط كونه رهنا على المجموع على كل جزء منه فلا إشكال فى الأول، كما أنه لو شرط كونه رهنا على كل جزء منه فلا إشكال فى بقاء ما بقى جزء - إلى أن قال - و بقى فى المسألة عند الإطلاق احتمال ثالث، و هو مقابله أجزاء الرهن بأجزاء الدين و تقسيطه عليها كما هو مقتضى كل معاوضه، فإذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف و من الثلث الثلث

خروج الرهن أجمع، أو بقاءه كذلك، أو بالنسبة أوجه.

و يظهر من العبارة بقاءه أجمع، و به صرح فى الدروس، و لو شرط كونه رهنا على المجموع خاصه تعين الأول، كما أنه لو جعله رهنا على كل جزء منه فالثانى. و حيث يحكم بخروجه عن الرهانه (١) (فيبقى أمانه فى يد المرتهن) مالكيه لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه، لأنه مقبوض بإذنه (٢) و قد كان وثيقه و أمانه، فإذا انتفى الأول (٣) بقى الثانى (٤)، و لو كان الخروج من الحق (٥) بإبراء المرتهن (٦) و هكذا، و هذا الاحتمال متوجه، لأن إطلاق المقابله بين الأمرين فى المعامله يقتضى ذلك) انتهى.

(١) أى إذا فك الرهن على العين بشىء مما تقدم تبقى العين تحت يد المرتهن أمانه مالكيه لا شرعيه و من لوازمها عدم وجوب التسليم إلى المالك إلا مع المطالبه بخلاف لوازم الأمانه الشرعيه فيجب التسليم إلى المالك مطلقا، و الفرق بين الأمانتين هو أن العين تاره تكون تحت يد الغير بإذن المالك فهى المالكيه و أخرى تحت يد الغير بإذن الشارع فهى الشرعيه كما لو أطار الريح ثوبا إلى دار الغير، فالثوب تحت يد مالك الدار بإذن الشارع و يجب الرد إلى مالكيه مطلقا حيث إن المالك لم يرض بكونه فى يده و إنما لعارض قد وقع فى يده، بخلاف المالكيه كالوديعة فهى تحت يد الغير بإذن المالك و لا يجب التسليم إلا مع المطالبه لاستصحاب عدم الوجوب.

(٢) تعليل لكونه أمانه مالكيه فالمالك أقبض العين للمرتهن فكانت وثيقه من حيث الرهن و أمانه مالكيه من حيث الاذن، و إذا انتفت الوثيقه من حيث الرهن تبقى الأمانه من حيث الاذن.

(٣) الوثيقه.

(٤) الأمانه.

(٥) أى من الدين.

(٦) قد تقدم أنه بعد فك الرهن بأحد أسبابه يبقى الرهن أمانه تحت يد المرتهن، و خالف بعض العامه فقال الشارح فى المسالك: (حيث ذهب إلى أنه إذا أفضاه يكون مضمونا، و إذا أبرأه ثم تلف الرهن فى يده لا يضمنه استحسانا، و هو تحكم، بل ينبغى العكس، فإنه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه، و أما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره) انتهى، و الأخير هو ما مال إليه العلامة فى التذكرة، و هو ما أورده الشارح هنا.

من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به (١)، أو رد الرهن، بخلاف ما إذا علم (٢).

(و لو شرط كونه مبيعا عند الأجل بطلا (٣) الرهن و البيع، لأن الرهن لا- يؤقت، و البيع لا يعلّق، (و) لو قبضه كذلك (٤) ضمنه بعد الأجل)، لأنه حينئذ بيع فاسد، و صحيحه مضمون، ففاسده كذلك، (لا قبله)، لأنه حينئذ رهن فاسد، و صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعده مطرده. و لا فرق في ذلك (٥) بين علمهما (٦) بالفساد، و جهلهما، و التفريق.

(١) أى وجب على المرتهن أعلام الراهن بالإبراء أو رد الرهن.

(٢) أى علم الراهن بفك الرهن فلا يجب على المرتهن و الرهن حينئذ.

(٣) أى لو شرط المرتهن فى عقد الرهن على الراهن أنه إذا لم يؤد الحق عند حلول الأجل فيكون الرهن مبيعا للمرتهن على نحو شرط النتيجة بطل الرهن و البيع.

أما الرهن فلا أنه لا يؤقت مع أن جعله مبيعا عند حلول الأجل توقيت له و تعليق، و لأن الرهن مشروط بالبيع و الشرط فاسد، و كل شرط فاسد يكون مفسدا للمشروط و أما البيع فللتعليق، لأن البيع قد جعل معلق على عدم تأديه الحق، و مع التعليق لا يقصد فيه النقل و الانتقال جزما، و مع عدم القصد لا يقع صحيحا، أو لأن البيع بحاجة إلى سبب من صيغه و نحوها و الشرط هنا أوجب وقوع البيع من دون سببه و هو على خلاف المشروع فى العقود فلا يكون الشرط سائغا.

(٤) أى بعد بطلان الرهن و البيع، فلو قبض المرتهن العين على هذا الوجه يضمنها بعد الأجل لا قبل حلوله، لأنه قبل الحلول هو رهن فاسد و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و العين فى الرهن الصحيح غير مضمونه فكذا فى الرهن الفاسد.

نعم بعد الأجل قد قبضها بعنوان أنها بيع و هو بيع فاسد، و هى مضمونه حينئذ، لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و العين فى البيع الصحيح مضمونه فكذا فى البيع الفاسد.

(٥) أى فى ضمان العين بعد الأجل لا قبله.

(٦) أى علم الراهن و المرتهن، فلا- فرق بين كونهما عالمين بفساد الرهن و البيع أو جاهلين أو مختلفين، و قال فى المسالك: (إن الأصحاب و غيرهم اطلقوا القول فى هذه القاعده لم يخالف فيها أحد) انتهى.

السابعه - يدخل النماء المتجدد فى الرهن

(السابعه - يدخل النماء المتجدد) المنفصل كالولد و الثمره (فى الرهن على الأقرب (١)، بل قيل: إنه إجماع، و لأن من شأن النماء تبعيه الأصل، (إلا مع شرط عدم الدخول) فلا إشكال حينئذ (٢) فى عدم دخوله، عملا بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال. و قيل: لا يدخل بدونه (٢) للأصل، و منع الإجماع. و التبعية فى الملك (٤)، لا- فى مطلق الحكم. و هو أظهر، و لو كان متصلا كالطول و السمن دخل إجماعا.

الثامنه - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث

(الثامنه - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث بالموت (٥)، لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، و لأنه وثيقه على الدين فيبقى ما بقى ما لم يسقطه المرتهن، (لا الوكاله، و الوصيه (٦) لأنهما إذن فى التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات (٧) بطل (٨) كنظائره من الأعمال المشروطه بمباشر معين، (إلا) و الإطلاق مشكل فيما لو كان الدافع جاهلا بالفساد و القابض عالما، فالقابض أخذ الحق بغير إذن و الدافع قد توهم لزوم العقد و عليه و صحته و إلا لما رضى بدفع ماله فينبغى أن يكون مضمونا على القابض و إن كان صحيحه لا يضمن لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي إلا أن يدعى الإجماع على الإطلاق السابق فلا إشكال حينئذ.

(١) قد تقدم الكلام فى هذه المسأله و أن النماء المتصل يدخل فى الرهن بلا خلاف، و أن النماء المنفصل أو ما يقبل الانفصال يدخل فى الرهن على المشهور للإجماع كما فى الغنيه، و لتبعيه النماء للأصل، و خالف الشيخ و المحقق و علامه فى جمله من كتبه إلى عدم الدخول فى الرهن لأن التبعية فى الملكيه لا تستلزم التبعية فى الرهنه و الإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى خلافه.

(٢) أى مع شرط عدم الدخول.

(٣) أى بدون الشرط.

(٤) فهذه التبعية فى الملك لا تستلزم التبعية فى الرهنه.

(٥) الرهن لا يبطل بموت أحدهما، لأنه ليس من العقود الجائزه بل هو لازم من جهة الراهن، و لأنه وثيقه على حق المرتهن فيبقى ما بقى الدين بلا خلاف فى ذلك.

(٦) إذا كان المرتهن وكىلا- عن الراهن فى بيع الرهن عند تعذر استيفاء الدين أو كان وصيا، فلا تنتقل الوكاله و الوصيه إلى وارث المرتهن، لأنهما إذن فى التصرف مقتصر على خصوص المرتهن فلا يشمل وارثه.

(٧) أى المأذون و هو المرتهن.

(٨) أى بطل الاذن الصادر من الموكل و الموصى و هو الراهن هنا.

(مع الشرط) (١) بأن يكون للوارث بعده، أو لغيره فيلزم عملاً بالشرط.

و للراهن الامتناع من استئمان الوارث (٢) و إن شرط له وكالة البيع و الاستيفاء، لأن الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه (٣)، و لاختلاف الأشخاص فيه (٤) (و بالعكس) للوارث الامتناع من استئمان الراهن عليه (٥) (فليتفقا على أمين) يضعانه تحت يده و إن لم يكن عدلاً، لأن الحق لا يعدوهما فيتقيد برضاهما، (و إلا) يتفقا (فالحاكم) يعين له عدلاً يقبضه لهما، و كذا لو مات الراهن (٦) فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزله الوكيل تبطل بموت الموكل و إن كانت مشروطه في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزله الوصي في الحفظ.

التاسعه – لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف

(التاسعه – لا يضمن المرتهن) الرهن إذا تلف في يده (٧)، (إلا بتعدّ أو) (١) فيلزم العمل بالشرط و يكون الوارث و كيلاً أو وصياً عن الراهن لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٢) قال الشارح في المسالك: (فإذا كان – أى الرهن – في يد المرتهن بالاشتراط أو بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن إبقاؤه في يد وارثه، فإنه قد يستأمن من المورث و لا يستأمن من الوارث، و كذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن له، و حينئذ فإن اتفقا على أحد ممن يجوز توكله و إن لم يكن عدلاً جاز، و إلا تسلمه الحاكم و سلّمه إلى عدل ليقبضه لهما) انتهى.

(٣) أى لا يقتضى استئمان الوارث.

(٤) في الاستئمان.

(٥) على الرهن.

(٦) لو مات الراهن و كان الرهن تحت يد المرتهن فلورثته الراهن الامتناع من إبقائه تحت يد المرتهن، لأن المرتهن بالنسبه للقبض كالوكيل من الراهن، و تبطل الوكالة بموت الموكل فكذا قبضه، إلا أن يأذن ورثه الراهن، و إلا أن يكون المرتهن قد شرط بقاء العين في يده بعد موت الراهن فيلزم الشرط.

(٧) لأن الرهن أمانه في يد المرتهن فلا يضمنه إذا كان التلف بغير تفريط منه، بلا خلاف فيه، و للأخبار.

ص: ١٠٢

(تفريط (١) و لا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن (٢)، فإن تعدى فيه، أو فرط ضمنه (فتلزم قيمته يوم تلفه) إن كان قيميا (على الأصح) (٣)، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، منها: صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال عليه السلام: فهو من مال الراهن و يرتجع المرتهن عليه بماله) (١)، و صحيح إسحاق بن عمار الصيرفي قلت لأبي إبراهيم عليه السلام (الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال عليه السلام: على مولاه، قلت: إن الناس يقولون: إن رهن العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان من جسده ينقص عن مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال عليه السلام: أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه) (٢).

نعم وردت طائفة من الأخبار تدل على الضمان و هي محمولة على صورته التفريط كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء) (٢).

(١) و الفرق بين التعدى و التفريط على ما في المسالك في كتاب الوديعه حيث قال: (و الفرق بينهما أن التفريط أمر عدمى و هو ترك ما يجب فعله من الحفاظ و نحوه، و التعدى أمر وجودى و هو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب و نحوه) انتهى.

و مع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف فيه، لما تقدم من حمل الطائفة الثانية عليه و لأخبار خاصه.

منها: خبر إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فهلك، أعلی الرجل أن يردّ على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعة، قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم) (٣).

(٢) عند عدم التعدى و عدم التفريط.

(٣) ذهب الأكثر إلى أنه يضمنه بقيمه يوم التلف، لأنه وقت الحكم بضمان القيمة، لأن الحق

ص: ١٠٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب كتاب الرهن حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كتاب الرهن حديث ٤.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٢.

و الحق قبله كان منحصرًا في العين و إن كانت مضمونه.

و مقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمه كالغاصب (١).

و يضعف (٢) بأنه قبل التفريط غير مضمون (٣) فكيف تعتبر قيمته فيه (٤) و بأن المطالبه (٥) لا- دخل لها في ضمان القيمي (فالأقوى الأول مطلقاً) (٦).

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق (٧)، أو نقص في العين غير مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال و نحوه (٨)، ثم تلف اعتبر أعلى القيم قبله كان منحصرًا في العين، و ذهب المحقق في الشرائع إلى أنه يضمنه بقيمه يوم القبض، و قال عنه في الجواهر: (و لم نعرفه لغيره - إلى أن قال - كما أنه لم نعرف له وجهًا يعتد به، ضروره عدم كون العين مضمونه قبل التفريط)، و قيل: إنه يضمن أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، و قد نسب في المسالك إلى الشيخ في المبسوط، و عن المذهب أنه مجهول القائل، و عن الصيمري أنه قول مشهور، و نقله فخر المحققين و اختاره، و عن الرياض أنه مشهور في المصنفات و هو الأحوط، لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الأحوال، و لاقتضاء الشغل اليقيني للبراءة اليقينية، و لا تحصل البراءة إلا بذلك.

و قيل: إنه يضمن أعلى القيم من حين التلف إلى حين الحكم كما عن ابن الجنييد، و ضعف الأخير واضح لأن المطالبه و حكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمه.

(١) أي المرتهن كالغاصب فكما يؤخذ الثاني بأشق الأحوال فكذلك الأول.

(٢) مقابل الأصح.

(٣) لأن الحق منحصر في العين الموجوده و هي غير مضمونه على المرتهن، لأنها أمانه عنده.

(٤) أي ما قبل التفريط و هذا رد على الضمان من يوم القبض، ورد على الضمان بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٥) رد على القول الأخير لأن المطالبه و حكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمي.

(٦) سواء زادت القيمه من حين القبض إلى يوم التلف أم لا.

(٧) أي كان اختلاف قيمه العين يوم التلف عن قيمتها يوم القبض بسبب السوق، أو بسبب نقص في العين لم يكن هذا النقص مضمونا عليه.

(٨) بحيث فرط أولا- ثم نقصت العين بهزال و نحوه ثم هلك، اعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف، لأن ذمته قد شغلت بضمان قيمه العين من حين التفريط فلو هزلت العين و نقصت قيمتها السوقية فلا يوجب نقصان الضمان لأن الذمه مشغوله بقيمه

المنسوبة إلى العين من حين التفريط إلى التلف، و لو كان مثليا ضمنه بمثله إن وجد، و إلا فقيمه المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل و إن كان متعذرا، و انتقاله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي لاستقرارها في الذمه من حين التلف مطلقا (١)

(و لو اختلفا في القيمة حلف المرتهن (٢)، لأنه المنكر، و الأصل براءته من الزائد. و قيل: الراهن، نظرا إلى كون المرتهن صار خائنا بتفريطه فلا يقبل قوله.

و يضعف بأن قبول قوله من جهه إنكاره، لا من حيث كونه أمينا، أو خائنا.

العاشره – لو اختلفا في قدر الحق المرهون به

(العاشره – لو اختلفا في) قدر (الحق المرهون به (٣)، حلف الراهن على) العين حين التفريط.

بخلاف المثلى فإنه يضمن مثله عند التلف، و إذا تعذر المثلى عند الأداء فينتقل إلى قيمه المثلى، لأنه وقت الأمر بضمان القيمة، بخلاف القيمي فالأمر بالضمان متوجه من حين التلف سواء طالبه أم لا.

(١) مع المطالبة و عدمها.

(٢) إذا اختلف الراهن و المرتهن في القيمة، فقال الراهن: قيمته مائه و قال المرتهن: بل خمسون، يقدم قول الراهن كما عن الأكثر على ما في الدروس لأن المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله.

و عن الحلّى و الفاضل و الكثير من المتأخرين يقدم قول المرتهن، لأنه منكر للزيادة، فيقدم قوله مع يمينه، و حينئذ فتقديم قوله لإنكاره الزيادة، و ليس من حيث أمانته التي ارتفعت بخيانتته عند ما فرط.

(٣) بحيث كان الدين عشرة آلاف مع أن المديون قد قدّم رهنا و اختلفا فقال المرتهن إنه رهن على تمام الدين، و قال الراهن: إنه رهن على ألف منه فقط بحيث يكون الباقي دينا بلا رهن.

ف قيل: يقدم قول الراهن على المشهور، لأنه منكر للزيادة بعد اتفاقهما على أنه رهن على الألف فالمرتهن يدعى كونه رهنا على الزيادة أيضا و الراهن منكر، بل قول الراهن موافق لأصل آخر و هو براءة ذمه الراهن من كونها مشغولة برهن على الزائد، و لأخبار منها.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن عند صاحبه رهنا، لا بينه وبينها فيه، فادعى الذي عنده الرهن بألف، فقال صاحب الرهن: إنه بمائه،

(الأقرب) لأصاله عدم الزيادة، و براءة ذمته منها، و لأنه منكر، و للرواية. و قيل:

قول المرتهن استنادا إلى روايه ضعيفه،(و لو اختلفا في الرهن و الوديعة (١) بأن قال قال عليه السلام: البيه على الذي عنده الرهن أنه بألف، و إن لم يكن عنده البيه فعلى الراهن اليمين)(١)، و موثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اختلفا في الرهن، فقال أحدهما: رهنه بألف، و قال الآخر: بمائه درهم، فقال عليه السلام: يسأل صاحب الألف البيه، فإن لم يكن بينه حلف صاحب المائه)٢، و مثله موثق عبيد بن زراره عنه عليه السلام ٣.

و قيل: يقدم قول المرتهن كما عن ابن الجنيد لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن، فقال الراهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر، قال أمير المؤمنين عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه)(٢) و الخبر ضعيف السند بالسكوني و موافق للعامه فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) بحيث قال الممسك: هو رهن، و قال المالك: هو وديعه، فالمشهور تقديم قول المالك، لأنه منكر باعتبار موافقه قوله لأصاله عدم ارتهان العين، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن عند صاحبه رهنا، فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندى بكذا و كذا، و قال الآخر: إنما هو عندك وديعه، فقال عليه السلام: البيه على الذي عنده الرهن أنه بكذا و كذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذي له الرهن اليمين)(٣).

و عن الصدوق و الشيخ تقديم قول الممسك لخبر عباد بن صهيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين في أحدهما يقول: استودعته، و الآخر يقول:

رهن، فقال عليه السلام: القول قول الذي يقول إنه رهن عندي، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود)(٤)، و موثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (فقال أحدهما: هو رهن، و قال الآخر: هو وديعه، قال عليه السلام: على صاحب الوديعة البيه فإن لم يكن بينه حلف صاحب الرهن)٥، و صاحب الرهن هو الذي يدعى كونه رهنا و هو الممسك.

ص: ١٠٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٣.

٥- (٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٢.

المالك: هو وديعه، وقال الممسك: هو رهن (حلف المالك) لأصاله عدم الرهن، ولأنه منكر، و للرواية الصحيحة.

و قيل: يحلف الممسك استنادا إلى روايه ضعيفه. و قيل: الممسك إن اعترف له المالك بالدين، و المالك إن أنكره جمعا بين الأخبار، و للقرينه. و ضعف المقابل (١) يمنع من تخصيص الآخر (و لو اختلفا في عين الرهن (٢) فقال: رهنك العبد فقال: بل الجارية (حلف الراهن) خاصه (و بطلا)، لا تنفاه ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره، لو كان حقا، و انتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن.

(و لو كان) الرهن (مشروطا في عقد لازم تحالفا (٣)، لأن إنكار المرتهن و فصل ابن حمزه بتقديم قول المرتهن إن اعترف الراهن له بالدين، و بتقديم قول الراهن مع إنكار الراهن للدين جمعا بين الأخبار، و لأنه مع اعتراف الراهن بالدين فهو قرينه على كون العين رهنا في يد الممسك لأنه هو ظاهر الحال.

و مستند المشهور صحيح ابن مسلم و مستند مخالفه خبر عباد بن صهيب و موثق ابن أبي يعفور، و لا يصلحان لمعارضه دليل المشهور هذا من جهه، و من جهه أخرى يبطل قول ابن حمزه لأن التفصيل مبني على الجمع بين الأخبار، و الجمع فرع الحجيه، و مع كون أحد الطائفتين و هي التي اعتمد عليها غير المشهور غير حجه فلا معنى للجمع حينئذ.

(١) أي و ضعف الدليل المقابل للمشهور يمنع من تخصيص دليل المشهور.

(٢) بأن قال المرتهن: رهنك الجارية، فقال الراهن: بل العبد، و ليس هناك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن لكون الرهن جائزا من طرفه، هذا بالنسبه لما يدعيه الراهن.

و أما بالنسبه لما يدعيه المرتهن، فالمرتته مدعى و الراهن منكر فيحلف الراهن، و يخرج العبد و الجارية عن الرهن.

(٣) لو باع الدائن متاعا للمديون و شرط عليه رهنا على الدين السابق، فقال المشتري و هو الراهن: رهنك العبد، فقال البائع و هو المرتهن: بل الجارية.

فعن علامه في القواعد أنه يحلف الراهن و يبطل الرهن في العبد و الجارية، كما لو اختلفا في عين الرهن و لم يكن الرهن شرطا في عقد لازم، لنفس الدليل السابق، فما يدعيه الراهن باطل لإنكار المرتهن، و إنكاره فسخ للعقد لو كان هو الواقع، و ما يدعيه المرتهن باطل بحلف الراهن.

و عن جماعه منهم الشهيذان و المحقق الثاني أنهما يتحالفان، و ضابط التحالف فيما لو كان

هنا (١) يتعلق بحق الراهن حيث إنه (٢) يدعى عدم الوفاء بالشرط الذى هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم (٣) فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن لأن شرط الرهن من مكملاته (٤)، فكل يدعى ثمنًا غير ما يدعيه الآخر فإذا تحالفا بطل الرهن، وفسخ المرتهن العقد المشروط فيه إن شاء، و لم يمكن استدراكه (٥) كما لو مضى الوقت المحدود له. وقيل: يقدم قول الراهن كالأول.

الحادية عشر – لو أدى دينا و عين به رهنا

(الحادية عشر – لو أدى دينا و عين به رهنا (٦) بأن كان عليه ديون و على كل كل منهما مدعيا و منكرا معا و لاحد بينهما متفق عليه و هنا كذلك، لأن الرهن هنا قد وقع شرطا فى عقد لازم، فيكون جزءا من ثمن المبيع، و الاختلاف فيه موجب للاختلاف فى تعيين الثمن، فالراهن يدعى أن هذا المال المعين مع شرطيه العبد رهنا هو الثمن، و المرتهن يدعى أن هذا المال المعين مع شرطيه الجارية رهنا هو الثمن، و كلّ منهما ينكر ما يدعيه الآخر و إذا تحقق ضابط التحالف يتحالفان و يبطل الرهن، و إذا بطل يفسخ المرتهن البيع الذى شرط فيه الرهن إن شاء.

(١) فيما لو كان الرهن مشروطا فى عقد لازم.

(٢) أى حيث إن المرتهن.

(٣) و هو البيع، فالرهن بدعوى الراهن هو العبد فإذا أنكر المرتهن رهنه كان المرتهن مدعيا على الراهن عدم الوفاء بشرط البيع، مع أن الشرط من أركان العقد المشروط.

(٤) أى مكملات الثمن.

(٥) أى و لم يمكن استدراك الرهن كما لو شرط الرهن فى يوم معين و قد مضى.

(٦) لو كان على شخص عده ديون لشخص آخر، و كان على كل دين رهن، ثم دفع الراهن الذى هو المديون دينا ليفك رهنا مخصوصا فيتعين كون المدفوع وفاء لخصوص الدين الذى قصد فك رهنه، و هذا مما لا إشكال فيه إذا عرفنا قصده إما لقيام البينة بأنها قد سمعته يسمى دينا خاصا، و إما لإقرار المرتهن الدائن بكونه قد سمى دينا خاصا.

و أما إذا لم يسم و لكن قصد واحدا من الديون ثم قال الراهن: دفعته لأفكك به الرهن الأول، فقال المرتهن: بل دفعته لتفكك الرهن الثانى، قدّم قول الدافع و هو الراهن بلا خلاف و لا إشكال، لأنه أبصر بنيته التى لا تعلم إلا من قبله، و لأن دعوى غريمه غير مقبولة إذ لا اطلاع له على نفس الدافع ليعرف أنه نوى غير ما يقوله، و عليه فيقدم قول الدافع بغير يمين، لأن دعوى خصمه غير مسموعة، و قيل يقدم قوله مع يمينه، و اليمين لاحتمال إمكان اطلاع المرتهن على نيته بإقرار الراهن أو بقرائن خارجيه، فتكون الدعوى مسموعة فلا تسقط إلا بيمين المنكر.

واحد رهن خاص فقصده بالمؤدى أحد الديون بخصوصه ليفك رهنا (فذاك) هو المتعين، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدى، (و إن أطلق) و لم يسم أحدها لفظا لكن قصده (فتخالفا فى القصد) فادعى كل منهما قصد الدافع دينا غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده، لأن الاعتبار بقصده و هو أعلم به.

و إنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، و دعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد، و لو تخالفا فيما تلفظ بإرادته (١) فكذاك. و يمكن رده (٢) إلى ما ذكره (٣) من التخالف فى القصد (٤)، إذ عبره به (٥)، و اللفظ كاشف عنه.

(و كذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن، و آخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به) ليفك الرهن، و ادعى الغريم الدفع عن الخالى لبقى الرهن (٦) فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذى لا يعلم إلا من قبله كالأول.

الثانيه عشر – لو اختلفا فيما يباع به الرهن

(الثانيه عشر – لو اختلفا فيما يباع به الرهن (٧) فأراد المرتهن بيعه بنقد، (١) بأن قال الراهن: تلفظت عند الدفع بكون المدفوع للرهن الأول، فقال المرتهن: بل للرهن الثانى، فيقدم قول الدافع بلا خلاف، و مع يمينه لأن دعوى خصمه مسموعه فلا تسقط إلا بيمينه.

(٢) أى التخالف فيما تلفظ بإرادته.

(٣) أى المصنّف.

(٤) وفيه: إن دعوى خصمه فى التخالف فى القصد غير مسموعه، بخلاف دعوى خصمه فى التخالف فيما تلفظ بإرادته فإنها مسموعه، و معه كيف يمكن رد الثانى إلى الأول.

(٥) بالقصد.

(٦) لا- فرق بين هذا الفرع و بين الفرع المتقدم، لأن عدم الرهن عن الدين الثانى لا يوجب تغييرا فى موازين الدعوى الموجبه لتقديم قول الدافع، باعتبار أنه أبصر بنيته.

(٧) لو اختلفا فيما يباع به الرهن، فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب، و الآخر بغيره، بيع بالنقد الغالب فى البلد بإذن الحاكم من غير فرق فى طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن، لتعلق حق كل منهما فى العين، فإذا طلب الآخر بيعه بغير الغالب ففيه تضييع لحق الأول، و لأن إطلاق الرهن منصرف إلى الغالب.

و الراهن بغيره (١) (بيع بالنقد الغالب)، سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما، و البائع المرتهن إن كان وكيلا، و الغالب موافق لمراده (٢)، أو رجع إلى الحق (٣)، و إلا - فالحاكم، (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق (٤) منهما إن اتفق، (فإن باينهما عين الحاكم) إن امتنعا من التعيين.

و إطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق، و عدمه، و فى الدروس: لو كان أحدهما - و عنى به المتباينين - و يؤخذ إذن الحاكم ليحبر الممتنع عن بيعه بالنقد الغالب، أو يأذن بالبيع عن الممتنع، نعم لو كان المرتهن وكيلا لازما عن الراهن، و أراد المرتهن بيعه بالغالب لم يتوقف هنا على إذن الحاكم عن الراهن، و لا يلتفت إلى معارضه الراهن المخالفه للشرع لانصراف إطلاق الوكالة فى البيع إلى البيع بالغالب عرفا، و لأن أذنه متحقق بوكالته للمرتهن، أما لو طلب كل منهما نقدا غير الغالب و تعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب، لأن الغالب هو الذى يقتضيه إطلاق عقد الرهن، بلا خلاف فى ذلك كما فى الجواهر.

(١) مما تقدم تعرف أن الاختلاف على ثلاث صور: ما لو كان مراد المرتهن بالغالب، و ما لو كان مراد الراهن بالغالب، و ما لو كان الغالب غير مراد لهما، و قد أشار الشارح إلى الصورتين الأولتين بقوله: (سواء وافق مراد أحدهما)، و أشار إلى الثالثة بقوله (أم خالفهما).

(٢) فالبيع بالغالب غير متوقف على إذن الحاكم بخلاف بقيه الصور التى يباع الرهن فيها بالغالب.

(٣) بأن كان المرتهن مخالفا للغالب فيرجع إلى الغالب، و المعنى يحكم ببيع الرهن بالغالب و على المرتهن أن يقرّ به و يلتزم بالشرع سواء كان وكيلا فى البيع أم لا، و إن أبى فالحاكم هو الذى يبيع العين بالنقد الغالب.

(٤) لو كان للبلد نقدان غالبان متساويان فى التعامل، إذ لو كانا متفاوتين بيع بالأغلب، و مع التساوى فى الغلبة بيع الرهن بأشبههما بالحق، و المراد به ما ناسب الحق المرهون به، بأن يكون من جنسه إذا كان موافقا لأحدهما.

و لو كان الحق و الدين مباينا لكلا النقدين الغالبين عيّن الحاكم أحدهما إن امتنعا عن الاتفاق و التعيين، و تعيين الحاكم لأنه ولى الممتنع و كلاهما ممتنع، و عن الشهيد فى الدروس أنه مع المباينة للحق يقدم الأسهل صرفا إلى الحق ترجيحاً لجانب المرتهن، و عن التحرير أنه بيع الرهن بأوفرهما حظا و انتفاعا ترجيحاً لجانب المالك لأن عين الرهن ملكه.

أسهل صرفاً إلى الحق تعين، و هو حسن. و فى التحرير: لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً. و هو أحسن، فإنه ربما كان عسر الصرف أصلح للمالك و حيث يباع بغير مراده ينبغى مراعاة الحظ له كغيره ممن يلى عليه الحاكم.

ص: ١١١

فى أسبابه

(و أسبابه ستة) (٢) بحسب ما جرت العاده بذكره فى هذا الباب، و إلا فهى أزيد من ذلك مفرقه فى تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن فى المرهون، و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، و على البائع فى الثمن المعين قبل تسليم (١) قال فى مصباح المنير: (حجر عليه حجرا من باب قتل - إلى أن قال - و تثليث الحاء لغه)، و معناه المنع، و سمي العقل حجرا لأنه يمنع صاحبه عن ارتكاب القبيح و ما تضر عاقبته، قال الله تعالى: هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ (١)، و شرعا هو المنع من التصرف فى المال.

(٢) أى موجبات الحجر ستة، و حصر أسبابه فى الستة المذكوره جعلى لا استقرائى و لا ما سواه، و قد جرت عاده الفقهاء بالبحث عن هذه الستة و عقدوا هذا الباب لها، و مرجع الصور الست إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه و من يحجر عليه لحق غيره، فالأول الصبى و المجنون و السفیه، و الثانى المفلس و المريض مرضا متصلا بالموت و العبد، ثم الحجر تاره فى جميع ماله و أخرى فى البعض، و الثانى هو المريض، و الأول هو الباقي، ثم الحجر إما عام فى سائل التصرفات أو خاص ببعضها، و الأول إما أن يكون ذا غايه يزول سببه فيها أو لا، و الأول الصغر و الثانى الجنون، و الخاص إما أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحه المحجور أو لا، و الأول السفیه، و الثانى إما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أو لا، و الأول المفلس و الثانى المرض.

ص: ١١٥

المبيع، و على المكاتب فى كسبه لغير الأداء و النفقه، و على المرتد الذى يمكن عوده إلى الإسلام. و الستة المذكوره هنا هى: (الصغر. و الجنون. و الرق. و الفلس.

و السفه. و المرض) المتصل بالموت.

فى حجر الصغير

(و يمتد حجر الصغير (١) حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكوره فى كتاب الصوم، (و يرشد، بأن يصلح ماله (٢) بحيث يكون له ملكه نفسانيه تقتضى إصلاحه، (١) الصغير محجور عليه ما لم يحصل له البلوغ و الرشد، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى:

وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١)، و للأخبار:

منها: خبر منصور عن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشفه و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله) (٢).

هذا و يعلم البلوغ على ما تقدم فى كتاب الصوم بإنبات الشعر الخشن على العانه سواء كان مسلما أو مشركا، أو بخروج المنى من الموضع المعتاد، و هاتان العلامتان للذكور و الإناث، و يعلم البلوغ الذكر خمس عشره سنه و الأنثى تسع سنين.

(٢) فالرشد فى المال مما يتوقف عليه رفع الحجر كما تقدم، و إنما الكلام فى معنى الرشد، قال الشارح فى المسالك: (ليس مطلق الإصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد ملكه نفسانيه تقتضى إصلاح المال و تمنع من إفساده، و صرفه فى غير الوجه اللائقه بأفعال العقلاء.

و احترزنا بالملكه عن مطلق الكيفيه فإنها ليست كافيه، بل لا بد منها من أن تصير ملكه يعسر زوالها، و باقتضائها إصلاح المال - أى احترزنا به - عما لو كان غير مفسد له لكن لا- رغبه له فى إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء)، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (و المرجع فيه - أى الرشد - العرف كما فى غيره من الألفاظ التى لا- حقيقه شرعيه لها و لا لغويه مخالفه للعرف - إلى أن قال - و على كل حال فهو أن يكون مصلحا لماله، فقد قيل إنه طفحت به عباراتهم، بل عن التنقيح أنه لا شك فيه عند العرف، و مجمع البرهان هو الظاهر المتبادر منه عرفا و أنه هو الذى ذكره الأصحاب - إلى أن قال-

ص: ١١٤

١- (١) سورة النساء، الآية: ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الحجر حديث ١.

و تمنع إفساده و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح، فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (و إن كان فاسقا) (١) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه. و المفهوم من الرشد عرفا هو إصلاح المال على الوجه المذكور و إن كان فاسقا.

و قيل: يعتبر مع ذلك العدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال، و ما روى أن شارب الخمر و في القواعد و عن غيرها أنه كيفيه نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، و كثير منهم ممن فسر به بالإصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر، و جميع ذلك عند التأمل فضول لوفاء العرف في مصداقه فليس من وظائف الفقيه البحث فيه فضلا عن الإطناب). انتهى.

(١) هل يشترط في الرشد العدالة أو لا، فعن الشيخ و الراوندي و أبي. المكارم و فخر الإسلام الاشتراط، لقوله تعالى: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (١)، مع ضميمه ما ورد (أن شارب الخمر سفيه) و هو ما رواه العياشي في تفسيره عن إبراهيم بن عبد الحميد قال (سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الآية قال: كل من شرب الخمر فهو سفيه) (٢)، فيثبت في غير شارب الخمر ممن يرتكب المعصية أنه سفيه إذ لا قائل بالفصل، و لما روى عن ابن عباس في قوله تعالى: فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا (٣) قال: (هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل) (٤).

و المشهور على عدم اعتبار العدالة، لأن مفهوم الرشد عرفي، و هو خال عن اشتراط العدالة، و لأن الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق أولى، و لأن الأمر بإيتاء المال عند إيناس الرشد في الآية المتقدمه (٥) غير مقيد بالعدالة فهو مطلق، و روايه العياشي مرسله، و ما روى عن ابن أبي عباس غير ثابت، و على تقديره فهي مقطوعه غير صالحه للحججه.

ص: ١١٧

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥.

٢- (٢) الوسائل - ٥٣ من كتاب الوصايا حديث ٢.

٣- (٣) سورة النساء، الآية: ٦.

٤- (٤) الدر المنثور ج ٢ ص ١٢١.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٦.

سفيه، ولا قائل بالفرق، و عن ابن عباس أن الرشد هو الوقار، و الحلم، و العقل.

و إنما يعتبر على القول بها في الابتداء (١)، لا في الاستدामه، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداء، و يتوجه على ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعده (٢) لوجود المقتضى.

(و يختبر) من يراد معرفه رشده (بما يلائمه) (٣) من التصرفات و الأعمال، (١) فقد نقل عن الشيخ أنه (لو عرض الفسق بعد العدالة فالأحوط أن يحجر عليه)، و هو ظاهر في أن العدالة ليست بشرط استدামه كما يفهم من قوله الأحوط.

(٢) بعد الابتداء، باعتبار أن البالغ لو صرف ماله على نحو السفاهه لحجر عليه لأنه غير رشيد، فالرشد شرط في ارتفاع الحجر عن الصغير، و شرط في عدم ثبوت الحجر على البالغ.

(٣) قال الشيخ في المبسوط: (الأيتام على قسمين ذكور و إناث، فالذكور على ضربين: ضرب يبذلون في الأسواق و يخالطون الناس بالبيع و الشراء، و ضرب يصانون عن الأسواق، فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق و يساوم في السلع و يقاول فيها، و لا يعقد العقد فإن رآه يحسن ذلك و لا يغبن فيه علم أنه رشيد و إلا لم يفك عنه الحجر، و إن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء، فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي إليهم نفقه شهر فيختبرهم، فينظر فإن وضعوا إلى أكرتهم و غلمانهم و عمالهم و معاملهم حقوقهم من غير تبذير، و أقسطوا في النفقه على أنفسهم في مطاعمهم و مكاسبهم سلم إليهم المال. و أما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئاً من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن، فإن عزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن، و لم يبذرن سلم المال إليهن، فإن كنّ بخلاف ذلك لم يسلم إليهن ذلك) انتهى، و زاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل به غلبه الظن ليحصل الاتصاف بالملكه.

هذا و في الجواهر: و أما ما يعلم به رشده فهو أيضاً بطرق لا تنحصر عرفاً، و منها معرفته باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على المكايسه - في المبيعات و تحفظه من الانخداع، و كذا تختبر الصبيه، و حينئذ فيعرف رشدها بأن تحفظ من التبذير، و أن تعتنى بالاستغزال مثلاً و بالاستنتاج إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاهيه من الحركات المناسبه لها).

و قال في موضع آخر تعليقا على من حصر الاختبار بما سمعت كما عن الشيخ في المبسوط (إذ من المعلوم عدم إرادته الخصوصيه، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق

ليظهر اتصافه بالملكه، و عدمه، فمن كان من أولاد التجار قَوْض إليه البيع و الشراء بمعنى مما كسبه فيهما على وجههما، و يراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك (١)، و سلم من الغبن و التضيع في غير وجهه فهو رشيد.

و إن كان من أولاد من يصاب عن ذلك أختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقه مده لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفى الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك، فإن وفي بالأفعال الملائمه فهو رشيد، و من تضيعه: إنفاقه في المحرمات، و الأطعمه النفيسه التي لا تليق بحاله بحسب وقته، و بلده، و شرفه، و وضعته. و الأمتعه و اللباس كذلك.

و أما صرفه في وجوه الخير (٢) من الصدقات، و بناء المساجد، و إقراء الضيف فالأقوى أنه غير قاذح مطلقا (٣)، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف (٤)، و إن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، و الخياطة، و شراء آلاتهما المعتاده لأمثالهما بغير غبن، و حفظ ما يحصل في يدها من ذلك، الاختبار المفيد ذلك، و من هنا لا ينبغي مناقشه في ذلك و لا في ذكر الغزل و الاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب في الرشد، و بنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن، و بالجمله البحث في ذلك ليس من وظيفه الفقيه، و لذا خلت عنه النصوص، و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح) انتهى.

(١) ليعلم حصول الملكه.

(٢) اعلم أن صرف المال في وجوه الخير ليس تبذيرا كما عليه المشهور، و عن التذكرة أن ما زاد من هذا الصرف على ما يليق بحاله فهو تبذير، لأنه إتلاف في المال لقوله تعالى:

وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (١).

و فيه: إن الحكم بكونه تبذيرا مناف لما استفاد من خروج بعض الأئمه عليهم السلام من أموالهم في الخير كالإمام الحسن عليه السلام إلا أن يقال: إن هذا الفعل من الإمام لائق بحاله و الكلام فيما هو غير لائق بحاله.

(٣) سواء كان لائقا بحاله أم لا.

(٤) نص غير واحد أنه لم يثبت كونه خيرا.

ص: ١١٩

والمحافظه على أجره مثلها إن عملت للغير، و حفظ ما تليه من أسباب البيت، و وضعه على وجهه، و صون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهره و الفار و نحو ذلك، فإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، و إلا فلا. و لا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادرا من الغلط و الانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيرا من الكاملين، و وقت الاختبار قبل البلوغ (١)، عملا بظاهر الآيه.

(و يثبت الرشد) لمن لم يختبر (بشهادة النساء في النساء (٢) لا- غير (٣) لسهوله اطلاعهن عليهن غالبا، عكس الرجال (٤)، (و بشهادة الرجال مطلقا) ذكرا كان المشهود عليه، أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير مقيدة (٥). و المعتبر في شهادة الرجال اثنان، و في النساء أربع، و يثبت رشد الأنثى بشهادة رجل و امرأتين أيضا، و بشهادة أربع خائى (٦).

(١) بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١).

و وجه الدلاله من جهتين، من جهة جعل متعلق الابتلاء هو اليتامى، مع أن المراد باليتيم لغه و شرعا هو من لا أب له و هو دون البلوغ، البالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقه، و إطلاق اللفظ محمول عليها، و من جهة جعل غايه اختبارهم البلوغ فقد دل على أن الاختبار قبله.

نعم خالف بعض العامه فجعل وقت الاختبار بعد البلوغ، و هو ضعيف بما سمعت.

(٢) يثبت الرشد في الرجال بشهادة الرجال إذا كانوا اثنين لإطلاق أدله اعتبار البيئه.

و يثبت الرشد في النساء بشهادة الرجال كذلك و بشهادة النساء إن كن أربعاء، و بشهادة رجل و امرأتين لإطلاق أدله اعتبار البيئه بجميع أقسامها.

و لم يذكر ثبوت الرشد في الرجال بشهادة النساء لعسر اطلاعهن على ذلك في الرجال.

(٣) و المعنى لا يثبت الرشد بشهادة النساء في الرجال لتعسر اطلاعهن على رشدهم.

(٤) فإنه يعسر على النساء الاطلاع على رشدهم.

(٥) و كذا شهادة النساء لو لا تعذر اطلاعهن.

(٦) لأن الخنثى كالأنثى لاحتمال عدم كونه ذكرا، فتعامل معاملة الأنثى من باب القدر المتيقن.

ص: ١٢٠

و لا يصح اقرار السففه بمال (١) و يصح بغيره (٢) كالنسب (٣) و إن أوجب النفقه، و فى الإنفاق عليه من ماله أو بيت المال قولان، أجودهما الثانى، و كالإقرار بالجنايه الموجهه للقصاص و إن كان نفسا (٤)، (و لا- تصرفه فى المال (٥) و إن ناسب (١) شروع فى حجر السففه بعد الانتهاء من حجر الصغير، و السففه مقابل الرشيد، و لم يتعرض لمعنى السففه لما تقدم من بيان معنى الرشيد الذى هو مقابله، و الحجر ثابت على السففه لقوله تعالى: **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا** (١).

و الحجر عليه هو المنع من التصرفات الماليه فقط لا- فى مطلق التصرفات لظاهر الآيه حيث اقتضت على المنع من التصرف المالى، و إذا منع من التصرف المالى فلا يصح إقراره لأن الإقرار منه تصرف فى ماله لحق الغير.

(٢) أى بالنسب.

(٣) الإقرار بالنسب إن لم يوجب النفقه فقبوله واضح بلا إشكال، لأنه ليس تصرفا ماليا و لا يستلزم التصرف المذكور.

و إن أوجبها فقبوله مشكل لأنه مستلزم للتصرف المالى، و فصل الشارح فى المسالك و جماعه بين قبول الإقرار بالنسب و هو ليس بمال و بين الإنفاق عليه فلا- يثبت لأنه تصرف مالى و ينفق على من استلحقه من بيت مال المسلمين لأنه معدّ لمصالح المسلمين.

و للشهيد قول بأنه كما يمنع من الإضرار بماله يمنع من الإضرار من بيت مال المسلمين، بل ينفق عليه من ماله لأن المال من توابع النسب.

و فيه: إن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين، و نفقه من استلحق من المصالح فكيف يقال إن ذلك يضرّ بهم.

(٤) الإقرار بما يوجب القصاص مقبول إذا لم يستلزم القصاص فوات النفس، لأنه ليس تصرفا ماليا، و كذا إذا استلزم نفسا و قد طلب المقرّ له القصاص، و أما لو طلب المال ففى إجابته نظر من وجوب حفظ النفس التى هى أولى من حفظ المال، و من أنه مفوت للغرض من الحجر لإمكان أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال، و على كل فإقراره مقبول على كل حال و إن لم نوجب إجابته الطلب المالى للمقرّ له.

(٥) لما تقدم من أن السففه محجور عليه فى كل التصرفات الماليه، و إن كان فى بعضها قد ناسب أفعال العقلاء.

ص: ١٢١

أفعال العقلاء، و يصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق (١)، و الظهار، و الخلع (٢).

(و لا يسلّم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالى ممنوع منه.

(و يجوز أن يتوكل لغيره فى سائر العقود) أى فى جميعها (٣). و إن كان قد ضَعَف إطلاقه عليه (٤) بعض أهل العربية، حتى عده فى «دره الغواص» من أوهام الخواص، و جعله مختصا بالباقي أخذاً له من السؤر و هو البقية، و عليه جاء قول النبى صَلَّى الله عليه و سلم لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة: أمسك عليك أربعاً، و فارق سائرهن (٥)، لكن قد أجازهم بعضهم. و إنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلو به مطلقاً (٦)، بل مما يقتضى التصرف فى ماله (٧) (و يمتد حجر المجنون) (٨) فى التصرفات المالية و غيرها (حتى يفيق) و يكمل عقله (و الولايه فى) (١) لأن العاده فى العصور المتقدمه على كون المهر بتمامه معجلاً عند إجراء عقد النكاح، و لذا قال الشارح فى المسالك عن الطلاق و الظهار: (إذ ليس فيهما إلا فوات الاستمتاع) و هو ليس تصرفاً مالياً.

(٢) ففيه كسب للمال فهو أولى بعدم المنع.

(٣) فَيَر الشارح السائر بالجميع تبعاً لبعض أهل اللغة، مع أن السائر هو البقية كما فى مصباح المنير بل هو المشهور بينهم، قال فى المصباح: (و سئر الشئ سؤراً بالهمزة من باب شرب، بقى فهو سائر قاله الأزهري، و اتفق أهل اللغة أن سائر الشئ باقية قليلاً كان أو كثيراً، قال الصنعاني: سائر الناس باقيهم، و ليس معناه جميعهم كما زعم من قصر فى اللغة باعه، و جعله بمعنى الجميع من لحن العوام) انتهى.

هذا و لو و كل الأجنبى السفیه فى بيع أو هبه مثلاً جاز، لأن السفه لم يسلبه حكم عبارته و لا أهليه مطلق التصرف، بل فى ماله خاصه، فيبقى غيره مندرجاً فيما دل على الصحة كما هو واضح خلافاً لبعض العامه كما فى الجواهر.

(٤) أى إطلاق السائر على الجميع.

(٥) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥.

(٦) فى ماله أو مال غيره.

(٧) أما كسب المال لنفسه فلا حجر عليه.

(٨) شروع فى السبب الثالث للحجر و هو الجنون، و هو سبب فى الحجر للأخبار.

منها: خبر منصور بن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو

(مالهما) أى الصغير و المجنون (للأب و الجد (١) له و إن علا (فيشتركان فى الولاية (٢) لو اجتماعا، فإن اتفقا (٣) على أمر نفذ، و إن تعارضا قدم عقد السابق فإن اتفقا ففى بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أوجه، (ثم الوصى) (٤) لأحدهما أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده، و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله (١) و المراد بالضعيف هو الضعيف فى عقله، و الجنون فنون و لا- حصر لمظاهره، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن المرأة المعتوهه الذاهبه العقل، أ يجوز بيعها و صدقتها؟ قال عليه السلام: لا) ٢، فضلا عن حديث القلم (أ ما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ) (٢).

(١) لا خلاف فى كون الولاية عليهما للأب و الجد له و إن علا للأخبار الواردة فى النكاح (٣) و سيمر عليك بعضها فى بابه.

و إنما الكلام فىمن تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده و هو مندرج تحت ولاية الحاكم الذى هو نائب المعصوم عليه السلام، و قال فى المسالك لأنه لا خلاف فيه)، و علل بانقطاع ولاية الأب و الجد عنه بالبلوغ و الرشد.

(٢) بمعنى ثبوت ولاية الجد حين ثبوت ولاية الأب، و ينفذ تصرف السابق على كل حال لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما، و كذا لو اتفقا على أمر نفذ لثبوت ولايتهما عليه و لم يختلفا فى التصرف بلا خلاف فى ذلك كله.

(٣) بحيث تصرف كل واحد منهما تصرفا مغايرا للآخر و معارضا له و كان تصرفهما فى زمن واحد، فقل: بترجيح الجد لثبوت ولايته على الأب فى بعض الأحوال فيثبت، فى المقام بالأولويه.

و قيل: بتقديم ولاية الأب لشده اتصاله، و قيل: إن هذه استحسنات لا تصلح لإثبات الحكم الشرعى فالمقتضى التوقف و بطلان التصرف.

(٤) بحيث لو لم يوجد الأب و لا- الجد فالوصى، لما سيأتى فى باب الوصيه من أن الوصى ولى عنهما بالوصايه، و إن عدم فالحاكم بلا خلاف و لا إشكال، و قال الشارح فى المسالك:

(و المراد بالحاكم حيث يطلق فى أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعا) انتهى.

ص: ١٢٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الحجر حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أولياء العقد.

مع فقدهما،(ثم الحاكم) مع فقد الوصى.

(و الولاية فى مال السفه (١) الذى لم يسبق رشده كذلك) للأب و الجد إلى آخر ما ذكر عملا بالاستصحاب (فإن سبق) رشده و ارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه (فللحاكم) الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، و هو منتف، و الحاكم ولى عام لا- يحتاج إلى دليل و إن تخلف فى بعض الموارد. و قيل: الولاية فى ماله للحاكم مطلقا (٢)، لظهور توقف الحجر عليه (٣)، و رفعه (٤) على حكمه (٥) فى كون النظر إليه،(و العبد ممنوع) من التصرف (٦)(مطلقا) (١)تاره يتجدد سفهه بعد البلوغ، و أخرى يتصل السفه بالبلوغ بحيث يبلغ سفيها.

و فى الأول ولايته للحاكم بلا- خلاف لانقطاع ولاية الأب و الجد بالبلوغ و الرشده السابقين، و عند تجدد السفه يشك بعود ولايتهما فيستصحب العدم، و تثبت ولاية الحاكم لأنه ولى من لا ولى له.

و فى الثانى فعن جماعه منهم المحقق أن الولاية للحاكم أيضا، بل قيل: هو أشهر القولين، لأن ولاية الحاكم عامه ليست بحاجة إلى دليل، لأنه ولى من لا ولى له، و لأن ثبوت الحجر و رفعه بيد الحاكم فى السفه فيكون الأمر إليه فى التصرف فى مال السفه، و قيل: إن بلغ سفيها فالولاية للأب أو الجد ثم الوصى ثم الحاكم كالصبي استصحابا لحكم ولايتهما الثابتة حال الصغر، و عليه خبر منصور بن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله)(١)، و لا ريب فى ظهور كون الولى هو الولى قبل البلوغ.

(٢)و إن لم يسبق رشده.

(٣)على السفه.

(٤)رفع الحجر.

(٥)أى حكم الحاكم.

(٦)و منعه من التصرف لكونه محجورا عليه بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (٢)، و ظاهره سلب أهليته فى التصرف مطلقا فى المال و غيره، و للأخبار، و سيأتى التعرض لبعضها فى كتاب العتق.

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

٢- (٢) سورة النحل الآية: ٧٥.

فى المال و غيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق (١) فإن له إيقاعه و إن كره المولى،

فى حجر المريض

(و المريض ممنوع مما زاد عن الثلث (٢) إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه (١) على الأشهر للأخبار.

منها: خبر محمد بن الفضيل عن الإمام الكاظم عليه السّلام (طلاق العبد إذا تزوج امرأه حره أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليده مولاة كان هو - أى المولى - الذى يفرق بينهما إن شاء، و إن شاء نزعها منه بغير طلاق) (١)، و لعموم النبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٢)، و عن جماعه منهم ابن الجنيد و ابن أبى عقيل عدم ملكيه العبد الطلاق للأخبار أيضا.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل و أنا عنده اسمع عن طلاق العبد قال عليه السّلام: ليس له طلاق و لا نكاح و قرأ الآية: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، ثم قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مواف) (٣) و للبحث تتمه فى كتاب الطلاق.

(٢) أما بالنسبة للوصيه فممنوع منها بما زاد عن الثلث، بمعنى أنها لا تقع على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنها تقع باطله فى نفسها، و الحاصل أن الوصيه بما زاد على الثلث موقوفه على إجازة الوارث، للأخبار:

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يموت ما له من ماله، فقال: ثلث ماله) (٤)، و صحيح على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام: ما للرجل من مال عند موته، قال: الثلث و الثلث كثير) (٥)، و صحيح أحمد بن محمد (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبى الحسن عليه السّلام: إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاها فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أجبننا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء الله.

فكتب عليه السّلام بخطه: ليس يجب لها فى تركتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزا لكم إن شاء الله) (٥).

ص: ١٢٥

١- (١)

٢- (٢)

٣- (٣)

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨ و ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

بشمن مثله نفذ،(و إن نجز) ما تبرع به فى مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به فى بيع، أو إجاره (على الأقوى) للأخبار الكثيره الداله عليه منطوقا و مفهوما، و قيل: يمضى من الأصل للأصل، و عليه شواهد من الأخبار (و يثبت الحجر على السفیه بظهور سفهه، و إن لم يحكم الحاكم به (١) لأن المقتضى و عن الصدوق إجاره الوصیه بجميع ماله استنادا إلى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، و إن أوصى به كله فهو جائز)(١)، و هو ضعيف السند فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

و أما فى غير الوصیه فما يصدر منه حال المرض المتصل بالموت لا- يخلو إما معاوضات كالبيع و إما تبرعات، فالمعاوضات صحيحه إذا وقعت بشمن المثل و ليس فيها تبرع، و لو اشتملت على محاباه فهى من جمله التبرعات كالهبة و العتق و تزويج المراه نفسها دون مهر المثل و الإبراء، و هذه التبرعات هل تخرج من أصل المال بحيث لا يكون المريض ممنوعا من التصرف فيها، أو تخرج من الثلث بحيث لو زادت على الثلث لتوقفت على إجاره، ذهب الأكثر إلى الثانى للأخبار:

منها: خبر على بن عقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال عليه السّلام: ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك الورثه أحق بذلك و لهم ما بقى)(٢)، و خبر أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرأه منه فى مرضها، قال عليه السّلام: بل تهبه له فتجوز هبتها له و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئا)٣.

و عن المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن إدريس و ابن البراج أنها من الأصل فلا يمنع بما زاد عن الثلث و لا يتوقف على إجاره الوارث، للأخبار:

منها: خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فى بدنه، فإذا قال بعدى فليس له إلا الثلث)(٣)، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم.

(١)بالحجر، ثم هل يتوقف الحجر على السفیه على حكم الحاكم أو يكتفى بظهور سفهه قولان، و كذا اختلف فى ارتفاع الحجر بزوال السفه أو توقفه على حكم الحاكم.

وجه توقف الحجر على حكم الحاكم أن الحجر حكم شرعى لا يثبت إلا بدليل شرعى

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٤ و ١١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨.

له (١) هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه (٢)، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا (٣) حيث أثبت عليه الولا-يه بمجرد (٤).

(ولا- يزول) الحجر عنه (إلا- بحكمه) لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، و قيام الأمارات، لأنه أمر خفى فيناط بنظر الحاكم. و قيل: يتوقفان (٥) على حكمه لذلك (٦). و قيل: لا فيهما، و هو الأقوى، لأن المقتضى للحجر هو السفه فيجب و السفه أمر خفى و الأنظار فيه مختلفه فيناسب كونه منوطا بنظر الحاكم.

و وجه عدم التوقف أن الحجر سببه السفه فقط لقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ (١)، حيث أثبت الحجر عليه بمجرد السفه.

و أما بالنسبه لرفع الحجر فوجه توقف الرفع على حكم الحاكم هو أن السفه لما كان أمرا خفيا و الأنظار تختلف فيه فلا يعرف رفعه فناسب أن يكون منوطا بنظر الحاكم.

و وجه عدم توقف الرفع على حكم الحاكم قوله تعالى: فَإِنْ آتَشْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (٢)، حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقف معه على أمر آخر لبينه.

هذا و الأقوال أربعة، فعن المشهور الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعا و ثبوتا، و عن ثانى المحققين و الشهيدين عدم الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعا و ثبوتا، و الشهيد هنا فى اللمعه ذهب إلى الاحتياج إلى حكم الحاكم فى رفع الحجر دون ثبوته، و عن بعض عكسه و قال فى المسالك: (و قيل: إن به قائلا و لا نعلمه بالحجر، نعم فى التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه و توقف فى الزوال) انتهى.

(١) للحجر.

(٢) أى يجب تحقق الحجر بتحقيق السفه.

(٣) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

(٤) بمجرد السفه.

(٥) ثبوت الحجر و رفعه.

(٦) للتعليل المذكور.

ص: ١٢٧

أن يثبت بثبوته، و يزول بزواله، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

(و لو عامله العالم بحاله (٢) استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان معامله (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيّع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه، و لو كان جاهلا بحاله (٣) فله الرجوع مطلقا (٤)، لعدم تقصيره.

و قيل: لا ضمان مع التلف مطلقا (٥)، لتقصير من عامله قبل اختباره. و فضّل ثالث (٦): فحكم بذلك (٧) مع قبض السفه المال بإذن مالكة، و لو كان بغير إذنه (١) سورة النساء آية: ٦.

(٢) بطلت معامله لكونها صادرة من السفه، و هو ممنوع من ذلك شرعا بلا خلاف فيه، و مع بطلان معامله يرجع الطرف الآخر بعين ماله إن وجدته، لأنه لم يتم سبب النقل و الانتقال فهو باق على ملكه.

و إن كان ماله تالفا تحت يد السفه فلا ضمان على السفه لأن المعامل بعلمه أنه سفه قد سلطه على إتلافه، و وجود السفه مانع من إثبات العوض عليه حال الإتلاف و إن ارتفع الحجر فيما بعد.

(٣) فلا ضمان على السفه لأن المعامل مقصر، لأنه لم يختبره قبل معامله، و المقصر كالعامد، و هذا عن المبسوط و الشرائع و القواعد و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد، و قيل كما عن التذكرة في موضع آخر أن العين مضمونه على السفه بعد ارتفاع الحجر لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

(٤) سواء وجدت العين أم لا، و مع التلف يكون الضمان على السفه بعد الحجر كما عن التذكرة في موضع آخر.

(٥) في صورته العلم و الجهل، أما العلم فواضح و قد تقدم، و أما الجهل فلا ضمان على السفه لأن المعامل مقصر و هو القول الأول المتقدم.

(٦) و قد نسبته في المسالك إلى التذكرة.

(٧) أي بعدم الضمان على السفه سواء كان المعامل عالما أم لا، و لا ضمان لإذن المعامل للسفه بالقبض، و إذنه تسليط فلا يكون مشمولا لقاعده الضمان (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

ضمنه مطلقا (١)، لأن المعامله الفاسده لا يترتب عليها حكم فيكون قابضا للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلّف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكه. و هو حسن.

(و فى إيداعه (٢)، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر) من تفريطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (٣)، فيكون بمنزله من ألقى ماله فى البحر، و من عدم تسليطه على الإتلاف، لأن المال فى هذه المواضع أمانه يجب حفظه، و الإتلاف حصل من السفیه بغير إذن فيضمنه كالغصب، و الحال أنه بالغ عاقل، و هذا هو الأقوى.

(و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا و عشرين سنه (٤) إجماعا منا لوجود المقتضى للحجر، و عدم صلاحیه هذا السن لرفعه. و نبه بذلك، على خلاف بعض العامه، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا و عشرين سنه يفك حجره به و إن كان سفيها،(و لا يمنع من الحج الواجب (٥) مطلقا)، سواء زادت نفقته عن نفقه الحضر (١) أى ضمن السفیه التلف سواء كان المعامل عالما أم لا.

(٢) لو أودع رجل وديعه عند السفیه مع علمه بالحجر فأتلّفها فهل يضمن السفیه أو لا.

فعن الإرشاد للفاضل عدم الضمان لأصل البراءه، و لتفريط المعامل بالإيداع بعد نهى الله تعالى عن إيتاء السفیه المال.

و عن التذکره للعلامه و المحقق الثانى الضمان، لأن أصل البراءه مقطوع بأدله الضمان و منها عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)، و الإيداع ليس فيه إذن بالإتلاف ليكون منافيا لأدله الضمان، فيكون الإتلاف هنا كالغصب لأنه بغير إذن المالك.

و فى حكم الوديعة العاريه و الإجاره من ناحیه الضمان و عدمه عند التلف.

(٣) سورة النساء، آیه: ٤.

(٤) لا يرتفع الحجر عن السفیه ببلوغه هذا العمر المذكور بلا خلاف فيه بيننا لإطلاق الأدله.

و عن أبى حنيفه الحكم برفع الحجر عن السفیه إذا بلغ العمر المذكور و إن كان سفيها، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

(٥) حكم السفیه فى العبادات الواجبه الماليه و البدنيه حكم الرشيد، لإطلاق أدله الواجبات فتشمله، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

ثم مع وجوب الحج عليه فلا اعتراض للولى عليه سواء زادت نفقته سفرا عن نفقته حضرا أم لا، و لكن يتولى الولى النفقه إن حج معه، أو يوكل من يسافر معه من الرفقه

أم لا، و سواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمنذور قبل السفه، لتعينه عليه، و لكن لا يسلم النفقه، بل يتولاها الولي، أو وكيله،(و لا) من الحج (المندوب (١) إذا استوت نفقته) حضرا و سفرا، و في حكم استواء النفقه ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

(و تنعقد يمينه) لو حلف (٢)،(و يكفر بالصوم) لو حنث، لمنعه من التصرف المالي، و مثله العهد و النذر، و إنما ينعقد ذلك (٣) حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي. هذا مع تعينه (٤)، أما لو كان مطلقا لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد (و له) و يمنع السفه من التصرف في ماله لعموم قوله تعالى: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (١).

ثم لا فرق في الحج الواجب بين كونه وجوبه بالأصل أو بالعارض كما لو وجب بالنذر قبل الحجر.

(١) فإن استوت نفقته سفرا و حضرا لم يمنع بلا خلاف فيه كما في الجواهر لعدم الضرر بذلك، و عدم التصرف الزائد حتى يمنع منه.

و مع التفاوت بالنفقة، بأن زادت سفرا فيمنع للضرر بماله، بلا خلاف فيه إلا من الأردبيلي فلم يمنعه و إن زادت النفقه، و ردّ كما في الجواهر بأنه مناف لحكمه الحجر.

أما لو تفاوتت النفقه و أمكنه تكسب ما يحتاج إليه في السفر لم يمنع لعدم الضرر بماله أبدا، و أشكل عليه أنه باكتسابه قد حصل مالا جديدا و هو من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه كالمال السابق عنده، و ردّ أن هذا الاكتساب لا يحصل بالحضر بل في السفر فكانت مثونه سفره في قبال غنمه.

(٢) بلا خلاف فيه لأنه بالغ عاقل مكلف فلو حلف لانهقدت يمينه، و إنما هو ممنوع من خصوص التصرف المالي، و هو غير مانع من انعقاد اليمين. نعم لو حنث فعن الفاضل و الشيخ يكفر بالصوم و يمنع أن يكفر بالإطعام أو العتق، لأنهما تصرف مالي، و عن المحقق الاستشكال فيه، لأن الكفاره بعد الحنث واجبه، و الفرض أنه مالك فتخرج الكفاره من حاله كبقية الواجبات الماليه كالحج و نحوه.

(٣) من اليمين و العهد و النذر.

(٤) أي تعين المال حيث قال الشارح في المسالك: (أما لو كان متعلق النذر نفس المال، بأن

ص: ١٣٠

(العفو عن القصاص) (١)، لأنه ليس بمالي، (لا الديه) (٢)، لأنه تصرف مالي، و له الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

نذر أن يتصدق بمال مثلا فإن معيننا بطل النذر، و إن كان في الذمه صح و روعى في إنفاذه الرشد) انتهى.

و صح النذر إذا كان المال في الذمه لوجود المقتضى لعدم سلب أهليه التصرف عنه، و عدم المانع إذ المانع هو التصرف في المال الذي تحت يده و أما في غيره فلا مانع.

(١) لا خلاف و لا إشكال أنه لو وجب له القصاص جاز له العفو على غير مال فضلا عنه.

بناء على أن الواجب في العمد هو القصاص خاصه لقوله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ (١)، و هو ليس بمال، و إنما يثبت المال بالصلح و التراضي.

هذا و عن بعض العامة أن الثابت في العمد أحد أمرين من القصاص و المال فلا يصح عفو، و هو ضعيف لما تقدم.

(٢) لو وجبت له ديه أو أرش لم يجز العفو له، بلا خلاف و لا إشكال لأنه من التصرف الممنوع منه شرعا.

ص: ١٣١

كتاب الضمان

اشاره

ص: ١٣٣

فى تعريفه

و المراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحواله و الكفاله، لا- الأعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) أى الالتزام به (من البرىء) (٢) من مال مماثل لما ضمنه (١)الضمان مشتق من الضمن، لأنه ينقل ما كان فى ذمه المضمون عنه من مال إلى ذمه الضامن، فتكون ذمه الضامن متضمنه أو تتضمن الحق، فالنون فيه أصليه، و هذا متفق عليه عندنا.

و عن أكثر العامه أن الضمان غير ناقل، و إنما يفيد اشتراك الذمتين، ذمه المضمون عنه و ذمه الضامن، لأن الضمان مشتق من الضم فالنون فيه زائده، و يتخير المضمون له فى المطالبه.

و يردده تصريح أهل اللغه بكون النون أصليه، قال فى مصباح المنير: (ضمنت المال و به ضمانا فأنا ضامن و ضمين، التزمت، و يتعدى بالتضعيف، فيقال: ضمّنته المال، ألزمته إياه، قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم، و هو غلط من جهة الاشتقاق، لأن نون الضمان أصليه، و الضم ليس فيه نون، فهما مادتان مختلفتان) انتهى.

و الضمان تعهّد بمال أو نفس، و الثانى الكفاله، و الأول إما أن يتعهد بمال و هو ليس عليه مال فهو الضمان المصطلح، و إما أن يتعهد بمال و هو عليه مال فهو الحواله.

فالضمان بالمعنى الأعم أعنى مطلق التعهد منقسم إلى الكفاله و الضمان و الحواله، و الضمان بالمعنى الأخص هو قسيم الحواله و الكفاله.

(٢)عرّف الضمان بالمعنى الأخص بأنه تعهد للمال ممن ليس عليه مال للمضمون عنه، و التعهد هو الالتزام كما فى المصباح، و بقيد المال خرجت الكفاله لأنها تعهد بنفس، و ممن ليس عليه مال للمضمون عنه أى أنه برىء للمضمون عنه، و هو قيد لإخراج الحواله، لأن المحال عليه مديون للمحيل فلا يكون بريئا.

للمضمون عنه. و بقيد المال خرجت الكفاله فإنها تعيّد بالنفس، و بالبرىء الحواله بناء على اشتراطها بشغل ذمه المحال عليه للمحيل بما أحال به.

فى شرط الضامن

(و يشترط كماله (١) أى كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر (٢)، أو اسم الفاعل (٣)، أو المقام (٤)، (و حرّيته) (٥) فلا يصح ضمان العبد فى المشهور، لأنه لا (١) أى كمال الضامن بأن يكون بالغاً تحاملاً، لما تقدم سابقاً من أن الصبى و المجنون مسلوبا العبارة شرعاً.

(٢) و هو الضمان.

(٣) و هو البرىء.

(٤) لأن الكلام فى الضمان.

(٥) و البحث فيه من جهتين: الجهة الأولى: هل يصح ضمان العبد بغير إذن سيده؟ قولان أحدهما عدم الصحة، لأن العبد لا يقدر على شىء، قال تعالى: عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (١)، و ذمته مملوكة للمولى فلا يملك إثبات شىء فيها إلا بإذنه، و هو المنقول من جماعه منهم الشيخ، ثانيهما الصحة، لعمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) السالمة عن المعارض، إذ لا- يتصور مانع إلا حق المولى، و هو غير مانع هنا، لأنه على تقدير الصحة يتبع به بعد العتق، و هو غير مناف لشىء من حقوق المولى، و هو المنقول عن العلامة فى التذكرة.

الجهة الثانية من البحث أنه لو وقع ضمان العبد بإذن سيده فهل يتعلق بذمته أو بكسبه، فعلى الأول الضمان على العبد، و على الثانى الضمان من مال المولى، لأن كسب العبد مال للمولى.

ذهب جماعه منهم المحقق إلى أنه يتعلق بذمه العبد و يتبع به بعد العتق، لأن إطلاق الضمان المأذون أعم من كل منهما، أعنى من كون الضمان فى ذمته أو كسبه، و العام لا يدل على الخاص ليتعين كون الضمان من الكسب، و لم يقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه الذى هو كسب العبد هنا.

و عن جماعه منهم المحقق الثانى أنه فى كسب العبد فيكون الضمان من مال المولى، لأن إطلاق الضمان محمول على المعهود، و المعهود هو الضمان الذى يستعقب الأداء، و الذى

ص: ١٣٦

١- (١) سورة النحل، الآية: ٧٥.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

يقدر على شىء. وقيل: يصح ويتبع به بعد العتق (إلا- أن يأذن المولى فيثبت) المال (فى ذمه العبد)، لا فى مال المولى لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما فلا يدل على الخاص، وقيل: يتعلق بكسبه حملا على المعهود من الضمان الذى يستعقب الأداء وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقا (١)، كما لو أمره بالاستدانه، و هو متجه، (إلا- أن يشترط كونه من مال المولى (٢) فيلزم بحسب ما شرط و يكون حينئذ كالوكيل، و لو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه (٣) من جملة (٤)، ثم إن وفى الكسب بالحق المضمون (٥) و إلا ضاع ما قصر، و لو أعتق يتعقبه الأداء هو كونه من مال المولى، لأن الأداء من غير مال السيد ممتنع، و من العبد لا يكون عقيب الضمان بل عقيب العتق.

إن قلت: لو كان الضمان من مال المولى فلم خص الضمان بكسب العبد دون بقيه الأموال.

قلت: لو كان الضمان فى جميع أموال المولى لكان المولى هو الضامن و هو الذى صدرت الصيغه و هو على خلاف الفرض فيلزم أن يكون فى خصوص كسب العبد، و قال الشارح فى المسالك: (و البحث فى ذلك - أى فى كون الضمان من كسب العبد - قريب مما لو أذن له فى الاستدانه، فينبغى ترتب قول ثالث، و هو أن الضمان يتعلق بمال المولى و لا يختص بكسب العبد و لعله أقوى) انتهى.

(١) سواء كان من كسب العبد أم لا.

(٢) فيكون الضمان على المولى للزوم الوفاء بالشرط، و يكون العبد كالوكيل فى إجراء الصيغه كما هو واضح.

(٣) أى لأن كسب العبد.

(٤) أى جملة مال المولى، لكن الضمان بفرد معين منه.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (فإن وفى كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه، و إلا ضاع عليه ما قصر، فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شىء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذى هو ملك المولى و قد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه و ما فى يده سواء، و مع ذلك لا- يسمى فى اصطلاح الشرع كسبا و إن أطلق عليه لغه) انتهى. و حاصل كلامه أن الضمان يبطل لفوات المحل كما هو الوجه الثانى، و أن متعلق الضمان الكسب و هو لغه يطلق على كسب العبد بعد العتق و إن لم يطلق عليه شرعا كما هو الوجه الأول.

العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان، أو بقاء التعلق به وجهان.

(و لا- يشترط علمه بالمستحق (١) للمال المضمون، و هو المضمون، له بنسبه (١) على صيغه الفاعل، و المعنى لا- يشترط علم الضامن باسم المضمون له و نسبه، و لا المضمون عنه كذلك كما عليه الأكثر، لأن الضمان وفاء دين، و هو جائز عن كل مديون فلا- يشترط العلم بالمضمون عنه، و أما المضمون له فإن اعتبرنا قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم عند المشهور اقتضى ذلك تميزه، و لا يعتبر الأزيد من ذلك، و إن لم نشترط قبوله اللفظي لم يعتبر العلم به بوجه، لعمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) السالمة عن المعارض، و لأخبار.

منها: خبر الفضيل عن أبي عبد الله عليه السّلام (لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي و منزلتي منكم و عليّ دين، فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين عليه السّلام: ثلث دينك عليّ، ثم سكت و سكتوا، فقال علي بن الحسين عليه السّلام: عليّ دينك كله، ثم قال علي عليه السّلام: أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أولا إلا كراهه أن يقولوا سبقنا) (٢) و هو ظاهر في عدم معرفه المضمون له.

و ما رواه الشيخ في الخلاف عن أبي سعيد الخدرى (قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه و سلم في جنازه فلما وضعت، قال: هل علي صاحبكم دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّوا علي صاحبكم، فقال علي عليه السّلام: هما عليّ يا رسول الله، و أنا لهما ضامن، فقام رسول الله صلى الله عليه و سلم فصلّى عليه، ثم أقبل عليّ فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرا و فك رهانك كما فككت رهان أخيك) (٣)، و خبر جابر بن عبد الله (أن النبي صلى الله عليه و سلم كان لا يصلّى علي رجل عليه دين، فأتى بجنازه فقال: هل علي صاحبكم دين، فقالوا: نعم ديناران، فقال: صلّوا علي صاحبكم، فقال أبو قتاده: هما عليّ يا رسول الله، قال: فصلّى عليه فلما فتح الله علي رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، و من ترك ديناً فعليّ) (٤)، و هما ظاهران في عدم اشتراط العلم بالمضمون له.

و عن الشيخ في المبسوط و المقداد في التنقيح اشتراط العلم بالمضمون له و المضمون عنه، أما اشتراط العلم بالأول ليعرف هل هو سهل المعامله أو لا، و اشتراط العلم بالثاني لينظر هل يستحق بذلك عليه أو لا.

ص: ١٣٨

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

أو وصفه، لأن الغرض إيفاء الدين، وهو (١) لا يتوقف على ذلك (٢)، وكذا لا يشترط معرفه قدر الحق (٣) المضمون، و لم يذكره المصنف، و يمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنيا للمجهول، فلو ضمن ما في ذمته صح على أصح القولين، للأصل (٤)، و إطلاق النص (٥) و لأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضه، لجوازه من المتبرع. هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك (٦) كالمثال (٧)، فلو و عن العلامة في المختلف اعتبار العلم بالمضمون عنه دون المضمون له، أما اشتراط العلم بالأول لأنه لا بد من تميزه عند الضامن ليقع الضمان عنه، و عدم اشتراط العلم بالثاني للخبرين السابقين.

(١) أى إيفاء الدين.

(٢) على العلم بالمضمون له.

(٣) ذهب المشهور إلى عدم اشتراط العلم بالحق المضمون لخبر الفضيل المتقدم (١)، الظاهر فى أن الدين كان مجهولا، و لخبر عطا عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: جعلت فداك: إن على دينا، إذا ذكرته فسد على ما أنا فيه، فقال عليه السلام: سبحان الله، أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه و سلم كان يقول فى خطبته: من ترك ضياعا (٢) فعلى ضياعه، و من ترك دينا فعلى دينه، و من ترك مالا فهو لوارثه، و كفاله رسول الله صلى الله عليه و سلم ميتا ككفاله حيا، و كفاله حيا ككفاله ميتا، فقال الرجل: نفست عنى، جعلنى الله فداك) (٣)، و عموم النبوى (الزعيم غارم) (٤).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و القاضى فى المذهب و ابن إدريس فى السرائر عدم الجواز، و هو ضعيف بما سمعت.

(٤) أى أصاله الصحه أو أصاله عدم اشتراط التعيين، أو أصاله عدم منع الجهاله و عدم منع الغرر.

(٥) و هو النبوى المتقدم.

(٦) بعد الضمان.

(٧) و هو ما لو ضمن ما فى ذمته.

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

٢- (٢) الضياع هو العيال.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين حديث ٥.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الضمان حديث ٢.

لم يمكن كضمنت لك شيئاً مما فى ذمته لم يصح قطعاً (١)، و على تقدير الصحة (٢) يلزمه ما تقوم به اليينه أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد، أو يوجد فى دفتر، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول (٣) فى الضمان، و عدم ثبوت الثانى (٤)، و عدم نفوذ الإقرار فى الثالث (٥) على الغير، و كون الخصومه حينئذ (٦) مع الضامن و المضمون عنه (٧) فلا يلزمه (٨) ما يثبت بمنازعه غيره (٩)، كما لا يثبت ما يقَرَّ (١) قال الشارح فى المسالك: (و موضع الخلاف فى صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدين الذى عليه، أو ثمن ما باع من فلان، أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت شيئاً مما لك على فلان، لصدق الشيء على القليل و الكثير) انتهى، و عدم جواز الضمان للزوم الإبهام و الجهالة فى الواقع.

(٢) أى على تقدير عدم العلم بالحق المضمون وقت الضمان يلزم الضامن ما ثبت باليينه أنه كان لازماً للمضمون منه وقت الضمان، لا ما يتجدد لأنه لم يتعلق به الضمان، و لا ما يوجد فى كتاب أو دفتر، لأنه ليس طريقاً مثبتاً لما فى الذمه، و لا ما يقَرَّ به المضمون عنه لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه لا على غيره و لا على ما يحلف عليه المضمون له عنده و اليمين عليه من قبل المضمون عنه، و ذلك عند اختلاف المديون الذى هو المضمون عنه مع الدائن الذى هو المضمون له فى مقدار الدين، فيقول الدائن: مائه، و يقول المديون: خمسون فالمديون هو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، فلو لم يحلف و ردَّ اليمين على المدعى و حلف يثبت أن الدين مائه، و لكن لا يثبت أن الحق المضمون هو المائة، لأن حلف المدعى اليمين المردوده يثبت الحق للمضمون له الحالف فى قبال تنازعه مع المضمون عنه، فلا يلزم الضامن بما ثبت بمنازعه المضمون له عنه و بالجملة فكما لا يثبت على الضامن ما أقره المضمون عنه فكذلك لا يثبت على الضامن ما يوجب اليمين المردود من المضمون عليه.

(٣) و هو المتجدد بعد وقت الضمان.

(٤) و هو الموجود فى دفتر، لأنه ليس من وسائل الإثبات فى الذمه و الضمان إنما هو للثابت فى الذمه.

(٥) و هو إقرار المضمون عنه، فإنه نافذ فى حقه لا فى حق غيره.

(٦) أى حين كونها بين المضمون له و بين المضمون عنه.

(٧) فهى بين المضمون له و بين المضمون عنه و الضامن.

(٨) للضامن.

(٩) أى بمنازعه غير الضامن الذى هو المضمون عنه مع المضمون له.

به (١)، فى الرابع.

نعم لو كان الحلف (٢) برد الضامن ثبت ما حلف (٣)، عليه (٤).

(و) كذا (لا) يشترط علمه (٥)(بالغريم) و هو المضمون عنه (٦)، لأنه وفاء دين عنه و هو جائز عن كل مديون.

و يمكن أن يريد به الأعم (٧) منه، و من المضمون له، و يريد بالعلم به (٨):

الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهوله (٩) الاقتضاء، و ما شاكله، لأن الغرض (١٠) إيفاء الدين، و ذلك (١١) لا يتوقف على معرفته كذلك (١٢)، (بل تميزهما) (١٣) أى المستحق و الغريم ليتمكن توجه القصد إليهما، أما الحق فليمكن (١) أى ما يقر المضمون عنه به.

(٢) أى لو كانت الدعوى بين المضمون له و بين الضامن بحيث كان المضمون عنه ميتا أو غائبا أو لم تجر المنازعة و هو طرف فيها، فالمضمون له يدعى المائه و الضامن خمسون، فيقوم قول الضامن مع عينه لأنه منكر، فإن لم يحلف ورد اليمين على المدعى هنا و هو المضمون له، و قد حلف اليمين المردودة، فيلزم الضامن حينئذ بدفع المائه كما هو واضح لأن الدعوى عليه.

(٣) أى ما حلف به المضمون له.

(٤) على الضامن.

(٥) أى علم الضامن.

(٦) و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

(٧) أى و يمكن أن يريد بالغريم الأعم من المضمون له و المضمون عنه بناء على كون المستحق مبنيا للمجهول.

(٨) عند قول الماتن (و لا- يشترط علمه بالمستحق و لا- بالغريم بل تميزها) بحيث يكون العلم المنفى هو العلم بمعرفة حاله من نسب أو اسم و وصف كما تقدم.

(٩) عله للمنفى، أى العلم المذكور لسهوله الاقتضاء.

(١٠) عله للمنفى، و هو عدم اشتراط العلم المذكور.

(١١) أى إيفاء الدين.

(١٢) أى على معرفته حاله من نسب أو اسم أو وصف.

(١٣) أى تميز المستحق و الغريم، و على التفسير الأول للمستحق بكونه مبنيا للمعلوم على وزن اسم الفاعل و هو المضمون له،

فيشترط تميز المضمون له و المضمون عنه، و على التفسير الثاني للمستحق بكونه منهيًا للمجهول على وزن اسم المفعول و هو الحق المضمون،

ص: ١٤١

أداؤه، و أما المضمون له فليمكن إيفاءؤه، و أما المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

و يشكل بأن المعبر القصد إلى الضمان و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين. فلو قال شخص: إني استحق في ذمه آخر مائه درهم مثلا فقال آخر: ضمنتها لك كان قاصدا إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقا (١)، و لا دليل على اعتبار العلم بخصوصه.

في الإيجاب والقبول

(و لا بد له من إيجاب و قبول مخصوصين (٢)، لأنه من العقود اللازمة الناقله للمال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و الإيجاب ضمنت، و شبهه)، فيشترط تميز الحق و المضمون عنه و المضمون له، لأن الغريم أعم منهما كما تقدم، و اعتبار تميز الحق و المضمون عنه و المضمون له ناشئ من أن الضمان عقد فلا بد من القصد فيه، و القصد المذكور متوقف على قصد الحق لأنه لا بد من قصد أدائه، و متوقف على قصد المضمون له لأنه لا بد أن يقصد إيفاءؤه، و متوقف على قصد المضمون عنه ليتمكن من قصد عمن عليه الدين عند الإيفاء.

و فيه كما في المسالك: إن المعبر هو القصد إلى الضمان، و القصد هو الالتزام بالمال الذى يذكره المضمون له مثلا في الذمه، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين الذى هو المضمون عنه فلو قال شخص: إني استحق في ذمه شخص مائه درهم فقال له الآخر: ضمنتها لك، كان قاصدا إلى الضمان مع عدم معرفه المضمون عنه.

(١) و إن لم يعرفه و لو إجمالا.

(٢) وقع الخلاف بينهم في اشتراط رضا المضمون له في الضمان، و المشهور على الاشتراط، لأن حقه سيتحول من ذمه غريمه إلى ذمه الضامن، و الناس تختلف في حسن المعامله و سهوله الاقتضاء، فربما كان المضمون له لا يرضى بإبدال غريمه بالضامن، فلو لم يعتبر رضاه للزم الضرر عليه، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يموت و عليه دين، فيضمنه الضامن للغرماء، فقال عليه السلام: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت) (١).

و للشيخ قول بعدم الاشتراط لأن أمير المؤمنين عليه السلام و أبا قتاده قد ضمنا الدين و لم يسأل النبي صلى الله عليه و سلم عن رضا المضمون له كما في خبرى أبي سعيد الخدرى و جابر بن عبد الله المتقدمين (٢).

ص: ١٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

و يتميز عن مطلق الكفاله بجعل متعلقها المال (١) (و تقبلت و شبهه) من الألفاظ الداله عليه (٢) صريحا، (و لو قال ما لك عندى، أو على (٣)، أو ما عليه على فليس بصريح)، لجواز إرادته (٤) أن للغريم (٥) تحت يده مالا (٦)، و أنه قادر على تخليصه، و أوجب بأنهما قضيه فى واقعه لا عموم فيهما، أو أن غرماء الميت كانوا حاضرين و قد حصل منهم الرضا كما عن سيد الرياض.

ثم على القول باشتراط الرضا فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق و لو مع التراضى أو لا بدّ من القبول اللفظى قولان، ذهب إلى الأول فخر المحققين فى الإيضاح و الأردبيلي للخبرين المتقدمين المتضمنين لضمان أمير المؤمنين عليه السّلام و أبى قتاده، باعتبار اكتفاء النبى صلى الله عليه و سلم بضمانهما من دون قبول لفظى من غرماء الميت، و لأصالة عدم الاشتراط، و لمخالفه الضمان لغيره من العقود المملّكه، لأن الضمان لا يثبت ملكا جديدا، و إنما يتوثق به الدين الذى كان مملوكا للمضمون له.

و ذهبت جماعه إلى القبول اللفظى لأن الضمان بعد اشتراط الرضا هو معامله بين شخصين فهو عقد، فلا بدّ فيه من القبول اللفظى لأنه من العقود اللازمة، و لأصالة عدم انتقال حق المضمون له إلا أن يتحقق المزيل و هو القبول.

بل إذا كان الضمان من العقود اللازمة فيشترط فيه جميع ما اشترط فى العقد اللازم من كون بلفظ الماضى و اللفظ العربى و عدم الفصل بين الإيجاب و القبول.

و فيه: لو قلنا بكونه من العقود اللازمة فقد تقدم أنه يكفى فى إيجابه و قبوله كل ما يدل على إنشائهما سواء كان اللفظ صريحا أم لا، و سواء كان بالعربى و بالماضى أم لا، بل يصح إنشاؤه بالفعل و الكتابه كما عليه العرف لصدق العقد على كل ذلك، هذا مع أن اشتراط رضا المضمون له كما هو الظاهر لا يستلزم كون الضمان عقدا، لأن الضمان تعهد بإيفاء الدين و غايه ما يستلزم الرضا و ليس القبول.

(١) فقيد المال مخرج للكفاله، لأنها ضمان نفس، و ضمير فى (متعلقها) راجع إلى الألفاظ التى ذكرها الماتن.

(٢) على الإيجاب.

(٣) أى ما لك على.

(٤) أى لجواز إرادته الضامن الذى صدرت منه الألفاظ السابقه.

(٥) و هو المضمون عنه.

(٦) لقوله الأول: لو قال: ما لك عندى، فيحتمل أن يكون الضامن أراد إخبار المضمون له بأنه للغريم مال تحت يده فلا يكون منشأ للضمان بالجملة المتقدمه.

أو أن عليه السعى، أو المساعدة، و نحوه.

و قيل إن «على» (١) ضمان، لاقتضاء على الالتزام، و مثله في ذمتي (٢) و هو متجه، أما ضمانه على (٣) فكاف، لاقتضاء الاحتمال، مع تصريحه بالمال (٤) (فيقبل المستحق) (٥) و هو المضمون له.

(و قيل: يكفي رضاه (٦) بالضمان و إن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمه إلى أخرى، و الناس يختلفون في حسن المعاملة، و سهوله القضاء، فلا بد من رضاه به (٧) و لكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين (٨).

و الأقوى الأول (٩)، لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب و قبول لفظين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة.

و على القول الآخر (١٠) (فلا- يشترط فوريه القبول)، للأصل، و حصول الغرض. و قيل: لا يشترط رضاه مطلقا (١١)، لما روى من ضمان على عليه الصلاه أو أراد إخباره بأنه قادر على تخصيص ماله عند قوله: ما لك على، أو أراد إخباره بأنه عليه السعى في تحصيل ماله عند قوله: ما عليه على.

(١) فيما لو قال: ما لك على أو ما عليه على، فهو ضمان لكون ظاهره الالتزام لا الإخبار، و لم أجد من قال به.

(٢) أى لو قال: مالك في ذمتي، أو ما عليه في ذمتي فهو ظاهر في التزام الضمان أيضا لا الإخبار.

(٣) أى لو قال: ضمانه على، فهو نص في الضمان من دون احتمال الإخبار، بخلاف ما سبق فهو ظاهر في الالتزام.

(٤) أى لو قال: ضمان مالك على فهو مخرج للكفالة و نص في الضمان المصطلح.

(٥) كما هو القول الثانى المتقدم.

(٦) كما هو القول الأول المتقدم.

(٧) أى رضا المضمون له بالضمان، و هو دليل اشتراط الرضا كما عليه المشهور، و قد تقدم.

(٨) كما استظهرناه.

(٩) أى اشتراط القبول.

(١٠) من كفايه الرضا.

(١١) كما هو قول الشيخ و قد تقدم، و الإطلاق للفظ و القلب.

و السلام دين الميت الذي امتنع النبي (ص) من الصلاة عليه، لمكان دينه.

فى أنه لا عبره بالغريم

(و لا عبره بالغريم) (١) و هو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، و هو غير متوقف على إذنه. (نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه (٢) فى الضمان و إن أذن فى الأداء، لأنه متبرع، و الضمان هو الناقل للمال من الذمه، (و لو أذن) له فى الضمان (رجع) عليه (بأقل الأمرين مما أداه، و من الحق (٣) فإن أدى أزيد منه كان متبرعا بالزائد، و أن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء، و لو وهبه بعد ما أدى الجميع البعض، أو الجميع (٤) جاز رجوعه به، و لو (١) لا عبره برضا المديون الذى هو المضمون عنه فى صحة الضمان بلا خلاف فيه، لأن الضمان كالقضاء فكما يجوز أداء الدين بغير إذنه فكذا الالتزام بأداء الدين بالضمان، و لصحة الضمان عن الميت فى الخبرين (١) اللذين تضمننا ضمان أمير المؤمنين عليه السلام و أبى قتاده.

(٢) يرجع الضامن على المضمون منه بما أداه إن كان الضمان بإذنه، بلا خلاف فيه، لأن الضامن هنا غير متبرع فماله محترم فيجوز له الرجوع لمكان الاذن، و لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه لا يرجع و إن كان الأداء بإذنه بلا خلاف فيه لأنه متبرع بالضمان لا يجوز له الرجوع، و الاذن بالأداء ليس إذنا بأصل الضمان.

(٣) أما لو كان الحق المضمون أقل من الذى دفعه، بحيث دفع الضامن أكثر منه وقت الأداء فلا يستحق الزائد على المضمون عنه لأنه متبرع، و لم يقع إذن من المضمون عنه بالزائد، و إنما الاذن فى أصل الضمان بمقدار الحق.

و أما لو كان الذى دفعه أقل من الحق المضمون عنه بحيث وقع الضامن أقل منه، فلا يرجع إلا بما دفع للأخبار:

منها: خبر عمرو بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه، قال عليه السلام: ليس له إلا الذى صالح عليه) (٢)، و قال الشارح فى المسالك: (و لا فرق عندنا فى رجوعه - أى الضامن - بالبعض الذى أداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له و غيره، خلافا لبعض العامة حيث جَوَّز له الرجوع بالجميع لو أبرئ منه أو من بعضه، لأنه هبه و مسامحه من رب الدين للضامن خاصة) انتهى.

(٤) لو أدى الضامن جميع ما عليه ثم وهبه المضمون له جميع ما قدمه أو بعضه جاز للضامن

ص: ١٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الضمان حديث ١.

أدى عرضاً (١) رجع بأقل الأمرين من قيمته و من الحق، سواء رضى المضمون له به عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

(و يشترط فيه) أى فى الضامن (الملاءه) (٢) بأن يكون مالكا لما يوفى به الحق المضمون، فاضلا عن المستثنيات فى وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له فى الفسخ. وإنما تعتبر الملاءه فى الابتداء، لا الاستدامه، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له أن يرجع بجميع ما دفع لصدق الأداء، و الهبه فيما بعد لا مدخله لها فى صدق الأوامر و عدمه.

(١) لو أدى الضامن عرضاً من متاع و غيره فى مقام الأداء أيضا يرجع بأقل الأمرين من قيمه العرض و من الدين، بلا فرق بين أن يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، و بين أن يصلحه الضامن بالعرض عن دينه، فلو كان الثوب يساوى مائه، و قد صالحه به على الدين المساوى لمائتين لم يرجع إلا بقيمه الثوب.

(٢) يشترط فى الضامن الملاءه و هو شرط فى لزوم الضمان، لأن الضمان عقد لازم بين المضمون له و الضامن، أما الضامن فلا يجوز له الفسخ لعموم الوفاء بالعقود، و لأن فيه تضييع حق المضمون له، لأنه إذا فسخ لا يمكن للمضمون له الرجوع عليه للفسخ و لا على المضمون عنه لانتقال الحق من ذمته بالضمان إلى ذمه الضامن.

و أما المضمون له فلا يجوز له الفسخ كذلك لعموم الوفاء بالعقود، و لأن الحق قد انتقل من ذمه المضمون منه إلى ذمه الضامن فكيف يجوز للمضمون له الفسخ و الرجوع على المضمون عنه و قد برئت ذمته من الحق.

إذا تقرر ذلك فإن كان الضامن ملئاً وقت الضمان أو علم المضمون له بإعساره و رضى به لزم الضمان على المضمون له بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدله على اللزوم، و أما لو كان الضامن معسراً وقت الضمان و لم يعلم بذلك المضمون له كان للمضمون له فسخ الضمان و العود على المضمون عنه لأن الضمان عقد مبنى على تسهيل الأمر و القصد منه استيفاء الدين من الضامن، و إنما يكون الاستيفاء إذا كان الضامن موسراً، و لما كانت طبيعه الضمان ما ذكرناه و أقدم المضمون له على الرضا به بما له من المعنى المذكور فيكون إيسار الضامن شرطاً ضمناً فى العقد، و عليه فإذا تبين فيما بعد أن الشرط المذكور لم يكن متحققاً ثبت له خيار الفسخ.

هذا و اشتراط اليسار ابتدائى و ليس استدامه، لأن الشرط الضمنى معتبر وقت الضمان فقط و قد تحقق بحسب الفرض.

الفسخ، لتحقيق الشرط حالته (١)، و كما لا يقدح تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر (٢).

فى أنه يجوز الضمان حالا، و مؤجلا

(و يجوز الضمان (٣) حالا، و مؤجلا، عن حال و مؤجل)، سواء تساوى المؤجلان فى الأجل أم تفاوتتا، للأصل.

ثم إن كان الدين حالا (٤) رجع مع الأداء مطلقا (٥)، و إن كان مؤجلا (٦) فلا (١) أى حاله الضمان.

(٢) أى و كذلك لو تعذر الاستيفاء من الضامن لوجه غير وجه الإعسار، و هو ما لو مات أو فَرَّ أو استعان بظالم، فعقد الضمان لازم لتحقيق شرطه وقت الضمان فلا يجوز للمضمون له الفسخ حينئذ.

(٣) الضامن تاره يضمن ديناً مؤجلاً و أخرى ديناً حالا، و على التقديرين إما أن يكون ضمانه حالا بأن يدفع الآن و إما أن يكون مؤجلاً بأن يؤدى بعد مدته فالصور أربعة، أن يكون الدين حالا و الضمان حال، و أن يكون الدين حالا و الضمان مؤجل، و أن يكون الدين مؤجلاً و الضمان حال، و أن يكون الدين مؤجلاً و الضمان مؤجل.

و الصورة الرابعة إما أن يكون الأجل فى الضمان مساوياً للأجل فى الدين أو أزيد أو أنقص فالصور ستة، و على التقادير الستة إما أن يكون الضمان تبرعاً أو بسؤال المضمون عنه.

و الصورة الرابعة بشقوقها الثلاثة جائزه بالاتفاق للعمومات السالمة عن المعارض، و الصور الثلاثة الأول أيضاً جائزه لنفس هذه العمومات، نعم نسب الخلاف إلى المقنعه و النهايه بأن الضمان يشترط بأجل و أولت عبارتهما بما لا يخالف، و لذا قال فى المسالك: (و كلها - أى الصور - جائزه على الأقوى إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر) انتهى.

(٤) إن كان الدين حالا- فالضامن لا- يرجع على المضمون عنه إلا- بعد الأداء سواء كان الأداء حالا لأن الضمان حال، أو كان مؤجلاً- لأن الضمان مؤجل، بلا- خلاف فيه و لا إشكال، لأن رجوع الضامن على المضمون عنه لا يكون إلا بعد اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن بالمال، و لا تشتغل إلا بأداء الضامن للدين.

(٥) سواء كان الضمان حالا أم مؤجلاً.

(٦) أى و إن كان الدين مؤجلاً فلا رجوع للضامن حينئذ إلا إذا حل الأجل و قد أدى الدين، و الوجه أنه إذا كان الدين مؤجلاً و ضمن مؤجلاً فواضح، فلا تشتغل ذمه المضمون عنه إلا بعد الأداء، و الأداء بحسب الفرض إنما يكون بعد أحل الضمان.

و إذا كان الدين مؤجلاً و الضمان حال فذمه المضمون عنه لا تشتغل بمجرد الأداء، لأن

رجوع عليه (١) إلا بعد حلوله (٢) و أدائه مطلقا (٣) و المال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه (٤) و هو المال الثابت في الذمه و إن كان متزلزلا، و لو ضمن للمشتري عهده الثمن (٥) أى دركه على تقدير الاحتياج إلى رده (٦) (لزمه) ضمانه دينه مؤجل، و الحلول بالنسبه إلى الضامن إنما هو تبرع له من قبل المضمون له فلا يسرى إلى المضمون عنه.

(١) أى فلا رجوع للضامن على المضمون عنه.

(٢) أى حلول الدين.

(٣) سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.

(٤) عرّف المال المضمون عند الفقهاء بأنه كل مال ثابت في الذمه، و هذا التعريف متضمن للماليه و للثبوت في الذمه، أما الأول فلا- إشكال فيه و لا خلاف، و أما الثانى فيشمل ما لو كان ثبوته في الذمه ثبوتا مستقرا أو غير مستقر كالثمن في مدته الخيار و المهر قبل الدخول، و هما ثابتان في ذمه المشتري و الزوج ثبوتا فتزلزلا، و هذا الشرط الثانى فى القدر المتيقن من أدله الضمان، و لأن انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن بالضمان فرع ثبوته فى ذمه المضمون عنه، و إلا- فلو لم يكن ثابتا فكيف ينتقل.

و الشهيد هنا فى اللمعه عرّفه بأنه ما جاز أخذ الرهن عليه، و لا تنافى بين التعريفين لأن ما يجوز أخذ الرهن عليه هو المال الثابت فى الذمه كما تقدم فى كتاب الرهن و على كل فلو ضمن ما لم يجب فى الذمه كأن يقول: مهما أعطيت فلانا فهو علىّ، لم يصح لأنه ضمان لمال غير ثابت فى الذمه.

(٥) و هو المعبر عنه بضمان العهده و ضمان الدرك و الدرك التبعه كما فى الصحاح، و قيل:

سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عنه إدراك المستحق عين ماله، و فى التذكرة: (سمى ضمان العهده لالتزام الضامن ما فى عهده البائع رده)، و ذلك فيما لو وقع البيع على عين مخصوصه و قد دفع المشتري الثمن، فلو تبين أن المبيع مستحق للغير و لم يجز المالك العقد الفضولى فيبطل البيع من رأس و يردّ المبيع إلى مالكه، و يطالب المشتري البائع بالثمن المدفوع فيصح ضمان الثمن للمشتري من حين البيع حينئذ، لأنه مال للمشتري ثبت له فى ذمه البائع من حين العقد، و كذا يجرى الكلام فيما لو وقع البيع على الثمن المخصوص فيصح الضمان للبائع عن عهده المثلث.

(٦) إلى رد الثمن إلى المشتري بعد قبض البائع له فيما لو كان البيع على عين شخصيه و قد ظهرت مستحقه للغير و لم يجز المالك العقد الفضولى.

(فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق) للمبيع المعين و لم يجر المالك البيع، أو أجازة و لم يجر قبض البائع الثمن (١)، و مثله تبين خلل فى البيع (٢) اقتضى فسادة من رأس، كتحلف شرط، أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل و المجلس، و الحيوان، و الشرط و تلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمه (٣) المضمون عنه حين الضمان على تقدير طرؤ الانفساخ بخلاف الباطل من أصله و لو فى نفس الأمر (٤).

(و لو ضمن له) (٥) أى للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدثه) المشتري (١) بحيث أجاز المالك العقد الفضولى الواقع على ماله المعين و لم يجر ما وقع من قبض البائع للثمن بل يريد قبضه بيده فكذلك هو لم يجر البيع الواقع بل المعين لأن قبض البائع للثمن من مستلزمات البيع المذكور فلو لم يجر لازمه فهو عدم إجازة للبيع بجميع لوازمه، فيبطل من رأس.

(٢) بحيث أوجب فسخ العقد من رأس، كتحلف بعض شرائط العوضين كتحلف وصف المعلوميه أو اقترن البيع بشرط فاسد، و الشرط الفاسد مفسد للبيع من أصله.

(٣) فلو كان الفسخ موجبا لفسخ العقد من حينه فلم يكن البيع حال الضمان فاسدا مع العلم أن الضمان قد وقع عند البيع، و مع عدم فسادة عند الضمان فزمانه ضمان لما لم يجب فلا يصح.

(٤) و لكن لم يكن معلوم البطلان.

(٥) لو اشترى المشتري أرضا و أراد أن يضع فيها غرسا أو يبنى بناء فلو ظهرت الأرض مستحقة للغير فهل يجوز أن يضمن ضامن حال عقد البيع للمشتري على تقدير ظهور كونها مستحقة و أن المالك الأصلي أراد قلع ما غرسه المشتري أو بناءه، فليضمن له التفاوت الحاصل فى البناء و الغرس بين قيمته ثابتا و بين قيمته مقلوعا.

قيل: لا يصح الضمان كما عن جماعه منهم المحقق بل ظاهرهم أنه المشهور، لأنه ضمان ما لم يجب، لأن المشتري لم يجب له الأرض حال الضمان ضروره عدم استحقاق المشتري ذلك على البائع قبل البناء و الغرس و لا بعد البناء و الغرس، و إنما يستحقه على البائع بعد القلع، فلو كان الضمان من حين البيع فهو ضمان ما لم يجب، و ذهب بعض العامه - كما فى المسالك - و الشهيد فى اللمعه إلى أن الضمان يصح، لأن سبب ضمان الأرض هو استحقاق الأرض لغير البائع و هو موجود حال البيع، و الضمان مصاحب له زمنا.

فالأقوى عدم الصحة كما عليه المشهور، غايته أن غالبهم صرحوا بعدم الصحة سواء كان الضمان - من أجنبى أم من نفس البائع لوجود العله من أنه ضمان ما لم يجب، و خالفهم

فى الأرض (من بناء، أو غرس) على تقدير ظهورها (١) مستحقه لغير البائع، وقلعه (٢) لها (٣)، أو أخذه أجره الأرض (فالأقوى جوازه) لوجود سبب الضمان حاله العقد، و هو كون الأرض مستحقه للغير.

و قيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذ (٤)، و إنما استحققه بعد القلع.

و قيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس العقد (٥) و إن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيداً.

و هو ضعيف (٦)، لأنه (٧) لا يلزم من ضمانه (٨) لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً، ضمانه (٩) بعقده (١٠) مع عدم اجتماع شرائطه التى من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

المحقق فى أن عدم صحه الضمان فيما لو كان من أجنبى، و أما لو كان من نفس البائع فيصح الضمان، لأن الأرض الذى يستحقه المشتري على البائع إنما يستحقه بنفس عقد البيع فالضمان منه يكون تأكيداً لما هو ثابت عليه.

(١) ظهور الأرض.

(٢) أى و قلع غير البائع الذى هو المالك الأصلى.

(٣) للمذكورات مما يحدثه المشتري.

(٤) أى حين البيع قبل البناء و الغرس.

(٥) أى عقد البيع.

(٦) و حاصله أن البائع ضامن للأرض بعقد البيع لأنه قد سلطه على المبيع للانتفاع به مجاناً بعد دفع الثمن، فلو كان الانتفاع فى المبيع موجبا لنقصان ماله أو بذل أجره فيضمن البائع.

و لكن ضمانه بسبب البيع لا يستلزم ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائط عقد الضمان، لأن من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان و المفروض أن الأرض غير ثابت للمشتري على البائع من حين البيع و إنما يثبت بعد القلع فالأقوى عدم صحه الضمان.

(٧) أى البائع.

(٨) أى ضمان الأرض.

(٩) ضمان الأرض.

(١٠) بعقد الضمان.

و تظهر الفائدة (١) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، و نظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه (٢) عهده المبيع لو ظهر معيبا فيطالب المشتري بالأرض، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، و وجه العدم هنا أن الاستحقاق له (٣) إنما حصل بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرض.

و الموجود من العيب حاله العقد ما كان يلزمه (٤) تعين الأرض (٥)، بل التخيير بينه و بين الرد فلم يتعين الأرض إلا بعد الضمان. و الحق أنه (٦) أحد الفردين الثابتين تخيرا حاله البيع، فيوصف بالشبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير.

في ما لو أنكر المستحق القبض

(و لو أنكر المستحق القبض) من الضامن (٧) (فشهد عليه الغريم) و هو (١) أى الفائدة بين الضمانين، و هى ما لو أسقط المشتري عن البائع الأرض الناشئ بسبب البيع فيبقى له الرجوع بالأرض بسبب الضمان لو قلنا بصحته.

(٢) أى ضمان غير البائع، فكما وقع الخلاف فى الضمان للمشتري لدرك الغرس كذلك وقع الخلاف فى ضمان عهده المبيع، و ذلك لو اشترى إنسان عينا ثم ظهر أنها معيوبه بعيب فيثبت للمشتري خيار العيب فلو لم يفسخ فله حق أرض العيب فهل يجوز ضمانه للمشتري أو لا، فعن العلامة فى القواعد أنه يصح الضمان، لأن الأرض جزء من الثمن و هو ثابت من حين عقد البيع فيكون ضمانه ضمانا لما ثبت، و عنه فى التحرير و عن جماعه العدم، لأن استحقاقه للأرض إنما حصل بعد العلم بالعيب، و العلم بالعيب قد حصل بعد عقد البيع، و لأن الأرض لم يكن ثابتا حال العقد لأن الثابت حالته هو العيب، و العيب يوجب التخيير بين الأرض و الرد، فلا يتعين الأرض إلا بالاختيار، و هو لا يكون إلا بعد العقد ف ضمانه حال البيع ضمان لما لم يجب.

(٣) للأرض.

(٤) أى لم يكن يلزمه.

(٥) لأن الثابت هو العيب، و هو موجب للتخيير بين الأرض و الرد.

(٦) أى إلى الأرض.

(٧) لو أنكر المضمون له القبض و قد ادعاه الضامن، فالقول قول المضمون له مع يمينه، لأنه

المضمون عنه (قبل)، لأنه إن كان آمرا بالضمان، فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادته لغيره فتسمع، وإن كان الضامن متبرعا عنه فهو أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد.

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة) (١) بأن تفيده (٢) الشهادة فائده زائده على ما يغرمه (٣) لو لم يثبت الأداء فترد.

منكر لموافقه قوله لأصاله عدم القبض، هذا إذا لم يأت الضامن المدعى للقبض بالبينه.

و لو أتى بالبينه و كان أحد الشاهدين نفس المضمون عنه تقبل، سواء كان الضمان بإذن المضمون عنه أم عدمه، أما مع عدم إذنه بالضمان فواضح، لأن المضمون عنه قد برئت ذمته من الدين و شهادته للضامن بالدفع ليس فيها نفع له، لأن الضامن سواء كان دافعا أم سيدفع فيما بعد لا يرجع على المضمون عنه لعدم الاذن بالضمان، و أما مع إذنه بالضمان فشهادته على أن الضامن قد وقع هي شهادة على نفسه باستحقاق الضامن للرجوع عليه، و هي شهادة على غيره بأنه قد أوصل الحق إلى المضمون له، و هي في كلا شقيها لا نفع له فيها فتقبل.

(١) عدم التهمة شرط في كل شهادة حتى تقبل، و لكن الكلام في المواطن التي يتهم فيها المضمون عنه لو شهد، و قد فرضوا التهمة في صور.

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوع الضامن بما صالح و هو أقل من الحق، و عليه الشهادة المضمون عنه للضامن حينئذ تجر نفعاً لنفسه، لأن الصلح لو لم يثبت لبقى مجموع الدين في ذمه الضامن، و فيه: إنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، و لا حاجة إلى الثبوت بالبينه، و الحاصل إن اعتراف الضامن بأنه أدى أقل من الحق إقرار منه على نفسه فلا يرجع على المضمون عنه إلا بما اعترف به حينئذ، و يسقط الزائد عن المضمون عنه من دون حاجة إلى البينه فتندفع التهمة و لا بدّ من قبول الشهادة حينئذ.

و منها: أن يكون الضامن معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء و يرجع على المضمون عنه، فيدفع المضمون عنه بشهادته عود الحق إلى ذمته.

و منها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، و للمضمون عنه عليه دين، فإنه يوفّر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به.

(٢) بيان للشهادة التي فيها التهمة، و الضمير في (تفيده) راجع إلى المضمون عنه.

(٣) أي ما يغرمه الضامن لو لم يثبت الأداء.

و للتهمة صور: منها أن يكون الضامن معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإنَّ له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، و يرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

و منها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، و للمضمون عنه عليه دين فإنه يوفّر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يضرب به.

و لا فرق في هاتين (١) بين كون الضامن متبرعا، و بسؤال، لأن فسخ الضمان (٢) يوجب العود على المديون على التقديرين (٣)، و مع الإفلاس (٤) ظاهر (٥)

و جعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه (٦) على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع (٧)، فتجر شهادته المضمون عنه تهمه بتخفيف الدين عنه (٨).

و فيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك (٩)، فلا- يرجع به (١٠) و إن لم يثبت (١١) فتندفع التهمة و تقبل الشهادة كما نبه (١) أي هاتين الصورتين.

(٢) في الصورة الأولى، و يجوز له الفسخ لعدم العلم بإعساره.

(٣) و هما الضمان بسؤال أو بتبرع، و مع العود على التقديرين تكون شهادته المضمون عنه للضامن بالأداء دفع لعود الدين عليه فتثبت التهمة.

(٤) في الصورة الثانية.

(٥) لأن المضمون له سيضرب مع الغرماء على تقدير عدم الأداء، و بشهادته المضمون عنه للضامن بالأداء فلا يجوز للمضمون له أن يضرب مع الغرماء و يزداد ما يضرب به المضمون عنه لأنه دائن بحسب الفرض فتثبت التهمة.

(٦) أي رجوع الضامن.

(٧) و هو مقدار ما صالح عليه.

(٨) لسقوط الزائد عنه حينئذ.

(٩) بالصلح على أقل من قدر الحق.

(١٠) أي فلا يرجع الضامن بالزائد.

(١١) أي و إن لم يثبت المضمون عنه أن الضامن قد دفع ما صولح عليه.

عليه المصنف بقوله: (و مع عدم قبول قوله (١) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو غرم الضامن رجع) على المضمون عنه (فى موضع الرجوع) و هو (٢) ما لو كان ضامنا بإذنه (بما أداه (٣) أولا (٤) لتصادقهما (٥) على كونه (٦) هو المستحق فى ذمه المضمون عنه، و اعترافه (٧) بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا، هذا (٨) مع مساواه الأول (٩) للحق، أو قصوره، و إلا (١٠) رجع عليه بأقل الأمرين منه (١١) و من الحق (١٢)، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه (١٣) (١) قول المضمون عنه.

(٢) أى موضع الرجوع.

(٣) أى بما دفعه الضامن من قدر الصلح.

(٤) توصيفه بالأول، لأنه لو لم يستطع الضامن إثبات دعواه بالدفع و إن كان الدفع واقعا فسيُدفع ثانيا لو حلف المضمون له على نفى مدعاه.

و الحكم للمضمون له بناء على رد الشهاده إما للتهمة فى المضمون عنه و إما لعدم العدالة، و مع الحكم للمضمون له فعلى الضامن أن يدفع ثانيه، و الأولى قد دفعها بحسب دعواه، و حينئذ فلو أراد أن يرجع على المضمون عنه حيث يجوز له الرجوع فيرجع بما دفعه أولا، لا بما دفعه ثانيا، لأن ما دفعه ثانيا - باعترااف الضامن و المضمون عنه - ظلم.

(٥) أى تصادق الضامن و المضمون عنه على كون ما أداه أولا هو أداء الدين، فهو الثابت فى الذمه.

(٦) أى كون ما دفعه أولا.

(٧) أى اعتراف الضامن بأن ما أخذه المضمون له ثانيا ظلم فكيف يرجع به على المضمون عنه.

(٨) أى بالرجوع بما أداه.

(٩) أى ما أداه أولا، فمع المساواه فيرجع بما أدى، و أما مع القصور فيكون قد دفع أقل من الحق فلا يرجع إلا بالأقل كما تقدم بيانه سابقا.

(١٠) أى و إن لم يكن مساويا أو أقل، بل كان ما أداه أولا أكثر من الحق فلا يرجع إلا بالحق لأن الزائد متبرع بدفعه فلا يرجع به كما تقدم أيضا.

(١١) مما أداه أولا.

(١٢) فيكون الرجوع بالحق حينئذ، و لو قال الشارح (و إلا رجع عليه بالحق) لكان أولى و أخصر.

(١٣) أى بالزائد على الحق.

و مثله ما لو صدّقه (١) على الدفع و إن لم يشهد، و يمكن دخوله (٢) فى عدم قبول قوله (٣).

(و لو لم يصدّقه (٤) على الدفع) الذى ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أدائه أولا و ادائه أخيرا، لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، و أن المضمون له ظلمه فى الثانى و إن كان الثانى فلم يثبت ظاهرا سواه.

و على ما بيناه (٥) يرجع بالأقل منهما (٦)، و من الحق.

(١) أى الأحكام السابقة المقرره فى شهاده المضمون عنه هى عينها فى ما لو صدّق المضمون عنه الضامن بالدفع و إن لم يشهد.

(٢) أى دخول التصديق.

(٣) لأن عدم قبول قوله سالبه، و السالبه صادقه حتى مع انتفاء موضوعها، لأنه لو لم يشهد يصدق أنه لم يقبل قوله.

(٤) أى لو لم يصدق المضمون عنه الضامن على الدفع الذى ادعاه الضامن، فعن المحقق أن الضامن يرجع بما أداه أخيرا لكونه لم يثبت سواه بظاهر الشرع، و عن غيره أن الضامن يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولا و مما أداه ثانيا كما علّله الشارح هنا.

(٥) أى على ما بينه سابقا من أنه يرجع بأقل الأمرين من المدفوع و من الحق.

(٦) مما دفعه أولا و مما دفعه ثانيا.

فى تعريف الحواله

((الحواله و هى التعهد بالمال من المشغول بمثله (٢) للمحيل (٣). هذا هو القدر (١) قال فى المصباح (و حوّلت الرءاء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، و الحواله بالفتح مأخوذه من هذا، فأحلتة بدينه نقلته إلى ذمه غير ذمتك)، و النصوص الآتیه الداله على أحكامها تدل على مشروعيتها بالالتزام.

(٢) عرّفت كما فى الشرائع بأنها (عقد شرّع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله) و تحويل المال يفيد أنها ناقله للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و منه سميت حواله، و قيد (مشغوله بمثله) صفه للذمه المتحول إليها المال، و هى ذمه المحال عليه، و عليه فيشترط فى الحواله أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل بمثل ما أحال، و عليه فتخرج الحواله على البرىء. هذا مع أن الحواله على البرىء عند البعض حواله بل هو المشهور كما ستسمع و مع ذلك عرّفها بما سمعت فحاول دفع الإشكال بأحد طريقين:

الأول بأننا نعرّف الحواله المتفق عليها لا المختلف فيها، الثانى أن الحواله على البرىء أشبه بالضمان، فهذا المصداق كأنه من غير مصاديق الحواله، فلا يأتى الإشكال بأن التعريف غير جامع، و ردّه فى المسالك: (و لا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حواله فى الجمله).

هذا و الماتن هنا عرّفها بما سمعت و المعنى أنها تعهد بمال من المحال عليه الذى ذمته مشغوله بمثل ما تعهد، و ذمته مشغوله للمحيل، و تخرج الحواله على البرىء أيضا من هذا التعريف، و يأتى أحد الطريقين لإدخالها.

(٣) أى المديون الذى له فى ذمه المحال عليه دين.

المتفق عليه من الحواله (١)، وإلا- فالأقوى جوازها على البرىء (٢)، للأصل، لكنه (٣) يكون أشبه بالضمان، لاقتضائه (٤) نقل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه بريئه، فكأن المحال عليه بقبوله لها (٥) ضامن لدين المحتال (٦) على المحيل (٧)، و لكنها (٨) لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحواله (٩) فتلحقها أحكامها.

فى اشتراط رضى الثلاثة

(و يشترط فيها رضى الثلاثة (١٠) (١) هذا الطريق الأول لحل إشكال خروج الحواله على البرىء من التعريف.

(٢) على المشهور، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، ولأصله عدم اشتراط كونه مديونا للمحيل، وللشيخ قول بالبطلان و تبعه القاضى و ابن حمزه لأصله عدم ترتب الأثر على الحواله على البرىء، و عن جامع المقاصد و الشهيدين أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى أن الحواله هل هى استيفاء أو استيعاض، فعلى الأول تجوز، كما جاز الضمان من البرىء لأنه وفاء دين، و على الثانى لا تجوز، لأن العوض متوقف على كون المحال عليه مشغول الذمه للمحيل حتى يجوز للمحال الذى هو الدائن أن يأخذ عوض دينه من المحال عليه.

و عن الفاضل الجواد فى مفتاح الكرامه أن هذا من تخريجات الشافعيه، و إنما هى أصل برأسه و عقد منفرد كما صرح بذلك جماعه.

(٣) أى المذكور من الحواله على البرىء، و هذا هو الطريق الثانى لحل الإشكال السابق.

(٤) أى الضمان.

(٥) للحواله.

(٦) أى المحال الذى هو الدائن.

(٧) متعلق بالدين.

(٨) أى الحواله على البرىء.

(٩) رد للطريق الثانى.

(١٠) و هم المحيل و هو المديون، و المحال و هو الدائن، و المحال عليه و هو الذى اشتغلت ذمته للمديون بمثل ما أحال عليه.

و اعتبار رضا المحيل و المحال موضع وفاق، لأن المحيل قبل الإحاله مديون و هو مخير فى جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً فيتعين رضاه، و لأن المحال قبل الإحاله دائن، و حقه ثابت فى ذمه المحيل فلا يلزم بالنقل إلى ذمه أخرى إلا برضاه.

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

أما رضى المحيل و المحتال (١) فموضع وفاق، و لأن من عليه الحق (٢) مخير فى جهات القضاء من ماله، و دينه المحال به من جملتها (٣)، و المحتال حقه ثابت فى ذمه المحيل فلا يلزمه نقله إلى ذمه أخرى بغير رضاه، و أما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور، و لأنه (٤) أحد أركان الحوالة، و لاختلاف الناس فى الاقتضاء سهوله، و صعوبه.

و فيه نظر. لأن المحيل (٥) قد أقام المحتال مقام نفسه فى القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحق (٦)، كما لو و كله فى القبض منه.

و اختلاف (٧) الناس فى الاقتضاء لا- يمنع من مطالبه المستحق (٨)، و من نصبه (٩) و أما المحال عليه الذى اشتغلت ذمته للمديون فاشتراط رضاه هو المشهور للإجماع، و لأنه أحد أركان الحوالة فكان كأخويه فى الرضا، و لاختلاف الناس فى استيفاء ديونهم سهوله و صعوبه، و قد كان استيفاء دينه على يد المحيل فنقله على يد المحال متوقف حينئذ على رضاه، و فيه: أما الإجماع فموهون فقد خالف المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و مال إليه العلامة فى المختلف و هو خيره جماعه آخرين و مع مخالفتهم كيف يتحقق الإجماع نعم هو مشهور، و المشهور الفتاوى لا حجه فيه.

و عن الثانى أن المحيل قد أقام المحال مقام نفسه فى القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق و هو المحال عليه.

و عن الثالث فاختلاف الناس فى الاستيفاء لا يمنع من مطالبه المستحق للدين و هو المحيل بدينه و لو من خلال من ينصبه و هو المحال.

(١) و هو المحال.

(٢) و هو المحيل فهو المديون.

(٣) أى جملة جهات القضاء.

(٤) الإتيان بالواو يفيد أن ما قبله دليل مستقل، و التعبير عنه بالمشهور مع أن دليلهم الأول الإجماع من باب التنبيه على أن الإجماع المدعى هو من قبيل المشهور ليس إلا.

(٥) رد للدليل الثانى من أنه أحد أركان الحوالة.

(٦) و هو المحال عليه.

(٧) رد للدليل الثالث.

(٨) و هو المحيل.

(٩) و هو المحال.

خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا، ووصفا، فعدم اعتباره (١) أقوى.

نعم لو كانا مختلفين، و كان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك (٢) بمنزله المعاوضه الجديده فلا بد من رضى المتعاضين (٣)، و لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور (٤) أيضا، و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما (٥)، لأن الحواله عقد لازم لا- يتم إلا بإيجاب و قبول، فالإيجاب من المحيل، و القبول من المحتال.

و يعتبر فيهما (٦) ما يعتبر فى غيرهما (٧) من اللفظ العربى، و المطابقه، (١) أى عدم اعتبار رضا المحال عليه.

(٢) و هو استيفاء مثل حق المحال.

(٣) و هما المحال و المحال عليه.

(٤) و المحذور هو اعتبار رضا المتعاضين فى المعامله الجديده الشامل لرضا المحال عليه، و زواله لأن المحال قد رضى بأخذ ما على المحال عليه عوضا عن دينه، فلا بد من الدفع إليه من قبل المحال عليه، لأن المحال عليه مديون للمحيل و يجب عليه الدفع لو طالبه صاحب الدين أو من نصبه، و الحاصل أنه لا يشترط رضا المحال عليه.

(٥) لا يشترط فى رضا المحال عليه أن يقع عند عقد الحواله كما يشترط فى رضا المحيل و المحال، لأن الحواله عقد لا بدّ فيها من إيجاب و قبول، و الإيجاب من المحيل و القبول من المحال، فرضاهما مشروط بكونه عند العقد، بخلاف رضا المحال عليه على تقدير اعتباره، فلا دليل على كون رضاه معتبرا عند العقد بل يكفى مطلق الرضا سواء تقدم على العقد أم تأخر فضلا عن المقارنه، هذا و يأتى إشكال على ما قرره الشارح من أن الحواله لو كانت قائمه بين المحيل و المحال فقط فلا معنى لتعريفها بأنها تعهد بالمال، لأن التعهد عمل من المحال عليه، و قد ثبت بناء على ما تقدم أن الحواله معامله بين شخصين لم يكن هو أحدهما.

(٦) فى إيجاب الحواله و قبولها، هذا و الحواله معامله بين المحيل و المحال، لأن المحيل ينقل دين الثانى من ذمه إلى ذمه و لذا اعتبرنا رضاهما سابقا و إذا كانت معامله فهى عقد، و العقد مؤلف من الإيجاب و القبول.

(٧) من إيجاب و قبول العقود اللازمه، و قد تقدم أن المشهور اشترط فى العقد اللازم أن يكون باللفظ الصريح العربى و بالماضى مع عدم الفصل بين الإيجاب و القبول، و قد تقدم أكثر من مره أنه لا دليل عليه، و أنه يكفى صدق العقد على ذلك عرفا و عليه فيصح الإنشاء

وغيرهما، وأما رضى المحال عليه فيكفى كيف اتفق متقدما، ومتأخرا، ومقارنا، و لو جَوَزنا الحواله على البرىء اعتبر رضاه (١) قطعا، ويستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء (٢) فلا يعتبر رضى المحيل قطعا، لأنه وفاء دينه بغير إذنه.

و العبارة عنه (٣) حينئذ (٤) أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذى لك على فلان على نفسى فيقبل (٥)، فيقومان (٦) بركن العقد. و حيث تتم الحواله تلزم (٧)، (فيتحول فيها المال) من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه (كالضمان) عندنا، و يبرأ المحيل من حق المحال بمجردهما (٨) و إن لم يبرئه المحتال، و القبول بكل ما يدل عليه من لفظ صريح أو مع قرينه، أو فعل أو كتابه، بالعربى و غيره.

(١) أى رضا المحال عليه، لأن إلزامه بدفع مال غير مطالب به متوقف على رضاه كما هو واضح.

(٢) فلو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا- يعتبر رضا المحيل، لأن المحال عليه بتبرعه يوفى دين المحيل، و يجوز وفاء دين الآخرين بغير إذنه، و عليه فتكون الحواله هنا قائمه بين المحال و المحال عليه كما ذهب إليه العلامة فى القواعد و الشارح.

و فيه: إن ما فرض ليس حواله، بل هو ضمان و قد تقدم عدم اعتبار رضا المضمون عنه.

(٣) عن عقد الحواله.

(٤) حين تبرع المحال عليه.

(٥) أى يقبل المحال.

(٦) أى يقوم كل واحد منهما.

(٧) الحواله عقد لازم لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) هذا من جهه و من جهه ثانيه فالحواله تفيد نقل المال و تحويله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و هو موضع وفاق بيننا، و خالف زفر من العامه فجعلها بمعنى الضم كالضمان عندهم، و فيه: إن الحواله مشتقه من التحول بخلاف الضمان فقد يشتق من الضم و إن كان الأصح أنه مشتق من الضمن كما تقدم.

(٨) أى بمجرد الحواله سواء أبرأه المحال أم لا على المشهور للأخبار:

ص: ١٦٣

لدلاله التحول عليه (١) في المشهور.

(و لا يجب) على المحتال (قبولها على الملىء (٢)، لأن الواجب أداء الدين، و الحواله ليست أداء و إنما هي نقل له من ذمه إلى أخرى فلا- يجب قبولها عندنا، و ما ورد من الأمر بقبولها على الملىء على تقدير صحته محمول على الاستحباب، (و لو ظهر إيساره) حال الحواله (٣) بعدها (٤)(فسخ المحتال) إن شاء، سواء شرط منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحيل على الرجل الدراهم، أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك)(١)، و إذا كان الخبر دالا على براءة ذمه المحيل فلا يجوز للمحال أن يطالبه سواء أبرأه أم لا، و خبر عقبه عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ - أى يرجع المحتال -، قال عليه السلام: لا) ٢ و مثلها غيرها.

و عن الشيخ و أبي الصلاح و القاضي و ابن الجنيد اعتبار براءة المحال و إلا لا تبرأ ذمه المحيل لصحيح زراره عن أحدهما عليه السلام (فى الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر، فيقول الذى احتال: برئت من مالى عليك، فقال عليه السلام: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله)٣، و الخبر لا يصلح لمعارضه ما تقدم على أنه يمكن حمله على نحو يقتضى الجمع بين الأخبار.

(١)على الإبراء.

(٢)إذا أحال المحيل دائئه على الغنى الموسر فلا- يجب على المحال قبول الحواله، بلا- خلاف فيه، لأن الواجب أداء الدين و الحواله ليست أداء، بل هي نقل الدين من ذمه إلى أخرى، و لا يجب القبول على الدائن، و خالف داود الظاهري فقال بالوجوب للنبوى (إذا أحيل أحدكم على الملى فليحتل)(٢) و هو غير وارد من طرقنا، و لا جابر له، و على تقدير صحته فهو محمول على الاستحباب أو الإرشاد.

(٣)متعلق بالإعسار.

(٤)متعلق بقوله (ظهر)، هذا و لو رضى المحال بالحواله و كان المحال عليه فقيرا مع علم المحال بذلك لزمتم الحواله، و كذا إذا كان موسرا ثم تجدد فقره بعد الحواله، بلا خلاف و لا إشكال، لأن الحواله من العقود اللازمة، و مع رضا المحال و بقيه الشرائط تنعقد

ص: ١٦٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الضمان حديث ٣ و ٤ و ٢.

٢- (٤) جواهر الكلام ج ٢٦ ص ١٦٦.

يساره أم لا، و سواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر عملاً بالاستصحاب (١).

و لو انعكس بأن كان موسراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط.

فى ترامى الحواله

(و يصح ترامى (٢) الحواله) بأن يحيل المحال عليه المحتال، على آخر ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، و هكذا و يبرأ المحال عليه فى كل مرتبه (٣) كالأول (٤)، (و دورها) (٥) بأن يحيل المحال عليه فى بعض المراتب على المحيل الأول، و فى و تلزم، فلا يجوز فسخها فيما بعد، و لدلاله الأخبار على ذلك كخبر منصور بن حازم و خبر عقبه المتقدمين.

و أما لو كان المحال عليه معسراً حال الحواله و لم يطلع المحال على ذلك ثم علم بعد ذلك كان له الفسخ و العود على المحيل بلا خلاف فيه لقاعده الضرر و لخبر منصور المتقدم بحسب ذيله.

ثم إذا ثبت الخيار و تجدد اليسار للمحال عليه فهل يرتفع خياره وجهان: من زوال الضرر فيجب أن يزول الخيار، و من أن الخيار قد ثبت فيستصحب عند الشك بارتفاعه.

(١) استصحاب الخيار الثابت.

(٢) إذا أحال المديون دائنه على مديونه فهذه هى الحواله الأولى، فيصح للمحال عليه أن يحيل المحال على رابع مشغول الذمه أو بريئها على الخلاف المتقدم، و يصح للرابع المحال عليه أن يحيله على خامس و هكذا و هو المراد بترامى الحواله.

و الترامى لا خلاف فيه و لا إشكال، لأن الحواله الأولى صحيحة فالثانيه و ما بعدها يجب القول بصحتها لاجتماع شرائط الصحة مع عدم المانع و لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و فى الترامى يتعدد المحال عليه، مع أن المحال واحد فى الجميع، و فى الجميع أيضاً تبرئ ذمه المحيل و تشتغل ذمه المحال عليه، فإذا صار المحال عليه محيلاً فتبرأ ذمته و تشتغل ذمه غيره الذى أحال عليه الدين و هكذا.

(٣) لأنه محيل.

(٤) أى كالمحيل الأول.

(٥) كما يصح الترامى يصح دورها، و الدور أن يرجع المحيل الأول أو المحيل الثانى فى المرتبه

ص: ١٦٥

الصورتين (١) المحتال متحد، و إنما تعدد المحال عليه.

(و كذا الضمان) (٢) يصح ترامي به بأن يضمن الضامن آخر، ثم يضمن الآخر ثالث، و هكذا.

و دوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب، و منعه، (٣) الشيخ الثانيه أن يرجع محالا عليه، فلو أحال المديون زيدا الدائن على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحال بكر زيدا على خالد ثم أحال خالد زيدا على المديون الأول، أو على عمرو الذي هو المحيل في الرتبة الثانيه لدارت الحواله.

و الدور جائز بلا خلاف فيه بعد اجتماع شرائط الصحه مع عدم المانع فيندرج تحت عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(١) صورته ترامي الحواله و صورته دورها.

(٢) لا خلاف و لا إشكال في ترامي الضمان بحيث لو ضمن المال ضامن، فيصح أن يضمنه عنه آخر، و هكذا إلى عده ضماناء، لتحقق شرط الضمان و هو ثبوت المال في ذمه المضمون عنه، و يرجع كل واحد من الضماناء على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه.

و كما يصح الترامي يصح دور الضمان، بأن يضمن الأصيل و هو المضمون عنه ضامنه، أو ضامن ضامنه و إن تعدد، لعدم المانع، و يسقط بذلك الضمان و يرجع الحق كما كان.

و عن الشيخ في المبسوط المنع من دور الضمان، لصيروره الفرع فيه أصلا و الأصل فيه فرعاً، فالفرع هو الضامن و الأصل هو المضمون عنه، فلو صح الدور كان الضامن مضمونا عنه، مع أن الضامن فرع فكيف يكون أصلا، و لعدم الفائدة في الدور إذ يرجع الحق على ما كان.

و ردّ بأن جعل الفرع أصلا و الأصل فرعاً ليس بمانع، فالضامن فرع في ضمان و هو أصل في ضمان آخر و لا إشكال فيه فالاختلاف في الأصلية و الفرعية لا يصلح للمانعيه، و أما الفائدة فإنه لو وجد المضمون له الأصيل الذي صار ضامنا وجده معسرا و نحو ذلك فإن له الفسخ و الرجوع على الضامن السابق، و بأن يضمن المضمون عنه الدين الثابت في ذمه الضامن بحيث يكون الضمان حالا و الدين مؤجلا أو بالعكس و هذه فائده ثانيه.

(٣) أي منع الدور.

ص: ١٦٦

رحمه الله لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، و لعدم الفائدة، و يَضَعُفُ بأن الاختلاف فيهما (١) غير مانع، و قد تظهر الفائدة (٢) في ضمان الحال مؤجلاً (٣)، و بالعكس (٤)، و في الضمان بإذن (٥) و عدمه (٦). فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه. لا على الأصل، و إنما يرجع عليه (٧) الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

و أما الكفالة فيصح تراميها (٨)، دون دورها (٩) لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر منها.

(١) في الأصلية و الفرعية.

(٢) فائده الدور.

(٣) بحيث كانت ذمه المضمون عنه مشغولة بدين حال فضمنه الضامن بضمان حال، ثم قام المضمون عنه و ضمنه بضمان مؤجل، فهو غير مطالب بالدفع إلا بعد الأجل، مع أن الدين قبل الضمان كان حالاً.

(٤) بحيث كانت ذمه المضمون عنه مشغولة بدين مؤجل فضمنه ضامن بضمان مؤجل، ثم قام المضمون عنه و ضمنه بضمان حال، فهو مطالب بالدفع الآن، مع أن الدين قبل الضمان كان مؤجلاً.

(٥) يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إن وقع الضمان بإذنه على ما تقدم، و عليه فلو ترمى الضمان، فالضامن الأول يرجع على المضمون عنه، و الضامن الثانى يرجع على الأول و هكذا، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصل فيجوز له أن يرجع على الضامن الثانى بما دفع، مع أنه لو قلنا باستحالة الدور فسيرجع عليه الضامن الأول و يغرم من دون أن يرجع على أحد و هذه فائده الدور مع الاذن.

(٦) قد تقدم عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه إن كان الضمان بغير إذن، لأنه متبرع، و عليه فالضامن الأول لا يرجع على المضمون عنه، و لا الثانى على الأول، و لا الثالث على الثانى، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصل فلا يجوز له أن يرجع على الضامن الثانى على الضامن الثانى، مع أنه قبل الدور لن يغرم المضمون عنه بشيء لأن الضامن الأول لا يجوز له الرجوع.

(٧) أى على الأصل.

(٨) بلا خلاف و لا إشكال لوجود المقتضى مع عدم المانع، أما المقتضى فهو التعهد بإحضار نفس و يصح أن يتعهد الثانى عن الأول بإحضار الغريم كما صح للأول التعهد بإحضاره و هكذا، و لا يتصور هنا مانع.

(٩) الدور أن يتكفل المكفول الأول الكفيل الأخير، و المعنى أن يتعهد الأول بإحضار زيد، ثم

(و) كذا تصح (الحواله بغير جنس الحق (١) الذى للمحتال على المحيل بأن يكون له عليه (٢) دراهم فيحيله على آخر بدنانير (٣)، سواء جعلنا الحواله استيفاء أم اعتياضاً، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضى (٤). و كذا المعاوضه على الدراهم بالدنانير.

و لو انعكس (٥) تكفل الثانى عن الأول بإحضار زيد، ثم الثالث عن الثانى و هكذا، و هذا هو الترامى، فلو أتى نفس زيد المكفول إلى المكفول له و تعهد بإحضار نفسه عن الكفيل الأخير بطلت الكفالات السابقه، لأن نفس حضوره يوجب براءه من تكفل بإحضاره سابقاً.

(١) بحيث يكون على المحيل مائه درهم، و له عشره دنانير على المحال عليه فلو أحال المحال بالدنانير التى له فى ذمه المحال عليه فلا إشكال من ناحيه المحال عليه، لأنه يجب عليه دفع الدنانير العشره، فدفعها إلى المحال جائز لأنه دفع إلى وكيل الدائن كما هو واضح.

و إنما الكلام فى أن المحال له فى ذمه المحيل مائه درهم فكيف أحاله بعشره دنانير مع أن الحواله قائمه على الإحاله بنفس الدين الثابت فى ذمه المحيل، و هو مندفع لأن الحواله إما استيفاء و إما اعتياض، و على الأول فيجوز للمحيل أن يفى دينه بغير جنسه مع التراضى مع المحال الدائن، و على الثانى فيجوز المعاوضه على الدين الذى هو دراهم بالدنانير.

(٢) أى للمحال على المحيل مائه درهم.

(٣) متعلق بقوله (فيحيله).

(٤) بين المحيل و المحال على ما تقدم بيانه.

(٥) بأن أحال المحال بالدراهم التى له على المحال عليه الذى اشتغلت ذمته بالدنانير، فهى إحاله الدراهم على الدنانير، فقد ذهب الشيخ فى أول باب الحواله من مبسوطه و ابنا زهره و حمزه و القاضى إلى أنه يشترط تساوى المالين فى صحه الحواله، و التساوى هو وحده الجنس و النوع و الصفه، بل عن التذكرة أنه من مشاهير الفقهاء وجوب التساوى بين الدينين، و دليلهم التفصى من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا ما عليه، و جواز دفع شىء من جنس غير جنس الدين الثابت عليه معاوضه مستقلة لا تقتضيها نفس الحواله.

و عن الشيخ فى موضع آخر من باب الحواله فى المبسوط و العلامه فى التذكرة و التحرير و الفاضل المقداد فى التنقيح و ثانى المحققين و الشهيدين الجواز، لأن الحواله إما أن يشترط فيها رضا المحال عليه أو لا، و على الأول فالمحال عليه قد رضى بدفع مثل ما عليه و إن لم يكن من جنس ما عليه فيتعين الجواز سواء قلنا بأن الحواله استيفاء أم اعتياض.

فأحاله (١) بحقه (٢) على من عليه مخالف (٣) صح أيضا بناء على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضا بتقريب التقرير (٤)، ولا- يعتبر التقابض فى المجلس حيث تكون (٥) صرفا، لأن المعاوضه على هذا الوجه (٦) ليست بيعا، و لو لم يعتبر رضى المحال عليه صح الأول (٧)، دون الثانى (٨)، إذ لا- يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه، و خالف الشيخ رحمه الله و جماعه فيهما (٩) فاشتروا تساوى المحال به و عليه (١٠) جنسا و وصفا، استنادا إلى أن الحواله تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلا- و له على المحال دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم (١١) و لم يقع عقد يوجب ذلك، و على الثانى فمع عدم رضا المحال عليه فهو متوقف على صحه الحواله على البرىء، فإن قلنا بالجواز هناك نقول به هنا و إلا فلا إذ لا يجب على المحال عليه إلا دفع الدنانير فكيف يجب عليه دفع الدراهم.

(١) أى أحال المحيل المحال.

(٢) أى بالدراهم.

(٣) و هو الدنانير.

(٤) أى التقرير الوارد فى الصورة السابقه بحيث لو كانت الحواله استيفاء فوفاء الدين من غير الجنس مع التراضى جائز، إلا أن التراضى هنا بين المحال و المحال عليه، و لو كانت اعتياضا فالمعاوضه على الدنانير الثابته فى ذمه المحال عليه بدفع دراهم بدلا عنها جائز أيضا مع التراضى بين المحال و المحال عليه.

(٥) الحواله بناء على أنها معاوضه.

(٦) و هو الحواله.

(٧) أى الصورة السابقه، لأن المحال عليه سيدفع الدنانير الذى فى ذمته على كل حال، فدفعها إلى المحال من دون رضاه جائز، لأن المحال بمنزله و كيل الدائن فى القبض.

(٨) أى العكس، لأن المحال عليه لا- يجب عليه دفع إلا- ما اشتغلت به ذمته، و هو مطالب هنا بدفع الدراهم و ذمته مشغوله بالدنانير، فلا يجب دفع الدراهم مع عدم رضاه.

(٩) أى فى الصورة السابقه و عكسها، و قد عرفت أن النزاع مع الشيخ و جماعه فى خصوص العكس، و يشهد له نفس أدلته التى أوردها الشارح هنا.

(١٠) أى و المحال عليه من المال.

(١١) و هذا لا يتم إلا إذا كانت الحواله بالدراهم على الدنانير و هى عين العكس المتقدم.

لأننا (١) إن جعلناها استيفاء كان المحتال بمنزله من استوفى دينه و أقرضه المحال عليه و حقه (٢) الدراهم، لا الدنانير (٣)، و إن كانت معاوضه فليست (٤) على حقيقه المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل (٥) من جنس مال، أو زياده قدر، أو صفه، و إنما هي معاوضه ارفاق، و مسامحه للحاجه، فاعتبر فيها (٦) التجانس و التساوى (٧)، و جوابه يظهر مما ذكرناه (٨).

فى أنه تصح الحواله بدین

(و كذا) تصح (الحواله (٩) (١) من تتمه استدلال الشيخ، و حاصله أن الحواله لا تخلو من أحد الأمرين و كلاهما باطل.

(٢) أى حق المحال.

(٣) فكيف تتحول دراهم المحال إلى الدنانير، مع أن الثابت فى ذمه المحال عليه دنانير فقط.

(٤) أى الحواله.

(٥) المعاوضه بين جنسين مبنيه على أن كل طرف يريد تحصيل ما ليس بحاصل عنده، و لذا يبذل ما عنده بما عند الآخر، و تحصيل ما ليس عنده إنما يكون لتحصيل جنس المال أو زياده قدره أو صفه غير موجوده فى ماله.

(٦) فى الحواله.

(٧) فى القدر و الصفه.

(٨) بناء على اشتراط رضا المحال، فمع رضاه يجوز دفع مثل ما عليه، و مع عدم الرضا تصح بناء على صحه الحواله على البرىء.

(٩) تحرير المسأله متوقف على مقدمه، و هى أن الضمان عندنا ناقل للمحال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن كما تقدم، و ليس الضمان ضاماً ذمه الضامن إلى ذمه المضمون عنه كما عليه مخالفونا هذا من جهه و من جهه أخرى لو كان لشخص على اثنين دين بمقدار ألف درهم مثلاً، فعلى كل واحد خمسمائه، فإذا ضمن كل واحد منهما صاحبه فإما أن يقتربا و إما أن يتلاحقا، و على الأول ينتقل ما فى ذمه كل واحد منهما إلى الآخر و يبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائه فى ذمه كل واحد منهما، و على الثانى يجتمع الدين بتمامه فى ذمه الأخير، لأن نصفه ثابت فى ذمه الآخر بالدين و النصف الآخر قد ثبت بالضمان، و بعد ثبوت الجميع فى ذمه الآخر ينتقل الجميع إلى ذمه الضامن الثانى لتأخر ضمانه إذا تقرر ذلك فلو أحال صاحب الألف ثالثاً عليهما بالألف فى صورته ضمانهما مقترنين، فالمحال يأخذ من كل واحد منهما خمسمائه لعدم تأثير الضمان من هذه الحثيه كما تقدم.

و منع الشيخ فى المبسوط هذه الحواله، لأن فيها زياده ارتفاق، حيث إن المحال مخير

بدين عليه لواحد (١) على دين (٢) للمحيل على اثنين (٣) (متكافلين) أى (٤) قد ضمن كل منهما ما فى ذمه صاحبه دفعه واحده، أو متلاحقين مع إرادته الثانى ضمان ما فى ذمه الأول فى الأصل (٥)، لا مطلقا (٦)، لئلا يصير المالان فى ذمه الثانى (٧)، ووجه جواز الحواله عليهما ظاهر، لوجود المقتضى (٨) للصحه، وانتفاء المانع، إذ ليس (٩) إلا- كونهما متكافلين، وذلك (١٠) لا يصلح مانعا (١١)، ونبه بذلك على الرجوع بالألف على كل واحد منهما، بعد ثبوت الألف فى ذمه كل واحد منهما، نصفه بالدين و نصفه بالضمان، وهذا التخيير فى الرجوع ارتفاق لم يكن من قبل الحواله، فلا تصح لأنه يشترط فى الحواله مساواه الدينين قدرا و جنسا و وصفا فمن ناحيه الوصف فالمحال كان دينه على واحد و قد أصبح دينه على اثنين مخيرا بينهما، وهذا زياده فى الصفه.

وفيه: إن الرجوع بالألف على كل واحد من الضامين مبنى على كون الضمان بمعنى الضم، و هو مذهب مخالفينا، و أما على كون الضمان ناقلا للمال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن فلم يثبت فى ذمه كل واحد من الضامين إلا الخمسمائه كما لو كان الأمر قبل الضمان، فلا ارتفاق.

و لو سلم ذلك فليس مطلق الارتفاق مانعا من الحواله و إلا لما جازت الحواله على من هو أملى منه و أحسن وفاء.

(١) متعلق بقوله (بدين عليه) و هذا الواحد هو المحال.

(٢) متعلق بقوله (تصح الحواله).

(٣) متعلق بقوله (على دين).

(٤) تفسير للتكافل.

(٥) دون ما تحول إليه بسبب الضمان.

(٦) أى الأعم من الأصل و ما بالضمان.

(٧) و يصير المالان فى ذمه الثانى إذا ضمن ما فى الأصل و ما بالضمان، و كان ضمانه متأخرا عن ضمان الأول.

(٨) من ثبوت المال المحال به فى ذمه المحال عليه.

(٩) أى إذ ليس المانع.

(١٠) أى و كونهما متكافلين.

(١١) لأن التكافل مقترنين يبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائه فى ذمه كل واحد منهما.

خلاف الشيخ رحمه الله حيث منع منه (١)، محتجا باستلزامها (٢) زياده الارتفاق، و هو (٣) ممتنع في الحواله، لوجوب موافقه الحق المحال به للمحال عليه من غير زياده و لا نقصان قدرا و وصفا (٤).

و هذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمه إلى ذمه، فيتخير حينئذ (٥) في مطالبه كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمه صاحبه فيبقى الأمر كما كان، و مع تسليمه (٦) لا يصلح للمانع، لأن مطلق الارتفاق بها (٧) غير مانع إجماعا، كما لو أحاله على أملى منه و أحسن وفاء.

في أنه لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع

(و لو أدى المحال عليه (٨) فطلب الرجوع) بما أداه على المحيل (١) من جواز الحواله على المتكافلين.

(٢) أى باستلزام الحواله على المتكافلين.

(٣) أى زياده الارتفاق.

(٤) ففي الحواله عند الشيخ يكون المحال مخيرا بالرجوع بالألف على كل واحد من المتكافلين مع أنه قبل الحواله كان له الرجوع على واحد و هو المحيل صاحب الألف فاختلفت الصفه بين المالين.

(٥) أى حين القول يكون الضمان ضامًا.

(٦) أى تسليم كون الحواله مستلزمه لزياده الارتفاق بناء على أن الضمان بمعنى الضم كما عليه مخالفونا.

(٧) أى بالحواله.

(٨) قد تقدم صحه الحواله على البرىء كما هو المشهور، و عليه فالحواله لا تدل على ثبوت دين للمحيل على المحال عليه، لأن الأعم لا يدل على الأخص، و عليه أيضا لو صدرت الحواله على زيد، فقام المحال عليه و أدى ما حوّل عليه ثم طالب المحيل بما دفع منكرا لثبوت دين للمحيل عليه، فأنكر المحيل ذلك و قال: إنما حوّلتك عليك لثبوت دين لى عليك حينئذ.

فالقول قول المحال عليه مع يمينه، لأن المحيل يدعى الدين على المحال عليه، و المحال عليه ينكره، و الأصل براءة ذمه المحال عليه من دين المحيل.

و أما لو قلنا بانحصار الحواله على مشغول الذمه ثم اختلف المحال عليه و المحيل بما

(لإنكاره (١) الدين) و زعمه أن الحواله على البرىء بناء على جواز الحواله عليه (٢) (و ادعاه (٣) المحيل، تعارض الأصل (٤) و هو براءه ذمه المحال عليه من دين المحيل (و الظاهر) (٥) و هو كونه (٦) مشغول الذمه، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه (٧) (و الأول) و هو الأصل (أرجح) (٨) من الثانى حيث يتعارضان غالباً، و إنما يتخلف فى مواضع نادره (٩) (فيحلف) المحال عليه على أنه برىء من دين المحيل، (و يرجع) عليه (١٠) بما غرم، (سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحواله، أو الضمان (١١) لأن الحواله على البرىء أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

سمعت، لم يقبل قول المحال عليه فى نفى الدين لاقتضاء الحواله هنا ثبوته، فالمحال عليه ينكر الدين و يوافقه الأصل من براءه ذمته من دين المحيل إلا أنه يدعى فساد الحواله التى صدرت، حيث يدعى أنها حواله على البرىء، و هى باطله لاشتراط الحواله على مشغول الذمه كما هو الفرض، و المحيل يدعى الدين و يوافقه الظاهر من صحه الحواله حيث يدعى أنها حواله على مشغول الذمه، و مدعى الصحه مقدم.

(١) أى إنكار المحال عليه.

(٢) أى على البرىء، و هذا هو الشق الأول المتقدم.

(٣) أى ادعى الدين.

(٤) الموافق لقول المحال عليه.

(٥) الموافق لقول المحيل.

(٦) أى كون المحال عليه.

(٧) و فيه: إنه لا- ظاهر هنا لأن الكلام مبنى على جواز الحواله على البرىء، فالحواله غير ظاهره فى كون المحال عليه مشغول الذمه، فيجب تقديم الأصل من دون معارضه الظاهر له على ما تقدم شرحه.

(٨) بل هو متعين هنا لعدم وجود الظاهر كما عرفت.

(٩) بسبب الدليل الخاص.

(١٠) أى و يرجع المحال عليه على المحيل.

(١١) فلو كان العقد بلفظ الحواله فواضح، لأن العقد عقد لها، و لو كان بلفظ الضمان فيصح إرادته الحواله على البرىء من لفظ الضمان، لأنها أشبه بالضمان على ما تقدم، بل غير المشهور قد جعلها من مصاريف الضمان.

و أيضا فهو (١) يطلق على ما يشملهما (٢) بالمعنى الأعم (٣) فيصح التعبير به عنها (٤).

و يحتمل الفرق (٥) بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان، دون الحواله عملا- بالظاهر، و لو اشترطنا فى الحواله اشتغال ذمه المحال عليه بمثل الحق (٦) تعارض أصل الصحة (٧) و البراءه (٨) فيتساقطان، و يبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه (٩) فيرجع عليه (١٠)، و لا يمنع وقوع الإذن فى ضمن الحواله الباطله (١) أى الضمان.

(٢) أى يشمل الحواله و الضمان.

(٣) و هو إرادته مطلق التعهد لمطلق المال.

(٤) أى فيصح التعبير بالضمان عن الحواله على البرىء.

(٥) بحيث يقبل قول المحال عليه لو كان العقد بلفظ الضمان، لحمل الضمان على المعهود منه، لأن المحال عليه حينئذ ضامن و الضامن أعم من مشغول الذمه و بريئها.

بخلاف ما لو كان العقد بلفظ الحواله بعد حمل الحواله على المعهود منها، و ظاهرها حينئذ أنها على مشغول الذمه فلا يقبل قول المحال عليه، بل يقدم قول المحيل مع يمينه لموافقته لهذا الظاهر.

و فيه: إن الحواله بناء على ما هو المفروض من صحتها على البرىء لا تدل بظاهرها على أنها محل مشغول الذمه.

(٦) و هذا هو الشق الثانى من المسأله.

(٧) الموافق لقول المحيل.

(٨) الموافق لقول المحال عليه، و قد عرفت أنه يقدم الظاهر حينئذ لتقديم مدعى الصحة، و هذا ما صرح به فى المسالك، نعم قال عقيب ذلك (و يمكن على هذا أن يقال تساقط الأصلان، وبقى مع المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين، و هو حسن، فإن قيل: الإذن فى الأداء إنما وقع فى ضمن الحواله فإذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجردا، لأنه تابع فيستحيل بقاءه بدون متبوعه، قلنا: الإذن و إن كان فى ضمن الحواله إلا أنه أمر يتفقان على وقوعه، و إنما يختلفان فى أمر آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفى ما قد وقع الاتفاق منهما عليه) انتهى.

(٩) أى بإذن المحيل.

(١٠) أى فيرجع المحال عليه على المحيل.

المقتضى بطلانها لبطلان تابعها (١)، لاتفاقهما على الإذن، و إنما اختلفا فى أمر آخر (٢)، فإذا لم يثبت (٣) يبقى ما اتفقا عليه من الإذن فى الوفاء (٤) المقتضى للرجوع، و يحتمل عدم الرجوع (٥) ترجيحاً للصحة المستلزمه لشغل الذمه.

(١) و هو الاذن.

(٢) و هو اشتغال ذمه المحال عليه بدين للمحيل.

(٣) أى لم يثبت ما اختلفا فيه.

(٤) أى وفاء المحال عليه لدين المحيل.

(٥) أى عدم رجوع المحال عليه على المحيل، و عدم رجوعه لعدم سماع قوله ترجيحاً لمدعى الصحة و هو قول المحيل، و هو الذى جزم به فى المسالك، و جعل الأول احتمالاً.

ص: ١٧٥

كتاب الكفاله

اشاره

ص: ١٧٧

فى تعريفها

(و هى التعهد بالنفس (٢) أى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له، و شرطها رضى الكفيل و المكفول له، دون المكفول (٣)، لوجوب الحضور (١) كفلت كفلا و الاسم الكفالة بالفتح، و هى بحسب اللغة أعم من التعهد بالمال أو النفس، و المعروف فى تعريفها شرعا أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، و قد ادعى فى التذكرة أنها مشروعه عند عامه أهل العلم، لكنها مكروهه، لمرسل الصدوق عن أبى عبد الله عليه السّلام (الكفالة خساره غرامه ندامه) (١)، و لخبر الرقى عنه عليه السّلام (مكتوب فى التوراه: كفاله ندامه غرامه) ٢، و لخبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال عليه السّلام له: ما منعك من الحج، قال: كفاله تكفلت بها، قال عليه السّلام: و ما لك و للكفالات، أ ما علمت أن الكفالة هى التى أهلكت القرون الأولى) ٣.

ثم إن الكفالة معاملته بين الكفيل و المكفول له فهى عقد مؤلف من إيجاب و قبول، فيصح إنشاؤهما بكل ما يدل عليهما و لو بالفعل أو الكتابه، و عن المشهور اشتراط اللفظ الصريح و بالماضى مع عدم الفصل لأنه عقد لازم، و قد عرفت أنه لا دليل عليه.

(٢) التى يستحق عليها الحضور فى مجلس الحكم و لو من أجل دعوى المكفول له، نعم لا تصح الكفالة فى حد للنبوى (لا كفاله فى حد) (٢).

(٣) قوام الكفالة على ثلاثه: الكفيل و هو هنا بمعنى الفاعل، و المكفول له و هو صاحب الحق

ص: ١٧٩

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٥ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الضمان حديث ١ و ٢.

عليه (١) متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى (٢)، بنفسه أو وكيله، و الكفيل بمنزله الوكيل حيث يأمره به (٣)، و يفتقر إلى إيجاب و قبول بين الأولين (٤) صادرين على الوجه المعتبر فى العقد اللازم.

فى أنه تصح الكفالة حاله و مؤجله

(و تصح حاله و مؤجله (٥) أما الثانى فموضع وفاق، و أما الأول فأصح أو الدعوى، و المكفول و هو من عليه الحق أو الدعوى، و لا بد من رضا الكفيل لأن الحق لا يلزمه إلا برضاه، و كذا رضا المكفول له، لأنه صاحب الحق فلا يجوز إلزامه بشىء بغير رضاه، و بهما يتم عقد الكفالة.

و أما المكفول فعلى المشهور لا- يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه أو وكيله، و الكفيل هنا بمنزله الوكيل حيث يطلب المكفول له إحضاره، و عن الشيخ و القاضى و الحلى اعتبار رضاه، و قواه العلامة فى التحرير و صاحب الجواهر لأنه إذا لم يرض المكفول بالكفالة لا يلزمه الحضور مع الكفيل، و عليه فلا يتمكن الكفيل من إحضاره، فلا تصح كفالته لأنها بغير المقدور، و لا- تقاس بالضمان لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، و لا- يمكن أن ينوب الكفيل هنا عنه فى الحضور.

و فيه: منع عدم وجوب الحضور مع الكفيل بدون رضاه، لأن صاحب الحق متى طلبه وجب عليه الحضور و لو لم يكن مكفولا، فمع الكفالة فيجب الحضور لأنه طلبه بواسطه وكيله، ثم لو قيل باعتبار رضاه، فهو ليس على حد رضا الكفيل و المكفول له، لأنه لا بد من اقتران رضاهما للعقد، بخلاف رضاه فيصح كيفما وقع، كرضا المحال عليه و رضا المضمون عنه.

(١)على المكفول.

(٢)أى و لو كان الحق هو الدعوى.

(٣)أى حيث يأمر المكفول له الكفيل بإحضاره.

(٤)أى بين الكفيل و المكفول له، و الإيجاب من الأول و القبول من الثانى.

(٥)أما المؤجله فلا خلاف فيها، و أما حاله فعلى المشهور لأصالة عدم اشتراط التأجيل فيها، و لأن الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول، و عن جماعه منهم الشيخ و المفيد و سائر و ابن حمزه عدم جواز حاله فيشترط فى الكفالة الأجل، و ليس لهم دليل سوى الاقتصار على القدر المتيقن من صحه الحواله المؤجله، و لعدم الفائدة فى حاله، و ردّ بأن لها دليل الأصل فلا داعى للاقتصار على المتيقن، و لأن فائدتها مطالبه الكفيل بالإحضار وقت الفراغ من صيغه الكفالة إذ لم يكن المكفول حاضرا.

القولين، لأن الحضور حق شرعى لا ينافيه الحلول. وقيل: لا تصح إلا مؤجله (إلى أجل معلوم) (١) لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره من الآجال المشترطة،

فى أنه يبرأ الكفيل بالتسليم

(و يبرأ الكفيل بتسليمه) تسليماً (تاماً) (٢) بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، و كونه فى مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوه المكفول، و ضعف المكفول له، و فى المكان المعين إن بيناه فى العقد، و بلد العقد مع الإطلاق، (و عند الأجل) (٣) أى بعده إن كانت مؤجله، (أو فى الحلول) متى شاء إن كانت حاله، و نحو ذلك، فإذا سلمه كذلك (٤) برئ، فإن امتنع (٥) سلمه إلى الحاكم (٦) و برئ أيضاً، فإن لم يمكن (٧) أشهد عدلين (٨) بإحضاره إلى المكفول له، و امتناعه من قبضه، و كذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً (٩)، و إن لم يكن من (١٠) لا بد أن يكون الأجل فى المؤجله معلوماً، و هو موضع رفاق بيننا، لأن الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الآجال المشترطة، و خالف بعض العامة فاكتمى بالأجل المجهول قياساً على العارية للجامع بينهما و هو التبرع فى كل منهما و هو فاسد.

(٢) المراد بالتسليم التام أن يكون فى الوقت و المكان المعينين فى العقد، أو فى بلد العقد عند الإطلاق، و أن لا يكون للمكفول له مانع من تسلمه، و إذا سلمه الكفيل كذلك فقد برئ من عهده حضوره.

(٣) أى إذا كانت الكفالة مؤجله و قد حلّ الأجل أو كانت الكفالة حاله و طلب المكفول له إحضاره، فأحضره و سلمه تسليماً تاماً فقد برئ بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم و قد أحضر.

(٤) أى تاماً.

(٥) أى المكفول له عن التسلم.

(٦) لأنه ولى الممتنع، و عن بعض أنه لا يشترط تسليمه إلى الحاكم، لأن غايه ما يجب على الكفيل إحضار الغريم إلى المكفول له و قد تمّ، و لا يجب عليه التسليم بل التسلم و هو الأقوى.

(٧) أى لم يمكن التسليم إلى الحاكم.

(٨) الشهادة لأجل إثبات التسليم لو أنكر المكفول له، و إلا فلا يجب عليه الإشهاد كحكم مستقل.

(٩) بلا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم، و قد حضر فيبرأ الكفيل، و خالف العلامة فى التذكرة بأنه يبرأ لو سلم الغريم نفسه من جهة الكفيل و إلا فلا، و فيه: إنه

الكفيل على الأقوى، و بتسليم غيره له كذلك.

(و لو امتنع) الكفيل من تسليمه (١) ألزمه الحاكم به فإن أبى (فللمستحق) مع حصول الغرض لا بدّ من الحكم ببراءه الكفيل و الخروج عن عهده الحضور لحصول الغرض، و كذا يبرأ لو أحضره غير الكفيل لحصول غرض الكفاله أيضا.

(١) ما تقدم إنما كان عند امتناع المكفول له من التسلم مع بذل الكفيل، أما لو امتنع الكفيل من الإحضار عند طلب المكفول له الإحضار كان للحاكم إجباره و إن امتنع حبسه حتى يحضره أو يؤدي الكفيل ما على المكفول للمكفول له.

أما إجبار الحاكم بالإحضار، فلأن الإحضار حق للمكفول له، و هو حق ثابت على الكفيل، فللحاكم إجباره على إيصال الحق إلى صاحبه من باب تحقيق الحق و إقامه العدل و الأمر بالمعروف باليد.

و أما أن للحاكم حبسه فللأخبار، منها: خبر الأصبع بن نباته (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، و قال له: اطلب صاحبك) (١)، و خبر عامر بن مروان عن أبي عبد الله عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه و قال: اطلب صاحبك) (٢).

و أما التخيير بين الحبس و بين أن يؤدي الكفيل فهو الذي ذهب إليه الشيخ في النهايه و ابن إدريس في السرائر و العلامه في التحرير و الإرشاد لما ورد في مرسله الصدوق المتقدمه (الكفاله خساره غرامه ندامه) (٢)، و لما في خبر الرقى المتقدم (مكتوب في التوراه كفاله ندامه غرامه) (٤)، و هي مشعره بإلزام الكفيل بدفع ما على الغريم و لذا عبّر عنها بالخساره و عن العلامه في التذكره و غيره بأن نصوص الحبس داله على عدم إلزام الكفيل بالدفع، بل قد يكون غرض المكفول لا يتعلق بالأداء، أو كان متعلقا بالأداء من الغريم فقط، و لذا لا يجب على المكفول القبول لو دفع الحق الكفيل.

ثم على تقدير تماميه القول بوجوب الدفع على الكفيل تخيرا فهو واجب فيمن يمكن أخذه من الكفيل كالمال، و لو لم يمكن كالقصاص و زوجيه المرأة و الدعوى بعقوبه توجب حدا أو تعزيرا فلا بد من إلزامه بالإحضار مع الإمكان، ثم لو كان الحق مما له بدل ما لى كالدنيه في القتل العمدى و مهر مثل الزوجه فيجب عليه البدل بناء على هذا التقدير.

ص: ١٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٥.

طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أدائه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالتقصا، و الزوجيه، و الدعوى بعقوبه توجب حدا أو تعزيرا، ألزم باحضاره حتما مع الإمكان، و له عقوبته عليه (١) كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الاحضار و كان له بدل كالديه في القتل و إن كان عمدا، و مهر مثل الزوجه و جب عليه البديل.

و قيل: يتعين الزامه باحضاره (٢) إذا طلبه المستحق مطلقا (٣)، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. و هو قوى.

ثم على تقدير كون الحق مالا و أداه الكفيل فإن كان قد أدى بإذنه رجع عليه (٤)، و كذا إن أدى بغير إذنه مع كفاله بإذنه، و تعذر احضاره (٥)، و إلا فلا رجوع (٦).

و الفرق بين الكفاله و الضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا و إن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان (٧): أن الكفاله لم تتعلق بالمال بالذات، و حكم الكفيل (١) أى إذا ألزم بالإحضار حتما لعدم إمكان أخذ الحق من الكفيل، و قد امتنع الكفيل من الإحضار فللمكفول له حق العقوبه عليه بالحبس كما في كل ممتنع عن أداء الحق مع قدرته عليه.

(٢) كما هو مقتضى القول الثانى المتقدم.

(٣) سواء كان الحق مما يمكن أن يؤديه الكفيل أم لا.

(٤) الرجوع عليه لوجود الاذن فى الأداء.

(٥) لما تعذر عليه الإحضار و ألزم بالمال فيكون التغريم مسببا عن إذن الغريم بالكفاله، لأن الاذن فى الشىء إذن فى لوازمه فيرجع عليه لوجود الاذن.

(٦) لأن الكفيل متبرع بكفاله و أدائه لعدم الاذن فلا يرجع لتبرعه.

(٧) قد تقدم فى باب الضمان أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه لو أدى بإذنه إذا كان الضمان بغير إذنه، مع أنه قد حكم هنا برجوع الكفيل على الغريم لو أدى بإذنه و إن كانت الكفاله بغير إذنه، و عليه فما هو الفرق بينهما.

و الفرق هو أن الكفاله لم تتعلق بالمال بالذات و إنما تعلقت بإحضار النفس فيكون الكفيل بالنسبه للمال أجنبيا، فإن أداه بإذن الغريم فله حق الرجوع و إن كانت الكفاله بغير إذنه، بخلاف الضمان فإنه قد تعلق بالمال ابتداء و لذا كان الضمان ناقلا للمال من ذمه المضمون

بالنسبة إليه (١) حكم الأجنبي فإذا أداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده (٢) الإذن في الأداء، لأنه كإذن البرىء للمديون في أداء دينه.

و أما إذنه في الكفاله إذا تعذر احضاره، و استئذانه (٣) في الأداء فذلك من لوازم الكفاله، و الإذن فيها إذن في لوازمها.

في ما لو علق الكفاله بشرط

(و لو علق الكفاله) (٤) بشرط متوقع، أو صفه مترقبه (بطلت) الكفاله، (و كذا الضمان و الحواله) كغيرها من العقود اللازمه (نعم لو قال: إن لم أحضره (٥) عنه إلى ذمه الضامن فلو كان الضمان بغير إذنه لكان الضامن متبرعا، و حال تبرعه قد انتقل المال إلى ذمته فلا يجوز له الرجوع لعدم الاذن في الضمان، و لا ينفعه بعد ذلك الاذن في الأداء لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه من نفس مال المديون، و هذا لا يجعله غير متبرعا، و المضمون عنه بعد الضمان أجنبي عن المال المضمون.

(١) أى إلى المال.

(٢) بعد الضمان.

(٣) أى و تعذر استئذان الغريم.

(٤) علقها على شرط متوقع أو صفه كذلك بطلت، لأن كل عقد لازم إذا علق على شرط غير معلوم التحقق يبطل، لاشتراط القصد في العقد، و مع التعليق المذكور لا يتم القصد، و بدونه يبطل العقد بلا خلاف في ذلك.

(٥) إن ذكر الجزاء أولا لزمه المال الذى شرطه على نفسه عند عدم الإحضار، و إن ذكره أخيرا صحت الحواله و ألزم بالإحضار فقط دون المال، و الحكم فيها على المشهور لخبرين الأول خبر أبان بن عثمان عن أبي العباس البقباق (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل كفّل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلا فعلى خمسمائه درهم - كما فى التهذيب و فى الكافى: إن جئت به و إلا فعليك خمسمائه درهم - قال عليه السلام: عليه نفسه و لا شىء عليه من الدراهم، فإن قال على خمسمائه درهم إن لم أدفعه إليه، قال عليه السلام: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه) (١)، و خبر داود بن الحصين عن أبى العباس البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما، قال عليه السلام: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا

ص: ١٨٤

(إلى كذا كان على كذا صحت الكفاله أبدا و لا يلزمه المال المشروط، و لو قال: على كذا إن لم أحضره لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور.

و مستند الحكمين روايه داود بن الحصين عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام.

و فى الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربى نظر، و لكن المصنف و الجماعه عملوا بمضمون الروايه جامدين على النص مع ضعف سنده.

و ربما تكلف متكلف للفرق بما لا يسمن و لا يغنى من جوع، و إن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه فى ذلك بشرح الشرائع و غيره.

فى أنه تحصل الكفاله بإطلاق الغريم

(و تحصل الكفاله) أى حكم الكفاله (بإطلاق الغريم (١) من المستحق قهرا) إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن من أنه إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله (١)، و أشكل على الحكم بأنه أى فرق بين الشقين حتى يختلف الحكم، لأن مجرد تقديم الجزاء أو تأخيرها لا مدخل له فى اختلاف الحكم، لأن الشرط و إن تأخر فهو فى حكم المتقدم مع أن سند الروايتين غير سليم فى الأولى أحمد بن الحسن الميثمى و هو واقفى لم يوثق، و فى الثانية داود بن الحصين و هو واقفى غير أنه ثقة كما عن النجاشى، و الإنصاف إن الإشكال فى السند فى غير محله لأن الثانية إما صحيحه و إما موثقه كما اعترف بذلك فى الجواهر، و إنما الاستناد إلى هاتين الروايتين فى الحكم المذكور المخالف للقواعد العربيه المقرره فى غايه الإشكال، و لذا ذكروا وجوها خمسة لرفع الإشكال يطول نقلها فراجعها فى المسالك و الجواهر.

(١) من أطلق غريما من يد صاحبه أو من يد وكيله قهرا ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه بلا خلاف فيه، أما ضمان إحضاره فلقاعدته نفى الضرر و الضرر (٢)، و لأنه غاصب بإطلاق الغريم قهرا و الغاصب يضمن ما غصبه، و فى الثانى ضعف لعدم صدق الغاصب عليه عرفا و هو غير داخل تحت استيلائه.

و أما أداء الحق فلائنه بالإطلاق قد فوّت مال الغير عليه فيضمن، و يدل على الحكم بكلا شقيه ما ورد فى تفويت القاتل و سيأتى.

ثم قال فى الجواهر: (ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفاله،

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار.

فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن (١) و على ما اخترناه (٢) مع تعذر احضاره (٣) لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له (٤) على الغريم إذا لم يأمره (٥) بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق (٦) ما يقتضى الرجوع، (فلو كان) الغريم (قاتلا) (٧) عمدا كان أم شبهه (٨) (لزمه احضاره، أو الدية (٩)، و لا يقتص منه (١٠) فى العمد لأنه لا يجب على غير المباشر.

أطلق عليه اسمها، و إلا فهو ليس من الكفالة المصطلحه قطعا ضروره عدم العقد فيه) انتهى.

(١) أى أمكن الأداء فيما لو كان الحق قابلا لصدوره من المطلق.

(٢) أى ما اختاره فى الكفاله سابقا من كون الكفيل مخيرا بين إحضار الغريم و بين أداء ما عليه فى قبال قول من ألزمه بالإحضار فقط.

(٣) أى و هنا فى الإطلاق إذا تعذر الإحضار فعليه أدى ما عليه حتما.

(٤) أى لا رجوع للمخلص إذا أدى ما على الغريم لعدم صدور الأذن من الغريم، إذ غايه ما وقع هو التخليص و هو لا إذن فيه من الغريم بالرجوع بخلاف الكفاله المصطلحه فمع إذن الغريم يرجع الكفيل عليه عند الأداء.

(٥) أى لم يأمر الغريم المخلص.

(٦) أى التخليص.

(٧) لو كان المخلص قاتلا عمدا لزم المخلص إحضاره أو رفع الدية عند تعذر إحضاره، بلا خلاف فيه لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قتل رجلا- عمدا فرفع إلى الوالى، فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال عليه السلام: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل و هم فى السجن، قال عليه السلام: فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول) (١).

(٨) قال فى المسالك: (لا فرق فى ذلك بين كون القتل عمدا أو غيره إذ القصاص لا يجب إلا على المباشر فإذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية) انتهى.

(٩) ظاهره التخيير مع أن الخبر صريح بالإحضار أولا، و مع التعذر فالديه و لعله يريد الشارح الترتيب لا التخيير.

(١٠) من المخلص.

ص: ١٨٦

ثم إن استمر القاتل هاربا (١) ذهب المال على المخلص و إن تمكن الولي منه (٢) في العمد وجب عليه رد الديه إلى الغارم، و إن لم يقتص من القاتل، لأنها (٣) وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت (٤)، و عدم القتل الآن (٥) مستند إلى اختيار المستحق (٦)، و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله (٧) و تعذر استيفاء الحق من قصاص، أو مال، و أخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلّصه، كتخليصه من يد المستحق.

فى ما لو غاب المكفول

(و لو غاب المكفول) غيبه يعرف موضعه (انظر) الكفيل (٨) بعد مطالبه (١) قد تقدم أنه يجب على المخلص الإحضار، و مع التعذر فالديه، و التعذر يتم فيما لو مات القاتل كما هو صريح الخبر المتقدم أو ما لو استمر هربه، ثم لو تمكن الولي من القاتل بعد دفع المخلص للديه وجب على الولي، رد الديه على الغارم و إن لم يقتص الولي من القاتل بل لو عفا، لأن الديه قد وجبت لمكان الحيلولة باعتبار أن المخلص قد حال بين الولي و غريمه، و إذا زالت الحيلولة فلا شىء على المخلص، و بالجمله فعدم القتل بعد تمكن الولي منه مستند إلى اختيار الولي لا إلى تقصير المخلص، بخلاف وقت الهروب فعدم القتل مستند إلى تخليص المخلص فلذا ألزم بالديه.

(٢) من الغريم.

(٣) أى الديه.

(٤) أى الحيلولة.

(٥) حين تمكن الولي من الغريم.

(٦) و هو الولي.

(٧) و قد رجع على الكفيل بأخذ الحق فيجوز للكفيل أن يرجع على المخلص لأنه سبب تغريم الكفيل.

(٨) لو غاب الغريم غيبه و علم مكانه و لم ينقطع خبره و كانت الكفاله حاله و قد طلب المكفول له إحضاره، أنظر الكفيل بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به، و كذا لو كانت الكفاله مؤجله و طلبه منه بعد حلولها بلا- خلاف فى شىء من ذلك، لأن إحضاره متوقف على إمهاله مده الذهاب و العود، و إذا وجب الإحضار و هو ذو المقدمه فيجب إمهاله مده الذهاب و العود و هو المقدمه.

ثم لا- فرق فى وجوب الإمهال بين أن تكون محله الغريم تتجاوز مسافه التقصير أو لا، خلافا لبعض العامه فلم يوجب الإمهال إذا كانت المحله أقل من مسافه القصر و هو ضعيف لما سمعت.

المكفول له بإحضاره، (و بعد الحلول) إن كانت مؤجله (بمقدار الذهاب) إليه (و الإياب) فإن مضت و لم يحضره حبس و ألزم ما تقدم، و لو لم يعرف موضعه (١) لم يكلف إحضاره، لعدم إمكانه و لا شيء عليه، لأنه لم يكفل المال، و لم يقصر في الإحضار.

فى موضع التسليم

(و ينصرف الإطلاق إلى التسليم فى موضع العقد (٢)، لأنه المفهوم عند الإطلاق.

و يشكل لو كانا فى بزيه، أو بلد غربه قصدهما مفارقتة سريعا لكنهم لم يذكروا هنا خلافا كالسلم (٣)، و الإشكال يندفع بالتعيين، (و لو عين غيره) أى غير موضع العقد (لزم) ما شرط (٤)، و حيث عين (٥)، أو يطلق و يحضره فى غير ما عين شرعا لا يجب تسلمه و إن انتفى الضرر، و لو قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حاله الكفاله (٦) فلا يلزمنى إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع (١) فإذا لم يعرف موضع الغريم و قد انقطع خبره فعن المسالك و التذكرة و مجمع البرهان أن لا يكلف بالإحضار لعدم إمكانه، و لا شيء عليه لأنه لم يكفل المال، و هو على إطلاقه مشكل إذ لا بد من تقييده فيما لا يمكن أدائه و لا بدل له كحق البضع و حقوق التعزير، أما فيما يمكن أدائه أوله البدل فلا محاله يكون الكفيل مكلفا بالأداء، لأنه من مقتضى لوازم الكفاله على ما تقدم.

(٢) أطلق المحقق و جماعه انصراف إطلاق الكفاله إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق، و هو يتم لو كان محل العقد هو بلد المكفول له، أو بلد قد استوطنه كل من المكفول له و الكفيل، أما لو كان محل العقد هو البريه أو بلد غربه بالنسبه إليهما بحيث هما قاصدان، لمفارقتة سريعا، فالقرائن الحاليه تدل على عدم إرادته من العقد.

(٣) فقد ذكروا فيه خلافا.

(٤) للزوم الوفاء بالشرط.

(٥) أى إذا عين موطن التسليم بالتعيين، أو أطلق موضع التسليم و بالانصراف تعين بلد العقد، فلو سلم الكفيل الغريم فى غير الموطن الذى وجب شرعا تسليمه فيه فلا يجب على المكفول له تسلمه و إن انتفى الضرر، لأنه ليس تسليمه تاما، و خالف الشيخ فحكم بوجوب التسلم عليه لو انتفى الضرر عليه.

(٦) بعد اتفاق الكفيل و المكفول له على وقوع الكفاله قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حاله الكفاله، و قال المكفول له: لى حق عليه حين الكفاله، قدّم قول المكفول له بلا خلاف فيه، لأن اعتراف الكفيل بوقوع الكفاله يستدعى ثبوت حق للمكفول له على

الدعوى إلى صحة الكفالة، وفسادها فيقدم قول مدعى الصحة،(و حلف المستحق) و هو المكفول له و لزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق، لأنه (١) لإثبات حق يصحح الكفالة، و يكفي فيه (٢) توجه الدعوى، نعم لو أقام بينه بالحق و أثبتته (٣) عند الحاكم الزمه به (٤) كما مر (٥)، و لا يرجع به (٦) على المكفول، لاعترافه (٧) ببراءة ذمته، و زعمه بأنه مظلوم.

(و كذا لو قال) الكفيل للمكفول له:(أبرأته) (٨) من الحق، أو أوفأكه، لأصاله بقائه (٩).

المكفول، و لأذن دعواه فيما بعد بأنه لا- حق له مستلزم لفساد الحواله إذ لا معنى لكفاله الغريم و هو برىء بالنسبه للمكفول له بخلاف دعوى المكفول له فإنها دعوى بصحة الحواله، و لا ريب أن القول قول مدعى الصحة، و يقدم قول مع يمينه لأنه منكر.

و عليه فإذا حلف المكفول له و قد تعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه، قاله فى التذكرة و المسالك احتمالاً و الأقرب عدم الوجوب لأن الكفالة تستدعى إحضار الغريم للمكفول له، و هو أعم من ثبوت المال على الغريم.

نعم لو أقام المكفول له البينه على ثبوت المال، و أغرم الكفيل لم يرجع على الغريم، لاعتراف الكفيل ببراءته عند دعواه السابقه بأن المكفول له لا حق له على المكفول حاله الكفاله، و أن الكفيل مظلوم بالدفع.

(١) أى الحلف السابق.

(٢) أى فى الحق الذى ثبت بالحلف السابق، و قد يكون الحق هو توجه الدعوى و هذا كاف فى صحة الحواله و لكنه لا يثبت المال.

(٣) أى أثبت الحق.

(٤) أى ألزم المكفول له الكفيل بالحق.

(٥) فى كتاب القضاء.

(٦) أى لا يرجع الكفيل بالحق.

(٧) أى اعتراف الكفيل.

(٨) أى بعد اتفاق الكفيل و المكفول له قال الكفيل: أبرأت المكفول، أو دفع الحق إليك، و لازمه عدم إحضار المكفول، فأنكر المكفول له الإبراء أو الدفع، كان القول قول المكفول له مع يمينه، لأنه منكر لموافقه قوله لأصاله بقاء اشتغال ذمه المكفول، و هذا عند عدم البينه للكفيل على الإبراء أو الدفع.

(٩) أى بقاء الحق فى ذمه المكفول.

ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برىء (١) من دعوى الكفيل، و لزمه (٢) إحضاره (٣)، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءه (٤) أيضا لم يكتف باليمين التى حلفها للكفيل، لأنها كانت لإثبات الكفاله، و هذه دعوى أخرى و إن لزمتم (٥) تلك بالعرض، فلو لم يحلف (٦) ورد اليمين عليه) أى على الكفيل فحلف (برىء من الكفاله و المال بحاله) لا- يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين كما مر، و لأنه لا يبرأ بيمين غيره.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردوده على البراءه (٧) برئا معا (٨)، لسقوط

(١)أى المكفول له.

(٢)أى لزم الكفيل.

(٣)أى إحضار الغريم.

(٤)أى بعد دعوى الكفيل الإبراء و بعد تقديم قول المكفول له مع يمينه، و بعد حلف المكفول له فقام الكفيل و أحضر الغريم ثم ادعى براءه ذمه المكفول لأنه قد دفع أو أبرأه المكفول له فأنكر المكفول له ذلك، كان القول قول المكفول له مع يمينه لأنه منكر أيضا، و لا يكتفى باليمين السابقه، بل على المكفول له يمين أخرى لأن هذه الدعوى مستقلة و مغايره للدعوى السابقه، لأن السابقه إنما كانت من الكفيل لبراءه نفسه من وجوب إحضار الغريم و لازمها دعوى براءه ذمه المكفول، و هذه دعوى لبراءه ذمه الغريم من دون التلازم المذكور.

(٥)أى لزمتم الدعوى الثانيه للأولى.

(٦)أى لم يحلف المكفول له فى الدعوى الأولى و ردّ اليمين على الكفيل، و قد حلف الكفيل اليمين المردوده برىء من الكفاله و من وجوب الإحضار، و لا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرنا من أن براءته من المال مغاير لدعوى الأولى من إبراء الكفيل من وجوب إحضار الغريم، و لأن الإنسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره.

(٧)فيما لو كانت الدعوى بين المكفول و المكفول له، بحيث ادعى المكفول الإبراء و أنكره المكفول له، كان القول قول المكفول له مع يمينه، فلو نكل عن اليمين، و قام المكفول و حلف اليمين المردوده عليه برىء المكفول من الحق، و مع حصول الإبراء تسقط الكفاله و يبرأ الكفيل، و كذا لو حلف المكفول فى هذه المسأله يمين النكول لا يمين الرد فكذلك نفس الحكم المتقدم.

(٨)أى الكفيل و المكفول.

الكفاله بسقوط الحق، كما لو أداها، و كذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً معاً.

فى ما لو تكفل اثنان بواحد و بالعكس

(و لو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما (١) إياه تاماً، لحصول الغرض، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبى.

و هل يشترط تسليمه عنه و عن شريكه، أم يكفى الإطلاق؟ قولان (٢) أجودهما الثانى، و هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة. و كذا القول فى تسليم نفسه، و تسليم الأجنبى له (٣).

و قيل: لا يبرأ (٤) مطلقاً (٥)، لتغاير الحقين (٦). و ضعفه ظاهر.

(١) إذا تكفل رجلان - دفعه أو مرتباً - برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر كما عن الشيخ و ابن حمزه و القاضى للأصل و هو عدم براءة ذمه الثانى بعد الشغل، و لكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فكَّ أحدهما لم يفك الآخر، و عليه فلو هرب الغريم بعد تسليم أحدهما جاز للمكفول له الرجوع على الثانى.

و عن غيرهم أنه لو سلمه أحدهما يبرأ الآخر، لأن المقصود من الكفاله تسلمه و قد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه الأجنبى يبرأ الكفيل فلو سلمه الكفيل فيبرأ شريكه بالكفاله من باب أولى، و معه لا- يبقى مجال للأصل للقطع ببراءة ذمه الآخر، و كونهما كالرهنين قياس مع الفارق، و على القول الثانى فلو هرب الغريم بعد تسليم الكفيل الأول لا- يجوز للمكفول له الرجوع على الكفيل الثانى لأنه برىء.

ثم على القول الثانى فهل يشترط فى الكفيل المسلم أن ينوى بالتسليم تسليمه عنه و عن شريكه أم يكفى الإطلاق فى التسليم، قال فى المسالك: (وجهان)، وجه الاشتراط أن المكفول له لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه بذله إلا إذا نوى بالتسليم عنه و عن شريكه فيكون التسليم من جهتهما فيجب القبول، و وجه الإطلاق حصول الغرض و هو التسليم و لا يشترط أن يكون من جهه الكفيل الثانى.

(٢) و قد سمعت أنهما وجهان.

(٣) فيجرى فيهما الوجهان السابقان بحيث لو سلم المكفول نفسه فهل يجب عليه أن ينوى أنه عن الكفيل أو يكفى الإطلاق و كذا لو سلمه الأجنبى للمكفول له.

(٤) أى لا يبرأ الكفيل الآخر كما هو مقتضى القول الأول فى أصل المسألة.

(٥) سواء كان المسلم قد نوى التسليم عنه و عن شريكه أم أطلق.

(٦) لأن ما على الكفيل الثانى مغاير لما على الكفيل الأول كالرهنين، و ضعفه ظاهر إذ هو قياس مع الفارق لما تقدم من جواز تسليم الأجنبى فتسليم الشريك أولى.

و تظهر الفائدة (١) لو هرب بعد تسليم الأول (٢).

(و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما (٣) معاً، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهم للواحد إحضاره و قد حصل.

فى التعبير بالبدن و الرأس و الوجه

(و يصح التعبير) فى عقد الكفاله (بالبدن (٤)، و الرأس، و الوجه (٥) فيقول:

كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه، لأنه يعبر بذلك عن الجملة (٦)، بل (١) بين القولين السابقين.

(٢) فعلى القول الأول المتقدم فى المتن لا يرجع المكفول له على الثانى، و على القول الثانى يرجع.

(٣) بأن قال شخص لرجلين: أتكفل بإحضار الغريم إليكما، و لم يعقد مع كل شخص كفاله مستقلة، و هنا لا بد من التسليم إليهما معاً، لأن العقد مع الاثنتين بمنزلة عقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، و كما لو ضمن دينين لشخصين، و قد أدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، و هذا هو الفارق بين هذه المسألة و بين ما تقدم، حيث كان الفرض فى السابق هو كفالتهم له بإحضاره و قد حصل من أحدهما فيبرأ الآخر، و هنا كانت الكفاله منه لشخصين فلا بد من إحضاره لهما معاً.

(٤) الأصل فى الكفاله أن تتعلق بذات الغريم بأن يقول: كفلت لك فلاناً، و أنا كفيل به أو بإحضاره، و فى حكم ذاته نفسه و بدنه، لأنهما بمعنى واحد فى العرف العام.

(٥) المراد منهما بحسب الوضع هو الجزء المخصوص من البدن، إلا أنهما قد يطلقان عرفاً على جملة البدن فيقال يبقى رأسه و وجهه، و يراد به ذاته و جملة بدنه، و لهذا الإطلاق العرفى صحح المشهور الكفاله لو تعلقت بالرأس أو الوجه، و استشكل ثانى المحققين و الشهيدين بأن الرأس و الوجه و إن أطلقا على الجملة عرفاً إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، و حمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح للكفاله و هو الذات أو جملة البدن فى غير محله، نعم لو صرح بإرادته جملة البدن من لفظى الرأس و الوجه اتجهت الصحة.

و فيه: إن الأصحاب قد ذكروا الرأس و الوجه باعتبار قابلية اللفظ للدلالة على جملة البدن، فلذا حكموا بصحة الكفاله لو تعلقت بهما، مع التسليم بأن حملهما على جملة البدن بحاجة إلى قرينه و لو حاله.

(٦) أى جملة البدن.

عن الذات (١) عرفا، و ألحق به (٢) الكبد، و القلب، و غيرهما من الأجزاء التى لا تبقى الحياه بدونها، و الجزء الشائع فيه (٣) كئلته، و ربعه، استنادا إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.

و فى غير البدن نظر. أما الوجه و الرأس فإنهما و إن أطلقا على الجملة لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقا شائعا متعارفا، إن لم يكن أشهر (٤) من إطلاقهما على الجملة. و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين (٥) على الوجه المصحح (٦) مع الشك فى حصوله (٧)، و أصالة البراءة (٨) من مقتضى العقد غير جيد.

(١) أى ذات الإنسان و هى النفس.

(٢) أى بالبدن، ألحق الفاضل فى التذكرو و التحرير القلب و الكبد و نحوهما من الأعضاء التى لا يمكن الحياه بدونها، و الجزء المشاع كالثلث و الربع و غيرهما، لأنه لا يمكن إحضار هذه الأجزاء إلا بإحضار المكفول كله.

و فيه: إن إحضار الجزء الذى لا يعيش بدونه و ما فى حكمه و إن كان غير ممكن إلا بإحضار الذات إلا أن ذلك لا يقتضى صحة العقد، لأن الإحضار فرع الكفاله، و الكفاله الصحيحه فيما لو تعلق بالمجموع أو ما يطلق عليه، و أما إذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته، و قال فى المسالك: (و لو جاز إطلاق هذه الأجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه غير متعارف، مع أنه فى المتعارف - أى الرأس و الوجه - ما قد سمعت و حيثئذ فالقول بعدم الصحة أوضح) انتهى.

و فيه: إنه إذا كان الإطلاق على الجملة مجازا مع وجود قرينه فتصح الكفاله حيثئذ و إن كان غير متعارف، لأن الإطلاق المتعارف قد يغنى عن القرينه إن كان مشهورا، و مع فرض وجود القرينه لا داعى لتقييد الإطلاق بالمتعارف.

(٣) فى البدن.

(٤) فى الأشهر زياده شهره على المشهور، و هذه الزيادة هى القرينه على إرادته المعنى الأشهر و هو نفس العضو، و معه كيف نحمل اللفظ على جملة البدن الذى هو مشهور فقط، و فيه: ما تقدم أن النزاع فى قابليه إرادته الجملة من لفظ العضو، و ليس النزاع فى محل لفظ العضو على الجملة من دون قرينه.

(٥) من نفس العضو و من جملة البدن.

(٦) أى و حمل لفظ الرأس أو الوجه على جملة البدن الذى تصح الكفاله فيه حيثئذ مع أنه محتمل لإرادته نفس العضو من دون قرينه غير جيد.

(٧) أى مع الشك فى قصد المعنى المصحح للكفاله، و الأصل عدم قصده.

(٨) أى و مع الشك فى قصد المتكلم للمعنى المصحح للكفاله و هو جملة البدن فنشك فى

نعم لو صرح بإرادته الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كإرادته أحد معنئى المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه (١) فكقصد الجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه، و أما ما لا (٢) تبقى الحياه بدونه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه (٣) حقيقه فغايتة أن إطلاقه عليها مجاز، و هو (٤)، غير كاف فى إثبات الأحكام الشرعيه (٥)، و يلزم مثله (٦) فى كل جزء من البدن (٧)، و المنع فى الجميع أوجه (٨)، أو إلحاق الرأس و الوجه (٩) مع قصد الجملة بهما.

(دون اليد و الرجل (١٠) حصول الكفاله، و مع الشك فى حصولها نشك فى وجوب الإحضار، و مع الشك فى الوجوب تجرى أصاله البراءه، و عليه فحاصل المعنى: أن حمل اللفظ على أحد معنئيه بدون قرينه غير جيد مع الشك فى قصد المتكلم له و الأصل عدم قصده، و مع كون هذا المعنى مستلزما لوجوب الإحضار، و أصاله البراءه تنفيه.

(١) أى قصد نفس العضو عند إطلاق لفظ الرأس أو الوجه فيأتى فيه الكلام المتقدم من ذكر الأجزاء التى لا يعيش الإنسان بدونها كالقلب و الكبد، فعن المشهور عدم الصحة و عن علامه الصحة.

(٢) شروع فى مناقشه قول علامه و قد تقدمت منا فى الشرح.

(٣) ظاهره أن الكل لا يطلق على الجزء، و هذا ما لا ربط له فى المقام، إذ ما له الربط هو عدم إطلاق الجزء على الكل و لذا نقل عن الشيخ حسن ولد الشارح أنه علق على نسخه الأصل بقوله: (كان الظاهر أن يقال: إنه مع عدم إطلاق اسمه على الجملة) انتهى.

(٤) أى الإطلاق المجازى.

(٥) و فيه: إنه كاف مع وجود القرينه للقطع بإرادته الجملة حينئذ، و مع إرادته الجملة تصح الكفاله سواء عبّر عنها بلفظها أم بلفظ آخر.

(٦) مثل الإطلاق المجازى.

(٧) و إن كان الجزء مما يمكن الحياه بدونه، و فيه: إنه لا خير فيه مع صحه المجاز المحتف بالقرينه الداله على إرادته جملة البدن.

(٨) أى فى جميع ما ذكر إلا البدن، و هو قول للشارح تبعا للمحقق الثانى.

(٩) إلحاقهما بالبدن كما عليه المشهور، و المنع فى بقيه الأجزاء.

(١٠) من الأجزاء التى تبقى الحياه بدونها، و لا يطلق على الجملة، و عليه فإذا قلنا بعدم صحه الكفاله فى الأجزاء التى لا تبقى الحياه بدونها كما عليه المشهور فالقول بعدم الصحة هنا أولى.

و إن قصدها (١) بهما (٢) مجازاً، لأن المطلوب شرعاً كفاله المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة (٣)، و التعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول (٤) بدون الجملة فكان في قوه كفاله الجملة ضعيف، لأن المطلوب لما كان كفاله المجموع لم يكن البعض (٥) كافياً في صحته (٦) و إن توقف إحضاره عليه (٧)، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفاله الصحيحه، و هو منتف.

في ما لو مات المكفول

(و لو مات المكفول) قبل إحضاره (بطلت) (٨)، (لفوات متعلقها) و هو و على مبنى العلامه قد يقال بالصحه هنا أيضاً، لأن إحضار الجزء المكفول هنا يستدعى إحضار الذات أيضاً، و لذا قال في المسالك: (و لا يبعد القول بالصحه فيه - أى في الجزء الذى يمكن الحياه بدونه - لمن يقول بها فيما سبق) انتهى، هذا و قد عرفت أنه مع إرادته الجملة تصح الكفاله سواء عبّر بلفظها أم بلفظ آخر، فالمدار على صحه المجاز لو أطلق لفظ العضو و أريد به جملة الذات، و ليس المدار على إرادته الجملة من لفظ العضو بلا قرينه كما يفهم من بعض عبارات الشارح، و ليس المدار أيضاً على كون الجزء مما يتوقف إحضاره على إحضار الجملة أو لا كما يفهم من تعليل العلامه عند إلحاق القلب و الكبد بالبدن.

(١) أى جملة البدن.

(٢) باليد و الرجل.

(٣) كما هو مبنى المشهور و قد عرفت أكثر من مره أنه لا دليل عليه، و لو سلم فاشتراط اللفظ الصريح فى العقد اللازم إنما هو فى الألفاظ التى يتم بها إنشاء الإيجاب و القبول فقط، دون الألفاظ التى تدل على متعلقات العقد و متمماته.

(٤) و إن كانت الحياه تبقى بدونه.

(٥) أى ذكر لفظ البعض و إرادته نفس عضوه.

(٦) أى صحه المجموع.

(٧) أى و إن توقف إحضار البعض على المجموع.

(٨) أى الكفاله بلا خلاف فيه، لأن متعلق الكفاله الكفاله إحضار النفس و قد فأت بالموت، و لأن المنصرف من الكفاله إنما هو الإحضار فى حال حياه الغريم، و لأن المكفول له لو أراد من المكفول حقوقاً بدنيه كحق البضع و التقاص فقد فأت الغرض بالموت، لأن هذه الحقوق لا يمكن إجراؤها على بدن الميت.

النفس، و فوات الغرض لو أريد البدن.

و يمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا، و كفلت بدنه (١)، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس (٢).

و يضعف (٣) بأن مثل ذلك منزل على المتعارف، لا على المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين (٤)، إلا في الشهادة على عينه (٥) ليحكم عليه (بإتلافه، أو المعامله) له (٦) إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف (٧). و لا فرق حينئذ (٨) بين كونه قد دفن و عدمه، لأن ذلك (٩) مستثنى من تحريم نبشه.

(١) وقال الشارح في المسالك: (و يمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفاله: كفلت لك حضور بدنه أو حضور نفسه، فيجب على الأول إحضاره ميتا إن طلبه منه، و إلا فلا - و يبين الثاني على أن الإنسان ما هو؟، فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك - أى يجب إحضاره -، و إلا فلا، إلا أن هذا يضعف بانتفاء الفائده في إحضار الميت) انتهى.

(٢) بل نفس الإنسان، هذا و الهيكل اسم أعجمى بمعنى الصورة.

(٣) أى التفريق باعتبار أنه لو قال كفلت بدنه فيحمل على ما هو المتعارف من الكفاله بإحضاره حيا و عليه فلا فرق بين التعبيرين في عدم وجوب الإحضار بعد الموت.

(٤) سواء قال: كفلت نفسه أم كفلت بدنه.

(٥) أى على شخصه، بحيث لو ادعى عليه المكفول له بأنه قد أتلف له شيئا أو عامله بمعامله، و أراد إثبات الدعوى عليه بالبينه، و البينه لا تعرف المكفول بنسبه بل بصورته، فلا بد من إحضاره لتقع الشهادة على شخصه.

(٦) للمكفول له.

(٧) و مع عدم معرفه المسببه عن غيره لا تنفع الشهادة على شخصه فلا معنى لإحضاره حينئذ.

(٨) أى حين وجوب إحضاره.

(٩) أى إحضاره بعد الدفن.

فى جواز الصلح و لزومه

((و هو جائز مع الإقرار (٢) و الإنكار (٣) (١) و هو مشروع بالاتفاق لقوله تعالى: وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ (١)، و للأخبار، منها: خبر حفص عن أبى عبد الله عليه السلام (الصلح جائز بين المسلمين) (٢)، و مرسل الصدوق (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا) ٣.

هذا و الصلح عقد لقطع المنازعه السابقه أو المتوقعه لإطلاق الأخبار المتقدمه، و عن بعض العامه تخصيصه بقطع المنازعه السابقه فقط و هو ضعيف.

(٢) بحيث أقر شخص بمال عليه لآخر ثم يصلحه عليه بمال آخر أو ببعض المدعى به أو بغير ذلك من منفعه و نحوها، و هو جائز لعموم الأخبار المتقدمه.

(٣) بحيث ادعى شخص على غيره ديناً أو مالا- فأنكر المدعى عليه فتقع المصالحه بينهما إما بمال آخر أو ببعض المدعى أو بمنفعه و نحوها، و هو صحيح عندنا أيضا لعموم الأخبار المتقدمه، و خالف فى ذلك الشافعى حيث منعه مع الإنكار نظرا إلى أن المدعى قد عاوض على ما لم يثبت له فلا تصح المعاوضه كما لو باع مال غيره.

هذا و مراد الأصحاب من الصحه هنا هى الصحه الظاهريه، و أما بحسب الأمر فلا يستتبع كل منهما ما وصل إليه بالصلح إذا كان غير محقق واقعا، فإذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا و هو يعلم أنه غير محقق واقعا و صولح على بعض ما عليه فى الواقع أو بمال آخر فلا يجوز للمنكر أن يستتبع ما بقى من مال المدعى عينا أو ديناً، فلو صالح

ص: ١٩٩

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١ و ٢.

عندنا مع سبق نزاع و لا معه (١) ثم إن كان المدعى محققا استباح ما دفع إليه المنكر صلحا (٢) و إلا (٣) فهو حرام باطنا (٤)، عينا كان (٥) أم دينا، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، و لا يستثنى له (٦) منها (٧) مقدار ما دفع من العوض، لفساد المعاوضه فى نفس الأمر. نعم لو استندت الدعوى إلى قرينه كما لو وجد بخط مورثه أن له حقا على أحد فأنكر، و صالحه (٨) على إسقاطها بمال فالمتجه صحه الصلح.

و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها.

(إلا ما أحلّ حراما، أو حرّم حلالا (٩) كذا ورد فى الحديث النبوى صَلَّى الله عليه و سلم على العين بمال آخر فهي بأجمعها فى يده مغصوبه و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحه المعاوضه فى نفس الأمر.

(١) أى و لا مع سبق نزاع، بل لدفع نزاع متوقع.

(٢) لا- إشكال فى صحه الصلح فى صورته علم المصالح بأنه محق، فالمال له فكل ما وصل إليه من المنكر منه فهو حقه فيجوز حينئذ الصلح.

(٣) أى و إن لم يكن المدعى محققا بل كان يعلم بعدم أحقيته حرم عليه ما يأخذه من المنكر صلحا، و كذا العكس لو كان المنكر غير محق فى إنكاره حرم عليه ما يأخذه من المدعى.

(٤) لا ظاهرا، و لذا قلنا سابقا بكون المراد من الصحه هو الصحه الظاهريه، و قد صح الصلح ظاهرا لاشتباه المحق من المبطل.

(٥) أى المدعى به.

(٦) أى للمدعى غير المحق.

(٧) من العين.

(٨) أى صالح المنكر المدعى على إسقاط الدعوى، و المصالحه على إسقاط الدعوى مصالحه على إسقاط المدعى لليمين، لأن اليمين حق للمدعى على المنكر بعد فتح الدعوى عند الحاكم، و كذا ما لو توجهت الدعوى بالتهمة فيتوجه على المنكر اليمين، و لا يمكن رده فيمكن هنا للمنكر المصالحه على إسقاط اليمين المتوجه إليه.

(٩) بلا- خلافا فيه فى صورتى الاستثناء للأخبار، منها: مرسل الصدوق عن رسول الله صَلَّى الله عليه و سلم (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ

و فسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحه بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر و نحوه (١).

و تحريم الحلال بأن لا يطاء أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله و نحوه (٢)، و الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا.

و فسر (٣) بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعتة (٤)، أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، لكنه هنا (٤) صحيح ظاهرا (٥) و إن فسد باطنا، و هو (٧) صالح للأمرين معا (٨)، لأنه (٩) محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب (١٠)، و محرم للحلال بالنسبة إلى المحق (١١).

و حيث كان عقدا جائزا (١٢) فى الجملة (١٣) (فيلزم (١٤) بالإيجاب و القبول) حراما أو حرم حلالا (١).

(١) فيكون الصلح قد أحلّ هذه المحرمات.

(٢) فيكون الصلح قد حرم هذه المحللات.

(٣) أى تحريم الحلال.

(٤) أى منفعة المدعى به.

(٥) فى التفسير الثانى لتحريم الحلال.

(٦) لاشتباه المحق من الباطل.

(٧) أى الصلح على التفسير الثانى لتحريم الحلال.

(٨) من تحليل الحرام و تحريم الحلال.

(٩) أى الصلح.

(١٠) لأن مال الغير المعلوم كذلك محرم عليه، و بالصلح يحلّ له ظاهرا.

(١١) لأن متعلق الصلح مال للمحق و هو حلال له، و بالصلح يحرم عليه ظاهرا.

(١٢) أى مشروعا.

(١٣) أى لا فى جميع الموارد، فهو غير جائز عند تحليل الحرام و تحريم الحلال.

(١٤) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، هذا و اعلم أنه عقد مستقل و ادعى عليه الإجماع كما عن التذكرة و السرائر، و عن الشيخ فى المبسوط أنه فرع على عقود خمسة، و هو مذهب

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الصلح حديث ٢.

(الصادرین من الكامل) بالبلوغ و الرشد (١)(الجائز التصرف) برفع الحجر (٢)، و تصح وظيفه كل من الإيجاب و القبول من كل منهما (٣) بلفظ صالحت و قبلت (٤)، و تفريع اللزوم على ما تقدم غير حسن (٥)، لأنه (٦) أعم منه (٧) و لو عطفه (٨) بالواو كان أوضح، و يمكن التفاته إلى أنه عقد (٩) و الأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الشافعي، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع على منفعه بعوض معلوم، و فرع الهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع العاريه إذا تضمن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه، و قال عنه في الجواهر: (لا وجه له ضروره فرض عدم القصد به - أى بالصلح - شيئاً منها - أى من الأمور الخمسه -، و إلا كان باطلا لعدم وقوع البيع و الهبه مثلاً بلفظ الصلح) انتهى، و يردّ أيضا بأن إفاده عقد فائده عقد آخر لا يقتضى كونه من أفرادها، و من هذا البيان تعرف أنه لو قلنا بكونه عقدا مستقلا فهو عقد لازم لما تقدم من لزوم الوفاء بالعقود، و على قول الشيخ يكون جائزا في بعض الموارد كما إذا كان فرع العاريه أو الهبه على بعض الوجوه.

(١) كان عليه أن يقول: بالبلوغ و العقل و الرشد، و قد تقدم أن الصبي و المجنون مسلوبا العبارة، و السفیه محجور عليه.

(٢) إذا كان حجره للتفليس.

(٣) لعدم الدليل على تقييد الإيجاب من أحدهما.

(٤) فالإيجاب بلفظ (صالحت)، و القبول بلفظ (قبلت).

(٥) قد قال الماتن في منته (كتاب الصلح و هو جائز مع الإقرار و الإنكار، إلا- ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا فيلزم بالإيجاب و القبول) فقد تكلم عن مشروعيه الصلح أولا ثم رتب عليها اللزوم، و تفريع اللزوم على المشروعيه غير حسن، لأن المشروعيه أعم من اللزوم، إذ قد يكون مشروعا و جائزا، و عليه فلو عطف اللزوم بالواو الاستثنايه لكان أحسن، لأنه يشعر بصدد بيان حكم جديد.

(٦) أى ما تقدم من المشروعيه.

(٧) أى أعم من اللزوم.

(٨) أى عطف اللزوم.

(٩) توجيه لصحه الترتب، و حاصله أنه إذا ثبت أن الصلح مشروع و جائز فلا بد أن يكون لازما، لأن الصلح عقد، و كل عقد لازم للأمر بالوفاء بالعقود إلا ما قام الدليل على تخصيصه.

الدليل، للأمر بالوفاء بها (١) فى الآيه (٢) المقتضى (٣) له (٤).

(و هو أصل فى نفسه (٥) على أصح القولين و أشهرهما، لأصاله عدم الفرعيه، لا فرع البيع، و الهبه، و الإجاره، و العاريه، و الإبراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم، و فرع العاريه إذا تضمن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين استنادا (٦) إلى إفادته (٧) فائدتها (٨) حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما ألحق به.

و فيه إن إفاده عقد فائده آخر لا تقتضى الاتحاد، كما لا تقتضى الهبه بعوض معين فائده البيع.

فى أنه لا يكون طلبه إقرارا

(و لا- يكون طلبه إقرارا (٩) لصحته مع الإقرار و الإنكار، و تبه به على خلاف بعض العامه الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فرّع عليه (١٠) أن طلبه إقرار، (١) بالعقود.

(٢) و هى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(٣) أى و الأمر بالوفاء.

(٤) للزوم.

(٥) قد تقدم الكلام فيه، و المخالف هو الشيخ فى المبسوط.

(٦) تعليل لكون الصلح فرعا للأموال الخمسه.

(٧) أى إفاده الصلح.

(٨) أى فائده الأموال الخمسه.

(٩) أى لا- يكون طلب الصلح إقرارا، لأن الصلح على ما تقدم يصح مع الإقرار و الإنكار، فهو أعم من الإقرار، و طلب الأعم لا يعنى الإقرار بالأخص، نعم على مذهب الشافعى خص الصلح بالإقرار فقط، فطلب الصلح حينئذ إقرار، لأن الإقرار هو مصداقه الوحيد.

(١٠) على عدم صحه الصلح مع الإنكار.

ص: ٢٠٣

لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح و إنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزما له.

فى ما لو اصطلاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقى للآخر

(و لو اصطلاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقى للآخر (١) ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركه) و إرادته فسخها لتكون الزيادة مع من هى معه بمنزله الهبه، و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء.

(و لو شرطا (٢) بقائهما على ذلك (٣) بحيث ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما، دون الآخر (ففيه نظر) من مخالفته (٤) لوضع الشركه حيث إنها تقتضى (١) و كان الصلح عند انتهاء الشركه، بحيث اصطلاحا على أن يكون لأحدهما رأس ماله و للآخر الربح و الخسران صح الصلح بلا خلاف فيه، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه، و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطنى رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطاه فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد على كتاب الله عز و جل) (١).

و لكن بما أن وضع الشركه شرعا يقتضى أن يكون الربح لهما و خساره عليهما، فهذا الصلح يكون مخالفا لمقتضى الشركه و لذا حمل على أن الربح و الزيادة مع من هى معه بمنزله الهبه من الآخر له، و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء منه للآخر.

(٢) أى الشريكان.

(٣) أى على إبقاء رأس المال لأحدهما و الخسران و الربح للآخر، و كان الصلح فى أثناء الشركه أو فى ابتدائها، فقد ذهب الماتن فى الدروس إلى المنع، لعدم تسميته صلحا بل هو شرط و هو شرط على خلاف مقتضى عقد الشركه و الصحيح المتقدم ظاهر فى انتهاء الشركه فلا يشمل المقام حيث ورد فى الخبر (فربحا فيه) و هو ظاهر فى الانتهاء، فلو كان صلحا و هو فى الابتداء أو الأثناء فلا- يكون مشمولا للخبر، و تبعه عليه المحقق الثانى و الشارح فى المسالك، و عن غيره الصحه تمسكا بإطلاق الخبر لعدم اختصاصه بصوره انتهاء الشركه، هذا إذا كان صلحا، و لو كان شرطا فهو نافذ لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(٤) أى مخالفه الشرط، و هو دليل منع هذا الشرط.

ص: ٢٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهر حديث ٤.

كونهما (١) على حسب رأس المال، و من إطلاق الرواية (٢) بجوازه (٣) بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادته القسمه صريحا فيجوز (٤) مع ظهوره (٥)، أو ظهور الخساره مطلقا (٦).

و يمكن أن يكون نظره (٧) في جواز الشرط مطلقا و إن كان في ابتداء الشركه، كما ذهب إليه الشيخ و جماعه زاعمين أن إطلاق الروايه يدل عليه (٨)، و لعموم «المسلمون عند شروطهم». و الأقوى المنع. و هو مختاره في الدروس.

في أنه يصح الصلح على كل من العين و المنفعه

و يصح الصلح على كل من العين، و المنفعه بمثله (٩)، و جنسه (١٠) و مخالفه (١١) لأنه بإفادته (١٢) فائده البيع صح على العين (١٣)، و بإفادته فائده الإجاره صح على المنفعه، و الحكم في المماثل، و المجانس، و المخالف فرع ذلك (١٤)، و الأصل (١٥) (١) أي كون الربح و الخسران.

(٢) دليل صحه الشرط.

(٣) بجواز الشرط.

(٤) أي الشرط.

(٥) أي مع ظهور الربح.

(٦) سواء أراد الفسخ أم لا.

(٧) أي تنظر المصنف فيكون شاملا لجواز الشرط في الابتداء و الأثناء، و هذا معنى الإطلاق.

(٨) أي على جواز الشرط.

(٩) أي بفرد من صنفه.

(١٠) أي بفرد من جنسه.

(١١) كما لو صالح على عين بالمنفعه أو بالعكس، و جواز الصلح في هذه الصور لعموم مشروعيه الصلح، بل لا يختص جوازه بما ذكر فلو صالح على مثل إسقاط خيار أو إسقاط حق الشفعه أو إسقاط أولويه في تحجير أو سوق أو مسجد صح أيضا للعموم.

(١٢) أي لأن الشأن بإفاده الصلح.

(١٣) أي لكون الصلح يفيد فائده البيع صح تعلقه بالعين، و لأنه يفيد فائده الإجاره صح تعلقه بالمنفعه.

(١٤) أي فرع تعلقه بالعين أو المنفعه.

(١٥) و هو أصله الصحه فى العقود.

ص: ٢٠٥

و العموم (١) يقتضيان صحه الجميع، بل ما هو أعم منها (٢) كالصلح على حق الشفعه (٣) و الخيار و أولويه التحجير، و السوق، و المسجد بعين و منفعه و حق آخر، للعموم (٤).

فى ما لو ظهر استحقاق العوض المعين

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل الصلح) (٥) كالبيع، و لو كان مطلقا (٦) رجع ببذله، و لو ظهر فى المعين عيب فله الفسخ (٧).

و فى تخييره بينه (٨) و بين الأرض وجه قوى، و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله (٩) ففى ثبوت الخيار كالبيع وجه قوى، دفعا للضرر المنفى الذى يثبت بمثله الخيار فى البيع.

(١) أى عموم مشروعيه الصلح.

(٢) من العين و المنفعه.

(٣) حيث إن حق الشفعه و ما يتلوها ليس عينا و لا منفعه.

(٤) عموم مشروعيه الصلح.

(٥) لو ظهر أن أحد العوضين المعينين فى عقد الصلح مستحق للغير أو أنه لا- يصح تملكه كالخمر و الخنزير بطل الصلح بلا خلاف فيه ضروره أن العوضين فى الصلح هما من أركانه، و إذا انتفى أحد الركنين بطل الصلح حينئذ، و لا يقاس ما هنا على المهر فى النكاح الذى لا- يوجب فساد العوض فسادا فى عقد النكاح، بل يرجع إلى مهر المثل، لحرمة القياس، و لعدم العوض المقرر شرعا هنا فى الصلح لو بطل العوض المعين بخلاف المهر فلو بطل لثبت مهر المثل.

ثم هذا كله إذا كان العوض معيناً، و لو كان العوض كلياً بالذمه و كان ما دفعه خارجاً مستحقاً للغير رجع ببذله و لا فساد فى العقد.

(٦) أى غير معين و هذا لا يكون إلا فى الذمه.

(٧) لو ظهر العيب فى المعين لا- يبطل العقد لوجود العوض و لو بالجملة، هذا و وجود العيب فى العوض موجب لثبوت الخيار لقاعده نفى الضرر، و لكن هل يثبت له الأرض أيضا قياساً على ظهور العيب فى أحد العوضين فى البيع حيث يثبت له التخيير بين الفسخ و الأرض، أو لا- يثبت له الأرض، لأن إثبات الفسخ له دافع للضرر المترتب عليه لو ألزم بقبول العوض المعيب، فإثبات الأرض بعد دفع الضرر بحاجه إلى دليل و هو منتف، مع أن الأصل عدم ثبوت الأرض.

(٨) أى بين الفسخ.

(٩) مع جهاله المغبون، و يثبت له الخيار كما يثبت الخيار فى البيع للغبن، لقاعده نفى الضرر، و هى التى أثبتت الخيار فى البيع

عند ظهور الغبن فيه.

ص: ٢٠٦

فى أنه لا ىعتبر فى الصلح على النقدين القبض فى المجلس

و لا ىعتبر فى الصلح على النقدين القبض فى المجلس (١)، لاختصاص الصرف بالبيع، و أصالة الصلح (٢)، و ىجىء على قول الشىخ اعتباره (٣).

و أما من حىث الربا كما لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته فىه (٤)، بل فى كل معاوضه، لإطلاق التحريم فى الآيه (٥)، و الخبر (٦).

فى ما لو أئلف علیه ثوبا ىساوى درهمين فصالح على أكثر

(و لو أئلف علیه ثوبا ىساوى درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصحه (٧)، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان.

(١) لما ثبت أن الصلح لىس فرعا للبيع، و إنما هو عقد مستقل، فلا ىعتبر فىه ما اعتبر فى بيع الصرف من التقابض فى المجلس، لأن أدله التقابض مختصه بالبيع و الصلح غير البيع، نعم على مذهب للشىخ حىث جعله فرعا للبيع فىلحقه حكمه.

(٢) أى كون الصلح أصلا برأسه.

(٣) أى اعتبار القبض فى المجلس.

(٤) أى ثبوت الربا فى الصلح و إن جعل عقدا مستقلا، لإطلاق تحريم أدله الربا، و قد تقدم بحثه فى كتاب البيع.

(٥) و هى قوله تعالى: وَ حَرَّمَ الرِّبَا (١).

(٦)

(٧) الثوب من القىمى، و علیه فإذا أئلف قىمىّا فهل ىثبت فى ذمته مثله أو قىمته، فإن قلنا بالأول فالثابت ثوب مماثل له، و هذا الثوب و إن كان ىساوى درهمين و لكن لو صالحه على الثوب بدرهمين أو أكثر أو أقل فالصلح جائز، و لا ربا فىه لتغاير جنس العوضین مع عدم كون الثوب مما ىكال أو ىوزن، و هذا ما ذهب إلیه المشهور، و یدل علیه عموم النبوى (على الید ما أخذت حتى تؤدى) (٢)، لأنه ظاهر فى ثبوت نفس الثوب علیه، و الانتقال إلى قىمته لعدم إمكان أداء نفسه لأنه تالف، و لعدم إمكان مثله لعدم معرفه مثل له.

و على الثانى فىثبت فى ذمه التالف قىمته و هو درهمان، فلو صالحه على الأقل أو الأكثر فالصلح باطل لأنه ربا، و هذا ما ذهب إلیه الشهیدان فى الدروس و المسالك و المحقق

ص: ٢٠٧

و هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمه ثوبا فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزياده عنهما و لا نقصان مع اتفاق الجنس، و لو قلنا باختصاص الربا بالبيع (١) توجه الجواز أيضا، لكن المجوّز لا يقول به (٢).

(و لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى (٣) سنة فيها صح) للأصل (٤)، و يكون هنا مفيدا فائده العاريه، (و لو أقرّ بها ثم صالحه على سكنى المقر صح (٥) الثانى فى جامع المقاصد، بل و نسب الحكم إلى الشيخ فى الخلاف و المبسوط، لأن الخبر المتقدم ظاهر فى ردّ ما أخذ هذا إن وجد، و إن تلف فعليه ردّ قيمته.

(١) كما هو مذهب غير المشهور، و المتجه هنا الصحة حينئذ لأن الصلح هنا على الدرهمين بأقل منها أو أزيد ليس من الربا بعد اختصاصه بالبيع، إلا أنه مبنى ضعيف كما تقدم فى كتاب البيع هذا من جهة، و من جهة أخرى لو سلم أن قيمه الثوب هى الثابتة فى الذمه و لكن لا تختص القيمة بالدرهم أو الدنانير، بل يجوز أن يكون ما فى الذمه أمرا كلياً، بمعنى أنه يلزمه ضمان ما يساوى الدرهمين، سواء كان من جنس الدراهم أم الدنانير أم غيرهما، لا خصوص الدرهمين، و عليه فلو وقع صلحا فى قباليهما أقل من الدرهمين فلا يلزم الربا لعدم اتحاد جنس العوضين.

(٢) بالمبنى من اختصاص الربا بالبيع.

(٣) لو ادعى زيد دارا فأنكر من هى فى يده، ثم صالحه المنكر على إسقاط دعواه فى قبال سكنى الدار سنة مثلا، صح الصلح بلا خلاف و لا إشكال، لعموم جواز و مشروعيه الصلح، و يكون هذا الصلح مفيدا فائده العاريه، لأنه انتفاع بالمنفعة لمدته معلومه بغير عوض.

(٤) أما أصاله الصحة فى العقود، و إما لوجود مقتضى الصحة هنا لمشروعيه الصلح بعد عدم المانع.

(٥) لو ادعى زيد الدار فأقر من هى فى يده، ثم قام المدعى و هو المقر له و صالح المقر على أن يسكن المقر الدار سنة صح الصلح لعموم جواز الصلح، و لأن الصلح مع الإقرار جائز على ما تقدم، و فى كلتا صورتين يكون الصلح لازما لعموم أو فوّا بالعقود (١) بعد كون الصلح عقدا مستقلا و ليس فرعاً على غيره.

ص: ٢٠٨

أيضاً، (و لا رجوع) في الصورتين لما تقدم من أنه عقد لازم، و ليس فرعاً على غيره.

(و على القول بفرعيه العاريه، له الرجوع (١) في الصورتين لأن متعلقه (٢) المنفعه بغير عوض فيهما (٣). و العين الخارجيه من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعه الراجعه إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون (٤) في مقابله المنفعه عوض فيكون (٥) عاريه يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه (٦) عند القائل بها (٧).

مسائل

اشاره

(و لما كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب و التنازع) بين المتخاصمين بحسب أصله، و إن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومه (ذكر فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون، (و لنشر) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل):

(١) على القول بفرعيه الصلح و ليس عقداً مستقلاً، ففي صورته الإنكار فيكون المنكر قد صالح المدعى على سكنى الدار سنه بغير عوض، لأن الصلح قد وقع على سكنى الدار في قبال إسقاط الدعوى، و إسقاطها ليس عوضاً يملكه المنكر، و العاريه بغير عوض مما يجوز للمعير فإلصاح الذي يفيد ذلك مما يجوز للمنكر هنا فسخه حينئذ. و في صورته الإقرار و الصلح هنا من الذي قد أعترف له و هو المدعى على سكنى المقر الدار سنه، فالصلح على منفعه بغير عوض و هو فرع العاريه، و العاريه من دون عوض مما يجوز للمعير فإلصاح فيجوز للمدعى هنا فسخ الصلح كذلك.

هذا و الشارح في المسالك جعل الصلح في صورته الإقرار مما يفيد المنفعه بعوض، لأنه قد وقع على سكنى الدار في قبال خروج العين عن يد المقر، و عليه فالعاريه بعوض لازمه فلا يجوز فسخ الصلح في صورته الإقرار.

(٢) أى متعلق الصلح.

(٣) في الصورتين.

(٤) و اسمه متأخر.

(٥) أى الصلح.

(٦) في الصلح.

(٧) بالعاريه.

(الأولى - لو كان بيدهما درهمان (١) فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما) خاصه (فللثاني نصف درهم) لا اعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، و وقوع النزاع فى الآخر مع تساويهما فيه يدا، فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، و من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا، أو حلفا (٢) (١) و ادعاهما أحدهما، و قد ادعى الآخر أحد الدرهمين، كان لمدعيهما درهم و نصف، و للآخر نصف درهم، لأن مدعى أحد الدرهمين لا يدعى الدرهم الآخر، و هذا الدرهم الآخر يكون للآخر بلا منازع، لأنه تحت يده و يدعيه بدون معارض.

و أما الدرهم الأول فمدعى الدرهمين يدعيه، و كذا مدعى الدرهم، و الدرهم تحت أيديهما، فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان، و يعطى كل واحد منهما نصف درهم، فيكون لمدعى الدرهمين درهم و نصف، و لمدعى الدرهم نصف درهم، و يدل عليه فضلا عن مقتضى قاعده التحالف المتقدمه أخبار، منها: صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذى قال هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له و أنه لصاحبه، و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين) (١)، و مثله مرسل محمد بن أبى حمزه ٢.

هذا و قاعده التحالف تقتضى الحلف مع أن النصوص خاليه عنه، و قد ذكر العلامة فى التذكرة لزوم الحلف جمعا بين النصوص و القاعده و عليه فإن حلفا قسم الدرهم بينهما، و من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا اليمين المردوده فيقسم بينهما أيضا، و استحسنة فى المسالك سواء كان مدعى الدرهم يدعى درهما معينا أم مشاعا، و أما الشهيد فى الدروس فقد ذهب إلى إذا مدعى الدرهم إذا ادعى الدرهم المشاع فالدرهمان بينهما مناصفه بعد حلف مدعى الدرهم للآخر على نفى دعواه عن الجميع، لأن النصف من الدرهمين بيد مدعى الدرهمين، و كذا النصف الآخر بيد مدعى الدرهم، فمدعى التمام خارج بالنسبة إلى النصف الذى تحت يد مدعى الدرهم، فيكون مدعى التمام مدعيا و مدعى الدرهم منكرا بالنسبة لما تحت يده فيحلف المنكر و يأخذ ما فى يده من النصف، و أما النصف الآخر فهو تحت يد مدعى التمام بدون معارضه فهو له، و عليه فلا يجرى التحالف.

(٢) و كان الحلف لليمين المردوده.

ص: ٢١٠

قسّم بينهما نصفين، (و للأول الباقي) قال المصنف في الدروس: و يشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا فإنه تقوى القسمه (١) نصفين، و يحلف الثاني للأول، و كذا في كل مشاع، و ذكر فيها (٢) أن الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا، و ذكروا المسألة في باب الصلح فجاز (٣) أن يكون الصلح قهريا، و جاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا (٤) فاليمين. و ما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضا فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

(و كذا لو أودعه رجل درهمين، و آخر درهما (٥) و امتزجا (٦) لا بتفريط (٧)، (١) أى قسمه الدرهمين.

(٢) في الدروس.

(٣) أى أن الأصحاب قد ذكروا المسألة في باب الصلح مع أن المسألة ليست من هذا الباب فيجوز أن يكون ذكرهم للمسألة في باب الصلح أن الصلح فيها قهري أو اختياري.

(٤) بناء على كون الصلح اختياريا و قد امتنعا فلا بد من يمين الثاني للأول بناء على مبنى الشهيد في الدروس، لأن هذا الكلام من تتمه كلامه هناك.

(٥) لو وضع زيد درهمين عند ودعى، و وضع عمرو درهما عند نفس الودعى، و امتزجا لا بتفريط منه، ثم تلف أحد الدراهم كذلك، أى لا بتفريط من الودعى، فالمشهور بين الأصحاب أن لصاحب الدرهمين درهما و نصفًا، و لصاحب الدرهم نصف درهم، و ذلك لأن أحد الدرهمين الباقيين هو لصاحب الدرهمين بلا إشكال فيه، و الدرهم الآخر كما يحتمل أن يكون لصاحب الدرهمين فيحتمل أن يكون لصاحب الدرهم، و لا مرجح لأحدهما على الآخر، فمقتضى العدل تنصيفه نصفين بينهما، و يدل عليه خبر السكوني عن الصادق عن أبيه عليه السلام (في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارًا فضاع دينار منها، قال: يعطى صاحب الدينارين دينارًا، و يقسم الآخر بينهما نصفين) (١).

و هذا الخبر مطابق لمقتضى قاعده العدل المتقدمه، و كل من الخبر و القاعده لا يقتضى الحلف، نعم الشهيد في الدروس استشكل في ذلك و مال إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و هنا تعيين مالك الدرهم الثاني الباقي مشكل فمجره القرعه.

(٦) يراد بالامتزاج هو الاشتباه لا عدم التمييز بين المالين.

(٧) من الودعى، و إلا لو كان بتفريط منه فيضمن درهما مكان التالف، و يكون لصاحب الدرهمين درهما، و لصاحب الدرهم درهم.

ص: ٢١١

(و تلف أحدهما (١) فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، و يقسم الآخر بينهما.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و رواه السكوني عن الصادق عليه السلام.

و يشكل هنا مع ضعف المستند (٢) بأن التالف لا يحتمل كونه لهما (٣)، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما، مع أنه مختص بأحدهما قطعاً.

و الذي يقتضيه النظر، و تشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، و مال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفه الأصحاب، و القول في اليمين كما مر (٤) من عدم تعرض الأصحاب له.

و ربما امتنع (٥) هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه.

و احترز بالتلف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط فإن الودعي يضمن التالف فيضم إليهما و يقتسمانها من غير كسر، و قد يقع مع ذلك (٦) التعاسر (٧) على العين (١) لا بتفريط من الودعي أيضاً، و إلا يجري فيه الحكم السابق، و كان الأحسن تأخير قيد (لا بتفريط) لما بعد التلف.

(٢) لأن السكوني عامي، و فيه: إنه ثقه و منجبر بعمل الأصحاب، و موافق لقاعده العدل و الإنصاف.

(٣) لأن الدرهم التالف من أحدهما قطعاً، و ليس من كليهما، فالتالف إما درهم من درهمي زيد و إما درهم عمرو، فكيف جعل المشهور التلف عليهما معاً مع أنه مختص بأحدهما.

(٤) فالأصحاب في المسألة السابقة لم يحكموا باليمين تمسكاً بالنصوص و إن كانت القاعده تفرض الحلف، فهنا لم يذكروا اليمين مع إطلاق النص و قاعده العدل و الإنصاف لا تقتضيه.

(٥) أي الحلف، لأن كلا منهما لا يعلم أن الدرهم الباقي هو عين ماله، و معه لا جزم فكيف يحلف على أنه له.

(٦) أي مع ضم الودعي درهما ثالثاً.

(٧) إذ قد يدعى أحدهما أن ماله في الدرهمين الباقيين، أو يدعى كل منهما أن ماله في هذين الدرهمين فيبقى التعاسر على حاله و إن ضم الودعي درهما ثالث، فالمتجه القرعة حينئذ، لأنها لكل أمر مشكل، و تعيين مال كل منهما مشكل فالمرجع القرعة.

فيتجه القرعه، و لو كان بدل الدراهم مالا يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميز (١) و هو متساويها كالحنطه و الشعير و كان لأحدهما قفيزان مثلاً و للآخر قفيز، و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبه المالكين، و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز. و الفرق أن الذاهب هنا عليهما معا، بخلاف الدراهم، لأنه مختص بأحدهما قطعاً.

الثانيه – يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصالح

(الثانيه – يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصالح (٢) بأن يكون مورده (٣) أمراً آخر من عين، أو منقعه، (و) كذا يجوز كونه (٤) (مورداً له) (٥)، و عوضه أمراً آخر (١) كما لو أودع زيد عند رجل قفيزين من حنطه و أودع عمرو قفيزاً عنده، فامتزجا و اختلطا و لم تتميز الأجزاء، ثم تلف قفيز بغير تفريط من الودعي، فالباقي و هو القفيزان مما تحصل فيه الشرکه قهرياً، لأنه بعد الامتزاج أصبحت الأقفزه الثلاثه مالا مشتركاً للثنتين، فإذا تلف قفيز فالتلف عليهما بنسبه المالكين، فعلى صاحب القفيزين تلف ثلثي قفيز، و على صاحب القفيز تلف ثلث قفيز.

و الفرق بين هذا الفرع و بين سابقه هو أن المال هنا كان شراكه بعد المزج فالتلف عليهما، و المال هناك لم يقع مورداً للشرکه فالتلف من أحدهما خاصه.

(٢) أصل المسأله فيما لو ادعى شخص على آخر بشيء، فأنكر المدعى عليه أو أقر و لكنه صالح المدعى على أن يستقى شجر المدعى بماء المدعى عليه في قبال ما ادعى به، فقال الشيخ: لا يصح هذا الصلح، لأن العوض و هو الماء مجهول، بناء على كون هذا الصلح فرعاً للبيع، و كما لا يصح البيع بعوض مجهول فكذا الصلح المتفرع عليه.

و غيره قائل بالصحه إما لأن الصلح ليس فرعاً للبيع فالشرط في البيع من معلوميه العوض لا يجرى في الصلح إلا بدليل، و هو منتف، و إما لو سلمنا كما هو الحق من لا بديه العلم بالعوض سواء قلنا بفرعيه الصلح أم كونه عقداً مستقلاً، فمجهوليه الماء هنا لا تضر بصحه معامله، لأنه يصح بيع ماء الشرب الموجود في العين أو النهر فيما لو قدر بمده معينه مع المشاهده، و إذا جاز ذلك في البيع فيجوز في الصلح، و المشاهده مع العلم بالمده تغني عن العلم بالمقدار فلا جهاله حينئذ.

(٣) أى مورد الصلح بحيث يصلحه على العين التي ادعاها في قبال ماء السقى، و يكون ماء السقى عوضاً عن مورد الصلح من العين أو المنفعه.

(٤) أى ماء السقى.

(٥) أى للصالح بحيث يقع الصلح على ماء السقى في قبال عين أو منفعه، فتكون العين أو المنفعه عوضاً عن مورد الصلح.

كذلك (١)، و كذا لو كان أحدهما (٢) عوضا، و الآخر موردا (٣) كل ذلك مع ضبطه (٤) بمدّه معلومه، و لو تعلق بسقى شىء مضبوط (٥) دائما (٦)، أو بالسقى بالماء أجمع (٧) دائما (٨) و إن جهل المسقى لم يعد الصّحه (٩)، و خالف الشيخ رحمه الله فى الجميع محتجا بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين و البئر (١٠)، و بيع جزء مشاع منه (١١)، و جعله عوضا للصّح (١٢)، و يمكن تخصيصه (١٣) المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقا فى عبارته كثير.

(و كذا) يصح الصّح (على إجراء الماء على سطحه (١٤)، أو ساحتها) جاعلا (١) من عين أو منفعه.

(٢) أى أحد السّقين.

(٣) بحيث يصلحه على سقى زرع فى قبال سقى زرع له.

(٤) أى ضبط السقى.

(٥) بحيث تعلق الصّح بسقى هذا البستان، و هو شىء مضبوط لا ينقص و لا يزيد.

(٦) أى و كون السقى فى كل أسبوع مره مثلا.

(٧) بحيث تعلق الصّح بسقى هذا الماء المعلوم بالمشاهده، و إن جهل المسقى و هو البستان.

(٨) أى فى كل أسبوع مره مثلا.

(٩) فى الصورة الثانيه المشاهده قد وقعت على مجموع الماء و هى تغنى عن العلم بمقداره، و فى الصورة الأولى ما دام قد عرف المسقى فيعرف ما يحتاجه من ماء و هو يغنى عن العلم بمقداره، و جهالة المقدار و عدم العلم به فى كل الصور مغتفره لأن المشاهده تغنى عن العلم كما هو واضح.

(١٠) للشرب مع عدم معرفه كمّيّه الماء مع حصول المشاهده.

(١١) من ماء العين و البئر.

(١٢) أى جعل الشيخ الماء المشاهد للشرب عوضا للصّح، فعليه أن يقول بجواز جعل الماء المشاهد للسقى عوضا للصّح، لأن الفرق بينهما غير فارق ما دامت المشاهده فى كليهما تغنى عن العلم بالمقدار.

(١٣) أى تخصيص الشيخ للمنع هنا فى عوض الصّح على ماء السقى من ناحيه أن السقى غير معين بمدّه مضبوطه كما اتفق عدم الضبط فى عبارات الكثير من الفقهاء.

و فيه: إن عبارات الكثير من الفقهاء و إن كانت مطلقه من ناحيه الضبط إلا- أن مرادهم منها المقيّد بمدّه معلومه حتى ترتفع الجهالة و تكون المشاهده مغنيه عن العلم بالمقدار.

(١٤) بحيث صالح المدعى المدعى عليه فى قبال المدعى به على أن يجرى المدعى عليه ماء

ص: ٢١٤

له (١) عوضا و موردا (بعد العلم بالموضع الذى يجرى منه الماء) بأن يقدر مجراه طولاً- و عرضاً، لترتفع الجهالة على المحل المصالح عليه، و لا- يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً (٢)، لكن ينبغى مشاهدته الماء (٣)، أو وصفه (٤)، لاختلاف الحال (٥) بقلته، و كثرته، و لو كان ماء مطر (٦) اختلف أيضاً بكونه ما يقع عليه و صغره فمعرفته تحصل بمعرفته محله، و لو سقط (٧) السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية (٨) إلى إصلاح فعلى مالكهما (٩)، المدعى على سطح أرض المدعى عليه أو ساحته ليصل الماء إلى أرض المدعى، فيكون جريان الماء على السطح أو الساحة عوضاً عن العين، و الصلح فيه جائز بلا خلاف و لا إشكال لعموم أدله مشروعيه الصلح، نعم لا بد أن يعلم موضع الجريان من أرض المدعى عليه، بحيث يعلم طوله و عرضه لترتفع الجهالة، لأن جريان الماء بعرض متر هو أقل من جريانه بعرض مترين، و جريانه بطول عشرة أمتار فى أرض المدعى عليه هو أقل من جريانه بطوله عشرين، و هكذا، لا يعتبر تعيين العمق كما عليه الشهيذان، لأن المدعى هنا قد ملك المجرى بالمصالحه، و من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض، و استشكل عليهما فى الجواهر بأنه ملك استحقاق إجراء الماء لا أنه ملك المجرى و عليه لا بد من تعيين العمق.

(١) للجريان.

(٢) قليلاً كان أو كثيراً.

(٣) بالنسبة للمدعى عليه لأن الماء سيجرى فى أرضه، فلا بد من رؤيته و رؤيته جريانه لترتفع الجهالة، لأن الماء الكثير قويا فى جريانه بخلاف الماء القليل، و القوى موجب للضرر فى حال المجرى فتشترط رؤيته، و لذا قال فى المسالك: (و قد أطلق المصنف و غيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته لرفع الغرر، و لا- بأس باعتباره - أى اعتبار المشاهدة - لاختلاف الأغراض بقلته و كثرته) انتهى.

(٤) كقوته.

(٥) أى حال المجرى فى الضرر بكثرة الرطوبة و كثره الدفع.

(٦) بحيث وقع الصلح على جريان ماء المطر فى أرض المدعى عليه، فيشترط علم المدعى عليه بكمية ماء المطر، و تعرف الكمية بمعرفة الموطن الذى يسقط فيه.

(٧) سقوطاً مانعاً من جريان الماء عليه.

(٨) أى مجرى الماء.

(٩) على نحو الوجوب، لأن جريان الماء متوقف على الإصلاح، فيجب الإصلاح حينئذ من

لتوقف الحق (١) عليه، و ليس على المصالح مساعدته.

الثالثه - لو تنازع صاحب السفلى و العلوى فى جدار البيت

(الثالثه - و لو تنازع صاحب السفلى (٢) و العلوى فى جدار البيت (٣) حلف صاحب السفلى)، لأن جدران البيت كالجزم منه (٤) فيحكم بها لصاحب الجمله و قيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده (٥) و الأشهر الأول، (و) لو تنازعا (فى جدران الغرفه يحلف صاحبها (٦) لما ذكرناه من الجزئيه، و لا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لا تعلق له به (٧) إلا كونه موضوعا على ملكه، و ذلك لا- يقتضى الملكيه، مع معارضه اليد، (و كذا) يقدم قول صاحب الغرفه لو تنازعا (فى سقفها) (٨) الذى هو فوقها، باب وجوب المقدمه، و الإصلاح على المالك لأنهما ملكه فالغرم عليه كما كان الغنم له.

(١) أى حق المصالح من جريان الماء فهو متوقف على الإصلاح.

(٢) قال فى المصباح: (و السفلى خلاف العلوى، بالضم، و الكسر لغه، و ابن قتيبه يمنع الضم) انتهى.

(٣) لو تنازع صاحب الأسفل مع صاحب الأعلى فى جدران البيت الحامله للأعلى، فالمشهور أن القول قول صاحب الأسفل مع يمينه، لأن جدران البيت المتنازع فى ملكيتها جزء من البيت الأسفل، و هو تحت يد صاحب الأسفل، فالأعلى مدع و الأسفل منكر، فيقدم قول الأسفل مع يمينه.

و قال ابن الجنيده: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليها واحده، فكل منهما مدع و منكر فيحلفان و تكون الجدران لهما، و كذا لو نكلا، و أما لو حلف أحدهما و نكل الآخر فالجدران للحالف.

(٤) أى من البيت الأسفل، هذا و قد جعل الشارح الجدران كالجزم، مع أنه فى المسالك قد صرح بأنها جزء حيث قال: (هذا هو المشهور و يعضده أن جدران البيت جزؤه) انتهى.

(٥) فصاحب العلوى محتاج إلى الجدار لأن بناءه عليه، و صاحب الأسفل محتاج إليه لأن سقفه عليه، و لأنه يستره عن عيون الناس.

(٦) فلو كان هناك بيت هو ملك لإنسان، و فوق البيت غرفه و يسكن الغرفه شخص آخر و هو مالك لها، فتنازع صاحب الأسفل مع ساكن الغرفه فى جدران الغرفه الفوقيه فيقدم قول مالك الغرفه، لأن الجدران جزء منها، و يقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، لأن خصمه لا يد له على الغرفه فهو مدع، بلا خلاف فى ذلك حتى من ابن الجنيده.

(٧) أى بجدار الغرفه.

(٨) أى سقف الغرفه، و لذا وصفه الشارح بأنه هو الذى فوق الغرفه، احترازا عن أرض الغرفه الذى هو جزء من سطح البيت الأسفل، و السقف جزء من الغرفه و ساكنها يده عليها فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه.

لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار و أولى (١).

و لو تنازعا فى سقف البيت (٢) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقرع بينهما) (٣)، لاستوائهما فى الحاجه إليه (٤)، و الانتفاع به، و القرعه لكل أمر مشتبّه.

و يشكل (٥) بأن مورد القرعه المحل الذى لا- يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل (١) أى تقديم قول ساكن الغرفة فى السقف أولى من تقديم قوله فى الجدار، و وجه الأولويه أن الجدار أعنى جدار الغرفة قد يأتى فيه احتمال أن يكون صاحب الأسفل قد بنى جدارا على سطحه، أما فى سقف الغرفة فلا يأتى هذا الاحتمال لاستحاله أن يكون قد بنى سقفا فوق سقفه بدون جدار، و لو كان مع الجدار فلا معنى لحصر النزاع فى السقف مع التسليم بكون الجدار لصاحب الغرفة.

(٢) لو تنازع صاحب الأسفل و صاحب الغرفة العليا فى سقف البيت، الذى هو سقف للأسفل و أرض للغرفة، و هو المتوسط بين البيت و الغرفة بحيث يكون سقفا للأسفل و حاملا للغرفة، فقد وقع الخلاف على أقوال:

الأول: أنهما يستويان فيه، لأنه سقف للأسفل و أرض للغرفة فهو جزء فى كل منهما، فإذا ادعاه كل منهما، فكل واحد منهما مدع و منكر فيتحالفان و هو لهما، و كذا لو نكلا، و أما لو نكل أحدهما و حلف الآخر فهو للحالف، و هو قول الشيخ فى المبسوط و قواه فى الدروس.

الثانى: إن السقف المذكور لصاحب الغرفة، لأن الغرفة العليا متقومه بأرضها الحامله لها، و البيت قد يكون بغير سقف، و لكنه لا يكون بغير أرض، و عليه فبما أنهما متفقان على أنه توجد غرفه عليا و ساكنها يده عليها، فهما متفقان على أن يد ساكن الغرفة على أرضها الحامله لها، فيكون صاحب الغرفة يده على السقف الحامل دون صاحب البيت الأسفل، فالأول منكر و الثانى مدع فيقدم قول صاحب الغرفة مع يمينه، و هو قول ابن الجنييد و ابن إدريس و اختاره المحقق الثانى فى جامع المقاصد، و رجحه الفاضل فى الكثير من كتبه، و مال إليه الشارح هنا و فى المسالك.

الثالث: أنه يقرع بينهما، لأنها لكل أمر مشكل، و تعيين السقف المذكور مشكل فمجره القرعه، و هو قول منسوب إلى الشيخ، و استحسنة المحقق فى الشرائع و هو قول الماتن هنا.

(٣) كما هو القول الثالث.

(٤) فلا مزيه لأحدهما على الآخر ليكون أحدهما صاحب يد على السقف.

(٥) وجه الإشكال أن مورد القرعه عند ما يكون المال لأحدهما خاصة، و لكنه غير مميّز بأنه

هو حق لأحدهما مشتبته، و هنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، و أرض لصاحب الغرفة فكان كالجُزء من كل منهما. و في الدروس قَوَى اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، و إلا اختص بالحالف لما ذكر من الوجه (١).

و قيل: يقضى به لصاحب الغرفة (٢)، لأنها لا تتحقق بدونه، لكونه أرضها، و البيت يتحقق بدون السقف و هما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، و لأن تصرفه فيه (٣) أغلب من تصرف الآخر و ليس ببعيد.

و موضع الخلاف في السقف الذى يمكن إحداثه بعد بناء البيت أما ما لا يمكن كالأزج (٤) الذى لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه (٥) إلى الأول أو الثانى، فيعين بالقرعة، مع أن السقف هنا قد يكون مشتركا بينهما كما هو القول الأول، فتعين المالك بالقرعة على هذا الاحتمال ليس فى محله.

ثم العجب من المصنف حيث ذهب فى الدروس إلى اشتراك السقف بينها كما هو القول الأول، مع أنه هنا فى اللمعه قد ذهب إلى القرعة.

(١) و هو احتياجهما إليه فأيديهما عليه، و عليه فوجه دليل الاشتراك هو بعينه وجه دليل القرعة.

(٢) كما هو القول الثانى المتقدم.

(٣) أى تصرف صاحب الغرفة فى هذا السقف المذكور، لأنه أرض غرفته هو أكثر من تصرف صاحب الأسفل فيه، لأن الإنسان يتصرف بأرض بيته أكثر من تصرفه بسقفه.

(٤) أى ما لا يمكن إحداثه بعد بناء البيت الأسفل، بل يبنى مع بناء البيت الأسفل، كالأزج، و هو على ما فى المصباح (ينبنى طولاً، و يقال: الأزج السقف، و الجمع آزاج مثل سبب و أسباب)، و بناء الأزج كما فى جامع المقاصد (هو بناء معروف بعقد فوق الجدران بالجص و الآجر غالباً، و لا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار فى العلو، لأنه لا بدّ من إخراج بعض الأجزاء و نحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف و الجدران، و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، و ذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإنه باتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له) انتهى. هذا و إذا عرفت بناء الأزج فصاحب الأسفل يده عليه فيكون صاحب الغرفة خارجاً، فالثانى مدع و الأول منكر لموافقه قوله الظاهر فيقدم قوله مع يمينه.

(٥) أى احتياج الأزج و هو العقد.

إخراج بعض الأجزاء (١) عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد (٢) فيحصل به (٣) الترصيف (٤) بين السقف و الجدران فهو لصاحب السفلى يمينه، لدلاله ذلك على جزئيه منه.

الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك

(الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان، و صاحب بيوته فى المسلك (٥). و المراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله:(حلف صاحب الغرف فى قدر ما يسلكه)، (١) أى أجزاء الجدار.

(٢) أى هذا الجزء الخارج عن سمت الجدار هو الحامل للعقد.

(٣) أى بالجزء الخارج.

(٤) و هو دخول آلات البناء فى كل منهما فى الآخر.

(٥) صاحب بيوت الخان أى صاحب بيوت الخان السفلى، و صاحب الغرف هو صاحب بيوت الخان العليا، فلو تداعيا الصحن، و هو الذى وضعت المرقاه فى صدره، و الصدر هو نهايته فى السعه، و هو آخر خطه فى الجبهه المقابله للباب، فكل منهما يقول: إن الصحن له فيقضى من الصحن لصاحب الأعلى بما يسلك فيه إلى العلو، أو فقل يقضى من الصحن بممر له، و لكن هذا الممر فى الصحن يشاركه صاحب الأسفل فيه أيضا، و الزائد عن الممر يكون لصاحب الأسفل فقط، هذا على المشهور، و ذلك لأن يد صاحب الأسفل على نفس الممر لافتقاره إلى السلوك فى الصحن إلى بيوته السفلى، و يد صاحب العلو على الممر أيضا لسلوكه إلى غرفه العليا، و مع ثبوت أيديهما معا عليه فلو ادعاه كل واحد منهما فكل منهما مدع و منكر فيتخالفان و هو لهما.

و أما الزائد عن الممر فلا يد لصاحب العلو عليه، لأنه لا يفتقر فى السلوك إلى الزائد، مع أن يد صاحب السفلى عليه بحسب الظاهر، فالثانى منكر و الأول مدع، فيقدم قول صاحب السفلى مع يمينه.

هذا و قد احتمل الشهيد فى الدروس الاشتراك بينهما فى تمام الصحن، الممر و الزائد عليه، لأن صاحب الأعلى لا يكلف بالمرور على خط مستو، و لا- يمنع من وضع شىء فى الصحن و لا- من الجلوس قليلا، و هذا أماره على أنه ذو يد على تمام الصحن كما أن صاحب الأسفل كذلك، فكل منهما مدع و منكر فيتخالفان و يكون الصحن لهما.

و قد حكم الماتن فى اللعمه هنا بكون الممر للأعلى فقط و الباقي من الصحن للأسفل فقط، لأن يد الأعلى على الممر كما هو واضح لأنه مسلكه إلى الأعلى فصاحب الأسفل يكون مدعيا فيقدم قول صاحب الأعلى فى الممر مع يمينه، و أما الزائد من الصحن فيد صاحب الأسفل عليه فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، و سيأتى بيان ضعفه.

(و حلف الآخر على الزائد)، لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة (١)، أو معين لا يزيد عن القدر (٢) لم يكن على الآخر (٣) حلف، لعدم منازعته له (٤) في الزائد.

و وجه الحكم للأعلى بقدر المسلك (٥) كونه من ضروره الانتفاع بالغرف و له عليه يد في جملة الصحن. و أما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به.

و في الدروس رجح كون المسلك بينهما، و اختصاص الأسفل بالباقي (٦).

و عليه جماعه، لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه (٧)، و ينفرد (٨) بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما و احتمل (٩) الاشتراك في العرصه أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، و لا يمنع من وضع شئ فيها، و لا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن (١٠) تشاركاً في الممر إليه (١١)، أو (١) جملة تعليليه لكون المراد من المسلك في كلام الماتن هو تمام الصحن، لأنه لو كان النزاع بينهما على خصوص المسلك لا على تمام الصحن، فالمسلك المتنازع عليه إما معين لا يزيد عن قدر المسلك، و إما مسلك في الجملة، و على كل منهما هو المسلك الوحيد للأعلى فيقدم قول الأعلى مع يمينه، و لا يجوز من الأعلى أن يطالب الأسفل باليمين على الزائد لعدم التنازع فيه، مع أن الماتن قد حكم بكون اليمين على الأسفل في الزائد و هذا كاشف عن أن النزاع في تمام الصحن، و لذا حملنا لفظ المسلك على التمام.

(٢) عن قدر سلوكه.

(٣) و هو الأسفل بالنسبه للزائد.

(٤) أى لعدم منازعه الأعلى للأسفل.

(٥) و هو قول المصنف و قد تقدم، و فيه: إن يد الأعلى على الممر و هو غير مشكوك فيه، و لكن هذا لا ينفي وجود يد صاحب الأسفل عليه كما عليه المشهور.

(٦) و هو قول المشهور.

(٧) في المسلك.

(٨) أى ينفرد الأسفل بالباقي من الصحن.

(٩) أى الشهيد في الدروس.

(١٠) كما هو الغالب، و قد بنى النزاع السابق على ذلك.

(١١) أى إلى المرقى، و المشاركه هو قول المشهور المتقدم، و أيضا يتشارك في الممر على احتمال

ص: ٢٢٠

اختص به الأعلى (١)، وإن كان المرقى فى دهليزه (٢) خارجا (٣)، لم يشارك الأسفل فى شىء من الصحن، إذ لا يد له على شىء منها (٤)، و لو كان المرقى فى ظهره (٥) اختص صاحب السفلى بالصحن و الدهليز أجمع.

(و) لو تنازعا (فى الدرجة (٦) يحلف العلوى)، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك و إن كانت موضوعه فى أرض صاحب السفلى و كما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها (٧)، (و فى الخزانة تحتها (٨) يقرع) بينهما (٩)، لاستوائهما فيها بكونها المصنف فى الدروس، لأن اشتراكهما فى تمام الصحن مستلزم لاشتراكهما فى الممر.

(١) على قول المصنف فى اللمع هنا.

(٢) قال فى المسالك: (و الدهليز بكسر الدال ما بين الباب و الدار، و هو فارسى معرب).

(٣) أى كان المرقى إلى الأعلى فى دهليز الخان عند باب الخان، لم يشارك الأعلى الأسفل فى صحن الخان، بل يكون تمام الصحن للأسفل لوجود يده عليه، مع عدم وجود يد للأعلى عليه كما هو واضح.

(٤) من عرصه الصحن.

(٥) أى ظهر الخان، فيختص صاحب الأسفل بالصحن بتمامه و بالدهليز أجمع، لأن يده عليهما بخلاف الأعلى فلا يد له عليهما.

(٦) فيقضى بها لصاحب الأعلى مع يمينه، لاختصاصه بالتصرف بها بالسلوك، فهو صاحب اليد عليها، و هى و إن كانت موضوعه فى أرض الصحن التى هى للأسفل، إلا أن مجرد الوضع لا يوجب كون الأسفل صاحب يد عليها.

(٧) للأعلى عند التنازع فى محل الدرجة، أما مع عدم المنازعه فيحكم لمن يدعيها.

إن قلت: إن الدرجة فى أرض الأسفل، لأنها فى الزائد عن الممر، و الزائد للأسفل.

قلت: ما قبل وضع الدرجة كان محلها للأسفل فيده عليها فيقدم قوله مع يمينه عند التنازع، و أما بعد البناء فبحسب الظاهر أن الأعلى هو صاحب اليد على المحل، إذ لعله قد اشترى المحل المذكور من الأسفل.

(٨) تحت الدرجة.

(٩) لأن لكل واحد منهما شاهدا على أنه صاحب يد عليها، فباعتبار أن الدرجة لصاحب العلوى، و إذا ملك شيئا ملك قراره إلى تخوم الأرض كما يملك عنانه إلى السماء فيكون الأعلى صاحب يد عليها، و باعتبار أن الخزانة متصله بملك الأسفل فهو صاحب يد كذلك، و مع التنازع فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان كما عليه المحقق و الفاضل و الشهيد فى الدروس.

متصله بملك الأسفل، بل من جمله بيوته، و كونها هواء لملك الأعلى و هو كالقرار فيقرع.

و يشكل بما مرّ في السقف (١)، و يقوى استواءهما فيها مع حلف كل لصاحبه، و هو اختياره في الدروس، و لا عبره بوضع الأسفل آلاته تحتها (٢).

و يشكل أيضا الحكم في الدرجة (٣) مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قضى بالخزانة لهما (٤)، أو حكم بها للأسفل بوجه (٥) تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، لعين ما ذكر (٦)، خصوصا مع الحكم بها (٧) للأسفل وحده (٨) فينبغي حينئذ (٩) و ذهب الماتن هنا إلى القرع، لأن تعيين الخزانة مشكل و هو مجرى القرع، و فيه: إن القرع تجري إذا علمنا على نحو القطع أن الخزانة لأحدهما فقط لأن موردها فيما لو كان المتنازع لأحدهما واقعا إلا أنه مشتبه ظاهرا، أما مع احتمال الاشتراك فلا تأتي القرع.

(١) أي في سقف البيت في المسألة الثالثة المتقدمه، و قد تقدم الإشكال أيضا منا هنا، و تبين وجهه.

(٢) تحت الخزانة، فوضع الآلات من ليزان و نحوها لا تجعل صاحب الأسفل صاحب يد على نحو الانحصار.

(٣) و الحكم فيها للأعلى مع اختلافهما بالخزانة التي تحت الدرجة، فلو حكمنا بكون الخزانة لهما كما هو مذهب جماعه، أو بكون الخزانة للأسفل بحسب القرع كما هو قول الماتن هنا مع أن البناء الذي هو فوق الدرجة للأعلى فتكون الدرجة كالسقف المتوسط بين البيت السفلى و الغرفه الفوقيه، و عليه فكما جرى النزاع في السقف على أقوال يجب أن يجرى عنى النزاع في الدرجة، مع أن الحكم في الدرجة و أنهما للأعلى بغير خلاف.

و فيه: إن قياس الدرجة على السقف غير صحيح، لأن الدرجة مما يحتاج إليها العلوى فقط بخلاف السقف المذكور فإنهما بحاجة إليه معا.

(٤) كما هو مذهب جماعه.

(٥) و هو القرع على مبنى الماتن هنا.

(٦) أي الخلاف في السقف يجرى في الدرجة لأنهما من مورد واحد.

(٧) أي بالخزانة.

(٨) لو خرجت القرع باسمه و هو مبنى الماتن هنا.

(٩) أي حين الحكم بكون الخزانة للأسفل وحده.

أن يجرى فيها (١) الخلاف السابق (٢) و مرجّحه (٣)، و لو قضينا بالسقف للأعلى (٤) زال الإشكال هنا (٥)، و إنما يأتي (٦) على مذهب المصنف هنا (٧)، و فى الدروس (٨)، فإنه (٩) لا يجمع اختصاص العلوى بها (١٠) مطلقا (١١).

الخامسه – لو تنازع راكب الدابه، و قابض لجامها

(الخامسه – لو تنازع راكب الدابه، و قابض لجامها) فيها (١٢) (حلف الراكب) (١٣) لقوه يده، و شده تصرفه بالنسبه إلى القابض. و قيل: يستويان فى الدعوى، لاشتراكهما فى اليد، و قوتها لا مدخل له فى الترجيح، و لهذا لم تؤثر فى ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى، و ما مع الراكب (١) فى الدرجة. (٢) المتقدم فى السقف.

(٣) و الشارح قد رجح الاشتراك فيه مع التحالف فراجع.

(٤) كما هو القول الثانى المتقدم فى شرحنا فى المسأله الثالثه.

(٥) حيث تكون الدرجة هنا للعلوى، و هذا ما حكم به الجميع هنا من دون مخالف.

(٦) أى يأتي الإشكال.

(٧) أى فى اللمعه حيث حكم فى السقف بالقرعه بينهما، فلو خرجت باسم الأسفل لكان مناقضا للحكم بكون الدرجة للعلوى، لأن الدرجة و السقف متحدان الحكم.

(٨) أى يأتي الإشكال حيث جعل السقف مشتركا فلا يكون العلوى مختصا به فكيف كان العلوى مختصا بالدرجة، مع أن حكمها حكم السقف.

(٩) أى حكم المصنف فى السقف فى اللمعه و الدروس.

(١٠) بالدرجة.

(١١) فى كل الأحوال.

(١٢) فى الدابه.

(١٣) ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أنه يقدم قول الراكب مع يمينه، لأن يد كل منهما على الدابه، إلا أن يد الراكب على الدابه أقوى من يد قابض اللجام، و تصرف الراكب أشد من تصرف الآخر، و زياده اليد و شده التصرف تجعل الراكب هو صاحب اليد دون قابض اللجام.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس فى السرائر و غيرهما إلى أنهما سواء فى الدعوى، لثبوت يد كل منهما عليها، و زياده التصرف للراكب لم تثبت أنها مرجح، كما أن قوه يد الراكب لا مدخل لها فى الترجيح بعد ثبوت يد الآخر، فيتحالفان، و هى لهما.

ص: ٢٢٣

من زياده نوع التصرف لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما (١)، و هو قوى فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينه، و أما اللجام فيقضى به لمن هو فى يده (٢)، و السرج لراكبه (٣).

(و لو تنازعا ثوبا فى يد أحدهما أكثره فهما سواء (٤)، لاشتراكهما) فى اليد و لا ترجيح لقوتها، و التصرف هنا و إن اختلف كثره و قله لكنه من واد واحد (٥)، بخلاف الركوب و قبض اللجام. نعم لو كان أحدهما ممسكا له، و الآخر لابسا (٦) فكمسأله الراكب و القابض، لزياده تصرف اللابس على اليد المشتركه.

(و كذا) لو تنازعا (فى العبد و عليه ثياب لأحدهما (٧) و يدهما (عليه) فلا (١) فقد عرف المدعى بأنه إذا ترك ترك، و عرف بأن قوله مخالف للأصل، و عرّف بأن قوله مخالف للظاهر، و عرّف المنكر بأنه إذا ترك ترك، و بأن قوله موافق للأصل، و بأن قوله موافق للظاهر.

فالراكب لو ترك الدابه لتركه قابض اللجام و كذا العكس، و الراكب لو تركه قابض اللجام على الدابه لانتفت الدعوى، و كذا العكس.

و الراكب قوله مخالف للأصل، إذ الأصل عدم كون الدابه له، و كذا يجرى فى قابض اللجام، و الراكب قوله مخالف للظاهر، لأن الظاهر و هو العرف يرى أن الدابه لقابض لجامها عند انفراده، و كذا العكس لأن العرف يرى أن الدابه لراكبها عند انفراده.

(٢) لأن يد القابض عليه دون الراكب، فالأول منكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٣) لثبوت يده عليه دون قابض اللجام.

(٤) لاشتراكهما فى مسمى اليد، و لا ترجيح لزياده اليد، إذ لم يثبت أنها دليل شرعى، و عليه فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان.

(٥) لأن العرف يرى أن كلا- منهما متصرف بالثوب بدون الترجيح بقلته أو كثرته، بخلاف مسأله الراكب و قابض اللجام حيث يرى العرف أن الراكب متصرف بالدابه أكثر من تصرف الآخر.

(٦) فيد كل منهما على الثوب، إلا أن اللابس يده أقوى و تصرفه أشد و أكثر فيجزى هنا ما يجرى فى مسأله الراكب و القابض فى الدابه، إلا أن يقال كما فى المسالك: (و ربما قيل هنا بتقديم اللابس، لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا و هو غالب على الثوب مستقل اليد) انتهى.

(٧) مع فرض ثبوت أيديهما عليه، فهما فيه سواء، و ثياب أحدهما لا مدخلية لهما لزياده الملك، إذ قد يلبسها بغير إذن مالكةا أو بالعاريه، فهي ليست يدا عرفا.

يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزياده ذلك على يده (١) إذ لا- دخل للبس فى الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعاريه، و لا يرد مثله فى الركوب، لأن الراكب ذو يد (٢) بخلاف العبد فإن اليد للمدعى، لا له (٣). و يتفرع عليه (٤) ما لو كان لأحدهما عليه (٥)، يد و للآخر ثياب خاصه فالعبره بصاحب اليد.

(و) يرجح صاحب الحمل فى دعوى البهيمة الحامله (٦) و إن كان للآخر عليها يد أيضا بقبض زمام، و نحوه، لدلاله الحمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح. و فى الدروس سوى بين الراكب، و لابس الثوب، و ذى الحمل فى لحكم. و هو حسن، (و) كذا يرجح (صاحب البيت فى) دعوى (الغرفه) الكائنه (عليه و إن كان بابها مفتوحا) إلى المدعى الآخر (٧)، لأنها موضوعه فى ملكه و هو (١) أى كما يرجح الراكب بزياده وصف الركوب على يده المشتركه مع يد الآخر، و من هنا وقع الترجيح بالركوب دون الترجيح باللبس.

(٢) أى أن الراكب له يد على الدابه، و قد تقوّت بالركوب، و هنا صاحب الثياب و إن كان له يد على العبد لكن لم تتقو باللبس، لأن الثياب و إن كانت تحت يد العبد، إلا أن العبد لا يد له فالثياب ليست تحت يد العبد، بل تحت يد المدعى من رأس، فلم يسلم للمدعى إلا يده على العبد دون اللبس.

(٣) أى لا للعبد.

(٤) أى على كون اللبس ليس يدا.

(٥) على العبد.

(٦) لو اختلف اثنان فى ملكيه البهيمة الحامله. فهنا فرعان:

الأول: أن لا يكون لأحدهما يد على البهيمة إلا حمل أحدهما عليها فيقدم قوله مع يمينه، لأنه يستفاد من وجود الحمل عليها كونه مستقلا بها و صاحب يد عليها.

الفرع الثانى: أن يكون لأحدهما حمل عليها و للثانى يد ككونه ممسكا بزمامها، فهى كمسأله الراكب و قابض اللجام، إلا أن هناك قد وقع الخلاف بخلاف هنا حيث لا خلاف فى تقديم صاحب الحمل لكونه أشدّ تصرفا و أشدّ يدا، قال الشارح فى المسالك: (إلا- أن مسأله الحمل أقوى، و لهذا لم يذكر فيها خلافا، و وجهه أن الحمل أقوى دليلا على كمال الاستيلاء، فإن الركوب أسهل تعلقا من الحمل، و فى الدروس جعل الراكب و لابس الثوب و ذا الحمل سواء فى الحكم، و هو كذلك) انتهى.

(٧) لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما غير أن بابها إلى غرفه الآخر، كان الرجحان لدعوى

هواء بيته، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى و غيرها، و إلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، و يد مالك الهواء بالتبعيه، و الذاتيه أقوى، مع احتمال التساوى، لثبوت اليد من الجانبين فى الجملة، و عدم تأثير قوه اليد (١).

السادسه – لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما

(السادسه – لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما (٢)، أو متصلا بينهما) معا (٣) اتصال ترصيف، و هو تداخل الأحجار و نحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط المتصل به (فإن حلفا، أو نكلا فهو لهما، و إلا) فإن حلف أحدهما، و نكل الآخر (فهو للحالف، و لو اتصل بأحدهما) خاصه (٤)(حلف) و قضى له به.

و مثله ما لو كان لأحدهما عليه قبه (٥)، أو غرفه، أو ستره لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعلية اليمين مع فقد البيئه.

صاحب البيت قطعا، لكونها فى ملكه الذى هو عنان بيته، و هذا العنان تابع للقرار، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يدا عرفا.

نعم لو فرض كون الآخر – مع كون باب الغرفه مفتوحا إلى غرفته – متصرفا فيها بسكنى و غيره، فيقدم قول الساكن مع يمينه، لأنه صاحب يد بالتصرف، و الآخر و إن كان صاحب يد أيضا إلا أن الساكن يده أصلية فعلية لأنه متصرف بالغرفه، و الثانى يده تبعيه لأنه مالك للقرار فيكون مالكا لمحل الغرفه لأنه عنان لذلك القرار، و اليد الفعلية أولى و أقوى من التبعيه.

(١)لأنه لم تثبت كونها مرجحه لليد.

(٢)لكنه كان بين أرضيهما، فأيديهما عليه فيتحالفان و يكون الجدار بينهما على التنصيف.

(٣)اتصال ترصيف و هو تداخل الأحجار و اللبن على وجه يبعد كونه محدثا بعد البناء، و هذا الاتصال المذكور دال على أيديهما معا على الجدار، فيحلفان و يكون لهما بالتنصيف.

(٤)بحيث اتصل الجدار ببناء أحدهما اتصال ترصيف، فالاتصال المذكور يقتضى كون صاحب البناء المتصل ذا يد على الجدار فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر.

(٥)أى و مثل الترصيف الكاشف عن اليد ما لو كان لأحدهما قبه أو غرفه أو ستره – بالضم كل ما يستر الشئ – فصاحبها هو ذو يد على الجدار فيقدم قوله مع يمينه، لأنه منكر.

(و كذا لو كان) لأحدهما خاصه (عليه جذع) (١) فإنه يقضى له به يمينه (٢)، أولهما فلهما، و لو اتصل بأحدهما و كان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى (٣)، و كذا لو كان لأحدهما واحده من المرجحات، و مع الآخر الباقيه (٤)، إذ لا- أثر لزياده اليد كما سلف (أما الخوارج) (٥) من أحد الجانبين أو منهما من نقش، أو وتد، أو رف و نحوهما (و الروازن) كالطاقات (فلا ترجيح بها)، لإمكان إحداثها من جهه واضعها من غير شعور الآخر (إلا معاقد القمط) (٦) بالكسر و هو الحبل (١) ذهب الشيخ إلى أنه لا يقضى لصاحب الجذع بأنه ذو يد، لجريان العاده بالتسامح للجار فى ذلك، و لدلاله كون الجدار بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذع من أحدهما مزيد انتفاع فقط، و زياده التصرف لا تقتضى الترجيح لإحدى اليدين على الأخرى.

و فيه منع ظاهر، لأن وضعه بين الملكين دال على ثبوت اليدين لو كان مجردا، و أما مع وضع الجذع لأحدهما فيكون صاحب اليد هو الواضع دون الآخر، فيقدم قول صاحب الجذع مع يمينه لأنه منكر، و هذا ما عليه المشهور.

(٢) على القول المشهور، و كذا ما بعده.

(٣) فالاتصال الترصيفى يعطى أنه أحدهما صاحب يد، و وضع الجذع يفيد أن الآخر صاحب يد، و عليه فهو لهما مع التحالف خلافا للشيخ حيث حكم بكون وضع الجذع لا يفيد اليد للتسامح به فى العاده.

(٤) بحيث كان لأحدهما الاتصال و للآخر غرفه أو قبه أو ستره فيتساويان، إذ لا أثر لزياده اليد كما سلف.

(٥) قال فى المسالك: (المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش أو وتد و رف و نحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، و مثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذه و الرزان النافذه) انتهى.

(٦) أصل المسأله أنه لو اختلفا فى خصّ، قضى لمن إليه معاقد القمط، و الخصّ على ما فى المسالك: (الخصّ بالضم البيت، يعمل من القصب)، و يؤيده ما فى المصباح المنير حيث قال: (الخص البيت من القصب)، و يؤيده ما فى المصباح المنير حيث القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين) انتهى.

و أما القمط، فإن كانت بالضم فهى جمع قماط، و هى شداد الخصّ من ليف أو خوص أو نحوهما، و إن كانت بالكسر فهى حبل يشدّ به الخصّ، و عليه فلو تنازعا فى شبه الجدار المبنى من القصب بين الملكين، أو فى البيت المبنى من القصب و هو بين الملكين،

الذى يشد به الخص و بالضم جمع قماط و هى شداد الخص من ليف و خوص و غيرها فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا (فى الخص) بالضم و هو البيت الذى يعمل من القصب، و نحوه على المشهور بين الأصحاب، و منهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين، و هو الموافق للأصل (١).

قضى لمن إليه الجبل الذى يشد به الخص، على المشهور لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن خص بين دارين، فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القمط) (١)، و لخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبى جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أنه قضى فى رجلين اختصما إليه فى خص فقال: إن الخص للذى إليه القماط) ٢، و عن أبى حنيفة عدم الترجيح بمعاقد القمط، و كذا عن المحقق فى النافع، مع همل الخبرين المتقدمين على أنهما قضيه فى واقعه فلا يتعدى الحكم فيها، و يكون حكم الخص حكم الجدار بين الملكين.

(١) لأن الخص كالجدار.

ص: ٢٢٨

كتاب الشركه

اشاره

ص: ٢٢٩

فى معناها و سببها

الشركه بفتح الشين فكسر الراء (١)، و حكى فيها كسر الشين فسكون الراء (و سببها (٢) قد يكون إرثا) لعين، أو منفعه، أو حق بأن يرثا مالا أو منفعه دار (١) قال فى المصباح المنير: (و شركه وزان كلم و كلمه، بفتح الأول و كسر الثانى - إلى أن قال - ثم خفف المصدر بكسر الأول و سكون الثانى، و استعمال المخفف أغلب فيقال: شرك و شركه، كما يقال: كلم و كلمه على التخفيف، نقله الحجه فى التفسير و إسماعيل بن هبه الله الموصلى على ألفاظ المذهب، و نصّ عليه صاحب المحكم و ابن القطاع) انتهى.

(٢) اعلم أن الشركه تطلق على معنيين:

الأول: هو اجتماع حق مالكين فصاعدا فى الشىء الواحد على سبيل الشيع، و هذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركه لغه و عرفا، قال فى المسالك: (إلا أنه لا مدخل له فى الحكم الشرعى - من الصحه و البطلان - المترتب على الشركه من كونها من جمله العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول، و الحكم عليها بالصحه و البطلان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهرا، بحيث لا يتميزان تحققت الشركه بهذا المعنى) انتهى.

المعنى الثانى: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك بالشىء الواحد على سبيل الشيع فيه، و هذا المعنى للشركه هو الذى أوجب إدراجها فى جمله العقود، و بهذا المعنى يلحقها حكم الصحه و البطلان.

و الشركه بالمعنى الأول قد تكون بسبب إرث و قد تكون بسبب عقد و قد تكون بسبب حيازه و قد تكون بسبب المزج و على كل التقادير فالمشترك قد يكون عينا و قد يكون منفعه و قد يكون حقا، و مثال ما لو كان سبب الشركه إرثا هو: كأن يرث ثلاثة من الأخوه دارا لمورثهم أو يرثون منفعه دار قد استأجرها مورثهم أو يرثون حق الخيار الثابت

استأجرها مورثهم، أو حق شفعه، و خيار،(و عقدا) (١) بأن يشتريا دارا بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزء مشاعا منها و لو على التعاقب، أو يستأجرها (٢)، أو يشتريا بخيار لهما (٣)،(و حيازه) (٤) لبعض المباحات (دفعه) بأن يشتركا في نصب حباله، و رمى سهم مثبت فيشتركا في ملك الصيد، و لو حاز كل واحد شيئا من المباح منفردا عن صاحبه اختص كل بما حازه (٥) إن لم يكن عمل كل واحد بنيه الوكاله عن صاحبه (٦) في تملك نصف ما يحوزه، و إلا- اشتركا أيضا على الأقوى، فالحيازه قد توجب الاشتراك مع التعاقب (٧) و قد لا توجه في الدفعه (٨)،(و مزجا) (٩) لأحد مالیهما بالآخر بحيث (لا يتميز) كل منهما عن لمورثهم، و على مثل هذا فقس بقیه الأمثله، و سیدکر الشارح البقیه الواقعه، و إلا فبعض الصور المتقدمه لا صغری لها کما سیأتی التنبیه علیها.

(١) کأن يشتري ثلاثه من الملاك دارا، أو يستأجرون منفعه دار، أو یصالحون على حق تحجير، فيكون الحق لهم، فالعقد الموجب للشركه قد یوجبها فی عين أو منفعه أو حق.

(٢) مثال للمنفعه.

(٣) فيكون حق الخيار لهما.

(٤) عطف على العقد و الارث، و هو فی مقام بیان الباب الشرکه، و الحيازه تتحقق فیما لو اشترکا فی نصب حباله الصيد المشتركه بينهما، أو يشترکان فی رمى السهم المشترك لهما، فيحوزان بالنصب أو الرمی طیرا فهو لهما شراکه، و قد تتحقق فیما لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء، و لصدور العمل منهما فتكون الشجره أو الماء شراکه، هذا و الحيازه تكون سببا فی الشراکه فی الأعیان فقط کما هو واضح.

(٥) لما سیأتی من أن الحيازه سبب للملك، فإذا حاز أحدهما شجره فتكون ملكا له، و لا تكون موردا للشركه إلا إذا جَوَزنا شرکه الأبدان على ما سیأتی من أنهما يشترکان بعقد على أن يكون عمل أحدهما ملكا لهما، و سیأتی أنها باطله إلا من الإسکافی.

(٦) سیأتی أنه هل تتحقق الوكاله فی الحيازه أو لا، فعلى القول بالجواز لو نوى بالحيازه عنه و عن موکله فيكون كل منهما قد جاز النصف فهی لهما، و على القول بالعدم فالوکاله لا تقع و نیته لا معنى لها، فالحيازه للأول و الملك له فقط بدون اشتراك.

(٧) کما لو نوى كل منهما عن الآخر حال کون نیه أحدهما متقدمه.

(٨) کما لو حاز كل منهما عن نفسه لا عن وکیله.

(٩) عطف على الحيازه و العقد و الارث، و هو السبب الرابع للشركه، کأن یمترج مال أحدهما

الآخر بأن يكونا متفقين جنسا ووصفا، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر كالحنطة بالشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيره الحب بالصغيره، و نحو ذلك فلا اشتراك. و لا فرق هنا بين وقوعه اختيارا، أو اتفاقا.

فى كون الشركه فى عين أو منفعه

(و الشركه قد تكون عينا) أى فى عين كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقه (١) فى شىء من أعيان الأموال، (و منفعه) كالاشتراك فى منفعه دار استأجرها، أو عبد، أوصى لهما بخدمته، (و حقا) كشفعه، و خيار، و رهن، و هذه الثلاثه (٢) تجرى فى الأولين (٣) و أما الأخيران (٤) فلا يتحققان إلا فى العين، و يمكن فرض الامتزاج فى المنفعه بأن يستأجر كل منهما دراهم للترين بها، حيث نجوزه (٥) متميزه (٦) ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

فى أنّ المعتبر شركه العنان لا الأعمال و لا المفاوضه و لا الوجوه

(و المعتبر) من الشركه شرعا عندنا (شركه العنان) (٧) بكسر العين و هى شركه بمال الآخر بحيث لا يتميزان، سواء كان المزج بسبب فعل أحدهما أو بفعلهما أو بسبب ثالث، و المزج قد يتحقق فى العين لمزج الزيت بالزيت، إلا أنه لا يجرى فى المنفعه، نعم بعضهم فرض مثالا للمزج بالمنفعه كما لو استأجر شخص دراهم للترين بها بناء على جواز ذلك ثم مزجت الدراهم بغيرها حيث كان لكل درهم خصوصيه فيتحقق المزج بمنافع الدراهم المستأجره.

(١) من الارث و العقد و الحيازه و المزج.

(٢) من كون المشترك عينا أو منفعه أو حقا.

(٣) أى فى الأولين من أسباب الشركه، و هما الارث و العقد.

(٤) و هما الحيازه و المزج.

(٥) لأنه يشكل على صحه استئجار الدراهم لمنفعه الترين مع أن الأصل عدمها.

(٦) صفه للدراهم.

(٧) و هى شركه الأموال، بمعنى أن يكون لكل منهما مال، فيمزج كل مع الآخر، و يشترطان العمل به بأبدانهم، و يتساوبان فى الربح و الخسران مع تساوى المالىن، و لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى المال المشترك إلا بإذن شريكه.

و هذه الشركه لا بد فيها مع اشتراك المالىن من صيغه عقديه من إيجاب و قبول على أن يعملوا بالمال المشترك ليكون الربح لهما و الخساره عليهما، و هذا هو المعنى الثانى للشركه، و بهذا المعنى صح إدراجها فى باب مستقل من أبواب الفقه، و هى بهذا المعنى يلحقها الحكم الشرعى من الصحه و البطلان، فإذن الشركه عقد على التكسب بالمال المشترك، فإن

الأموال، نسبت إلى العنان و هو سير (١) اللجام الذى يمسك به الدابة، لاستواء الشريكين (٢) فى ولايه الفسخ، و التصرف، و استحقاق الربح على قدر رأس المال كان المال مشتركاً قبل المعامله فهو و إلا لا بد من مزجه ليصير مشتركاً، و هذه الشركه تصح عندنا بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع بقسميه كما فى الجواهر. و هذه الشركه تسمى بشركه العنان، و العنان بالكسر هو سير اللجام الذى يمسك به الدابة، و السير هو ما يقد من الجلد بل هو (قدّه من الجلد مستطيله)، و إذا تقرر ذلك فقد اختلفوا فيما أخذت منه كلمه شركه العنان.

فقيل من عنان الدابه، و لذا قال فى المصباح المنير: (و قال بعضهم: مأخوذه من عنان الفرس، لأنه يملك بها - أى بشركه العنان - التصرف فى مال الغير كما يملك التصرف فى الفرس بعنانه) انتهى.

أو يقال: إنها مأخوذه من عنان الدابه لاستواء الشريكين فى ولايه الفسخ و التصرف و استحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفى العنان.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه لتساوى الفارسين إذا استويا على فرسيهما و تساويا فى السير، فيكونان سواء، لكون كل منهما قابضاً على دابته بالعنان يسيرها كيف شاء، فكذلك الشريكان يستويان فى التصرف فى المال المشترك.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه، لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهى و يريد كما يمنع العنان الدابه.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه، لأن الأخذ بعنان الدابه حبس لإحدى يديه على العنان مع أن يده الأخرى مطلقه يستعملها كيف شاء، و كذلك الشريك يمنع بالشركه نفسه عن التصرف فى المال المشترك كما يشتهى، و هو مطلق التصرف فى سائر أمواله.

أو إنها مأخوذه من (عنّ) إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكل منهما مال لصاحبه، و إما لأنها أظهر أنواع الشركه و لذلك أجمع على صحتها.

أو أنها مأخوذه من (المعائنه) و هى المعارضه، فكل واحد منهما عارض بما أخرجه ما أخرجه الآخر، و هذا ما قاله الزمخشري، و قد جعله مردداً بين هذا المعنى و بين معنى ثان، و هو أن العنان مؤلف من طاقين مستويين، و بشركه الأموال يكون الشريكان مستويين فى التصرف.

(١) بفتح الأول و سكون الثانى.

(٢) أى إذا كانت شركه العنان مأخوذه من عنان الدابه، فالأخذ إما لاستواء الشريكين و إما لتساوى الفارسين، و إما لكون كل منهما يمنع الآخر كما يمنع العنان الدابه، و إما لأن الأخذ بالعنان حبس لإحدى يديه مع إطلاق الأخرى فالجهات أربعه.

كاستواء طرفى العنان، أو تساوى الفارسين فيه إذا تساويا فى السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه و يطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف فى المشترك مع انطلاق يده فى سائر ماله.

وقيل: من عنّ إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه أو لأنها أظهر أنواع الشركه. وقيل: من المعانّه و هى المعارضه، لمعارضه كل منهما بما أخرجه الآخر.

(لا شركه الأعمال) (١) بان يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه، و يشتركا فى الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرا و نوعا (٢) أم اختلف فيهما (٣) أم فى أحدهما، و سواء عملا فى مال مملوك (٤) أم فى تحصيل مباح (٥)، لأن كل واحد (١) و هى المسماه بشركه الأبدان، بأن يقع العقد بين اثنين على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفقا فى العمل كخياطين، أم اختلفا كالخياط مع النساج، و كذلك تحصل الشركه المذكوره فيما لو وقع العقد بينهما على أن ما يحصله أحدهما كالحيازه فهو لهما على نحو الاشتراك.

فهذه الشركه باطله و يختص كل منهما بأجرته و بما حازه، بلا خلاف فى ذلك إلا من ابن الجنيد، و دليلهم الإجماع بعد عدم الدليل الخاص على الجواز من الكتاب و السنه، هذا فضلا عن عدم تحقق موضوع الشركه هنا، إذ موضوعها المال المشترك و فى هذه الشركه لم يتحقق مزج ماليهما بل كل ما يحصله أحدهما متميزا عما يحصله الآخر فيكون لصاحبه، لا له و لشريكه.

نعم ما أورده العلامة فى التذكرة (من شركه سعد بن أبى وقاص و عبد الله بن مسعود و عمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشيء، فأقرهم النبى صلى الله عليه و سلم و شركهم جميعا) غير ثابت من طرقنا و لا يوجد له جابر.

(٢) كأن يكون أجره كل منهما بقدر أجره الآخر مع كونهما خياطين

(٣) كأن يكون أحدهما خياطا و الآخر نساجا، و كان أجره أحدهما أكثر من الآخر، و هذا كله إشاره إلى خلاف بعض العامه، فمنهم من منع من صحتها مطلقا موافقا للإماميه، و منهم من أجازها مطلقا مع اتفاق الصيغتين لا مع اختلافها، و منهم من أجازها فى غير اكتساب المباح.

(٤) و كان مملوكا للغير كالخياط و النساج.

(٥) كالحيازه.

منهما متميز ببدنه و عمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما (١) متميزان.

(و لا) شرکه (المفاوضه) (٢) و هي أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه (٣) من أرش جنايه، و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غرامه ضمان و كفاله، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز (٤)، و لقطه، و يكتسبه في تجاره، و نحو ذلك.

و لا- يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، و ثياب البدن، و جاريه يتسرى بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. و كذا يستثنى في هذه الشرکه من الغرم: الجنايه على الحر، و بذل الخلع (٥)، و الصداق إذا لزم أحدهما (٦).

(١) أي المالان.

(٢) قال الشارح في المسالك: (و هي أن يشترك شخصان فصاعدا على أن يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنايه و ضمان غصب و قيمه متلف و غرامه الضمان و الكفاله، و مقاسمه ما يحصل له من الميراث و يجده من ركاز و لقطه و يكتسبه في تجارته بماله المختص به، و لا يستثنى من ذلك إلا- قوت يومه و ثياب بدنه و جاريه يتسراها، فإنه لا يشاركه، و كذا يستثنى من الغرم الجنايه على الحر و بذل الخلع و الصداق إذا لزم أحدهما.

و قال صاحب إصلاح المنطق: شرکه المفاوضه أن تكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما، و هو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها بذلك، و هي باطله إلا عند أبي حنيفة و من شذّ انتهى.

و على كل فهي باطله بلا خلاف فيه بيننا لعدم الدليل على جوازها من كتاب أو سنه، و لأن هذه الشرکه لا توجب المزج بين المالين، بل يكون كل مال متميزا عن الآخر، فكما أن الغنم له فالغرم عليه، و لا دليل على أن الغرم أو بعضه على الآخر.

(٣) أي ما يلتزمه الآخر.

(٤) قال في المصباح المنير إنه (المال المدفون في الجاهليه، و هو قول أهل الحجاز، و يقال هو:

المعدن) انتهى.

(٥) بالنسبه للمرأة إذا كانت أحد الشريكين.

(٦) أي أحد الشريكين.

(و) لا شركة (الوجوه) (١) و هي أن يشترك اثنان وجيهان (٢) لا- مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمه على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان و يؤديان الأثمان، و ما فضل فهو بينهما، أو أن يبتاع وجيه في الذمه و يفوض بيعه إلى خامل على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجيه لا- مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، و الربح بينهما، أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه (٣) له، و هذه الثلاثة (٤) بمعانيها (٥) عندنا باطله.

في أن المشتركين يتساويان في الربح والخسران

(و) المشتركان شركة العنان (يتساويان في الربح و الخسران مع تساوى المالين، و لو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه (٦).

(١) قال الشارح في المسالك: (لشركة الوجوه تفسيرات، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمه إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعان و يؤديان الأثمان، و ما فضل بينهما.

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

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

و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له، و الكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيدي، فإنه جَوَّزَهَا بالمعنى الأول، و لأبى حنيفة مطلقا انتهى.

و بطلانها للإجماع المدعى و لأنه لا دليل على جوازها، و لأنه لم يتحقق المزج بين المالين فلا يتحقق موضوع الشركة.

(٢) أى معتبران عند الناس.

(٣) أى بعض الربح.

(٤) من شركة الأعمال و شركة المفاوضات و شركة الوجوه.

(٥) أى بالتفسيرات كلها الواردة في شرح الثلاثة.

(٦) أى بحسب مقدار المال، و كذا عليه من خساره بحسب ماله و لم يذكر الماتن خساره و اقتصر على الربح، لتقدم الربح على خساره مع أنه إذا ذكر الربح فيكون حكم خساره معروفا حينئذ، بلا خلاف في ذلك، لأن الربح تابع للمال لأنه نماؤه، فإذا كان مال أحدهما مساويا لمال الآخر كان الربح بينهما بالتصنيف، و خساره على المال لأن من له

و الضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا و متفاوتا، فلو عبر به (١) لكان أخصر و أدل على المقصود، إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبة، (و لو شرطا غيرهما) (٢) أى غير التساوى فى الربح على تقدير الغنم فعليه الغرم، فلو كان أحد المالين كالآخر كان الغرم عليهما بالتصنيف، و منه يعرف حكم الربح و الخسارة، عند اختلاف مقدار المالين.

(١) أى بكون الربح على نسبة المال، لكان أخصر من عبارته المصنف، لأن المصنف قد ذكر نسبة الربح عند التساوى و نسبته عند اختلاف المالين، و لكان أول لأن عبارته الشارح تفيد أن الاختلاف فى الربح مسبب عن اختلاف المالين، أما عبارته المصنف فلا تدل على أن سبب الاختلاف فى الربح هو الاختلاف فى المالين، و ذلك لو كان لأحدهما ثلثا المال و للآخر الثلث الباقي فيجب أن يكون الربح على مقدار نسبة المالين، و لكن لو شرط بجعل الربح بينهما على أن يكون لصاحب الثلثين ثلثه أرباع الربح و لصاحب الثلث ربع لصدق اختلاف الربح عند اختلاف المالين كما هو مقتضى عبارته الماتن، مع أن المصنف لا يريد هذه الصورة من عبارته السابقة.

(٢) أى شرطا زياده الربح مع تساوى المالين، أو شرطا تساوى الربح و الخسران مع تفاوت المالين، و قد وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: الصحة و إليه ذهب المرتضى مدعيا عليه الإجماع و تبعه عليه جماعه منهم العلامة و ولده لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) ، و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) ، و لأصاله الصحة فى العقود، و بناء الشرکه على الإرفاق لكل منهما، و من جملته موضع النزاع.

الثانى: البطلان للشرط مع بطلان عقد الشرکه، و ذهب إليه الشيخ و ابن إدريس و المحقق و القاضى بل نسب إلى الأكثر، لانتفاء دليل الصحة، و لأنه أكل للمال بالبطلان لأن زياده ليس فى مقابلتها عوض لأن الفرض أنه ليس فى قبالة زياده عمل، و لم يقع اشتراط الزياده فى عقد معاوضه كالبيع ليضم شرط زيادتها إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبه، مع أن الأسباب المثمره للملك معدوده و ليس هذا واحدا منها، فيكون اشتراط زياده اشتراطا لملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، و إذا بطل الشرط بطل العقد المشروط، إذ لم يقع التراضى بالشرکه و لا الاذن فى التصرف إلا على ذلك التقدير، و قد تبين فساد فلا يندرج تحت عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) و لا تحت

ص: ٢٣٨

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ١.

تساوى المالىن بأن شرطاً فيه (١) تفاوتاً حيثئذ (٢)، أو غير اختلاف استحقاقهما فى الربح مع اختلاف المالىن كميّه (فالأظهر البطلان) أى بطلان الشرط، و يتبعه بطلان الشركه (٣) بمعنى الإذن فى التصرف، فإن عملاً كذلك (٤) فالربح تابع للمال و إن خالف الشرط، و يكون لكل منهما أجره عمله بعد وضع ما قابل عمله فى ماله (٥).

و وجه البطلان بهذا الشرط أن الزيادة الحاصله فى الربح لأحدهما ليس فى مقابلها عوض، و لا وقع اشتراطها فى عقد معاوضه لتضم إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملك معدوده، و ليس هذا أحدها فيبطل الشرط و يتبعه العقد المتضمن للإذن فى التصرف، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير و لم يحصل. و ينبغى تقييده (٦) بعدم زياده عمل ممن شرطت له الزيادة، و إلا (٧) اتجه الجواز.

و قيل (٨): يجوز مطلقاً (٩) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و المؤمنون عند بقيه العمومات الوارده فى دليل القول الأول، و الإجماع المدعى من قبل السيد المرتضى على القول الأول معارض بالإجماع المدعى على القول الثانى من ابن إدريس، و مع الغض عن المعارضه لإجماع السيد موهون لذهاب الأكثر إلى خلافه.

الثالث: صحه عقد الشركه دون الشرط، و هو قول أبى الصلاح الحلبي، و هو مبنى على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

(١) فى الربح.

(٢) أى حين تساوى المالىن.

(٣) و هو القول الثانى المتقدم، هذا و المراد من بطلان الشركه بطلان عقدها، أما نفس الشركه من مزج المالىن فلا يملك بطانها لتحقق المزج فى الخارج، و لما كان المراد من الشركه هو عقدها لذا قال الشارح عقيب ذلك: (بمعنى الاذن فى التصرف).

(٤) أى مع بطلان الشركه و الشرط.

(٥) أى ما قابل عمله و استلزم من إنفاق يجعل فى ماله و له أجره عمله.

(٦) أى تقييد البطلان.

(٧) أى و إن شرطت الزيادة فى الربح لمن له زياده عمل فهو جائز بلا خلاف فيه و لا إشكال، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه.

(٨) و هو القول الأول المتقدم.

(٩) من عقد و شرط.

شروطهم، وأصله الإباحه، وبناء الشركه على الإرفاق، ومنه موضع النزاع.

فى أنه ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع

(و ليس لأحد الشركاء التصرف) فى المال المشترك (إلا بإذن الجميع) (١) لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا، (و يقتصر من التصرف على المأذون) (٢) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى) المأذون (ضمن) (٣).

و اعلم أن الشركه كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك فى المال الواحد على أحد الوجوه السابقه (٤)، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك فى المال المشترك، و بهذا المعنى (٥) اندرجت الشركه فى قسم العقود، و قبلت الحكم بالصحه و الفساد، لا- بالمعنى الأول. و المصنف رحمه الله أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، و إلى الثانى بالإذن المبحوث عنه هنا (٦)، (و لكل) من الشركاء (١) بما أن الشركه على معنيين، فالأول هو اجتماع حق الملاك فى الواحد على سبيل الشياخ بسبب الارث أو العقد أو الحيازه أو المزج، و هذه الشركه لو تمت فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى المال المشترك إلا مع إذن بقيه الشركاء، لحرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و مجرد اشتراك المال لا يدل على الاذن، سواء كان الاشتراك باختيار الشركاء أم لا، لأن الاذن بالتصرف أمر زائد على مفهوم الشركه بهذا المعنى.

و المعنى الثانى للشركه هو عقد ثمرته جواز التصرف فى المال المشترك لتحصيل الربح على أن يكون الربح لهما و الخسران عليهما بنسبه المال، و الشركه بهذا المعنى تدل على الاذن بالفحوى، لأن العقد هنا لا بد أن يدل على عملهما بالمال المشترك، و دلالتة على العمل دلالة على إذن كل منهما بالتصرف للآخر.

(٢) فإن أطلق الاذن تصرف كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح، مرابحه و مساومه و توليه، و إن قيد الاذن تصرف على مقدار خصوص الاذن كما هو واضح.

(٣) لقاعده اليد (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)، لأنه متصرف فى مال الغير بغير إذنه، و هو مما لا إشكال فيه.

(٤) من المزج و الحيازه و العقد و الارث.

(٥) أى الثانى.

(٦) و فيه: إن المصنف قد أشار إلى القسم الثانى عند تعرضه لشركه العنان، بل هو بيان لتمام القسم الثانى من الشركه حينئذ، و أما الاذن المبحوث عنه هنا فهو إشاره إلى المعنى الأول، لأن المعنى الثانى مما يجوز للشريك التصرف فى المشترك لتحقيق الاذن، فنفى التصرف للشريك إلا بعد إحراز الاذن كما هو عبارته الماتن هنا إنما يجرى فى المعنى الأول كما هو واضح.

(المطالبه بالقسمه (١) عرضا (٢) بالسكون و هو ما عدا النقدين (كان المال، أو نقدا.

و الشريك أمين) (٣) على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له فى وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعد) (٤) و هو فعل ما لا يجوز فعله فى المال، (أو تفريط) (٥) و هو التقصير فى حفظه، و ما يتم به صلاحه (و يقبل يمينه فى التلف) (٦) لو (١) الشريك بمعنيها غير لازمه، و عليه فيجوز لكل شريك أن يطالب بالقسمه، أما الشريك بالمعنى الأول فواضح إذ لا يجب على الإنسان مخالطه غيره فى ماله، مع أن الأصل أن يتصرف كل منهما فى ماله كيف شاء، و من جمله التصرف إفرازه و قسمته عن غيره.

و أما الشريك بالمعنى الثانى فهى عقد، و مرجعه إلى الاذن للغير فى التصرف مع مزج المالين، و الاذن فى معنى الوكاله، فيجوز له أن يرجع فى الاذن كما يرجع فى وكالته.

(٢) قال فى المصباح (العرض بفتحين متاع الدنيا، و العرض بالسكون المتاع، قالوا: و الدراهم و الدنانير عين و ما سواهما عرض، و الجمع عروض مثل فلس و فلس، و قال أبو عبيد:

العروض الأمتعه التى لا- يدخلها كيل و لا- وزن و لا تكون حيوانا و لا عقارا) انتهى، و فى مجمع البحرين: (العرض بفتح العين جمعه عروض كفلس و فلس، و كل شئ عرض سوى الدراهم و الدنانير) و عليه فإذا كان العرض هو كل متاع سوى النقدين فالمعنى أن أحد الشريكين لو طالب بالقسمه فله المطالبه بالعين الموجوده المشتركه بينهما، لأن حقه منحصر فيها سواء كانت العين نقدا أم عرضا، و ليس له المطالبه بأن يدفع الشريك قيمه ما للشريك الآخر من دراهم و دنانير لو كان المال المشترك عرضا، نعم له المطالبه بالنقد إذا كان المال المشترك نقدا.

(٣) لأنه مع الاذن - كما عرفت - يكون وكيلا، و الوكيل أمين من قبل المالك، و لا يضمن الأمين لو تلف المتاع تحت يده بغير تفريط بلا- خلاف و لا إشكال، و ستمرّ عليك النصوص الكثيره فى الوديعة (١) و العاريه (٢) و الإجازة (٣) على أن الأمين لا يضمن.

(٤) و التعدى فعل وجودى بأن يفعل فى المال ما لا يجوز فعله.

(٥) و التفريط أمر عدمى، بأن يترك فعلا- يجب فعله لحفظ المتاع، و على كل فمع التعدى و التفريط يكون خائنا بسبب فعله فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى).

(٦) لو ادعى الشريك تلف المال المشترك، سواء ادعى التلف لسبب ظاهر كالفرق أو الحرق،

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوديعة.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاريه.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ - من أبواب الإجازة.

ادعاه (١) بتفريط و غيره (٢) (و إن كان (٣) السبب ظاهرا) كالحرق، و الغرق. و إنما خصّه (٤) لإمكان إقامه البينه عليه، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامة، أما دعوى تلفه بأمر خفى كالسرق فمقبول إجماعا.

فى أنه يكره مشاركه الذمى

(و يكره مشاركه الذمى و إبطاءه) (٥)، و هو أن يدفع إليه مالا- يتجر فيه و الربح لصاحب المال خاصة (٦)، (و إيداعه) لقول الصادق (ع): «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافه الموده».

أو ادعاه لسبب خفى كالسرقة، يقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف لأنه أمين، و الأمين مصدق، و خالف بعض العامة و هو الشافعى فأوجب عليه البينه فى الأول و هو ضعيف.

و الشريك المدعى قد جعلناه منكرا لأن شريكه لما لم يصدقه فى دعواه فكأنه ادعى عليه الخيانة بالتفريط أو التعدى و هو ينكر فلذا قدم قوله مع يمينه.

(١) أى ادعى التلف شريكه الآخر، بحيث أن الآخر قد ادعى عليه التلف بتفريط، و الأول يدعى التلف لسبب ظاهر أو خفى من دون تفريط فيقدم قول الأول مع يمينه لأن الشريك أمين، و هذا ما قد تقدم.

(٢) أى غير التفريط و هو التعدى.

(٣) لما عطف المصنف كلامه هنا، فهو ظاهر أنه يقدم قول الأمين مع يمينه، سواء كان السبب غير ظاهر أو ظاهرا.

(٤) أى السبب الظاهر، فهو قد خصّه لينبه على خلاف بعض العامة، و قد تقدم.

(٥) للأخبار.

منها: خبر ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا- يضافه الموده) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى، إلا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم) ٢.

و الثانى مطلق يشمل الذمى و الحربى، و الأول مقيد بالذمى، غير أن ضاله الإطلاق و التقييد لا تجرى فى غير الأحكام الإلزامية، فإطلاق الخبر الثانى غير مقيد و هو دال على مطلق الكافر، و هذا ما عليه فتوى القوم، و قد نفى عنه الخلاف فى الغنيه.

(٦) على أن يكون للعامل أجره عمله و الربح و الخساره لصاحب رأس المال.

ص: ٢٤٢

فى أنه لو باع الشريكان سلعه شاركة الآخر

(و لو باع الشريكان سلعه صفقه (١)، و قبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركة الآخر) فيه (٢) على المشهور، و به (٣) أخبار كثيرة، و لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه (٤) بينهما كذلك (٥).

(١) إذا باع الشريكان سلعه بينهما صفقه، ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن بتيه أنه له، شاركة الآخر فيه، على المشهور، لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فما يحصل من الثمن فهو لهما، و للأخبار.

منها: المرسل عن أبى حمزه (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما، و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله) (١).

و وجه الاستدلال أن المال الغائب لما كان مالا مشتركا فما يحصل لأحدهما فهو بينهما، فكذلك الثمن فهو مال مشترك لهما فما يحصل لأحدهما فهو لكليهما و خالف ابن إدريس إلى أن لكل منهما ما يقبضه و لا يشاركه الآخر فيه بدليلين:

الأول: أن لكل واحد من الشريكين أن يبرئ الغريم - و هو المشتري - من حقه، و يهبه و يصالح على شىء منه دون الآخر، و متى أبرأه برئ الغريم من حق الشريك المبرئ و إن بقى حق الشريك الآخر، و كذا إذا صالح، و عليه فكما لا يشارك الآخر الشريك المصالح و البرىء فكذا لا يشاركه لو استوفى.

الدليل الثانى: أن متعلق الشرکه بينهما هو العين، و قد ذهبت و لم يبق منها إلا عوضها، و هو دين فى ذمه المشتري، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشرکه فلا يشاركه الآخر فيما أخذ، لأن ما فى الذمه لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، و المفروض هنا أن الشريك القابض لم يقبض إلا لنفسه فكيف نحكم بكون الآخر له شىء فى المقبوض.

(٢) فى المقبوض.

(٣) أى و بالحكم بالمشاركة.

(٤) من الثمن.

(٥) أى مشترك بينهما.

ص: ٢٤٣

و قيل: لا يشارك (١)، لجواز أن يبرئ (٢) الغريم من حقه، و يصلحه عليه من غير أن يسرى إلى الآخر، فكذا الاستيفاء و لأن متعلق الشركه هو العين و قد ذهبت، و العوض أمر كلي لا- يتعين إلا- بقبض المالك، أو وكيله، و لم يتحقق (٣) هنا بالنسبه إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه (٤).

و على المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته (٥)، بل يتخير (٦) بينها (٧)، و بين مطالبه الغريم بحقه (٨)، و يكون قدر حصه الشريك فى يد القابض كقبض الفضولى، إن أجازته (٩) ملكه (١٠) و يتبعه النماء، و إن رده ملكه القابض، و يكون (١١) مضمونا عليه (١٢) (١) أى لا يشارك الآخر.

(٢) أى لجواز أن يبرئ الشريك الغريم من حقه.

(٣) أى القبض.

(٤) كما هو المفروض.

(٥) أى مشاركته الشريك القابض.

(٦) أى الشريك غير القابض.

(٧) بين المشاركه.

(٨) و سبب التخيير أن المال الكلى فى الذمه و هو عوض العين قد طلب الشريك الأول منه شيئا فإذا قبضه تعين أن يكون له، لما مرّ من أنه يتعين بالقبض، و عليه فإذا أجاز الشريك الثانى هذا القبض فيكون القبض عنهما و هو لهما، و إن لم يجز فيبقى حقه فى ذمه الغريم يطالبه.

و فيه: إن هذا مخالف لما تقدم أن كل جزء من الثمن مشترك و لذا كان ما قبضه أحدهما فهو لهما معا.

و على كل فعلى التخيير فتكون حصه الشريك غير القابض عند الشريك القابض كالمتاع تحت يد الفضولى، فإن أجاز الشريك غير القابض هذا القبض فالمقبوض لهما، و النماء تابع للأصل فيكون النماء لهما أيضا.

(٩) أى أجاز الشريك غير القابض قبض الشريك الآخر.

(١٠) أى ملك المجيز قدر حصته الموجود تحت يد القابض.

(١١) أى المقبوض.

(١٢) على القابض.

على التقديرين (١)، و لو أراد (٢) الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال (٣) فليبيع حقه للمديون (٤) على وجه يسلم من الربا بضمن معين فيختص به، و أولى منه (٥) الصلح عليه، أو يرثه من حقه و يستوهب عوضه (٦)، أو يحيل به على المديون (٧)، أو يضمه له ضامن (٨).

و موضع الخلاف (٩) مع حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل، و احترز ببيعهما صفقه (١٠) عما لو باع كل واحد (١) أى تقدير الإجازة و تقدير الرد، هذا و المراد أن الضمان على القابض فيما قبضه قبل اختيار الشريك، سواء اختار فيما بعد الإجازة أو الرد، و ليس المراد الضمان بعد الإجازة أو الرد، لأنه مع الإجازة فلا ضمان لأنه أمين، و مع الرد فلا ضمان لاختصاص المال بالقابض.

(٢) أى القابض.

(٣) أى من دون أن يكون للشريك الآخر حق المشاركة.

(٤) بحيث يبيع الشريك حقه من الثمن للمشتري المديون بضمن معين على وجه يسلم من الربا، فيختص الشريك حينئذ بالثمن المعين المقبوض، و كذا لو صالح عن حقه بضمن معين على وجه يسلم من الربا.

(٥) وجه الأولويه أن الربا يجرى فى البيع بالاتفاق بخلاف الصلح فإن فيه خلافا.

(٦) كأن يقول الشريك للمشتري: أبرأتك من حقي من ثمن المتاع بشرط أن تهبنى عوضا معينا.

(٧) أى أن يحيل الشريك بالحق الذى له ثالثا على المشتري المديون، و تكون الإحالة كالقبض.

(٨) أى يضمن للشريك حقه ضامن عن المشتري، و بالضمان ينتقل حق الشريك إلى ذمه الضامن.

(٩) أى الخلاف فى أصل المسألة فيما لو باع الشريكان سلعه و كان حقهما معا حالا، أما لو كان أحدهما قد باع حصته من السلعه حالا، و الآخر مؤجلا، أو كان كل منهما قد باع بمؤجل إلا أن أجل أحدهما أقل من أجل الآخر، و عند حلول الأجل القليل أو فى الحال مع كون الآخر مؤجلا قبض الشريك حصته فتتعين له، لأن حصه الآخر مؤجله بحسب القرض و لم يستحق شيئا حين قبض الأول.

(١٠) و هى العقد الواحد و هو احتراز عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد، و إن كان العقدان لواحد، أى كان المشتري منهما واحدا، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما، بلا خلاف فيه، لأن الثمن المعين المقبوض لأحدهما قد تعين بالعقد الصادر من القابض فلا حصه للآخر فيه.

نصيبه بعقد و إن كان (١) لواحد، كما لا فرق في الصفقة (٢) بين كون المشتري واحدا، و متعددا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، و في حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث (٣)، و الإلتلاف (٤)، و الاقتراض (٥) من المشترك.

في أنه لو ادعى المشتري من المشترين شراء شيء لنفسه

(و لو ادعى المشتري من المشترين) (٦) المأذونين (شراء شيء لنفسه، أو لهما) (١) أى البيع.

(٢) لا- فرق بين أن يبيع الشريكان السلعة صفقة لمشتري واحد أو مشترين، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، فيكون الثمن من الاثنين مالا مشتركا، و يجرى فيه النزاع السابق عند قبض أحدهما بعضه.

(٣) و ذلك فيما لو ورثا مالا واحدا من مورثهم، فهم شركاء قبل القسمة فلو قبض أحدهما بعضه فهما شريكان فيه على المشهور.

(٤) كما لو أتلف ثالث مال الشريكين، فقيمة المتلف مال مشترك، فلو قبض أحدهما بعضه فيجرى فيه النزاع المتقدم.

(٥) كأن يقترض ثالث مال الشريكين، فما يدفعه أداء فهو شركة فلو قبض أحدهما بعضه فيجرى فيه النزاع المتقدم.

(٦) فهنا فرعان:

الأول: ما لو اشترى أحد الشريكين شيئا فادعى الآخر أنه اشتراه لهما و أنكر المشترك المشتري و قال: إنى اشتريته لنفسى، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن المشتري و إن كان شريكا و هو وكيل عن شريكه إلا- أنه لا- يتعين عليه العمل بمقتضى الوكاله، لأنها ليست لازمه، فإذا نوى الشراء لنفسه صح و وقع له، غير أن الآخر يدعى أنه وقع الشراء لهما و المشتري ينكر ذلك فالمشتري منكر فلذا قدم قوله مع يمينه. يبقى أن المدعى يدعى على الآخر شيئا لا يملك له أن يطلع عليه، لأنه يدعى على الآخر أنه نوى عنهما، و النيه من الأمور الباطنية لا يمكن أن يطلع عليها إلا صاحبها، و لازمه أن لا تكون الدعوى مسموعه فيقدم قول المشتري بغير يمين، إلا- أن المدعى و إن لم يمكن الاطلاع له عليها بنفسه إلا أنه يحتمل أن يطلع عليهما لو أقر الآخر بها، فلذا على المدعى إذا أراد أن تكون دعواه مسموعه فعليه أن يجعلها دعوى بالإقرار بحيث يدعى أن الآخر أقر بالشراء لهما، و لذا قال الشارح في المسالك: (و إنما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموع، بأن يدعى إقراره بذلك و نحوه، أما لو ادعى الاطلاع على نيه ذلك لم يكن مسموعا، لأنه محال، فلا يمكن معرفته إلا من قبله) انتهى.

(حلف) وقبل يمينه، لأن مرجع ذلك (١) إلى قصده وهو أعلم به. والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

الفرع الثاني: أن يشتري أحد الشريكين شيئاً فيدعى المشتري أنه اشتراه لهما وينكر الآخر، فيقدم قول المشتري مع يمينه بلا خلاف أيضاً، لأن المشتري وكيل أمين، فقوله مقبول في الفعل الموكل فيه فدعواه مسموعة من غير بينه، إلا أن الآخر بإنكاره يدعى عدم وقوع الشراء لهما والأول ينكر ذلك بدعواه المتقدمة، فيقدم قول المنكر مع يمينه.

و أيضاً على الشريك الآخر هنا أن يجعل الدعوى اللازمة لإنكاره مسموعة، بأن تكون الدعوى على الإقرار بالشراء لهما، لا على الاطلاع على نيته، لأنه محال.

(١) من كون الشراء لهما أو لنفسه.

كتاب المضاربه

اشاره

ص: ٢٤٩

فى معنى المضاربة

(و هى أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه) مأخوذه من الضرب (٢) فى الأرض، لأن العامل يضرب فيها (٣) للسعى على التجاره و ابتغاء (١) المضاربة معاملته بين شخصين على أن يدفع أحدهما مالا للآخر ليعمل به، على أن يكون للعامل حصه معينه من الربح كالنصف أو الثلث أو الربع، و يدل على مشروعيتها النصوص الكثيره.

منها: خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذى يعمل به مضاربه، له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال)(١).

(٢) فهى مأخوذه من الضرب، و الضرب إما الضرب فى الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعى فى التجاره و لا ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسببا عنهما، و إما الضرب فى الربح لكل منهما بسهم، أو للضرب فى المال لما فى المضاربة من ضرب المال و تقليبه، هذا و يقال للعامل مضارب بكسر الراء، لأنه الذى يضرب فى الأرض و هو الذى يقلب المال، و لم يشتق أهل اللغة لرب المال اسما من المضاربة، و أهل الحجاز يسمونها قراضا، إما من القرض و هو القطع، و منه المقرض لأنه يقرض به، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعه و سلمها للعامل أو اقتطع له قطعه من الربح، و إما أن يكون القراض من المقارضة و هى المساواه و الموازنه يقال: تقارض الشاعران إذا وزن كل منهما الآخر بشعره، و وجهه أن المال هنا من المالك و العمل من العامل فقد تساويا فى قوام العقد، لتساويهما فى أصل استحقاق الربح و إن اختلفا فى كميته، و يقال هنا للمالك معارض بالكسر، و للعامل معارض بالفتح.

(٣) فى الارض.

ص: ٢٥١

الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما، فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقلبيه.

و أهل الحجاز يسمونها قراضا من القرض و هو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعه و سلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعه من الربح في مقابله عمله، أو من المقارضة و هي المساواة، و منه: «قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك» (١).

و وجه التساوى هنا (٢) أن المال من جهه، و العمل من أخرى، و الربح في مقابلهما فقد تساوى في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح و إن اختلفا في كميته (٣).

في أن المضاربه جائزه من الطرفين

(و هي جائزه من الطرفين) (٤) سواء نض المال (٥) أم كان به عروض، يجوز (١) قاله أبو الدرداء من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم على ما قيل، و معناه ساواهم ما داموا مساوين لك، فإن تركت مساواتهم لم يتركوا مساواتك، أو عارض الناس بالسوء ما داموا متعرضين لك بالسوء و لو كان معارضتك لهم من باب دفع سوءهم عن نفسك، فإن تركتهم و لم تقابلهم بالسوء لم يتركوك، و الثانى أولى.

(٢) في المضاربه.

(٣) قال الشارح في المسالك تبعا للتذكرة: (و اعلم أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما أولا يشترط شيئا، فإن شرط بينهما فهو قراض - مضاربه - و إن شرطه للعامل فهو قرض، و إن شرطه للمالك فهو بضاعة، و إن لم يشترط شيئا فكذاك - أى بضاعة - و يكون الربح للمالك تبعا للمال إلا أن للعامل أجره المثل) انتهى. و له فائده أخرى و هي: أن عقد المضاربه يقتضى أن يكون العامل ودعيا أمينا مع صحة العقد و عدم ظهور الربح، و هو شريك مع ظهور الربح، و مع التعدى غاصب، و فى تصرفه وكيل، و مع فساد العقد أجبر له أجره المثل، و من الواضح أن ليس المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقد المضاربه، بل المراد أنه يتبعها أحكام هذه العقود حينئذ.

(٤) بلا- خلافا فيه بل ادعى عليه الإجماع كما عن جماعه، و هو الحجة للخروج عن قاعده اللزوم فى العقود، و لأن المضاربه و كاله فى الابتداء ثم قد تصير شركه عند ظهور الربح، و الوكاله و الشركه جائزان فلا محاله تكون المضاربه جائزه.

(٥) قال الفيومى فى مصباح المنير: (و أهل الحجاز يسمون الدراهم و الدنانير نضًا و ناضًا، قال

لكل منهما فسخها، و من لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه (١).

و فى اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه (٢) بالفعل أيضا (٣) قولان (٤)، لا يخلو ثانيهما من قوه.

فى أنه لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فى المضاربه

(و لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها) (٥) بمعنى أنه لا يجب الوفاء أبو عبيد: إنما يسمونه ناضا إذا تحول عينا بعد أن كان متاعا) انتهى، و لذا قال الشارح فى المسالك: (و المراد بانضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان).

و المعنى أن المضاربه يجوز فسخها سواء كان المال الذى دفعه صاحبه إلى العامل عروضاً - أى متاعاً - أو ناضاً، و المراد بالعروض هو المتاع و ذلك عند ما يشتري العامل المتاع بالمال المدفوع من صاحبه، و المراء بالنض رجوع الدراهم و الدنانير كما كانت بحيث قد دفع رب المال الدراهم أو الدنانير و قد اشترى بها العامل أمتعته ثم باعها فيقال حينئذ نضّ المال.

هذا و سكت عن صوره و هى: ما لو كان العامل لم يشتري شيئاً بالمال المدفوع إليه، و على جميع الصور فيجوز فسخ المضاربه من الطرفين لما تقدم من الأدله.

(١) أى بدل على العقد، و صحه إنشاء العقد الجائر بكل لفظ دال عليه مبنى على مشهور القدماء حيث التزموا بذلك فى قبال العقد اللازم فاشتروا فى إنشائه خصوص اللفظ الصريح، و قد عرفت فى كتاب البيع كفايه الإنشاء بكل لفظ سواء كان العقد جائزاً أم لازماً، بل جواز الإنشاء بالفعل الدال عليه كالكتابه و المعاطاه.

(٢) أى جواز وقوع القبول.

(٣) كجواز وقوعه باللفظ.

(٤) فعن العلامة فى التذكرة و المحقق الثانى فى جامع المقاصد الاكتفاء بالفعل، بل فى الرياض نسبه إلى عدم الخلاف، و ظاهر الشارح هنا التفريق بين القبول و الإيجاب، بحيث يصح وقوع القبول باللفظ و الفعل بخلاف الإيجاب فينحصر وقوعه باللفظ دون الفعل، و هذا ما ذهب إليه العلامة فى جملة من كتبه، و أشكل صاحب الجواهر بأن التفريق بين الإيجاب و القبول مع عدم الدليل عليها مشكل.

(٥) ليس ذكر الأجل فى المضاربه مفسدا لها، بل لو ذكر الأجل فى عقد المضاربه لا يصير العقد لازماً، بل يجوز فسخها قبله و لا يجب الوفاء بهذا الشرط بلا خلاف فيه، للأصل، لأن أصل المضاربه جائزه فلا يكون الشرط المثبت فيها على خلاف أصلها، و لذا قال سيد

بالشرط (١)، ولا تصير لازمه بذلك، ولا فى الأجل بل يجوز فسخها فيه (١) عملا بالأصل (٣)، (و لكن) اشتراط الأجل (يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد)، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده (٤)، وكذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعا خاصا (٥).

و يفهم من تشريكه (٦) بين اشتراط اللزوم و الأجل، تساويهما فى الصحة، و عدم لزوم الشرط.

و المشهور أن اشتراط اللزوم مبطل (٧)، لأنه مناف لمقتضى العقد فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف، و يمكن أن يريد المصنف ذلك (٨) و إنما شَرَك بينهما فى الرياض: (لجواز أصله بلا خلاف كما مضى، فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزا بطريق أولى) انتهى.

و إذا تقرر عدم وجوب الوفاء بشرط الأجل لو ذكر الأجل، فذكر الأجل فى متن العقد يفيد أن الاذن بالتصرف من رب المال للعامل مقيّد بمرده الأجل، فيمنع العامل من التصرف بعد هذه المدة، لأن التصرف من العامل تابع للاذن ولا إذن بعد الأجل.

و أما اشتراط اللزوم فى عقد المضاربة فهو شرط باطل، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، و على المشهور أن الشرط الفاسد مفسد فيبطل عقد المضاربة حينئذ، و عليه فتكون عبارته الماتن فى عدم صحة اشتراط اللزوم على ظاهرها.

(١) أى شرط اللزوم، و هو ظاهر فى صحة العقد و إن بطل الشرط، و هو مبنى على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

(٢) فى الأجل.

(٣) أى بالأصل المتحقق فى المضاربة و هو الجواز.

(٤) بعد الأجل.

(٥) كالبيع بخيار، قال الشارح فى المسالك: (لا خلاف عندنا فى جواز هذه الشروط و لزومها، و إن ضاقت لسبب هذه - أى الشروط - التجاره) انتهى، لأن التصرف من العامل تابع للاذن، و الاذن مقيّد.

(٦) أى تشريك المصنف.

(٧) أما إنه باطل فهو لا خلاف فيه.

(٨) أى البطلان فى شرط اللزوم و عدم وجوب الوفاء فى شرط الأجل.

عدم صحه (١) الشرط مطلقا (٢) و إن افترقا فى أمر آخر (٣).

فى أنه للعامل التصرف على ما أذن المالك له

(و يقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع (٤) التجاره، و مكانها، و زمانها، و من يشتري منه، و يبيع عليه، و غير ذلك (٥) فإن خالف ما عين له ضمن المال (٦)، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط للأخبار الصحيحه، و لولاها (٧) لكان التصرف باطلا، أو موقوفا على الإجازة.

(و لو أطلق) له الإذن (٨) (تصرف بالاسترباح) فى كل ما يظن فيه حصول (١) أى لا يجب الوفاء بهما.

(٢) سواء كان الشرط للزوم أو للأجل.

(٣) و هو البطلان و عدمه.

(٤) كتجاره الخشب أو الثوب، و يمكن أن يريد به من مرابحه و مساومه و نحو ذلك.

(٥) بلا خلاف فيه، لأن التصرف من العامل تبعا لأذن المالك، و الاذن مقتيد فالتصرف لا محاله يكون مقتيدا.

(٦) للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (عن الرجل يعطى المال، و ينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السلام: يضمن المال، و الربح بينهما) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتري منها، قال عليه السلام: فإن تجاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما) (٢) و مثلها غيرها.

(٧) أى و لو لا- الأخبار لكان التصرف بمقتضى القواعد باطلا، بمعنى أن الربح بتمامه لصاحب المال، و العامل لا أجره له و لا ربح، أما عدم الربح فلائنه ليس بمضاربه لعدم الاذن، و أما عدم الأجره فلائنه عمل تبرعى أو موقوفا على الإجازة.

(٨) قال المحقق فى الشرائع: (و إذا أذن له فى التصرف تولى بإطلاق الاذن ما يتولاه المالك)، و قال الشارح فى المسالك عقيب ذلك: (المراد بالاذن فى التصرف هنا إطلاق عقد المضاربه، إذ لا يفتقر العامل معها - أى مع المضاربه - فى جواز التصرف إلى إذن آخر، و كان حقه أن يقول: و لو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما ذكر، و حاصل ذلك أن المضاربه لما كانت معاملته على المال للاسترباح، كان إطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه

ص: ٢٥٥

الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، و يتولى أيضا بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجاره بنفسه من عرض القماش على المشتري، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه، و لا أجره (١) له على مثل ذلك، حملا للإطلاق على المتعارف، و له الاستئجار على ما جرت العاده به (٢) كالدلاله، و وزن الأمتعه الثقيله التي لم تجر عادته بمباشره مثلها.

(و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال) (٣) و المراد بالنفقه ما يحتاج المالك في التجاره بنفسه من عرض القماش و نشره و طيه و إحرازه و بيعه و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق و نحو ذلك.

و هذا النوع لو استأجر عليه فالأجره عليه - أى على العامل - خاصه حملا للإطلاق على المعتاد - أى أن المعتاد أن هذا من عمل التاجر فكذلك يكون من عمل المأذون العامل - أما ما جرت العاده بالاستئجار عليه كالدلاله و الحمل و وزن الأمتعه الثقيله التي لم تجر عادته التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجاره من مثل ذلك التاجر فله - أى العامل - الاستئجار عليه حملا على المعتاد أيضا، و لو عمل هذا النوع بنفسه - أى العامل - لم يستحق أجره لأنه متبرع في ذلك) انتهى. و كلامه متين و به يتم شرح عباره الشهيدین هنا، نعم إطلاق العقد في المضاربه يحمل على كل تصرف بالمال من أجل ما يظن فيه الربح من غير أن يتقيد التصرف بمكان أو زمان أو تجاره، بل يحمل الإطلاق على كل تصرف يتولاه المالك فيجوز للمأذون العامل أن يفعله عملا بالعرف الذى هو الضابط في ذلك.

(١)أى للعامل.

(٢)بالاستئجار و كان من العاده عدم مباشره التاجر له بنفسه.

(٣)اختلف فيه على ثلاثة أقوال.

القول الأول: و هو المشهور أن جميع ما ينفقه العامل في السفر من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك مما هو داخل في نفقته حال السفر فيكون من أصل المال، للأخبار:

منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام (في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه)(١) و ما موصوله عامه تشمل كل نفقه في حال السفر.

القول الثاني: أن القدر الزائد عن نفقه الحضر من أصل المال، بدليل أن نفقه الحضر على

ص: ٢٥٦

فيه (١) إليه من مأكول، و ملبوس، و مشروب، و مركوب، و آلات ذلك، و أجره المسكن، و نحوها، و يراعى فيها ما يليق به عادة مقتصدا، فإن أسرف حسب عليه، و إن قتر لم يحسب له. و إذا عاد من السفر فما بقى من أعيانها و لو من الزاد العامل بالاتفاق، فما ساواه فى السفر يحتسب عليه أيضا، و الزائد يكون من مال المضاربة فيكون ما يحصل بسبب السفر هو الزيادة ليس إلا، و أما غيرها فسواء كان مسافرا أم حاضرا فلا بد منه فلا يكون السفر عله فيه.

القول الثالث: أن جميع نفقه السفر على العامل كنفقه الحضر، لأن المبيع مال المالك، و الأصل أن لا يتصرف العامل فيه إلا بما دلّ عليه الاذن، و لم يدل الاذن إلا- على حصه من الربح فلا يستحق العامل سواها و تكون النفقه عليه حضرا أو سفرا، و كلا القولين غير معروفى القائل، مع أن القول الثالث هو الموافق للقواعد، و لكن النصوص داله على الأول و هو المتبع، هذا و لا بدّ من التنبيه على أمور:

التنبيه الأول: المراد بالنفقه كل ما يحتاج إليه العامل فى السفر بما هو مضارب من مأكول و ملبوس و مركوب و نحو ذلك، و يراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حسب عليه لعدم إذن الشارع بالإسراف، و عليه فما فيه إسراف فهو على العامل، و لو قتر على نفسه لم يحسب له، لعدم النفقه الفعلية مع أن المستثنى فى الخبر النفقه الفعلية لحمل كل لفظ على الفعلية لا على القوه و الشأنيه و التقدير كما هو الأصل فى ذلك عرفا.

ثم إذا عاد من السفر فما بقى من أعيان النفقه و لو من المأكول يجب رده إلى مال المضاربة، لأنه مع البقاء المذكور قد تبين عدم وقوع الباقي نفقه للعامل حال سفره، أو يتركه وديعه أن يسافر إذا كان العامل ممن يتكرر سفره لنفس ذلك المال.

التنبيه الثانى: المراد من السفر هو السفر العرفى لا الشرعى، و المراد بالثانى ما يجب فيه التقصير، و يحمل على العرفى حملا للفظ السفر الوارد فى صحيح على بن جعفر و غيره على المعنى العرفى، للقطع بعدم إرادته الشرعى هنا للانصراف، و عليه فلو كان السفر قصيرا دون المسافه أو كان طويلا و أتم الصلاه فيه للإقامه فنفقه العامل تلك المده على أصل مال المضاربة.

التنبيه الثالث: إن نفقه العامل فى السفر من مال المضاربة و إن لم يظهر ربح بعد للإطلاق فى الخبر المتقدم، و لذا عبر الفقهاء بكون النفقه من أصل المال للإشعار بذلك.

(١) أى فى السفر.

يجب رده إلى التجاره، أو تركه (١) إلى أن يسافر إن كان (٢) ممن يعود إليه قبل فساد (٣).

و لو شرط عدمها (٤) لزم، و لو أذن له بعده فهو تبرع محض (٥)، و لو شرطها فهو تأكيد (٦). و يشترط حينئذ (٧) تعيينها (٨) لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع، و لا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفي و لو من الأصل إن لم يربح، و إلا كانت منه (٩).

(١) أى ترك ما بقى من الأعيان بطريق الوديعه.

(٢) أى كان العامل ممن يعود إلى السفر.

(٣) أى فساد ما بقى من أعيان النفقه.

(٤) أى لو شرط المالك عدم النفقه بمعنى أن لا تكون من أصل مال المضاربه للزم الشرط، لأن الشرط جائز لأنه غير مناف لمقتضى عقد المضاربه، فيلزم لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

(٥) أى لو أذن المالك للعامل بعد شرط عدم السابق بأن تكون النفقه من أصل المال، فهو تبرع من المالك، لأنه غير لازم عليه لا بمقتضى النص للخروج عنه بالشرط، و لا بالشرط لأن الشرط يقتضى عدم، و عليه فإذا كان تبرعا فيجوز للمالك الرجوع فيه متى شاء.

(٦) أى لو شرط المالك أن تكون النفقه من مال المضاربه، فهو تأكيد، لأن عقد المضاربه تقتضى ذلك للنص المتقدم، فشرطه تأكيد لمقتضى العقد، نعم هو شرط لازم لا تأكيدى على القولين الآخرين.

(٧) أى حال كون الشرط تأكديا.

(٨) أى تعيين النفقه، قال فى المسالك: (و هل يشترط تعيينها حينئذ وجه قوى حذرا من الجهالة فى الشرط، الذى هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع)، و قال فى الجواهر: (بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول - أى على القول الأول بكون شرطها تأكديا - لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل) انتهى.

(٩) أى و لو كان ربح لكنت النفقه من الربح، هذا و فى التذكرة و المسالك أنها من الربح مقدمه على حق العامل ضروره كون ذلك كالخساره اللاحقه للمال التى يجب جبرها بما يتجدد من الربح، و فى الرياض إن إطلاق النص و الفتوى يقتضى كون النفقه من أصل المال حتى مع وجود الربح.

و مئونه المرض فى السفر على العامل (١)، و كذا سفر لم يؤذن فيه (٢) و إن استحق الحصة، و المراد بالسفر: العرفى، لا الشرعى و هو (٣) ما اشتمل على المسافه فينفق (٤) و إن كان قصيرا أو أتم الصلاه (٥) إلا- أن يخرج عن اسم المسافر (٦)، أو يزيد (٧) عما تحتاج التجاره إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

و احترز بكمال النفقه عن القدر الزائد عن نفقه الحضر، فقد قيل (٨): إنه لا- ينفق فيه سواه (٩)، و نبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح (١٠) كما مر (١١).

فى أنّ العامل يشتري نقدا بثمان المثل فما دون و بيع كذلك فما فوق

(و ليشتري نقدا بنقد البلد (١٢)، بثمان المثل فما دون) فلو اشترى نسيئه أو بغير (١) و كذا مئونه الموت على العامل خاصة، لأن مئونه المرض و الموت لم تتعلق بالتجاره.

(٢) أى لم يؤذن العامل فى هذا السفر فنفقته عليه حينئذ، لأن إطلاق النفقه فى الصحيح المتقدم منصرف إلى السفر المأذون من قبل المالك، و غير المأذون إما بتجاوز المأذون أو بالتوجه إلى غير جهه المأذون، فلا تكون النفقه حينئذ من مال المضاربه، نعم لو حصل الربح فله حصه منه للشرط فى ذلك.

(٣) أى الشرعى.

(٤) من مال المضاربه.

(٥) إما بالإقامه و إما لكونه كثير السفر ففى الموردين تكون النفقه من مال المضاربه مع صدق السفر العرفى.

(٦) كأن تكون المسافه قصيره جدا بحيث قصيره جدا بحيث لا يصدق معها أنه مسافر، فنفقته كونه حاضرا على نفسه.

(٧) أى يزيد بسفره عما تحتاج إليه التجاره، فالنفقه من مال العامل حتى يصدق عليه الوصف بأنه مسافر فى التجاره.

(٨) و هو القول الثانى.

(٩) أى لا ينفق فى السفر سوى الزائد، فيكون الزائد من مال المضاربه، و أما الباقي فعلى العامل.

(١٠) و ذلك كون الأصل معتبرا فى الإنفاق سواء ظهر الربح أم لا.

(١١) عند قول الشارح (بل ينفق و لو من الأصل إن لم يربح).

(١٢) عامل المضاربه إما أن يشتري بمال المضاربه متاعا و إما أن يبيع هذا المتاع، و هنا تعرض للأول، فإذا أراد شراء متاع بمال المضاربه فعليه أن يشتريه حالا لا نسيئه، بمعنى أن لا

نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليا، فإن أجازته المالك صح، وإلا بطل، لما فى النسيئه من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهده الثمن متعلقه بالمالك (١)، وقد لا يقدر عليه (٢)، أو لا يكون له غرض فى غير ما دفع (٣)، و حملا- فى الأخيرين (٤) على المتعارف. و ما فيه الغبطه (٥) كالوكيل.

(و ليع كذللك) (٦) بنقد البلد نقدا (٧) بثمان المثل فما فوقه) لما فى النسيئه من يدفع العامل من مال المالك فيما بعد، فالنسيئه غير جائزه، لأن إطلاق عقد المضاربه يقتضى أن يشتري العامل بعين المال لأنه المتيقن من المضاربه، و لأن قد يتلف هذا المال تحت يد العامل فعلى المالك أن يدفع ثمن المتاع من غير مال المضاربه، و التصرف فى غير مال المضاربه غير مأذون فيه العامل.

ثم على العامل أن يشتري المتاع بنقد البلد، لأن إطلاق العقد يقتضيه، فلا يجوز له الشراء بنقد غير البلد، كالإطلاق فى الوكاله.

و على العامل أن يشتري المتاع بثمان المثل فما دون، و لا يجوز شراء المتاع بالأزيد عن ثمن المثل، للتضييع مع قدره على المحافظه على مال المالك، كالوكيل أيضا، و عليه فيشترط فى تصرفات العامل فى مال المالك الغبطه أى ما فيه المصلحه فلو خالف لكان شراؤه فضوليا، لأنه غير مأذون فيه.

(١) و عليه فربح هذا المتاع الذى تعلق ثمنه فى الذمه لا يسمى ربح مضاربه، لأن المضاربه عرفا تنصرف إلى المال الذى تحت يد العامل، لا ما فى ذمه المالك.

(٢) أى لا يقدر المالك على أداء ما فى ذمته، فلا يكون مأذونا فيه، لأن المالك لم يأذن إلا فيما هو القادر عليه.

(٣) أى نستكشف عدم الاذن من عدم الغرض، إذ قد يتعلق غرضه فيما دفعه فقط.

(٤) فى نقد البلد و ثمن المثل.

(٥) لأن المقصود من العقد الاسترباح.

(٦) أى ليع بغير نسيئه و ليع بنقد البلد، و ليع بثمان المثل فما فوقه، و هنا تعرض للمورد الثانى و هو بيعه للمتاع الذى اشتراه بمال المضاربه، ثم كون البيع بغير نسيئه لما فى بيع النسيئه من التغيرير بمال المالك، و كون البيع بنقد البلد لإطلاق عقد المضاربه كالإطلاق فى الوكاله، و كون البيع بثمان المثل فما فوق للتضييع لو باعه بأدون من ثمن المثل مع قدره على تحصيل الزائد.

(٧) أى ليس نسيئه.

التغير بمال المالك، و حملا للإطلاق (١) على المتعارف و هو نقد البلد كالوكاله (٢).

و قيل: يجوز بغيره (٣)، و بالعرض مع كونه مظنه للربح، لأن الغرض الأقصى منها ذلك (٤)، بخلاف الوكاله. و فيه قوه.

و لو أذن المالك فى شىء من ذلك خصوصا، أو عموما كتصرف برأيك، أو كيف شئت جاز بالعرض قطعا، أما النقد (٥) و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح (٦). نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

(و ليشتربعين المال)، لا بالذمه (٧) (إلا مع الإذن فى الذمه) و لو بالإجازة، فإن اشترى فيها بدونه (٨) و لم يذكر المالك لفظا و لا نيه وقع له، و لو ذكره لفظا (١) دليل نقد البلد.

(٢) و لم يذكر الثالث لتقدم دليله فى الشراء.

(٣) أى بغير نقد البلد - أى بلد البيع، و كذا يجوز بيعه بالعرض، قال فى المسالك: (لأن الغرض الأقصى منها - أى المضاربه - تحصيل الربح، و هو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض، و الأقوى جوازه بها مع الغبطه) انتهى.

(٤) أى الربح.

(٥) فى قبال النسيئه.

(٦) بحيث لا- يدل الاذن العام على هذا التصرف، لأن الاذن العامل يحمل على المتعارف، و المتعارف هو التصرف المفيد لتحصيل الربح مع أن البيع نسيئه و بدون المثل مخالف لتحصيل الربح، بخلاف العرض فإن التصرف فيه مع الغبطه مشمول للاذن العام، لأن ليس فيه نقصان ربح.

(٧) أى لا يشتري العامل المتاع نسيئه، و هذا قد تقدم، و إنما أعاده تمهيدا لما بعده.

(٨) أى اشترى فى الذمه بدون الاذن و لو الاذن اللاحق فتاره يذكر العامل المالك فى متن العقد، بمعنى أن الثمن فى ذمه المالك و لم يجز المالك فيقع العقد باطلا لبطلان عقد الفضولى مع عدم إجازة المالك، و أخرى يذكر المالك نيه و لم يذكره فى لفظ العقد و لم يجز المالك، فالعقد لا يكون عقدا عن المالك لعدم إجازته، و يحكم بالعقد على العامل بمعنى عليه أن يتخلص بنفسه من البائع و هو حكم بكون العقد ظاهرا عن العامل، و إن كان واقعا باطلا لكونه عن المالك و لم يجز المالك، و لو لم يذكر المالك لا لفظا و لا نيه فالعقد واقع عن العامل واقعا و ظاهرا و عليه دفع الثمن إلى البائع.

فهو فضولى، و نيه خاصه فهو للعامل ظاهرا، و موقوفا باطنا، فيجب التخلص من حق البائع.

فى ما لو تجاوز ما حد له المالك

(و لو تجاوز (١) ما حد له المالك) من الزمان و المكان و الصنف (ضمن (٢)، و الربح على الشرط) كما مر، أما لو تجاوز بالعين (٣)، و المثل (٤) و النقد (٥) وقف على الإجازة فإن لم يجز بطل.

فى ما تجوز المضاربه به

(و إنما تجوز) المضاربه (بالدراهم و الدينار) (٦) إجماعا، و ليس ثمه عله مقنعه غيره فلا تصح بالعروض (٧) و لا الفلوس (٨) و لا الدين، و غيرها (٩)، و لا فرق بين المعين و المشاع (١٠).

(١) أى العامل.

(٢) أى ضمن مال المضاربه و يكون الربح بينهما على ما شرط فى العقد، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى عين المال بحيث اشترى أو باع بغير نقد البلد.

(٤) بحيث اشترى المتاع بأكثر من ثمن مثله، أو باعه بالأدون.

(٥) بحيث باعه نسيئه، فيقف البيع فى الجميع على الإجازة و إلا بطل، لأن البيع فى الثلاثه الأخيره فضولى، و الفرق بينها و بين ما لو تجاوز ما حد له المالك، أن مخالفه ما صرح به المالك قد ورد فيه النصوص بكون البيع صحيحا و الربح على ما شرط مع كون الضمان على العامل و قد تقدمت، بخلاف ما هنا فلا بد من إعمال القواعد، و هى قاضيه بما سمعت من كون البيع فضوليا لعدم الاذن فيه.

(٦) قال فى المسالك: (و اشتراط ذلك فى المال موضع وفاق، و نقله فى التذكرة، و هو العمده)، و قال فى الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه)، و علل أيضا بأن المضاربه معامله تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول و الربح غير متيقن الحصول، و إنما سوغت هذه المعامله مع ذلك للحاجه فتختص بما تسهل التجاره به و تروج فى كل حال، و هو النقدان فقط دون غيره.

(٧) جمع عرض، و هو المتاع و كل شىء ما عدا النقدين على ما تقدم بيانه، و الدليل عليه قيام الإجماع على غيره، و كذا بالنسبه لما بعده

(٨) جمع فلس، و هو المسكوك من النحاس لا من الذهب و لا من الفضة.

(٩) كالذهب و الفضة غير المسكوكين.

(١٠) أى لا فرق فى الدراهم و الدينار التى يجوز فيها المضاربه بين المعينه أو المشاعه، مثل قوله: ضارب بحصتى فى هذا المال المشترك.

ص: ٢٦٢

(و تلزم الحصة (١) بالشرط) (٢)، دون الأجره، لأنها معامله صحيحه فيلزم مقتضاها، و هو ما شرط للعامل من الحصة. و في قول نادر أن اللازم أجره المثل، و أن معامله فاسده، لجهاله العوض، و النصوص الصحيحه على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه.

في أن العامل أمين

(و العامل أمين (٣) لا يضمن إلا بتعد، أو تفريط) (٤) و معهما (٥) يبقى العقد، (١) أي الحصة من الربح للعامل.

(٢) أي الشرط المذكور في متن عقد المضاربه، هذا و محل النزاع أن المضاربه هل هي معامله صحيحه أو لا، فعلى الأول يجب الالتزام بالشرط الوارد في عقدها، و الصادر من رب المال و العامل على الربح بالنصف أو الثلث و نحوهما و عليه قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلا من أصحابنا كما في المسالك، و قال في الجواهر: (الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتها)، بالإضافة إلى النصوص و قد تقدم بعضها.

و عن المفيد و الشيخ في النهايه أن الربح كله للمالك، و للعامل أجره المثل، لأن معامله باطله لجهاله العوض، و ردّ بمخالفته للنصوص الكثيره مع أن الجهاله بالعوض لا تضرّ في الكثير من العقود كالمزارعه و المساقاه.

(٣) بالاتفاق و عليه الأخبار:

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذي يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال) (١).

(٤) بالاتفاق للأخبار:

منها: خبر الحلبي المتقدم، و صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا، و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما) (٢)، و هذا الخبر دال أيضا على أنه بالتجاوز لا يفسخ العقد و لذا كان الربح بينهما، بالإضافة إلى أن التعدي و التفريط ليسا من موجبات الفسخ.

(٥) أي مع التعدي أو التفريط.

ص: ٢٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام المضاربه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام المضاربه حديث ٢.

و يستحق (١) ما شرط له و إن ضمن المال.

فى ما لو فسخ المالك

(و لو فسخ المالك للعامل أجره مثله إلى ذلك الوقت) الذى فسخ فيه (إن لم يكن) ظهر (ربح) (٢)، و إلا فله حصته من الربح.

و ربما أشكل الحكم بالأجره (٣) على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، و تسلط المالك على الفسخ من مقتضياتها (٤) فالعامل قادم على ذلك (٥)، فلا شىء له سوى ما عتین.

و لو كان المال عروضاً (٦) عند الفسخ فإن كان به ربح للعامل يبعه إن لم (١) أى العامل.

(٢) اعلم أن عقد المضاربه من العقود الجائزه فيصح فسخه من المالك أو العامل، و قد يفسخ بطرو ما يقتضى الانفساخ من موت أحد الطرفين أو جنونه، و على التقادير الثلاثه فإما أن يكون المال كله ناضاً أو يكون النضّ لقدر رأس المال دون الربح إذ الربح عروض، أو يكون المال بجميعه عروضاً أو ببعضه.

و على التقادير الاثنى عشر إما أن يكون قد ظهر ربح أو لا، فالصور أربع و عشرون صوره، و قد تعرض الشهيذان لبعضها، و عليه.

فلو فسخ المالك مع ظهور الربح للعامل حصته من الربح على الشرط المذكور فى العقد بلا خلاف، و لو فسخ المالك مع عدم ظهور الربح، فعن المحقق و جماعه أن للعامل أجره المثل إلى وقت الفسخ، لأن عمله محترم و قد صدر منه بإذن المالك، و لم يصدر منه على وجه التبرع فله أجرته.

و عن غيرهم أنه لا شىء للعامل، لأنه أقدم على الحصة من الربح على تقدير وجودها، و لم توجد و لا شىء له غيرها مع كون المالك مسلطاً على الفسخ متى شاء.

(٣) أى أجره المثل.

(٤) أى المضاربه.

(٥) أى على أنه مستحق للحصة من الربح على تقدير وجودها، و أنه لا شىء له غير ذلك مع علمه بتسلط المالك على الفسخ متى شاء.

(٦) أى كان مال المضاربه متاعاً بالشراء، فهو تاره قد ظهر الربح و أخرى لا، و مع ظهور الربح فى المتاع بأن زادت قيمته السوقيه بعد الشراء للعامل حصته فى هذه الزيادة، و عليه فإن رضى المالك ببيع المتاع على أن يأخذ العامل حصته من الربح فهو، و إن لم يرض المالك بالبيع للعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك مع طلب من الحاكم

يدفع المالك إليه حقه منه (١)، وإلا (٢) لم يجز (٣) إلا بإذن المالك، وإن رجي (٤) الربح حيث لا يكون بالفعل (٥).

و لو طلب المالك انضاذه (٦) ففى إجبار العامل عليه قولان أجودهما العدم.

و لو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض (٧) يفسد العقد الجائز أو من ليجبره على البيع.

و مع عدم ظهور الربح فى المتاع فهو للمالك، و لكن هل للعامل أن يبيعه من دون رضا المالك باحتمال أنه يربح فيه فيكون له حصه من الربح قولان:

القول الأول: عدم الجواز لكون المتاع ملكا للمالك فلا يجوز للعامل أن يتصرف فيه من دون رضا صاحبه.

القول الثانى: الجواز لتعلق حق العامل به حيث يحتمل وجود راغب فى المتاع يزيد فى الثمن فيحصل الربح، و ردّ بعدم تحقق الربح عند احتمال وجود الراغب فى الشراء، إلا أن يكون الراغب موجودا بالفعل و يريد الشراء بأزيد من قيمته فهو فى قوه ظهور الربح، و ردّ الاستثناء أيضا بعدم صدق الربح عرفا عليه، و بأنه لو سلم فيصير العامل شريكا، و مع ذلك لا يسقط إذن المالك إلا عند الامتناع.

(١) من الربح، و عند امتناع المالك عن بيعه.

(٢) أى و إن لم يكن به ربح.

(٣) أى لم يجز البيع من قبل العامل.

(٤) بحيث يحتمل العامل وجود راغب يزيد فى الثمن.

(٥) و ظاهره أنه لو كان الربح فعليا فيجوز البيع، و يكون الربح فعليا عند وجود الراغب فعلا، و قد عرفت ما فيه.

(٦) لو كان مال المضاربه عروضاً و قد فسخ عقد المضاربه، فهل للمالك إلزام العامل ببيع المتاع - و هذا هو معنى الانضاذ - أولا.

فقد قيل بأنه يجب على العامل أن ينضّ المال فيجوز للمالك إلزامه بذلك، لأن العامل قد أخذ المال نقدا فيجب عليه أن يرده كذلك لإطلاق (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

و ردّ بأن دليل الضمان لا يشمل المقام، لأن العامل هنا مأذون فلا يضمن، مع أن وجوب النضّ مما لا دليل عليه فمجراه البراءه عند الشك فيه.

(٧) كعروض ما يقتضى انفساخ العقد كموت أحدهما أو جنونه، و عليه فإن لم يظهر الربح

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، حديث رقم: ٥١٩٧.

قبل العامل فلا أجره له، بل الحصه إن ظهر ربح (١). و قيل: له الأجره أيضا (٢)

فى ما يكون القول قول العامل

(و القول قول العامل فى قدر رأس المال) (٣)، لأنه منكر للزائد و الأصل (٤) معه.

(و) فى (قدر الربح) (٥) لأنه أمين فيقبل قوله فيه.

فى معلوميه رأس المال عند العقد

(و ينبغي أن يكون رأس المال معلوما عند العقد) (٦) لترفع الجهالة عنه، و لا يكتفى بمشاهدته. و قيل: تكفى المشاهده (٧). و هو ظاهر اختياره هنا (٨)، و هو فلا شىء للعامل من الربح لعدمه و لا من الأجره بالاتفاق لإقدامه على أن يكون له حصته من الربح و لم تظهر، و كذا لو فسخ العامل عند عدم ظهور الربح.

(١) فلو انفسخ العقد أو فسخه العامل فله حصته من الربح على تقدير ظهوره، و عن العلامة فى التذكرة أن له أجره المثل، و هو ضعيف.

(٢) كما له أجره عند فسخ المالك على قول المحقق و جماعه، و هو مختار الماتن هنا، و هذه هى الصور التى تعرض لها الشهيذان من أربع و عشرين صوره، و منها يعرف حكم البقيه.

(٣) لو قال رب المال: أن مال المضاربه مائه، فقال العامل: هو خمسون، فيكون العامل منكرا للزيادة فيقدم قوله مع يمينه، لكونه منكرا للزيادة و لموافق قوله ظاهر الشرع لكونه أمينا شرعا فيقبل قوله.

(٤) و هو ظاهر الشرع بكونه أمينا، أو براءة ذمه العامل من الزيادة.

(٥) فلو اختلفا فى قدر الربح فقال المالك: ربحت مائه، فقال العامل: بل ربحت خمسين، فالعامل منكر لموافق قوله لظاهر الشرع حيث حكم الشارع بكونه أمينا، فيقدم قوله مع يمينه.

(٦) فيكون رأس المال معلوما بالقدر و الوصف للنهى عن الغرر، و عن الشيخ فى المبسوط و العلامة فى المختلف أنه تكفى المشاهده لزوال معظم الغرر بالمشاهده، و ردّ ببقاء الجهالة و لا ترتفع إلا مع العلم بالقدر و الوصف، و قال الشارح فى المسالك: (و حكى فى المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربه من غير تقييد بالمشاهده، و قواه فى المختلف محتجّا بالأصل، و قوله صلى الله عليه و سلم (١): المؤمنون عند شروطهم) انتهى.

(٧) القول الأول للشيخ و علامه.

(٨) أى اختيار الماتن فى اللمعه، لأنه مع تعيين قدر المال لا يقع التنازع، و عليه فلا يقع إلا

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٢.

مذهب الشيخ و علامه فى المختلف (١)، لزوال معظم الغرر بالمشاهده، و للأصل (٢)، و لقوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم»، فإن قلنا به (٣) و اختلفا فى قدره (٤) فالقول قول العامل كما تقدم، للأصل (٥) و الأقوى المنع (٦).

فى أنه ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك

و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك (٧)، كمن ينعق عليه أى على المالك، لأنه تخسير محض، و الغرض من هذه المعامله الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه (٨) مع المشاهده، و الماتن قد فرض التنازع فى قدر المال فيكون من القائلين بكفايه المشاهده، و فيه: إن جميع الفقهاء المشترطين للتعين قد فرضوا التنازع فراجع كتبهم.

(١) و لهما قول آخر و هو المجازفه من غير تعيين و لا مشاهده.

(٢) أى أصاله عدم التعين.

(٣) بالاكْتفاء بالمشاهده.

(٤) قدر المال.

(٥) أى أصاله عدم الزيادة فيكون العامل منكرا.

(٦) أى المنع من الاكتفاء بالمشاهده.

(٧) قال فى المسالك: (لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا، و من جملة شراء من ينعق على المالك، لأنه تخسير محض، فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد) انتهى، و الغرض المقصود من العقد هو الربح.

(٨) شراء من ينعق على المالك تاره بغير إذن المالك و أخرى بإذنه، و على الأول فتاره يكون العامل عالما بنسب من يشتريه و عالما بكونه ينعق على المالك و أخرى يكون جاهلا بهما و ثالثه بأحدهما.

فلو اشتراه بغير الاذن مع العلم بالنسب و الاعتناق فيكون الشراء عن المالك شراء فضوليا، و يتوقف على إجازة المالك ككل عقد فضولى، فإن أجاز فيكون كمثل ما لو اشتراه بإذن المالك و سيأتى الكلام فيه عند التعرض للشق الثانى، و إن لم يجز بطل الشراء و كأنه لم يقع.

و لو اشتراه بغير الاذن مع جهله بهما أو بأحدهما فنظر، و قال الشارح فى المسالك:

(فيحتمل كونه كذلك - أى فضوليا - لأن الاذن فى هذا الباب إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه و تقليبه فى تجاره للاسترباح و لا- يتناول غير ذلك، فلا- يكون ما سواه مأذونا فيه، و التباس الأمر ظاهرا - على العامل - لا يقتضى الاذن، غايته أنه غير آثم لجهله.

كان فضوليا مع علمه بالنسب (١) و الحكم (٢) أما مع جهله بهما، أو بأحدهما ففي صحته و عتقه عن المالك، أو إلحاقه بالعالم وجهان، مأخذهما: انصراف (٣) الإذن إلى ما يمكن بيعه و الاسترباح به فلا يدخل هذا (٤) فيه (٥) مطلقا (٦)، و من كون (٧) الشرط (٨) بحسب الظاهر (٩)، لاستحاله توجه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معييا لا يعلم بعيبه فتلف به (١٠)، (و) كذا (لا) يشتري من رب المال شيئا (١١)، لأن المال له، و لا يشتري مال الإنسان بماله.

(و لو أذن في شراء أبيه) (١٢) و غيره ممن ينعق عليه (صح و انعتق) كما لو و يحتمل صحه البيع و يحكم بعتقه على المالك قهرا و لا- ضمان على العامل، لأن العقد المذكور إنما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر، لا في نفس الأمر، لاستحاله توجه الخطاب إلى الغافل، لاستلزامه تكليف ما لا يطاق، و كما لو اشترى معييا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب) انتهى.

(١) بنسب من يشتريه و أنه أب المالك.

(٢) و هو الانعتاق.

(٣) دليل إلحاقه بالعالم و أن العقد فضولى.

(٤) أى شراء من ينعق على المالك مع جهل العامل بنسبه أو بالانعتاق.

(٥) أى فى الاذن المنصرف إلى ما يمكن بيعه و الاسترباح به.

(٦) سواء كان جاهلا بهما أو بأحدهما.

(٧) دليل صحه الشراء و صحه العتق عن المالك و لو قهرا.

(٨) أى الاذن المنصرف، و هو شرط ضمنى فى العقد.

(٩) شرط بحسب ظاهر العامل فلا يشمل الغافل.

(١٠) أى فتلف بالعيب.

(١١) لأن البيع فيه نقل و انتقال، و هو غير متحقق عند الشراء من رب المال، لأن مال المضاربة ماله و لا يشتري مال الإنسان بماله، و لأن الاذن فى المضاربة للاسترباح، و هو محمول عرفا على الاسترباح من غير المالك فلا يكون العامل مأذونا بالاسترباح من نفس المالك.

(١٢) هذا هو الشق الثانى من المسألة السابقة، و عليه فإذا أذن المالك بشراء أبيه من مال المضاربة صح الشراء بلا إشكال، كما لو اشترى نفس المالك أباه، أو اشتراه وكيله؛ و ينعق على المالك لما سيأتى فى باب العتق من عدم تملك الإنسان أحد أبويه.

و مع الانعتاق فإن كان ثمنه تمام مال المضاربة بطلت المضاربة، لأن الاذن من المالك بالشراء المذكور يكون فسخا لها، و إن

كان الثمن بعضا من مال المضاربة فتبطل المضاربة

ص: ٢٦٨

اشتراه بنفسه أو وكيله، و بطلت المضاربه في ثمنه، لأنه بمنزله التالف، و صار الباقي رأس المال إن كان (و للعامل الأجره) (١) سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه فظاهر إلا على الاحتمال (٢) السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، و أما مع ظهوره (٣) فلبطلان المضاربه بهذا الشراء (٤)، لعدم كونه (٥) من متعلق الإذن (٦)، لأن في البعض لأنه فسخ كما تقدم، و تبقى صحيحه في الباقي لوجود الاذن مع عدم صدور فسخ بالنسبه للباقي.

(١)العامل إذا اشترى من ينعق على المالك فتاره يبحث في صحة الشراء و الانعتاق مع إذن المالك بالشراء و عدمه، و هذا ما قد تقدم، و أخرى يبحث عما للعامل في المبيع على تقدير إذن المالك بالشراء، لأنه مع عدم الاذن فيكون عمله تبرعاً فلا أجره له، و لا شيء غيرها.

و عليه فلو أذن المالك للعامل بشراء من ينعق على المالك فتاره يظهر ربح حين الشراء بأن زادت قيمته السوقيه و أخرى لا يظهر فيه ربح و على الأول فالمحكي عن بعض أن رب المال يضمن للعامل حصته من الربح، لتحقق ملك العامل عند ظهور الربح و لا- يقدح العتق القهري بإذن المالك، الذي مرجعه استرداد طائفه من ماله بعد ظهور الربح و إتلافها، و كما يضمن في الأخير يضمن في المقام.

و فيه: أن العامل يملك حصته من الربح عند الظهور إن لم يكن عقد المضاربه قد بطل بهذا الشراء، مع أن عقد المضاربه قد بطل فلا حصه للعامل من الربح، لأن الاذن في المضاربه هو إذن لما اقتضى التقلب و الاسترباح، و مع الاذن بشراء من ينعق على المالك كما هو المفروض فلا يكون إذناً بالمضاربه، بل يكون فسخاً لها و رجوعاً عنها، نعم و إن لم يثبت له شيء من الربح إلا أن له أجره المثل لأن عمله محترم غير متبرع به.

و على الثاني عند عدم ظهور الربح فلا شيء للعامل من الربح لعدم ظهوره، و لكن له أجره المثل لأنه غير متبرع به.

(٢)و الاحتمال السابق هو كون العامل عالماً بتسلط المالك على الفسخ متى شاء، و قد أقدم على العمل بأن له حصه من الربح على تقدير ظهوره فليس له إلا هذه الحصه إذا ظهر الربح، و المفروض عدم الظهور فلا شيء له من الربح و لا من أجره المثل.

(٣)أى ظهور الربح.

(٤)أى بسبب هذا.

(٥)أى لعدم كون هذا الشراء.

(٦)أى إذن المضاربه.

متعلقه (١) ما فيه ربح و لو بالمظنه (٢)، و هو (٣) منفى هنا (٤)، لكونه (٥) مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه (٦) بطلت (٧).

و يحتمل ثبوت الحصه إن قلنا بملكها بالظهور (٨) لتحققه (٩) و لا يقدح عتقه (١٠) القهرى، لصدوره (١١) بإذن المالك، كما لو استرد طائفه من المال بعد ظهوره (١٢) و حينئذ (١٣) فيسرى (١٤) على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسرايه فى العتق القهرى، أو مع اختيار الشريك السبب.

(و لو اشترى) العامل (أبا نفسه)، و غيره ممن ينعق عليه (صح) (١٥) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعتق نصيبه) أى (١) أى متعلق إذن المضاربه.

(٢) لأنه إذن يقتضى التقلب.

(٣) أى الاذن الذى يقتضى التقلب.

(٤) فى شراء من ينعق على المالك.

(٥) أى كون الشراء.

(٦) فى شراء من ينعق على المالك.

(٧) أى المضاربه.

(٨) أى عند ظهور الربح.

(٩) أى تحقق ظهور الربح، لأنه مفروض هذا الفرع.

(١٠) أى عتق من تحقق فيه ظهور الربح.

(١١) أى صدور الشراء.

(١٢) أى بعد ظهور الربح.

(١٣) أى و حين ظهور الربح.

(١٤) أى يسرى العتق القهرى إلى حصه العامل، و السريان إما ليسار المالك و إما لأن المالك الذى هو شريك العامل قد اختار السبب و هو الشراء، و اختيار السبب اختيار للمسبب الذى هو العتق هنا.

(١٥) أى صح الشراء و كان من مال المضاربه، و لا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا.

و على الأول مع كون العامل يملك حصته عند ظهور الربح فينتقل نصيبه من الربح، و يسرى العتق في الباقي، و لكن ليس على العامل بل يسعى المعتق في باقي قيمته، سواء

ص: ٢٧٠

نصيب العامل، لاختياره السبب المفضى إليه (١) كما لو اشتراه بماله، (و يسعى المعتق) و هو الأب (فى الباقي) و إن كان الولد موسرا، لصحيحه محمد بن أبى عمير عن الصادق (ع) الحاكمه باستسعائه (٢) عن غير استفصال.

و قيل: يسرى على العامل مع يساره، لاختياره السبب (٣) و هو موجب لها (٤) كما سيأتى إن شاء الله تعالى، و حملت الروايه على إعساره جمعا بين الأدله.

و ربما فرق بين ظهور الربح حاله الشراء، و تجددده (٥)، فيسرى فى الأول (٦) دون الثانى (٧) و يمكن حمل الروايه عليه (٨) أيضا.

كان العامل موسرا أم معسرا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لصحيح ابن أبى عمير عن محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشتري أباه و هو لا يعلم، قال عليه السلام: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل) (١)، و ترك الاستفصال فى جواب السؤال ينزل منزله العموم فى المقال، و عليه سواء كان العامل موسرا أم معسرا فيسعى المعتق فى الباقي.

و قيل - و كما فى الجواهر أنه احتمل - إنه مع سريان العتق فالباقي على العامل إذا كان موسرا مع حمل الروايه على ما لو كان معسرا جمعا بين الروايه و بين ما سيأتى فى باب العتق أن الذى يختار السبب يلزم بالمسبب، و العامل قد اختار سبب العتق و هو الشراء فالانعتاق بتمامه عليه.

(١) أى إلى العتق.

(٢) أى باستسعاء المعتق.

(٣) و هو الشراء.

(٤) أى للسرايه فيلزم العامل بتمامها.

(٥) أى تجدد الربح بعد الشراء.

(٦) و هو ظهور الربح حاله الشراء.

(٧) أى التجدد، بناء على أن الربح إذا تجدد بعد الشراء لا يكون الشراء مجموع السبب حتى يقال: إنه اختار السبب الموجب للسرايه، بل السبب هو الشراء مع ارتفاع قيمه السوق الذى لا-اختيار للعامل فيه، بل ارتفاع قيمه هو السبب القريب فلا يلزم العامل بالقيمه لعدم اختياره.

(٨) على الثانى.

و فى وجه ثالث بطلان (١) البيع، لأنه (٢) مناف لمقصود القراض، إذ الغرض (٣) هو السعى للتجاره التى تقبل التقلب للاسترباح، و الشراء المتعقب للعتق ينافيه (٤)، و الوسط (٥) قوى لو لا معارضه إطلاق النص الصحيح.

(١) و هو احتمال و مفاده أن الشراء المذكور مناف لمقصود القراض، إذ الغرض منه هو السعى للتجاره التى تقتضى التقلب و الاسترباح، و هذا الشراء المتعقب بالعتق مناف لذلك فلا يكون مأذونا فيه، فيكون موقوف على الإجازة.

و هذا احتمال احتمله المحقق و الشهيد الثانين كما فى الجواهر و أنه اجتهد فى مقابل النص الذى هو صحيح ابن أبى عمير المتقدم.

(٢) أى شراء من ينعقد على العامل.

(٣) من القراض.

(٤) أى ينافى غرض القراض.

(٥) و هو القول الثانى من أن العتق يسرى و يكون على العامل الموسر، و أنه على المعتق إذا كان العامل معسرا.

ص: ٢٧٢

كتاب الوديعه

اشاره

ص: ٢٧٣

فى تعريف الوديعه

(و هى استنابه فى الحفظ) أى استنابه فيه (٢) (١) لا خلاف فى مشروعيتها، قال تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (١) وقوله تعالى: فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُؤْتِمِنَ أَمَانَتُهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ (٢)، و النبوى (ردّ الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (٣) و مثله غيره.

ثم إن الوديعه تطلق على دفع المال للغير قال فى المصباح: (و أودعت زيدا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعه، جمعها ودائع).
و لكن قد وقع النزاع بين الفقهاء أن ألفاظ العقود كالبيع و الإجاره و الوديعه و الصلح هل هى أسماء للعقود أو لما يترتب عليها، و عليه فمن عرّف الوديعه بأنها الاستنابه فى الحفظ فيكون قد ذهب إلى أن اسم الوديعه يطلق على نفس عقدها.
هذا و أشكل على هذا التعريف بإشكالات.

منها: أن العقد مفتقر إلى إيجاب و قبول، و التعريف المتقدم من الاستنابه متضمن لمعنى الإيجاب فقط، فلا بد من ضميمة القبول إليه فيقال: الوديعه هى الاستنابه و قبولها.

منها: أن التعريف شامل للوكاله فلا يكون مانعا للأغيار، لأن الوكاله تقتضى الاستنابه فى حفظ ما و كّل فى بيعه و غيره، و ردّ بأن حقيقه الوكاله ليست هى الاستنابه فى الحفظ، بل حقيقتها الاذن فيما و كّل فيه، و الحفظ تابع من توابع هذا الاذن، بخلاف الوديعه فحقيقتها الاستنابه، و التعريف إنما يكون لذات الشئ لا للوازمه و توابعه.

(٢) فى الحفظ.

ص: ٢٧٥

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٨٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب كتاب الوديعه حديث ١٢.

بالذات، فلا يرد (١) مثل الوكالة في بيع شيء، أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها (٢) تستلزم الاستنابه فيه (٣) إلا أنها بالعرض، و القصد بالذات (٤) الإذن فيما و كل فيه.

ثم الاستنابه (٥) إنما تكون من المودع (٦)، و الوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين فلا تكون الوديعة هي الاستنابه، بل هي و قبولها، و إن اكتفينا بالقبول الفعلي.

و كأنّ التعريف، لما كان لعقدها كما علم من مذهب المصنف (٧) و كان المعتبر منه (٨) الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه (٩)، أو لأن الاستنابه تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه (١٠) لم تؤثر (١١).

في الإيجاب و القبول

(و تفتقر إلى إيجاب و قبول (١٢) كغيرها من العقود،(و لا حصر في الألفاظ) (١) تعرض للإشكال الثاني.

(٢) أي الوكالة.

(٣) في الحفظ.

(٤) أي و القصد الذاتي من الوكالة.

(٥) تعرض للإشكال الأول.

(٦) و عليه فالاستنابه هي معنى الإيجاب فأين القبول؟

(٧) حيث ذهب إلى أن أسماء المعاملات هي أسماء للعقود لا لما يترتب عليها.

(٨) أي من العقد.

(٩) أي تسامح في إطلاق الوديعة كعقد على خصوص الإيجاب، قال الشارح في المسالك:

(إن القبول هنا بالقول ليس بشرط، بل يقوم الفعل مقامه، فكأن التوقف عليه العقد هو الإيجاب خاصة، و إن كانت الوديعة لا تتم إلا بهما) انتهى.

(١٠) عن القبول.

(١١) فلذا اقتصر في تعريف الوديعة على الاستنابه، غايته يكون المراد منها هو الاستنابه التامه المستلزمه للقبول.

(١٢) لأن الوديعة معاملته بين شخصين فلا بد من الإيجاب و القبول فيها، و يدل عليه خبر مروان بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (اعلم أن ضارب على عليه السلام بالسيف و قاتله لو ائتمنى على سيف أو استنصحنى و استشارنى، ثم قبلت ذلك منه

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعه حديث ٨.

(الداله عليها) كما هو شأن العقود الجائزه من الطرفين، فيكفى كل لفظ دل عليها، بل التلويح والإشاره المفهمه لمعناها (١) اختيارا.

(و يكفى فى القبول الفعل (٢)، لأن الغرض منه (٣) الرضا بها (٤)، و ربما كان الفعل و هو قبضها أقوى من القول، باعتبار دخولها (٥) فى ضمانه، و التزامه بحفظها بواسطه القبض و إن لم يحصل الإيجاب فيه (٦) أولى (٧)، إلا- أن و هى من العقود الجائزه بالاتفاق، لأن الاستنباه فى الحفظ توكيل فيه، و الوكالة جائزه، و مقتضى جواز عقدها من الطرفين عدم انحصار ألفاظ إيجابها و قبولها بلفظ خاص صريح، بل يصح إنشاءهما بكل لفظ دال على ذلك كما هو المشهور على ما تقدم، و قد عرفت جواز ذلك فى العقود اللازمه، بل و كفايه الكتابه و الفعل الدالين على الإنشاء.

(١) أى لمعنى الوديعه، و ذلك للتوسع فى العقد الجائز دون اللازم.

(٢) قال الشارح فى المسالك: (أطلق المصنف و جماعه هنا أنه يكفى القبول بالفعل، مع اعترافهم بكونها عقدا، نظرا إلى أن الغايه منها إنما هو الرضا بالاستنباه، و ربما كان الفعل أقوى فيه - أى فى الرضا بالاستنباه - عن القول باعتبار التزامه به و دخوله فى ضمانه حينئذ لو قصّر بخلاف القبول الفعلى، فإنه و إن لزمه ذلك شرعا إلا أنه ليس صريحا فى الالتزام من حيث إنه عقد جائز، فإذا فسّخه و لم يكن قبضه لم يظهر أثره، و اليد توجب الحفظ إلى أن ترده إلى مالكه لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و هذا أحسن إلا أن فيه بعض الخروج عن حقيقه العقد.

و من ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها إذن - أى الوديعه - لا- عقد، و فرّع عليه عدم اعتبار القبول القولى، و آخرون إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ أودعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود و جب القبول لفظا، و إن قال: احفظه و نحوه - مما هو على غير صيغ العقود - لم يفتقر إلى القبول اللفظى كالوكالة و هو كلام موجه) انتهى.

و فى الرياض عن الأخير (و وجهه غير واضح).

(٣) أى من القبول.

(٤) بالاستنباه.

(٥) أى دخول الوديعه فى ضمانه عند وضع اليد عليها المحقق للقبول الفعلى.

(٦) فى هذا القبض.

(٧) أى هو ملتزم بحفظها عند قبضها و إن لم يحصل الإيجاب، فمع حصول الإيجاب أولى أو أن القبول الفعلى أولى من القبول اللفظى، لأن فى الفعلى تدخل الوديعه فى ضمانه و يجب عليه أن يلتزم بحفظها لعموم (على اليد) بخلاف القبول القولى عند عدم القبض، فلو

فيه (١) خروجاً عن باب العقود التي لا تتم بصيغته (٢) من الطرفين. و من ثم قيل: إنها (٣) إذن مجرد، لا عقد، و كيف كان لا تجب مقارنه القبول للإيجاب (٤) قولاً كان (٥)، أم فعلياً.

و لو طرحها عنده (٦) فسخ قبل تحقق القبض فلا يظهر أثر لهذا القبول، و هذا ما صرح به الشارح فى المسالك، فيكون المعنى الثانى أولى.

(١) أى فى الاكتفاء بالقبول الفعلى.

(٢) أى صيغته واحده، بل لا بد من صيغتين.

(٣) أى الوديعه.

(٤) قال فى الرياض: (بلا خلاف يظهر، و به صرح فى المفاتيح، و أنه لا ريب فيه و لا شبهه، حيث يكون القبول فعلياً، و لو كان قولياً ففيه نوع مناقشه لو لا حكاية عدم الخلاف التى هى حجه عامه) انتهى.

(٥) أى القبول.

(٦) الإيجاب منحصر باللفظ أو بالإشارة و التلويح عند الشارح، و القبول قد يتحقق بالقول و قد يتحقق بالفعل و عليه فهنا صور:

الأولى: أن يضع المال عنده و لم يحصل من صاحب المال ما يدل على الاستتابة فى الحفظ من قول أو إشاره أو تلويح، فقبله قولاً، فالودعى لا- يجب عليه الحفظ و لا ضمان عليه، أما أنه لا يجب عليه الحفظ لعدم تحقق عقد الوديعه لاشتراط القول أو الإشارة فى الإيجاب و لم يحصل كل منهما، و مع عدم الإيجاب فلا عقد، و أما أنه لا يجب عليه الضمان، لأن المال لم يدخل تحت يده، لأنه لم يقبض يحسب الفرض و إن قبل قولاً.

الثانية: أن يضع المال عنده من غير إيجاب فقبله فعلاً، فلا يتحقق عقد الوديعه لعدم الإيجاب، إلا أن الودعى يضمن، لأن المال داخل تحت يده فيندرج تحت عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

الثالثة: أن يتلفظ المالك بالإيجاب مع الطرح فيقبل الآخر قبولاً قولياً، و به يتم عقد الوديعه، فيجب عليه الحفظ و لا يضمن إلا مع التقصير.

الرابعة: نفس الصورة الثالثة إلا أنه يقبل قبولاً فعلياً، فيتم عقد الوديعه إلى آخر ما ذكر فى الثالثة.

ص: ٢٧٨

و لم يحصل منه (١) ما يدل على الرضا، و لا قبضها (٢)، (أو أكرهه على قبضها (٣) لم تصر وديعه)، لانتفاء القبول الشرعى فيهما (٤).

و أما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً، أو ما فى حكمه (٥) يفيد (٦)، و قد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح، و فى الثانى (٧) لا تصير وديعه و إن قبل قولاً أو فعلاً لكن فى الثانى (٨) يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة، و فى الأول (٩) تتم بالقبول بهما (١٠) فيجب عليه الحفظ.

الخامسة: أن يصدر الطرح من المالك سواء تقارن الطرح مع الإيجاب من قول أو إشاره أم لا، و الودعى لم يقبلها قولاً و لا فعلاً، فلم يتم عقد الوديعة فلا يجب عليه حفظها من باب الوديعة، و لا ضمان عليه لعدم تحقق القبض.

و فى المسالك أنه يَأْتَم إذا تلفت بعد غياب المالك، لأنه يجب عليه الحفظ من باب المعاونه على البر و إعانه المحتاج، فلو تلفت فلا يضمن و إنما يَأْتَم، و ردّ بأن المعاونه مستحبه و ليست بواجبه.

السادسة: ما لو أكره على قبض الوديعة فلا وديعه لعموم رفع (ما استكرهوا عليه) (١)، فلا قبول شرعاً و ليست يده بيد حينئذ، فلا يجب الحفظ و لا يضمن عند التلف.

(١) من الودعى.

(٢) فلم يصدر منه قبول، لا بالقول و لا بالفعل، و هذه هى الصورة الخامسة.

(٣) هذه هى الصورة السادسة.

(٤) فى هاتين الصورتين، غايته ففى السادسة قد صدر القبول إلا أنه ليس بشرعى للإكراه.

(٥) كالإشاره.

(٦) أى يفيد معنى الإيجاب.

(٧) أى فى الطرح المجرد فلا وديعه لعدم الإيجاب و إن قبل الودعى قولاً أو فعلاً و هذه هى الصورة الأولى و الثانى.

(٨) أى ما لو قبل الودعى فعلاً و هى الصورة الثانى فيضمن لعموم على اليد.

(٩) أى الطرح الذى انضم إليه القول أو الإشاره المفهمه لمعنى الإيجاب و عليه فسواء قبل الودعى قولاً أو فعلاً فيتم عقد الوديعة، و هذه هى الصورة الثالثه و الرابعه.

(١٠) أى بالقول أو بالفعل.

و حيث لا- يجب (١) لعدم القبول (٢) قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك و تركها و خيف عليها الذهاب (٣) فيجب من باب المعاونه على البر كفايه لكن لا ضمان بتركه (٤).

و أما مع الإ- كراه (فلا- يجب حفظها مطلقا (٥)، بل يجوز تركها و إن قبضها به (٦) في حضور المالك و غيبته، إلا- أن يكون المكره، مضطرا إلى الإيداع فيجب إعانتة عليه كالسابق.

فقوله: «فلا يجب حفظها» مطلق في الثاني (٧) من حيث الوديعه، و مع عدم القبول، أو القبض (٨) في الأول (٩) على ما فصل.

في وجوب الحفظ بعد القبول

(و لو قبل) الوديعه قولاً، أو فعلاً (وجب) عليه (الحفظ) (١٠) ما دام (١) أى لا يجب الحفظ.

(٢) أى عدم القبول من الودعى فلا عقد للوديعه و لكن يجب عليه الحفظ من باب المعاونه كما في الصوره الخامسه.

(٣) أى التلف.

(٤) أى بترك الحفظ، فلا ضمان لعدم اليد و لكنه آثم لمخالفته الواجب و قد عرفت عدم الوجوب.

(٥) سواء قبض أم لا.

(٦) بالإكراه، فلا يجب الحفظ لعدم تحقق القبول الشرعى.

(٧) أى فى الإكراه.

(٨) أى عدم القبض.

(٩) أى فى الطرح.

(١٠) فيجب على الودعى بلا- خلاف فيه، لأين الحفظ من مقتضيات الوديعه فلو لم يجب حفظها لم يجب أدائها، مع أن الودعى مما يجب عليه رد الوديعه للأخبار:

منها: النبوى (ردّ الودعيه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (١)، لو جاز له إهمالها و عدم حفظها فكيف يترتب عليه وجوب الأداء، و للأخبار الآتيه و الداله على الضمان عند عدم الحفظ، فلو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن وجه للضمان عند تركه.

ص: ٢٨٠

مستودعا، و كذا بعده (١) إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه (٢)، و بذلك (٣) يظهر عدم المنافاه بين وجوب الحفظ، و عدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز (٤).

و لا ضمان عليه (٥) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدى فيها (٦) بأن ركب الدابة (٧)، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود (أو التفريط) بأن (١) بأن يفسخ عقدها، فيجب عليه الحفظ بعد الفسخ لاستلزام تركه إضاعه المال المنهى عنه في الشرعيه، مع استلزام تركه للضرر على المالك، بالإضافة إلى إطلاق أدله رد الوديعة المتقدمه الشامل لمفروض مسألتنا، و لا يتم الرد إلا بالحفظ.

(٢) أى حكم المالك و هو الوكيل.

(٣) أى بكون الوديعة يجب حفظها و لو بعد الفسخ.

(٤) فلا- يأتى الإشكال بأن الوديعة عقد جائز و يجوز للودعي الفسخ متى شاء فكيف يجب عليه الحفظ مطلقا، و رده بأنه يجب عليه الحفظ مطلقا و لو بعد الفسخ إلى أن يردها إلى المالك لما تقدم من الأدله و هذا لا ينافى جواز فسخها متى شاء الودعي.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (صاحب الوديعة و البضاعه مؤتمنان) (١)، و خبر أبان عن أبي جعفر عليه السلام (-) إلى أن قال -: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا) ٢.

(٦) مع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف للأخبار.

منها: مكاتبه محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام (في رجل دفع إلى رجل وديعه، و أمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه، فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله) (٢).

(٧) اعلم أن حفظ الوديعة إنما يكون بحسب العاده، فالثوب يحفظ في الصندوق و الشاه في المراح و الدابه في الاصطبل، و كل شىء في حرزه بحسب عادته العرف، و لذا قال الشارح في المسالك: (لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفيه مخصوصه من قبل الشارع، كان المرجع فيه إلى العرف مما عدّ منه حفظا لمثل تلك الوديعة، و كان هو الواجب و لم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه) انتهى.

ص: ٢٨١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أحكام الوديعة حديث ١ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أحكام الوديعة حديث ١.

قَصِير في الحفظ عاده (فلو أخذت منه قهرا فلا ضمان (١) إن لم يكن سببا في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها (٢) مع مظنته (٣)، و مثله ما لو أخبر بها اللصّ فسرقها.

و لا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، و أمره له (٤) بدفعها إليه كرها، لانتفاء التفريط فيهما فينحصر الرجوع على الظالم فيهما على الأقوى.

و قيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني، و إن استقر الضمان على الظالم (٥).

و على هذا فالضابط في ترك الحفظ بالتعدي أو التفريط يرجع فيه إلى العرف، و إن حصر التقصير بعضهم في سته و هي: الانتفاع بها و الإيداع و التقصير في دفع المهلكات، و المخالفة في كيفية الحفظ، و التضييع بأن يلقيا في مضيعه، و الجحود.

(١) فلا ضمان على الودعي لعدم صدق التقصير عند الأخذ القهري، نعم هذا مشروط بعدم كون الودعي سببا في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعي بها إلى الظالم و لم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن لأنه فُرض في الحفظ، و مثله ما لو أخبر اللصّ فسرقها.

(٢) أى وصل إلى الظالم خبر الوديعة.

(٣) أى مظنته وصول الخبر و أخذ الظالم لها، فلو ظن الودعي ذلك و أظهرها فإنه ضامن لأنه فُرض في الحفظ.

(٤) أى و أمر الظالم للودعي بدفع الوديعة إليه كرها، فلا فرق بين الصورتين في عدم ضمان الودعي لأنه غير مقصّر، على المشهور بين الأصحاب، و عن أبي الصلاح و أبي المكارم و العلّامة في التذكرة جواز رجوع المالك مخيرا على الظالم و الودعي إذا سلم الودعي للظالم قهرا دون ما لو أخذها الظالم فالمالك يرجع عليه خاصة.

و وجه التخيير أن المالك مما يجوز له الرجوع على الظالم لعموم (على اليد)، و لهذا العموم يجوز له الرجوع على الودعي لأنه باشر التسليم فكانت الوديعة تحت يده، و فيه: إنه لا سبيل على المحسن لقوله تعالى: مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١)، و الودعي محسن و لم يفرط في الحفظ بحسب الفرض.

(٥) بمعنى لو رجع المالك على الودعي لجاز للودعي أن يرجع على الظالم، بخلاف ما لو رجع على الظالم فلا يجوز له أن يرجع على الودعي، فالضمان بالأخير على الظالم.

ص: ٢٨٢

(و لو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها (١) بالوسائل الموجهه لسلامتها (وجب ما لم يؤدّ إلى تحمل الضرر الكثير (٢)، كالجرح، و أخذ المال (٣) فيجوز تسليمها حينئذ و إن قدر على تحمله (٤). و المرجع في الكثره (٥) و القله إلى حال المكره، فقد تعدّ الكلمه اليسيره من الأذى كثيرا في حقه، لكونه جليلا لا يليق بحاله ذلك.

و منهم من لا يعتد بمثله، و أما أخذ المال فإن كان مال المستودع (٦) لم يجب بذله مطلقا (٧)، و إن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها (٨) ما أمكن، فلو ترك مع قدره على سلامه البعض فأخذ (٩) الجميع ضمن (١٠) ما يمكن (١) عن الوديعة عند أخذ الظالم لها، و كان الدفع لائقا به وجب عليه، بلا خلاف فيه، لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على نحو الإطلاق، فلو لم يفعل مع قدرته على الدفع حتى أخذها الظالم كان الودعي مقصرا فيضمن.

(٢) على الودعي.

(٣) أي مال الودعي فلا يجب عليه الدفع حينئذ، لأن تحمل الضرر و دفع المال ضرر، و هو منفي في الشريعة.

(٤) أي تحمل الضرر أو دفع المال، فلا يجب للإطلاق في أدله نفى الضرر.

(٥) أي كثره الضرر و قلته، قال في المسالك: (المرجع في كثره الضرر و قلته إلى حال المكره - أي الودعي - فمنهم من يعدّ الكلمه اليسيره من الأذى الكثير في حقه لكون شريفا لا- يليق بحاله ذلك، و منهم من لا يعتدّ بأمثال ذلك، و هكذا القول في الضرب و أخذ المال) انتهى.

(٦) أي الودعي فلا- يجب بذله، لأنه ضرر عليه و هو منفي و إن كان قادرا على تحمله، و قال سيد الرياض: (و فيه نظر لوجوب الحفظ و لا يتم إلا به، فيجب، و الضرر يندفع بالرجوع إلى المالك بعد نيته) انتهى، أي بعد نيه الرجوع حتى لا يكون متبرعا.

(٧) سواء استوعب المال المدفوع الوديعة أم لا.

(٨) من باب وجوب حفظ الباقي، لأن هذا الباقي مما يجب حفظه سواء بقي المدفوع تحت يد الودعي أم دفعه إلى الظالم، و بما أن وجوب حفظ الباقي متوقف على بذل المدفوع فيجب بذله حينئذ.

(٩) أي الظالم قد أخذ جميع الوديعة.

(١٠) أي ضمن الودعي ما يمكن سلامته، لأنه مع عدم الدفع المذكور و قد أثبتنا وجوبه فهو مقصّر فيضمن.

سلامته، و إن لم يمكن إلا بأخذها (١) أجمع فلا تقصير، و لو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله (٢) لا يستوعب قيمتها (٣) جاز، و رجع مع نيته (٤)

[و فى وجوبه نظر]، و لو أمكن حفظها عنه بالاستتار منه وجب (٥) فيضمن بتركه (نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها (٦) الظالم فيورى) بما يخرج منه عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان، و يخصه (٧) بوقت أو جنس، أو مكان، أو نحوها، (١) أى لا يمكن دفع الظالم إلا بدفعها أجمع فلا تقصير على الودعى و لا ضمان.

(٢) أى مال الودعى.

(٣) أى قيمه الوديعة.

(٤) أى و رجع على المالك مع نية الرجوع، و بدونها يكون الدفع تبرعاً.

(٥) أى وجب الاستتار، و وجوبه من باب المقدمه للحفظ الواجب.

(٦) أى باليمين، هذا و قد عرفت وجوب الحفظ على الودعى، فإذا أراد الظالم أخذها فإن تمكن من الدفع من دون ضرر يجب، لأنه مقدمه للحفظ الواجب، و لو توقف على بذل المال ففيه التفصيل المتقدم، و لو توقف الدفع على الكذب لجاز، بل وجب، و لو توقف الدفع على اليمين فتجب من باب وجوب المقدمه للحفظ الواجب بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال، و للأخبار.

منها: خبر إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال عليه السلام: لا جناح عليه، و عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه، قال عليه السلام: لا جناح عليه، و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله، قال عليه السلام: نعم) (١)، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (اليمين على وجهين - إلى أن قال - فأما الذى يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً، و لم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل فى خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره) (٢) و مقتضى هذه الأخبار جواز الحلف مطلقاً إلا أن الفقهاء قيدوها بما إذا لم يقدر على التوريه، و إلا فيجب عليه الحلف مؤزياً بما يخرج عن الكذب، لأن الضروره تقدر بقدرها، و عليه فإن أمكن الحلف بدون كذب و هذا لا يكون إلا مع التوريه فيجب، و إلا فيجوز الحلف كاذباً.

(٧) أى عدم الاستيداع المحلوف عليه.

ص: ٢٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- (١) (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الأيمان حديث ٩.

مغاير لما استودع، وإنما تجب التوريه عليه مع علمه بها (١)، وإلا سقطت، لأنه (٢) كذب مستثنى للضروره (٣) ترجيحاً (٤) لأخف القبيحين (٥) حيث تعارضاً.

فى أنه تبطل الوديعه بموت كل منهما

(و تبطل) الوديعه (بموت كل منهما (٦): المودع و المستودع، كغيرها من العقود الجائزه، (و جنونه و إغمائه) و إن قصر وقتها (٧) (فتبقى) فى يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه (٨) أو وليه أو يده (٩) بعد صحته (١٠) (١) أى مع علم الودعى بالتوريه.

(٢) أى الحلف.

(٣) و هى حفظ مال المسلم.

(٤) تعليل للاستثناء.

(٥) و القبيحان هما قبح الكذب و قبح إذهاب حق الآدمى، فيقدم حق الآدمى و يجوز الكذب حينئذ.

(٦) قد تقدم أن الوديعه عقد جائز من الطرفين، و إذا كانت كذلك فتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه، للإجماع على بطلان العقود الجائزه بذلك.

فلو عرضت هذه الأمور للمالك فتبقى الوديعه فى الودعى أمانه شرعيه لا مالكيه، و الفرق بينهما أن المالكيه ما كانت بإذن المالك، و الشرعيه ما كانت بإذن الشارع دون المالك، و هنا لا إذن للمالك بعد جنونه أو إغمائه أو موته فتكون شرعيه.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالأمانه الشرعيه غير مضمونه لإذن الشارع له فى وضع يده عليها إلى أن يردّها، و من جهه ثالثه فمن حكم الأمانه الشرعيه وجوب المبادره إلى ردها على الفور إلى مالكيها أو من يقوم مقامه، فإن آخر عن ذلك مع قدرته يضمن، و لو تعذر الوصول إلى المالك أو من يقوم مقامه سلّمها إلى الحاكم لأنه ولي الغائب، و وجوب ردها فوراً لعدم إذن المالك، و ما إذن الشارع بوضع اليد عليها إلا لحفظها و إيصالها إلى مالكيها و هذا ما يقتضى الوجوب الفورى للرد، بخلاف الأمانه المالكيه فلا يجب ردها إلا مع طلب مالكيها، لأن وضع الودعى يده عليها إنما كان بإذن من المالك، و من جهه رابعه فلو عرضت هذه الأمور للودعى فتبقى الأمانه تحت يد وارثه أو وليه إلى آخر ما ذكر من أحكام الأمانه الشرعيه.

(٧) أى وقت الجنون و الإغماء.

(٨) أى وارث الودعى.

(٩) أى يد الودعى.

(١٠) أى بعد صحه الودعى من الجنون أو الإغماء.

على تقدير عروضه (١) له (٢) (أمانه شرعيه) أى مأذونا فى حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطان إذنه (٣) بذلك (٤). و من حكم الأمانه الشرعيه وجوب المبادره (٥) إلى ردها و إن لم يطلبها المالك.

فى أنه لا يقبل قول الودعى فى ردها

(و لا يقبل قول الودعى) و غيره ممن هى فى يده (فى ردها إلا بينه (٦)، بخلاف الأمانه (٧) المستنده إلى المالك فإنه لا يجب ردها بدون الطلب (٨)، أو ما فى حكمه (٩) كانقضاء المده المأذون فيها، و قد يقبل قوله (١٠) فى ردها (١١) كالوديعه، و قد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعاريه (١٢)، و المضاربه.

و من الأمانه الشرعيه (١٣) ما بطل من الأمانه المالكه كالشركه، و المضاربه (١) أى عروض السبب الموجب لإبطال الوديعه. (٢) للودعى.

(٣) أى إذن المالك.

(٤) أى بعروض هذه الأمور من الجنون أو الإغماء.

(٥) على نحو الفور.

(٦) لأنه مدع و أصاله عدم الرد على عكس قوله، بخلاف الأمانه المالكه فإنه منكر لو ادعى الرد و لم يصدقه المالك، لأنه أمين فيقبل قوله فيه مع اليمين.

(٧) سواء كان وديعه أو عاريه أو غيرهما، و قد عرفت أن الودعى منكر لو ادعى الرد و لم يصدقه المالك.

(٨) أى الطلب من المالك.

(٩) أى حكم الطلب.

(١٠) أى قول المؤتمن.

(١١) أى رد الأمانه المستنده إلى إذن المالك.

(١٢) فلو ادعى المستعير رد العاريه لا يقبل قوله مع اليمين لأنه مدع، بل يطالب بالبينه و سيأتى بحثه فى بابها.

(١٣) قال الشارح فى المسالك: (و لها - أى للأمانه الشرعيه - صور كثيره:

أحدها: ما ذكر من الوديعه التى يعرض لها البطان، و كذا غيرها من الأمانات كالمضاربه و الشركه و العاريه.

و منها: ما لو أطارت الريح ثوبا و نحوه إلى داره.

و منها: ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبه.

ص: ٢٨٦

بموت، و نحوه، و ما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعه، و ما ينزع من الغاصب بطريق الحسبه، و ما يؤخذ من الصبى و المجنون من مال الغير و إن كان كسبا من قمار كالجواز و البيض، و ما يؤخذ من مالهما وديعه عند خوف تلفه (١) بأيديهما، و ما يتسلمه منهما نسيانا، و ما يوجد فيما يشتري من الأمتعه كالصندوق من مال لا يدخل فى المبيع و اللقطه فى يد الملتقط مع ظهور المالك. و ضابطه: ما أذن فى الاستيلاء عليه شرعا و لم يأذن فيه المالك.

فى ما لو عيّن موضعا للحفظ

(و لو عيّن) المودع (موضعا للحفظ اقتصر) المستودع (عليه) (٢) فلا- يجوز نقلها و منها: ما لو أخذ الوديعه من صبى أو مجنون عند خوف تلفها.

و منها: ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التى يكتسبونها بالقمار كالجوز و البيض، و علم به المولى فإنه يجب عليه رده إلى مالكه أو وليه.

و منها: ما لو استعار صندوقا و نحوه، أو اشتراه، أو غيره من الأمتعه فوجد فيه شيئا به، فيكون أمانه شرعيه و إن كان المستعار مضمونا.

و منها: اللقطه فى يد الملتقط مع ظهور المالك، و ضابطه: ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الاذن فيه شرعا) انتهى.

(١) لأنه مع عدم الخوف بالتلف، فإنه ليست بوديعة كما سيأتى بحثه.

(٢) اقتصر الودعى عليه وجوبا، بلا خلاف فيه، لأصالة حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و عليه فلو نقلها عن الموضع المعين إلى ما هو أدون حرزا يضمن للتعدى، و إنما الخلاف فى صورتين:

الأولى: ما لو نقلها إلى الأحرز، فقد ذهب جماعه إلى جواز نقلها حينئذ محتجين بالإجماع و بدلاله مفهوم الموافقه عليه، و ذهب الكثير منهم إلى عدم جواز النقل المذكور، و مع مخالفه هذا الكثير منهم الشيخ فى النهايه و ابن زهره و العلامه و الحلى فكيف ينعقد الإجماع، و أما مفهوم الموافقه فلا يجرى لاختلاف الأغراض فى مواضع الحفظ اختلافا كثيرا.

نعم إن فهم من تعيين الموضع أنه من باب المثال لمكان الحرز جاز النقل إلى الأحرز، لعدم خصوصيه المكان المعين حينئذ.

الصوره الثانيه: ما لو نقلها إلى المساوى، فقد نقل المحقق قولاً عن بعض بالجواز، لتوافق المتساويين فى الضرر و النفع، و ردّ بأن إلحاق مساويه به قياس محض و هو باطل، نعم على ما تقدم إن كان ذكر المكان من باب المثال فيجوز التعدى عنه إلى مساويه لعدم خصوصيه المكان المعين.

إلى غيره و إن كان أحفظ عملاً بمقتضى التعيين، و لاختلاف الأغراض فى ذلك.

و قيل: يجوز إلى الأحفظ لدلالته عليه (١) بطريق أولى. و هو ممنوع (٢)، و جَوَز آخرون التخطى إلى المساوى، و هو قياس باطل. و حينئذ (٣) فيضمن بنقلها عن المعين مطلقاً (٤) إلا أن يخاف تلفها فيه (٥) فينقلها عنه (٦) إلى الأحفظ، أو المساوى مع الإمكان، فإن تعذر فالأدون، (و لا ضمان) حينئذ (٧) للإذن فيه شرعاً، و إنما جاز المساوى هنا (٨) لسقوط حكم المعين بتعذره (٩) فينتقل إلى ما فى حكمه و هو (١٠) المساوى، أو ما فوقه، و يمكن شمول كلامه (١١) للأدون عند الخوف و إن وجد المساوى، كما يشمل المنع (١٢) (١) أى لدلاله المعين على الأحفظ.

(٢) لما تقدم من اختلاف الأغراض.

(٣) أى و حين عدم جواز النقل حتى إلى الأحرز.

(٤) سواء نقلها إلى الأحفظ أو المساوى أو الأدون.

(٥) فى المعين.

(٦) عن المعين، لسقوط وجوب الحفظ فى المكان المعين، لأن بقائها فى المعين الموجب لتلفها مناف لوجوب حفظ الوديعة، و عليه فينقلها إلى الأحرز أو المساوى مع الإمكان، و عند التعذر فينقلها إلى الأدون لعدم قدرته على الحفظ إلا بذلك فيتعين، ثم على تقدير جواز النقل لخوف التلف فلو نقلها عن المكان المعين فتلقت فلا- ضمان عليه بلا خلاف فيه لعدم تقصيره، و لأنه محسن.

(٧) حين النقل عن المكان المعين، أو حين وضعها فى غير المعين عند خوف تلفها فى المعين.

(٨) عند خوف التلف.

(٩) أى بسبب تعذر المعين.

(١٠) أى ما فى حكم المعين.

(١١) أى كلام الماتن حيث قال (إلا- أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه)، و هو شامل للنقل إلى الأدون، حتى مع قدره على المساوى، مع أنه مع قدرته على المساوى لا يجوز النقل إلى الأدون لأنه يعدّ الودعى حينئذ مقصراً فلو تلف يضمن.

(١٢) المراد بالمنع هو منع نقلها عن المعين، و هو مستفاد من كلامه (و لو عين المودع موضعاً للحفظ اقتصر المستودع عليه)، و الحاصل أنه لا يجوز نقلها من المكان المعين إلى الأعلى عند عدم خوف التلف و إن ذهب البعض إلى الجواز.

من الأعلى (١) عند عدمه (٢)، ويشمل (٣) أيضا فيهما (٤) ما لو نهاه عن غير المعين و عدمه (٥)، و هو كذلك (٦).

فى أنه يحفظ الوديعه بما جرت العاده به

(و يحفظ) (٧) الوديعه (بما جرت العاده به (٨) فى مكان الوديعه و زمانها، لأن الشارع لم يحد لها حدا، فيرجع إلى العاده (كالثوب، و النقد فى الصندوق) المقفل، أو الموضوع (٩) فى بيت محرز عن الغير (١٠)، (و الدابه فى الاصطبل) المضبوط بالعلق، (و الشاه فى المراح) كذلك (١١)، أو المحفوظ بنظر المستودع.

و هذه الثلاثه (١٢) مما جرت العاده بكونها حرزا لما ذكر، و قد يفتقر إلى أمر (١) و المعنى إلى الأعلى، و إلا فلو أريد النقل من الأعلى إلى غيره لكان نقلا- إلى الأدون و هو غير جائز بالاتفاق و لا- معنى لإبرازه من كلام الماتن، بخلاف النقل إلى الأعلى فيحسن إبرازه من كلام الماتن لوجود الخلاف فيه.

(٢) أى عدم الخوف.

(٣) أى كلام المصنف.

(٤) أى فى الصورتين السابقتين.

(٥) أى و عدم النهى، أما مع عدم النهى فهو مورد الصورتين السابقتين على ما تقدم بيانها، و أما مع النهى فلو عيّن موضعا و نهاه عن النقل حتى إلى الأعلى و لا خوف على الوديعه من التلف فلا يجوز نقلها، لأنه لا يجوز مع عدم النهى فمع النهى أولى.

و كذا لو عيّن له موضعا و قد خاف عليها من التلف فلا بد من نقلها حتى إلى الأدون عند فقد المساوى و الأحرز حتى مع النهى، لأن بدون النقل المذكور يكون مقصرا و يضمن.

(٦) أى و الشمول المذكور فى محله، و فيه: إنه فى محله عند خوف التلف فيجوز نقلها إلى الأدون سواء نهاه عنه أم لا بشرط تعذر المساوى، لا مع وجدان المساوى و إلا لكان مقصرا.

(٧) أى الودعى.

(٨) بالحفظ، قد تقدم أن الحفظ واجب و ليس له كيفيه مخصوصه من قبل الشارع، فالمرجع فيه إلى العرف على وجه لا يعدّ الودعى مضيّعا و مفرّطا و خائنا و مهملا و متعديا.

(٩) صفه للصندوق.

(١٠) هذه أمثله عرفيه لحفظ الثوب و النقد، و يمكن حفظهما فى غير الصندوق.

(١١) أى المضبوط بالفلق.

(١٢) من الصندوق و الاصطبل و المراح.

ص: ٢٨٩

آخر (١)، أو يقوم غيرها مقامها عادة (٢).

فى ما لو استودع من طفل، أو مجنون

و لا فرق فى وجوب الحرز على المستودع (٣) بين من يملكه، و غيره، و لا- بين من يعلم أنه لا- حرز له و غيره (٤) (و لو استودع من طفل، أو مجنون ضمن (٥)، لأنهما ليسا أهلا للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعى (١) أى حرز هذه الأمور الثلاثة قد يفتقر إلى أمر آخر، كما لو كان الصندوق المقفل أو الموضوع فى بيت محرز عن الغير مما يخاف عليه من السرقة، فهو بحاجة حينئذ إلى حارس أو نقله إلى مكان أمين لا يخاف عليه عادة من السرقة.

(٢) أو يقوم غير هذه الإحراز الثلاثة المذكورة مقامها، كوضع النقد فى محفظه يضع فيها نقوده، مما يعدّ حرزا عرفا و هكذا.

(٣) أى يجب على الدعى حفظ الوديعة فى حرزها سواء كان مالكا للحرز أم لا، و لا يقال إنه مع عدم تملكه للحرز فلا يجب، لأنه يقال: إن الحفظ الواجب متوقف على إيجاد الحرز و على وضع الوديعة فيه، فيجب عليه إيجاد الحرز عند عدم تملكه مع وضع الوديعة فيه حينئذ.

(٤) أى يجب على الدعى حفظ الوديعة فى حرزها سواء علم المودع أن عنده حرزا أم لا- و لا يقال: إنه مع علم المودع أنه لا حرز عنده و قد قدم إليه الوديعة فيكون إذنا فى عدم حفظها فى حرزها، لأنه يقال: الحفظ واجب على الدعى و هو متوقف على إيجاد الحرز و وضعها فيه، و علم المودع بعدم وجود الحرز لا يقتضى الاذن للدعى بوضعها فى غير حرزها كما هو واضح.

(٥) فلو كان المودع طفلا- أو مجنونا فلا- تصح الوديعة، لاعتبار الكمال فى طرفى عقدها، كغيرها من العقود، بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر، و عليه فلو صدر من أحدهما الإيجاب فهو كالعدم، و كذا الاذن فى القبض لكونهما مسلوبى العبارة شرعا، فلو وضع الدعى يده على الوديعة و الحال هذه فيكون وضعها بغير حق لعدم الاذن بحسب الفرض، فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

ثم بعد الوضع المذكور يجب على الدعى رد المال إلى وليّهما، و لا- يجوز رده إليهما للحجر عليهما، فلا يبرأ الدعى إلا برد المال إلى وليّهما الخاص أو العام عند تعذر الخاص.

ص: ٢٩٠

فيضمن، إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنيه الحسبه (١)، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعته الولي ما أمكن (٢).
ولا فرق بين كون المال لهما، أو لغيرهما (٣)، وإن ادعيا إذنه (٤) لهما في الإيداع.

(و) حيث يقبض الوديعه منهما مع جوازه (٥) أولا معه (٦) يبرأ بالرد إلى وليهما الخاص، أو العام مع تعذره (٧)، لا إليهما (٨) (و) يجب إعادته الوديعه على المودع مع المطالبه (٩) (١) أي بنيه التقرب لله سبحانه و تعالى، من أجل حفظ أموالهما فيكون محسنا فلا يضمن لقوله تعالى: ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١١)، إلا أن بعضهم كالمحقق حكموا بالضمان عليه و أن الإحسان إنما يرفع حرمه التصرف في مال الغير ليس إلا، و أما الضمان فباق لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١٢)، و هو كما ترى.

(٢) عند خوف التلف، لحرمه التصرف في مال المولى عليه إلا مع الضروره، و مع إمكان أخذ الاذن لا ضروره في البين.

(٣) أي غير الطفل و المجنون، فلو أنشأ الإيجاب لإيداع مالهما أو مال غيرهما فهو كالعدم لأنهما مسلوبا العبارة، و كذا إذنهما في القبض، و كذا لو ادعيا إذن المالك لهما في توكيلهما عنه في الإيداع، كل ذلك لسلب عبارتهما شرعا.

(٤) أي إذن الغير.

(٥) أي جواز القبض، و هو في صورته خوف التلف.

(٦) أي و مع عدم جواز القبض عند عدم خوف التلف.

(٧) أي تعذر الخاص، و قد تقدم الكلام فيه.

(٨) للحجر عليهما.

(٩) يجب رد الوديعه لو طلبها المودع، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٣)،
و للأخبار:

منها: النبوي (رد الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (٤).

ص: ٢٩١

١- (١) سورة التوبه، الآية: ٩٢.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

٣- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٤- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوديعه حديث ١٢.

فى أول وقت الإمكان (١) بمعنى (٢) رفع يده عنها، و التخليه (٣) بين المالك و بينها، فلو كانت فى صندوق مقفل ففتحته عليه، أو بيت محرز فكذلك، لا نقلها إلى المالك زياده على ذلك (٤).

و العذر الشرعى (٥) كإكمال الصلاه (٦) و إن كانت نفلا على الأقوى ما لم ثم إن هذا الوجوب عند المطالبه، لأنه مع عدمها لا يجب الرد بل يجوز لأن الوديعه عقد جائز من الطرفين.

(١) قال فى الرياض: (و لعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفوريه هو وجوب الاقتصار فى وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، و مطالبه الرد تقتضى انقطاعه فلا يجوز له التصرف زياده على ما يتحقق به الرد) انتهى.

(٢) تفسير للرد، فليس المراد منه مباشرته للرد و تحمل مئونه هذا الرد، بل المراد منه رفع يده عنها و التخليه بين المالك و بينها، فلو كانت موضوعه فى صندوق لكفى أن يفتحته له، و إن كانت فى بيت محرز فكذلك، و هكذا، و الدليل عليه أن الودعى نائب فى الحفظ فقط فلا يجب عليه تحمل مئونه الرد و لا مباشرته.

(٣) عطف تفسيرى لرفع اليد.

(٤) أى على رفع اليد و التخليه

(٥) قد عرفت أنه يجب على الودعى رد الوديعه عند المطالبه فى أول أوقات الإمكان، و وجوب الرد هذا مشروط بالإمكان العقلى كسائر الأحكام التكليفية لقبح تكليف العاجز، فلو طالبه المودع و كان فى حاجه ضروريه له فلا يجب عليه الرد إلا بعد انقضاء الحاجه و هذا موضع وفاق بينهم.

و لكن هل وجوب الرد مشروط بالإمكان الشرعى بحيث لو كان فى صلاه واجبه أو نافله فلا يجب الرد حتى تنقضى الصلاه، ذهب جماعه منهم الشارح هنا و فى المسالك إلى ذلك، لأن المانع الشرعى كالمانع العقلى، و خالف العلامة فى التذكرة إلى عدم كون النافله عذرا شرعيا لجواز قطعها، مع أنه فى باب الوكاله من كتابه المذكور ذهب إلى كونها عذرا.

ثم هل المانع العادى كالمانع العقلى بحيث لو طلبها المودع و كان بين الودعى و بينها حائل من مطر و نحوه فيؤخر الرد إلى حين انقضائه، و هو كذلك لأن تحمل المانع العادى حرج و عسر و هما منفيان فى الشريعة.

(٦) فإن كانت واجبه فهى موضع وفاق، و إن كانت نفلا فالمخالف هو العلامة فى التذكرة.

يتضرر المالك بالتأخير (١)، و العادى كانتظار انقطاع المطر، و نحوه كالعقلى، و فى إكمال الطعام و الحمام و جهان (٢). و
المعتبر فى السعى القصد (٣) و إن قدر على الزيادة. و الحكم (٤) ثابت كذلك (٥) و إن (٦) كان المودع (كافرا) مباح المال
كالحربى، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها (٧) من غير قيد. و روى الفضيل عن (١) فلو تضرر و كان تضرره أرجح من مخالفه المانع
الشرعى، فيقدم حق المالك فى الرد و لا يكون الشرعى مانعا حينئذ.

(٢) منشؤهما اختلاف تشخيص الحرج و المشقه بتركهما.

(٣)المعتبر فى مشى الإنسان شرعا و عرفا هو القصد فى مشيه، لا العدو و لا الهرولة، قال الله تعالى: وَ اقْصِدْ فى مَشْيِكَ (١)، هذا
بالنسبه لمطلق المشى، و أما لو كان رد الوديعه بالمعنى المتقدم من التخليه متوقفا على المشى، فلا يجب على الودعى إلا القصد
فيه.

(٤)من القصد فى المشى.

(٥)أى فى ردّ الوديعه.

(٦)وصليه، و هو متعلق بوجوب رد الوديعه على المودع عند المطالبه، و عليه فيجب رد الوديعه و لو كان المودع كافرا، حريا
كان أو غيره، فلا خلاف فيه لإطلاق قوله تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٢)، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر عنبسه بن مصعب عن أبى عبد الله عليه السلام (ثلاثه لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه: أداء الأمانة إلى البر و
الفاجر، و الوفاء بالعهد للبر و الفاجر، و بر الوالدين برين كانا أو فاجرين) (٣)، و فى ثان (لا عذر لأحد فيها) ٤ إلى آخره، و فى
ثالث (فاتقوا الله و أدوا الأمانة إلى الأسود و الأبيض و إن كان حروريا، و إن كان شاميا) ٥، و فى رابع (اد الأمانة إلى من ائتمنك
و أراد منك النصيحة و لو إلى قاتل الحسين عليه السلام) ٦، و فى خامس (ادوا الأمانة و لو إلى قاتل ولد الأنبياء) ٧.

و عن أبى الصلاح أوجب رد الوديعه إن كانت للكافر، و كانت وديعه إلى سلطان الإسلام و كانت الوديعه فى غيبه الإمام عليه
السلام، و فى الرياض أنه شاذ، و دليله بأنه فىء للمسلمين.

(٧)فى قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٤).

ص: ٢٩٣

١- (١) سورة لقمان، الآية: ١٩.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعه حديث ١ و ملحقه و ٣ و ٤ و ٦.

٤- (٨) سورة النساء، الآية: ٥٨.

الرضا عليه السّلام قال: «سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا، له قيمه، و الرجل الذى عليه المال (١) رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا، و المودع رجل خارجى شيطان، فلم أدع شيئا (٢) فقال عليه السّلام: قل له: يردّ عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله (٣)»، و عن الصادق عليه السّلام «أدوا الأمانات إلى أهلها و إن كانوا مجوسا (٤)»:

فى أنه يضمن لو أهمل الرد بعد المطالبة

(و يضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبة) (٥)، و إمكان الرد على الوجه السابق (٦)، لأنه (٧) من أسباب التقصير، و لو كان التأخير لعذر وجب فى أول أوقات إمكانه (٨)، (أو أودعها لغيره (٩)، و لو لزوجته، أو ثقه (من غير ضروره) (١) أى الودعى.

(٢) أى لم أترك شيئا فى حق الرجل إلا ذكرته مما يدل على أنه شيطان خارجى.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أحكام الوديعه حديث ٩.

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أحكام الوديعه حديث ٥.

(٥) لو أهمل الرد فى أول أوقات إمكان الرد ضمن بلا إشكال و لا خلاف، لانقطاع الاذن بالاستتابه فى الحفظ بسبب المطالبه، فتقلب يده من يد مؤتمن إلى يد متعد فيندرج تحت عموم (على اليد) (١).

(٦) أى أهمل الرد بعد المطالبة فى أول أوقات الرد عقلا و شرعا و عرفا.

(٧) أى الإهمال المذكور.

(٨) أى إمكان الرد.

(٩) أى إذا أودعها الودعى غيره من غير ضروره و لا إذن من المالك يضمن، و هو موضع وفاق بينهم، لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لمكاتبه محمد بن الحسن إلى أبى محمد عليه السّلام (رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السّلام: هو ضامن لها إن شاء الله) (٢).

و لا- فرق فى هذا الغير بين زوجته و ولده و عبده و غيرهم، و لا- بين الثقه و غيره، و لا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها أو شريكا فى الحفظ بحيث يغيب عن نظره، كل ذلك لإطلاق الوكيل.

ص: ٢٩٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوديعه حديث ١.

إلى الإيداع، فلو اضطر إليه (١) بأن خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده و تعذر ردها إلى المالك، و الحاكم أودعها العدل. و في حكم إيداعها اختيارا (٢) إشراك الغير في اليد و لو زوجه و ولدا، و وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، (أو سافر (٣) بها كذلك) أى من غير ضروره إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادته السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاما، أو خاصا (٤)، أو إيداعها العدل فترك و أخذها معه فيضمن.

أما مع الضروره بأن تعذر جميع ما تقدم، و خاف عليها في البلد (٥)، أو اضطر (٦) إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ.

(١) أى إلى الإيداع، فلو حصل ضروره الإيداع بأن خاف عليها من حرق أو سرقة أو نهب أو أراد سفرا و تعذر ردها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم، و إن تعذر ذلك أودعها العدل حينئذ، و لا تسمى وديعه حينئذ عند الحاكم أو العدل لما قاله في الجواهر بما ملخصه: أن الودعي عليه أن يحافظ على شيئين: عليه المحافظه عليها من حيث إنها وديعه، و عليه الحفاظ عليها من حيث كونها مالا محترما، و مع الضروره يرتفع حفظ وجوب الوديعه و يبقى عليه المحافظه من حيث كونها مالا محترما، فيضعها عند الحاكم ليحفظها لأنها مال محترم و مع تعذره فعند العدل، و لا تسمى وديعه، إذ الوديعه هي الاستنابه في الحفظ و المالك لم يأذن للودعي في استنابه الحاكم أو العدل.

(٢) أى إيداعها للغير اختيارا و أنه يضمن ما لو أشرك الغير في حفظها، و كذلك لو وضعها في محل مشترك في التصرف فيكون مفترطا في الجميع فيضمن.

(٣) عطف على (لو أهمل أو أودعها عند الغير)، فإنه يضمن لو سافر بها من غير ضروره و مع عدم إذن المالك بذلك، بلا خلاف فيه، لأن إذن المالك مع الإطلاق يتناول الحفظ في الحضر فقط عملا بالعاده، و لأن السفر لا يخلو من خطر في الجملة، فالسفر بها تغير بمال المالك و تعريض له للتلف، فيعد الودعي معه مفترطا في حفظها.

نعم لو ألجأته الضروره للسفر بها كما لو اضطر إلى السفر و خاف عليها من السرقة و لم يمكن له ردها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل فلا ضمان عليه لأنه محسن، و كذا لو أذن المالك له بالسفر بها فلا ضمان، لعدم التعدى من الودعي حينئذ.

(٤) بأن كان وكيله في حفظ ودائع.

(٥) بأن خاف عليها السرقة مثلا.

(٦) بحيث لا وقت عنده لردها لأنه خائف عليها في البلد فيسقط وجوب الرد.

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك و من بحكمه المشقه الكثيره عرفا (١)، و في السفر (٢) العرفي أيضا، فما قصر عنه (٣) كالتردد إلى حدود البلد و قرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه (٤) مصاحبته مع أمن الطريق (٥)، و لا يجوز إيداعها في مثله (٦) مع إمكان استصحابها، و استثنى منه (٧) ما لو أودعه مسافرا، أو كان المستودع منتجعا (٨)، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم المالك عليه (٩).

(أو طرحها (١٠) في موضع تتعفن فيه) و إن كان حرزا لمثلها، لما عرفت من (١) قال الشارح في المسالك: (المعتبر في تعذر الوصول إلى المالك أو وكيله و الحاكم المشقه الكثيره، و هو المعبر عنه بالتعذر عرفا لا لغه، لما في إلزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج و الضرر المنفيين) انتهى.

(٢) و أما السفر المبحوث عنه في المقام هو العرفي لا الشرعي، لأن إذن المالك له بالحفظ مقتضرا على حال الحضر في قبال السفر العرفي، لا في قبال السفر الشرعي، و عليه فيجوز له استصحابها في حدود البلد بحيث لا يصدق عليه أنه مسافر عرفا مع صدق أنه ما زال في الحضر.

(٣) عن السفر العرفي.

(٤) في هذا التردد.

(٥) لأنه مع الخوف فهو مفترط في الحفظ لو استصحابها معه.

(٦) أي في مثل هذا الخروج الذي لا يسمى سفرا عرفيا، و عليه فلا يجوز له إيداعها عند الحاكم أو العدل، لأنه ليس مضطرا لرفع يده عن الوديعة.

(٧) أي و استثنى من السفر الموجب للضمان ما لو أودع المالك وديعته للودعي حال كون الودعي مسافرا، و مع علم المالك بحاله فهو إذن منه إليه باستصحابها في هذا السفر.

(٨) قال في مصباح المنير: (انتجع القوم إذا ذهبوا لطلب الكلاء في مواضعه)، فلو أودعها المالك من هو منتجع فيجوز للودعي السفر بها حينئذ من غير ضمان لقدوم المالك على ذلك حيث أودعه المال و هو على تلك الحال، و ليس على الودعي حينئذ ترك السفر لأجلها، لوجود الاذن في السفر بها بدلاله القرينه الحاليه.

(٩) أي على الإيداع حال سفر الودعي، فهو إذن له بالسفر بها.

(١٠) عطف على (ما لو أهمل) فيضمن للتفريط، و الحاصل أنه لو طرحها في موضع عفن مده بحيث تتعفن في هذه المده كالأقمشه، أو وضعها في مكان ندى مده بحيث تفسد فيها كالكتب، فيضمن في الصورتين للتفريط، و قال في المسالك: و المرجع في ذلك كله إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المده التي يضعها فيها) انتهى.

أن الحرز مشروط بأمور آخر (١)، هذا منها. و في حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب.

و ضابطه ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفا بحسب مده إقامتها فيه، (أو ترك سقى الدابة، أو علفها (٢) ما لا تصبر عليه عادة)، و مثلها المملوك.

والمعتبر السقى و العلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، و هو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذ (٣)، و إن ماتت بغيره (٤).

و لا فرق في ذلك (٥) بين أن يأمره (٦) بهما (٧)، و يطلق، و ينهيه (٨)، (١) كما تقدم أن الصندوق المقفل حرز للنقد و لكن مع خوف السرقة فيحتاج مع إقفاله إلى حراسته أو نقله، و كذلك هنا فالموضع المعين حرز للأقمشه أو الكتب إلا أن عفونته أو رطوبته تمنع من وضع الوديعة فيه مده بحيث يؤثر العفن أو الرطوبة.

(٢) عطف على ما (لو أهمل) فيضمن، هذا و اعلم أنه يجب على الودعي سقى الدابة و علفها بما يحفظ نفسها، بلا خلاف فيه، لأن علفها و سقيها من مقدمات حفظها الواجب عليه، و اعلم أن المراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم، و أولى منه ما لو كانت الوديعة آدميا كالعبد، و عليه فإذا وجب على الودعي العلف و السقى و أهمل، فإما أن تموت الدابة و إما أن تهزل فتتقص قيمتها، و على الأول فيضمن قيمتها لتحقيق التفريط، و كذا على الثاني فيضمن نقصانها، بل لو ترك العلف أو السقى فماتت بغير ذلك فهو ضامن أيضا، لأنه بالترك المذكور يصير ضامنا لأن يده حينئذ يد عدوان فتندرج تحت عموم (على اليد) (١) و إن ماتت بغير هذا، و قال في المسالك: (هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة) انتهى.

(٣) أى حين التقصير المذكور.

(٤) أى بغير النقصان المذكور.

(٥) أى فى الضمان.

(٦) أى يأمر المالك الودعي.

(٧) بالعلف و السقى.

(٨) اعلم أن وجوب السقى و العلف ثابت على الودعي لأنهما من مقدمات الحفظ، غايته لو أنفق الودعي رجع على المالك بما غزم، و الرجوع عليه عند وجود أمره واضح، ثم مع النهى يبقى وجوب العلف و السقى ثابتا على الودعي، لكون الوديعة ذا كبد حراء و لكونها

ص: ٢٩٧

لوجوب (١) حفظ المال عن التلف، هذا هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة (٢) و هو أحد القولين فى المسألة.

و الأقوى أنه مع النهى لا- يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة (٣) نفسا محترمه فيكون حفظها حقا لله و إن أسقط المالك حقه منها بالنهى، بالإضافة إلى أن إتلاف المال منهى عنه فنهيه كالعدم و لذا قال فى المسالك: (و لا إشكال فى وجوبهما مع النهى) انتهى، و إنما الكلام فى شيئين:

الأول: فلو أنفق الودعى مع النهى هل يرجع على المالك أو لا، و مقتضى القواعد جواز الرجوع لأن الودعى محسن و لا سبيل على المحسنين فلا- يلزم بكون النفقة عليه، و لكن بما أن المالك له حق التصرف فى بقيه ماله فلا سبيل للودعى على ماله حتى يرجع عليه بغير إذنه فلذا إذا استطاع الودعى التوصل إلى إذن المالك بالنفقة أو إذن وكيله فهو، و إلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و يرجع مع نيه الرجوع، و لو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع، فاشتراط إذن المالك أو وكيله لعدم تسلط الودعى على بقيه مال المالك، و اشتراط إذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، و اشتراط الإشهاد من باب الإرشاد بمعنى لو ادعى الودعى النفقة و أنكر المالك لأمكن للودعى إثبات حقه بالبينه، و اشتراط نيه الرجوع لئلا يكون عمله تبرعا، و لا رجوع مع التبرع.

الأمر الثانى: لو ترك الودعى العلف و السقى مع النهى فهل يضمن أو لا، ذهب المحقق و جماعه إلى عدم الضمان لأن الدابة للمالك و مع النهى المذكور فيكون المالك قد أسقط الضمان عنه كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر، غايته أن الودعى مأثوم لتركه حق الله تعالى.

و قيل: يضمن، و فيه ما قاله فى الجواهر: (خلافا لبعض فأجرى حكم الوديعة مع النهى إلا أنه كما ترى، للأصل - أى البراءة من الضمان - بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره) انتهى.

و أما لو أطلق المالك بحيث لم يأمر بالعلف و السقى و لم ينهى، فوجوب السقى و العلف ثابت على الودعى لأنهما من مقدمات الحفظ الواجب، و عليه فلو أنفق و أراد الرجوع فله ذلك كما فصل سابقا عند نهى المالك.

(١) تعليل للضمان فى الصور الثلاثة.

(٢) أى عبارة المصنف.

(٣) بالذات، و ما وجوب الحفظ على الودعى إلا بالعرض، فيثبت عند عدم النهى و يسقط مع النهى.

لا على غيره، نعم يجب (١) فى الحيوان مطلقا (٢) لأنه ذو روح لكن لا يضمن بتركه كغيره (٣).

و اعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك (٤) بالإنفاق أنفق و رجع عليه بما غرم، و إن أطلق (٥) توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و رجع به، و لو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع إن أراد (٦)، و قبل قوله (٧) فيها (٨)، و فى القدر بالمعروف (٩)، و كذا القول مع نهى المالك له عنه (١٠). و فى حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء و غيره (١١)، و فى حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث و السقى و غيرهما.

(أو ترك نشر الثوب (١٢) الذى يفسده طول مكثه كالصوف، و الإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه، و كذا عرضه على البرد.

(١) أى الحفظ.

(٢) سواء نهاه أم لا.

(٣) أى لغير الحيوان مثل الشجره فترك سقيها مع النهى لا يوجب الضمان.

(٤) هذا هو القسم الأول.

(٥) هذا هو القسم الثالث.

(٦) أى أراد الودعى الرجوع.

(٧) قول الودعى.

(٨) أى فى النفقة فلو ادعى الودعى النفقة و أنكر المالك فيقبل قول الودعى مع يمينه لأنه مؤتمن فهو المنكر، و كذا يقبل قوله فى قدر النفقة.

(٩) أى المتعارف، بحيث ادعى الإنفاق المتعارف عند الناس.

(١٠) أى عن الإنفاق، و هذا هو القسم الثانى، بحيث لو أراد الرجوع فعليه أن يستأذن إلى آخر ما ذكر.

(١١) لأنه من مقدمات الحفظ و كذا ما بعده.

(١٢) عطف على (ما لو أهمل)، قال فى المسالك: (يجب فى كل وديعه ما يقتضى بقائها، و دفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب و طيه و تعريضه للهواء فى كل وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادته، حتى لبسه لو لم يندفع ضرره، فلو أخلّ بذلك ضمن سواء أذن المالك فيه أم سكت، لأن الحفظ واجب عليه مطلقا فيجب كل ما يتوقف عليه إذا كان مقدورا) انتهى.

و مثله توقف نقل الدابة (١) إلى الحرز، أو العلف، أو السقى على الركوب، و الكتاب على تقلبيه، و النظر فيه فيجب ذلك كله، و يحرم بدونه (٢)، (أو انتفع بها) (٣) لا لذلك (٤)، (أو مزجها) (٥) بماله. أو بمال غيره بحيث لا- يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا و إن كانا لواحد، و مثله لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده، للتعدى فى الجميع.

فى ردّ الوديعة

(و ليرد) الوديعة حيث يؤمر به (٦)، أو يريده هو (٧) (إلى المالك (٨) أو وكيله) (١) أى كما يجب نشر الثوب لحفظه فكذلك يجب ركوب الدابة لو توقف نقلها إلى الحرز أو نقلها إلى السقى و العلف على الركوب، و كذلك لو توقف حفظ الكتاب على تقلبيه و غير ذلك، كل ذلك من باب وجوب مقدمه الواجب.

(٢) أى كما تجب هذه التصرفات من باب المقدمية فكذلك تحرم هذه التصرفات لو لم يتوقف الحفظ عليها و عليه فيأثم و يضمن.

(٣) عطف على (ما لو أهمل)، فلو انتفع بالوديعة فيضمن لأنه متعد.

(٤) أى و لم يكن الانتفاع من باب مقدمه الحفظ.

(٥) فإنه يضمن للتعدى، و الأمثلة واضحة.

(٦) أى بالرد، و إيجاب رد الوديعة على الودعى عند مطالبه المالك مما قد تقدم.

(٧) أى يريد الودعى الرد بدون أمر من المالك، لأن الوديعة عقد جائز فيجوز للودعى الرد و الفسخ.

(٨) لما كانت الوديعة من العقود الجائزة فيجوز لكل من الطرفين الفسخ، و عليه فيجب على الودعى ردها إلى المالك و لا يبرأ بردها حينئذ إلى الحاكم، لأنه لا- ولا-يه له على الحاضر الرشيد، نعم يجوز ردها إلى وكيل المالك سواء كان وكيلا عاما أم لخصوص قبض ودائه، لأن يد الوكيل يد الموكل.

و لو عجز عن ردها إلى المالك أو وكيله و كان مضطرا إلى ردها و لا يمكن حفظها عنده إما للعجز عن الحفظ و إما لعروض خوف يفتقر معه إلى التستر، حال كون هذا التستر منافيا لرعايتها، و إما للخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من الضرورات فيجوز حينئذ دفعها إلى الحاكم لأنه ولى على الغائب فى حفظ أمواله.

و إن تعذر إيصالها إلى الحاكم أودعها الثقة و لا ضمان عليه فى الموردين الأخيرين لمكان الضرورة، نعم إن لم يكن له عذر لم يجز دفعها إلى الحاكم أو الثقة، و إن كان له فسخ الوديعة، لأنه قد التزم الحفظ فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، لأن المالك لم

المتناول وكالته مثل ذلك (١)، مخيرا (٢) فيهما (٣)، (فإن تعذر) المالك، أو وكيله (فالحاكم) الشرعى (عند الضرورة إلى ردها)، لا بدونه (٤)، لأن الحاكم لا ولايه له على من له وكيل، و الودعى بمنزلته (٥).

و إنما جاز الدفع إليه (٦) عند الضرورة دفعا للحرر و الإضرار، و تنزيلا له (٧) حينئذ منزله من لا وكيل له، و تتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، و عروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافى لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعا لماله، أو استقلالا، أو الخوف عليها من السرقة، أو الحرق، أو النهب، و نحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. و لو دفعها إلى الحاكم مع قدره على المالك ضمن (٨) كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع قدره على الحاكم، أو المالك.

فى ما لو أنكر الوديعه

(و لو أنكر الوديعه حلف (٩) لأصله البراءه، (و لو أقام) المالك (بها بينه قبل حلفه ضمن (١٠)، لأنه متعد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: لا- تستحق عندى) يرض بغير يد الودعى، و لا- ضروره إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر، بلا خلاف فى ذلك كله كما فى المسالك.

(١) أى قبض الوديعه.

(٢) أى الودعى فى مقام الرد.

(٣) فى المالك و وكيله.

(٤) أى لا بدون الاضرار.

(٥) أى بمنزله الوكيل فى الحفظ، بل هو وكيل فى الحفظ حقيقه.

(٦) إلى الحاكم.

(٧) للمالك حين تعذر حفظها عند الودعى.

(٨) لأنه متعد، حيث تصرف من غير إذن المالك و لا ضروره تلجئه إلى ذلك، و كذا ما بعده.

(٩) لو ادعى رجل وديعه على آخر فأنكر الثانى فيقدم قول الثانى مع يمينه بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه منكر حيث لو ترك ترك، و لأصله عدم اشتغال ذمته بالرد.

(١٠) فلو ادعى رجل وديعه على آخر فأنكر الثانى، و أقام الأول الذى هو المدعى اليه على ذلك، قدّم الأول مع بينه، لأن تقديم قول المنكر عند فقدان الأول للبينه، و عليه فيلزم الثانى بالوديعه و عليه ردها، و بعد إثبات الوديعه تحت يده ظاهرا بحسب البينه فهو ليس

(شيثا (١) و شبهه) كقوله: ليس لك عندى وديعه يلزمنى ردها و لا عوضها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعى التلف يقبل قوله يمينه أيضا، لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده، و لا يناقض قوله البيه، و لو أظهر لإنكاره الأول تأويلا (٢) كقوله: ليس لك عندى وديعه يلزمنى ردها، أو ضمانها، و نحو بمؤتمن، لارتفاع أمانته بالوجود، بل هو خائن، فيده على العين يد غير مؤتمنه فتندرج تحت عموم (على اليد)، فلو تلفت قبل الرد يضمن.

(١) لو ادعى عليه الوديعه فقال: لا تستحق عندى وديعه، فلم ينكر الإيداع بل أنكر وجود وديعه مستحقة عنده، فهو منكر يقدم قوله مع يمينه عند فقد المدعى البيه.

و أما لو أتى المدعى بالبيه فيثبت على المنكر أنه ودعى و أن عنده وديعه، و يلزم بالرد، فلو ادعى التلف حينئذ أو الرد سمعت دعواه هذه، و لم يقع تناقض بين هذه الدعوى و بين إنكاره السابق، لأنه مع تلفها اللاحق أو الرد لا تكون عنده وديعه مستحقة، و تكون هذه الدعوى بالتلف أو الرد تفسيرا و تأويلا لإنكاره السابق.

و مما تقدم تعرف أنه لو ادعى التلف بعد إنكاره السابق أو ادعاه ابتداء من غير سبق الإنكار المذكور فلا يكون جاحدا للأمانه و ليس عليه ضمان لأنه أمين، فإن صدقه المالك بدعواه التلف فهو و إلا كان القول قول الودعى فى التلف مع يمينه، و يشهد له مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المودع إذا كان غير ثقه هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام:

نعم و لا يمين عليه)(١).

و لم يخالف إلا- الشيخ فى المبسوط فلم يقبل قول الودعى فى التلف إلا بالبيه، لأنه مدع، فيندرج تحت عموم (البيه على من ادعى و اليمين على من أنكر)، و فى الجواهر قال عنه:

(رماه بعضهم بالشذوذ).

ثم على القول بتقديم قول الودعى فى التلف فهل يقدم قوله مع يمينه كما هو مقتضى القواعد، أو أنه لا يمين عليه مطلقا تمسكا بظاهر الخبر المتقدم كما عن الصدوق و الشيخ فى النهايه و ابن حمزه، أو أنه لا يمين عليه إلا مع التهمه كما عن ابن الجنييد و أبى الصلاح جمعا بين الخبر و القواعد، و الأقوى الأول و هو المنسوب للأكثر إعمالا لقواعد القضاء بعد كون الخبر مرسلا.

(٢) فى المسأله السابقه لم ينكر الإيداع بل أنكر الوديعه المستحقة و قد عرفت ما فيها، و فى المسأله الأسبق قد أنكر الإيداع و مطلق الوديعه و عليه فلو أتى المدعى للوديعه بالبيه و أتى

ص: ٣٠٢

ذلك فالأقوى القبول أيضا، و اختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته.

فی أن القول قول الودعی فی القیمه

(و القول قول الودعی فی القیمه لو فُرض (١) لأصاله عدم الزیاده عما یعترف به.

و قیل: قول المالك، لخروجه (٢) بالتفريط عن الأمانه.

و یضعف بأنه (٣) لیس مأخذ القبول.

فی ما إذا مات المودع

(و إذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) (٤) إن اتحد، (أو إلى من يقوم) المنكر بتأويل بأن ادعى التلف أو الرد حينئذ، و جعل أن قصده من إنكار الإيداع و الوديعه ادعاء التلف أو الرد، فهل تسمع دعواه الجديده بالتلف أو الرد أو لا.

قيل: لا- تسمع دعواه و لا- تقبل بينته لو أتت بينه و شهدت له بالتلف، لأنه بإنكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقه، فلا تسمع لتناقض كلاميه، و مع عدم سماع دعواه الجديده لا تقبل البينه عليها.

و قيل: تسمع دعواه و تقبل بينته لعموم (البينه على من ادعى)، و هو مدع بالتلف هنا، و التناقض الحاصل بين كلاميه مدفوع لجواز صدور الجحود الأول عن نسيان فيعذر، و هو اختيار المحقق في الشرائع و علامه في التذکره.

و قيل: بالتفصيل من أنه إذا أظهر لإنكاره السابق تأويلا كقوله: لیس لك عندی وديعه يلزمني ردها أو ضمانها فتقبل بينته بعد سماع دعواه، و إذا لم يظهر لإنكاره السابق تأويلا فلا تقبل البينه و لا تسمع الدعوى و قد اختاره الشهيد و استحسنة الشارح في المسالك، و فيه: إنه خروج عن مفروض المسأله - كما في الجواهر - لأن التأويل المذكور لا يصلح تفسيرا لإنكار الإيداع فلا يسمع منه هذا التأويل تمسكا بظاهر كلامه.

(١) لو فُرض الودعی أو تعدى فتلف المال، و اختلف فی القیمه، فقال المالك: قيمتها مائه، فقال الودعی: خمسون، فقيل: بتقديم قول المالك مع يمينه، و هو للشيخ محتجا بأن الودعی بالتفريط أصبح خائنا فلا يكون قوله مسموعا.

و عن الأكثر تقديم قول الودعی مع يمينه، لأنه منكر للزیاده، و تقديم قوله من ناحیه إنكاره هذه الزیاده لا من ناحیه كونه أمينا.

(٢) أى لخروج الودعی.

(٣) أى بائتمان الودعی.

(٤) موت المودع فسخ لعقد الوديعه، لأنها من العقود الجائزه التي تبطل بموت أحد طرفيها، و تكون الوديعه حينئذ عند الودعی أمانه شرعيه، يجب ردها فورا إلى ورثته، لأنهم هم المالكون لماله بعد موته شرعا، و عليه فإن كان لكل الورثه وكيل أو ولی

سَلِّمَهَا إِلَيْهِ، لَأَنْ

ص: ٣٠٣

(مقامه) من وكيل، و ولي، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهليه، وإلا (١) فإلى الأهل (٢)، و ولي الناقص، (و لو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقي (ضمن للباقي) بنسبه حصتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، و تجب المبادره إلى ردها إليهم حينئذ (٣) كما سلف (٤)، سواء علم الوارث بها أم لا (٥).

في ما لو تعدى المستودع

(و لا يبرأ) (٦) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فُط) (٧) بتركه غير مقفل، ثم قفله، و نحوه، لأنه صار بمنزله الغاصب يد الوكيل أو الولي يد الموكل و المولى عليه، و مع تسليم الوديعة إلى بعض الورثه دون البعض من غير إذن البقيه فإنه يوجب ضمان حصص الباقيين من الوديعة، بلا خلاف في ذلك كله و لا إشكال، و ضمانه في الأخير لأنه متعد حيث تصرف فيها بغير إذن ملاكها.

(١) أي و إن لم يتفقوا في الأهليه.

(٢) أي كان أهلاً للتسليم و هو الكامل الجامع لشرائط البلوغ و العقل و عدم الحجر.

(٣) أي حين موت المودع.

(٤) في الأمانه الشرعيه، و هي هنا كذلك.

(٥) قال الشارح في المسالك: (و تجب المبادره إلى التسليم المذكور، لأنها بموت المودع صارت أمانه شرعيه، و لا فرق في وجوب المبادره بين علم الورثه بالوديعة و عدمه عندنا، و قال بعض الشافعيه: إنه مع علمهم لا يجب الدفع إلا بعد الطلب، و نفى عنه في التذكرة البأس) انتهى.

(٦) أي لا يبرأ من الضمان.

(٧) لو تعدى الودعي أو فُط، فإنه يضمن على تقدير التلف أو النقصان كما تقدم، فلو أعاد الثوب إلى الحرز بعد لبسه فهل يبرأ من الضمان السابق أو لا، مقتضى القواعد عدم الإبراء لثبوت الضمان عند التعدى و استصحابه عند انتهاء التعدى، و ظاهرهم الاتفاق عليه، و لا يسقط الضمان عنه إلا أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله، و هذا متحقق بأمور:

الأول: أن يرد الودعي الوديعة بعد التفريط ثم يجدد المالك لنفس الودعي عقدها من جديد، و في هذا لا إشكال في سقوط الضمان، لأنه وديعه مستأنفه لا تفريط فيها فيترتب عليها حكمها من كون الودعي أميناً.

الثاني: لو قال المالك بعد التفريط: أذنت لك في حفظها، أو استأمنتك عليها مع عدم

فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله (١) برده عليه (٢)، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد (٣) له الاستئمان بغير رد (٤) كأن يقول له:

أودعتكما، أو استأمتك عليها، و نحوه (٥) على الأقوى.

و قيل: لا يعود بذلك (٦)، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه (٧)، أو يبرئه (٨) من الضمان على قول قوى.

(و يقبل قوله يمينه في الرد (٩) فسخ العقد الأول، فعن جماعه منهم المحقق و الشارح أنه يرتفع الضمان، لأن الضمان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه، و عن جماعه عدم ارتفاع الضمان بما ورد من المالك، لاستصحاب الضمان بعد كون ما صدر من المالك ليس عقدا جديدا للوديعة قطعا لعدم فسخ العقد السابق.

الثالث: ما لو أبرأ المالك الودعي من الضمان، و عن جماعه أن الضمان يسقط بالإبراء، لأن الضمان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بالإبراء، و قيل: إن الإبراء لا موضوع له هنا، لأن مورده هو المال الثابت في الذمه فيصح حينئذ إبراء الغريم منه، و أما مقامنا فلا- مال ثابت للمالك في ذمه الودعي، غايته أن عليه الضمان بمعنى لو تلفت العين وجب عليه بدلها أو قيمتها، و الحال أنها لم تتلف إلى الآن، فالإبراء المبحوث عنه هنا هو إسقاط لما سيثبت من المال و قد عرفت أن مورده هو المال الثابت.

(١) زوال الضمان.

(٢) هذا هو الأمر الأول، و معناه: برد المضمون على المالك ثم يجدد المالك للودعي عقد الوديعة من جديد.

(٣) الأمر الثاني المتقدم.

(٤) أى بغير فسخ للعقد.

(٥) كأن يقول: احفظها عندك.

(٦) أى لا يعود حكم الأمانه بالاستئمان و يبقى حكم الضمان.

(٧) أى بإيداع المغصوب عنده.

(٨) معطوف على قوله (أو يجدد له)، و هو الأمر الثالث المتقدم.

(٩) لو ادعى الودعي الرد فأنكر المالك، قدم قول الودعي مع يمينه لموافق قوله لظاهر الشرع، لأنه أمين و محسن، و لأنه قابض لمصلحه المالك، و لأن الأصل براءة ذمته، هذا على المشهور، و عن العلامة في القواعد و غيره التنظر فيه، لكونه مدعيا بحسب ظاهر

و إن كان مدعيا بكل وجه (١) على المشهور، لأنه محسن و قابض لمحض مصلحه المالك و الأصل براءه ذمته.

هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه (٢)، أما لو ادعاه على غيره (٣) كوارثه (٤)، فكغيره من الأمناء، لأصالة عدمه (٥)، و هو (٦) لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه (٧).

و دعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده.

كلامه لأنه يدعى الرد فيقدم قول المالك حينئذ لأنه منكر و الأصل عدم الرد.

ثم على القول بتقديم قول الودعى، فهل يقدم قوله مع اليمين أو بدونها، فيه نفس الخلاف المتقدم فى دعواه التلف و قد تقدم.

(١) أى و إن كان الودعى مدعيا بحسب كل تعاريف المدعى، غير أن إطلاقه ليس فى محله، لأن من جمله التعاريف أن المدعى من ترك ترك، و هو غير منطبق على الودعى عند دعوى الرد، لأنه لو ترك لم يتركه المودع من طلب الوديعة، نعم هو مدع لأن قوله على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم الرد.

(٢) أى المالك.

(٣) أى لو ادعى الرد على غير المالك، و أنكر المالك الرد إلى غيره، فعلى الودعى البينه، لأن الودعى برده إلى غير المالك يكون مفترطا و معه لا أمانه له، فلا يقدم قوله لظاهر الشرع بل يكون قوله على خلاف الأصل إذ الأصل عدم الرد فهو فدع، و هو مما لا خلاف فيه.

(٤) تمثيل للغير، و المعنى و لو كان ذلك الغير وارث المالك، و هذا الوارث كغيره من الأمناء، و عليه فلو ادعى ردها إلى واحد من الأمناء فيكون قد ردها إلى غير المالك و يأتى فيه الكلام المتقدم.

(٥) أى عدم الرد.

(٦) الواو حاله و الضمير راجع إلى المالك، و المعنى أن المالك لم يأتمن هذا الغير.

(٧) أى فلا يكلف المالك بتصديق الودعى لو ادعى الرد إلى الغير.

كتاب العاريه

اشاره

ص: ٣٠٧

فى معنى العاريه و ألفاظها

بتشديد الياء، و تخفف (٢)، نسبة إلى العار (٣)، لأن طلبها عار، أو إلى العاره (٤) مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابه للإجابه، أو من عار (٥) إذا جاء و ذهب (١) قال فى مصباح المنير: (و تعاوروا الشىء و اعتوروه تداولوه، و العاريه من ذلك، و الأصل فعليه بفتح العين، قال الأزهرى: نسبة إلى العاره، و هى اسم من الإعاره، يقال: أعرته الشىء إعاره و عاره مثل أطعته إطاعه و طاعه، و أجبته إجابه و جابه.

و قال الليث: سميت عاريه لأنها عار على طالبها، و قال الجوهري مثله. و بعضهم يقول:

مأخوذه من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، و هما غلط، لأن العاريه من الواو، لأن العرب تقول: هم يتعاورون العوارى و يتعورونها، بالواو، إذا أعار بعضهم بعضا و الله أعلم، و العار و عار الفرس من الياء، فالصحيح ما قاله الأزهرى، و قد تخفف العاريه فى الشعر، و الجمع العوارى) انتهى.

(٢) قد سمعت أن تخفيفها ضروره فى الشعر فقط كما فى المصباح، و قال الشارح فى المسالك: (و قال الخطائى: إن اللغة الغالبه العاريه و قد تخفف) انتهى و ظاهره أنها تخفف فى غير الشعر أيضا.

(٣) كما عن الليث و الجوهري على ما فى المصباح، و هو المنقول عن النهايه الأثيريه و تقدم تغليط المصباح لهذا القول.

(٤) اسم مصدر للإعاره، و هو المقصود من قوله: (مصدر ثان لأعرته إعاره)، و هذا القول كما عن الأزهرى، و هو الذى صححه المصباح.

(٥) أى من عار الفرس إذا خرج من يد صاحبه، و من هذا الفعل قيل للبطل عيار، لتردده فى بطالته.

لتحولها من يد إلى أخرى، أو من التعاور (١) و هو التداول. و هي من العقود الجائزه (٢) تثمر جواز التصرف فى العين بالانتفاع مع بقاء الأصل (٣) غالبا (٤)، (و لا حصر أيضا (٥) أى عودا إلى ما ذكر فى الوديعه (فى ألفاظها) إيجابا و قبولا، بل كل ما دل (٦) على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب.

(١) كما يظهر من المصباح، و لكن ظاهره أيضا أنه راجع إلى الإعارة.

(٢) العاريه عقد شرع لإباحه الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، و لا خلاف و لا إشكال فى مشروعيتها لبناء العقلاء عليها مع عدم نهى الشارع عنها، و لقاعده السلطنه المستفاده من النبوى (الناس مسلطون على أموالهم) (١)، و لقوله تعالى: وَ يَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ (٢)، و فى مجمع البحرين (الماعون اسم جامع لمنافع البيت كالقدر و الدلو و الملح و الماء و السراج و الخمره و نحو ذلك مما جرت العاده بعاريته)، و لحديث المناهى (نهى النبى صلى الله عليه و سلم أن يمنع أحد الماعون جاره، و قال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيامة، و وكله إلى نفسه، و من وكله إلى نفسه فما أسوأ حاله) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى الآيه الشريفه المتقدمه: (هو القرض يقرضه و المعروف يصنعه و متاع البيع يعيره) (٤) و نحوه خبر سماعه ٥. و مقتضى هذه الأخبار وجوب العاريه عليه عند الطلب و لكنها محموله على الاستحباب المؤكد للإجماع المدعى كما عن جماعه.

(٣) أى العين.

(٤) احترازا من المنحه كما سيأتى.

(٥) أى كما كان كل لفظ كافيا فى إنشاء الإيجاب و القبول فى الوديعه، فكذلك يكفى كل لفظ فى إيجاب و قبول العاريه، لأنها من العقود الجائزه، و هذا مبنى على ما تقدم من التوسع فى العقود الجائزه دون اللازمه، إذ يشترط فى الثانيه صراحه ألفاظ إيجابها و قبولها، و قد عرفت عدم الدليل عليه مع كفايه كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب و القبول سواء كان ذلك فى العقود اللازمه أم الجائزه.

(٦) من الألفاظ.

ص: ٣١٠

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- (٢) سوره الماعون، الآيه: ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ١٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٣ و ٢.

و يكفى الفعل فى القبول (١)، بل لو استفيد رضاه من غير (٢) الألفاظ كالكتابه (٣)، و الإشارة و لو مع قدره على النطق (٤) كفى.

و مثله (٥) ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجده عاريا (٦)، أو محتاجا إلى (١) كما عن الكثير من الأصحاب - كما فى المسالك - لما ذكروه فى الوديعة و الوكالة و نحوهما من أن المقصود من القبول هو الرضا، و قد يتحقق الرضا بنفس الفعل، لجريان العادة بمثله، و عن بعضهم اشتراط اللفظ فى القبول كاشتراطه فى الإيجاب، و علل كما فى الرياض بأنه هو الموافق للأصل، إذ الأصل هو اللفظ فى العقود، و فيه: قد عرفت فى كتاب البيع أن المدار على صدق العقد عرفا، و من الواضح صدقه على كل ما يدل على إنشاء الإيجاب و القبول سواء كان باللفظ أو بالفعل أو بالكتابه، و لذا جوّزنا المعاطاة فى البيع و فى بقيه العقود اللازمه إلا ما خرج بالدليل كالزواج و الطلاق.

(٢) فإذا كان الفعل كافيا فى القبول لكشفه عن الرضا، فكل ما دل على الرضا من غير الألفاظ كالكتابه و الإشارة يكون كافيا أيضا، هذا بالنسبة لشرح عبارته الشارح، و إلا فقد عرفت أن المدار على صدق العقد، و هو صادق فى الفعل و غيره مما يدل على إنشاء الإيجاب و القبول.

(٣) أما على المبنى المتقدم من عدم حصر الإنشاء باللفظ فواضح، و أما على مبنى الشارح من الاقتصار فى العقود اللازمه و الجائزه على الألفاظ فهو مشكل، لأن صدق العقد على غير اللفظ فى مقامنا موجب لصحة العقد و صدقه بغير الألفاظ فى بقيه العقود، و على تقدير المنع فى البقيه فيجب الالتزام بالمنع هنا فلا تغفل.

(٤) لأن الفعل كاف فى الرضا مع قدره على النطق فكذلك الكتابه و الإشارة.

(٥) أى و مثل الفعل فى القبول الفعل فى الإيجاب، بحيث يكون كافيا فى الإنشاء.

(٦) قال العلامة فى التذكرة: (لا تفتقر العاريه إلى لفظ، بل يكفى قرينه الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعارة أو الاستعاره، لا من طرف المعير و لا من طرف المستعير، كما لو رآه عاريا فدفع إليه قميصا فلبسه تمت العاريه، و كذا لو فرش لضييفه فراشا أو بساطا أو مصلى أو حصيرا، أو ألقى إليه وساده فجلس عليها، أو مخده فاتكأ عليها، كان ذلك إعارة) انتهى. و ظاهره أن الإيجاب و القبول لا يحتاجان إلى اللفظ بل يتحققان بالفعل، و هذا ما أرسله الشارح هنا، إلا أن الشارح اكتفى بالفعل فى إنشاء الإيجاب و لم يتكلم عن قبوله و أنه باللفظ أو بالفعل، و إن كان السياق يقتضى أن يكون القبول بالفعل، و الشارح جعل هذا المورد مساويا لما سبق، مع أن السابق هو الاكتفاء بالفعل فى القبول و ما عطف عليه هنا هو الاكتفاء بالفعل فى الإيجاب و القبول، و إن كان مثله من ناحيه كفايه الفعل.

لبسه (١)، أو فرش لضيافته فراشا (٢)، أو ألقى إليه وساده، أو مخدّه (٣). و اكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه (٤) ثم إن هذا لا يتم إلا إذا قلنا بجريان المعاطاة في العقود، وهذا مما لم يلتزم به القدماء فضلا عن العلامة و الشارح.

ثم إن هذا ليس من العارية في شيء بل هو من جواز الانتفاع بالاذن، وهو أعم من العارية التي هي من العقود بالاتفاق، نعم لو قصد بدفع الثوب و نحوه ضيفا مخصوصا و أراد بالدفع إنشاء الإيجاب فأخذه الآخر و قد قصد بالأخذ إنشاء القبول لكان من العارية، و لكن المتعارف ليس كذلك، بل المتعارف هو الاذن بالانتفاع ليس إلا.

(١) مع ضميمه لبس الآخر له.

(٢) فجلس عليه.

(٣) فاتكأ عليها.

(٤) قال في التذكرة: (أنه لا يشترط فيها - أى لا يشترط اللفظ في العارية -، و لا في الإيجاب و لا في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالة على الظن بالرضا، لأنه عقد ضعيف، لأنه يثمر إباحة الانتفاع، و هي - أى إباحة الانتفاع - قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه في صديقه كفى في الانتفاع) انتهى.

و ظاهره أن إباحة الانتفاع لا العارية مما يكفي فيها حسن الظن بالصديق لآيه الاذن و هي قوله تعالى: لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَ لَا عَلَى الْمَاعْرَجِ حَرْجٌ وَ لَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَ لَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخَوَالِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ، أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ، أَوْ صَدِيقِكُمْ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً (١) حيث إن ظاهر الآيه دال على كفايه حسن الظن بالصديق في إباحة الانتفاع بكل ما يملكه الصديق، و فيه: إن الآيه مقتصره على تناول الأكل و ليس على مطلق الانتفاع بكل ما يملك، نعم الاذن بتناول الأكل يدل على تناول الأضعف بمفهوم الموافقه، و التعدى إلى الأضعف متوقف على ملاحظه خصوصيتين في المأذون فيه هنا، و هما: كون الأكل المأذون فيه محدودا بمده يسيره عرفا، و كون الأكل المأذون فيه مما يقتضى إتلاف عين مخصوصه و هي الطعام، و ما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير.

ص: ٣١٢

و ينبغي تقييده (١) بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد فى الآيه، بجواز الأكل (٢) من بيته (٣) بمفهوم الموافقه (٤)، و تعديده (٥) إلى من تناولته (٦) من الأرحام، لا مطلق حسن (٧) الظن، لعدم الدليل، إذ المساوى قياس، و الأضعف ممتنع بطريق أولى (٨).

فى شرائط المعير و العين

و يشترط كون المعير كاملا- (٩) جائز التصرف (١٠)، و يجوز إعاره الصبى بإذن الولى (١١) لمال نفسه، و وليه (١٢)، ثم إن المرجع فى الصديق إلى العرف، و لا بدّ مع حسن الظن فى الصديق - كما فى المسالك - من عدم الكراهه منه، و إلا فقد تتفق الكراهه فى الكثير مما يملكه مع تحقق الصداقه.

(١) أى تقييد جواز الانتفاع بمتاعه بكون منفعته أقل ضررا من المأذون من الأكل حتى تدل عليه الآيه بالأولويه.

(٢) متعلق بالاذن الوارد فى الآيه.

(٣) أى بيت الصديق، و الجار و المجرور متعلقان بالأكل.

(٤) متعلق لتناول الاذن لما كانت منفعته أقل ضررا.

(٥) أى تعدى الحكم بجواز الانتفاع، و المعنى أن الاذن بالأكل للصديق كما يدل بالفحوى على الاذن بالأقل ضررا فكذلك الاذن للأرحام بالأكل يدل على الأقل بالفحوى أيضا.

(٦) أى الآيه.

(٧) و لو إلى مساوى المأذون أو الأشد منه.

(٨) أى لأن المساوى ممتنع لأنه قياس فالأشدّ ممتنع بطريق أولى، و سماه بالأضعف لضعفه بالنسبه إلى تناول الآيه له.

(٩) أى بالغا عاقلا، لأن المجنون و الصبى مسلوبا العبارة شرعا.

(١٠) فلا تصح العاريه من السفیه و المحجور عليه، لأن الإعارة تصرف منه فى ماله و المفروض أنه ممنوع من التصرف بالحجر.

(١١) يجوز للصبى أن يعير ماله بإذن الولى، مع أنه قد تقدم فى كتاب البيع أنه لا يجوز للصبى أن يبيع ماله و إن أذن الولى، و الفرق بينهما هو ما قاله فى المسالك و غيره أن العاريه لما كانت عقدا جائزا فيكتفى فيها بكل ما دل على رضا المعير و إن لم يكن لفظا، فصدور الاذن من الولى كان بمنزله الإيجاب، و الاذن حاصل منه للصبى فلذا صح هنا، بخلاف العقود اللازمه كالبيع فيشترط فى إيجابها اللفظ، و إذن الولى ليس لفظا فلا ينعقد إيجاب حينئذ.

(١٢) يصح إعاره الصبى من مال وليه بإذن الأخير، لأن المعير حقيقه هو الولى و أذنه إيجاب كما تقدم.

لأن المعترف إذن الولي، و هو كاف (١) في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، و إلا (٢) لم يقبل قول الصبي في حقه، إلا- أن تنضم إليه (٣) قرائن تفيد الظن المتأخم للعلم (٤) به (٥)، كما إذا طلبها (٦) من الولي فجاء بها الصبي و أخبر أنه أرسله بها، و نحو ذلك، كما يقبل قوله (٧) في الهدية (٨)، و الإذن (٩) في دخول الدار بالقرائن، و لا- بد مع إذن الولي له (١٠) في إعاره ماله من وجود المصلحة بها (١١) بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت (١٢)، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعه ماله (١٣)، أو تكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها الإهمال، و نحو ذلك.

(و كون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها (١٤) فلا يصح إعاره ما لا يتم (١) أي إذن الولي.

(٢) أي و إن لم يعلم المستعير بإذن الولي فلا يقبل قول الصبي في حق الولي بأنه قد أذن، لسلب عبارته شرعا.

(٣) إلى أخبار الصبي.

(٤) و هو المسمى بالاطمئنان.

(٥) بإذن الولي.

(٦) أي طلب المستعير العارية.

(٧) أي قول الصبي.

(٨) لأنه محتف بقرائن تفيد الاطمئنان بصدقه، و القرائن هي إرسال الهدية معه.

(٩) أي و كما يقبل قول الصبي في إذن الولي في الهدية عند إرسالها معه، فكذلك يقبل قوله في إذن الولي في دخول الدار للقرائن المحتفه به.

(١٠) للصبي.

(١١) بالعارية لأن تصرفات الولي منوطه بالغبطه كما تقدم في كتاب الحجر.

(١٢) أي وقت العارية.

(١٣) أي مال الصبي، بحيث توقف انتفاع الصبي بالمستعير على كون مال الصبي عاريه عند المستعير، و كانت منفعه الصبي أقوى حتى تكون العارية من ماله لمصلحته.

(١٤) شرط للعين المستعارة، و هو أن كل ما يصح الانتفاع به شرعا مع بقاء عينه فهو مما تصح عاريته، و هو من مقتضيات معنى العارية عرفا، و لأن الإذن إذن بالانتفاع فقط فلا بد من بقاء العين، فتصح العارية في مثل الثوب و الدابة، و لا تصح عاريه الأئعمه

و الأشربه التى تذهب عينها بالانتفاع بها.

ص: ٣١٤

الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمه. ويستثنى من ذلك المنحه (١) و هي الشاه المستعاره للحلب، للنص.

و فى تعديه إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان (٢)، و الاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

فى الرجوع فى العاربه

(و للمالك الرجوع فيها متى شاء (٣)، (١) المنحه بالكسر، و هى العطيه قال فى مصباح المنير: (المنحه - بالكسر - فى الأصل الشاه أو الناقه يعطيها صاحبها رجلا يشرب لبنها ثم يردّها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حين أطلق على كل عطاء) انتهى.

و المنحه بالمعنى المتقدم على ما فى المصباح مما تجوز إعارتها بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع كما عن جماعه و إن كانت على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعارة هو عين لا - منفعه فهو يستعير الشاه ليستفيد من عين بها، فلذا كانت على خلاف الأصل، و الدليل هو الإجماع إلا أن فى التذكرة استدلال على جوازها بالنبوى المروى عن العامه (العاربه مؤداه، و المنحه مردوده، و الدين يقضى، و الغريم غارم) (١) و النبوى الدال على ردها دال على مشروعيتها.

(٢) و ظاهرهم التعديه إلى غير الشاه من البقر و الماعز و الناقه و لذا قال فى المسالك: (و عدوا الحكم إلى غير الشاه مما يتخذ للحلب من الأنعام و غيرها) انتهى، و عدّى العلامه فى التذكرة إلى جواز إعارة الغنم للانتفاع بصوفها و نحو ذلك، و تنظر الشارح فى المسالك بالتعديه، لأن الحكم فى المنحه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الوفاق و اليقين و هو إعارة الشاه للبنها فقط. هذا و قد قيل إن المنفعه أمر عرفى و قد تعد بعض الأعيان منفعه و إن كانت هى عين، كاللبن فى الشاه فإنه بنظر العرف منفعه و ليس عيناً، و عليه فالمنحه عاربه لا تحتاج إلى دليل سوى دليل مشروعيه مطلق العاربه، لأن العين المستعاره هى الشاه و هى لا تتلف، و ما يتلف هو من قبيل المنفعه و ليس هو مورد العاربه، و عليه فيجوز التعدى إلى غير الشاه و يجوز التعدى إلى غير اللبن، لكون غير اللبن من الصوف و الوبر و الشعر من قبيل المنافع لا الأعيان.

(٣) عقد العاربه جائز من الطرفين بلا - خلاف فيه، لأن قوامه الاذن بالإباحه و من الواضح جواز الرجوع بالاذن و يلزمه جواز الرجوع عن الرضا به الذى هو قوام القبول، و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فسخ العاربه متى شاء، و يستثنى من ذلك موارد.

ص: ٣١٥

لاقتضاء جواز العقد ذلك (١)، (إلا- في الإعارة للدفن) أى دفن الميت المسلم و من بحكمه (٢) فلا- يجوز الرجوع فيه (٣) (بعد الطم)، لتحريم نبشه، و هتك حرمة، إلى أن تدرس عظامه.

و لو رجع قبله (٤) جاز و إن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل (٥)، فمئونه الحفر لازمه لولى الميت (٦)، لقدومه (٧) على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره (٨)، منها: إعارة الأرض لدفن ميت مسلم، فلا يصح الرجوع بعد الدفن لتحريم نبشه و هتك حرمة إلى أن تدرس عظامه، و هو موضع وفاق كما فى المسالك، و بلا خلاف فيه كما فى الرياض و غيره.

(١) أى جواز رجوع المالك عند مشيئته.

(٢) كالطفل و المجنون و لقيط دار الإسلام.

(٣) فى إعارة الأرض للدفن.

(٤) أى قبل الطم، و الرجوع قبل الطم إما بعد الحفر و قبل وضع الميت فى لحده و إما بعد الحفر و بعد الوضع، ففى الصورة الأولى يجوز له الرجوع لعدم محذور الهتك و النبش لعدم تحقق الوضع كما يجوز له الرجوع قبل الحفر، و لو رجع المالك حرم الدفن، لكونه تصرفاً فى مال الغير بغير إذنه و هو محرم، و هذا مما لا إشكال فيه و لا خلاف.

و فى الصورة الثانية فقد صرح أكثر من واحد من الأصحاب بجواز رجوع المالك قبل المواراه لعدم صدق النبش حينئذ، و قيل: بعدم الجواز لما فى إخراج الميت من لحده قبل الطم من هتك لحرمة، و لذا أفتى الفقهاء فى باب التكفين بقرض نجاسه كفن الميت إذا تعذر التغسيل فى القبر، و ما ذلك إلا لكون الإخراج بعد الوضع و قبل الطم مستلزماً للهتك.

(٥) إما استصحاب الجواز و إما أصالة البراءة.

(٦) قال الشارح فى المسالك: (قال فى التذكرة: و مئونه الحفر إذا رجع بعد الحفر و قبل الدفن لازمه لولى الميت، و يشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك - بحيث وصّى الميت بالدفن فى الأرض العارية -، إذ لا تقصير فيه فينبغى كونه من مال الميت) انتهى.

(٧) أى قدوم ولى الميت على الحفر فى الأرض العارية للدفن مع علمه بأنه يجوز للمالك الفسخ متى شاء، فإذا رجع المالك و هو عالم بجواز ذلك له فيكون الولي قد قصّر، فالمئونه عليه للتقصير.

(٨) غير المكان المستعار، و مع التعذر بالإقدام على الحفر فى المستعار لا تقصير فيه و إن علم بجواز فسخ المالك، لكن هذا مشروط بكون مئونه الحفر فى المستعار أقل أو مساوية لمئونه

مما لا يزيد عوضه عنه (١) فيقوى كونه (٢) من مال الميت، لعدم التقصير، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه (٣).

و يستثنى آخران أيضا: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك كما لو أعاره لوحا رقّع به سفينهته و لجج (٤) في البحر فلا رجوع للمعير (٥) إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها (٦) مع نزعها من غير ضرر، و لو رجع قبل دخول السفينه (٧)، أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز (٨)، مع احتمال الجواز مطلقا (٩) و إن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر، و الثانى الاستعاره للرهن بعد وقوعه (١٠) و قد تقدم.

الحفر فى المكان المتعذر، أما لو كانت مئونه الحفر أزيد فهو مقصّر بالزائد، و على كل فمع عدم التقصير تكون مئونه الحفر من مال الميت خلافا للتذكرة حيث جعلها من مال الولي مطلقا.

(١) أى مما لا يزيد عوض المستعار عن عوض غيره المتعذر.

(٢) أى كون عوض المستعار.

(٣) أى فى الحفر، و الاذن حاصل من المالك للولى قبل الرجوع.

(٤) أى دخل فى اللجه.

(٥) لا رجوع له ما دامت السفينه فى البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب مال أو تلف نفس.

(٦) أى أمكن إصلاح السفينه فى داخل البحر مع نزع المعار من غير ضرر.

(٧) قبل دخولها فى البحر.

(٨) أى جواز رجوع المالك إذا لا ضرر على المستعير حينئذ.

(٩) و لو كانت فى البحر إلا أنه لا يجب التسليم إليه، أما جواز الرجوع للمالك لأنه الأصل فى العاريه، و أما عدم وجوب تعجيل التسليم لما فيه من الضرر على المستعير فى التسليم الفورى.

و فائده هذا الاحتمال أنه يجب على المستعير ردها فورا بعد زوال الضرر، لأنه بعد فسخ المالك تكون العاريه أمانه شرعيه لا مالكيه، و الأمانه الشرعيه يجب ردها فورا فى أول أوقات الرد، و يجب الرد بعد زوال الضرر مباشره من غير مطالبه من المالك.

(١٠) أى بعد وقوع الرهن فلا يجوز للمالك الرجوع فى العاريه بعد رهنها و قد تقدم بحثه فى كتاب الرهن.

(و هى أمانه) فى يد المستعير (لا يضمن (١) إلا بالتعدى، أو التفريط) إلا ما استثنى (٢) (و إذا استعار أرضا (٣) صالحه للزراع، و الغرس، و البناء عاده (غرس)، (١) لا خلاف و لا إشكال فى كون العاريه أمانه عند المستعير فلا يضمن للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلك العاريه عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، و ليس على المستعير عاريه ضمان) ٢.

و استثنى منه مواضع.

منها: ما لو تعدى أو فُرت فلا خلاف فى ضمانه إذ النصوص قد حكمت بأمانته و مع التعدى أو التفريط لا أمانه فتقلب يده من يد ائتمان إلى يد عدوان فيضمن، هذا فضلا عن أن المالك لم يأذن له بالتعدى أو التفريط يضمن.

و منها: ما لو اشترط ضمانها عليه فيضمن لو تلفت بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح الحلبي الأول المتقدم، و مثله غيره.

و منها: عاريه الذهب و الفضه و إن لم يشترط ضمانها و سيأتى الكلام فيها مفصلا عند تعرض الماتن لها.

(٢) من اشتراط ضمانها و عاريه الذهب و الفضه.

(٣) أطلق الأصحاب جواز الانتفاع بالعاريه للمستعير، و المرجع فى تقدير نوع الانتفاع منها وصفته و قدره إلى العرف بحسب العاده الساريه فيه، فلو أعاره بساطا اقتضت العاده بالانتفاع به بالفرش و نحوه من الوجوه المتعارفه، و لو أعاره لحافا اقتضت العاده بالانتفاع به غطاء و لا يجوز افتراشه لعدم جريان العاده بذلك، و لو أعاره حيوانا للحمل اقتضت العاده بتحميله قدرا معيناً فلا تجوز الزيادة و هكذا.

ثم لو تعددت منافع العين المعاره، فإن عيّن المعير نوعاً منها تعين لدوران جواز الانتفاع مدار الاذن، و الاذن مقيّد بحسب الفرض، و إن عمّم جاز الانتفاع بجميع وجوه منافع العين كأن يعيره الأرض و هى صالحه للغرس و الزرع و البناء، و التعميم هو التنصيب على جواز الانتفاع بجميع المنافع فيجوز للمستعير - و الحال هذه - عموم الانتفاع لعموم الاذن.

و إن أطلق المعير إذنه فلم يقيد بنوع و لم ينص على التعميم فيجوز مطلق الانتفاع تمسكاً بإطلاق الاذن، و هو بمنزله التعميم.

ص: ٣١٨

(أو زرع، أو بنى) مخيراً (١) فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، و له الجمع بينها (٢) بحسب الإمكان، لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل (٣) فى الإطلاق، أو التعميم، و مثله (٤) ما لو استعار دابه صالحه للركوب و الحمل.

(و لو عين له جهه لم يتجاوزها (٥) و لو إلى المساوى و الأدون عملاً بمقتضى التعيين، و اقتصاراً على المأذون.

و قيل: يجوز التخطى إلى المساوى و الأقل ضرراً و هو ضعيف. و دخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض فى ذلك (٦)، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطى إلى الأقل، أما المساوى فلا (٧) مطلقاً (٨)، كما (١) أى المستعير.

(٢) بين هذه المنافع.

(٣) أى هذا الانتفاع.

(٤) أى مثل إعاره الأرض.

(٥) كان الكلام فى المتقدم من ناحيه لزوم العمل بإذن المعير، و كلامنا هنا فى أنه لو أذن المعير للمستعير فى الانتفاع من جهه من جهات منافع العين، فهل يجوز للمستعير أن يتعدى إلى الأضعف بالأولويه أو لا؟ كمن أعاره أرضاً للغرس فهل يجوز أن يزرع، و الزرع أقل ضرراً من غرس الأشجار، ذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق و العلامة فى التبصره إلى عدم التعدى إلى المساوى فضلاً عن الأضعف اقتصاراً على القدر المأذون، لأصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لم يصدر من المعير إذن بالمساوى و لا بالأضعف.

و ذهب بعضهم كالشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و ابن زهره فى الغنيه إلى جواز التعدى إلى الأضعف للأولويه، و فيه: إنه من الجائز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص من التصرف و مع هذا التعلق لا يتعدى فى الاذن لعدم ملاحظه غير المأذون من قبل المالك.

و عن العلامة فى التحرير و التذكرة جواز التخطى إلى المساوى أيضاً، و فيه: إنه قياس باطل إلا إذا علم أن التخصيص فى الاذن من باب المثال، و به يخرج عن موضع النزاع، إذ النزاع فى التخصيص لا فى التمثيل.

(٦) أى فى الاذن بالانتفاع.

(٧) أى فلا يجوز.

(٨) سواء علم بانتفاء غرض المعير بالمعنى أم لا، و فيه: أنه مع العلم بانتفاء الغرض فيكون ذكر المعين من باب المثال، و التمثيل لا يصلح لتقييد الاذن بخلاف التخصيص.

أنه مع النهى عن التخطى يحرم مطلقا (١).

و حيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره (٢) ضمن الأرض (٣) و لزمه الأجره لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها (٤) ما قابل المأذون على الأقوى (٥)، لكونه تصرفا بغير إذن المالك فيوجب الأجره، و القدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلا فى ضمن المنهى عنه، كما لو أذن له فى تحميل الدابه قدرا معيننا فتجاوزته، أو فى ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون، لأنه (٦) بعض ما استوفى من المنفعه و إن ضمن الدابه أجمع (٧).

(١) أى يحرم التعدى إلى الأدون و المساوى و هو معنى الإطلاق، و دليله أنه مع النهى فالتصريح بعدم التعدى و أن الاذن مقتصر على المعين ثابت.

(٢) أى تعدى المستعير إلى غير المعين.

(٣) كما لو أعاره الأرض للغرس فزرع أو بنى، و الأول تعديه إلى الأدون، و الثانى تعديه إلى الأشد، أو أعاره الأرض لغرس معين من الشجر فزرع صنفا آخر مماثل له و هو تعديه إلى المساوى.

و على كل فمع التعدى هل يلزم المستعير الأجره لمجموع ما فعل، أو يسقط منها مقدار أجره المأذون فيه و يثبت الزائد خاصه، و قد يستدل للأول بأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه و هو مستلزم لثبوت الأجره كملا، و يستدل للثانى من أن المعير قد أباحه المنفعه المخصوصه فلا يجب لها عوض، نعم مع تخطيه إلى غيرها كان مقدار منفعه المأذون مباحا له فيضمن الزائد ليس إلا، و قد قوى الشارح الأول فى الروضه هنا و فى المسالك.

و فصيل العلامه بين النهى عن التخطى و بين الإطلاق، فأوجب الأجره كملا مع النهى، و أسقط التفاوت مع الإطلاق، و أشكل عليه بعدم وضوح الفرق بينهما، لأن التخطى فى الحالى غير مأذون فيه، غايته أن فى النهى قد نص على المنع، و فى الإطلاق جاء المنع من إطلاق عدم الاذن، و هذا لا يوجب اختلافا فى الحكم المذكور، هذا كله مع كون العين المعاره تحت يده مضمونه بحيث لو تلفت فيطالب ببدلها أو قيمتها، لأن يده يد عدوان حينئذ.

(٤) من أجره المجموع.

(٥) فى قبال تفصيل العلامه و قد تقدم.

(٦) أى المأذون فهو بعض المنفعه التى استوفاه فلا أجره له بخلاف النوع المخالف بحيث أذن فى الزرع مع نهيه عن الغرس فغرس فيضمن الأجره كملا.

(٧) لأن يده يد عدوان.

(و يجوز له بيع غروسه، و أبنيته و لو على غير المالك (١) على المشهور، لأنه (٢) مالك غير ممنوع من التصرف فيه (٣) فيبيعه ممن يشاء.

و قيل: لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه (٤) برجوع المعير (٥)، و هو (٦) غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف و مستحق القتل قصاصا.

ثم إن كان المشتري جاهلا بحاله (٧) فله الفسخ للعيب، لا إن كان (١) إذا أذن المعير للمستعير بغرس الأرض المعاره أو بالبناء فيها فغرس أو بنى فهل يجوز للمستعير أن يبيع غرسه و بناءه على غير المالك أو لا، بعد الاتفاق من دون إشكال على جواز البيع المذكور على المالك، لوجود المقتضى مع عدم المانع، فالأول لأن الغرس ملك للمستعير فيجوز بيعه لعموم أدله مشروعيه البيع، و الثانى من عدم المانع من البيع لكون الغرس فى أرض المشتري، فإذا اشتراها لا يمنعه أحد من الوصول إليه مع عدم توقف الوصول على التصرف فى ملك الغير.

و أما البيع على غير المالك فالمشهور على الجواز، و عن الشيخ فى المبسوط العدم، و دليله أن الغرس فى معرض القلع و البناء فى معرض الهدم لأن المعير له سبيل على ملكه فمع البيع من المستعير تبطل العاريه، لأن البيع منه فسخ، و لا يوجد إذن فى بقاء الغرس أو البناء بين المالك و المشتري فيجوز للمالك حينئذ مطالبه المشتري بقلع غرسه و بنائه من أرضه، و مع احتمال القلع فيكون الغرس أو البناء فى معرض التلف لعدم ماليتة.

و فيه: إن احتمال قلعه لا يخرج عن المالىه المسوّغه لبيعه، فكما جاز بيع الحيوان المشرف على التلف و العبد المستحق للقتل من باب القصاص مع أنه فى معرض التلف فكذلك مقامنا، و إذا جاز البيع لكونه مالا فهو مملوك للمستعير و المستعير غير ممنوع من التصرف فيه فيجوز له بيعه ممن شاء و هو دليل المشهور.

(٢) أى المستعير.

(٣) فى البناء و الغرس.

(٤) أى ملك المشتري.

(٥) و يطالبه بالقلع.

(٦) عدم استقرار ملك المشتري.

(٧) أى بكون البائع مستعيرا، فله الفسخ لأن المبيع فى غير أرض البائع مع جواز قلعه و هو عيب فيه، فله الفسخ بخيار العيب.

عالمًا (١) بل ينزل منزله المستعير.

و لو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح (٢)، و وزّع الثمن عليهما (٣)، فيقسط على أرض مشغوله به (٤) على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرّش (٥)، أو الإبقاء (٦) بالأجره، أو التملك (٧) بالقيمه مع التراضي و على ما فيها مستحق القلع (١) فلو كان عالمًا بالحال فلا خيار له، لإقدامه على ذلك، بل ينزل المشتري منزله المستعير، فكما أن المستعير عند ما زرع كان يعلم بجواز فسخ المالك للعقد مع مطالبته بالقلع و يكون الضرر على المستعير لإقدامه على ذلك، فالمشتري مثله.

(٢) لو اتفق المعير و المستعير على بيع الأرض و الغرس معا بعقد واحد، و أن يكون في قباليهما ثمن واحد، صح البيع بلا إشكال لكون الأرض و الغرس ملكا لهما، و يجوز لهما التصرف في ملكهما، و من التصرف الجائز البيع.

(٣) على ملكهما، و التوزيع مبني على كون المالك هل يجوز له فسخ العاريه قبل أوان حصاد الزرع أو لا، فعلى الأول تقوم الأرض خاليه و على الثاني مشغوله، ثم إن التوزيع مبني على كون المستعير هل له الحق في مطالبه المالك بالأرّش على تقدير القلع أو لا، فعلى الأول يقوم الزرع أنه مستحق القلع الآن بالأرّش للنقصان الحاصل فيه بسبب القلع، و على الثاني يقوم الزرع بأنه مستحق القلع بدون أرش و إن نقصت قيمته بسبب القلع.

ثم على القول بدفع الأرّش لا- يجب على المستعير قلع زرعه عند الطلب قبل دفع الأرّش من المالك، فلو لم يدفع الأرّش جاز للمستعير إبقاء زرعه إلى حين الدفع، غير أن هذا الإبقاء مشروط بكونه بأجره جمعا بين منفعه الأرض للمالك و بين أرّش المستعير، و عليه فيقوم الزرع بكونه مستحق القلع الآن بالأرّش إلا أن عليه أجره الأرض.

(٤) أي بالزرع.

(٥) و هذا مبني على جواز فسخ المالك عقد الوديعة قبل أوان الحصاد لما فيه من ضرر على المستعير، و مبني على أن المستعير يستحق الأرّش لو نقص الزرع بسبب القلع.

(٦) معطوف على (بالأرّش)، و المعنى أن الثمن يقسط على أرض مشغوله بالزرع على وجه الإعارة مع كون الزرع مستحق القلع، باقيا بالأجره، و هذا القول مبني على جواز الفسخ للمالك، و على أن المستعير عليه أجره الأرض لو أبقى الزرع عند عدم دفع المالك للأرّش.

(٧) عطف على قوله (الإعارة)، و المعنى أن الثمن مقسط على أرض مشغوله بالزرع على وجه التملك بالقيمه من قبل المالك إذا رضى المستعير بذلك، و على زرع مستحق القطع إما بالأرّش و إما بالأجره، و هو مبني على جواز الفسخ من قبل المالك قبل أوان الحصاد.

على أحد الوجوه (١) فلكل (٢) قسط ما يملكه (٣).

فى ما لو نقصت العين المعاره بالاستعمال

(و لو نقصت) العين المعاره (بالاستعمال لم يضمن (٤) المستعير النقص، لاستناد التلف (٥) إلى فعل مأذون فيه و لو من جهه الإطلاق (٦)، و تقييده بالنقص (٧) قد يفهم أنها (٨) لو تلفت به (٩) ضمنها و هو أحد (١٠) القولين فى المسأله، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفا (١١) و إن دخل (١٢) فى الإطلاق، فيضمنها آخر (١) من الأرض أو الأرض مع أجره.

(٢) من المعير و المستعير.

(٣) فما للأرض فهو للمعير، و ما للزرع فهو للمستعير، على أن التقويم المذكور تلحظ نسبته من الثمن فلو قومت الأرض بأربعين و الزرع بعشره فيقسم الثمن أخماسا و هكذا.

(٤) لو نقصت العين المعاره أو تلفت بالاستعمال من غير تعد أو تفريط فلا ضمان على المستعير، لأنه مأذون فى الاستعمال و إن ترتب عليه النقصان أو التلف، و لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا غرم على مستعير العاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا) (١)، و مثله غيره.

و قد نقل الشارح فى المسالك قولاً لم يعرف قائله بضمان العين لو تلفت بالاستعمال، لأن الظاهر عدم تناول إذن المعير لهذا الاستعمال المتعقب بالتلف، على أن يكون ضمانها فى آخر حالات وجودها.

و فيه: إنه اجتهد فى قبال النص فلا يقبل مع رد دعوى انصراف الإذن عن هذا الاستعمال بعد فرض عدم التعدى أو التفريط من المستعير.

(٥) أى تلف البعض الذى هو النقصان.

(٦) أى إطلاق الإذن.

(٧) أى تقييد الاستعمال بالنقص.

(٨) أى العين المعاره.

(٩) بالاستعمال.

(١٠) و هو القول الثانى الذى لم يعرف قائله.

(١١) للانصراف.

(١٢) أى الاستعمال المتلف داخل فى إطلاق الإذن.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العاريه حديث ٣.

حالات التقويم (١). و قيل: لا يضمن أيضا كالنقص، لما ذكر من الوجه (٢) و هو الوجه.

فى ضمان العاربه باشتراط الضمان و بكونها ذهبا أو فضه

(و يضمن العاربه باشتراط الضمان (٣) عملا بالشرط المأمور بالكون معه (٤)، سواء شرط ضمان العين (٥) أم الأجزاء (٦) أم هما (٧)، فيتبع شرطه.

(و بكونها ذهبا، أو فضه (٨) سواء كانا دنانير و دراهم أم لا على أصح (١) أى آخر حالات وجودها و هو حين التلف.
(٢) من كون فعله مأذونا فيه و لو من جهة إطلاق الاذن.

(٣) و قد تقدم أنه لا خلاف فيه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلك العاربه عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه) (١)، و مثله غيره.

(٤) أى مع الشرط فى النبوى (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(٥) عند التلف.

(٦) عند النقصان.

(٧) أى عند التلف أو النقصان.

(٨) فإنها مضمونه و إن لم يشترط ضمانها، بلا خلاف فى الدراهم و الدنانير، و إنما الخلاف فى غيرهما من المصوغ و غيره، و ذهب إلى الاختصاص فخر المحققين و القطيفى و سيد الرياض و ابن حمزه فى الوسيله لجمله من الأخبار الصريحه فى الدرهم و الدينار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تضمن العاربه إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمانا) (٣)، و خبر عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على صاحب العاربه ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونه، اشترط صاحبها أو لم يشترط) (٤).

و عن الشيخ و العلامة و الشهيدين ضمان مطلق الذهب و الفضه للأخبار.

منها: صحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: العاربه مضمونه؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى - أى هلك - فلا يلزمك تواه إلا- الذهب و الفضه، فإنهما يلزمان، إلا أن تشتترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضه لازم لك و إن لم يشترط عليك) (٥)، و موثق إسحاق بن عمار

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاريه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العاريه حديث ١ و ٣ و ٢.

القولين، لأن فيه جمعا بين النصوص المختلفه (١).

و قيل: يختص بالنقدين استنادا إلى الجمع (٢) أيضا، و إلى الحكمه الباعثه على الحكم (٣)، و هى (٤) ضعف المنفعه المطلوبه منهما (٥) بدون الانفاق، فكانت عاريتهما موجه بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما (٦).

و يضعف بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما (٧)، و ضعف المنفعه حينئذ لا (٧)

عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليه السلام (العاريه ليس على مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضه، فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا) (١).

و صناعه الإطلاق و التقييد تقتضى حمل الذهب و الفضه على الدنانير و الدراهم، و أن الحكم بالضمان مختص بهما، غير أنه قد ثبت فى محله عدم حمل المطلق على المقيّد إذا كانا مثبتين، و لذا توقف جماعه فى الحكم فى غير الدينار و الدرهم منهم العلامه فى التذكره.

(١) بعد عدم حمل المطلق على المقيّد لأنهما مثبتان.

(٢) لتقييد المطلق بالمقيّد.

(٣) و هو حكم الضمان و الحاصل أن منفعه الدينار و الدرهم منحصره بالإنفاق و إذهاب العين، و على فرض وجود منفعه أخرى كالترين مثلا فهى ضعيفه بخلاف منفعه مطلق الذهب و الفضه فهى غير منحصره بالإنفاق بل لها منافع كثيره و الترين منها، و عليه فلما كانت منفعه الدينار و الدرهم مختصه بإتلاف العين فيناسبها الحكم بالضمان، بخلاف منفعه الذهب و الفضه فيناسبها عدم الضمان لأن منفعتهما كثيره فى غير الإنفاق، إذ يستفيد المستعير بهما و يرجعهما إلى المالك.

و يضعف بأن هذا لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعى لأنه مبنى على الاستحسان، و لأن إعاره الدينار و الدرهم إنما تصح على تقدير بقاء عينهما، و بقاء العين هو شرط فى صحه العاريه و عليه فما فرض من التعليل بإذهاب العين بالإتلاف مناف لمعنى العاريه، و لأن ضعف المنفعه و قوتها لا مدخل له فى اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعاره البعير و قطعه من الحصير.

(٤) أى الحكمه.

(٥) من الدينار و الدرهم.

(٦) بعاريتهما.

(٧) هذا هو الرد الثانى المتقدم.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العاريه حديث ٤.

مدخل له فى اختلاف الحكم (١)، و تقدير منفعه الانفاق (٢) حكم بغير الواقع (٣).

فى اختلاف المستعير و المعير

(و لو ادعى) المستعير (التلف حلف (٤) لأنه أمين فيقبل قوله فيه (٥) كغيره (٦)، سواء ادعاه (٧) بأمر ظاهر (٨) أم خفى (٩)، و لإمكان صدقه (١٠)، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

(و لو ادعى الرد حلف المالك (١١)، (١) و هو الرد الثالث المتقدم.

(٢) فى الدينار و الدرهم.

(٣) إذ يمكن إعارتهما مع عدم إنفاق عينهما.

(٤) لأنه المنكر لموافق قوله ظاهر الشرع من حيث كونه أميناً، و إن كان بحسب ظاهر كلامه مدعياً لأنه يدعى التلف.

(٥) فى التلف.

(٦) أى كغيره من الأمانة كالودعى و من كانت يده على العين بإذن المالك.

(٧) أى ادعى التلف.

(٨) كالتلف المسبب عن الحرق.

(٩) كالسرق.

(١٠) تعليل ثان لقبول قوله، فبالإضافة إلى أمانته يمكن أن يكون صادقا فى دعوى التلف فلو لم يقبل قوله مع يمينه لكان مدعياً و كان المعير هو المنكر، فلو قدم قول المعير مع يمينه لوجب على المستعير ردّ العارية و إذا نكل عن أداء حق الناس حبس، و بما أن العين يتعذر عليه ردها لتلفها واقعا لأن المفروض صدقه فيقتضى ذلك تخليده فى السجن.

(١١) فالمالك منكر إذ الأصل عدم الرد، و أمانه المستعير لا تقتضى تصديقه فى الرد، لأن المستعير قد قبض لمصلحه نفسه بخلاف الودعى فإنه قد قبض لمصلحه المالك فالودعى محسن و لا سبيل على المحسن فكذا قبل قول الودعى فى الرد دون المستعير، إذا المستعير حينئذ ليس محسناً.

و فيه: لو كان المناط فى تقديم قول الودعى هو إحسانه لجرى فى الوكيل لو ادعى الرد، لأن الوكيل محسن حيث قبضه لمصلحه الموكل مع أنه قد وقع الاتفاق على عدم قبول قول الوكيل بالرد، و إنما القبول لقول الموكل مع يمينه، و من هنا يستكشف أن الأمين مطلقاً إذا ادعى الرد فهو مدع بحسب ظاهر كلامه فيقدم قول صاحبه المنكر، و أما الودعى فقد قبل قوله فى الرد للنص، و هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المودع إذا كان

لأصالة عدمه (١)، و قد قبضه (٢) لمصلحه نفسه فلا يقبل قوله فيه (٣)، بخلاف الودعي.

و معنى عدم قبول قوله فيه (٤). الحكم بضمائه (٥) للمثل، أو القيمه حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقا (٦)، لما تقدم فى دعوى التلف (٧).

(و للمستعير الاستغلال بالشجر (٨) الذى غرسه فى الأرض المعاره للغرس غير ثقه هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم و لا يمين عليه) (١)

(١) عدم الرد.

(٢) أى قبض المعار.

(٣) فى الرد.

(٤) أى و معنى عدم قبول قول المستعير فى الرد أنه يلزم بالرد لو حلف المعير، فإن كانت العين موجوده عنده على تقدير كذب دعواه فهو، و إن كانت العين غير موجوده عنده على تقدير صدقه فالحكم عليه بالرد هو الحكم بضمائه أو قيمتها.

و بما أن واقع حاله غير معلوم لنا فيحكم عليه بدفع المثل أو القيمه من أجل عدم تخليده فى الحبس، لأنه مع الحكم عليه برد العين و كانت العين متعذره لعدم وجودها عنده فيحبس لنكوله عن أداء حق الناس حتى يرد، و مع تعذر الرد يخلد.

(٥) أى ضمان المستعير.

(٦) سواء تعذر الرد أم لا، و يتعذر على تقدير صدقه، و ينتفى التعذر على تقدير كذبه.

(٧) و هو الدليل الثانى على قبول قول المستعير فى دعوى التلف.

(٨) إذا استعار أرضا للغرس فغرسها فهل يجوز للمعير دخول الأرض و الاستغلال بالشجر أو لا، لا إشكال فى جواز الدخول إلى الأرض لأنها ملكه فله الدخول إليها فى أى وقت شاء، و يجوز له أن يستظل بشجرها و إن كان الشجر ملكا لغيره، لأنه حال الاستغلال جالس فى ملكه كما لو جلس فى أملاكه الأخرى غير المعاره و اتفق له التظليل بشجر غيره، أو جلس فى أرض مباحه و اتفق له التظليل بشجر غيره. ثم هل يجوز للمستعير دخول الأرض و الاستغلال أو لا، لا إشكال فى جواز دخول المستعير إلى الأرض، لأن الشجر ملكه فله الدخول لأجل الشجر بأن يسقيه و يحرسه و يهذبه و نحو ذلك و ليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحه الشجر و الثمر كالتفريج، لأن الاستعاره وقعت لمنفعه معينه فلا يتعدها.

ص: ٣٢٧

و إن استلزم التصرف فى الأرض بغير الغرس، لقضاء العاده به (١). كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، و حرثه، و حراسته، و غيرها، و ليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالتفرج، (و كذا) يجوز (للمعير) الاستغلال بالشجر المذكور و إن كان ملكا لغيره، لأنه جالس فى ملكه كما لو جلس فى غيره من أملا-كه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو فى المباح كذلك (٢)، و كذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف فى الشجر.

فى أنه لا يجوز للمستعير إعاره العين المستعاره

(و لا يجوز) للمستعير (إعاره العين المستعاره إلا بأذن المالك (٣)، لأن الإعاره إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعه بنفسه، و وكيله، لكن لا يعد ذلك إعاره، لعود المنفعه إليه، لا إلى الوكيل.

و حيث يعير (٤) يضمن العين و المنفعه (٥)، و يرجع المالك على من شاء منهما، و أما الاستغلال فإن جاز الدخول لمصلحه الشجر فيجوز له الاستغلال حال كون الدخول جائزا، و إن كان الدخول ممنوعا كما لو كان للتفرج فلا يجوز له الاستغلال لأنه تصرف منهى عنه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (تنبيه: يعلم من قولهم إن المستعير ليس له الدخول للتفرج أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك) انتهى.

(١) بالتصرف بغير الغرس.

(٢) و اتفق له التظليل بشجر غيره.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف ضروره اقتضاء عقد العاريه إباحه المنافع لخصوص المستعير، لا تمليكه إياها حتى يملكها ثم يعيرها إلى غيره، نعم يجوز للمستعير أن يستوفى المنفعه بنفسه أو وكيله، و لا يعد ذلك إعاره الوكيل، لأن المنفعه عائده إلى المستعير لا إلى الوكيل.

(٤) أى و حيث يعير المستعير بغير إذن المالك فقد تعدى فيضمن العين لو تلفت لعدوانه، و كذا يضمن المستعير الثانى العين لو تلفت تحت يده لعدم الاذن له من قبل المالك.

و يرجع المالك على أيهما شاء بأجره المثل عن مده الإعاره الثانيه، لضمان كل منهما منافع المعين المستوفاه و غير المستوفاه، لماليه المنفعه مطلقا و قد فوّت على المالك فيضمنها الأول لعدوانه، و الثانى لعدم إذن المالك له.

(٥) مطلقا المستوفاه منها و غيرها.

فإن رجع (١) على المستعير الأول لم يرجع (٢) على الثانى الجاهل، إلا أن تكون العاريه مضمونه (٣) فيرجع عليه (٤) ببدل العين خاصه (٥)، و لو كان (٦) عالما استقر الضمان عليه (٧) كالغاصب (٨)، و إن رجع (٩) على الثانى رجع (١٠) على الأول بما لا يرجع عليه به (١١) لو رجع عليه (١٢)، (١) أى لو رجع المالك على المستعير الأول بأجره المثل و يبدل العين لو تلفت فلا يرجع الأول على الثانى، إن كان الثانى جاهلا بكونها عاريه إلا إذا كانت العاريه مضمونه عليه على كل حال كعاريه الذهب و الفضة فيرجع الأول عليه حينئذ، لأن الثانى ضامن لها على كل حال.

و إن كان الثانى عالما بكونها عاريه من غير إذن مالكةا فيرجع الأول عليه، لأن الضمان يستقر على من تلفت العين تحت يده، و المفروض أنها تلفت تحت يد الثانى، و تكون المسأله حينئذ كتعاقب الأيدى الغاصبه على العين مع استقرار الضمان على من تلفت العين عنده.

(٢) أى المستعير الأول.

(٣) كعاريه الذهب و الفضة.

(٤) فيرجع الأول على الثانى الجاهل.

(٥) و لا يرجع الأول على الثانى ببدل المنافع الذى هو أجره المثل لتسليط الأول للثانى عليها فكيف يرجع ببدلها.

(٦) أى المستعير الثانى.

(٧) على الثانى لتلف العين تحت يده فيرجع الأول عليه.

(٨) أى كمسأله تعاقب الأيدى الغاصبه على العين مع تلفها تحت يد أحدهم.

(٩) أى و لو رجع المالك على المستعير الثانى فإن كان عالما لا يرجع على المستعير الأول لاستقرار الضمان عليه، إذ لو رجع لكان قد ألتف العين بدون عوض، و إن كان جاهلا رجع على الأول، لأن الأول قد غرّه بأن العاريه له، و المغرور يرجع على من غرّه، إلا أن تكون العاريه مضمونه فلا يرجع الثانى على الأول و إن كان الثانى جاهلا لأنها مضمونه عليه على كل حال مع علمه بأنها عاريه و إن جهل بأنها لغير المستعير الأول.

(١٠) أى الثانى.

(١١) أى بما لا يرجع الأول على الثانى به.

(١٢) أى لو رجع المالك على الأول، و هذا لا يكون إلا فى صورته جهل الثانى حال كون العاريه غير مضمونه.

لغروره (١)، (و لو شرط سقوط الضمان فى الذهب و الفضة صح (٢) عملا بالشرط.

فى ما لو شرط سقوط الضمان

(و لو شرط سقوطه (٣) مع التعدى أو التفريط احتمل الجواز (٤) لأنه (٥) فى قوه الإذن له (٦) فى الإلتلاف فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء متاعه فى البحر).

و يحتمل عدم صحه الشرط، لأنهما (٧) من أسباب الضمان فلا يعقل إسقاطه (٨) قبل وقوعه (٩)، لأنه (١٠) كالبراءه مما لم يجب، و الأول أقوى (١١).

(١) تعليل لعدم رجوع الأول على الثانى.

(٢) أى صح شرط الإسقاط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص صحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: العاربه مضمونه؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضة، فإنهما يلزمان إلا أن تشتتر عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه) ٢.

(٣) أى سقوط الضمان.

(٤) قيل: يصح الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، و لأن معنى شرط سقوط الضمان عند التعدى هو الاذن فى إلتافه، و إذا أذن فى التلف لا يضمن التالف كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر.

و قيل: لا يصح الشرط باعتبار إنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، إذ الضمان مسبب عن التعدى أو التفريط لا قبلهما فكيف يسقط قبل حصول سببه، فإسقاط الضمان بمعنى الإبراء و لا يصح الإبراء مما لم يجب.

(٥) أى شرط سقوط الضمان.

(٦) للمستعير.

(٧) أى التعدى و التفريط.

(٨) أى إسقاط الضمان.

(٩) أى قبل وقوع سبب الضمان.

(١٠) أى إسقاط الضمان.

(١١) لأن الشرط بمعنى الاذن أولى من كونه بمعنى الإبراء.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العارية حديث ٢.

(و لو قال الراكب: أعرّتها، و قال المالك: آجرتها حلف الراكب (١)، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير (٢)، و إنما يختلفان في الأجره، و الأصل براءة ذمته منها (٣).

(و قيل): يحلف (المالك) (٤)، لأن المنافع أموال كالأعيان فهي بالأصله لملك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، و أصله براءة ذمته (٥) إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك (٦)، لا- من مطلق الحق (٧) بعد استيفائه منفعه ملك غيره. (و هو أقوى) و لكن لا يقبل قوله (٨) فيما يدعيه من الأجره، لأنه فيها مدع، كما أن الراكب بالنسبه إلى العاريه مدع، بل يحلف (٩) (١) فالقول قول الراكب مع يمينه كما عن الشيخ و ابن زهره و أول الشهيدين و الأردبيلي، لأن المالك مدع للأجره و الراكب ينكرها، و الأصل عدم اشتغال ذمه الراكب بالأجره.

(٢) فالمالك يزعم أنه ملك المنافع بالإجاره، و المستعير يزعم أنه ملكها بالإعارة.

(٣) أى و الأصل براءة ذمه مدعى العاريه من الأجره.

(٤) على المشهور، لأن المنافع مال للمالك كالعين فالأصل ملكيه المالك للمنافع و الراكب يدعى ملكيتها بغير عوض، و هو على خلاف الأصل المتقدم، فهو المدعى و المالك منكر فيقدم قول المالك مع يمينه.

و قول الراكب الموافق لأصله عدم اشتغال ذمته بالأجره لا يجعله منكرا مطلقا، بل يجعله منكرا بالنسبه إلى القيمه التى يدعيها المالك فقط، و لا يجعله منكرا مطلقا لأنه معترف باستيفاء منافع الغير.

و عليه فإذا حلف المالك سقطت دعوى الراكب بالإعارة و تثبت دعوى المالك بأنها مستأجره، و لكن لا تثبت أجره المسمى من قبل المالك، لأن المالك بخصوصها مدع و الراكب ينفيها بدعواه العاريه، و لا يمكن الأخذ بقول الراكب فتنتفى أجره المسمى و تثبت أجره المثل.

(٥) أى ذمه الراكب.

(٦) من أجره المسمى.

(٧) و أنه قد استوفى منافع الغير.

(٨) أى قول المالك فى أجره المسمى.

(٩) أى المالك، و المعنى فيمين المالك لا تثبت إلا نفى العاريه فقط، أما مقدار الأجره فهو شىء آخر لا يثبت بيمينه لأنه مدع به و الآخر منكر، غير أن هذا المنكر - و هو الراكب -

على نفى العاربه،(و يثبت له (١) أجره المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه (٢)،(إلا أن تزيد) أجره المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه (٣) بعدم استحقاقه سواء (٤).

و يشكل (٥) بأن المالك يدعى الزائد من الأجره (٦) على تقدير زياده ما يدعيه عن أجره المثل، و الراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعى يقتضى نفيه (٧)، و حلفه (٨) على نفى الإعاره لم يدل على نفى الإجاره، كما لم يدل على إثباتها (٩)، و إثبات أقل لما لم يؤخذ بقوله فى دعوى العاربه لا يؤخذ بقوله بنفى مقدار الأجره مطلقا، فضلا عن اعترافه باستيفاء المنافع فى ملك الغير فتثبت أجره المثل دون أجره المسمى.

(١) أى للمالك.

(٢) من الغير.

(٣) أى اعتراف المالك.

(٤) سوى المسمى، و هو اختيار العلامة فى القواعد أيضا.

(٥) أى و يشكل نفى الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل، و وجه الإشكال أن أجره المثل ثابتة على الراكب لاعترافه باستيفاء منافع ملك الغير، فهى ثابتة عليه سواء حلف المالك أم لا، و أما نفى الزائد عنها من أجره المسمى فلا دليل عليه، لأن يمين المالك إنما هى على نفى العاربه و ليست على إثبات الأجره أو نفيها، فلا يصح نفى الزائد المذكور إلا بحلف الراكب، لأنه المنكر للأجره مطلقا، مع أن المشهور لم يلزموا الراكب بيمين على نفيه كما ألزموا المالك بيمين على نفى العاربه.

و بهذا يضعف قول المشهور، و أن الأقوى أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و منكر، فالمالك مدع للإجاره و منكر للإعاره و الراكب بالعكس، و هذا مورد التحالف، فيحلف المالك على نفى العاربه و يحلف الراكب على نفى الأجره المدعاه من قبل المالك، و تثبت أجره المثل لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، إلا أن تكون أجره المسمى أقل، فيثبت الأقل لاعتراف المالك بعدم استحقاقه سوى المسمى، و هذا ما عليه العلامة فى المختلف و الشهيد فى بعض تحقیقاته و تبعهما جماعه عليه.

(٦) أى أجره المسمى.

(٧) نفى الزائد.

(٨) أى حلف المالك.

(٩) أى إثبات الإجاره مع لوازم أجرتها المسماه.

الأمريين (١) باليمين (٢) مسلم (٣)، لكن يبقى النزاع فى الزائد (٤) على تقديره لا يندفع (٥) إلا بحلف الراكب على نفى الإجاره، أو نكوله (٦) فيحلف المالك عليها (٧)، و يأخذ الزيادة.

فالأقوى حينئذ أنهما يتحالفان لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه فيحلف المالك على نفى الإعاره، و الراكب على نفى الإجاره و يثبت أقل الأمرين (٨)، لانتفاء الزائد من المسمى (٩) بيمين المستعير، و الزائد عن أجره المثل (١٠) باعتراف المالك (١١). و هذا هو الذى اختاره المصنف فى بعض تحقيقاته.

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مده لها أجره عادته، أو ما يدعى (١١) (١) من أجره المثل و أجره المسمى، على تقدير كون أجره المثل أقل.

(٢) أى باليمين من قبل المالك.

(٣) وفيه: إن الأقل و هو أجره المثل فى المثال المفروض قد ثبتت لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، و لم تثبت ليمين المالك، لأن يمينه على نفى الإعاره.

(٤) و هو الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل.

(٥) أى لا ينتفى.

(٦) أى نكول الراكب عن اليمين مع حلف المالك اليمين المردوده عليه فيثبت الزائد، غير أنه قد ثبت بيمينين من قبل المالك، يمين المنكر حال كونه نافيا للعاريه، و يمين المدعى المردوده، حال كونه قد ادعى الأجره، هذا مع أن المشهور قد اكتفى بيمين واحده من المالك و أنها يمين المنكر فى مقام نفى الزائد و لم يتعرضوا لمقام إثباته.

(٧) على الإجاره.

(٨) من أجره المثل و من أجره المسمى، فلو كانت أجره المثل هى الأقل فهى ثابتة لاعتراف الراكب بالاستيفاء كما تقدم، و لو كانت أجره المسمى هى الأقل فهى ثابتة لاعتراف المالك بعدم استحقاق سواها.

(٩) إذا كانت أجره المثل أقل.

(١٠) إذا كانت أجره المسمى أقل.

(١١) و هو اعترافه بعدم استحقاقه سوى المسمى.

(١٢) أى المالك، و المعنى ما تقدم يجرى فيما لو وقع الاختلاف بعد انقضاء مده يدعى المالك كونها مده الإجاره، أو وقع الاختلاف بعد مضى مده لها أجره عادته.

كونها مده الإجاره، أما قبله (١) فالقول قول الراكب فى نفى الإجاره، و تستردّ العين (٢).

(١) أى قبل الانقضاء بحيث وقع الاختلاف بعد العقد و لم يقع من الراكب استيفاء للمنافع أبدا، فلا إشكال و لا خلاف - كما فى الجواهر - فى تقديم قول الراكب مع يمينه فى عدم الإجاره، لأن المالك يدعى ثبوت الأجره عليه و الأصل عدم اشتغال ذمته بالأجره.

و لم يدع الراكب هنا استيفاء المنافع بغير عوض حتى يعارض بالأصل من أن المنافع للمالك، لأنه لا استيفاء أبدا، و هذا هو الفارق بين فرعنا و بين الفرع المتقدم.

(٢) لأن الإجاره باطله بيمين الراكب، و العاريه باطله لدعوى المالك للإجاره، لأن بدعواه المذكوره ينفى العاريه، و نفيه لها فسخ منه لها على تقدير ثبوتها واقعا لأنها من العقود الجائزه و هذا النفى كاف فى فسخها، فلا بدّ من رد العين إلى مالكها حينئذ لعدم إذن من المالك بوضعها تحت يد الراكب لا بالإجاره و لا بالعاريه.

كتاب المزارعه

اشاره

ص: ٣٣٥

فى معنى المزارعه و ألفاظها

(و هى) لغه مفاعله من الزرع، و هى تقتضى وقوعه منهما (١) لا إشكال فى مشروعيتها، لأنها معاملته عقلائيته لم يردع عنها الشارع، و لجمله من الأخبار المتعرضه لإحكامها و سيأتى التعرض لها، بل إنها مستحبه ففى خبر الواسطى (سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن الفلاحين قال: هم الزارعون كنوز الله فى أرضه، و ما فى الأعمال شىء أحب إلى الله من الزراعة، و ما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطا) (١)، و فى خبر ثان (إن الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء) (٢)، و فى ثالث (الكيمياء الأكبر الزراعة) (٣)، و فى رابع (الزارعون كنز الأنعام يزرعون طيبا، أخرجهم الله، و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزله، يدعون المباركين) (٤)، و فى خامس (سئل النبى صلى الله عليه و سلم أى الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه و أصلحه و أدى حقه يوم حصاده، قال: فأى الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر، يقيم الصلاة و يؤتى الزكاه، قال: فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير و يروح بخير، قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات فى الوحل المطعمات فى المحل، نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق، اشتدت به الريح فى يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها، قيل: يا رسول الله: فأى المال بعد النخل خير فسكت، فقام إليه رجل

ص: ٣٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ٢.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٤١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ٧.

معا (١)، لكنها في الشرع صارت (معامله على الأرض بحصه من حاصلها (٢) إلى أجل معلوم)، و نسب الفعل (٣) إليهما (٤) بفعل (٥) أحدهما مع طلب الآخر (٦) فقال له: فأين الابل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة(١)، و تسمى بالمخابره و لعله من الخبره بمعنى النصيب أو من الخباره بمعنى الأرض الرخوه.

(١)المزارعه مفاعله من الزرع، و المفاعله لغه تقتضى وقوع الزرع منهما، غير أن المزارعه في الاصطلاح بأنها معامله على الأرض بحصه من حاصلها، بحيث يوقع صاحب الأرض و العامل معامله على الأرض ليزرعها العامل و يكون للمالك حصه من الزرع، و هذا يفيد أن الزرع لم يقع إلا من العامل فقط. و قد يجاب تحقيقا للمعنى اللغوى القاضى بوقوع الزرع منهما أن صاحب الأرض بإيقاعه المعامله مع العامل قد أمر العامل بالزرع و يطلق على الأمر بالزرع لفظ الزارع نظرا إلى سببته الأمر فى وقوع الزرع كالمضاربه فالعامل فيها قد وقع منه الضرب إلا أن رب المال لما أمر فيقال له مضارب أيضا.

(٢)عَرَفَ الأ-كثر بأنها معامله على الأرض بحصه من حاصلها، و المعامله جنس تشمل إجاره الأرض و بيعها و المساقاه و بقيد (على الأرض) تخرج المساقاه لأنها معامله على الأ-صول القائمه لسقيها بحصه من ثمرها، و بقيد (بحصه من حاصلها) تخرج الإجاره و البيع، لأنهما معامله على الأرض بعوض معين، بل لو كان هذا العوض من حصه الحاصل لبطلت الإجاره و البيع، لأن العوض المعين يجب أن يكون متحققا و الحصه من الحاصل قد لا تتحقق عند عدم نتاج الأرض شيئا من الزرع.

هذا و زاد المصنف و جماعه على التعريف (إلى أجل معلوم)، و هذا القيد من جمله شروط المزارعه، فذكره فى التعريف إما لبيان الواقع من أنها لا تصح إلا بهذا الشرط، و إما لإخراج المزارعه الفاسده لأن مجهوليه الأجل توجب فساد المزارعه، و إما للاستطراد فى ذكر هذا الشرط من باب الكشف عن الماهيه بذكر بعض شروطها، و هذا الكشف استطرادى هنا، لأن الكشف فى التعريف إنما يكون فى الأركان و هى الأجزاء من جنس و فصل، و لا يتم بذكر الشروط.

(٣)و هو الزرع.

(٤)إلى العامل و رب الأرض.

(٥)أى بسبب فعل أحدهما، و هو زرع العامل.

(٦)أى طلب الزرع من رب الأرض.

ص: ٣٣٨

فكأنه (١) لذلك فاعل (٢) كالمضاربه، و خرج بالمعامله على الأرض المساقاه، فإنها (٣) بالذات على الأصول (٤)، و بالحصه (٥) إجاره الأرض للزراعه، أو الأعم (٦)، إذ لا تصح (٧) بحصه من الحاصل. و قيد الأجل (٨) لبيان الواقع (٩)، أو تخصيص للصحيحه (١٠)، أو استطراد لبعض الشرائط التى يحصل بها (١١) الكشف عن الماهيه (١٢)، و إن لم يكن ذكرها (١٣) من وظائف التعريف (١٤).

(و عبارتها (١٥): زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، و شبهه) كقيلتك (١) أى فكأن رب الأرض لطلبه الزرع.

(٢) أى زراع.

(٣) أى المساقاه.

(٤) أى الشجر القائم.

(٥) أى و خرج بالحصه.

(٦) أى إجارتها للأعم من الزراعه و غيرها.

(٧) أى إجاره الأرض.

(٨) الذى ذكره المصنف.

(٩) من أنه شرط فيها.

(١٠) أى تخصيص للتعريف بالصحيحه مع إخراج المزارعه الفاسده.

(١١) بهذه الشرائط.

(١٢) أى ماهيه المزارعه.

(١٣) أى ذكر الشرائط.

(١٤) إذ وظيفته الاقتصار على الأجزاء فى مقام الكشف عن الماهيه.

(١٥) المزارعه معامله بين رب الأرض و العامل، فهى عقد مؤلف من الإيجاب و القبول، و هو عقد لازم بلا خلاف فى ذلك، و يقتضيه الأمر بالوفاء بالعقود إلا ما خرج بالدليل، و لا دليل على إخراج المزارعه. و على مبنى مشهور القدماء لما كانت المزارعه من العقود اللازمه فيشترط فى إيجابها و قبولها كل لفظ صريح، فلا ريب فى الاجتزاء حينئذ فى الإيجاب بلفظ (زارعتك، و سلمت إليك، و قبيلتك الأرض، و عاملتك على الأرض بحصه من حاصلها)، و نحوها من صيغ الماضى الداله على الإنشاء صريحا، و كذا القبول، و قد اختار العلامه فى القواعد الاكتفاء بالقبول الفعلى، و قال عنه فى الجواهر: (و ما اختاره العلامه فى

القواعد فى غير محله).

ص: ٣٣٩

هذه الأرض، و نحوه من صيغ الماضي الداله على إنشاء العقد صريحا.

و المشهور جوازها بصيغه ازرع (١) هذه الأرض، استنادا إلى روايه قاصره الدلاله عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره (٢)، فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظا) على الأقوى (٣) كغيره (٤).

في أحكام المزارعه

(و عقدها لازم (٥)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٦)، إلا ما أخرجه الدليل.

هذا و قد عرفت أنه يكفي صدق العقد، و هو صادق عرفا على كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب و القبول، و إن لم يكن صريحا، بل تكفى المعاطاه و الكتابه و نحو ذلك من الدوالي العرفيه على إنشاء الإيجاب و القبول.

نعم لا- يصح إنشاء الإيجاب بلفظ الأمر، لعدم تحقق الإنشاء به عرفا، إلا أن المشهور أجازوا ذلك استنادا إلى خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع الأرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال: لا ينبغي أن يسمّى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصفا و ثلثا و ما كان من شرط، و لا يسمّى بذرا و لا بقرا) (١) و إلى خبر النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان (أنه قال: في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمّى شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا، إن شئت نصفا و إن شئت ثلثا) ٢.

و الوارد فيهما صيغه المضارع كما في الوسائل و الجواهر و غيرهما.

و ردّ المشهور بأن الروايه لا تدل على الأمر بل على المضارع، و بأن الروايه لا تدل على وقوع الإيجاب بهذه الصيغه من المضارع و إلا- لوجب ذكر القبول، مع أنه غير مذكور، و هذا كاشف عن أن هذا المذكور في الروايه من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ليتقرر الأمر بينهما.

(١) كفعل أمر.

(٢) لأن العقد اللازم لا يصح إنشاؤه إلا بلفظ الماضي عند المشهور.

(٣) في قبال مخالفه علامه.

(٤) أى كغيره من العقود اللازمه.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) في قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

-
- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ١٠ و ٥ .
- ٢- (٣) سورة المائدة، الآية: ١ .

و ليس هذا (١) منه (٢) إجماعا.

(و يصح التقايل فيه (٣)، لأنه معاوضه محضه فيقبلها (٤) كالبيع، (و لا تبطل بموت أحدهما (٥)، لأن ذلك من مقتضى اللزوم.

ثم إن كان الميت العامل (٦) قام وارثه مقامه في العمل، و إلا (٧) استأجر الحاكم عليه (٨) من ماله (٩)، أو على (١٠) ما يخرج من حصته، و إن كان (١١) المالك بقيت (١٢) بحالها، و على العامل القيام بتمام العمل، و استثنى من الأول (١٣) ما لو شرط عليه (١٤) العمل بنفسه فمات قبله (١٥).

(١) أى عقد المزارعه.

(٢) أى مما أخرجه الدليل.

(٣) أى فى عقد المزارعه، و التقايل هو إبطال العقد المستند إلى اختيار المتعاقدين، و يصح التقايل فيه لإطلاق أدله الإقاله، كما ورد فى الخبر (من أقال مسلما أقال الله عشرته يوم القيامة).

(٤) أى يقبل الإقاله.

(٥) كغيره من العقود اللازمه، لأن مقتضى اللزوم عدم بطلانه، و للاستصحاب.

(٦) إذا كان الميت صاحب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، و إن كان العامل قام وارثه مقامه فى العمل، أو استأجر الحاكم من مال العامل أجيرا أو يستأجر من الحصة التى له من الحاصل، نعم لو شرط المالك على العامل مباشرته للعمل فيبطل عقد المزارعه بموت العامل، لعدم إمكان تحقق الشرط، سواء كان موته قبل خروج الزرع أو بعده، و استشكل الشارح فى البطلان بعد خروج الزرع، لأنه قد ملك الحصة و إن وجب عليه بقيه العمل، فخرج الحصة عن ملكه بعد ذلك بعيد، و ردّه فى الجواهر بأن الملك و إن حصل لكنه مترنزل إلى حصول تمام العمل من نفس العامل، و المفروض عدمه.

(٧) أى و إن لم يكن للعامل وارث.

(٨) أى على العمل.

(٩) أى من مال العامل.

(١٠) أى يستأجره على ما يخرج من حصه العامل.

(١١) أى الميت.

(١٢) أى المزارعه.

(١٣) فيما لو كان الميت هو العامل.

(١٤) أى على العامل.

(١٥) أى قبل إتمام العمل ليشمل ما لو باشر العمل و ما لم يباشر، و الحكم ببطالان المزارعه

ص: ٣٤١

و يشكل لو مات بعده (١) خصوصا بعد ظهور الثمره و قبل تمام العمل لأنه قد ملك الحصه.

(و لا بد من كون النماء مشاعا (٢) بينهما (تساويا فيه (٣)، أو تفاضلا (٤) فلو شرط لأحدهما شيء معين (٥) و إن كان البذر، و للآخر الباقي، أولهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها (٦) ما يزيد على المشروط، و عدمه، (و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمه (٧) مضافا إلى الحصه) من ذهب، أو فضه، أو غيرهما لفوات موضوع الشرط.

(١) أى بعد الشروع فى العمل.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تقبل الأرض بحنطه مسماء، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به، و قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) (١).

(٣) فى النماء كمناصفته بينهما.

(٤) لتصريح الصحيح المتقدم بالتفاضل.

(٥) كأن يشترط أن يكون للعامل حصه معينه من النماء فى قبال البذر على أن يكون الباقي بينهما إشاعه فلا يجوز على المشهور لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء، و لجواز أن لا تحصل هذه الحصه المعينه.

و ذهب الشيخ و ابن البراج و ابن ادريس و العلامة فى المختلف إلى جواز استثناء حصه معينه بمقدار البذر على أن يكون الباقي على نحو الإشاعه، لأن النصوص المتقدمه ظاهره فى صحه المزارعه بالحصه المشاعه كالثلث و الربع، و هى حاصله هنا، و عليه فلا- تكون النصوص ظاهره فى إشاعه جميع الحاصل بينهما و الأقوى المنع لظهور النصوص فى إشاعه جميع الحاصل، و منه تعرف بطلان ما لو اشترط أحدهما حصه معينه من باب الرغبه فى الاختصاص و ليس من باب أنها للبذر، و تعرف بطلان ما لو شرط لأحدهما حصه معينه و الباقي للآخر.

(٦) من الأرض.

(٧) لو شرط أحدهما على الآخر بالإضافة إلى الحصه المشاعه من الحاصل أن يدفع مائه دينار أو مائه درهم أو شيئا آخر من غير النماء صح الشرط على المشهور، لأن شرط الإشاعه

ص: ٣٤٢

(صح) على المشهور و يكون قراره (١) مشروطا بالسلامه (٢)، كاستثناء (٣) أوطال معلومه من الثمره فى البيع، و لو تلف البعض سقط من الشرط (٤) بحسابه (٥)، لأنه (٦) كالشريك (٧)، و إن كانت حصته معينه، مع احتمال أن لا يسقط شىء فى مجموع الحاصل حاصل، و إنما الزيادة لأحدهما فى غير النماء فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و قيل: لا- يصح، و عن المسالك و غيره أنه لم يعرف القائل، بل و لا دليله لمخالفته لعموم نفوذ الشروط من غير مخصص أو مقيد.

و على المشهور فالمشروط له يملك حصه معينه من خارج النماء و حصه مشاعه من مجموع النماء، و عليه فلو خرج النماء سليما و لم يتعرض للتلف و لا للنقصان بحسب عادته فيثبت للمشروط له ما تقدم.

و لو تلف بعض النماء أو نقص بحسب عادته فقد ذهب الشارح إلى سقوط نسبه التالف من الحصه المعينه أيضا، فلو كانت الحصه المعينه مثلا- مائه دينار، و كان الحاصل بحسب العاده مائه من فنقص إلى الخمسين فتنقص الحصه المعينه إلى الخمسين أيضا، لأن الشرط جعل الحصه المعينه من الخارج كالشريك معهما، فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل النقص على الشريك الثالث.

و فيه: إنه على خلاف عموم أدله صحه الشرط أو إطلاقها، فلا يسقط من الشرط شىء و لو تلف جميع الحاصل فضلا عن تلف بعضه.

(١) أى قرار الشرط.

(٢) أى سلامه جميع النماء من التلف أو النقصان.

(٣) تشبيه لكون قرار الشرط مشروطا بالسلامه، فلو باع جميع الثمره ما عدا أوطال معلومه منها، فالاستثناء لازم بشرط سلامه المبيع من التلف أو النقصان.

(٤) المتعلق بالحصه المعينه.

(٥) أى بحساب التالف و نسبته.

(٦) أى الشرط بالحصه المعينه.

(٧) أى كالشريك معهما فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل على الثالث، و إن كان الثالث حصه معينه.

ص: ٣٤٣

بذلك عملاً بإطلاق الشرط.

(و لو مضت المده و الزرع باق (١) فعلى العامل الأجره (٢) لما بقى من المده، (و للمالك قلعه (٣) إذ لا حق للزارع بعدها، فيتخير المالك بين القلع، و الإبقاء بالأجره إن رضى العامل بها، و إلا (٤) قلع، و لا أجره للمالك على ما مضى من المده لو لم ينتفع بالمقلوع (٥)، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال (٦) وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض (١) يشترط فى عقد المزارعه تعيين المده، بلا خلاف فيه، فإن شرطت مده معينه فهو، و لو لم تشترط المده بل وقع عقد المزارعه على زرع الحنطه مثلا فقط فهل يصح العقد لأن للزرع أمدا بحسب العاده فيبنى العقد عليه و يكتفى بذلك عن ذكر المده و هذا ما عليه جماعه، أو يحكم بطلان العقد كما عليه المشهور، لأن أمد الزرع غير مضبوط فلا بد من التعيين دفعا للضرر.

و على كل فلو عينت مده معينه و قد مضت و الزرع باق فهل للمالك إزالته أو لا؟ ذهب المشهور إلى ذلك، لأن العامل يستحق التبقية فى المده، و بعدها يكون المالك مسلطا على ملكه كيف شاء، و لأنه لاحق للعامل فى إبقائه بعد المده فلو أبقاه بدون رضا المالك يكون ظلما.

و عن بعضهم أنه ليس له الإزاله، لأن الزرع قد حصل فى الأرض بحق فلا يكون للمالك قلع، و لأن للزرع أمدا معيناً غير دائم الثبات فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر الأرض مده معينه للزرع و انقضت قبل إدراك الزرع.

و عن العلامه فى القواعد بأن للمالك القلع مع الأرش، هذا و قال الشارح فى المسالك:

(نعم لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صح، لأن الحق لا يعدوهمما، و لكن لا يجبر أحدهما عليه) انتهى.

(٢) إن اتفق على إبقائه بعوض كما سيأتى.

(٣) هذا هو القول الأول و هو المشهور.

(٤) و إن لم يرض العامل بالأجره قلع المالك.

(٥) لأن مقتضى عقد المزارعه قصر حق المالك على الحصة إن سلمت، و قد رضى بذلك و عليه أقدم.

(٦) أى مع احتمال وجوب الأجره على الزارع إن كان التأخير بتفريطه لا بسبب طبيعى، و مع تفريطه يكون قد ضيع منفعة الأرض على المالك فى تلك المده فيضمن الأجره.

بتأخيرته، ولا فرق في كون المقلوع بينهما (١) بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع.

و هل يستحق المالك قلعه بالأرض، أو مجانا قولان (٢)، و ظاهر العبارة ككثير عدمه، و على القول به (٣)، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائما بالأجره إلى أوان حصاده و مقلوعا.

(و لا بدّ من إمكان الانتفاع بالأرض (٤) في الزراعه المقصوده منها (٥)، أو في نوع منها مع الإطلاق (٦) بأن يكون لها (٧) ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع (٨)، أو تسقيها الغيوث غالبا)، أو الزيادة (٩) كالنيل. و الضابط إمكان الانتفاع بزرعها (١) أى فإن جاز للمالك القلع، فالمقلوع بينهما على ما اشترطا من الحصه سواء كان البذر من المالك أم من الزارع، لأن تعيين الحصه قد تم بالعقد و لم يستثن البذر، بل لو استثنى البذر من الحاصل لكان مبطلا على القول المشهور و قد تقدم.

(٢) قول المشهور أن له القلع بدون الأرض، و قول العلامة أن له القلع مع الأرض جمعا بين الحقين، و قد تقدما.

(٣) أى بالأرض فطريق معرفه الأرض أن يقوم الزرع قائما في الأرض بالأجره إلى أوان حصاده، و كونه بالأجره لأنه لا يستحق على المالك الإبقاء، و أن يقوم الزرع مقلوعا، و التفاوت بينهما هو الأرض.

(٤) يعتبر في عقد المزارعه أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها عادة، بأن تكون من الأراضى الزراعيه و أن يكون لها ماء و لو تقديرا، إما من نهر أو بئر أو عين أو غير ذلك، حتى المطر بحيث يكون هذا الماء كافيا لسقى الزرع غالبا، بلا خلاف في ذلك، لمنافاه عدم إمكان الانتفاع بها لمقتضى العقد، إذ العقد ينصرف إلى ما يمكن حصول المقصود من الزراعه، و هو لا يتحقق إلا في الأرض التى يمكن الانتفاع بها على التفصيل المتقدم.

(٥) أى الزراعه المقصوده من المزارعه، و المراد من المزارعه هو عقدها.

(٦) أى مع إطلاق عقد المزارعه فيصح للعامل أن يزرع الحنطه مثلا التى هى نوع من الزراعه المقصوده، فيجب أن تكون الأرض قابله للانتفاع فى هذه الزراعه.

(٧) للأرض.

(٨) قال فى مصباح المنير: (و المصنع ما يصنع لجمع الماء نحو البركه و الصهريج).

(٩) عطف على الغيوث، و المعنى أن تسقيها الزيادة الحاصله من ماء نهر كالزيادة الحاصله من نهر النيل عند فيضانه.

المقصود عادة، فإن لم يمكن (١) بطلت (٢) المزارعه و إن رضى العامل (٣)، (و لو انقطع) الماء (فى جميع المده (٤) مع كونه معتادا لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعه، (و فى الأثناء (٥) يتخير العامل) (٦) لطرو العيب (٧)، و لا- يبطل العقد (٨)، لسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار، (فإن فسخ (٩) فعليه) من الأجره (بنسبه ما سلف) من المده، لانتفاعه (١٠) بأرض الغير بعوض (١١) لم يسلم له (١٢)، (١) أى الانتفاع.

(٢) لعدم تحقق الشرط من الانتفاع.

(٣) لأن رضاه لا يجعل الأرض قابله للانتفاع مع أن العقد يقتضى أن تكون قابله لذلك.

(٤) ابتداء و استدامه فتتفسخ المزارعه لفوات الشرط، و إن كان نزوله معتادا قبل ذلك.

(٥) بحيث كان الماء موجودا عند العقد ثم انقطع فيما بعد، و بانقطاعه تخرج الأرض عن القابليه، قال الشارح فى المسالك: (قد عرفت أن إمكان الزرع شرط صحه المزارعه، فإذا وجد الشرط فى الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعده بطلان العقد لفوات الشرط لباقي المده، و لكن المصنف - أى المحقق - و علامه أطلقا القول بعدم البطلان، بل حكما بتسلطه - أى العامل - على الفسخ، و كأنهما نظرا إلى صحه العقد ابتداء فيستصحب، و الضرر اللاحق للزراع بانقطاع الماء يجبر بتسليطه على الفسخ) انتهى.

(٦) بين الفسخ و الإمضاء.

(٧) و هو خروج الأرض عن الانتفاع بسبب انقطاع الماء.

(٨) كما عن المحقق و علامه، و إلا فمقتضى القواعد البطلان.

(٩) أى العامل فعليه أجره الأرض للمده السابقه كما عن علامه فى الإرشاد و الشهيد، لأن العامل قد انتفع بالأرض فى هذه المده فى قبال عوض للمالك على أن يكون العوض حصه من الحاصل، و لم يسلم هذا العوض للمالك لاختيار العامل الفسخ، فالعامل بالفسخ قد قوّت على المالك عوض الأرض المسمى فيثبت له الأجره حينئذ.

و فيه: إن فسخ العامل من أجل عدم الانتفاع بالأرض فالزامه بالعقد ضرر عليه و لذا جوزنا له الفسخ، فلم يكن الفسخ لإضرار الغير بل لرفع الضرر عنه هذا من جهة و من جهة أخرى فعمل العامل فى أرض الغير فى المده مشروط بالحصه لا بالأجره، و إذا فاتت الحصه لا بسبب اختيار العامل فلا شىء عليه حينئذ.

(١٠) أى العامل.

(١١) و هو الحصه من الحاصل.

(١٢) أى للغير الذى هو صاحب الأرض.

و زواله (١) باختياره (٢) الفسخ.

و يشكل بأن فسخه (٣) لعدم إمكان الإكمال (٤)، و عمله الماضى مشروط بالحصة، لا بالأجره، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغى أن لا يلزمه شيء آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعه توجه ذلك (٥).

(و إذا أطلق المزارعه (٦) زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء (٧) أن شرط عليه (٨)، و إنما تخير مع الإطلاق، (١) أى زوال العوض.

(٢) أى بسبب اختيار العامل.

(٣) أى فسخ العامل.

(٤) ففسخه لرفع الضرر عنه لا لإضرار الغير.

(٥) لأن عقد الإجاره قد وقع على عوض معين فى قبال استيفاء منافع الأرض فى مده معينه، فلو خرجت الأرض عن الانتفاع فى أثناء المده لبطل عقد الإجاره، و يثبت على العامل أجره الأرض لما سلف من المده، لأن المالك لم يقدم على إجارته بحصه من حاصلها، و إنما بعوض معين لمده معينه، فإن لم تسلم المده المعينه للعامل قسّطت الأجره على ما مضى و أخذ المالك النسبه.

(٦) هل تعيين نوع الزرع شرط فى صحه عقد المزارعه، ذهب المشهور إلى العدم، و ذهب العلامة فى التذكره إلى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركه الضرر، و ردّ بأن المالك قد دخل على أضّر الأنواع إذا أطلق، و بإطلاقه يصح للعامل أن يزرع أى نوع و لو كان أضّرّها، و عليه فالإطلاق هنا كما لو عمم المالك لأن بالتعميم دخل كل فرد من أفراد الماهيه باللفظ، و الإطلاق قد دل على الماهيه من حيث هى، و كل فرد متضمن لهذه الماهيه فيكون الأمر بها أمرا بكل فرد من أفرادها حينئذ.

و عن المحقق الثانى التفريق بين التعميم و الإطلاق فمع التعميم يجوز زرع الفرد الأشدّ ضررا بخلاف الإطلاق فلا يجوز، لأن الإطلاق تجوز للقدر المشترك بين الأفراد، و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشدّ ضررا، و ضعفه ظاهر لأن المطلق دال على الماهيه من حيث هى و هى محققه فى كل فرد حتى الفرد الأشدّ ضررا منه، أما لو كان البذر من المالك كما سيأتى فى بعض الصور فالتخير حينئذ للمالك و هذا واضح.

و على الإطلاق من قبل المالك يجوز للعامل أن يزرع ما شاء بشرط كون البذر.

(٧) أى ما شاء المالك.

(٨) أى شرط البذر على المالك.

لدلاله المطلق على الماهية من حيث هي، و كل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه (١)، و أولى منه لو عمم الإذن، لدلالته (٢) على كل فرد فرد.

و ربما فرق بين الإطلاق، و التعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الأفراد، و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى (٣)، بخلاف التعميم. و مما ذكرناه يظهر ضعفه.

في ما لو عين شيئا من الزرع

(و لو عين) شيئا من الزرع (لم يتجاوز ما عين له (٤)، سواء كان المعين شخصا كهذا الحب أم صنفيا كالحنطة الفلانية (٥)، أم نوعيا (٦) أم غيره (٧)، لاختلاف الأغراض باختلافه (٨) فيتعين ما تعلق به، (فلو) خالف و (زرع الأضر (٩) (١) أى ضمن كل فرد.

(٢) لدلاله العموم لفظا.

(٣) أى الأشد ضررا.

(٤) لو عين المالك شيئا من الزرع لم يتجاوز العامل ما عين له، بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٥) كالحنطة ذات الحب الكبير مثلا.

(٦) كمطلق الحنطة مثلا.

(٧) كمطلق الحبوب فى قبال عدم زرع غير الحبوب من الخضراوات.

(٨) أى باختلاف الزرع.

(٩) فلا تجوز المخالفه بلا خلاف فيه لعدم وجود مفهوم الموافقه، و لو خالف كان المالك بالخيار إن شاء فسخ و له أجره المثل، و إن شاء أمضى العقد و له الحصه المسماه مع الأرض لما تضررت به الأرض من زرع الأشد ضررا، كما ذهب إليه علامه و المحقق، أما جواز الفسخ للمالك لعدم وفاء العامل بالشرط، و إن فسخ المالك كان المزروع بتمامه - و هو الأشد ضررا - غير مأذون فيه فيثبت على العامل أجره المثل أعنى أجره الأرض.

و إن أمضى المالك العقد فهو إمضاء لما أذن به سابقا فى المعين، غير أن هناك ضررا زائدا على المعين غير مأذون فيه العامل فيثبت عليه الأرض لهذا الزائد فقط، فالمالك له الحصه فى قبال المأذون، و له الأرض فى قبال الزائد.

و أشكل المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهما كصاحب الرياض بأن الحصه المسماه قد وقعت

(قيل: تخير المالك بين الفسخ فله أجره المثل) عما زرعه، (و بين الإبقاء، فله المسمى مع الأرض).

و وجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزياده فى ضمن زرع الأضر، فيتخير بين الفسخ لذلك (١) فيأخذ الأجره لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه (٢)، لأنه (٣) غير المعقود عليه، و بين أخذ المسمى (٤) فى مقابله مقدار المنفعة المعينه مع أخذ الأرض فى مقابله الزائد الموجب للضرر.

و يشكل (٥) بأن الحصة المسماه إنما وقعت فى مقابله الزرع المعين و لم يحصل، و الذى زرع لم يتناوله العقد، و لا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه (٦) الحصة، و من ثمّ نسبه إلى القيل تنبيهها على تمريره.

و الأقوى وجوب أجره المثل خاصه.

(و لو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز) (٧) فى قبال المعين و لم يحصل، و الذى حصل هو زرع الأشد و هو غير مأذون فيه فلا استحقاق للمالك شيئا من الحصة فوجب أجره المثل للأرض فى كل المده عن الزرع الأشد هو الأقوى.

(١) أى لمخالفه المعين إلى الأشد.

(٢) فى صورته الفسخ.

(٣) أى المزروع.

(٤) فى صورته الإبقاء و عدم الفسخ.

(٥) الإشكال على ما لو أبقي المالك العقد.

(٦) فى الذى زرع.

(٧) لو عين المالك نوعا من الزرع فهل يجوز للعامل الانتقال إلى الأقل ضررا، فعن جماعه أنه يجوز التعدى لمفهوم الموافقه، و عن المحقق و الشهيد الثانين عدم الجواز، قال الشارح فى المسالك: (و غرض مالك الأرض ليس منحصرافا فيما يتعلق بمصلحه الأرض، بل القصد الذاتى له إنما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه لا مقصوده بالذات، فلا شك أن الأغراض مختلفه فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه فى الأشد ضررا من حيث نفعه و الحاجه إليه و إن حصل للأرض ضرر، و لا يتعلق غرضه بالأخف و إن انتفعت الأرض، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا فى جواز ترك المزارع

فيستحق (١) ما سَمَاه من الحصة، و لا أرش (٢)، و لا خيار (٣)، لعدم الضرر.

و يشكل بأنه (٤) غير معقود عليه أيضا (٥) فكيف يستحق فيه (٦) شيئا، مع أنه (٧) نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه.

و الأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق.

في صور المزارعه

(و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل (٨) العمل نظرا إلى مصلحه الأرض، و حينئذ فالأقوى عدم التعدي لما عيّن مطلقا) انتهى.

هذا و إن جاز التعدي و قد تعدى العامل فلا يستحق المالك الفسخ لعدم تخلف الشرط، لأن الاذن بالمعين إذن بالأقل، و لا أرش للمالك لعدم زياده ضرر على الأرض بحسب الغرض، نعم يستحق المالك الحصة.

و إن لم يجز التعدي و قد تعدى العامل فقد حكم العلامة بكون المالك بالخيار بين الفسخ لتخلف الشرط و بين الإبقاء، و مع الفسخ فله أجره المثل عن الأرض في المده، و مع الإبقاء فله الحصة المسماه من دون أرش لأنه لا زياده ضرر على المالك بحسب الفرض.

و أشكل عليه بأن المالك لو أبقى العقد فالحصة للمعين و لم يحصل، و ما حصل غير مأذون فيه لأنه حسب الفرض لا يجوز التعدي فالأقوى أجره المثل.

(١) أى المالك.

(٢) لعدم زياده ضرر.

(٣) لأن الاذن بالمعين إذن بالأقل بناء على جواز التعدي.

(٤) أى بأن المزروع.

(٥) وفيه: إن الاذن بالمعين اذن بالأقل المزروع فيشملة العقد، نعم إشكاله جار بناء على عدم جواز التعدي مع الحكم بثبوت الحصة للمالك عند الإبقاء كما هو مختار العلامة.

(٦) في المزروع.

(٧) أى أن المزروع.

(٨) الزرع بحاجه إلى أربعه أمور: الأرض و البذر و العمل و آلات العمل و هى العوامل، و الأصل في المزارعه أن يقدم المالك

الأرض، و العامل البقيه مع الالتفات إلى أنه لا يمكن تقديم الأربعة من أحدهما و الآخر لا يقدم شيئا، لأن الثاني لا يسمى مزارعا و لا يتحقق موضوع العقد و معامله حينئذ، ثم إما أن يقدم أحدهما شيئا من الأربعة و الآخر

ص: ٣٥٠

و هذا هو الأصل فى المزارعه، و يجوز جعل اثنين (١) من أحدهما، و الباقي من الآخر، و كذا (٢) واحد و بعض الآخر، و يتشعب من الأركان الأربعة صور كثيره لا حصر لها (٣) بحسب شرط بعضها (٤) من أحدهما، و الباقي من الآخر.

(و كل واحده من الصور الممكنه جائزه) متى كان من أحدهما بعضها و لو جزء من الأربعة، و من الآخر الباقي، مع ضبط ما على كل واحد (٥)، (و لو اختلفا فى المده حلف (٦) منكر الزياده)، لأصالة عدمها، فإن بقى الزرع بعد ما ثبت منها (٧) فكما سبق (٨)، (و لو اختلفا فى الحصه) حلف (صاحب البذر) (٩)، لأن النماء تابع له (١٠)، فيقدم قول مالكة (١١) فى حصه الآخر، لأصالة عدم خروج ما الباقي، و إما أن يقدم شيئين من الأربعة و الباقي من الآخر، و لا ثالث، و الصور الناتجه يمكن حصرها، و كذا يمكن تقديم بعض الشئ من أحد الأمور الأربعة كنصف البذر و نصف العمل و نصف آلات العمل و الباقي من الآخر و على الثانى لا يمكن حصر الصور لعدم حصر الجزء.

و على كل فالصور كلها جائزه بلا خلاف فيه نظرا إلى إطلاق أخبار المزارعه أو عمومها.

(١) من الأربعة التى يحتاجها الزرع.

(٢) عطف على الاثنين و المعنى يجوز جعل واحد من الأربعة و بعض الآخر من أحدهما و الباقي من الآخر.

(٣) إن لوحظ جزء الواحد من الأركان الأربعة.

(٤) كأن يكون جزءا من الأربعة.

(٥) من المتعاقدين.

(٦) فالقول قول منكر الزياده لأصالة عدمها مع يمينه سواء كان العامل أو المالك، و إن كان الأصل أن يدعى العامل زياده المده و المالك ينكرها.

(٧) من المده بحسب قول المنكر.

(٨) من جواز قلعه للمالك مع الأرض أو بالمجان على الخلاف المتقدم.

(٩) لما كان الحاصل تابعا للبذر لأنه نماؤه، فإذا اختلفا فى قدر الحصه فيقدم قول صاحب البذر فى حصه الآخر مع يمينه، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، نعم يثبت للآخر ما يعترف به صاحب البذر أنه له، و بالاعتراف يرفع اليد عن الأصل المذكور.

(١٠) للبذر.

(١١) مالك البذر مع يمينه.

زاد (١) عن ملكه، و عدم استحقاق الآخر له (٢)، و اتفاقهما (٣) على عقد تضمّن حصه إنّما نقل (٤) عنه (٥) فى أصل الحصه، لا فى الحصه المعينه فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

فى اختلاف المالك و المزارع

(و لو أقاما بينه قدمت بينه الآخر (٦) فى المسألتين (٧)، و هو (٨) العامل فى الأولى (٩)، لأن مالك الأرض يدعى تقليل المده فيكون القول قوله، و البينه بينه (١) و الزائد هو الفارق بين قوليهما، فلو كان البذر من العامل و ادعى المالك أن حصّته النصف فادعى العامل أن حصته الربع، كان للمالك الربع مع يمين العامل لأصله عدم خروج الربع الثانى عن ملكه، لأن الحاصل تابع للبذر، و هو ملك العامل.

(٢) أى للزائد.

(٣) دفع توهم، و حاصل الوهم أنهما متفقان على وقوع عقد متضمن لحصه المالك من النماء باعتبار كون البذر من العامل، و مع هذا الاتفاق فالحصه للمالك تخرج عن ملك العامل قطعاً، و مع الخروج القطعى فلا أصل بيد العامل حتى نقدم قوله مع يمينه.

و دفعه أن ما وقع عليه الاتفاق يفيد خروج أصل الحصه للمالك عن الأصل المتقدم، أما مقدار الحصه فلا يدل نفس العقد عليه، فتكون الزيادة باقيه تحت الأصل الدال على أن النماء تابع للبذر الذى هو ملك للعامل، فيقدم قول العامل مع يمينه فيه.

(٤) أى الاتفاق.

(٥) عن الأصل.

(٦) الأصل فى القضاء أن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و أنه لا تسمع بينه المنكر لأن وظيفته اليمين فقط و لذا لو قدّم كل منهما بينه فلا تسمع إلا بنيه المدعى فقط لأنها وظيفته، و قد تقدم تسميه المدعى بالخارج و المنكر بالداخل، أما أن المنكر داخل لكونه صاحب يد أو صاحب أصل أو صاحب ظاهر و منه تعرف وجه تسميه المدعى بالخارج و عليه ففى المسألتين السابقتين من النزاع فى قدر المده و قدر الحصه لو أتى المدعى بالبينه فلا تقبل يمين المنكر هذا من جهه و لا تقبل بنيه المنكر أيضاً لأنه داخل، فلو أقام كل منهما بينه فتقدم بنيه الخارج، و هو العامل فى الصوره الأولى لأن المنكر لزياده المده هو المالك على ما تقدم.

و هو من ليس له البذر فى الصوره الثانيه، لأن المنكر هو صاحب البذر على ما تقدم.

(٧) عند التنازع فى المده و فى الحصه.

(٨) أى الآخر الذى قدمت بنيته.

(٩) أى الصوره الأولى عند التنازع فى قدر المده.

غريمه العامل، و من ليس له بذر فى الثانيه (١) من العامل، و مالك الأرض، لأنه (٢) الخارج (٣) بالنظر إلى الباذر حيث قدم قوله (٤) مع عدم البينه.

(و قيل: يقرع) (٥)، لأنها لكل أمر مشكل.

و يشكل بأنه لا إشكال هنا فإن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه فالقول بتقديم بينه المدعى فيهما (٦) أقوى،

فى أن للمزارع أن يزارع غيره

(و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره) (٧)، (١) أى الصورة الثانيه عند التنازع فى قدر الحصه.

(٢) أى من ليس له البذر.

(٣) أى المدعى.

(٤) قول الباذر لأنه منكر.

(٥) و لم يعرف قائله، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و فيه: إنه لا- إشكال مع العموم الوارد فى القضاء أن البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه.

(٦) فى المسألتين.

(٧) أى يجوز للعامل أن يزارع ثالثاً أو يشاركه فى بعض حصته و لا يتوقف ذلك على إذن المالك بلا خلاف فيه، لأن المزارعه من العقود اللانزمه الموجهه لنقل منفعه الأرض إلى العامل فى قبال حصه من الحاصل للمالك، و إذا تملك العامل منفعه الأرض كان له نقلها إلى غيره فى المزارعه، و مشاركته غيره عليها لأن الناس مسلطون على أموالهم، و لا يتوقف ذلك على إذن مالكها إذ لا- حق له فى المنفعه بحسب الفرض لخروجها عن ملكه فى قبال الحصه المخصوصه، و مما يدل على جواز المزارعه المذكوره موثق سماعه (قلت:

الرجل يبذر فى الأرض مائه جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول له: منى نصف هذا البذر الذى زرعته فى الأرض و نصف نفقتك علىّ و أشركنى فيه، فقال: لا بأس) (١).

و مما تقدم تعرف أن مزارعه الغير من قبل العامل أن يعقد عقد مزارعه بينه و بين ثالث غير المالك ليكون من الثالث بعض ما على العامل فى قبال شىء من حصه العامل.

و تعرف أن مشاركه الغير من قبل العامل أن يبيع العامل بعض حصته من الزرع بعوض معلوم لغير المالك.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المزارعه حديث ١.

لأنه (١) يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها (٢)، و مشاركه غيره عليها (٣)، لأن الناس مسلطون على أموالهم. نعم لا يجوز له (٤) تسليم الأرض (٥) إلا بإذن مالِكها (٦).

و ربما اشترط (٧) كون البذر منه (٨) ليكون تملك الحصة (٩) منوطاً، به (١٠) و به (١١) (١) أى المزارع.

(٢) أى نقل المنفعة و ظاهره جواز مزارعه العامل للغير على تمام ماله من الحصة فى قبال تمام منفعة الأرض و هو أيضا جائز لما تقدم.

(٣) على منفعة الأرض بأن يبيع شيئاً من الحصة المشاعه بعوض معلوم غير أنه يشترط فى المشاركة شرائط البيع من ظهور الزرع و نحو ذلك.

(٤) للمزارع.

(٥) للغير الذى زارعه أو شاركه.

(٦) لأن المالك قد أذن للمزارع الأول أن يضع يده على الأرض ليستوفى منفعتها، و إذن المالك له بالتسلم للعين لا يعنى إذنا له بالتسليم للغير.

(٧) أى اشترط فى صحه مزارعه العامل لغيره أو مشاركته، و لم يعرف القائل.

(٨) من المزارع، لأن البذر إذا كان من المالك فالحاصل له تبعاً للبذر إلا من أذن له، و لم يأذن إلا للعامل بتملك الحصة فلا يجوز للعامل حينئذ أن يشارك أو يزارع غيره على ملك المالك.

بخلاف ما لو كان البذر من العامل فالحاصل له تبعاً للبذر، و إذا كان الحاصل له فهو قد أذن بتملك المالك لحصه منه على أن يكون الباقي للعامل، فيجوز له أن يشارك أو يزارع الغير حينئذ.

و ردّ بأن هذا يجرى فى المزارعه لا المشاركة، لأن العامل - بعد ما ظهر النماء - يملك حصه منه إذا كان البذر من المالك، و مع ملكه لهذه الحصة فلا مانع بأن يتسلط على بيعها أو بيع بعضها كيف شاء بخلاف ما لو لم يظهر الحاصل فهو لا يملك شيئاً، و هو مأذون بالعمل فقط فلا يجوز له أن يأذن لغيره بالعمل فلذا لا تجوز المزارعه.

(٩) تملكها من العامل للغير مزارعه أو مشاركته.

(١٠) أى بكون البذر منه.

(١١) أى بكون البذر من العامل يفرّق بين عامل المزارعه و عامل المساقاه، فعامل المزارعه يجوز له المزارعه أو المشاركة لأنه يملك الحاصل بتمامه لأن البذر منه، بخلاف عامل المساقاه فلا يجوز له أن يساقى غيره لأنه لا يملك الأشجار و لا الأصول القائمة.

يفرق بينه وبين عامل المساقاه حيث لم يجز له أن يساقى غيره. وهو (١) يتم في مزارعه غيره، لا- في مشاركته. ويمكن الفرق بينهما (٢) بأن عمل الأصول (٣) في المساقاه مقصود بالذات (٤) كالثمره (٥) فلا يتسلط عليه (٦) من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعه، فإن الغرض فيها (٧) ليس إلا الحصة (٨) فللمالكها (٩) أن ينقلها (١٠) إلى من شاء.

(١١) إلا أن يشترط عليه (١١) المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له (١٣) ادخال غيره مطلقا (١٣)، عملا بمقتضى الشرط (١٤).

بالإضافه إلى أن المقصود من عقد المساقاه هو سقى الشجر من نفس العامل و لذا لا- يجوز له أن يساقى غيره بخلاف عقد المزارعه فالغرض منها هو تمليك حصه للمالك في قبال تمليك العامل منفعه الأرض مع تمام الحاصل إذا كان البذر منه، وإذا تملك العامل تمام الحصة فيجوز له المشاركة، وإذا تملك تمام منفعه الأرض فيجوز له أن يزارع غيره.

(١) أى اشتراط بعضهم لكون البذر من العامل.

(٢) بين عقد المزارعه و عقد المساقاه، حيث يجوز للعامل في الأولى مزارعه غيره أو مشاركته بخلاف ذلك في الثانيه.

(٣) وعمل الأصول هو السقى.

(٤) أى مقصود ذاتى من العقد على أن يكون من نفس العامل.

(٥) فهى مقصود ذاتى من العقد على أن تكون للعامل فى قبال سقيه.

(٦) على عمل الأصول.

(٧) فى المزارعه، مع عدم شرط المالك على أن يكون العمل من نفس العامل.

(٨) للمالك.

(٩) أى مالك منافع الأرض و هو العامل.

(١٠) بالمزارعه أو المشاركة.

(١١) على العامل.

(١٢) للعامل.

(١٣) بالمزارعه أو المشاركة.

(١٤) لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

فى أن الخراج على المالك

(و الخراج على المالك) (١)، لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع، (إلا مع الشرط) (٢) فيتّبع شرطه فى جميعه (٣)، و بعضه (٤)، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه (٥)، و لو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زياده فهى (٦) على صاحب (٧) الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه (٨) الأجره) للباقي (٩)، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجره مثل العامل و العوامل (١٠)، و لو كان (١١) من الزارع فعليه (١٢) لصاحب الأرض أجره مثلها، و لما شرط عليه (١٣) من (١) الخراج هو ما يأخذه السلطان عن الأراضى المفتوحه عنوه، و هى التى تملك تبعا لتملك الآثار الموجوده فيها، و هذا الخراج على المالك لا على العامل، لأنه موضوع على الأرض، و لأصالة براءه ذمه العامل منه.

(٢) فيكون على العامل عملا بمقتضى الشرط.

(٣) أى جميع الخراج.

(٤) أى بعض الخراج مع العلم بقدره، كأن يشترط على العامل أن يدفع مائه دينار للخراج.

(٥) من الخراج، كأن يشترط عليه دفع نصف الخراج أو ربعه مثلا، و كان الخراج معلوما بتمامه بحسب العاده، و مع العلم بالقدر فلا جهاله.

(٦) أى الزياده.

(٧) فلو كان الخراج بحسب العاده على هذه الأرض مائه، و قد شرط على العامل، فزاد السلطان خمسين فوق المائه، فالزياده على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناول الزياده، و إنما تناول الخراج بحسب عادته.

(٨) لأن الحاصل نماءه، فهو مملوك له تبعا لمملوكيه البذر، و عليه فإن كان البذر من الزارع فالحاصل له و عليه أجره المثل عن الأرض لصاحبها، و إن كان البذر من المالك فالحاصل له، و عليه أجره المثل عن العمل للعامل، و ما قدمه العامل أيضا إذا شرط عليه شىء من بقيه الأركان الأربعة.

(٩) إذا كان الآخر قد قدّم الباقي من الأركان الأربعة.

(١٠) للعامل، لأنه مع فرض كون صاحب الأرض قد قدّم البذر فلم يبق من الأركان الأربعة إلا العمل و العوامل من الآخر.

(١١) أى البذر.

(١٢) أى على الزارع.

(١٣) على صاحب الأرض.

ص: ٣٥٦

الآخرين (١)، و لو كان البذر منهما فالحاصل بينهما (٢)، و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من الأرض، و باقى الأعمال (٣).

(و يجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع) (٤) بأن يقدّر ما يخصه من (١) بالتثنية، أى الآخرين من الأركان الأربعة، إذ ربما قد شرط على المالك العوامل، و على ثالث العمل.

(٢) و هو واضح.

(٣) فلو كان البذر مناصفه فصاحب الأرض قد زرع نصف أرضه ببذره و لا معنى لأن يدفع أجره المثل عن هذا النصف لنفسه و لا للعامل، لكن على العامل أن يدفع أجره نصف الأرض، فصاحب الأرض له على العامل أجره الأرض التى تخصه بحسب حصه العامل و كان على الشارح أنه يأتى بالقيّد الأخير و هو: (بحسب حصه الآخر).

(٤) الخرص هو التخمين، و الحاصل أن المالك يجوز له أن يشتري حصه العامل بعد تخمينها فى قبال حب من نفس الجنس بل و من نفس حصه العامل، و وقت الخرص بعد بلوغ القله و انعقاد الحب قبل أوان الحصاد، و هذا الشراء بحاجه إلى رضا العامل، و هو مما لا شك فيه.

و لزوم العوض على المالك إنما يكون إذا خرج الحاصل من حصه العامل بالسلامه، فإن تلفت أو بعضها فسيأتى حكمه، و هذا الخرص جائز على المشهور، و هو جائز لكل من المالك و العامل للأخبار.

منها: صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن النبى صلّى الله عليه و سلم لما افتتح خيبر تركها فى أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إليهم فخرص عليهم، فجاءوا إلى النبى صلّى الله عليه و سلم و قالوا: إنه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبد الله بن رواحه فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشىء، فإن شاءوا يأخذون بما خرصت و إن شاءوا أخذنا) (١)، و مرسل محمد بن عيسى (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: إن لنا أكره فتزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا، فاعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم، قال عليه السّلام: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجىء بعد ذلك فيقول: إن الحرز لم يجىء كما حرزت قد نقص، قال عليه السّلام: فإذا زاد يردّ عليكم؟ قلت: لا، قال عليه السّلام: فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه) (٢).

ص: ٣٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣.

٢- ((١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

الحصه تخميناً و يقبله به (١) بحب و لو منه (٢) بما خرصه به (مع الرضا) (٣). و هذه معامله خاصه مستثناه من المحاقله (٤) إن كانت بيعاً، أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامه) (٥)، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا شيء) على الزراع، و لو تلف البعض سقط منه بالنسبه، و لو أتلّفه متلف ضامن لم تتغير معامله، و طالب المتقبل المتلف بالعوض، و لو زاد فالزائد للمتقبل، و لو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء. هذا إذا وقعت معامله بالتقيل (٦)، و لو و أشكل عليهم ابن إدريس بأن الخرص إن كان بيعاً فهو مماثله و مزابنه، و هي أن يشتري حمل النخل بتمر و الزرع بحنطه، و قد مضى حرمتها في كتاب البيع، و إن كان صلحاً فهو لازم و إن لم يخرج الحاصل بالسلامه، هذا إذا كان العوض من غير الحاصل، و لو كان من الحاصل فهو باطل لاتحاد العوض و المعوض و ردّ بأن هذا الخرص لو كان بيعاً فهو مستثنى من المماثله للأخبار المتقدمه، و لو كان صلحاً فلا يضره اتحاد العوض و المعوض مع ورود الأخبار به.

هذا مع أن هذه معامله هي المسماه عندهم بالقباله، و قد تقدم ذكر ما في كتاب البيع على أن يكون إيجابها (أقبل حصتك بكذا و كذا) فيقبل الآخر.

(١) أي بالخرص على أن تجرى صيغه القباله من المشتري و هو المالك.

(٢) أي من نفس الزرع المقدّر.

(٣) من العامل.

(٤) بيع الزرع يحب منه.

(٥) أي بشرط سلامه الحاصل، و لا دليل على هذا الشرط و قد تقدم الكلام فيه في مسأله القباله في بيع الثمار، قال في المسالك: (و المشهور أن لزوم العوض فيه مشروط بالسلامه، فإن تلفت الغله أجمع بآفه من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع، و لو تلف البعض سقط بالنسبه، و لو أتلّفها متلف ضامن فهي بحالها، و يطالب المتقبل المتلف بالعوض، و الحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده غير واضح، و حكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، و أنّي لهم به، و إنما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه، و تبعه عليه الباكون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم، و لو كان النقصان بسبب الخطأ لم يسقط من المال شيء عملاً بالأصل، و هو مروي عن الكاظم عليه السلام مرسلًا) انتهى.

(٦) و تكون عقداً مستقلاً في قبال البيع و الصلح.

وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه (١)، مع احتمال كونه كذلك (٢)، و لو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه (٣) كالبيع (٤) وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و قد تقدم الكلام على هذه القبالة فى البيع (٥).

(١) من تغاير العوض و المعوض، مع معلوميه كل منهما، و هذا يلزم منه أن يكون العوض من غير الحاصل.

(٢) أى مع احتمال كون البيع كالقبالة، فلا يشترط فيه شرائط البيع، لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٣) أى الصلح.

(٤) فيشترط فيه شرائطه.

(٥) فى المسأله الثالثه من بيع الثمار، و قد قال الشارح هناك: (و الحق أن أصلها ثابت، و لزومها مقتضى العقد، و باقى فروعها لا دليل عليه) انتهى.

ص: ٣٥٩

فى معنى المساقاه

(و هى لغه) مفاعله من السقى (٢)، و اشتق منه (٢)، دون باقى أعمالها (٤)، (١) لا خلاف فى مشروعيتها، لأنها معاملته عقلائيته لم يردع عنها الشارع المقدس، و لجملة من الأخبار.

منها: خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل يعطى الرجل أرضه، و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و أعمره و لك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: لا بأس) (١)، و مثله غيره.

و أنكر مشروعيتها أبو حنيفة و زفر من علماء العامه للجهالة و الضرر، و هو قول ضعيف فى قبال النصوص المتقدمه.

(٢) و المفاعله تقتضى وقوع السقى من العامل و صاحب الأرض، غير أن وقوع السقى من العامل حقيقه و من صاحب الأرض باعتبار طلبه السقى عند إيقاع المعامله، فلا إشكال كما فى المزارعه و المضاربه.

هذا و على العامل السقى و تهذيب الأشجار و تلقيحها و كل ما يصلحها فتسميه كل هذه الأعمال بالمساقاه ناشئه من أن السقى أظهر هذه الأعمال و أنفعها و أكثرها مئونه و أشدها مشقه، فلذا أخص اشتقاق المعامله من السقى فقط دون البقيه.

(٣) أى و اشتق اسم المساقاه من السقى.

(٤) أى أعمال المساقاه.

ص: ٣٦٣

لأنه أنفعها، و أظهرها فى أصل الشرعيه (١)، و هو (٢) نخل الحجاز الذى يسقى من الآبار مع كثره مئونه.

و شرعا (٣) (معامله على الأصول بحصه من ثمرها) (٤). فخرجت بالأصول المزارعه، و بالحصه الإجاره المتعلقه بها (٥) فإنها لا تقع بالحصه (٦)، و المراد بالثمره معناها المتعارف (٧) لتردده فى المعامله على ما يقصد ورقه و ورد، و لو لوحظ (١) قال الشارح فى المسالك: (المساقاه مفاعله من السقى، و خص الاشتقاق منه - أى السقى - دون باقى الأعمال التى تتوقف عليه المعامله، لأنه أظهرها و أنفعها فى أصل الشرعيه، لوقوعه بالحجاز التى يسقى فيها النخل من الآبار، و لأنه أكثر مئونه و أشد مشقه من غيره من الأعمال، و عرفا ما ذكره المصنف) انتهى، و ما ذكره المحقق (فهى معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرتها).

و عليه فالمراد بأصل الشرعيه أن لفظ المساقاه قد وضع فى زمن الشارع لهذا المعنى، و هو المفاعله من عمل العامل من سقى و تهذيب و إصلاح و من عمل المالك لأمره بذلك، و قد خصّ الاشتقاق من السقى لأن الوضع قد تم فى الحجاز، و أهل الحجاز أكثر حاجه إلى سقى نخلهم من الآبار دون بقيه الأعمال، و قد نقل لفظ المساقاه بحسب الحقيقه المتشرعيه إلى أنها معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرتها، و هذا النقل إلى المتشرعيه هو المعبر عنه بالعرف فى المسالك، و بالشرع فى الروضه هنا.

(٢) أى الوضع فى أصل الشرعيه.

(٣) أى بحسب الحقيقه المتشرعيه، و قد عبّر عنه فى المسالك بالوضع العرفى.

(٤) فالمعامله جنس يتناول كل معاوضه، و بقاء (على الأصول) تخرج المزارعه لأنها العامله على الأرض، و بقاء (بحصه من ثمرتها) تخرج إجاره الأرض المشجره و إن صحت، و لكن لا تصح بحصه من ثمره الشجر نفسه، بل لا بد من كون العوض معيناً مضموناً فى الذمه.

هذا و عرّفها الكثير (بأنها معامله على الأصول الثابتة بحصه من ثمرها)، و بقاء (الثابتة) تخرج الخضراوات و المغارسه، و هى أن يقدم المالك الأرض للعامل على أن يغرسها ليكون الشجر بينهما بحسب الشرط القائم بينهما.

(٥) أى بالأصول الثابتة.

(٦) أى بالحصه من ثمر نفس الشجر بل بأجره معينه معلومه مضمونه.

(٧) و هو ما يؤكل، و لا يراد بالثمره كل نماء للشجر مقصود عند الغارس و إن لم يؤكل، كورق الحناء الذى يقصد عند غرس شجره مع أنه غير مأكول، فلا يراد ذلك لأن المصنف قد تردد فى صحه المساقاه على ما يقصد ورقه و ورد.

إدخاله (١) أريد بالثمره نماء الشجر، ليدخل فيه (٢) الورق المقصود و الورد، و لم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره لأن ذلك (٣) شرط لها (٤)، و ذكره (٥) فى التعريف غير لازم (٦)، أو معيب (٧)، و من قيد به (٨) جعله وصفا للشجر مخصصا لموضع البحث، لا شرطا.

فى لزومها و ألفاظها

(و هى لازمه (٩) من الطرفين) لا تنفسخ اختيارا، إلا بالتقابل (١٠).

(و إيجابها (١١) ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الداله على إنشاء هذا العقد صريحا، كقيلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاه و نحوه من الألفاظ الواقعه بلفظ الماضى، و زاد فى التذكرة تعهد نخلى، أو اعمل فيه (١٢). و إخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمه بوقوعه (١) أى إدخال ما يقصد ورقه و ورده فى المساقاه كان المراد من الثمره كل نماء للشجر مقصود عند الغارس و إن لم يؤكل.

(٢) فى نماء الشجر.

(٣) أى الثبات للأصول.

(٤) للمساقاه، و ليس من وظيفه التعريف ذكر الشروط.

(٥) أى الثبات.

(٦) إن ذكر الثبات بعنوان كونه شرطا.

(٧) إن ذكره بعنوان كونه جزءا.

(٨) أى و من قيد التعريف بالثبات فلم يذكره بعنوان الجزئيه ليكون معيبا، و لا بعنوان الشرطيه ليكون غير لازم، و إنما جعله وصفا للشجر ليخصص موضع البحث فى المساقاه.

(٩) بلا خلاف فيه لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(١٠) و هو فسخ للعقد بالتراضى، لعموم أدله الإقاله و قد تقدمت فى آخر كتاب البيع.

(١١) لما كانت المساقاه من العقود اللازمه كان لا بدّ فى إيجابها و قبولها من اللفظ الماضى الصريح الدال على الإنشاء على المشهور، و قد تقدم أنه لا دليل عليه بل يكفى كل دال يدل على الإنشاء سواء كان لفظا أو فعلا أو كتابه.

(١٢) و هما ليسا من صيغ الماضى، و على مبناهم أنه لا يصح الإنشاء بغير الماضى.

بصيغه الأمر من غير نص مخصّص مشكل.

و قد نوقش فى أمر المزارعه (١) مع النص عليه (٢)، فكيف هذا (٣).

(و القبول الرضا به) (٤) و ظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلى، كما مر فى المزارعه إذ الرضا يحصل بدون القول.

و الأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه (٥)، لأن الرضا أمر باطنى لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه. و هو السر فى اعتبار الألفاظ الصريحه الداله على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطنى لا يعلم إلا (٦) به، و يمكن أن يريد (٧) هنا ذلك (٨).

فى زمانها و مدّتها

(و تصح) المساقاه (إذا بقى للعامل عمل تزيد به الثمره) (٩)، سواء (ظهرت) (١) من جواز صحه إنشائها بلفظ الأمر.

(٢) و قد تقدم، و تقدم أن النص دال على الإنشاء بصيغه المضارع على فرض صحه السند فراجع.

(٣) أى عقد المساقاه مع عدم النص فيه.

(٤) أى الرضا بالإيجاب على أن يكون القبول بلفظ الماضى، لأنه من العقود اللازمه، و ظاهر كلام المصنف الاكتفاء بمطلق الرضا به و إن لم يكن الكاشف عنه لفظاً، و هو مشكل على مبناهم لعدم الدليل على خروج عقد المساقاه عن أحكام العقود اللازمه.

(٥) على الرضا.

(٦) أى بالقول، و فيه: إنه يكفى ما عليه العرف من الاكتفاء بكل دال عليه و لو كان غير لفظى.

(٧) أى المصنف.

(٨) أى يريد بالرضا نفس اللفظ الدال عليه.

(٩) لا إشكال و لا خلاف فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمره، لتحقق موضوع المساقاه حيث يوجد عمل للعامل فى إيجاد الثمره.

كما أنه إذا ظهرت الثمره و اكتمل نضوجها بحيث لم تحتج إلى عمل تستريد به كما أو كيفاً فلا تصح المساقاه بلا خلاف فيه لعدم موضوع المساقاه حينئذ، و إن احتاجت بعد نضوجها إلى عمل كالنقل و الحفظ من السارق.

و قد وقع الخلاف فى صحه المساقاه بعد ظهور الثمره و قبل نضوجها بحيث يبقى للعامل

قبل العقد (١)(أولا) (٢).

و المراد بما فيه مستزاد الثمره نحو الحرث (٣) و السقى، و رفع أغصان الكرم على الخشب (٤)، و تأبير ثمره النخل. و احترز به (٥) عن نحو الجذاذ (٦)، و الحفظ (٧)، و النقل، و قطع الحطب (٨) الذى يعمل به الدبس، من الأعمال التى لا يستزاد بها الثمره، فإن المساقاه لا تصح بها (٩) إجماعا (١٠). نعم تصح الإجاره حينئذ (١١) على بقيه الأعمال بجزء من الثمره، و الجعالة، و الصلح (١٢)(و لا-بدّ) فى صحه المساقاه (من كون الشجر) الساقى عليه (نابتا) بالنون، أو بالثاء (١٣) المثلثه، و يخرج على الأول (١٤) عمل تستزاد به، كالسقى و الحرث و تأبير شجر النخل، فعلى المشهور على ما فى الحدائق الصحه، بدليلين:

الأول: أن الغرض من المساقاه تحصيل الثمره، و فى المقام بقاء شىء من عمل العامل تستزاد به فتصح المساقاه تحصيلاً لهذه الفائدة.

الثانى: إن العقد هنا أبعد عن الغرر للوثوق بالثمره فيكون العقد أولى عما لو كانت الثمره معدومه كما فى الفرض الأول.

(١) هذا هو الغرض الثالث.

(٢) أى لم تظهر قبل العقد و هو الفرض الأول.

(٣) تحت الشجر.

(٤) عن الأرض لتكتمل الثمره و تنضج.

(٥) بمستزاد الثمره.

(٦) و هو القطع.

(٧) حفظها عن السارق.

(٨) أى إن قطع الحطب و النقل اللذان هما مقدمه لعمل دبس العنب و الخرنوب لا تستزاد به الثمره.

(٩) بهذه الأعمال التى لا تستزاد بها الثمره.

(١٠) و هذا هو الفرض الثانى.

(١١) أى حين كون الأعمال مما لا تزيد الثمره، و تصح الإجاره لأن العوض هنا معلوم، و هو جزء معلوم من الثمره الحاصله.

(١٢) لعموم أدلتهم.

(١٣) أى ثابتا.

(١٤) وهو النابت.

ص: ٣٦٧

المساقاه على الودى (١) غير المغروس، أو المغروس الذى لم يعلق بالأرض (٢)، و المغارسه (٣)، و بالثانى (٤) ذلك (٥)، و ما لا يبقى غالبا (٦) كالخضراوات. و يمكن خروجها (٧) بالشجر فيتحد المعنيان (٨)، (ينتفع بثمرته مع بقاء عينه) (٩) بقاء يزيد عن سنه غالبا. و احترز به (١٠) عن نحو البطيخ (١١) و الباذنجان و القطن (١٢) و قصب السكر (١٣)، فإنها ليست كذلك، و إن (١٤) تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت (١٥)، و بقى القطن أزيد من سنه، لأنه خلاف الغالب.

(١) الودى بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدده أخيرا، بوزن الفنى، و هو فسيل النخل قبل أن يغرس، فهو ليس بنابت.

(٢) أى لم يستقل بعد بحيث لم تمض مده معتده على زرعه حتى تثبت أصوله و جذوره فلا يسمى نابتا.

(٣) و هى أن يدفع أحدهما أرضا للآخر ليغرسها الثانى على أن يكون الغرس بينهما، فالمغارسه خارجه لأنها معامله لإنبات الأصول و ليست معامله على الأصول النابتة.

(٤) أى بقيد الثابت.

(٥) من الودى و المغروس غير المستقل و المغارسه.

(٦) لأنه لا ساق له كالبطيخ و الباذنجان أوله ساق و لا يبقى غالبا كقصب السكر.

(٧) أى خروج الخضراوات التى لا ساق لها، و كذا ما لا ثبات لساقها، فهى خارجه بالشجر بلا فرق بين وصف الشجر بالنابت أو الثابت، هذا و القدر المتيقن من نصوص المساقاه هو المساقاه على الأشجار النابتة أو الثابتة، و فى غيره لا دليل فيقتصر على القدر المتيقن لأن المساقاه على خلاف الأصل للجهاله و الغرر.

(٨) أى أصله و ساقه، و هذا لازم الشرط المتقدم.

(٩) لأن السنه هى المقدار الغالب لنضوج الثمره.

(١٠) أى بالشرط الثانى.

(١١) و هو مما لا ساق له أيضا و كذا الباذنجان.

(١٢) فيخرج لاضمحلال أصله بحسب العاده.

(١٣) لأن الانتفاع بأصله و لا ثمره له بغير الأصل.

(١٤) وصليه.

(١٥) فلو قطف البطيخ و الباذنجان على دفعات ففى الدفعه الأولى و إن بقيت عينه ذلك الوقت، إلا أنه لا يبقى أكثر من سنه مع

أنه لا ساق له.

ص: ٣٦٨

(و فيما له ورق) لا- يقصد من عمله بالذات إلا- ورقه (كالحناء (١) نظر) من أنه (٢) فى معنى الثمره فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به، و من أن (٣) هذه المعامله على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهاله العوض فيقتصر بها على موضع الوفاق، و مثله ما يقصد ورده، و أما التوت فمنه ما يقصد ورقه (٤) و حكمه كالحناء، و منه ما يقصد ثمره (٥)، و لا- شبهه فى إلحاقه بغيره من شجر الثمر، و القول بالجواز فى الجميع (٦) متجه.

(و يشترط تعيين المده) (٧) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا حد لها فى (١) و كذا ما يقصد زهره من غرسه كالورد.

(٢) دليل لصحة المساقاه عليه، ذهب العلامة و تبعه الشارح إلى الجواز، لأن الورق المقصود كالثمره من الشجره بحسب المعنى، فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به، و على المشهور المنع لأن المساقاه على خلاف الأصل للجهاله و الغرر فيقتصر فيها على محل الوفاق، و هو ثمر الشجر ليس إلا.

(٣) دليل لعدم الصحة.

(٤) و هو شجر التوت الذكر.

(٥) و هو شجر التوت الأنثى، و هو ملحق ببقية الأشجار التى تقصد ثمرتها، بل هو منها.

(٦) ما قصد ورقه و ما قصد ورده و شجر التوت بقسميه.

(٧) اشتراط المده فى المساقاه بلا خلاف فيه، فلو ترك ذكر المده لبطل العقد، و يشترط فى المده شرطان.

الأول: تعيين المده بما لا تحتمل الزيادة و لا النقصان، و ما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله و إن كانت الغله هى المعامل عليها، هذا على المشهور وقوفًا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و ذهب ابن الجنيّد إلى جواز تقدير المده بإدراك الغله المساقى عليها نظرًا إلى ثبوت الإدراك عادة، فهو كالمعلوم فيجوز بناء العقد عليه، و قال عنه فى المسالك (و الأجود الأول و إن كان كلامه لا يخلو من وجه).

الثانى: أن تكون المده مما تحصل فيها الثمره غالبًا، و إن قلت هذه المده، إذا ساقاه فى آخر العمل بحيث يبقى منه وقت يسير، فيه مستزاد للثمره كالشهر، و هذا الشرط الثانى واضح إذ لو شرطت مده لا تحصل فيها الثمره غالبًا لانتفى موضوع المساقاه و لما حصلت للعامل حصته من الثمره لعدم وجود ثمره فى البين. و مما تقدم تعرف لأبديه ضبط المده من دون حد لها من جانب الزيادة كما لا حد لها من جانب القله، نعم هى مشروطه

جانب الزيادة، و فى جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمره،(و يلزم العامل مع الإطلاق) أى إطلاق المساقاه بأن قال: ساقيتك على البستان الفلانى سنه بنصف حاصله فقبل (كل عمل (١) يتكرر كل سنه) مما فيه صلاح الثمره، أو زيادتها كالحرث (٢)، و الحفر حيث يحتاج إليه، و ما يتوقف عليه (٣) من الآلات، و العوامل، و تهذيب الجريد (٤) بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، و مثله أغصان الشجر المضّر بقاؤها بكون الثمره تحصل فيها غالبا، و خالف الشافعى من العامه و شرط فى جانب الزيادة أن لا تزيد عن الثلاثين سنه، و هو تحكم - كما فى المسالك - إذ لا دليل عليه.

(١)بما أن الأعمال التى تحتاجها الأرض كثيره و بعضها على المالك، و بعضها على العامل حاول الفقهاء تحديد ما على كل منهما، فكل عمل له الدخل فى إيجاد الثمره و فعليتها و جودتها فهو على العامل، و كل عمل لا تستزاد به الثمره فهو على المالك، و عّبر عن الأول بالعمل المتكرر كل سنه لأن الأعمال التى فيها صلاح الثمره متكرره كل سنه لتكرر الثمره.

و عليه فالمتكرر كل سنه هو السقى و حرث الأرض و حفرها المحتاج إليه السقى، و ما يتوقف عليه السقى من الآلات و العوامل، من البقر و خشبه الحرث و السكه، و ما يتوقف عليه السقى من الحفر و إصلاح الحفر التى يقف فيها الماء عند وصوله إلى أصول الشجر، و إزاله الحشيش المضّر بالأصول من ناحيه بقاء الثمره و نموها، و إزاله الجريد و هو قطع الجزء اليابس من الشجر الذى يضر بقاؤه بالثمره، و مقدمات السقى كالدلو و الرش و إصلاح طريق الماء و فتح رأس الساقيه و سدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجه، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها من الشمس المضره بها، و رفعها عن الأرض حيث يضرّ بها ذلك، و اللقاط و هو التقاط الثمره بحسب نوعها و وقتها، فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له، و ما يعمل دبسا فكذاك، و ما يؤخذ للأكل فعند انتهاء نضوجه و هكذا، و إصلاح موضع التشميس إذا افتقرت الثمره إلى تشميسها على الأرض فيجب إصلاح موضع تشميسها و نقلها إليه و تقليبها فيه، و هكذا من بقيه الأعمال إلى حين القسمه.

و أما ما على المالك فهو العمل الذى لا يتكرر كل سنه فى الأرض كإصلاح الجدار و بنائه و وضع الشوك فى حدود الأرض و هكذا.

(٢)الحرث و إن كان فيه إصلاح للأرض إلا أن فيه إصلاحا للثمره.

(٣)أى كل من الحرث و الحفر.

(٤)و التهذيب هو قطع ما يحتاج إلى قطعه من الجريد، و هى أغصان النخل، كالجزم اليابس.

بالثمره، أو الأصل (١)، (و منه زياده الكرم) (٢)، و السقى، و مقدماته (٣) المتكرره كالدلو، و الرشا (٤) و إصلاح طريق الماء، و استقائه (٥)، و إداره الدولا، و فتح رأس الساقية، و سدها عند الفراغ، و تعديل الثمره بإزاله ما يضرها من الأغصان (٦) و الورق ليصل إليها الهواء، و ما يحتاج إليه من الشمس، و ليتيسر قطعها عند الإدراك، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضره بها، و رفعها عن الأرض حيث تضرها، و لقاطها بمجرى العاده بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع فى الوقت الصالح له و ما يعمل دبسا فكذا، و هكذا، و إصلاح موضع التشميس، و نقل الثمره إليه، و تقلبيها، و وضعها على الوجه المعتبر، و غير ذلك من الأعمال (٧).

فى ما لو شرط بعض العمل على المالك

(و لو شرط بعضه (٨) على المالك صح) بعد أن يكون مضبوطا (لا جميعه)، لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل فلا بد أن يبقى عليه منه شىء فيه (١) لأنه إذا أضرّ بالأصل فيضر بالثمره أيضا.

(٢) أى و من العمل الذى يتكرر كل سنه زياده الكرم، و هو المسمى بتعريش الكرم، و هو قطع أغصانه المضره بالثمره.

(٣) أى مقدمات السقى.

(٤) و هو الحبل.

(٥) أى استقاء الماء، و فى أكثر النسخ (الاستقاء) و هو تنقيه الماء من الحمأ و نحوها، و الحمأ هى الطين كما فى المصباح.

(٦) إزاله الأغصان هنا بعد ظهور الثمره، و ما تقدم من تهذيب الجريد و قطع أغصان الأشجار إنما هو قبل الظهور فلا تكرر فى العبارة فافهم.

(٧) قال فى الجواهر: (و أما ما ذكره من الضابطين فلا- أثر له فى شىء من الأدله، فالمتجه حينئذ الرجوع فى مثل ذلك إلى المتعارف فى إطلاق عقد المساقاه مما يجب على العامل و المالك) انتهى.

(٨) أى بعض العمل الذى يتكرر كل سنه، فلو شرط على المالك صح الشرط، إن بقى للعامل شىء من العمل مما له زياده فى نمو الثمره و كمالها، و إلا- فلو كان الباقي المترتب على العامل لا- دخل له فى نمو الثمره أو شرط جميع العمل على المالك لبطلت المساقاه، لأن العامل لا يستحق شيئا من الحصة إلا بالعمل فيها فإذا رفعه عن نفسه بالشرط فلا شىء له حينئذ.

مستزاد الثمره و إن قل،(و تعيين الحصه بالجزء المشاع) (١) كالنصف، و الثلث،(لا المعين) (٢) كمائه رطل، و الباقي للآخر، أو بينهما (٣).

(و يجوز اختلاف الحصه فى الأنواع) (٤) كالنصف من العنب، و الثلث من الرطب، أو النوع الفلانى (إذا علماها) (٥) أى الأنواع، حذرا من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

(و يكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصه (ذهبا، أو فضه) (٦)، (١) لا خلاف أنه لا بدّ من كون حصه العامل مشاعه، سواء تساوت الحصتان أم لا، لأن المساقاه على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد اليقين، و هو الحصه الشاعه كالمزارعه.

(٢) كمائه رطل لأحدهما و الباقي من الحاصل للآخر، لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء.

(٣) أى كون الباقي بينهما، و كذلك تبطل لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء أيضا.

(٤) بحيث كان البستان مزروعا بالنخل و العنب، و وقع العقد على نصف الحاصل من النخل و ربع الحاصل من العنب، فيصح بلا خلاف فيه، لتحقيق الإشاعه فى مجموع النماء.

و لكن بشرط أن يعلم كل من المالك و العامل بمقدار كل نوع، كأن يعلم مقدار موضع النخل كعشرين ذراعا مثلا، و مقدار موضع العنب كثلاثين ذراعا، و هذا الاشتراط حتى لا يكون أقل الجزئين - و هو الربع بالنسبه إلى النصف - قد وقع لأكثر الجنسين من النخل و العنب مع جهل العامل، فإنه إذا كان جاهلا لزم الغرر، و لو كان عالما فيصح مع علمه لإقدامه على ما هو المعلوم لديه.

(٥) أى على مواطن و محالّ الجنسين كأن يعلم موطن النخل و مقدار الأرض المزروعه فيه، و كذا العنب.

(٦) صح الشرط بلا خلاف و لا إشكال، لعدم منافاه الشرط لمقتضى العقد و بعد تحقيق الإشاعه فى مجموع النماء، و مضى مثله فى المزارعه، فيلزم الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و خالف فيه بعض العامه فمنع من الشرط و أبطل العقد، هذا و إنما الكلام فى موردين:

الأول: هذا الشرط و إن كان صحيحا إلا- أنه مكروه للمالك بلا- خلاف فيه، و لا دليل على الكراهه كما اعترف بذلك غير واحد، و لعل مثل عدم الخلاف فيه كاف فى ثبوت

ص: ٣٧٢

و لا يكره غيرهما، للأصل.(فلو شرط) أحدهما (١)(وجب) ما شرطه (بشرط سلامه الثمره) فلو تلفت أجمع، أو لم تخرج لم يلزم (٢)، لأنه (٣) حينئذ (٤) أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفات شيئا آخر، و لو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملا بالشرط (٥)، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمره (٦).

فى ما لو فسد العقد

(و كلما فسد العقد فالثمره للمالك)، لأنها تابعه لأصلها (٧)،(و عليه أجره) الكراهه كما فى الجواهر، و فيه: إن قاعده التسامح جاريه فى السنن و المستحبات لا فى المكروهات.

هذا و الكراهه مخصوصه بما إذا اشترط ذهابا أو فضه، أما لو شرط غيرهما بالإضافة إلى الحصة فلا كراهه لعدم الدليل.

المورد الثانى: يجب الوفاء بالشرط على العامل بشرط سلامه الثمره، و قد مضى مثله فى المزارعه، على ما هو المشهور بين الأصحاب، و عليه فإن تلفت الثمره بآفه سماويه أو لم تخرج الثمره فيسقط الشرط عن العامل، لأنه لو لا السقوط لكان أكل المالك للمشروط أكلا للمال بالباطل، لأن الشرط أصبح جزءا من العوض بحيث تكون الحصة مع الشرط للمالك فى قبال حصه العامل، و يمتنع أن يستحق أحد الشريكين عوضه أو بعضه دون أن يستحق الشريك الآخر شيئا من عوضه، مع أن المفروض أن العامل لا شيء له من الحصة لتلف المجموع أو عدم خروج الثمره.

و لو تلف البعض فيحتمل أن يسقط من الشرط بنسبه التالف لأن الشرط أصبح شريكا ثالثا فى البين على ما تقدم بيانه فى المزارعه، و يحتمل عدم السقوط عملا بمقتضى الشرط.

هذا و اعلم أنه كما يصح الشرط من رب المال على العامل كذلك يصح العكس، و لا كراهه فى العكس لعدم الدليل عليها مع عدم دعوى الإجماع.

(١) من الذهب و الفضه.

(٢) أى الشرط.

(٣) أى لزوم الشرط.

(٤) حين تلف المجموع أو عدم الخروج.

(٥) مع أنه فى المزارعه قد جعل عدم السقوط احتمالا.

(٦) أى كما على العامل جميع العمل و لو تلف بعض الثمره، فكذلك عليه جميع ما التزمه بالشرط و لو تلف بعض الثمره.

(٧) لأنها نماء الأصل فهى ملك للمالك الأصل و لم يحصل ما يوجب نقلها عنه لفساد العقد،

(مثل العامل)، لأنه لم يتبرع بعمله، و لم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجره.

هذا إذا لم يكن (١) عالما بالفساد (٢)، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل (٣)، و إلا فلا شيء له، لدخوله (٤) على ذلك.

في ما لو شرط عقد مساقاه في عقد مساقاه

(و لو شرط عقد مساقاه في عقد مساقاه (٥) فالأقرب الصحة)، لوجود المقتضى (٦)، و انتفاء المانع، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم فيدخل (٧) في عموم «المؤمنون عند شروطهم» و أما الثاني (٨) فلائن المانع لا يتخيل و على المالك أجره المثل للعامل، لأنه غير متبرع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط من الحصة فيرجع إلى الأجره بلا خلاف في ذلك.

(١) أى العامل.

(٢) و إلا فلو كان عالما بالفساد و قد أقدم فهو متبرع بالعمل فلا يستحق شيئا.

(٣) بحيث يقع العقد مع شرط جميع الثمره للمالك، و مع الشرط المذكور فيكون العامل قد أقدم على التبرع بعمله فلا شيء له و إن كان جاهلا بفساد العقد.

(٤) أى العامل، و المعنى لإقدامه على كون الجميع للمالك فهو متبرع بالعمل.

(٥) بأن قال المالك: ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على البستان الآخر بكذا، فعن الشيخ فى المبسوط المنع محتجا بأنه كالبيعين فى بيع و هو منهى عنه، و بأنه لا لزوم لهذا الشرط، و المراد بالشرط هو المساقاه الثانيه، لأنه بمنزله الوعد و لا يجب الوفاء به.

و فيه: أن التنظير ليس فى محله، لأن المقام نظير ما لو باع شيئا بكذا بشرط أن يبيعه شيئا آخر بكذا، و هذا ليس منهيا عنه فى البيع، و إنما المنهى عنه فى البيع هو بيع المتاع حالا بكذا و مؤجلا بكذا، و البيع على تقدير بضمن، و على تقدير آخر بضمن لا ربط له فى المقام كما هو واضح، و بأن هذا الشرط - أعنى المساقاه الثانيه - و إن كان وعدا إلا أنه شرط فيجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٦) أى المقتضى للصحة.

(٧) أى اشتراط عقد سائغ.

(٨) أى انتفاء المانع.

إلا كونه (١) لم يرض أن يعطيه (٢) من هذه الحصة (٣) إلا بأن يرضى منه (٤) من الآخر بالحصة الأخرى. و مثل هذا (٥) لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود، و القول بالمنع للشيخ رحمه الله استنادا إلى وجه ضعيف، يظهر ضعفه مما ذكر في وجه الصحة.

(و لو تنازعا في خيانه العامل حلف العامل) (٦)، لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، و لأصاله عدمها (٧).

(و ليس للعامل أن يساقى غيره) (٨)، لأن في المساقاه تسليطا على أصول (٩) الغير و عملها (١٠)، و الناس يختلفون في ذلك اختلافا كثيرا، فليس لمن رضى المالك (١) أى كون المالك.

(٢) أى يعطى المالك العامل.

(٣) من البستان الأول في المساقاه الأولى.

(٤) أى بأن يرضى العامل من المالك من البستان الآخر بالحصة الأخرى في المساقاه الثانية.

(٥) أى المانع المتخيل.

(٦) بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن العامل أمين، حيث هو نائب عن المالك في حفظ مال المالك مع كون يده على المال بإذن المالك و الأمين مصدق، فضلا عن كون المالك يدعى الخيانه و العامل ينكرها و القول قول المنكر مع يمينه لأصاله عدم الخيانه.

(٧) عدم الخيانه.

(٨) على المشهور، لأن المساقاه عقد على الأصول المملوكة للمالك، و العامل لا يملك سوى الحصة من الثمره بعد الظهور، و المالك لم يأذن و لم يسلط إلا العامل فلا يجوز للعامل أن يسلط غيره بعقد ثان على أصول المالك حينئذ، و لأن عقد المساقاه هو سقى الأصول و نحوه مما هو مقصود بالذات، فلا يجوز للعامل الذى أريد مباشرته للسقى و نحوه بحسب مقتضى العقد أن يعامل غيره عليه بغير إذن المالك لاختلاف الناس في العمل و تفاوت الأغراض فيه، فرض المالك بعمل العامل في الأصول لا يدل على رضاه بتسليط العامل غيره على الأصول.

و عن ظاهر الإسكافي احتمالا- كما في الجواهر أنه يجوز و لو بدون إذن المالك كما في الإجاره و المزارعه، و قد قوّاه بعض المتأخرين.

(٩) هذا هو الدليل الأول.

(١٠) و هو السقى و نحوه و هو الدليل الثانى.

بعلمه (١) و أمانته (٢) أن يولّى (٣) من لم يرضه المالك له (٤)، بخلاف المزارعه (٥)، فإن عمل الأرض غير مقصود، و حصه المالك محفوظة على التقديرين (٦).

و أما الفرق (٧) بأن النماء تابع للأصل و هو (٨) من مالك الأصول في المساقاه، و من الزارع في المزارعه فللمالك الأصل (٩) تسليط من شاء دون غيره (١٠) فإنما يتم (١١) مع كون البذر من العامل. و المسألة (١٢) مفروضه في كلامهم أعم منه (١٣)، و مع ذلك (١٤) فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصه لكل منهما، (١) و هو السقى و هو ناظر إلى الدليل الثانى.

(٢) عند التسليط على الأصول و هو ناظر إلى الدليل الأول.

(٣) و هو العامل.

(٤) للتسليط و العمل.

(٥) حيث تقدم جواز أن يزارع العامل غيره، لأن العامل قد تملك منافع الأرض و الثمره فى قبال حصه منها للمالك إذا كان البذر من العامل، فالمقصود من المزارعه أن تكون للمالك الحصة فى قبال منافع الأرض للعامل سواء عمل فيها بنفسه أم لا، و لذا جاز له مزارعه الغير.

(٦) من عمل العامل بنفسه أو لا.

(٧) بين المزارعه و المساقاه.

(٨) أى الأصل.

(٩) فى المزارعه و هو العامل.

(١٠) و هو العامل فى المساقاه.

(١١) هذا الفارق.

(١٢) أى مسأله جواز أن يزارع العامل غيره.

(١٣) من كون البذر من العامل، و لذا قيدنا فى الشرح المسأله بهذا القيد فراجع.

(١٤) أى و مع كون مفروض مسأله مزارعه العامل للغير أعم، فلا بد من إيجاد فارق آخر بين المزارعه و المساقاه يجوّز للعامل أن يزارع غيره و هو: أن العامل قد تملك الحصة بالعقد، و إذا تملكها فيجوز له أن ينقلها من شاء و إن لم يكن البذر منه، و لا ينافيه عدم وجود الحصة وقت المزارعه الثانى فتكون باطله، لأن المعامله حينئذ ليست على نفس الحصة ليعتبر وجودها، بل على العمل و العوامل و البذر فى قبال تملكه لشىء من الحصة المترقب ظهورها، فيجوز له أن ينقل هذا التسلط للغير فى قبال العمل و

العوامل و البذر من ذلك الغير.

و فيه: إن هذا جار في المساقاه أيضا فهو ليس بفارق.

ص: ٣٧٦

فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر.

و كونها غير موجوده حين المزارعه الثانيه غير مانع، لأن المعامله ليست على نفس الحصه، بل على الأرض، و العمل، و العوامل، و البذر بالحصه، فمن استحق بالعقد اللازم شيئا تسلط على نقله مع انتفاء المانع.

في الخراج و الزكاه

(و الخراج على المالك) (١)، لأنه (٢) موضوع على الأرض و الشجر (٣) فيكون على مالكهما، (إلا مع الشرط) (٤) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصح مع ضبط المشروط (٥)، (و تملك الفائده بظهور الثمره) (٦) عملا بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما فمتى تحققت (٧) ملكت كذلك (٨).

(و تجب الزكاه على من بلغ نصيبه النصاب) (٩) من المالك و العامل، لوجود (١٠) الخراج ما يأخذه السلطان عن الأراضي المفتوحه عنوه، و هي تملك تبعاً لملك الآثار فيها، و الآثار كالشجر، فالخراج على مالك الشجر و ليس على العامل، لأنه يستحق الحصه بسبب عمله لا بسبب شجره.

(٢) أي الخراج.

(٣) فقد يوضع الخراج على الأرض و قد يوضع على الشجر المغروس فيها.

(٤) فيصح لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٥) فإن كان المشروط جميع الخراج فلا بد من العلم بمقداره بحسب العاده، و إن كان بعضه فلا بد من العلم بمقدار البعض كمائه من ألف، أو كنصف الخراج بعد العلم بمقداره عاده، و قد مضى مثله في المزارعه.

(٦) المراد بالفائده نماء الأصول الذي هو الثمره، و عليه فتملك بالظهور بين العامل و المالك على النسبه المشترطه بلا خلاف فيه منا، و خالف بعض الشافعيه و قالوا: إن العامل لا يملك حصته إلا بعد القسمه، و ردّ: بأن الشرط تمليك الحصه من الثمره، و الثمره صادقه حين ظهورها فيجب أن يتحقق الملك حينئذ.

(٧) أي الثمره.

(٨) أي بينهما.

(٩) لتحقق شرط وجوب الزكاه، فالزكاه تجب على الزرع و الثمره حين بدو صلاحهما، و كل من المالك و العامل قد ملك الثمره من حين صدق الاسم قبل بدو الصلاح فتجب الزكاه .

شرط الوجوب و هو تعلق الوجوب بها (١) على ملكه (و لو كانت المساقاه بعد تعلق (٢) الزكاه و جوزناها (٣) بأن بقى من العمل ما فيه مستزاد الثمره حيث جوزناها مع ذلك (٤) (فالزكاه على المالك)، لتعلق الوجوب بها على ملكه (٥).

(و أثبت السيد) أبو المكارم حمزه (بن زهره الزكاه على المالك فى المزارعه (٦) و المساقاه، دون العامل) مطلقا (٧)، محتجا بأن حصته (٨) كالأجره. و هو ضعيف، لأن الأجره إذا كانت ثمره (٩)، أو زرعاً (١٠) قبل تعلق الوجوب (١١) وجبت الزكاه حينئذ على من بلغ نصيبه النصاب.

و خالف ابن زهره فى الغنيه فأوجب الزكاه على من كان البذر منه و هو المالك هنا محتجا بأن الحصه للآخر كالأجره، و قال الشارح فى المسالك: (و ضعفه ظاهر، لأن الحصه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت يصلح لتعلق الزكاه بها لا بطريق الأجره، ثم لو سلم كونها بالأجره فمطلق الأجره لا يمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب - بحيث تعلق ملكها بالأجره بعد بدو صلاحها - إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحها، أو آجر المالك الزرع كذلك لوجبت الزكاه على مالك الأجره كما لو اشترى الزرع كذلك - أى قبل بدو صلاحها -، نعم لو كان يذهب إلى أن الحصه لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف إجماع الأصحاب، و مع ذلك لا يتم تعليقه بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب) انتهى.

(١) أى لتعلق وجوب الزكاه بالثمره و هى على ملك مالكة فتجب عليه الزكاه.

(٢) أى بعد بدو الصلاح.

(٣) أى المساقاه، لأنه يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمره.

(٤) مع بقاء عمل للعامل يزيد فى الثمره.

(٥) حين بدو صلاحها كانت الثمره على ملك المالك.

(٦) إن كان البذر من صاحب الأرض.

(٧) سواء تملك العامل حصته قبل بدو الصلاح أو بعده.

(٨) أى العامل.

(٩) كما فى المساقاه.

(١٠) كما فى المزارعه.

(١١) و هو قبل بدو الصلاح، فتجب الزكاه على الأجير كما لو اشتراها.

على الأجير، كما لو ملكها كذلك (١) بأى وجه كان، وان أراد كالأجره بعد ذلك (٢) فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح، و تعلق (٣) الزكاه لكنه (٤) خلاف الإجماع، و معه (٥) لا يتم التعليل (٦) بالأجره بل بتأخر ملكه (٧) عن الوجوب (٨).

فى أنّ المغارسه باطله

(و المغارسه باطله) (٩) و هى أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرسها على أن الغرس (١) قبل تعلق الوجوب.

(٢) أى بعد تعلق الوجوب، فليس هو محل النزاع، لأن محله فيما إذا تملكها حين الظهور و قبل بدو الصلاح.

(٣) عطف على (بدو الصلاح).

(٤) عدم تملك العامل حصته عند الظهور.

(٥) أى و مع تملك العامل حصته بعد بدو الصلاح و بعد تعلق الزكاه.

(٦) بنفى الزكاه عن العامل.

(٧) ملك العامل للثمره

(٨) أى وجوب الزكاه.

(٩) المغارسه معاملته خاصه على الأرض بأن يدفع مالها الأرض إلى رجل ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما، و هى باطله - كما فى المسالك و غيره - عندنا و عند أكثر العامه، لأن عقود المعاوضات موقوفه على إذن الشارع، و هو منفى هنا.

وفيه: إن الشارع ممضى فى المعاملات فلذا ذهب جماعه من المتأخرين إلى الصحه بعد صدق عنوان العقد عليها فتندرج تحت عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

نعم على القول بالبطلان فلا- فرق بين كون الغرس من المالك أو العامل أو منهما، و على البطلان فالغرس لصاحبه فإن كان من صاحب الأرض، فعليه أجره مثل عمل العامل، لأن العامل لم يعمل متبرعا بل بالحصة و لم تسلم له، و إن كان الغرس من العامل فعليه أجره مثل الأرض عن مده شغله لها، و لصاحب الأرض قلعه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، و لو قلعه المالك حال كون الغرس للعامل فيضمن أرشه، لأنه غرس بإذن المالك و ليس هو عرق ظالم حتى لا يكون له حق، و قد تقدم أن الأرض هو التفاوت فى القيمه بين كونه قائما و مقلوعا.

ص: ٣٧٩

بينهما،(و لصاحب الأرض قلعه (١)، و له الأجره) عن الأرض،(لطول بقائه) (٢) فيها،(و لو نقص (٣) بالقلع ضمن (٤) أرشه) و هو تفاوت ما بين قيمته مقلوعا، و باقيا في الأرض بالأجره، و لو كان الغرس من مالك الأرض، و قد شرط على العامل غرسه و عمله بالحصه فهو لمالكه (٥)، و عليه (٦) أجره الغارس، و ما عمل فيه (٧) من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجره على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابته)، لأن كلا منهما مسلط على ماله (٨).

و حيث يقلعه الغارس (٩) يجب عليه طم الحفر، و أرش الأرض لو نقصت به (١٠)، و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع في الأرض. و لم يفرق المصنف كالأكثر في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد و الجاهل (١١)، في استحقاق و لو قلعه العامل حال كون الغرس له فإن أضرّ بالأرض فيجب عليه طم الحفر التي حدثت، و أرش الأرض لو نقصت أو تعيبت بالقلع، و قلع العروق المتبقية و هكذا.

(١) إذا كان الغرس للعامل.

(٢) بقاء الغرس.

(٣) أى الغرس.

(٤) أى المالك.

(٥) أعنى صاحب الأرض.

(٦) على المالك.

(٧) و ما عمل العامل في الغرس.

(٨) فلا يجبر على بيعه و لا على نقله بلا خلاف فيه.

(٩) و كان الغرس منه.

(١٠) بالقلع.

(١١) قال في المسالك: (و لم يفرق الأصحاب في إطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان و الجاهل، بل تعليلهم مؤذن بالتعميم، و لا يبعد الفرق بينهما، و أن لا- أرش لصاحب الأرض مع علمه، و لا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أما الأول فلا إذن في التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقه، و أما الثانى فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه) انتهى.

الأرش (١)، و ثبتت أجرته (٢) لو كان الغرس لمالك الأرض، و ليس ببيع الفرق، لتبرع العالم بالعمل (٣)، و وضعه الغرس بغير حق، و به (٤) فارق (٥) المستعير (٦) للغرس: لأنه موضوع بحق و إذن صحيحه شرعا، بخلاف هذا الغرس (٧).

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلفا فى الحصه حلف المالك) (٨) لأن النماء تابع للأصل فيرجع إلى مالكه فى مقدار ما أخرج منه عن ملكه، مع أصاله بقاء غيره (٩) و عدم (١٠) انتقاله، و ملك (١١) الغير له (و فى المده (١٢) يحلف المنكر) لأصاله عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة.

تمّ الجزء الأول من الروضه البهيه فى شرح اللعه دمشقيه و يتلوه فى الجزء الثانى كتاب الإجاره عن يد مصنفها العبد الفقير إلى الله تعالى زين الدين على بن أحمد الشامى العاملى عامله الله بلطفه، و عفى عنه و عنهم و عن جميع المؤمنين بمنه و كرمه أنه أكرم الأكرمين.

(١) أى استحقاق المالك أرش نقصان الأرض لو قلع العامل، و استحقاق العامل أرش نقصان الغرس لو قلع المالك.

(٢) أى ثبتت أجره العامل لو كان الغرس من مالك الأرض.

(٣) لعلمه بالبطلان، و لا أرش لنقصان غرسه لأنه وضعه بغير حق.

(٤) أى بهذا الفارق بين الجاهل و العالم، فالثانى متبرع و لا أرش له، بخلاف الأول فله أجره العمل و أرش نقصان الغرس.

(٥) أى فارق المغارس، و هو العامل فى عقد المغارسه.

(٦) و هو مفعول به من استعار الأرض للغرس، فلو غرسها و قلع المالك الغرس فعلى المالك الأرض لأن الغرس قد وضع بحق و بإذن من قبل المالك.

(٧) و هو غرس العامل العالم ببطلان المغارسه.

(٨) رجوع إلى أحكام المساقاه، و لو اختلف المالك و العامل فى مقدار الحصه، فقال المالك:

حستك ربع فقال العامل: نصف، فالقول قول المالك مع يمينه لأن الثمره نماء الأصول فهى تابعه لها فى الملكيه أيضا فقول المالك موافق لهذا الأصل و العامل مدع للزيادة.

(٩) غير ما أخرج عن ملكه باعترافه و إقراره.

(١٠) أى و أصاله عدم انتقال هذا الغير.

(١١) أى و أصاله عدم ملك الغير له.

(١٢) يقدم منكر الزيادة مع يمينه لأنه منكر بحسب ظاهر قوله.

ص: ٣٨١

و اتفق الفراغ منه ظهر يوم الثلاثاء سادس شهر جمادى الأخرى سنه ست و خمسين و تسعمائه حامدا لله تعالى، مصليا على
رسوله و آله، مسلما، مستغفرا.

ص: ٣٨٢

کتاب الاجاره

اشاره

ص: ۳۸۳

فى تعريف الاجاره و ألفاظها و لزومها

(و هى العقد (١) على تملك المنفعه المعلومه بعوض معلوم) فالعقد بمنزله الجنس يشمل سائر العقود، و خرج بتعلقه بالمنفعه البيع و الصلح المتعلق (٣) بالأعيان، و بالعوض (٤) الوصيه بالمنفعه، و بالمعلوم (٥) إصداقها (٦) إذ ليس فى مقابلها (٧) عوض معلوم و إنما هو البضع.

(١) قال فى المسالك: (و هى فى اللغه اسم للأجره، و هى كرى الأجير، لا مصدر آجر يؤجر، فإن مصدره الإيجار، بخلاف باقى العقود فإنه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر)، و زاد بعضهم مع احتمال أن تكون الإجاره مصدرا سماعيا لآجر، نحو كتب يكتب كتباً و كتابه، و حينئذ يتحد المقام مع باقى العقود بالتعبير عنه بالمصدر.

(٢) على المشهور أنها عقد على تملك المنفعه خاصه بعوض معلوم، و العقد اسم يشمل جميع العقود، و قيد (تمليك منفعه) يخرج البيع لأنه عقد على تملك عين، و قيد (خاصه) يخرج الصلح، لأنه عقد واقع على تملك عين و على تملك منفعه، و قيد (بعوض) يخرج الوصيه بالمنفعه، و قيد (معلوم) يخرج الصداق إذا كان تملك منفعه، لأن تملك المنفعه إذا كان مهراً لم يكن فى قبالة عوض معلوم، و إنما فى مقابله البضع.

(٣) صفه للصلح.

(٤) أى خرج بالعوض.

(٥) أى و خرج بالمعلوم الذى هو صفه للعوض.

(٦) أى مهر الزوجه.

(٧) مقابل منفعه الصداق.

و لكن ينتقض في طرده (١) بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فانه (٢) ليس إجاره بناء على جعله أصلا (٣).

(و ايجابها آجرتك (٤)، و اكريتك، أو ملكتك (٥) منفعتها سنه) قيد التمليك بالمنفعة (٦)، ليحترز به (٧) عما لو عبّر (٨) بلفظ الايجار و الإكراء فانه (٩) لا- يصح تعلقه إلا- بالعين (١٠) فلو أوردتهما على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار مثلا لم (١)بكونه غير مانع.

(٢)أى الصلح.

(٣)كما عليه الأكثر في قبال الشيخ الذي جعله فرعا لما يفيد فائدته، و قد تقدم البحث فيه.

(٤)لما كانت الإجاره من العقود اللازمه كما سيأتى، فيجب في إنشاء إيجابها و قبولها كل لفظ صريح ماضى على مبنى المشهور، و قد عرفت ما فيه، و على كل فالصريح فى الإيجاب:

آجرتك و أكريتك، فيقال: آجرت الدار و أكريتها أى ملكت منفعتها للغير.

(٥)التمليك يفيد نقل ما تعلق به، فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها فيقال: ملكتك الدار، إذا نقلت ملكيتها للغير، و هذا ليس مورد الإجاره، لأن العين تبقى على ملك المؤجر.

و عليه فيتعين إذا أردنا إنشاء لإيجاب بالتمليك فى الإجاره أن نضيف التمليك إلى المنفعة، لأن الذى يتم نقله بالعوض فى مورد الإجاره هو منافع الأعيان، و حتى يكون التمليك من الألفاظ الصريحه حينئذ فلا بد من الابتداء به فيقال: ملكتك منفعة الدار مدته كذا بكذا من العوض. هذا و فيه ما قاله البعض من أن إنشاء الإيجاب فى الإجاره بلفظ التمليك مبنى على صحه التجوز فى صيغ العقود، و هو ممنوع عندهم، و العجب منهم كيف جمعوا بين مبناهم و هذا البناء.

نعم على المبنى المنصور من صحه التجوز فى صيغ العقود الإنشائية كصحه التجوز فى الإخبارات فيصح الإنشاء بلفظ التمليك المذكور.

(٦)دون (آجرتك أو أكريتك).

(٧)بالتقييد.

(٨)عن الإيجاب.

(٩)فإن لفظ الإيجار و الإكراء.

(١٠)فيقال: آجرتك الدار أو أكريتها، و يفيد عرفا و لغه تمليك منفعتها، بحيث لو أورد اللفظ المذكور على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار لم يصح، لأنه يفيد تمليك منفعة متعلقه، و متعلقه منفعة، يفيد تمليك منفعة المنفعة، و هو باطل إذ لا منفعة للمنفعة.

يصح، بخلاف التملك، لأنه (١) يفيد نقل ما تعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها و ليس ذلك (٢) مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيها (٣) إضافته (٤) إلى المنفعة، ليفيد نقلها (٥) إلى المستأجر حيث يعبر بالتملك.

(و لو) عبر بالبيع و (نوى بالبيع الإجارة (٦) فإن أوردته على العين) فقال: بعتك هذه الدار شهرا مثلا بكذا (بطل) (٧)، لإفادته (٨) نقل العين و هو مناف للإجارة (٩) (و إن قال: بعتك سكنها سنة مثلا (١٠) ففي الصحة وجهان) مأخذهما أن البيع (١١) موضوع لنقل الأعيان، و المنافع تابعة لها فلا يثمر (١٢) الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة و إن نوى به (١٣) (١) أى التملك.

(٢) أى ملك الأعيان.

(٣) فى الإجارة.

(٤) أى إضافته التملك.

(٥) أى ليفيد التملك نقل المنفعة.

(٦) على نحو المجاز.

(٧) نسبه فى التذكرة إلى علمائنا، لعدم صحه التجوز فى صيغ العقود، بل هو مجاز مستهجن كلفظ النكاح و إرادته البيع منه أو بالعكس.

(٨) أى البيع.

(٩) بحسب المعنى الحقيقى فيكون مجازا.

(١٠) بحيث أورد البيع على المنفعة فالمنع على المشهور، لأنه مجاز و يشترط فى العقد اللازم عدم المجاز، و تردد المحقق فى الشرائع، و عن العلامة فى التحرير احتمال الانعقاد به، لأن البيع بحسب معناه الحقيقى مما يفيد نقل المنفعة تبعا لنقل العين، و إذا أفاد نقل المنفعة فيصح إنشاء الإجارة به بشرط التصريح بالمنفعة، لأنه من دون التصريح فهو لا يستعمل إلا فى نقل الأعيان.

و فيه: إنه مجاز صريح بعد عدم كون البيع موضوعا لنقل المنفعة، و على مبناهم لا بد من الحكم بالبطلان من دون تردد.

(١١) دليل البطلان.

(١٢) أى البيع.

(١٣) بالبيع.

الإجاره، و أنه يفيد (١) نقل المنفعه أيضا (٢) فى الجمله و لو بالتبع فيقوم (٣) مقام الإجاره مع قصدها (٤)، و الأصح المنع.

(و هى لازمه من الطرفين) (٥) لا تبطل إلا بالتقاييل (٦)، أو بأحد الأسباب المقتضيه للفسخ و سيأتى بعضها،(و لو تعقبها البيع لم تبطل) (٧) لعدم المنافاه (٨)، فإن الإجاره تتعلق بالمنافع، و البيع بالعين، و ان تبعثها (٩) المنافع حيث يمكن (١٠)(سواء) (١) أى البيع و هو دليل الصحه.

(٢) كنقل المنافع بحسب الأصل.

(٣) أى البيع.

(٤) أى قصد الإجاره.

(٥) بلا خلاف فيه، لأنها عقد فتندرج تحت عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لا مخصص بالاتفاق.

(٦) لعموم أدله التقاييل الشامله لكل عقد.

(٧) لا تنفسخ الإجاره ببيع العين المستأجره قبل تمام مده الإجاره بلا خلاف فيه لاختلاف متعلقهما، فالإجاره قد تعلقت بالمنفعه، و البيع قد تعلق بالعين، نعم ليستحق المشتري العين من حين البيع مسلوبه المنفعه إلى انتهاء مده الإجاره، و بما أنها مسلوبه المنفعه فلو كان المشتري جاهلا بحقيقه المبيع و أنه مؤجر فيتخير بين الإمضاء الصبر إلى انتهاء المده، و بين الفسخ، لأن إطلاق عقد البيع يقتضى تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب، و هو غير متحقق هنا لكونها مسلوبه المنفعه، بخلاف العالم فلا خيار له لإقدامه على ذلك ثم لو فسخ المستأجر عقد الإجاره بأحد أسباب الفسخ فى أثناء المده رجعت المنافع فى مده الإجاره إلى البائع و هو المؤجر، دون المشتري، لأن المشتري قد استحق بالعقد العين مسلوبه المنفعه إلى انتهاء المده، و هذه المنافع هى لغيره قطعاً فإذا خرجت عن ملك المستأجر بالفسخ فيتعين أنها للبائع المؤجر.

(٨) بين البيع و الإجاره.

(٩) أى تبتع العين المنافع.

(١٠) دفع و هم، أمّا الوهم فقد تقدم أن البيع يفيد نقل المنافع بالتبع و إن أفاد نقل العين بالأصل و عليه فيتحد متعلق البيع و الإجاره و إن اختلفا استقلالاً و تبعاً.

ص: ٣٨٨

(كان المشتري هو المستأجر، أو غيره) (١) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجاره على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجره و الثمن، و إن كان غيره (٢) و هو عالم بها (٣) صبر إلى انقضاء المده، و لم يمنع ذلك (٤) من تعجيل الثمن (٥) و إن كان جاهلا بها (٦) تخير (٧) بين فسخ البيع، و امضائه مجانا مسلوب المنفعه إلى انقضاء المده، ثم لو تجدد فسخ الإجاره (٨) عادت المنفعه إلى البائع، لا إلى المشتري.

(و عذر المستأجر لا يبطلها) (٩) و إن بلغ حدا يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو) و أما الدفع: فالبيع يفيد نقل المنفعه بالتبع حيث يمكن ذلك، و هو كون العين غير مسلوبه المنفعه، أما هنا فالعين مسلوبه المنفعه و البيع لم يفد إلا نقل العين فقط و لا يفيد بالتبع نقل منافعتها، إذ لا منفعه لها مملوكه للبائع بل هي للمستأجر. فلم يتحد متعلق البيع و الإجاره.

(١) ما تقدم كان في المشتري غير المستأجر، أما لو كان المشتري نفس المستأجر، فالمشهور على أن الإجاره لا تبطل بالبيع أيضا، لنفس ما تقدم من الدليل، و يجتمع على المشتري الأجره و الثمن، أما الأجره في قبالة المنافع و أما الثمن في قبالة العين التي كانت مسلوبه المنفعه.

و عن العلامة في الإرشاد و نسب إلى الشيخ فسخ الإجاره بالبيع، لأن ملك العين يستدعي ملك المنافع، فالمشتري يملك المنافع بتملكه للعين، و معه يطل سبب تملك المنافع بالإجاره لعدم اجتماع سببين على مسبب واحد.

و رد بأن العين تستتبع المنافع في النقل و الانتقال إذا لم يسبق تملكها بسبب آخر، و عليه فلم يجتمع سببان على مسبب واحد.

(٢) أى و إن كان المشتري غير المستأجر.

(٣) بالإجاره.

(٤) من كون الدار مسلوبه المنفعه فلا يمكن للمشتري الانتفاع بالمبيع.

(٥) لأن العقد يقتضى تعجيل الثمن و المثمن، و عدم انتفاع المشتري بالعين لأنها مسلوبه المنفعه لا يمنع من تعجيل الثمن حتى ينتفع به البائع كما هو مقتضى العقد.

(٦) بالإجاره.

(٧) أى المشتري الجاهل.

(٨) من المستأجر أو المؤجر.

(٩) لو وقعت الإجاره على عين و حدث مانع للمستأجر من الانتفاع بمنافعها، فلا تبطل الإجاره، لأن المنفعه التي وقعت موردا للعقد ما زالت باقية، و إنما المانع من جهته فيستصحب لزوم الإجاره بعد وقوع العقد.

(استأجر حانوتا فسرق متاعه) و لا يقدر على إبداله، لأن العين (١) تامه صالحه للانتفاع بها فيستصحب الزوم،(و اما لو عم العذر (٢) كالثلج المانع من قطع الطريق) الذى استأجر الدابه لسلوكه مثلا (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما) (٣)، لتعذر استيفاء المنفعه المقصوده (٤) حسا فلو لم يجبر بالخيار لزم الضرر المنفى، و مثله (٥) ما لو عرض مانع شرعى كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذ (٦)، أو استئجار امرأه لكنس المسجد فحاضت (٧) و الزمان (٨) معين ينقضى (٩) مدته العذر، و يحتمل (١٠) انفساخ العقد فى ذلك كله (١١)، تنزيلا لتعذر منزله تلف العين (١٢).

(و لا تبطل) الإجاره (بالموت) (١٣) كما يقتضيه لزوم العقد، سواء فى ذلك (١) تعليل لعدم بطلان الإجاره.

(٢)بمعنى لم يكن المانع من قبله و إنما كان بأسباب طبيعیه، فتعذر حينئذ استيفاء المنفعه المقصوده من الإجاره، كالثلج المانع من سلوكك الطريق مع أن إجاره الدابه إنما كان لسلوكك هذا الطريق، و كذا لو استأجر الدابه لسلوكك طريق معين فعرض مانع شرعى كالخوف من سلوكه لظالم أو متعذر، و عليه فلزوم الإجاره على المستأجر ضرر و هو منفى، و رفعه بثبوت الخيار له بين الفسخ و الإمضاء.

(٣)أى المؤجر و المستأجر.

(٤)من عقد الإجاره و إن أمكن استيفاء غيرها من العين المؤجره.

(٥)أى مثل العذر العام.

(٦)حين الخوف.

(٧)فالحيض و تحريم السفر مانعان شرعيان.

(٨)زمن الاستئجار.

(٩)أى زمن الاستئجار ينقضى فى زمن عذرهما.

(١٠)و من هنا قال سابقا (الأقرب).

(١١)ما عدا العذر الذى يكون من قبل المستأجر.

(١٢)و تلف العين موجب للانفساخ كما سيأتى.

(١٣)اختلف فيه على أقوال، أنها لا تبطل بالموت مطلقا سواء كان بموت المؤجر أو المستأجر كما عن المحقق و علامه و عليه المتأخرون أجمع كما فى المسالك و نسب إلى جملة من القدماء كالمرتضى و القديمين، لأن الإجاره من العقود اللازمة، و من شأن الزوم عدم البطلان بالموت لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و للاستصحاب.

وقيل: إنها تبطل مطلقا و هو المحكى عن المفيد فى المقنعه و الشيخ فى الخلاف و النهايه

ص: ٣٩٠

و الديلمى و بنى حمزه و زهره و البراج، و فى الشرائع نسبته إلى المشهور، لموثق إبراهيم بن محمد الهمدانى (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: و سألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الأجره فى كل سنه عند انقضائها، لا يقدّم لها شىء من الأجره ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو يعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت، أم تكون الإجاره منقضيه بموت المرأة؟ فكتب عليه السّلام: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجاره، فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى)(١).

بدعوى أن الجواب مشتمل على شرطيتين، فالأول (إن كان لها وقت مسمى) الخ...

و هى ظاهره فى أن المرأة إذا ماتت بعد إدراك الأنجم المضروب لآخذ الأجره قبل آخذ الأجره فلورثتها تلك الأجره، و الثانى (فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه) الخ..

و هى ظاهره فى أن المرأة إذا ماتت فى أثناء الأجل المضروب قبل آخذ الأجره فتستحق الورثه الأجره عن الماضى دون المستقبل، و لازم ذلك هو الفساد، و أيدهم على هذا التفسير كل من المجلسى و سيد الرياض و صاحب مفتاح الكرامه و الشيخ الأعظم.

و ذهب الأردبيلى و بحر العلوم إلى أن الخبر من أدله عدم بطلان الإجاره بالموت، لأن المراد من الوقت فى الجواب هو مده الإجاره سيّما بعد ملاحظه السؤال حيث ورد فيه (هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت، أم تكون الإجاره منقضيه بموت المرأة) و هو ظاهر فى السؤال عن بطلان الإجاره لموت المؤجر فى مده الإجاره.

و بناء عليه فالجواب ظاهر فى أنها لو ماتت فلورثتها تلك الإجاره بحسب الشرطيه الأولى و هذا ظاهر فى عدم البطلان، و تدفع الأجره إلى الورثه بالنسبه إلى المنفعه الماضيه بحسب الشرطيه الثانى، و هذا لا ينافى الصحه.

و الحق ما قال الأردبيلى من أنها صريحه فى الصحه.

هذا و عن الشيخ فى المبسوط أنها تبطل بموت المستأجر دون المؤجر، و تبعه ابن طاوس، و عن ابن البراج نسبته إلى أكثر أصحابنا، و مما تقدم تعرف ضعفه. ثم على القول بعدم بطلانها بالموت يستثنى منه مواضع منها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعه بنفسه فإنها تبطل بموته عملاً بالشرط.

ص: ٣٩١

موت المؤجر والمستأجر، (إلا- أن تكون العين موقوفه) على المؤجر وعلى من بعده من البطون فيؤجرها مده و يتفق موته قبل انقضائها فتبطل، لانتقال الحق إلى غيره، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه و لهذا لا يملك نقلها، ولا اتلافها.

نعم لو كان ناظرا و آجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته (١)، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث أنه موقوف عليه، بل من حيث انه ناظر، و مثله (٢) الموصى له بمنفعتها مده حياته فيؤجرها كذلك (٣)، و لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضا (٤).

في ما يصح إجارته

(و كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه (٥) تصح إعارته و إجارته) و ينعكس في الإجاره كليا (٦)، دون الإعاره (٧)، لجواز إعاره المنحه، مع أن المقصود منها منها: أن يكون المؤجر موقوفا عليه و على من بعده من البطون عند موته، ثم يموت قبل انتهاء أمد الإجاره، فإنها تبطل بموته، لأن الحق المؤجر قد انتقل إلى غيره بموته، فيلزم رضا المالك الجديد.

و منها: الموصى له بالمنفعه مده حياته، فلو آجرها مده و مات في أثناءها فإنها تبطل أيضا، لانتهاء استحقاقه و رجوع المنفعه إلى ورثه الميت كما هو واضح.

(١) بموت الناظر، لأنه نائب منابهم جميعا، فلو عاش مع جميع البطون أو وجد مع البطن الثاني لكان النظر إليه.

(٢) أى مثل الموقوف عليه.

(٣) أى يؤجرها مده ثم يموت قبل انقضاء مده الإجاره.

(٤) عملا بالشرط.

(٥) كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه هو مورد الإجاره، بلا خلاف فيه، لأن الإجاره ذلك لغه و عرفا، ثم إن هذا المورد هو مورد العاريه على ما تقدم في بابها و عليه فكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إجارته و عاريته، و كل ما تصح إجارته تصح إعارته، و كل ما تصح إعارته تصح إجارته.

(٦) و العكس في الإجاره: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إجارته، و في مثله لا مورد للإجاره.

(٧) و العكس في الإعاره: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إعارته، و هو ليس بكلي لجواز إعاره المنحه، و هي إعاره الشاه أو الناقه اللبون، فيصح إعارتها مع أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بذهاب عينها الذي هو العين.

و هو اللبن لا- تبقى عينه، و لا- تصح إجارتها (١) لذلك (٢)(منفردا (٣) كان) ما يؤجر، (أو مشاعا) (٤) إذ لا- مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان استيفاء المنفعة (٥) بموافقه الشريك، و لا فرق بين أن يؤجره (٦) من شريكه، و غيره عندنا.

(و لا يضمن (٧) المستأجر العين إلا بالتعدى) فيها،(أو التفريط) (٨)، (١) أى إجاره المنحه.

(٢)لأن استيفاء المنفعة يتم بذهاب العين فلا مورد للإجاره.

(٣)إجازه المنفرد كإجاره الدار، بلا خلاف فيه، لإمكان تسليمه من قبل المؤجر و إمكان استيفاء المنفعة من قبل المستأجر، فلا بد من الصحة لوجود المقتضى بعد كونه عقدا مع عدم المانع.

(٤)كإجاره الحصة المشاعه من الدار كالنصف، و لا خلاف فى صحه إجارتها عندنا لوجود المقتضى لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لا مانع منه إلا عدم إمكان التسليم من قبل المؤجر و عدم إمكان الاستيفاء من قبل المستأجر، و هو غير مانع إذ يمكن التسليم بموافقه الشريك، و معه يمكن للمستأجر استيفاء المنفعة، و عليه لا بدّ من إذن الشريك فى تسليم الحصة المشاعه المؤجره، و لو أبى رفع أمره إلى الحاكم لأنه ولى الممتنع.

ثم الإشاعه لا تنافى معلوميه المتاع، و لذا جاز وقوع البيع عليه فيصح وقوع الإجاره عليه أيضا.

و ثم لا فرق فى الحكم بين أن يؤجرها الشريك من شريكه أو غيره لعموم أدله صحه الإجاره، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد، و هو عندنا موضع وفاق، و خالف بعض العامه فمنع من الإجاره لغير الشريك و هو تحكم إذ لا دليل له.

(٥)من قبل المستأجر، و إمكان التسليم من قبل المؤجر.

(٦)ضمير المفعول راجع إلى المتاع.

(٧)عدم ضمان المستأجر للعين المؤجره لأنه أمين، بعد كون وضع اليد عليها بإذن المؤجر، و الأصل فى الأمين عدم الضمان إلا مع التعدى و التفريط، فلا يشملهم عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)(٢)، و للأخبار الآتية.

(٨)فمع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف فيه لعموم (على اليد) بعد ارتفاع أمانته، و للأخبار.

ص: ٣٩٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ حديث ٥١٩٧.

لأنها (١) مقبوضه بإذن المالك لحق القابض. ولا فرق في ذلك (٢) بين مده الإجاره (٣) و بعدها (٤)، قبل طلب المالك و بعده، إذا لم يؤخر (٥) مع طلبها اختياراً، (و لو شرط) في عقد الإجاره (ضمانها بدونهما (٦) فسد العقد)، لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع، و مقتضى الإجاره، (و يجوز اشتراط الخيار) منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت، ما عليه؟ قال عليه السلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء) (١)، و مثله غيره.

(١) أى العين المستأجره، و هذا تعليل بالأمانه لعدم الضمان عند عدم التعدى أو التفريط.

(٢) فى عدم الضمان.

(٣) ما تقدم إنما كان بلحاظ مده الإجاره.

(٤) أى بعد مده الإجاره، فلو تلفت فى هذه المده لا يضمن على المشهور لبقاء الأمانه القاضيه بعدم الضمان، و عن الشيخ و ابن الجنيد الحكم بالضمان لأن العين المؤجره بعد انقضاء المده أمانه شرعيه لا مالكيه، فيجب عليه ردها و لو لم يطلب المالك و لو تلفت كان ضامناً لها، و هذه هى أحكام الأمانه الشرعيه.

و المشهور لم يوجبوا الرد عليه فوراً، بل لا يجب الرد حتى لو طلبها المالك و إنما عند الطلب يجب عليه التخليه فقط، و السبب فى ذلك لأنها مقبوضه بإذن المالك بخلاف الأمانه الشرعيه فلا إذن للمالك فيها.

(٥) أى لم يؤخر المستأجر بالتخليه لو طلبها المؤجر، فلو أخر بالتخليه بعد الطلب و تلفت كان ضامناً لأنه مفرط حينئذ.

(٦) بدون التعدى أو التفريط، فقد ذهب المشهور إلى فساد الشرط، لمنافاته لمقتضى عقد الإجاره من عدم الضمان عند عدم التعدى أو التفريط، و لما دل فى السنه على عدم ضمان المستأجر، و قد تقدم فلا يكون سائغاً فلا يندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

و إذا فسد الشرط فسد العقد، لأن الشرط فاسد مفسد، إذ لا تراضى فى العقد بناء على صحه الشرط و لم يسلم، فلا رضا حينئذ بالعقد، و معه يفسد. و عن جماعه منهم سيد الرياض عدم بطلان الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣).

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإجاره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(لهما أو لاحدهما) (١) مده مضبوطة، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولا فرق بين المعينه، و المطلقة عندنا.

(نعم ليس للوكيل و الوصى فعل ذلك) (٢) و هو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم (٣) بحيث يفسخ (٤) إذا أراد (إلا مع الإذن (٥)، أو ظهور الغبطه (٦) فى الفسخ فيفسخ (٧) حيث يشترطها (٨) لنفسه، لا- بدون الإذن فى الوكيل، و لا الغبطه فى الوصى، لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها (٩) إضافه الخيار (١٠) (١) بل إشكال و لا- خلاف كما فى الجواهر لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١١)، بل لا- فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أو للأجنبى، بشرط كون مده الخيار معلومه لئلا يلزم الضرر فى الشرط.

ثم لا فرق فى ثبوت الخيار فى الإجاره المعينه كأن يستأجر هذه العين، و فى المطلقة كإجاره دار موصوفه، أو كأن يستأجره لعمل مطلق غير مقيد، كل ذلك للعموم المتقدم، و خالف بعض العامه فجوّز خيار الشرط فى المطلقة دون المعينه، و هو تحكم إذ لا دليل له على التفريق.

(٢) الوصى هو ولى الصبى فليس لهما اشتراط الفسخ للمستأجر، أو اشتراط الفسخ للموكل أو الصبى أو لأنفسهما، أما بالنسبه للوكيل فلأن مقتضى ووكاله إجراء عقد الإجاره اللازم، و هذا يقتضى عدم الخيار لأحد الطرفين إلا إذا أذن الموكل فيجوز للوكيل ذلك تبعا للإذن.

و أما بالنسبه للوصى فلا يجوز له ذلك إلا مع ظهور الغبطه و المصلحه فى ثبوت الخيار، و معها يجوز.

(٣) من المستأجر و المؤجر.

(٤) ضمير الفاعل راجع لمن أعطى له حق الخيار، و هو المستأجر أو الأعم منه و من المؤجر.

(٥) بالنسبه للوكيل.

(٦) بالنسبه للوصى.

(٧) كل من الوكيل و الوصى.

(٨) أى يشترط الخيره بمعنى الخيار.

(٩) فى الإجاره.

(١٠) أى إضافته للإجاره، لأن الدليل فى الإجاره و الأصل فيها اللزوم.

ص: ٣٩٥

المقتضى (١) للتسلط على إبطالها (٢)، و كذا الوصاية (٣)، فإن فعل الوصى منوط بالمصلحة.

فى المتعاقدين

(و لا- بدّ من كمال المتعاقدين (٤)، و جواز تصرفهما) فلا- تصح إجاره الصبى و إن كان مميزا، أو أذن له الولى (٥)، و لا المجنون مطلقا (٦)، و لا- المحجور بدون إذن الولى (٧)، أو من فى حكمه (٨) (و من كون المنفعة) المقصوده من العين، (و الأجره معلومتين) (٩).

(١) صفة للخيار.

(٢) إبطال الإجاره.

(٣) فتقتضى أن تقع الإجاره لمال الصبى لازمه على حسب أصلها إلا مع ظهور الغبطه بالنسخ.

(٤) كمالهما بالبلوغ و العقل و الاختيار و أن يكونا جائزى التصرف لعدم الفلس و السفه و نحوهما من أسباب الحجر، فعقد الصبى و المجنون باطل لأنهما مسلوبا العبارة شرعا لحديث (رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق) (١)، و عقد المكره باطل لأنه مسلوب العبارة لحديث (رفع عن أمتى تسعه أشياء: - إلى أن قال - و ما أكرهوا عليه و ما اضطروا إليه) (٢).

و عقد المحجور عليه باطل للحجر المانع عن التصرف المالى و الإجاره تصرف مالى، بلا خلاف فى ذلك كله.

(٥) فعبارته مسلوبه شرعا و أذن الولى و تمييزه لا تجعل العبارة ممضاه شرعا.

(٦) أدواريا أو مطبقا.

(٧) فالمحجور الذى له ولى هو المكلف الذى بلغ سفيها، و ولايه أبيه عليه مستمره كما مضى فى باب الحجر، و عليه فلو أذن الولى صح، لعدم سلب عبارته شرعا و إنما منع من التصرف لعارض و أذن الولى يرفعه.

(٨) أى فى حكم الولى و هو الغرماء بالنسبه للمفلس، لأن المفلس ممنوع من التصرف المالى حفظا لحق الغرماء، و إذا أذنوا له بالتصرف فقد سقط المانع و ارتفع.

(٩) أما العلم بالمنفعة التى كانت موردا للإجاره كعمل العامل إذا استؤجر، و منفعه الدار، فلا

ص: ٣٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

و يتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدته العين (١) المستأجرة التي هي متعلقه المنفعة أو وصفها بما يرفع الجهالة، و تعيين المنفعة إن كانت متعددة في العين و لم يرد الجميع (٢)، و في الأجره (٣) بكيلها، أو وزنها، أو عدها إن كانت (٤) مما يعتبر بها (٥) في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك (٦).

في أنه لا تكفى المشاهدة في الأجره و أنها تملك بالعقد

(و الأقرب أنه لا تكفى المشاهدة في الأجره عن اعتبارها) (٧) بأحد الأمور الثلاثة إن كانت مما يعتبر بها، لأن الإجاره معاوضه لازمه مبنيه على المغابنه (٨) فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين، أما لو كانت الأجره مما يكفى في بيعها خلاف فيه، للغرر إذا كانت مجهوله.

و العلم بالمنفعة متحقق إما بتقدير العمل كخياطه الثوب المعلوم طوله و عرضه و غلظته ورقته في إجاره عمل العامل، و إما بتقدير المده كسكنى الدار مثلا سنه، أو العمل على الدابه كذلك، و بهذا ترتفع الجهاله عرفا التي هي المدار في تحقق الغرر.

ثم لا يكفى في رفع الجهاله تقدير المنفعة بالعمل أو بالزمن بل لا بدّ مع ذلك من مشاهدته نفس الدابه و الدار أو وضعها، و لا بدّ من تعيين المنفعة من العين عند عدم إرادته جميع منافعها من عقد الإجاره.

و أما العلم بالأجره التي هي العوض فلا خلاف فيه للغرر أيضا، و العلم بالأجره متحقق بالوزن أو الكيل أو العدّ إذا كانت الأجره من هذه الأمور الثلاثة، و قيل: تكفى المشاهده حتى في هذه الثلاثة كما عن الشيخ و المرتضى لانتفاء معظم الغرر بالمشاهده.

و ردّ بأنه قد ثبت من الشارع اعتبار الكيل و الوزن و العدّ في المكيل و أخويه في البيع مع عدم كفايه المشاهده، و هذا كاشف عن عدم ارتفاع الغرر بالمشاهده.

نعم ما تكفى المشاهده فيه في البيع لرفع الغرر تكفى في الإجاره، و هذا لا يكون إلا في غير هذه الأمور الثلاثة.

(١) أى مع العلم بتقدير العمل و تقدير المده على ما سمعته سابقا.

(٢) جميع المنافع من العين.

(٣) أى يتحقق العلم بالأجره.

(٤) هذه الأمور الثلاثة.

(٥) أى مما يعتبر العلم بها.

(٦) من المكيل أو الموزون أو المعدود.

(٧) أى اعتبار الأجره خلافا للشيخ و السيد.

(٨) بحسب واقعها.

ص: ٣٩٧

المشاهده كالعقار كفت فيها هنا (١) قطعا، و هو (٢) خارج (٣) بقرينه الاعتبار (٤).

(و تملك) الأجره (بالعقد) (٥)، لاقتضاء صحه المعاوضه انتقال كل من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل (٦)، و إنما تظهر الفائده فى ثبوت أصل الملك (٧) فيتبعها (٨) النماء متصلا و منفصلا، (و يجب تسليمها (٩) بتسليم العين) المؤجره (و إن كانت على عمل فبعده)، لا قبل ذلك (١٠)، حتى لو كان المستأجر وصيا، أو وكيلا لم يجوز له التسليم (١١) قبله (١٢)، إلا مع الإذن (١٣) (١) أى كفت المشاهده فى الإجاره.

(٢) أى ما يكتفى بمشاهدته فى الإجاره.

(٣) أى خارج عن اشتراط الكيل أو الوزن أو العد فى تحقق العلم بالأجره.

(٤) أى بقرينه اعتبار المشاهده فى البيع.

(٥) لا- خلاف فى أن المعاوضه - كل معاوضه سواء كانت بيعا أو إجاره - إذا صحت اقتضت نقل الملك فى كل من العوضين إلى الآخر، لأن المعاوضه هى تبادل مال بمال، و لازمه انتقال فى العوضين بمجرد العقد.

(٦) لا- يجب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المؤجره أو بالعمل، إذا كانت الإجاره على عمل العامل لما تقدم فى كتاب البيع من وجوب تقديم المثل فىه، لأن الثمن عوض عنه، تابع له فيؤخر، و يشهد له ما فى الخبر (فى الحمال و الأجير لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته) (١).

(٧) بحيث يملك المؤجره الأجره بالعقد، فلو كانت الأجره معينه و ظهر لها نماء متصل أو منفصل فالنماء للمؤجر تبعا للأجره و إن لم يدفعها المستأجر بعد.

(٨) أى يتبع الأجره.

(٩) أى تسليم الأجره.

(١٠) قد تقدم بحثه.

(١١) أى تسليم الأجره.

(١٢) أى قبل العمل و قبل تسلم العين المؤجره، لأن الوصايه و الوكاله اقتضت وقوع عقد الإجاره، و من لوازمه دفع الأجره بعد العمل و بعد تسلم العين المؤجره، و عليهما أن يلتزما بذلك، فلو دفعا الأجره قبل ذلك لضمنا حينئذ.

(١٣) أى الاذن من الموكل و الموصى بدفع الأجره قبل التسلم و العمل.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الإجاره حديث ١.

صريحاً، أو بشاهد الحال، و لو فرض توقف الفعل على الأجره كالحج و امتنع المستأجر من التسليم (١) تسلط الأجير على الفسخ (٢).

فى ما لو ظهر فى الأجره عيب

(و لو ظهر فيها) أى فى الأجره (عيب (٣) فللأجير (٤) الفسخ، أو الأرش مع التعيين) للأجره فى متن العقد، لاقتضاء الإطلاق (٥) السليم (٦)، و تعيينه (٧) مانع من البديل كالبيع فيجبر العيب بالخيار (و مع عدمه) أى عدم التعيين (يطالب بالبديل) (٨)، لعدم تعيين المعيب أجره فإن أوجب إليه (٩)، و إلا جاز له الفسخ (١٠) و الرضا بالمعيب فيطالب بالأرش (١١)، لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره.

(١) أى تسليم الأجره، و كان الأجير غير قادر على العمل إلا بقبض الأجره كالذى آجر نفسه للحج.

(٢) لأن إلزامه بالعمل ضرر و هو منفي، و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: (و لا يخلو من إشكال بعد فرض إقدامه على الإجاره التى مقتضاها ذلك) انتهى.

(٣) فإن كانت الأجره مطلقه فى الذمه بمعنى أن الإجاره قد وقعت على منفعه دار بعوض، معلوم وصفه و لم يعينه فى الخارج تخير المؤجر بين الفسخ للضرر المنفى و بين المطالبه ببديل المعيب، و عن الشهيدين و جماعه الإشكال فى الفسخ، لأن الأجره أمر كلى هنا، و هو غير منحصر فى المدفوع فيطالب المؤجر بالبديل، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ، و له حين تعذر العوض الرضا بالمعيب مع الأرش عن العوض الفائت فى المدفوع.

و إن كانت الأجره معينه بمعنى أن الإجاره قد وقعت على منفعه دار بهذا العوض المقدّر و المعين فى الخارج، فلو ظهر فيه عيب كان للمؤجر الفسخ أو الإمضاء مع الأرش بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لعين الدليل فى المبيع المعين المعيوب، لأن الأدله مطلقه، و سيذكرها الشارح فى الروضه هنا.

(٤) ما مثله إنما هو فى الإجاره الواقعه على منفعه عين، و ما مثله الماتن إنما هو فى الإجاره الواقعه على عمل العامل، و لا تفاوت، فكل ما قيل فى المؤجر هناك يقال فى الأجير هنا.

(٥) أى إطلاق الأجره فى عقد الإجاره.

(٦) أى السليم من العيب فى الأجره.

(٧) أى تعيين ما ذكر من الأجره.

(٨) ببديل المدفوع المعيب.

(٩) أى إلى البديل فقد وصل إليه حقه و هو المطلوب.

(١٠) جاز له الفسخ عند تعذر البديل، و إلزامه بالمعيب ضرر منفي.

(١١) عوضا عن الجزء الفائت في المدفوع.

ص: ٣٩٩

(و قيل: له الفسخ) في المطلقة مطلقاً (١) (و هو قريب ان تعذر الإبدال) كما ذكرناه، لا مع بدله، لعدم انحصار حقه في المعيب.

في ما لو جعل أجرين على تقديرين

(و لو جعل أجرين على تقديرين (٢) كنقل المتاع في يوم بعينه بأجره و في) يوم (آخر) بأجره (أخرى، أو) جعل أجرين (إحدهما في الخياطة الرومية) و هي التي بدرزين، (و الأخرى على) الخياطة (الفارسية و هي التي بواحد فالأقرب) (١) سواء تعذر البذل أم لا.

(٢) بأن قال المستأجر للأجير: إن خطته على الطريقه الفلانيه فلك درهم، و إن خطته على الطريقه الأخرى فلك درهمان، أو أن يقول: إن أتيت بهذا العمل في هذا اليوم فلك درهمان، و إن أتيت به غدا فلك درهم.

و عن جماعه منهم الشيخ في المبسوط و العلامه في التذكرة الصحه لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لإطلاق أدله الإجاره بعد صدق المعلوميه على عوض الإجاره و منفعتها، فإنهما على كل تقدير معلومان و الواقع لا يخلو منهما، و لقوله تعالى: قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ، عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَاجٍ، فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ، وَ مَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ، وَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ (٢)، و لصحيح أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول: اكترتها منك إلى مكان كذا و كذا، فإن جاوزته فلك كذا و كذا زيادة، و سَمِيَ ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله) (٣) و مثله غيره.

و عن جماعه منهم ابن إدريس و العلامه في المختلف و ولده فخر المحققين و المحقق الثاني البطلان، لأن المعلوميه غير صادقه على وجه يرفع الإبهام، لأن المستأجر عليه ليس المجموع، و لا- كل واحد، و إلا لوجب، فيكون واحدا غير معين، و ذلك غرر مبطل للإجاره، كالبيع بثمانين نقدا و نسيئه، أو إلى أجلين، و هو في البيع لا- يرفع الغرر بالاتفاق فيجب مثله في الإجاره، و معه يبطل التمسك بعموم الوفاء بالعقد.

و أما الآيه فهي ظاهره في كون الثاني إحسانا لا تقديرا ثانيا للإجاره، و أما الروايه فهي محموله على الشرط فليست الأجره فيها على تقديرين، بل الأجره على تقدير و الزيادة إن حصلت فلها أجره ثانيه على نحو الشرط في متن العقد.

ص: ٤٠٠

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) سورة القصص، الآيتين: ٢٧ و ٢٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أحكام الإجاره حديث ١.

(الصحة)، لأن كلا الفعلين معلوم، و أجرته (١) معلومه و الواقع لا يخلو منهما، و لأصالة الجواز.

و يشكل بمنع معلوميته (٢) إذ ليس المستأجر عليه المجموع، و لا- كل واحد و إلا لوجبا فيكون واحدا غير معين، و ذلك غرر مبطل لها (٣) كالبيع بثمانين على تقديرين (٤)، و لو تحمل (٥) مثل هذا الغرر لزم مثله فى البيع بثمانين لاشتراكهما (٦) فى العقد اللازم المشتمل على المعاوضه (٧).

نعم لو وقع ذلك جعالة (٨) توجهت الصحة، لاحتمالها (٩) من الجهالة ما لا تحتمله الإجاره (و لو شرط عدم الأجره على التقدير الآخر (١٠) (١١) أى أجره كل من الفعلين.

(٢) أى بمنع معلوميه العمل.

(٣) للإجاره.

(٤) نقدا و نسيئه، أو إلى أجلين.

(٥) أى عقد الإجاره.

(٦) أى البيع و الإجاره.

(٧) المشروط فيها عدم الغرر.

(٨) بأن قال المالك: إن فعلته على كذا فلك كذا، و إن فعلته على تقدير آخر فلك كذا جعالة، إما أن يصرح بها أو يقول: أجعل من يفعل كذا إلى آخر ما تقدم.

و هذا صحيح عندهم لأن الجعالة تحتمل الجهالة كما سيأتى فى بابها و لذا صحت الجعالة فيمن قال: من ردّ علىّ عبدى فله كذا مع أن موضع العبد غير معلوم بخلاف الإجاره.

و إطلاق أدله الجعالة يشمل موردنا خلافا للعلامه فى المختلف حيث منع من ذلك، لأن الجعالة مفتقره إلى تعيين الجعل و إن جهل العمل، و الجعل هنا غير معيّن.

و ردّ بأن الجعالة تحتمل جهالة الجعل كما تحتمل جهالة العمل و لذا تصح فيمن قال: من ردّ علىّ عبدى فله نصفه، مع أن قيمه الآبق غير معلومه كعدم معلوميه موضعه.

(٩) أى لتحمل الجعالة.

(١٠) بمعنى لو قال: إن نقلت المتاع اليوم فلك كذا، و إن نقلته غدا فلا شىء لك، فيبطل عقد الإجاره، و عليه فلو أتى الأجير بالعمل سواء كان على التقدير الأول أو الثانى فله أجره المثل كما هو المشهور، و مستندهم خبران.

الأول: صحيح ابن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاض من

ص: ٤٠١

(لم تصح (١) فى مسأله النقل) فى اليومين، و تثبت أجره المثل على المشهور.

و مستند الحكمين (٢) خبران أحدهما صحيح و ليس بصريح فى المطلوب، قضاء المدينه فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني اكترت هذا يوافي بحسب السوق يوم كذا و كذا، و إنه لم يفعل، فقال القاضى: ليس له كرى، فقال عليه السلام: فدعوته و قلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذى عليه، اصطلاحا بينكما(١).

و فيه: إنه أجنبى عن المدعى إذ ليس فيه اشتراط عدم الأجره إن لم يوصله.

خبر الحلبي (كنت قاعدا عند قاض من القضاء و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعا إلى بعض المعادن، و اشترطت عليه أن يدخلنى المعدن يوم كذا و كذا، لأنها سوق أتخوف أن تفوتنى، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا، و إنه حبسنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوما، فقال القاضى: هذا شرط فاسد وفه كراه، فلما قام الرجل أقبل علىّ أبو جعفر عليه السلام: فقال: هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه)٢.

و وجه الاستدلال أن الشرط على النقصان جائز ما لم يحط بجميع الكرى، فإن أحاط و لا شىء للأجير فغير جائز.

غير أن سند الخبر مشتمل على منصور بن يونس و قد وثقه النجاشى و ضعفه العلامة و غيره لكونه واقفيا، و كان فى يده أموال كثيرة فوقف على إمامه الكاظم عليه السلام و لم يعتقد بإمامه الرضا عليه السلام لأجل ذلك.

و بما أن النصوص ما هو دال غير حجه و ما هو حجه غير دال إن غضضنا البصر عن عمل المشهور به فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول و القواعد الشرعيه المقرره، و هى توجب العلم بالأجره، و العلم بالأجره، هنا غير متحقق، لاختلاف الأجره على التقديرين فعلى الأول له شىء و على الثانى لا شىء له فلا يدرى أجرته حينئذ، و عليه لا بدّ من الحكم بالبطلان، و يكون للأجير أجره المثل لقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(١) أى الإجاره.

(٢) الأول: جعل الأجره على التقديرين، و الثانى سقوط الأجره على التقدير الثانى هكذا فسر، و هو ليس فى محله، لأن الخبرين المذكورين إنما هما مستند الحكم الثانى بتقديره، و عليه فالأولى تفسير الحكمين بتقديرى الحكم الثانى.

ص: ٤٠٢

و الآخر ضعيف، أو موثق (١) فالرجوع فيهما (٢) إلى الأصول الشرعيه أولى.

و للمصنف رحمه الله فى الحكم الثانى (٣) بحث تبّه عليه بقوله: (و فى ذلك نظر (٤)، لأن قضيه كل إجاره المنع من نقيضها) (٥) فيمكن أن يجعل مورد الإجاره هنا القسم الذى فرض فيه أجره (٦)، و التعرض للقسم الآخر الخالى عنها (٧) تعرضا فى العقد لحكم يقتضيه (٨)، فإن قضيه الإجاره بالأجره المخصوصه فى الزمن المعين حيث يطلق عدم (٩) استحقاق شىء لو لم ينقل (١٠)، أو نقل فى غيره (١١) (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجره لو نقله فى غير المعين (قد شرط قضيه العقد فلم تبطل) الإجاره (فى مسأله النقل، أو فى غيرها) مما شاركها فى هذا المعنى، و هو (١٢) اشتراط عدم الأجره على تقدير مخالفه مقتضى الإجاره الخاصه (غايه ما فى الباب) (١) ضعيف على رأى علامه و موثق على رأى النجاشى.

(٢) فى الحكمين المذكورين.

(٣) و هو شرط سقوط الأجره على التقدير الثانى.

(٤) وجهه أن الإجاره هنا لم تكن على تقديرين، و إنما كانت على تقدير واحد، و هو التقدير الأول من جعل العوض فى قبال عمله فى الزمن المعين، و من المعلوم أن الإجاره على المنفعه بعوض معلوم فى وقت معلوم تقتضى عدم العوض لو أتى بالمنفعه فى غير هذا الوقت، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعه أبدا، و هذا اللازم من مقتضيات العقد.

و إذا تقرر ذلك فالإجاره هنا لما كانت على تقدير واحد، و كان لها هذا اللازم فقد جعل هذا اللازم شرطا فى متن العقد، و هذا لا يوجب بطلانها، و لازمه ثبوت أجره المسمى لو أتى الأجير بالمنفعه فى الوقت المعلوم لا أجره المثل كما ذهب إليه المشهور.

(٥) و نقيضها هو عدم العوض لو لم يأت بالمنفعه فى الوقت المعلوم، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعه أبدا.

(٦) و هو التقدير الأول.

(٧) عن الأجره.

(٨) أى يقتضيه العقد الواقع فى القسم الأول.

(٩) خبر لقوله (فإن قضيه الإجاره).

(١٠) أبدا.

(١١) غير الوقت المعين فى متن العقد.

(١٢) أى هذا المعنى.

(أنه إذا أخلَّ بالمشروط) و هو (١) نقله في اليوم المعين (يكون البطلان منسوباً إلى الأجير) حيث فوت الزمان المعين، و لم يفعل فيه (٢) ما شرط عليه فلا يستحق شيئاً، لأنه لم يفعل ما استؤجر عليه.

(و لا يكون) البطلان (حاصلاً من جهة العقد) فلا وجه للحكم ببطلان الإجاره على هذا التقدير (٣)، و إثبات (٤) أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء و إن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، و لا استؤجر عليه.

و هذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، و لا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب. و هو نظر موجه، إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجاره هو الفعل (٥) في الزمن المعين، و ما خرج عنه (٦) خارج عنها (٧). و ظاهر الرواية (٨)، و كلام الأصحاب أن مورد الإجاره كلا القسمين (٩) و من ثم (١٠) حكموا بصحتها (١١) مع إثبات الأجره على التقديرين (١٢) نظراً إلى حصول المقتضى، و هو (١٣) الإجاره المعينه المشتمله على الأجره المعينه (١٤) و إن (١) أى المشروط.

(٢) في الزمان المعين.

(٣) و هو عدم الأجره على الشق الثاني.

(٤) أى و لا وجه للحكم بإثبات أجره المثل كما عليه المشهور.

(٥) و هو التقدير الأول.

(٦) أى عن هذا التقدير الأول.

(٧) عن الإجاره.

(٨) و هى خبر الحلبي.

(٩) من ثبوت الأجره على الفعل في الزمن المعين، و عدم الأجره في غيره.

(١٠) أى من كون كلا القسمين مورداً للإجاره.

(١١) بصحة الإجاره.

(١٢) و هى المسألة الأولى، و هى ثبوت أجره على تقدير و نقصانها على تقدير آخر، و الحاكم بالصحة هو الشيخ في المبسوط و العلامة في التذكرة و جماعه كما تقدم.

(١٣) أى المقتضى، و المراد به مقتضى الصحة.

(١٤) و المعنى فالمنفعة و العوض معلومان على كل من التقديرين، و مع العلم لا بدّ من الحكم بالصحة.

تعددت (١) و اختلفت (٢)، لانحصارها و تعيينها (٣) كما تقدم. و بطلانها (٤) على التقدير الآخر. و لو فرض (٥) كون مورد الإجاره هو القسم الأول خاصه (٦) و هو (٧) النقل فى الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان (٨) على تقدير فرض أجره مع نقله فى غيره (٩) أولى (١٠)، لأنه (١١) خلاف قضيه الإجاره (١٢) و خلاف ما تعلق به، فكان أولى بثبوت أجره المثل (١٣).

و جعل القسمين (١٤) (١) أى الأجره و كذا المنفعه.

(٢) أى أجره، فهى على تقدير مغايره لها على التقدير الآخر زياده و نقصانا، و كذا المنفعه فهى على تقدير معجله و على الآخر مؤجله.

(٣) أى الأجره و كذا المنفعه.

(٤) أى الإجاره و هو عطف على قوله (و من ثم حكموا بصحتها مع إثبات الأجره على التقديرين)، و المعنى قد حكموا ببطلان الإجاره المشتمله على تقدير عدم الأجره إذا لم يأت بالمنفعه فى الزمن المعين.

(٥) كما هو مورد الإجاره فى تنظر الماتن.

(٦) و هو ثبوت الأجره على المنفعه فى الزمن المعين.

(٧) أى القسم الأول.

(٨) فى الإجاره فى المسأله الأولى المشتمله لثبوت الأجره على التقديرين.

(٩) أى غير الزمن المعين، و هو التقدير الثانى من المسأله الأولى.

(١٠) وجه الأولويه أن التقدير الثانى من المسأله الثانى بناء على تعلقها بالتقدير الأول فقط، هو من لوازم عقد الإجاره و مع ذلك حكم بالبطلان، مع أن التقدير الثانى من المسأله الأولى بناء على تعلقها بالتقدير الأول هو مناقض لعقد الإجاره و ليس من لوازمه، إذ لازمه عدم الأجره على خلاف التقدير الأول و ليس لازمه ثبوت أجره و لو أقل. و عليه فإذا كان اشتراط لازم العقد فى المسأله الثانى مبطلا، لكان اشتراط نقيض العقد فى المسأله الأولى أولى بالبطلان.

(١١) أى فرض الأجره على خلاف التقدير الأول.

(١٢) أى الإجاره المتعلقة بالتقدير الأول لأن لازمه عدم الأجره على تقدير غيره، ففرض أجره على هذا الغير يكون مناقضا

(١٣) لأنه بعد بطلان الإجاره يبطل المسمى و تثبت أجره المثل.

(١٤) أى لو التزم المصنف بكون المسأله الأولى شامله للتقديرين بخلاف المسأله الثانى فإنها

متعلقها (١) على تقدير ذكر الأجره (٢)، و الأول (٣) خاصه (٤) على تقدير عدمه (٥) فى الثانى (٦) مع كونه (٧) خلاف الظاهر (٨) موجب لاختلاف الفرض بغير دليل.

و يمكن الفرق (٩) بكون تعيين الأجره على التقديرين قرينه جعلهما (١٠) مورد الإجاره (١١) حيث أتى بلازمها (١٢) و هو (١٣) الأجره فيهما (١٤)، و إسقاطها (١٥) فى التقدير الآخر (١٦) قرينه عدم جعله (١٧) موردا (١٨) من حيث نفى اللانزم (١٩) الدال على نفى الملزوم (٢٠)، مختصه بالتقدير الأول فقط فهو بالإضافة إلى أنه على خلاف ظاهر كلام الأصحاب موجب لاختلاف الفرض بين المسألتين بلا دليل.

(١) أى متعلق الإجاره.

(٢) فى كلا التقديرين و هى المسأله الأولى.

(٣) أى القسم الأول و هو التقدير الأول الذى ذكرت الأجره فيه.

(٤) فهو مورد الإجاره فقط.

(٥) أى عدم ذكر الأجره.

(٦) أى فى التقدير الثانى و هو المسأله الثانيه.

(٧) أى هذا الفرق.

(٨) أى ظاهر كلام الأصحاب.

(٩) أى بين المسألتين.

(١٠) أى جعل التقديرين.

(١١) فى المسأله الأولى.

(١٢) أى بلازم الإجاره.

(١٣) أى اللانزم.

(١٤) فى التقديرين.

(١٥) أى إسقاط الأجره.

(١٦) من المسأله الثانيه.

(١٧) أى عدم جعل التقدير الثانى.

(١٨) أى موردا للإجاره فى المسأله الثانيه.

(١٩) و هو نفى الأجره.

(٢٠) و هو الإجاره.

ص: ٤٠٦

و حينئذ (١) فتنزله على شرط قضيه العقد أولى من جعله (٢) أجنبيا (٣) مفسدا للعقد بتخلله بين الايجاب و القبول (٤).

فى أنه لا بد من كون المنفعه مملوكه فى إيجار المستأجر

(و لا بد) فى صحه الإجاره (٥) على وجه اللزوم (٦) (من كون المنفعه مملوكه له) أى للمؤجر، (أو لمولاه) و هو من يدخل تحت ولايته بنوه، أو وصايه، أو حكم (سواء كانت مملوكه له بالأصالة) كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة لا بالتبعيه للعين، ثم آجرها، أو أوصى له بها (٧)، (أو بالتبعيه) لملكه للعين.

(و للمستأجر أن يؤجر) (٨) العين التى استأجرها، (إلا مع شرط) المؤجر (١) أى حال كون التقدير الثانى من المسأله الثانيه ليس موردا للإجاره فيجعل شرطا و لمقتضى الإجاره على ما مضى.

(٢) أى جعل التقدير الثانى فى المسأله الثانيه.

(٣) أى أجنبى عن الإجاره المتعلقه بالتقدير الأول.

(٤) فضلا عن إفساده للعقد من جهه ثانيه و هى تجهيل الأجره و قد تقدم الكلام فيه فضلا عن الخبر.

يبقى وجه الأولويه فى كلام الشارح ناشئه من كون الأصل فى العقود الصحه، فإذا حمل التقدير الثانى على كونه شرطا مع إبقاء صحه العقد فهو أولى من جعله مورد للإجاره و مبطلا لها و هو على خلاف أصالة الصحه فى العقود.

(٥) يشترط أن تكون المنفعه التى وقع عليها عقد الإجاره مملوكه للمؤجر، بلا خلاف فيه، و هذا من الواضحات ضروره عدم تحقق المعاوضه فى غير المملوك، فلا يصح لزيد مثلا أن يعاوض عن مال غيره، و إنما يصح أن يعاوض عن مال نفسه. و عليه فالمنفعه إما مملوكه للمؤجر كما سمعت أو مملوكه لشخص يكون المؤجر نائبا عنه بوكاله أو وصايه أو ولايه كالحاكم الشرعى، و بالنيابه عنه يصح أن يتصرف فى مال المنوب عنه.

ثم مملوكيه المنفعه للمؤجر إما أن تكون تبعا لملك العين أو منفرده، و الأول كمن يملك الدار، و هو يملك منافعتها تبعا، و الثانى كمن يملك منفعتها فقط كمن أوصى إليه بمنفعه الدار أو كانت موقوفه عليه، و على كل فمع المملكه فهو حر التصرف فيها و له أن يعاوض عليها كيفما شاء، بلا خلاف فى ذلك كله.

(٦) احتراز عن عقد الفضولى، فإنه صحيح لا على وجه اللزوم، و لكنه موقوف على الإجاره.

(٧) بالمنفعه.

(٨) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها، بلا خلاف فيه، لقاعده (الناس مسلطون على

الأول عليه (١) (استيفاء المنفعة بنفسه) فلا يصح له (٢) حينئذ (٣) أن يؤجر (٤)، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني (٥) استيفاءه (٦) المنفعة له بنفسه (٧) فيصح أن يؤجر أيضا، لعدم منافاتها (٨) لشرط المؤجر الأول، فان استيفاء (٩) المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه (١٠)، و على تقدير جواز إيجاره (١١) لغيره هل يتوقف تسليم العين (١٢) على إذن مالكة؟ قيل: نعم (١٣)، إذ لا يلزم من استحقاقه أموالهم (١٤)، فهو بعد تملكه المنفعة بعقد الإجارة مسلط عليها كيفما شاء، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم فسكن ثلثها و أجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس، و لا- يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئا) (١٥)، و هي و إن كانت واردة في عدم صحة الإجارة بالأكثر إلا أنها تدل على جواز أن يؤجر المستأجر ما ملكه بعقد الإجارة.

(١) على المستأجر الأول.

(٢) للمستأجر الأول.

(٣) أى حين الاشتراط المذكور عليه.

(٤) عملا بالشرط بلا إشكال و لا خلاف فى ذلك، لأنه بالإجارة الثانية سيستوفى المنفعة غير المستأجر الأول و هو على خلاف الشرط.

(٥) على المستأجر الثانى.

(٦) أى استيفاء المستأجر الأول المنفعة للمستأجر الثانى.

(٧) بنفس المستأجر الأول.

(٨) أى منافاه الإجارة الثانية.

(٩) أى المستأجر الأول.

(١٠) و لغيره.

(١١) أى إيجار المستأجر الأول.

(١٢) من المستأجر الأول للمستأجر الثانى.

(١٣) كما هو قول الشيخ فى النهايه و الحلى فى السرائر و العلامه فى القواعد و المحقق الثانى فى جامعه، لأن استحقاقه استيفاء المنفعة و الاذن له فى التسليم من قبل المالك لا يدلان على جواز تسليمها لغيره، و لو فعل لضمن.

١- (١) بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٣.

استيفاء المنفعة، و الاذن له فى التسليم جواز تسليمها لغيره فيضمن لو سلمها بغير إذن.

و قيل (١): يجوز تسليمها من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجاره للعين و قد حكم بجوازها (٢)، و الاذن فى الشيء إذن فى لوازمه.

و هذا هو الذى رجحه المصنف فى بعض حواشيه، و فيه قوة و يؤيده صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام فى عدم ضمان الدابة المستأجره بالتسليم إلى الغير، و غيرها (٣) أولى.

(و لو آجر الفضولى فالأقرب الوقوف على الإجازه) كما يقف غيرها (٤) من (١) كما عن الشهيدين و سيد الرياض و جماعه، لأن القبض من ضروريات الإجاره فلا بد أن يأذن المالك بالقبض، و الاذن بالقبض إذن فى الاستيلاء على العين لاستيفاء منافعها، و الاستيفاء أعم من كونه بنفس المستأجر الأول أو بعقد إجاره ثانيه، فالمالك قد أذن له بالقبض المستلزم للاستيفاء الأعم من كونه بنفسه أو بغيره، و الاذن بالشيء إذن فى لوازمه، و إذا جاز للأول أن يسلم المستأجر الثانى من غير إذن المالك فهو ليس بضامن عند التلف أو النقصان، و يشهد له صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاه غيره فنفتت، فما عليه؟ قال عليه السلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء) (١).

و إذا دلت الروايه على جواز الاستيفاء من غير المستأجر الأول، فتدل على جوازه سواء كان بعقد إجاره أو بإذن من المستأجر الأول.

هذا و جعلها مؤيدا كما فى الروضه هنا ليس فى محله بعد صراحتها على المطلوب، و لذا قال فى المسالك: (و الأقوى عدم الضمان لصحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام).

(٢) أى جواز الإجاره الثانيه، و هى مما لا خلاف فيه، و هى من لوازم الإجاره الأولى، و الاذن فى الأولى إذن فى لوازمها و هى الإجاره الثانيه.

(٣) أى غير الدابة التى وقعت موردا للسؤال فى الروايه، و وجه الأولويه أن الدابة بحاجه إلى عنايه أكثر من الدار و الثوب لو وقعت الإجاره على منفعتها أو خياطته.

(٤) أى غير الإجاره.

ص: ٤٠٩

العقود (١)، و خصها بالخلاف (٢)، لعدم النص فيها (٣) بخصوصه، بخلاف البيع، فإن قصه عروه البارقي مع النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم في شراء الشاه تدل على جواز بيع الفضولي و شرائه، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص (٤)، و الأشهر توقفه على الإجازة مطلقا (٥).

(و لا- بد من كونها) أى المنفعة (معلومه (٦) إما بالزمان) فيما لا يمكن ضبطه (١) قال الشارح فى المسالك: (و لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك إيجاره فضوليا - أى بدون إذن المالك - هل يقع باطلا أو يقف على الإجازة قولان، و لا خصوصيه لهما بالإجازه، بل الخلاف وارد فى جميع عقود الفضولى) انتهى، و قد تقدم الخلاف مفصلا فى كتاب البيع.

(٢) أى خص الإجاره هنا بالخلاف لاحتمال أن يقال أن الدليل الدال على وقوف عقد الفضولى على الإجازة هو قضيه عروه البارقي، حيث أمره النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم بشراء شاه بدينار، فاشترى شاتين به، ثم باع إحداهما بدينار، و ردّ الدينار مع الشاه الأخرى إلى النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فأجازته بقوله: بارك الله فى صفقه يمينك (١).

و أنه مختص بالبيع دون غيره، و فى غيره البطلان، و فيه: لم يذهب أحد إلى أن عقد الفضولى متوقف على الإجازة فى البيع، و بالحل فى الإجاره، بل المشهور على التوقف مطلقا، و ابن إدريس و الفخر على البطلان مطلقا إلا فى النكاح لورود الأخبار فيه.

(٣) فى الإجاره.

(٤) و هو البيع فقط.

(٥) فى البيع و غيره من بقيه العقود.

(٦) قد تقدم اشتراط العلم بالمنفعة و الأجره للغرر، و تقدم أن الأجره تعلم بالكيل أو الوزن أو العد إذا كانت من هذه الأمور الثلاثه و إلا- فالمشاهده، و تقدم أن المنفعه تعلم بتقدير العمل أو بتقدير الزمان، و الأول كمن استأجر أجيرا على خياطه هذا الثوب، أو استئجار الدابه لركوبها إلى الموضع المعين، و الثانى كاستئجار الأجير للخياطه شهرا أو استئجار الدابه لركوبها شهرا، و التقدير بكل منهما موجب لرفع الجهاله عرفا التى هى المدار فى رفع الغرر.

ثم إن كل منفعه تعلم بالعمل و تعلم بالزمان فيكفى تقديرها بأيهما كان، هذا و بعض

ص: ٤١٠

إلا- به (كالسكنى) و الارضاع (و إما به (١) أو بالمسافه (٢) فيما يمكن ضبطه بهما (كالركوب) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، و بالمسافه كالركوب إلى البلد المعين، (و إما به (٣) أو بالعمل) كاستئجار الآدمى لعمل (كالخياطه) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطه شهر، و بالعمل كخياطه هذا الثوب.

(و لو جمع بين المده و العمل) (٤) كخياطه الثوب فى هذا اليوم (فالأقرب) المنافع لا يمكن ضبطها إلا بأحدهما كالإرضاع فلا بدّ من ضبطه بالزمان كاستئجارها للإرضاع شهرا، و الفحل للضراب لا بدّ من ضبطه بالعمل كالمره و المرتين دون الزمان و هذا واضح.

(١) بالزمان.

(٢) هو تقدير بالعمل، فجعلها قسيما للعمل ليس فى محله.

(٣) بالزمان.

(٤) على منفعه يمكن ضبطها بأحدهما، كخياطه هذا الثوب فى هذا اليوم، فالخياطه يمكن تقديرها بالعمل كخياطه هذا الثوب، و يمكن تقديرها بالزمان كخياطه هذا اليوم.

و لو جمع بينهما فلا- تخلو المده إما ظرفا مطلقا و إما ظرفا للتطبيق، و على الأول بحيث أريد من الظرف الإطلاق بمعنى إرادته الخياطه و أن تقع فى هذا اليوم و إن بقى شىء من اليوم بعد انتهاء العمل، و عليه فإن علم اتساع المده لوقوع الفعل فلا ريب فى الصحه حينئذ، و إن علم بعدم الاتساع فلا- ريب فى الفساد للعجز. و على الثانى بحيث أريد من الظرف التطبيق بمعنى إرادته الخياطه و أن يشرع الأجير فيها فى ابتداء اليوم و ينتهى منها بانتهاء ذلك اليوم، و هو باطل حينئذ على المشهور، لاستلزامه الغرر، لإمكان انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل و بالعكس، و إذا انتهى الزمن قبل العمل فإما أن يؤمر بإكمال العمل و إما لا، و لا ثالث، و على الأول لزم العمل فى غير المده المشترطه، و على الثانى يكون تاركا للعمل الذى وقع عليه العقد.

و أما إذا انتهى العمل قبل الزمن فإما أن يؤمر بالعمل و إما لا، و لا ثالث، فإن أمر بالعمل بعد تماميه عمل الثوب لزم الزيادة فى العمل عما وقع عليه العقد، و إن لم يؤمر كان تاركا للعمل فى المده المشترطه، و جميع اللوازم الأربعة على خلاف عقد الإجاره، و غالبا ما يتفق عدم المطابقه بين انتهاء العمل و انتهاء المده فلا يعلم الأجير بإمكان التوافق ليسلم له العقد فيلزم الغرر، و عند عدم التوافق لا بدّ من لازم من الأربعة المتقدمه و هو لازم على خلاف العقد، و ذهب العلامة فى المختلف إلى الصحه، و قال عنه فى المسالك:

(و اختار فى المختلف الصحه محتجا بأن الغرض إنما يتعلق فى ذلك غالبا بفراغ العمل،

(البطلان إن قصد التطبيق) بين العمل، و الزمان بحيث يبدأ بابتدائه و ينتهى بانتهائه، لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل و بالعكس، فإن أمر بالاكمال فى الأول (١) لزوم العمل فى غير المدة المشروطة، و إلا (٢) كان تاركاً للعمل الذى وقع عليه العقد، و إن أمر فى الثانى (٣) بالعمل إلى أن تنتهى المدة لزوم الزيادة على ما وقع عليه العقد، و إن لم يعمل كان تاركاً للعمل فى المدة المشروطة.

و لو قصد مجرد وقوع الفعل (٤) فى ذلك الزمان صح مع إمكان وقوعه فيه، ثم إن وقع فيه (٥) ملك الأجره، لحصول الغرض، و إن خرجت المدة قبله (٦)، فإن كان (٧)، قبل الشروع فيه (٨) بطلت (٩)، و إن خرجت (١٠) فى أثناءه استحق المسمى لما فعل.

و فى بطلانها (١١) فى الباقي (١٢)، أو تخيير المستأجر بين الفسخ فى الباقي، و لا ثمره مهمه فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه - إلى أن قال - و الحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقه، و هو خلاف موضع النزاع) انتهى.

(١) فى انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل.

(٢) أى و إن لم يؤمر بالإكمال.

(٣) فى انتهاء العمل قبل انتهاء الزمن.

(٤) بأن كان الزمن ظرفاً مطلقاً، و قد تقدم شرحه.

(٥) أى وقع العمل فى الزمن المعين.

(٦) قبل انتهاء العمل و المدة ظرف مطلق.

(٧) أى خروج الوقت.

(٨) فى العمل.

(٩) لوقوعها على منفعة الأجير فى الزمن المعين، و قد ارتفعت أعنى الإجاره بمضى الزمن فلا موضوع للإجاره حينئذ فتبطل.

(١٠) أى المدة بحيث خرجت فى أثناء العمل فما وقع من العمل فى أثناء المدة يستحق الأجير نسبته من المسمى، بمعنى أن تقسط الأجره على الجميع فيأخذ من الأجره ما أنجزه، فلو أنجز نصف العمل و كانت الأجره مائه فيستحق خمسين و هكذا.

(١١) أى الإجاره.

(١٢) أى بقيه العمل الذى سيقع خارج الوقت فيحتمل البطلان لعدم وقوع تمام العمل فى

أو الإجازة فيكمل خارجة و يستحق المسمى (١) وجهان. وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى (٢). و الأوسط (٣) أجود.

فى أنه لا يعمل الأجير لغير المستأجر

(و لا يعمل الأجير الخاص) (٤) و هو الذى يستأجره للعمل بنفسه مدة معينة المدة، و يحتمل التخيير للمستأجر لا للأجير بين فسخ الإجازة و الإمضاء فى الإكمال، أما الفسخ لأن إلزام الإجازة عليه خارج الوقت قد يكون على خلاف غرضه، إذ قد يتعلق غرضه بإتمام العمل فى الوقت المعين، و أما الإمضاء فلأن عقد الإجازة قد وقع على العمل فقط و الزمن ظرف و قيد فقط، و إذا فات القيد فيبقى مورد الإجازة باقيا، و مع بقاء فلا موجب للحكم بالبطلان إلا إذا لم يرض المستأجر فبطل.

(١) لأن الذى وقع فى قبال العمل هو الأجره المسماء بمقتضى العقد لا أجره المثل.

(٢) لأنه مع الفسخ يبطل عقد الإجازة، و مع البطلان فلا مسمى فى قبال مجموع العمل حتى يقسط على ما أنجزه، فلا بد أن يكون للأجير أجره المثل عما عمل بعد عدم كونه متبرعا، لأنه أقدم على أن له الأجره و لم تسلم.

(٣) و هو أن للمستأجر الفسخ و الإجازة، و مع الإجازة يستحق المسمى.

(٤) المراد من الأجير الخاص هو الذى أجر نفسه على وجه تكون جميع منافعه للمستأجر فى مدة معينة، و لذا عرّف بأنه الذى يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة.

و بما أن لا خصوصية لهذا التعريف لعدم وروده فى الأخبار قال بعضهم: إن الأجير الخاص كما ينطبق حقيقته على ما تقدم ينطبق على من يؤجر نفسه لعمل قد اشترط عليه فى عقد الإجازة ابتداء به فى يوم معين و اشترط عليه عدم التوانى إذا باشر فيه، و هذه الإجازة الثانية بشرطها تفيد أن منافع الأجير من حين الابتداء بالعمل فى ذلك اليوم إلى حين الانتهاء مملوكة للمستأجر.

و إذا تقرر معنى الأجير الخاص فلا يجوز له أن يؤجر نفسه لغير المستأجر فى هذه المدة، بل لا يجوز له أن يعمل فى هذه المدة لنفسه أو لغيره تبرعا، لأن منافعه فى هذه المدة ملك للمستأجر، نعم إذا أذن المستأجر بذلك يصح للأجير حينئذ التصرف بمنافعه تبعا للأذن.

ثم هذا كله إذا كان عقد الإجازة قد نصّ على أن جميع منافع الأجير فى هذه المدة موردا للإجازة، و أما لو كان عقد الإجازة، مطلقا كما إذا وقعت الإجازة على أن منافع الأجير فى هذا الأسبوع للمستأجر فهناك انصراف إلى منافعه النهارية دون الليلية، و عليه يصح للأجير أن يؤجر نفسه فى الليل لغير المستأجر إذا لم يؤد عمله فى الليل بمقتضى الإجازة الثانية إلى ضعف فى العمل المستأجر عليه بحسب الإجازة الأولى، و إن أدى إلى الضعف

حقيقه أو حكما كما إذا استؤجر لعمل معين، أول زمانه (١) اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده (٢) (لغير المستأجر) إلا بإذنه، لانهصار منفعتة فيه (٣) بالنسبة إلى الوقت الذى جرت عادته (٤) بالعمل فيه كالنهار (٥)، أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره (٦) إذا لم يؤد (٧) إلى ضعف فى العمل المستأجر عليه (٨).

و فى جواز عمله لغيره فى المعين (٩) عملا- لا ينافى حقه (١٠)، كإيقاع عقد فى حال اشتغاله بحقه (١١) وجهان، من التصرف (١٢) فى حق الغير، و شهاده (١٣) الحال.

فلا تصح الثانيه لوجوب الوفاء بالأولى على النحو المطلوب، و المطلوب هو العمل فى النهار من دون ضعف.

(١) أى زمان العمل المعين.

(٢) أى لا يتوانى فى العمل بعد أول زمانه.

(٣) أى لانهصار منفعة الأجير فى المستأجر.

(٤) أى عادته الأجير.

(٥) إذا كان هناك انصراف و كان عقد الإجاره مطلقا، و أما مع التخصيص على جميع الوقت فلا انصراف.

(٦) لغير المستأجر.

(٧) أى لم يؤد العمل فى الليل لغير المستأجر.

(٨) و هو العمل فى النهار.

(٩) أى هل يجوز للأجير أن يعمل لغير المستأجر فى الزمن المعين عملا و لو تبرعا لا يتنافى مع عقد الإجاره كإيقاع عقد فى حال اشتغاله بالخياطه المستأجر عليها، أو إيقاع عقد حاله تردده فى الطريق إلى العمل.

(١٠) أى حق المستأجر.

(١١) أى بحق المستأجر.

(١٢) دليل العدم، و الحاصل أن ارتفاع العقد كما فى المثال منفعه، و قد تملكها المستأجر بعقد الإجاره فلا يجوز للأجير أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه.

(١٣) دليل الجواز و الحاصل أن الحال يشهد بالاذن فى مثل ذلك، لأن العمل الصادر غير مناف لحق المستأجر و هو يدل على عدم اشتراط إذن المستأجر فيه.

و مثله (١) عمل مملوك غيره (٢) كذلك (٣). و باعتبار هذا الانحصار (٤) سمي (٥) خاصا، إذ لا يمكنه (٦) أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود، فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا- يخلو إما أن يكون بعقد إجاره، أو جعالة، أو تبرعا، ففي الأول (٧) يتخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد، أو بعضها، و بين ابقائه (٨)، فإن اختار الفسخ و كان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئا (٩) فلا شيء عليه (١٠)، و إن كان (١١) بعده (١٢) (١) أى مثل الفرع السابق من صدور بحمل من الأجير غير مناف لحق المستأجر.

(٢) أى عمل العبد إذا كان ملكا للغير، فاستيفاء بعض منافعه التي لا تتنافى مع حق السيد بدون إذن مولاه مما يجرى فيه الخلاف المتقدم.

(٣) أى لا ينافى حق المولى.

(٤) أى انحصار جميع منافع الأجير في المدة المعينه للمستأجر كما تقدم.

(٥) أى الأجير.

(٦) أى الأجير.

(٧) أن يعمل للغير بعقد إجاره، فالإجاره الثانيه فضولي، لأن الأجير أوقعها على منافعه حال كونها مملوكه للغير، و المستأجر الأول بالخيار بين الرضا به و بين فسخه هذا بالنسبه للعقد الثاني، و أما العقد الأول فيجوز للمستأجر كذلك فسخه و الرضا به، لفوات بعض المنافع لغيره إذ المفروض أن الأجير قد عمل للغير.

و على كل فإن فسخ المستأجر عقد نفسه فإن كان الأجير لم يعمل له شيئا فلا يستحق الأجير أجره المسمى لعدم إتيانه بالفعل، و إن كان الأجير عمل شيئا للمستأجر ثم عمل لغيره، فيستحق الأجير عند فسخ المستأجر مسمى ما فعل، لأن الأجره موزعه على جميع الحمل، و قد أقدم الأجير على بعض العمل في قبال العوض لا- تبرعا مع احتمال أن يثبت له أجره مثل ما عمل لا أجره مسمى ما فعل.

و أما لو أبقى المستأجر على عقد نفسه فمنافع الأجير ملك له إلا أن هناك عقدا فضوليا عليها سيأتي الكلام فيه.

(٨) أى إبقاء عقد نفسه.

(٩) للمستأجر.

(١٠) على المستأجر لعدم إتيان الأجير بأى فعل.

(١١) أى الفسخ.

(١٢) بعد عمل الأجير.

تبعضت الإجاره، و لزمه (١) من المسمى بالنسبه، و إن بقى على الإجاره (٢) تخير فى فسخ العقد الطارئ، و إجازته (٣) إذ المنفعه (٤) مملوكه له (٤) فالعاقده (٥) عليها فضولى، فإن فسخه (٦) رجع إلى أجره المثل (٨) عن المده الفائتة، لأنها (٩) قيمه العمل المستحق له (١٠) بعقد الإجاره و قد ائلف (١١) عليه، و يتخير فى الرجوع بها (١٢) على الأجير، لأنه المباشر للاتلاف، أو المستأجر (١٣)، لأنه المستوفى، و إن اجازته (١٤) أى لزم المستأجر من مسمى الأجره بنسبه ما فعل الأجير مع احتمال ثبوت أجره مثل ما عمل.

(٢) أى بقى المستأجر على عقد نفسه.

(٣) لأن العقد الطارئ عقد فضولى متوقف على رضا المستأجر، لأنه المالك لمنافع الأجير.

(٤) أى منفعه الأجير.

(٥) للمستأجر.

(٦) و هو الأجير.

(٧) أى فسخ المستأجر العقد الفضولى فلا بد أن يطالب بقيمه المنافع التى بذلها الأجير للثالث، لأن منافع الأجير هى للمستأجر و قد كانت تحت يد الأجير و استوفاه ثالث، غير أن الأجير غير مأذون بالتصرف فيها فهو ضامن، و الثالث قد تصرف فيها حال كونها ملكا للغير فهو ضامن أيضا، و عليه فيجوز للمستأجر الرجوع على الأجير و على الثالث.

(٨) و هى قيمه المنافع المستوفاه من الأجير للثالث.

(٩) أى أجره المثل.

(١٠) للمستأجر.

(١١) أى العمل.

(١٢) بأجره المثل.

(١٣) أى المستأجر الثانى و هو الثالث.

(١٤) أى أجاز المستأجر العقد الفضولى فيملك حينئذ المسمى فى هذا العقد، لأنه عوض المنافع التى هى مملوكه للمستأجر المجيز، و هنا إما أن يكون الأجير قد قبض المسمى فى هذا العقد أو لا، و على الثانى فالمستأجر يطالب بالمسمى نفس الثالث و لا يطالب الأجير، لأن المالك يطالب بالعوض من انتقل إليه المعوض، و المعوض هو عند الثالث.

و على الأول فالمسمى إما أن يكون معينا أو كليا فى الذمه، و على الأول فيطالب المستأجر بالمسمى المعين من هو تحت يده، و

المفروض أنه مقبوض من الأجير فيطالب الأجير به، و لو نقله الأجير عن ملكه بعقد فيطالب المستأجر من اشتراه و هكذا على الثاني فإما أن

ص: ٤١٦

ثبت له (١) المسمى فيه (٢)، فإن كان (٣) قبل قبض الأجير له (٤) فالمطالب به المستأجر (٥)، لأن الأجير هنا بمنزله فضولى باع ملكه غيره فأجاز المالك، فإن الفضولى لا يطالب بالثمن، وإن كان (٦) بعد القبض و كانت الأجرة معينه فالمطالب بها من هى فى يده، وإن كانت (٧) مطلقه فإن أجاز (٨) القبض أيضا (٩) فالمطالب الأجير، وإلا (١٠) المستأجر، ثم المستأجر (١١) يرجع على الأجير بما قبض مع جهله (١٢)، أو عمله (١٣)، و بقاء العين، وإن كان عمله بجعله (١٤) تخير مع عدم يجيز المستأجر القبض أيضا كما أجاز العقد، لأن العوض أمر كلى غير متعين فى مصداق و مع إجازته للقبض فقد رضى بحقه الكلى المتعين فى مصداق و عليه فيطالب المستأجر الأجير حينئذ، لأن المقبوض تحت يد الأجير و إما أن لا يجيز القبض فيكون العوض ما زال فى ذمه الثالث الذى هو المستأجر الثانى، فيطالبه المستأجر المجيز، نعم يرجع المستأجر الثانى على الأجير بما دفعه إليه لظهور أن المدفوع إليه لم يكن عوضا.

(١) للمستأجر.

(٢) فى العقد الطارئ.

(٣) أى ما أجازته المستأجر.

(٤) لمسمى العقد الطارئ.

(٥) أى المستأجر الثانى.

(٦) أى ما أجازته المستأجر.

(٧) أى الأجرة المسماه فى العقد الفضولى.

(٨) أى المستأجر.

(٩) كما أجاز العقد الطارئ.

(١٠) أى و إن لم يجز القبض فيطالب المستأجر الثانى.

(١١) أى الثانى يرجع على الأجير بما قبضه إذا كان الثانى جاهلا بأن الأجير فضولى سواء أ تلف الأجير ما قبضه أم لا، لأنه مغرور، و المغرور يرجع على من غره.

(١٢) مطلقا سواء أ تلف الأجير ما قبضه أم لا.

(١٣) أى علم المستأجر الثانى بأن الأجير فضولى فيرجع عليه بما قبضه بشرط بقاء العين، أما مع تلفها فلا رجوع، لأن المستأجر الثانى يعلم بكون الأجير فضوليا و قد سلطه على إتلاف العوض، نعم مع بقاء العين و لو سلطه على الإتلاف فيجوز له الرجوع ما دام ملكه موجودا.

(١٤) أى لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر بجعله فالمستأجر مخير بين فسخ عقد نفسه

ص: ٤١٧

فسخ إجارته بين إجازته (١) فيأخذ المسمى، و عدمه (٢) فيرجع بأجره المثل، و إن عمل تبرعا (٣) و كان العمل مما له أجره فى العاده تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبه من شاء منهما (٤) بأجره المثل، و إلا (٥) فلا شىء، و فى معناه (٦) عمله لنفسه (٧)، و لو حاز (٨) شيئا من المباحات بنيه التملك ملكه، و كان حكم الزمان المصروف فى ذلك (٩) ما ذكرناه (١٠).

(و يجوز للمطلق) (١١) و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين و إمضائه لعين الدليل السابق فى صورته الإجاره، و إن أمضى العقد الأول فهو مختير بين فسخ عقد الجعالة و إمضائه، لعين الدليل السابق أيضا فى صورته الإجاره، و إن أمضى عقد الجعالة استحق المسمى فيه، و لو فسخه و المفروض أن الأجير قد عمل للثالث فيستحق المستأجر أجره المثل عن هذا العمل كما فى صورته الإجاره.

(١) أى إجازته عقد الجعالة.

(٢) أى عدم ما ذكر من الإجازة و هو الفسخ.

(٣) أى لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر تبرعا، فالمستأجر الأول مختير بين فسخ عقد نفسه و إمضائه، لعين الدليل فى صورته الإجاره، و لو فسخ فيأتى الكلام المتقدم فى صورته الإجاره، و إن أمضى فيطالب هنا بأجره المثل عما وقع من منافع الأجير لغيره إن كان لها أجره مثل، و المطالب هو الأجير أو الثالث و على أيهما رجع جاز لما قلناه سابقا فى صورته الإجاره، و لو لم تكن لهذه المنافع أجره مثل فلا شىء له. و كذا نفس الكلام لو عمل الأجير المختص لنفسه.

(٤) من الأجير و الثالث.

(٥) أى و إن لم يكن للعمل أجره فى العاده.

(٦) أى معنى التبرع.

(٧) أى لنفس الأجير.

(٨) أى حاز الأجير الخاص شيئا من المباحات حال كون جميع منافعه ملكا للمستأجر، فلو حاز شيئا من المباحات الأصلية بنيه التملك لنفس الأجير تملك الأجير ذلك، لأن الحياز المباح مع نيه التملك سبب للملك المحيز.

(٩) فى الحياز.

(١٠) هو ثبوت أجره المثل لإتلافه على المستأجر.

(١١) المراد من الأجير المطلق هو الذى يستأجر لعمل مجرد، إما مجرد عن المباشرة بنفسه، و إما مجرد عن الوقت المعين و إما مجرد عنهما، و الأجير المطلق إذا كان مستأجرا ليعمل واحدا

المده كتحصيل الخياطه يوما، أو عن (١) المده مع تعيين المباشره كأن يخطط له ثوبا بنفسه من غير تعرض إلى وقت، أو مجرد عنهما (٢) كخياطه ثوب مجرد عن تعيين الزمان، وسمى مطلقا (٣)، لعدم انحصار منفعته (٤) في شخص معين، فمن ثم جاز له (٥) أن يعمل لنفسه وغيره. وسميته بذلك أولى من تسميته مشتركا كما صنع غيره، لأنه (٦) في مقابله المقيد و هو الخاص، و يبين هذا (٧) الخاص باعتباره الثلاثه (٨) إذ الأول (٩) مطلق بالنسبه إلى المباشره. و الثاني (١٠) بالنسبه إلى المده.

و الثالث (١١) فيهما معا.

من الأقسام الثلاثه فيجوز له أن يعمل لغير المستأجر و لو بعقد إجاره ثان، و لا يتخيل المانع عن صحه الإجاره الثانيه إلا المنافاه بين الإجاريتين، و هي منتفيه هنا، لأن الإجاره الأولى قد تعلق بعمل هو كالدين في الذمه، و هذا لا ينافيه عمل آخر كالدين في الذمه إذا تعلق به إجاره ثانيه.

(١) أي مجرد عن المده.

(٢) عن المده و المباشره.

(٣) عّبر الكثير عنه بالمشترك لعدم انحصار منفعته لشخص معين، فصدق الاشتراك عليه حقيقه من حيثيه أنه يحق له أن يعمل للمستأجر الأول و يحق له أن يعمل لغيره فيجوز له أن يشرك مع المستأجر الأول غيره على عمل بشرط تغاير متعلق الإجاريتين.

هذا و باعتبار أن المطلق في قبال الخاص الذي تقدم تعريفه و هو الذي كانت جميع منافعه في مده معينه للمستأجر، فهو مقيد بقيدين: الزمن و المباشره، و بما أن الخاص هو المقيد فيناسب لمقابله أن يكون مطلقا لا مشتركا، و لذا كان المطلق تاره مجردا عن قيد الزمن و أخرى عن قيد المباشره و ثالثه عنهما معا.

و لهذا كله عدل الشهيد عن تعبيرهم و عّبر عنه بلفظ المطلق.

(٤) أي منفعه المطلق.

(٥) للمطلق.

(٦) أي المطلق.

(٧) أي المطلق، و هو فاعل لقوله (يبين)، و الخاص مفعول به.

(٨) من كونه مجردا عن المباشره، و مجردا عن الزمن و مجردا عنهما.

(٩) و هو المجرد عن المباشره.

(١٠) و هو المجرد عن الزمن.

(١١) وهو المجرد عن المباشرة و الزمن.

ص: ٤١٩

و للمصنف رحمه الله قول (١) بأن الإطلاق (٢) فى كل الإجارات يقتضى التعجيل، و أنه (٣) يجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المده خاصه فبنفسه (٤)، و إلا (٥) تخير بينه، و بين غيره، و حينئذ (٦) فيقع التنافى بينه (٧)، و بين عمل آخر فى صوره المباشره (٨)، و فرّع عليه (٩) عدم صحه الإجاره الثانيه فى صوره التجرد عن المده مع تعيين المباشره كما منع الأجير الخاص، و يرشد إليه (١٠) ما تقدم فى الحج من عدم صحه الإجاره الثانيه مع اتحاد زمان الايقاع (١١) (١) فى بعض تحقيقاته كما فى المسالك و حاصله أن كل إجاره مطلقه من ناحيه الزمن فيجب التعجيل على الأجير فى الفعل، فلو أوقع عقد الإجاره على خياطه هذا الثوب و لم يقيده بزمن خاص، فتجب المبادره إلى فعل المستأجر عليه فورا، لأن الإجاره عقد و قد أمرنا بالوفاء به بقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و الأمر يدل على الفوريه.

مع وجوب المبادره إلى فعل المستأجر عليه فإن أوقع عقد إجاره ثان قبل أن يتم العمل للمستأجر الأول فهى باطله للتنافى بين العقدین، كما تبطل الإجاره الثانيه فى الأجير الخاص. و فيه: أنه لا دليل يدل على الفوريه فى الأوامر.

(٢) أى تجريد الإجاره عن الزمن المعين.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) أى فهو غير مجرد عن قيد المباشره.

(٥) أى و إن كان مجردا عن المباشره و عليه فيجوز للأجير أن يؤجر نفسه بعقد إجاره ثان لغير المستأجر الأول و إن لم يتم العمل الأول، لأن العمل المستأجر عليه الأول لا يجب أن يباشره بنفسه فيجوز للأجير أن يستأجر عليه يؤجر نفسه لعمل ثان.

(٦) أى حين تجب المبادره على الأجير إلى العمل الأول للإطلاق فى الإجاره الأولى، و هذا لا يتم إلا إذا كان العمل مقيدا بالمباشره و مطلقا من ناحيه الوقت.

(٧) بين العمل الأول.

(٨) أى فى صوره اشتراط المباشره دون المده.

(٩) أى و فرّع المصنف على وقوع التنافى.

(١٠) إلى عدم صحه الإجاره الثانيه هنا.

(١١) أى إيقاع الحج.

ص: ٤٢٠

نصا (١)، أو حكما (٢)، كما لو اطلق فيهما (٣)، أو عين في إحداهما بالسنة الأولى، و اطلق في الأخرى، و ما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل (باقتضاء) مطلق الأمر الفور.

فى ما إذا تسلّم المستأجر العين و مضت مده

(و إذا تسلّم) المستأجر (العين (٤) و مضت مده يمكن فيها الانتفاع) بها (٥) فيما استأجرها له (٦) (استقرت الأجره) و إن لم يستعملها، و فى حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها (٧) (١) كما لو صرح بالاتحاد و ذلك فيما لو استأجره على الحج عن أبيه فى هذه السنه فلا يجوز له أن يؤجر نفسه عن شخص آخر فى نفس هذه السنه، و لكن الإجازتين قد نصتا على إيقاع الحج فى هذه السنه، و لا تصح الثانيه للتنافى.

(٢) أى كان اتحاد إيقاع الحج حكم الإجازتين، و ذلك عند الإطلاق، و الإطلاق إما أن يكون فيهما كما لو أوقع عقد الإجاره للحج عن شخص أوقع عقدا آخر للحج عن شخص آخر، و لم يقيد أيا منهما بكونه فى هذه السنه، و هو محمول عليها للانصراف.

و إما أن يكون الإطلاق فى أحد العقدين مع حمله على هذه السنه انصرافا مع التصريح بها فى العقد الآخر، و فى الجميع لا تصح الثانيه للتنافى بينها و بين الأولى.

(٣) فى الإجازتين.

(٤) استقرت الأجره، بلا خلاف فيه، لأن الأجره تثبت بالعقد، و إن لم يجب تسليمها إلا بعد تسليم العين، و إذا ثبت بمجرد العقد فلا تستقر على المستأجر استقرارا ثابتا إلا بتسليمه العين و مضى مده يمكن استيفاء المنافع منها، و عليه فلو تسلّم المستأجر العين و قد مضت المده المذكوره فتستقر الأجره و إن لم يستوف المنافع إذ لا تقصير من جهة المؤجر، بل هو الذى أقدم على إضرار نفسه بتركه الانتفاع.

يبقى أن اشتراط تسليم العين هنا لأنه لا- يجب دفع الأجره إلا بعد تسليم العين، و اشتراط مضى المده لعدم العلم بأن المنافع ستسلم له إلا إذا بقيت العين تحت يده صالحه للانتفاع مده العقد أو مضى مده يمكن الاستيفاء فيما لو قدّرت المنفعه بالعمل فقط.

(٥) بالعين.

(٦) لهذا الانتفاع.

(٧) فلم يقبضها المستأجر حتى مضت مده الانتفاع فلا تقصير من المؤجر، بل المستأجر أقدم على إضرار نفسه بتركه القبض.

المستأجر حتى انقضت المدة (١) أو مضت مده (٢) يمكنه الاستيفاء فتستقر الأجره، (و لا بدّ من كونها) أى المنفعة (مباحه فلو استأجره لتعليم كفر، أو غناء)، و نحوه (٣) من المعلومات الباطله، (أو حمل مسكر بطل) العقد، و يستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الاراقه (٤) أو التخلييل، فإن الإجاره لهما جائزه، (و أن يكون (٥) مقدورا على تسليمها (٦) (١) أى المده المعينه فى متن العقد.

(٢) كما لو قدرت المنفعة بالعمل لا بالزمان، كأن يستأجره على خياطه هذا الثوب، و قد بذل الأجير نفسه مده يمكن أن يستوفى فيها منه الخياطه المذكوره.

(٣) فلو آجره مسكنا ليحز به الخمر، أو دكانا لبيع آله محرمه فيه، أو أجيروا ليحمل له مسكرا، أو جاريه للغناء، أو كاتباً ليكتب له الكفر، أو معلماً ليعمله الكفر أو السحر لم تنعقد الإجاره، لأنه إعانه على الاثم و العدوان، و قال تعالى: وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (١)، و لخبر جابر عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام أجره) (٢)، و خبر تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السلام (أما وجوه الحرام من وجوه الإجاره فنظير أن يؤجر الإنسان على حمل ما يحرم عليه أكله أو شربه أو يؤاجر نفسه فى صنعه ذلك الشئ أو حفظه أو لبسه أو يؤاجر نفسه فى هدم المساجد ضرارا، و قتل النفس بغير حل أو عمل التصاوير و الأصنام و المزامير و البرابط و الخمر و الخنزير و الميتة و الدم أو شئ من وجوه الفساد الذى كان محرما عليه من غير جهه الإجاره فيه، و كل أمر ينهى عنه فى جهه من الجهات فيحرم على الإنسان إجاره نفسه فيه أوله، أو شئ منه أو له إلا لمنفعه من استأجرته كالذى يستأجر له الأجير يحمل له الميتة ينحىها عن آذاه أو أذى غيره و ما أشبه ذلك) (٣).

(٤) نحو الكفر و الغناء.

(٥) إفاراقته واجبه فتجوز الإجاره فيه، و تخليله جائز فتجوز الإجاره فيه أيضا.

(٦) أى تسليم المنفعه بتسليم العين، فلو لم يمكن تسليم المنافع كمن آجر عبداً أبقا بطلت الإجاره بلا خلاف فيه، لأن بذل المال فى قبال غير المقدور تسليمه سفه، لأن غير المقدور لا مال له بنظر العقلاء، و غرر من ناحيه إمكان تسليمه و عدمه.

ص: ٤٢٢

١- (١) سورة المائدة آيه: ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإجاره حديث ١.

(فلا تصح إجاره الآبق)، لاشتمالها (١) فيه (٢) على الغرر (و إن ضم إليه) شيئاً متمولاً (٣) (أمكن الجواز)، كما يجوز في البيع، لا بالقياس، بل لدخولها (٤) في الحكم (٥) بطريق أولى (٦)، لاحتمالها (٧) من الغرر ما لا يحتمله (٨). و بهذا الإمكان (٩) أفتى المصنف في بعض فوائده.

و وجه المنع فقد النص المجوز هنا (١٠)، فيقتصر فيه على مورده و هو البيع، و منع (١١) الأولوية. و على الجواز هل يعتبر في الضميمة إمكان أفرادها (١٢) بالإجاره (١٣)، أم بالبيع (١٤)، أم يكفي كل واحد منهما (١٥) في كل واحد نعم لو ضم إلى غير المقدور شيئاً يمكن تسليمه و هو مما يعدّ عند العقلاء مالا، لأن ما لا يمكن تسليمه ليس مالا بنظر العقلاء ففيه تردد، فظاهر القواعد جوازه، و تردد في التذكرة و المحقق في الشرائع، و وجه التردد من عدم القدره على التسليم في المنفعة فيبطل العقد، و من جواز بيع غير المقدور تسليمه مع الضميمة المقدور تسليمها، و إذا جاز في البيع فيجوز في الإجاره.

(١) أى الإجاره.

(٢) في غير المقدور تسليمه.

(٣) أى مما له ماله بنظر العقلاء.

(٤) أى الإجاره.

(٥) و هو الجواز.

(٦) لأنه إذا جاز في البيع الذى شرط فيه التعيين من جميع الوجوه فيجوز في الإجاره التى ليس التعيين فيها شرطاً من جميع الوجوه بطريق أولى.

(٧) أى الإجاره.

(٨) أى البيع.

(٩) أى أمكن الجواز.

(١٠) أى في الإجاره بخلاف البيع فقد ورد فيه النص، و يقتصر فيه على مورده.

(١١) إذ يجوز الانتفاع بالعبد الآبق في البيع كعتقه و إن كان آبقاً، بخلاف الإجاره فلا بد من التسليم حتى ينتفع به، فالمناط في بيعه غير محرز حتى نعرف ثبوته في الإجاره.

(١٢) أى أفراد ضميمه الإجاره.

(١٣) بأن تصلح لأن تقع مورداً للإجاره بنفسها.

(١٤) بأن تصلح ضميمه الإجاره لأن تقع موردا للبيع.

(١٥) أى من البيع و الإجاره.

ص: ٤٢٣

منهما (١) أوجه (٢): من حصول (٣) المعنى فى كل منهما، و من أن (٤) الظاهر ضميمه كل شىء إلى جنسه، و قوى المصنف الثانى (٥). و لو أجره (٦) ممن يقدر على تحصيله (٧) صح من غير ضميمه. و مثله (٨) المصوب (٩) لو أجره الغاصب، أو من يتمكن من قبضه.

فى ما لو طرأ المنع

(و لو طرأ المنع) (١٠) من الانتفاع بالعين المؤجره فيما أوجرت له، (فإن كان) (١) من ضميمه البيع و ضميمه الإجاره فيكفى فى ضميمه البيع إيجارها، و فى ضميمه الإيجار بيعها.

(٢) هما وجهان فى المسالك حيث قال (و فى اعتبار أفرادها بجنس ما يضم إليه ففى البيع يفرد بالبيع، و فى الإجاره بالإجاره، أو يكفى كل واحد منهما فى كل واحد منهما وجهان) هذا من جهه و من جهه أخرى تظهر الثمره فى العين الموقوفه و فى مسلوبه المنفعه، ففى الموقوفه يصح إيجارها و لا يصح بيعها، و فى مسلوبه المنفعه يصح بيعها و لا يصح إيجارها، و عليه فالنزاع هل يكفى فى ضميمه الإجاره العين التى يمكن إيجارها أو مطلق الضميمه كمسلوبه المنفعه لأنها ضميمه فى البيع، و هل يكفى فى ضميمه البيع العين التى يمكن بيعها أو مطلق الضميمه كالموقوفه لأنها ضميمه فى الإجاره.

(٣) دليل الوجه الثانى، و المعنى هو تحقق أفرادها بالمعاوضه بيعاً أو إجاره.

(٤) دليل الوجه الأول.

(٥) أى ضميمه كل شىء إلى جنسه الذى هو دليل الوجه الأول.

(٦) أى أجر غير المقدور على تسليمه.

(٧) بحيث أجر العبد الآبق لشخص يمكن له أن يقبض عليه، صح بلا إشكال لارتفاع المانع و هو الغرر من عدم التسليم لتحقيق التسلم.

(٨) أى و مثل غير المقدور على تسليمه.

(٩) فلو أجر المالك العين المصوبه لنفس الغاصب صح أيضاً بلا إشكال لوجود المقتضى من كونه عقداً، و عدم المانع لأن الغاصب قابض.

(١٠) لو طرأ المانع الذى يمنع من الاستيفاء كما لو منعه ظالم، و كان الطرؤ بعد العقد فتاره يكون قبل القبض و أخرى بعده.

و على الأول كان المستأجر بالخيار بين الفسخ أو الرجوع على الظالم بأجره المثل للمنافع التى فاتته، و وجه التخيير أن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذر الاستيفاء، لأن إزماءه بالعقد مع تفويت منافع العين عليه ضرر منفى، و إذا فسخ يطالب المؤجر بأجره المسمى إن كان قد دفعها إليه.

(المنع قبل القبض فله الفسخ)، لأن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذرها (١)، و مطالبه المؤجر (٢) بالمسمى لفوات المنفعة، و له الرضا بها (٣) و انتظار زوال المنع، أو مطالبه (٤) المنع بأجره المثل لو كان غاصبا، بل يحتمل مطالبه المؤجر بها أيضا (٥)، لكون العين مضمونه عليه (٦) حتى يقبض، و لا- يسقط (٧) التخيير بزوال المنع فى أثناء المده، لأصالة بقاءه (٨)، (و إن كان) المنع (بعده) أى بعد القبض (٩)، (فإن كان (١٠) تلفا بطلت (١١) الإجاره، لتعذر تحصيل و له الالتزام بالعقد لتمايمه أركانه و مطالبه الظالم بأجره المثل لأنه باشر الإلتلاف عدوانا.

و على الثانى سيأتى بحثه.

(١) أى تعذر العين لطرو المنع من استيفاء المنفعة منها.

(٢) أى و مطالبه المستأجر المؤجر بالمسمى.

(٣) أى و للمستأجر الرضا بالعين.

(٤) أى مطالبه المستأجر المنع الذى هو الظالم.

(٥) أى و يحتمل مطالبه المستأجر المؤجر بأجره المثل لو لم يفسخ كما يطالب الظالم، لأن العين مضمونه على المؤجر حتى يتحقق القبض، و فوات المنفعة قبل القبض مما يتحمله المؤجر، نعم لو رجع المستأجر على المؤجر، رجع الثانى على الظالم لأنه المباشر للإلتلاف.

و فيه: إن الثابت فى ذمه المؤجر هو المسمى على تقدير قبضه لو فسخ المستأجر، لا أجره المثل عند عدم الفسخ لأنه لم يباشر العدوان.

(٦) على المؤجر.

(٧) أى لا يسقط تخيير المستأجر بين الفسخ و الرجوع بالمسمى و بين الالتزام بالعقد و الرجوع بأجره المثل حتى لو ارتفع المنع، للاستصحاب، و لفوات مجموع المنفعة بما هو مجموع.

(٨) أى بقاء التخيير المذكور.

(٩) لو كان المنع من الاستيفاء بعد القبض لم تبطل الإجاره قطعا، و ليس للمستأجر الفسخ لأصالة لزوم فى العقود، و لعدم كون العين مضمونه على المؤجر لتحقيق القبض، نعم يستحق المستأجر على الظالم أجره مثل المنفعة الفائتة، بلا فرق فى الحكم بين كون الغاصب هو المؤجر أو لا، و لا بين كون المنع قد وقع فى أول مدته الإجاره أو فى أثنائها، كل ذلك لاستصحاب لزوم بعد استقرار العقد بالقبض.

(١٠) أى المنع.

(١١) لو تلفت العين بطلت الإجاره لتعذر تحصيل المنفعه، و لهذا الدليل تبطل الإجاره لو تلفت العين قبل القبض أيضا، و لا معنى لتقييد التلف بما بعد القبض هذا من جهه و من جهه أخرى فالتلف ليس مانعا بل معدما للعين فتسميته بالمانع ليس فى محله.

ص: ٤٢٥

المنفعة المستأجر عليها، (و إن كان غصبا لم تبطل)، لاستقرار العقد بالقبض. و براءة المؤجر و الحال أن العين موجوده يمكن تحصيل المنفعة منها، و إنما المانع عارض، (و يرجع المستأجر على الغاصب) بأجره مثل المنفعة الفائتة في يده، و لا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة و خلالها. و الظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر، و غيره.

في ما لو ظهر في المنفعة عيب

(و لو ظهر في المنفعة عيب (١) فله الفسخ)، لفوات بعض الماله (٢) بسببه (٣) فيجبر (٤) بالخيار، و لأن الصبر على العيب ضرر منفي.

(و في الارش) لو اختار البقاء على الإجاره (نظر) من وقوع (٥) العقد على هذا المجموع (٦) و هو باق فاما أن يفسخ، أو يرضى بالجميع، و من كون (٧) الجزء الفائت، أو الوصف (٨) مقصودا للمستأجر و لم يحصل، و هو (٩) يستلزم نقص المنفعة (١) إذا وجد المستأجر بالعين عيبا سابقا على العقد كان الخيار بين فسخ الإجاره أو الرضا بالعين من دون أرش، أما أن له الفسخ فلا خلاف فيه، لأن حقه هو المنفعة و أي عيب في العين موجب لنقصان المنفعة، فله الفسخ حينئذ للضرر المنفي.

و أما أن له الرضا بالعين من دون أرش فهذا ما صرح به جماعه، لأن العقد قد وقع على مجموع المنفعة في قبال مجموع الأجره، فإما أن يرضى بالعقد و إما أن يفسخ، و الضرر المتوجه عليه مرفوع عنه بثبوت الخيار، و قد ثبت الأرش عند الإمضاء في البيع للنص فيقتصر عليه في مورده.

و أشكل عليهم بأن الإطلاق في عقد الإجاره لما كان منزلا- على العين الصحيحه كان الجزء الفائت أو الوصف مقصودا للمستأجر، و لم يحصل و هو ما يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فلا بد من الأرش تحقيقا للتقابل بين العوضين.

(٢) في المنفعة.

(٣) أي بسبب العيب.

(٤) أي الفوات.

(٥) دليل عدم ثبوت الأرش.

(٦) من المنفعة.

(٧) دليل ثبوت الأرش.

(٨) أي الوصف الفائت، و هما فائتان من العين المستأجره.

(٩) أي فوات الجزء أو الوصف المقصودين للمستأجر.

التي هي أحد العوضين فيجبر بالارش و هو حسن.

و طريقه معرفته (١) أن ينظر إلى أجره مثل العين سليمه، و معيه و يرجع من المسمى بمثل نسبه المعيبه إلى الصحيحه، و ان اختار (٢) الفسخ و كان (٣) قبل مضي شيء من المده فلا شيء عليه (٤) و إلا (٥) فعليه من المسمى بنسبه ما مضي إلى المجموع.

(و لو طراً) العيب (بعد العقد فكذلك (٦) كانهدم المسكن) و إن كان بعد استيفاء شيء من المنفعه، و لا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار، لأن المعتبر منه (٧) ما وقع في العوض المعيب الذي تعلق به المعاوضه، و هو (٨) هنا المنفعه، و هي تتجدد شيئاً فشيئاً، و ما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف، و إنما يتخير مع انهدام المسكن (٩) (١) أي معرفه الأرش.

(٢) أي المستأجر.

(٣) أي الفسخ.

(٤) على المستأجر لعدم استيفائه شيئاً من المنفعه.

(٥) أي و إن لم يكن قبل مضي شيء من المده، بل قد مضي من المده شيء فعلى المستأجر من المسمى بمقدار ما مضي من المده.

(٦) أي للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعه، و للزوم الضرر على المستأجر.

طرو العيب بعد القصد إنما يكون بعد تصرف المستأجر في العين، و التصرف مسقط للخيار.

المنافع التي لم يستوفها لم يتصرف بها، و الفسخ و إنما هو بالنسبه لهذه المنافع، لا للمنافع التي استوفها.

(٧) من التصرف المسقط للخيار.

(٨) أي العوض المعيب.

(٩) أي إذا كان العيب هو الانهدام فيشترط أن لا يكون الهدم لجميع الدار، و إلا فلا يعتبر أنه عيب بل هو تلف، و إنما يكون الهدم عيباً لو طراً على جمله من الدار و بقيت منه جمله أخرى، ثم يثبت للمستأجر حينئذ الفسخ و لم يبادر المؤجر لإصلاح ما انهدم، فلو أصلحه بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً فلا خيار للمستأجر، لعدم فوات شيء من المنافع عليه، و ذهبت جماعه إلى بقاء الفسخ له لثبوت الخيار بالانهدام و يستصحب عند الإصلاح.

إذا أمكن الانتفاع به (١) وإن قل (٢)، أو أمكن إزاله المانع (٣)، وإلا بطلت، ولو أعاده (٤) المؤجر بسره بحيث لا يفوت عليه (٥) شيء معتد به (٦) ففى زوال الخيار نظر، من زوال (٧) المانع، و ثبوت الخيار (٨) بالانهدام فيستصحب، و هو أقوى.

فى أنه يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره

(و يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره أولا) (٩) للأمر به فى الأخبار.

(١) بالمسكن.

(٢) أى الانتفاع.

(٣) عند هدم الجميع، وإلا فلو لم يمكن إزاله المانع مع هدم جميعه تبطل الإجاره لعدم تحقق متعلقها.

(٤) أى أعاد المسكن.

(٥) على المستأجر.

(٦) من منافع المسكن.

(٧) دليل زوال الخيار.

(٨) دليل عدم الزوال.

(٩) أى قبل العقد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلم ما أجره، و من استأجر أجيرا ثم حبسه عن الجمعه ييؤء باثمه، و إن هو لم يحبسه اشتركا فى الأجر) (١)، و خبر سليمان بن جعفر (كنت مع الرضا عليه السلام فى بعض الحاجه فأردت أن أنصرف إلى منزلى فقال لى: انصرف معى فبت عندى الليله، فانطلقت معه فدخل إلى داره مع المغيب فنظر إلى غلمانهم يعلمون فى الطين أوارى الدواب) (٢) و غير ذلك، و إذا معهم أسود ليس منهم، فقال عليه السلام: ما هذا الرجل معكم؟ فقالوا: يعاوننا و نعطيه شيئا، قال: قاطعتموه على أجرته؟ قالوا: لا، هو يرضى منا بما نعطيه، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط و غضب لذلك غضبا شديدا.

فقلت: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال: إنى قد نهيتهم عن مثل هذا غير مره أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته، و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعه ثم زدته لذلك الشيء ثلاثه أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك،

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإجاره حديث ٢.

٢- (٢) الأربه: الأخيه و هي عروه تربط إلى وتد مدقوق و تشد فيها الدابه، و ربما قيل للمعلف كما عن المصباح المنير.

فعن الصادق عليه السّلام «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلمه ما أجره» و عن الرضا عليه السّلام أنه ضرب غلمانته حيث استعملوا رجلا بغير مقاطعه و قال: إنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعه ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا- ظن أنك قد نقصت أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك، و رأى أنك قد زدته» (و أن توفيه) أجرته (عقيب فراغه) من العمل (١) قال الصادق عليه السّلام في الجمال و الأجير: «لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته» و عن حنان بن شعيب قال: تكارينا لأبي عبد الله عليه السّلام قوما يعلمون في بستان له و كان أجلهم إلى العصر فلما فرغوا قال لمعتب: اعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم.

(و يكره أن يضمن) (٢) أى يغرم عوض ما تلف بيده بناء على ضمان و رأى أنك قد زدته(١) و مثلها غيرها من الأخبار.

(١) لصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام في الجّمال و الأجير قال: (لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أجرته)(٢) ، و خبر شعيب قال (تكارينا لأبي عبد الله عليه السّلام قوما يعملون في بستان له و كان أجلهم إلى العصر، فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم)٣.

(٢) إذا أفسد الأجير بفعله المتاع الذى بيده كالصانع و البيطار بحيف على الحافر و الحجام يجنى فى حجامته و الختان يتجاوز حد الختان و القصار يخرق الثوب، فإنه يضمن سواء كان حاذقا أم لا، و سواء كان بحضور رب المال أم غيبته و سواء كان الأجير خاصا أم لا، و سواء كان فعله فى ملكه أم فى ملك المستأجر بلا- خلاف فى ذلك بل و سواء كان منه بتحد أم لا كما عليه المشهور للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال: كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن)(٣) ، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام: (كان أمير المؤمنين عليه السّلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس، و كان أبى يتطول عليه إذا كان مأمونا)٥، و خبر إسماعيل عن أبى الصباح عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الثوب أدفعه إلى القصار فيخرقه؟ قال: أغرمه، فإنك إنما دفعته

ص: ٤٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإجاره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الإجاره حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجاره حديث ١٩ و ٤.

الصانع (١) ما يتلف بيده (٢)، أو مع قيام السببه على تفريطه أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه (٣) عليه لو قضينا بالنكول (إلا مع التهمه له) بتقصيره على وجه إليه ليصلحه و لم تدفع إليه ليفسده (١)، و خبر يونس (سألت الرضا عليه السّلام عن القصّار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا)٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام رفع إليه رجل استأجر رجلا يصلح بابه فضرب المسمار فانصدع الباب فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام)٣ و عن جماعه عدم الضمان عند عدم التفريط لأصالة البراءه، و لأن الأخبار المتقدمه الداله على ضمانهم ناظره إلى التفريط بقريته قوله عليه السّلام (فأفسد)، و خبر السكوني حجه عليهم لأنه ظاهر في عدم التفريط و يؤيده ما رواه السكوني أيضا عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و إلا فهو له ضامن) (٢)، و صحيح داود بن سرحان عنه عليه السّلام (في رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات و انكسر منه، فقال عليه السّلام: هو ضامن) (٣).

هذا و لو تلف المتاع تحت يد الأجير من غير تفريط من الأجير و بغير فعله فلا ضمان لعدم مباشرته للإتلاف. و إذا تقرر ذلك من ضمان الأجير مطلقا إذا تلف بفعله. فقد ورد في كلمات القوم أنه يكره تضمين الأجير إلا مع التهمه، بحيث لو كان الأجير ضامنا فيكره تضمينه إذا كان مأمونا و يشهد له أخبار.

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام يضمن القصّار و الصائغ احتياطا للناس، و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأمونا) (٤) و مرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان أبي عليه السّلام يضمن الصائغ و القصّار ما أفسدا، و كان على بن الحسين عليه السّلام يتفضل عليهم)٧، و ظاهر التفضل و التناول ثبوت الضمان و لكن كان بناؤه عليه السّلام على عدم التضمنين إذا كان مأمونا، فلذا يكره التضمنين حينئذ.

(١) و هو العامل الأجير.

(٢) أي بفعله.

(٣) أي اليمين.

ص: ٤٣٠

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجاره حديث ٨ و ٩ و ١٠ .

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الضمان من كتاب الديات حديث ١ .

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان من كتاب الديات حديث ١ .

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجاره حديث ٤ و ٢٠ .

مسائل:

اشاره

(مسائل:)

الأولى – من تقبل عملا فله تقبيله غيره

(الأولى – من تقبل عملا فله تقبيله غيره بأقل) مما تقبله به (على الأقرب) (٢)، لأصالة الجواز، و ما ورد من الأخبار دالا على النهى عنه يحمل على الكراهيه جمعا بينها وبين ما يدل على الجواز هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا (١) فلا كراهه حينئذ بعد كون كراهه التضمنين إذا كان مأمونا.

(٢) من تقبل عملا في ذمته من غير اشتراط المباشره لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام (سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال عليه السّلام: لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا) (١)، و صحيح أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السّلام (عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال عليه السّلام: لا) (٢).

و عن العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني الكراهه لنفس صحيح أبي حمزه المتقدم بعد روايته بأنه عليه السّلام قال: لا بأس، كما في التذكرة و السرائر، و يردّه أن المروى منه في كتب الحديث هو قوله عليه السّلام: لا.

نعم إذا عمل فيه عملا فيجوز تقبيله بالأقل بالاتفاق للأخبار.

منها: قوله عليه السّلام في صحيح ابن مسلم المتقدم (إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا)، و خبر أبي محمد الخياط (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أتقبل الثياب و أخطبها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ قال عليه السّلام: أليس تعمل فيها؟ فقلت: أقطعها و أشتري الخيوط، قال عليه السّلام: لا بأس) (٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل، قال عليه السّلام: لا بأس قد عمل فيه) (٢)، و يكفي فيه صدق العمل و الحدث، هذا إذا لم تشترط عليه المباشره، و إلا فمع الاشتراط فلا يجوز للأجير أن يقبله غيره بنقيصه أو زياده لوجوب الوفاء بالشرط على الأجير لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣).

ص: ٤٣١

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجاره حديث ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

إشكال فى المنع، و إذا لم يحدث فيه حدثا و إن قلّ (١)،(و لو أحدث فيه حدثا فلا بحث) فى الجواز، للاتفاق عليه حينئذ (٢). و على تقدير الجواز (٣) فالمشهور اشتراط إذن المالك فى تسليم العين للمتقبل (٤)، لأنها حال الغير فلا يصح تسليمه (٥) لغيره (٦) بغير إذنه، و جواز إجارتها (٧) (١) فكذلك لا إشكال فى المنع فى صورته المباشرة.

(٢) حين الإحداث عند عدم اشتراط المباشرة.

(٣) أى جواز التقييل للغير مطلقا على غير المشهور، و عند إحداث الحدث لو كان بنقيضه على مبنى المشهور، و مطلقا عند عدم النقيضه.

(٤) أى لا- يجوز للأجير أن يدفع العين إلى المتقبل الثانى و هو الأجير الثانى بدون إذن المالك على المشهور، لأن العين مال للغير فلا- يصح تسليمه إلى غير من استأمنه المالك، و إجاره المالك للأول لا تدل على التسليم العين من الأول للثانى و كذا إجاره الأول للثانى لا تدل على إذن المالك فى التسليم و عليه فلو جاز للأول التقييل فلا بد من استئذان المالك، و إن امتنع رفع أمره إلى الحاكم لأنه ولى الممتنع، و لو تعذر الحاكم أو أذنه فيحتمل جواز التسليم بدون إذن المالك لتعارض حق المعامل الثانى و حق المالك، و يقدم العامل وفاء للعقد، و يحتمل تسلط الأول على الفسخ، لأن المالك مسلط على ماله و لم يرضى بتسلم الثانى و فى هذا ضرر على الأول.

و عن العلامة فى المختلف جواز التسليم إلى الثانى أذن المالك أولا، حيث يجوز التقييل لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت ما عليه؟ قال عليه السلام: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء) (١).

و وجه الاستدلال أنه إذا كان الضمان ساقطا عند تسليمها بغير إذن المالك لاستيفاء المنفعة المملوكة لغير المالك، فالضمان ساقط سواء كان هذا الغير متقبلا ثانيا أو لا.

و عن ابن الجنيّد جواز التسليم من غير ضمان إذا كان المتقبل الثانى مأمونا، و هو الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك.

(٥) أى تسليم مال الغير.

(٦) أى لغير مالكة.

(٧) أى إجاره المتقبل الثانى من الأول.

ص: ٤٣٢

لا ينافيه (١) فيستأذن المالك فيه (٢)، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر ففي جوازه (٣) بغير إذنه، أو تسلطه (٤) على الفسخ وجهان، و جواز التسليم بغير إذنه مطلقا (٥) خصوصا إذا كان المتقبل ثقة قوى.

الثانيه - لو استأجر عينا فله إجارتها

(الثانيه - لو استأجر عينا فله إجارتها بأكثر مما استأجرها به) (٦)، (١) أى لا ينافى اشتراط إذن المالك.

(٢) فى التسليم.

(٣) أى جواز التسليم بغير إذن المالك.

(٤) أى تسلط الأول.

(٥) أذن المالك أو لا، و تعذر الحاكم أو لا.

(٦) الأكثر على العدم استنادا إلى أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، قال عليه السلام: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئا) (١) و مثله غيره.

و عن جماعة الكراهه لظهور قوله عليه السلام (لا يصلح ذلك) فى الصحيح المتقدم فى الكراهه، و للجمع بينها و بين أخبار قد دلت على الجواز كما فى المسالك، و رده فى الجواهر بقوله: (إنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمه فى المذكورات أصلا فضلا عن الصريح فى الكراهه) انتهى.

و عن جماعة عدم الجواز إذا كانت العين دارا أو حانوتا أو رحي أو أجيورا، اقتصارا على موارد النصوص، و أما غيرها فتبقى على الأصل من الجواز، و قد ورد فى الدار صحيح الحلبي المتقدم، و قد ورد فى الحانوت و الأجير خبر أبي المغراء عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يستأجر الأرض ثم يؤاجرها أكثر مما استأجرها، فقال عليه السلام: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إن فضل الأجير و الحانوت حرام) (٢) و مثله غيره. و قد ورد فى الرحي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى لأكره أن أستأجر رحا وحدها ثم أؤاجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن أحدث فيها حدثا و أغرم فيها غرامه) (٣) و مثله غيره.

و كذا فى السفينه فقد ورد فى خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (لا بأس

ص: ٤٣٣

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٤.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجاره حديث ٤.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٥.

للأصل (١)، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود.

(و قيل: بالمنع إلا أن تكون) اجارتها (بغير جنس (٢) الأجره، أو يحدث فيها صفه كمال) استنادا إلى روايتين (٣) ظاهرتين في الكراهه، و إلى استلزامه الربا.

و هو (٤) ضعيف. إذ لا معاوضه على الجنس الواحد (٥).

أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئا(١)، و مفهومه دال على ثبوت البأس في هذه الثلاثه عند عدم الحدث و الإصلاح و هو ظاهر في الحرمة، نعم ورد في الأرض أخبار تدل على الجواز.

منها: حسنه أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يؤاجرها بأكثر مما تقبلها به، و يقوم فيها بخط السلطان، فقال عليه السلام: لا بأس به، إن الأرض ليست مثل الأجير و لا مثل البيت دلائل البيت، إن فضل الأجير و البيت حرام(٢)، و مثله خبر إبراهيم بن ميمون^٣.

بعد اتفاق الجميع على أنه إذا أحدث في العين المستأجره حدثا فيجوز له أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها لخبر أبي بصير و صحيح الحلبي المتقدمين.

ثم إن ابن الجنيد و تبعه عليه غيره قد استدل على عدم الجواز بأن المستأجر الأول لو استأجر العين بفضه أو ذهب ثم آجرها بالأكثر من ذهب أو فضه عند عدم حدوث حدث أو إصلاح للزم الربا في البين، لأن الأجره في الثاني لو كانت فضه مثلا مع كونها فضه في الأول للزم التفاضل بينهما في المعاوضه و هو عين الربا و ردّ بأن الربا في العوضين إذا كانا من جنس واحد مع كونهما متعلقين لعقد واحد لا لعقدين كما في مقامنا.

(١)أصالة الحصه في العقود.

(٢)كما ذهب إليه ابن الجنيد.

(٣)و هما خبر أبي بصير و صحيح الحلبي، ففي الأول (إنى لأكره)، و في الثاني (لا يصلح) و هما ظاهران في الكراهه.

(٤)أى استلزامه للربا.

(٥)بل معاوضتان.

ص: ٤٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجارة حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجارة حديث ٣ و ٥.

(الثالثه - إذا فَرَطَ في العين) المستأجره (ضمن قيمتها يوم التفريط) (١)، لأنه يوم تعلقها بذمته كما أن الغاصب يضمن قيمه يوم الغصب. هذا قول الأكثر.

(و الأقرب) ضمان قيمتها (يوم التلف) لأنه يوم الانتقال إلى قيمه، لا قبله و إن حكم بالضمان (٢)، لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى قيمه، و موضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت قيمه (٣)، أما لو كان (٤) بسبب نقص في العين فلا شبهه في ضمانه (٥)، (و لو اختلفا في قيمه (٦) حلف الغارم)، لأصالة عدم زياده (١) قد تقدم أن المستأجر أمين غير ضامن عند عدم تفريطه و عدم تعديه، و أنه يضمن مع التعدي أو التفريط بلا-خلاف في ذلك كله و إنما الكلام في أنه يضمن العين وقت التعدي أو وقت التلف أو أعلى القيم من يوم العدوان إلى يوم التلف، ذهب الأ-كثر إلى أنه يضمن قيمتها يوم العدوان لذيل صحيح أبي ولّاد (سألت عن الرجل المتعدى في البغل، قال عليه السّلام: نعم قيمه البغل يوم خالفته) (١)، و لأنه وقت التعدي قد خوطب بالضمان.

و قيل: يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى يوم التلف، لأن الاشتغال اليقيني يستدعى البراءة اليقينية و هو أحوط.

و عن المسالك و جماعه أنه يضمن قيمه يوم التلف، لأن ما قبل التلف كان ضامنا للعين، و لا ينتقل الأمر بالضمان إلى قيمه إلا حين تلفها، و قد تقدم ماله الدخل في كتاب البيع و سيأتي مفصلا في كتاب الغصب.

(٢) إلا أنه ضمان للعين و هي موجوده فلا ينتقل إلى ضمان قيمه.

(٣) أي قيمه السوقيه.

(٤) أي اختلاف قيمتها.

(٥) أي ضمان هذا النقص بعد كون يده يد عدوان و ضمان، لأنه متعد.

(٦) أي قيمه العين المستأجره التالفه، فقال المالك: مائه، و قال المستأجر: خمسون، قدم قول المستأجر الغارم لأنه منكر بحسب ظاهر كلامه و لأصالة عدم زياده.

و عن الشيخ أنه يقدم قول المستأجر الغارم إذا كان التالف غير دابه، و أما لو كان دابه فالقول قول المالك و إن ادعى الزيادة لصحيح أبي ولّاد الحناط (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز، قال عليه السّلام: عليك ما بين الصّحه و العيب يوم ترده، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال عليه السّلام: أنت و هو، إما أن يحلف هو على قيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين

ص: ٤٣٥

و لانه منكر، و قيل: القول قول المالك إن كانت دابه، و هو ضعيف.

الرابعه - مؤونه العبد و الدابّه على المالك

(الرابعه - مؤونه العبد و الدابّه على المالك) (١) لا المستأجر، لأنها تابعه للملك، و أصله عدم وجوبها على غير المالك. و قيل: على المستأجر مطلقا (٢). و هو ضعيف، ثم إن كان المالك حاضرا عندها انفق، و إلا استأذنه المستأجر فى الانفاق و رجع عليه، (و لو انفق عليه المستأجر بنيه الرجوع) على المالك (صح مع تعذر إذن المالك، أو الحاكم) و إن لم يشهد (٣) على الانفاق على الأقوى، و لو أهمل (٤) مع عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك(١) و هو ظاهر فى أن المالك يحلف، و لا يحلف إلا المنكر.

و فيه: أنه لا- مندوحه كما ذهب إليه الأصحاب من تقديم الغارم لا- المالك لقوه الأصل خصوصا مع عملهم كما فى الرياض فيرجح على الروايه.

(١) كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانين و جماعه، لأن المنفق عليه مال للمالك فالغرم عليه كما أن الغنم له، و لأصله عدم وجوبها على غيره، إلا أن يشترط أنها على المستأجر فتلزم للشرط.

و عن جماعه منهم الشيخ و ابن إدريس و المحقق و العلامة فى الإرشاد أنها على المستأجر، لأنه يجب عليه حفظ العين لكونها أمانه عنده، و من مقدمات حفظها النفقه عليها، و ردّ بأن حفظها على المالك لا- على المستأجر، و لو انحصر الحفظ على المستأجر لغيبه المالك فينفق و يرجع على المالك إذ لا- دليل على وجوب الإنفاق من ماله، و غايه ما يثبت عليه الحفظ أنه يحفظها بمال المالك لا بماله.

ثم على تقدير كون النفقه على المالك فيجب عليه تقديم النفقه إن كان حاضرا، و لو كان غائبا استأذنه المستأجر بالإنفاق و رجع عليه، و إن تعذر استأذن الحاكم، فإن تعذر أنفق بنيه العود و أشهد على الإنفاق من باب تيسر إقامه البيئه له لو ادعى الإنفاق، و إن لم يتمكن من الإشهاد انفق بنيه الرجوع و رجع كمثّل نفقه العين المرهونه فإنها على الراهن لا المرتهن و قد تقدم دليل هذه الأحكام هناك.

(٢) سواء شرط المالك بكون النفقه على المستأجر أم لا.

(٣) لأن وجوب الإشهاد إرشادى حتى يتمكن المستأجر من إثبات دعواه بالنفقه، و هذا لا- دخل له فى أصل الرجوع على المالك.

(٤) أى المستأجر و لم ينفق أصلا ضمن، لأنه يجب عليه الحفظ و إن لم يكن من ماله.

ص: ٤٣٦

غيبه المالك ضمن لتفريطه إلا أن ينهيه المالك (١)، (و لو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور)
(٢) استنادا إلى روايه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام. ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقه عليه.

و الأقوى أنه (٣) كغيره (٤) لا تجب نفقته (٥) إلا مع الشرط، و تحمل الروايه مع سلامه سندها عليه (٦)، و استحقاق منافعه لا يمنع لا- يمنع من وجوب النفقه في ماله الذي من جملة الأجره. و حيث يشترط فيه (٧)، و في غيره من الحيوان على المستأجر (١) فمع نهى المالك لا ضمان عليه على الخلاف السابق في كتاب الرهن من جواز ترك النفقه عند النهي كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر، أو أنه لا يجوز له الترك حتى مع النهي تقديمًا لحق الله فيما لو كانت العين ذات روح كالعبد و الدابة و عليه فيضمن لو ترك النفقه و أهملها.

(٢) لخبر سليمان بن سالم (سألت أبا الحسن عليه السلام - إلى أن قال - و عن رجل استأجر رجلا بنفقته مسماه و لم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مثونه الأجير من غسل الثياب و الحمام فعلى من؟ قال عليه السلام: على المستأجر) (١)، و لأن غنم الأجير في هذه المدة للمستأجر فعليه الغرم و ردّ بأن سليمان بن سالم لم يمدح و لم يذم فهو مجهول الحال، و لا- جابر له إذ العلّامه في التذكرة نقل عن ابن المنذر عدم الخلاف في كون النفقه على الأجير، و عليه ابن إدريس و المحقق الثاني و جماعه، و مع أعراض هؤلاء لا يكون الخبر مجبورا، و منه تعرف أن نفقه الأجير كبقية نفقات العين المستأجره، فكما أن نفقه العين المستأجره على المالك فكذلك نفقه الأجير على نفسه، إلا مع الشرط بكونها على المستأجر فتلزم للزوم العمل بالشرط.

و أما استحقاق المنافع للغير فلا- يمنع من ثبوت النفقه على الأجير، لأن منفعه للغير في قبال الأجره فتكون النفقه عليه من الأجره حينئذ.

(٣) أي الأجير.

(٤) مما يستأجر.

(٥) على المستأجر.

(٦) على الشرط.

(٧) في هذا الأجير بأن تكون الأجره على المستأجر.

ص: ٤٣٧

يعتبر بيان قدرها (١) و وصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه (٢) ابتداء فإنه يكفي القيام بعاده أمثاله.

الخامسة - لا يجوز إسقاط المنفعة المعينه

(الخامسة - لا يجوز إسقاط المنفعة المعينه) (٣) أى الإبراء منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الداله عليه (٤)، لأنه (٥) عبارته عن إسقاط ما فى الذمه فلا- يتعلق بالأعيان، و لا- بالمنافع المتعلقة بها (٦)، (و يجوز إسقاط) المنفعة (المطلقة) (٧) المتعلقة بالذمه و إن لم يستحق (٨) المطالبه بها، (و كذا الأجره) (٩) يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمه، لا إن كانت عينا، (و إذا تسلم) أجيرا (١) قدر النفقه و وضعها لئلا يلزم الغرر فى الشرط.

(٢) على المستأجر بحكم الشارع كما عن البعض و قد تقدم فلا يعتبر قدرها و وضعها، بل تحال إلى العاده، فيلزم عليه نفقه أمثال العين المستأجره، و الغرر الموجود فى المقام مغتفر لحكم الشارع بكونها على المستأجر.

(٣) المنفعه التى وقع عليها عقد الإجاره تاره فى ذمه الأجير و أخرى فى العين الخارجيه، فالأول كمن يستأجره على عمل خياطه ثوب ما، و الثانى كمن يستأجر هذه الدار الخارجيه لمدته سنه.

و بما أن الإبراء هو إسقاط ما فى الذمه كما هو معناه لغه و عرفا فيجوز للمستأجر أن يبرأ الأجير من المنفعه الثابته فى ذمته، و لا يجوز للمستأجر أن يبرأ المؤجر من المنفعه المتحققه فى العين الخارجيه، لأن الإبراء لا- يصح تعلقه بالأعيان و لا بمنافعها بعد اختصاصه بإسقاط ما فى الذم، بلا فرق فى الحكم المذكور بين لفظ الإبراء أو الإسقاط أو ما شاكلة من الألفاظ الداله على معنى الإبراء.

(٤) على الإبراء.

(٥) أى الإبراء.

(٦) بالأعيان.

(٧) أى غير المعينه.

(٨) أى المستأجر لا يستحق مطالبه الأجير بها لعدم حلول وقتها، إلا أنها قد استقرت فى ذمه الأجير بالعقد فيصح الإبراء منها، لأن الإبراء إسقاط ما فى الذم.

(٩) أى يصح الإبراء من الأجره المطلقة دون المعينه، أما الأولى كمن استأجر أجيرا بمائه درهم و لم يعين فذمه المستأجر مشغوله بها من حين العقد فيجوز للأجير إبراءه منها، و أما الثانيه كمن يستأجر أجيرا على هذا العوض الخارجى و لا يجوز للأجير إبراء المستأجر منها، لعدم تعلق الإبراء بالأعيان الخارجيه و لا بمنافعها، و هذا الفرع بشقيه من إبراء الأجره و المنفعه المطلقة دون المعينه مما لا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر.

ليعمل له عملا (قتلف لم يضمن) (١) صغيرا كان، أم كبيرا، حرا كان، أم عبدا، لأنه قبضه (٢) لاستيفاء منفعه مستحقه لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه فكان أمانه في يده (٣)، ولا فرق بين تلفه مدة الإجاره و بعدها (٤)، إلا أن يجسه (٥) مع الطلب بعد انقضاء المده فيصير بمنزله المغصوب، و سيأتي إن شاء الله أن الحر البالغ لا يضمن مطلقا (٦). و ما عليه من الثياب تابع له (٧)، و لو كان (٨) صغيرا أو عبدا ضمنه.

السادسه – كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموجر

(السادسه – كلما يتوقف عليه توفيه المنفعه (٩) (١) إذا تسلم المستأجر أجيرا بعقد صحيح ليعمل له عملا أو صنعه فهلك الأجير لم يضمن المستأجر، كان الأجير كبيرا أو صغيرا، و حرا كان أو عبدا مع فرض عدم التفريط من المستأجر بلا خلاف و لا إشكال، و فى المسالك أنه موضع وفاق منا و من العامه، لأن المستأجر لا يمكن له استيفاء المنفعه التى يستحقها من الأجير إلا بإثبات يده عليه فكانت يده يد أمانه فلا يضمن إلا مع التفريط.

(٢) أى لأن المستأجر قبض الأجير.

(٣) أى فكان الأجير أمانه فى يد المستأجر.

(٤) أى بعد مدة الإجاره، أما تلفه فى مدة الإجاره لما سمعت أن يده على الأجير يد أمانه، و أما تلفه بعد مدة الإجاره فلأن المستأجر لا- يجب عليه رد العين على مالك على تقدير كونها مملوكه، و إنما الواجب عليه التخليه بين العين و مالكةا، و هذا كله إذا كان الأجير مملوكا، و أما لو كان حرا فبعد انقضاء الإجاره لا يجب على المستأجر رده إلى مالكة لأنه حر فيخلّى سبيله فقط فلو تلف لا يضمن المستأجر.

نعم لو كان الأجير مملوكا و حبسه المستأجر بعد طلب المالك و لم يخل بينه و بين مالكة صار الأجير بمنزله المغصوب فيضمن المستأجر الأجير لو تلف لعدوانه، و لو كان الأجير حرا و قد حبسه المستأجر فلا يضمن إذا كان الحر بالغاً و أما لو كان الحر صغيرا فيضمن كما سيأتى تفصيله فى كتاب الغصب.

(٥) إذا كان الأجير مملوكا.

(٦) مغصوبا أو لا.

(٧) أى و ما على الحر من الثياب تابع للحر فى عدم الصمان، لأن الثياب تحت يد صاحبها الحر، و الحر لا يدخل تحت اليد.

(٨) أى الأجير.

(٩) أى استيفاء المنفعه.

(فعلى المؤجر (١) كالقالب (٢) و الزمام (٣)، و الحزام (٤)، و السرج، و البرذعه (٥)، و رفع المحمل (٦)، و الأحمال (٧)، و شدها، و حطها، و القائد (٨)، و السائق أن شرط مصاحبه (٩)، و المداد فى النسخ (١٠) لتوقف إيفاء المنفعه الواجبه عليه (١١) بالعقد اللازم، فيجب (١٢) من باب المقدمه.

(١) ما يتوقف عليه الانتفاع من العين المستأجره على أقسام، قسم يجب على المالك بغير خلاف كعماره الحيطان و السقوف و عمل الأبواب و مجرى الماء، و قسم يجب على المستأجر بغير إشكال كمن يستأجر بئرا ليتنفع بها بتجميع مياه الأمطار فيها و الاستفادة من هذه المياه فالاستقاء و الدلو و البكره على المستأجر بغير خلاف أيضا.

و قسم ثالث قد اختلف فيه كالخيوط فى الخياطه كمن يستأجر أجيرا ليخيط له هذا الثوب، فخيطان هذه الخياطه هل هى على الأجير أو على المستأجر، و كذا المدار للكتابه و الصبغ للصباعه و نحو ذلك فعن جماعه أنها على الأجير، لأن العمل واجب عليه فتجب عليه مقدماته، و هذه من المقدمات إلا أن تكون هناك عاده قاضيه بالوجوب على المستأجر. و عن العلامه و الشارح أنه مع عدم العاده أو اضطرابها فهذه الأمور على المستأجر، لأن المقصود من عقد الإجاره هو العمل، و أما الأعيان المتوقف عليها العمل غير داخله فى مفهوم الإجاره حتى تجب على الأجير.

و ردّ بأن وجوب هذه الأعيان على الأجير ليس من أجل دخولها فى مفهوم الإجاره، بل من باب المقدمه للفعل الواجب، فهى واجبه على من وجب عليه الفعل و هو الأجير.

(٢) مثل سبب، ما يوضع على ظهر البعير ليصير صالحا للركوب.

(٣) و هو الحبل الذى يقاد به البعير.

(٤) ما يشدّ به القتب و الرحل من تحت ظهر البعير لئلا ينقلب.

(٥) قال فى مصباح المنير: (البرذعه: حلس يجعل تحت الرحل، بالبدال و الذال، و الجمع البراذع، هذا هو الأصل، و فى عرف زماننا هى للحمار ما يركب عليه بمنزله السرج للفرس) انتهى.

(٦) و وضعه على ظهر البعير.

(٧) أى رفعها عن الأرض و جعلها على ظهر الدابه.

(٨) هو الذى يأخذ بقيادها من أمام، و السائق هو الذى يسوقها من خلف.

(٩) أى إن شرط المستأجر على المؤجر مصاحبه السائق أو القائد للدابه.

(١٠) أى نسخ الكتب.

(١١) على ما ذكر من الأمثله.

(١٢) أى يجب ما يتوقف إيفاء المنفعة عليه.

ص: ٤٤٠

و الأقوى الرجوع فيه (١) إلى العرف، فإن انتفى (٢) أو اضطرب فعلى المستأجر لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك (٣) هو المقصود من إجاره العين، أما الأعيان فلا- تدخل في مفهوم الإجاره على وجه يجب اذهابها لأجلها (٤)، إلا في مواضع نادره تثبت على خلاف الأصل كالرضاع، والاستحمام. ومثله (٥) الخيوط للخياطه (٦)، والصيغ للصباغة، والكش (٧) للتليح،(و كذا يجب) على المؤجر (المفتاح في الدار) (٨)، (١) فيما يتوقف استيفاء المنفعه عليه.

(٢) أى العرف و لا عادته فى البين.

(٣) أى العمل.

(٤) أى يجب إذهاب الأعيان لأجل الإجاره، لأنه قد قصد من عقد الإجاره خصوص العمل، و بما أن العمل متوقف على أعيان خارجيه، فالأصل أن تكون على المستأجر إلا فى مواضع فتكون على المؤجر، و هذه المواضع هى الإرضاع و الاستحمام.

أما الأول كمن يستأجر امرأه على إرضاع ولده، فالإجاره قد وقعت على نفس العمل أعنى المراضعه و الإرضاع، و هذا العمل متوقف على عين خارجيه و هى اللبن، و بما أن اللبن داخل فى مفهوم الإرضاع الذى هو مورد للإجاره فيجب اللبن على الأجير لدخوله فى مفهوم الإجاره دون المستأجر.

و أما الثانى كمن يوقع عقد إجاره بينه و بين صاحب الحمام لينتفع بالحمام بالاستحمام فيه، و الاستحمام متوقف على الماء، فالماء داخل هنا فى مفهوم الإجاره فيجب على صاحب الحمام المؤجر دون المستأجر.

(٥) أى مثل ما ذكر من الإرضاع و الاستحمام.

(٦) فهى على الأجير دون المستأجر.

(٧) بالضم و هو الغبار الذى يؤخذ من ذكور النخل ليوضع فى إنائها، ففى هذه الأمور الثلاثه فالخيوط و الصيغ و الكش على الأجير لدخولها فى مفهوم الإجاره بخلاف الباقي فالأعيان المتوقف عليها العمل هى على المستأجر، و إن كان فى الثلاثه الأخيره إشكال واضح لعدم دخول الخيوط و الصيغ و الكش فى مفهوم الإجاره بعد كون العقد قد قصد منه العمل فقط، و العرف غير قاض بكونها على الأجير، و لو جعل العرف هو الحاكم لكان متينا.

(٨) المراد به مفتاح الفلق، و الفلق هو القفل الثابت فى الباب، فكما يجب على المؤجر تسليم الدار، و من توابعها الفلق فيجب عليه تسليم الفلق، و من توابع الفلق مفتاحه فيجب

لأنه (١) تابع للغلق المثبت الذى يدخل فى الإجاره، بل هو (٢) كالجاء منه (٣) و إن كان (٤) منقولا، و من شأن المنقول أن لا يدخل فى إجاره العقار الثابت. و أما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل، لانتفاء التبعية عرفا.

السابعه - فى اختلاف الموجر والمستأجر

(السابعه - لو اختلفا فى عقد الإجاره حلف المنكر) لها (٥)، سواء كان هو المالك أم غيره، لأصاله عدمها.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه (٦)، و إن كان (٧) بعد استيفاء شىء منها (٨)، أو الجميع (٩) الذى يزعم من يدعى وقوع الإجاره أنه (١٠) متعلق العقد و كان المنكر (١١) عليه و هذا بخلاف مفتاح القفل و القفل هو القفل المنقول دون الثابت فلا يجب تسليمه و لا تسليم مفتاحه لانتفاء التبعية بينه و بين الدار لكونه منقولا.

(١) أى المفتاح.

(٢) أى المفتاح.

(٣) من القلق.

(٤) أى المفتاح.

(٥) للإجاره، لو تنازعا فى أصل الإجاره فالقول قول منكرها مع يمينه، كما فى كل منكر، لأصاله عدم وقوعها، سواء كان المنكر هو المالك أم المستأجر، بلا خلاف و لا إشكال.

(٦) بحيث كانت العين تحت يد غير مالكة، و كان لهذا الغير مال تحت يد المالك، فادعى المالك الإجاره و أن هذا المال عوض، و أنكر الآخر و أن تقديم الدار كان تبرعا فترجع الدار إلى مالكة و يرجع المال إلى صاحبه.

(٧) أى النزاع المذكور.

(٨) من المنافع.

(٩) أى جميع المنافع بحيث من يدعى الإجاره يدعيها لسنة، و الدار هى تحت يد الطرف الآخر سنة فلو ثبتت الإجاره لكان المستأجر قد استوفى جميع منفعه منها.

(١٠) أى الجميع الذى استوفاه غير المالك.

(١١) و على هذا التقدير الأخير من كون النزاع بعد استيفاء المنافع أو بعضها فتارة يكون المالك مدعى للإجاره و أخرى يكون المستأجر.

و على الثانى فالمالك منكر فيحلف و تنتفى الإجاره، ثم لو أنكر المالك الاذن فى التصرف فى العين أيضا كما أنكر الإجاره

فيحلف على عدم الاذن و له أجره مثل المنافع المستوفاه

ص: ٤٤٢

المالك، فإن أنكر مع ذلك (١) الإذن فى التصرف و حلف (٢) استحق (٣) أجره المثل (٤)، و إن زادت عن المسمى بزعم الآخر (٥)، و لو كان المتصرف يزعم تعيينها (٦) من العين، و عليه فهذه الأجره أما مساويه للمسمى فى العقد الذى انتفى و إما أزيد و إما أقل.

فإن كانت مساويه فلا كلام، فله تمام أجره المثل، و إن كانت أزيد فإما أن يكون قد قبض المسمى أو لا، فإن قبض المسمى فله حق المطالبة بالزياده، و إن لم يقبض فله حق المطالبة بالمثل بما فيه الزيادة عن المسمى.

و إن كانت أجره المثل أنقص من المسمى فتارة يكون المسمى مقبوضا و أخرى لا يكون مقبوضا، فمع قبض المسمى يجب على المالك رد الزيادة لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد من المسمى عن المثل، لأنه منكر للإجاره، و إن كان لا يجوز لخصمه طلب هذه الزيادة منه، لأن الخصم معترف بكون المالك مستحقا لها، لأنه معترف بالمسمى و أنه للمالك عند دعواه الإجاره.

و مع عدم قبض المسمى فليس للمالك طلب الزيادة، لأنه غير مستحق لها، و إن وجب على الخصم إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعيه.

و أما على الأول من كون المالك مدعيا للإجاره و خصمه المنكر فسيأتى.

(١) مع إنكاره الإجاره.

(٢) أى حلف المالك، و ظاهره أنه عليه حلف واحد، مع أنه قد عرفت لا بدّ من حلفين، واحد لنفى الإجاره و آخر لنفى الاذن فى التصرف، لأنه إذا انتفت الإجاره و ثبت الاذن فى التصرف فلا يستحق أجره المثل، فإثبات أجره المثل متوقف على حلفين منه.

(٣) أى المالك.

(٤) و هذا فى صورته مساواه المثل للمسمى.

(٥) متعلق بقوله (المسمى) و هذه هى الصوره الثانيه، و كلامه يشمل الصوره الثالثه أيضا مع أنك قد عرفت أنه فى الثالثه لا يستحق من أجره المثل إلا بمقدار المسمى.

(٦) أى تعيين أجره المسمى، بحيث يدعى الإجاره و يدعى أن أجرتها معينه، و ما تقدم كان فى دعواه الأجره على نحو كلى فى الذمه.

و عليه فأجره المسمى إما أن تكون من النقد الغالب أو لا، و على الأول يجب على المالك أخذ المسمى المتعين فى النقد الغالب على التفصيل المتقدم، بحيث لو ساوى المسمى أجره المثل فهو، و إن نقص المسمى عن المثل فيجب أخذ المسمى و على المتصرف الزيادة حتى يساوى المثل، و إن زاد المسمى فيجب على المالك رد الزيادة و إن لم يجز للمتصرف طلبها هذا كله إذا كانت مقبوضه، و مع عدم القبض لا يجوز للمالك طلب الزيادة عن المثل من

فى مال مخلص و كان (١) من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن أجره المثل فإن ساواها (٢) أخذه، و إن نقص (٣) وجب على المتصرف الإكمال، و إن زاد (٤) صار الباقي مجهول المالك (٥)، لزعم المتصرف استحقاق المالك و هو (٦) ينكر، و إن كان (٧) مغايرا له، و لم يرض المالك به (٨) وجب عليه (٩) الدفع من الغالب، و بقى ذلك (١٠) بأجمعه مجهولا، و يضمن العين (١١) بانكار الإذن (١٢)، و لو اعترف به (١٣) فلا ضمان.

و إن كان المنكر المتصرف (١٤) المسمى و لا بد للمتصرف من إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعية.

و على الثانى سياآتى بحته.

(١) أى المال المخلص.

(٢) أى ساوى المتعين لأجره المثل.

(٣) أى نقص المتعين عن أجره المثل.

(٤) أى زاد المتعين عن أجره المثل.

(٥) فما زاد من المتعين لا يجوز للمالك قبضه لا يعترفه بعدم استحقاقه لكونه منكرا للإجاره، و يجب على المتصرف دفعه لاعترافه بكونه للمالك لأن المتصرف يدعى الإجاره و أن المتعين أجرتها، فمن هنا صار الزائد مجهول المالك.

(٦) أى المالك ينكر استحقاقه للزائد بإنكاره لأصل الإجاره.

(٧) أى كان المسمى المتعين فى مال مخلص بحسب زعم المتصرف مغايرا للنقد الغالب و هو الشق الثانى المتقدم، فعلى المتصرف الدفع من الغالب بمقدار أجره المثل، و يبقى المسمى المتعين مجهولا لأن المتصرف معترف بكونه للمالك فيخرج عنه، و لا يجوز للمالك قبضه لأنه معترف بعدم استحقاقه له.

(٨) بالمعين بدلا عن أجره المثل.

(٩) أى على المتصرف أن يدفع من الغالب بمقدار أجره المثل.

(١٠) أى المتعين.

(١١) أى يضمن المتصرف العين لأن المالك منكر للإجاره و منكر للاذن، فيد المتصرف على العين يد عدوان و ضمان، نعم لو اعترف المالك بالاذن و إن أنكر الإجاره فلا ضمان.

(١٢) من قبل المالك.

(١٣) أى لو اعترف المالك بالاذن فلا ضمان على المتصرف.

(١٤) هذا هو الشق الأول من كون النزاع بين المالك و خصمه بعد استيفاء المنافع، و هو ما لو

ص: ٤٤٤

و حلف وجب عليه (١) أجره المثل، فإن كانت (٢) أزيد من المسمى بزعم المالك (٣) لم يكن له (٤) المطالبة به إن كان دفعه، لاعترافه باستحقاق المالك له و وجب عليه دفعه (٥) إن لم يكن دفعه، و ليس للمالك قبضه (٦) لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى، و إن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه (٧)، و سقط (٨) ان لم يكن، و العين ليست مضمونه عليه (٩) هنا (١٠)، لاعتراف المالك بكونها أمانه بالإجاره.

كان المالك مدعيا للإجاره و المتصرف منكرا، فيحلف المتصرف و تنتفى الإجاره إلا أنه على المتصرف أجره المثل عن المنافع المستوفاه من العين، لأن المالك لم يقدمها بنيه التبرع، بل فى قبال أجره المسمى و لم تسلم له. ثم إن أجره المثل إما أن تكون مساويه للمسمى فى العقد و إما أزيد و إما أقل، و على الأول لا كلام فى أن تمام أجره المثل للمالك، و على الثانى بأن كانت أجره المثل أزيد فلا- يخلو الأمر إما أن يكون المسمى قد قبضه المالك أولا، فمع قبضه يجب على المتصرف دفع الزائد من المثل عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك الأجره المثل بالغما ما بلغت، لأنه منكر للإجاره، و مع عدم القبض فيجب على المتصرف دفع المثل بما فيه الزيادة عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك لتمام المثل، إلا أن المالك لا يجوز له طلب الزيادة، لأنه معترف بعدم استحقاقه إلا بمقدار المسمى.

و على الثالث بأن كانت أجره المثل أنقص، فإن كانت أجره المسمى مقبوضه من المالك فيجب على المالك، الزيادة من المسمى، لثبوت بطلان الإجاره ظاهرا بسبب حلف المتصرف، و إن كان المسمى غير مقبوض من المالك فلا- يجب على المتصرف الدفع إلا بمقدار المثل لبطلان الإجاره ظاهرا فلا مسمى و لا يثبت على المتصرف إلا أجره مثل المنافع المستوفاه.

(١)على المتصرف.

(٢)أى أجره المثل.

(٣)متعلق بقوله (المسمى).

(٤)أى المتصرف فلا يجوز له المطالبة بالزائد إن كان قد دفع الزائد.

(٥)أى و وجب على المتصرف دفع الزائد إن لم يكن قد دفعه.

(٦)أى قبض الزائد، لأن المالك معترف بأنه لا يستحق أزيد من المسمى.

(٧)أى على تقدير قبض المالك للمسمى.

(٨)أى و سقط الزائد عن المتصرف فلا يدفع إلا بمقدار المسمى لاعتراف المالك بعدم استحقاقه للزائد عن المسمى لدعواه الإجاره.

(٩)أى على المتصرف لاعتراف المالك بكون العين أمانه بالإجاره.

(١٠) فيما لو ادعى المالك الإجاره و قد أنكرها المتصرف.

ص: ٤٤٥

(و لو اختلفا فى قدر الشىء المستأجر) (١) بفتح الجيم و هو العين المستأجره، بأن قال: آجرتك البيت (٢) بمائه، فقال: بل الدار أجمع بها (٣)(حلف النافى)، لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عما اتفقا عليه. وقيل: يتحالفان و تبطل الإجاره، لأن كلا منهما مدع و منكر،(و فى ردّ العين (٤) حلف المالك)، لأصالة عدمه، و المستأجر قبض لمصلحه نفسه فلا يقبل قوله فيه (٥) مع مخالفته للأصل.

(و فى هلا-ك (٦) المتاع المستأجر عليه حلف الأجير)، لأنه أمين، و لإمكان (١)فقال المستأجر: آجرتنى الدار بمائه، فقال المالك: بل آجرتك نصفه أو الجانب الفلانى منه أو الغرفه الفلانيه منه بمائه، فالقول قول منكر الزياده، و هو المالك غالبا، لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عما اتفقا عليه.

و قال الشارح فى المسالك: و ربما قيل بالتحالف، و قال فى الجواهر: و احتمال التحالف لأن كلا منهما مدع و منكر ضعيف، لأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شىء فى مورد العقد، كأن يقول المستأجر: الإجاره على البيت بمائه، فيقول المالك: بل الإجاره على البستان بمائه، و أما فى مسألتنا فقد اتفقا على شىء أنه مورد العقد و اختلفا فى الزائد فيقدم قول المنكر.

(٢)البيت هو غرف الدار، و الدار هو البيت مع الساحه.

(٣)بالمائه.

(٤)بأن قال المستأجر: رددت العين، فأنكر المالك، حلف المالك لأنه منكر بحسب ظاهر قوله، و لأصالة عدم الرد.

قد قبل قول الودعى فى رد الوديعة فليقبل قول المستأجر هنا فى الرد.

قبول قول الودعى هناك للنص بكونه أمينا، و لأنه قبض لمصلحه المودع، بخلاف المستأجر فقد قبض لمصلحه نفسه.

(٥)أى لا يقبل قول المستأجر فى الرد.

(٦)لو ادعى الصانع هلا-ك المتاع عنده من غير تفريط و لا تعدى، و أنكر المالك. فالمشهور أن الصانع يكلف بالبينه، و مع عدمها يحلف المالك و يضمّن الصانع، للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل جَمَالَ استكرى منه إبلا، و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه؟ فقال: إن شاء أخذ الزيت - إلى أن قال - و لكن لا يصدق إلا بينه عادله)(١) و مثله غيره و قيل يقدم

ص: ٢٤٦

صدقه فيه (١)، فلو لم يقبل قوله فيه (٢) لزم تخليده في الحبس (٣)، ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفى كالسرق (٤).

(و في كيفية الاذن) في الفعل (كالقباء، و القميص) (٥) بأن قطعه الخياط قباء فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصا (حلف المالك)، لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله، و الأصل عدم ما يدعيه الخياط من الاذن، و لقبول قول المالك قول الصانع مع يمينه كما عليه جماعه منهم الشيخ و ابن إدريس و العلامة، بل في السرائر أنه الأظهر في المذهب و عليه العمل للأخبار.

منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الصباغ و القصار فقال: ليس يضمنان) (١)، و خبر بكر بن حبيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبهه إلى القصار فذهبت بزعمه، فقال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء) ٢ و مثلها غيرها من الأخبار، و قد ادعى الشيخ إجماع الفرقه و أخبارهم على هذا القول.

(١) في الهلاك فيصدق لأنه أمين.

(٢) في الهلاك.

(٣) لأنه لو لم يقبل قوله فيه، و قبل قول خصمه للمكلف بالرد، و لو كان تالفا واقعا لاستحال عليه الرد، و لو استحال لكان غير مؤد لحقوق الناس فيجب حبسه، و بما أنه يستحيل الرد مطلقا فيلزم تخليده في السجن.

(٤) خلافا للشافعي حيث فرق بينهما، ففي الظاهر كلفه بالبينة، و في الخفى اكتفى منه باليمين.

(٥) فلو قطع الخياط الثوب قباء مدعى الاذن من المالك، فقال المالك لم آمرك بذلك، و إنما أمرتك بقطعه قميصا.

ف قيل: القول قول المالك مع يمينه على المشهور، لأن قول المالك مقدم في أصل الاذن عند وقوع الخلاف فكذا يقدم في صنعه الاذن عند الاختلاف، و لأن الخياط يدعى التصرف المسقط للضمان بالاذن على الوجه القبائي، و المالك ينكر ذلك.

و قيل: و هو للشيخ في الخلاف و وكاله المبسوط يقدم قول الخياط، لأن المالك بدعواه يدعى على الخياط الأرش، و الخياط بنكر، و الأصل عدم الأرش.

ص: ٤٤٧

فى أصل الاذن، و كذا فى صفته، لأن مرجع هذا النزاع إلى الاذن على وجه مخصوص.

و قيل: يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الارش، و الأصل عدمه (١).

و على المختار (٢) إذا حلف المالك يثبت على الخياط ارش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا و قباء و لا أجره له على عمله، و ليس له فتقه (٣) ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك، إذ لا عين له (٤) ينزعها، و العمل ليس بعين و قد صدر عدوانا ظاهرا.

و لو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب.

(١) عدم الأرش.

(٢) من تقديم قول المالك مع يمينه، فإذا حلف المالك فلا أجره للخياط على عمله، لأنه عمل من غير إذن المالك، و على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا و بين كونه مقطوعا قباء، لأنه مأذون بالقطع القميصي، و ما زاد عنه إلى القطع القبائي لا إذن فيه فيتحمل أرشه.

(٣) أى و ليس للأجير فتق الثوب القبائي لو أراد رفع ما أحدثه من العمل، و هو القبائي إذا كانت الخيوط من المالك، إذ ليس للخياط عين يمكن انتزاعها و لا يمكن انتزاع العمل لأنه ليس بعين، فهو كما لو نقل متاع الغير من مكان إلى آخر عدوانا فليس له رده إلى محله الأول إلا بطلب من المالك.

و لو كان الخيوط من الأجير ففيه وجهان:

الأول: جواز أخذها، لأنها عين ماله و هى باقية و الناس مسلطون على أموالهم، و عدوانه لا يسقط حرمة ماله.

الثانى: لا يجوز الأخذ، لأن الأخذ يستلزم التصرف فى مال الغير، و لأن الخياط يدعى أن الخيوط ملك للمالك تبعا للعمل القبائي الذى يدعيه الخياط، و يدعى أن المالك قد ظلمه بالإتكار.

وفيه: إن نزع الخيوط و إن استلزم تصرفا فى مال الغير، فإن أحدث نقصا فى العين فيجبر بالأرش، و أما دعوى الخياط أن الخيوط للمالك تبعا للعمل القبائي فهو يدعى ذلك بعقد و قد انفسخ ظاهرا بحلف المالك.

(٤) للأجير.

و وجه المنع (١) استلزامه التصرف فى مال الغير، و لو طلب المالك أن يشد فى طرف كل خيط منها (٢) خيطا لتصير خيوطه (٣) فى موضع خيوط الخياط إذا سلها (٤) لم يجب اجابته، لأنه (٥) تصرف فى مال الغير يتوقف على إذنه (٦)، كما لا يجب عليه (٧) القبول لو بذل له المالك قيمه الخيوط (٨).

(و فى قدر الأجره حلف المستأجر) (٩)، لأصالة عدم الزائد، و قيل: يتحالفان كما لو اختلفا فى قدر المستأجر، لأن كلا منهما مدع و منكر. و هو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، و مقدار العين، و المده، و إنما تخالفا على القدر الزائد عما يتفقان عليه فيحلف منكره.

(١) أى منع نزع الخيوط.

(٢) من خيوط الخياط.

(٣) أى خيوط المالك.

(٤) أى سلها الخياط.

(٥) أى شد خيط المالك بخيط الخياط.

(٦) أى أذن الغير و هو الخياط هنا.

(٧) على الخياط.

(٨) لأن الناس مسلطون على أموالهم فلا يجبرون على البيع.

(٩) لو قال المستأجر: الأجره خمسون، فقال المالك: إنها مائه، قدم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكر للزيادة بعد أصالة عدم وقوع الزيادة.

و قيل: بالتحالف، و لم يعلم قائله، و وجهه أن كلا منهما مدع و منكر، و هو ضعيف، لأن مورد التحالف ما لو لم يتفقا على شىء من الأجره، و هنا قد اتفقا على قدر معين و اختلفا فى الزائد فيقدم قول منكره و به تم بحث الإجاره، و لله الحمد أولا و آخرا.

فى تعريف الوكالة و الفاضلها

«الوكالة» (١) بفتح الواو و كسرهما (و هى استنابه فى التصرف) بالذات (٢)، لثلا- يرد الاستنابه فى نحو القراض، و المزارعه، و المساقاه، و خرج بقيد الاستنابه الوصيه بالتصرف، فإنها إحداث ولايه، لا استنابه، و بالتصرف الوديعه، فإنها استنابه فى الحفظ خاصه، و تفتقر إلى إيجاب و قبول (٣)، لأنها من جمله العقود و إن كانت جائزه.

(١) قال فى مصباح المنير: (وكلته توكيلا- فتوكل قبل الوكالة، و هى بفتح الواو، و الكسر لغه) انتهى، و هى لغه التفويض، و قد عرفت شرعا بأنها (الاستنابه فى التصرف)، فالاستنابه بمنزله الجنس يشمل الأمانات المالكيه كالوديعه و العاريه و القراض و نحوها مما فيها قبض بإذن المالك. نعم بقيد (الاستنابه) تخرج الوصيه، فالوصيه بالتصرف إحداث ولايه على العين لا استنابه عن المالك بالتصرف.

و بقيد (فى التصرف) تخرج الوديعه، فهى استنابه فى الحفظ خاصه، و مع هذا تبقى المزارعه و المساقاه و القراض مندرجه فى التعريف، و يمكن إخراجها بزياده قيد (بالذات على التعريف، لأن الاستنابه فى التصرف فى هذه المذكورات ضمنيه، لأن المقصود بالذات منها هو العمل زرعاً أو مسقياً سقياً أو ربها.

و يبقى إشكال و هو أن المتبادر من التعريف المتقدم خصوص الاستنابه فى التصرف الفعلى دون القولى، مع أن الوكالة تصح فى الأفعال و الأقوال، و لذا ذهب بعضهم إلى تعريفها بأنها (عقد يفيد نيابه الغير فى شىء).

(٢) قيد لإخراج القراض و المزارعه و المساقاه.

(٣) لما كانت الوكالة معامله بين شخصين فهى عقد مؤلف من إيجاب و قبول.

و إيجابها (١) و كلتك، أو استنبتك،) أو ما شاكله من الألفاظ الداله على الاستنابه فى التصرف، و إن لم تكن على نهج الألفاظ المعبره فى العقود (٢)،(أو الاستيجاب و الإيجاب (٣) كقوله: و كلنى فى كذا، فيقول: و كلتك،(أو الأمر) (١) لما كانت الوكالة من العقود الجائزه كما سيأتى فيصح إيقاع إيجابها و قبولها بكل لفظ دال عليهما، و لا تخصيص للألفاظ الصريحه كما هو مبنى القوم فى العقود الجائزه.

بل و لا- تشترط الماضويه فى الإيجاب لخبر عروه البارقى عند ما قال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم (اشتر لنا شاه بدينار فذهب و اشترى شاتين بدينار)(١) و هو دال على إنشاء الإيجاب بالأمر بالتصرف، و دال على تحقق القبول بالرضا الفعلى لا القولى، و لذا توسعوا فى عقد الوكالة بالخصوص ما لم يتوسعوا فى غيره من العقود الجائزه، فذهبوا إلى أن الإيجاب يتحقق بالماضى كقوله: و كلتك، و بالأمر (كن و كيلى أو اشتر لى كذا و كذا)، بل لو قال الموكل:

نعم عقيب الاستفهام التقريرى من الوكيل: كوكلتنى فى كذا فقال الموكل نعم: لكفى فى الإيجاب.

و ذهبوا إلى أن القبول يتحقق باللفظ الماضى (قبلت)، و بكل لفظ يدل على الرضا بالإيجاب و إن لم يكن ماضويا، و بالفعل الدال على الرضا بالإيجاب، و قال العلامة فى التذكرة: (و الأصل فى ذلك أن الذين و كلهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم لم ينقل عنهم سوى امثال أمره) انتهى، فضلا عن دلالة خبر عروه البارقى المتقدم عليه، و هذا كله مما لا- خلاف فيه كما فى الرياض.

و لكن قد عرفت أكثر من مره كفايه كل ما عليه العرف فى إنشاء الإيجاب و القبول و لو كان العقد لازما، و لذا يصح الإنشاء بالماضى و بالأمر و بالجملة الاسميه، و بالقول المجاز و بالفعل، و لا خصوصيه للوكاله فى هذا.

ثم لا- إشكال و لا كلام فى مشروعيه الوكاله، و لعلها من ضروريات الدين كما فى الجواهر، و يدل عليه فضلا عن النصوص الكثيره قوله تعالى: فَابْتَئُوا أَحَدَكُمْ بَورِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفَ (٢).

(٢) أى و إن لم تكن بصيغ الماضى.

(٣) أى يكفى الاستيجاب من الوكيل و الإيجاب من الموكل، بمعنى تأخر الإيجاب و الاكتفاء عن القبول بالاستيجاب كقوله: و كلنى فى كذا فقال: و كلتك.

ص: ٤٥٤

١- (١) المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٤٥.

٢- (٢) سورة الكهف، الآية: ٢٠.

(بالبيع، و الشراء (١) كما دل عليه قول النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم لعروه البارقي: اشتر لنا شاه.

(و قبولها قولى) كقبلت، و رضيت، و ما أشبهه (٢)، (و فعلى) كفعله (٣) ما أمره بفعله، (و لا يشترط فيه) أى فى القبول (الفوريه) (٤) بل يجوز تراخيه عن الإيجاب و إن طالت المده (٥)، (فإن الغائب يوكل) و القبول (٦) متأخر، و كأن جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلذا جعله شاهدا على الجواز، و إلا (٧) فهو فرع المدعى.

فى شرط التنجيز

(و يشترط فيها التنجيز (٨) فلو علقت على شرط متوقع (٩) كقدوم المسافر، أو صفه مترقبه (١٠) كطلوع الشمس لم يصح (١١).

و فى صحه (١٢) (١) أى يكفى فى الإيجاب الأمر بالفعل الذى يريد أن يوكله فيه.

(٢) من الألفاظ الداله على الرضا بالإيجاب و إن لم تكن بالماضى.

(٣) أى كفعل الوكيل ما أمره الموكل بفعله.

(٤) فلو صدر الإيجاب من الموكل و بعد سنه قبل الوكيل صح عقد الوكالة، و عن تذكره العلامة أنه إجماعى، و استدل بعضهم عليه بجواز توكيل الغائب، و لا بدّ أن يتأخر قبوله لأنه غائب عن بلد الموكل.

و ردّ بأنه مستلزم للدور، لأن جواز توكيل الغائب فرع تراخى القبول عن الإيجاب، فلو كان تراخى القبول متوقفا على جواز توكيل الغائب للزم الدور.

و أجب بأننا نستدل على جواز التراخى فى مطلق القبول بالإجماع، و الدليل على صحه وقوع الإجماع إجماعهم على صحه توكيل الغائب إذ لا خصوصيه فى قبول الغائب.

(٥) إلى سنه.

(٦) الواو حالیه.

(٧) و إن لم يجعله شاهدا بل دليلا للزم منه الدور.

(٨) شرط الوكالة أن تقع منجزه بلا خلاف فيه، فلو علّقها على شرط لبطلت، لأن التعليق مناف للجزم فى إرادته المعنى من اللفظ عند الإنشاء، مع أنه يشترط فى العقود الجزم الفعلى للمعنى حتى يتحقق الإنشاء.

(٩) و هو ما يمكن وقوعه و عدمه.

(١٠) و هى ما كان وجودها فى المستقبل محققا.

(١١) أى التعليق فتبطل الوكالة.

(١٢) قد تقدم بطلان الوكالة لو علقت على شرط متوقع أو صفه مترقبه، فإذا تصرف الوكيل

ص: ٤٥٥

التصرف بعد حصول الشرط (١)، أو الصفه (٢) بالإذن الضمنى قولان منشأهما:

كون الفاسد (٣) بمثل ذلك (٤) إنما هو العقد، أما الإذن الذى هو مجرد إباحه تصرف فلا (٥)، كما لو شرط فى الوكالة عوضا مجهولا فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه ففسد الوكالة، دون الإذن و لأن الوكالة (٦) أخص من مطلق الإذن، و عدم الأخص (٧) أعم (٨) من عدم الأعم (٩)، و أن الوكالة (١٠) ليست أمرا بعد فساد العقد، فهل يصح تصرفه كما عن علامه فى التذكرة، لأن فساد العقد لا يوجب فساد الاذن الضمنى للتصرف، إذ الاذن بالتصرف أعم من العقد، و بطلان الخاص لا يدل على بطلان العام، و لذا لو قال: بع كذا بعوض مجهول على أن لك العشر من ثمنه، تبطل الوكالة و لكن إذا باع صح الشرط لوجود الاذن فى البين. أو لا يصح تصرفه، لأن الاذن و إن كان أعم من الوكالة، إلا أن الاذن الضمنى بالتصرف ليس بأعم بل هو مساو، فانتفاء الوكالة انتفاء للاذن حينئذ.

و أما ما استدل به من التنظير ليس فى محله، لأن الجعل المشروط بأن له العشر من ثمنه ليس جزءا من الوكالة، و إنما هو شرط زائد عليها، لصحه الوكالة بدون هذا الشرط.

و إذا تقرر ذلك فبطلان الوكالة فى العوض المجهول مستلزم لبطلان الاذن الضمنى فيها، و يبقى الجعل على حاله و من ضمنه الاذن الحاصل فيه، فلو باع بعد بطلان الوكالة كان له العشر من الثمن لوجود الاذن فى الجعل.

(١) أى الشرط المتوقع.

(٢) أى الصفه المتوقعه و معها تبطل الوكالة فهل يصح التصرف من الوكيل بالاذن الضمنى حينئذ.

(٣) دليل الصحه.

(٤) أى بمثل الشرط و الصفه عند ما علق الوكالة عليهما.

(٥) لكون الاذن أعم من العقد.

(٦) دليل ثان للصحه إلا أنه راجع للأول فلا تغفل.

(٧) تتمه للدليل الثانى، و المراد من عدم الأخص هو عدم الوكالة و بطلانها.

(٨) أى لا يلزم.

(٩) أى عدم الاذن، فلا يكون بطلان الوكالة الذى هو عدم الأخص مستلزما لعدم الاذن الذى هو عدم الأعم، لاحتمال بطلان الوكالة مع بقاء الاذن.

(١٠) دليل عدم الصحه.

زائداً على الإذن (١)، و ما يزيد عنه (٢) من مثل الجعل أمر زائد عليها (٣)، لصحتها بدونها (٤)، فلا يعقل فسادها مع صحته (٥).

فى تعليق التصرف

(و يصح تعليق التصرف (٦) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: وكلتك فى كذا، و لا تتصرف إلا بعد شهر. لأنه (٧) بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها (٨) الجامع (٩) لشرائطها (١٠) التى من جملتها (١١) التنجيز و إن كان (١٢) فى معنى التعليق (١٣)، لأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط فلا تقع بدونها (١٤)، و إن أفاد فائدتها (١٥).

(١) أى الاذن الضمنى فيها، بل هما متساويان.

(٢) أى ما يزيد عن الاذن الضمنى، و فى هذا رد على التنظير المتقدم.

(٣) على الوكالة.

(٤) أى لصحة الوكالة بدون الجعل، و هذا تعليل لزياده الجعل على الوكالة.

(٥) أى لا يعقل فساد الوكالة مع صحة الاذن الضمنى فيها.

(٦) كأن يقول: وكلتك فى كذا، و لا تتصرف إلا بعد شهر مثلاً، فالوكالة منجزه غير معلقه، و إن كان التصرف فيها معلقاً، و مع تنجز الوكالة فلا بد من صحة عقدها، و التصرف الذى علق هو شرط زائد على أصل الوكالة المنجزه، و له حق الشرط حتى لو كان الشرط هو تعليق التصرف بعد صحة الوكالة، و هذا مما لا خلاف فيه.

(٧) أى تعليق التصرف.

(٨) أصل الوكالة.

(٩) صفه للأصل.

(١٠) أى شرائط الوكالة الصحيحه.

(١١) أى من جمله الشرائط.

(١٢) أى تعليق التصرف.

(١٣) أى تعليق الوكالة، و المعنى أن تنجز الوكالة و تعليق التصرف و إن كان فى معنى تعليق الوكالة إلا- أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطة بهذه الضوابط التى من جملتها عدم تعليق العقود، و تبطل إذا تجردت عنها، و إن أفاد العقد الفاقد للضوابط فائده العقد المشتمل عليها.

(١٤) أى فلا تقع العقود بدون هذه الضوابط.

(١٥) أى و إن أفاد المجرد عن الضوابط فائده العقود المنوطه بهذه الضوابط.

ص: ٤٥٧

(و هى جائزه من الطرفين (١) فلكل منهما إبطالها فى حضور الآخر و غيبته. لكن (٢) (١) بلا- خلاف فى للأخبار التى سيأتى بعضها فى عزل الموكل و كيله.

(٢) الكلام فى موردين لو عزل الموكل الوكيل فلا خلاف و لا إشكال فى بطلان الوكالة إذا كان الوكيل حاضرا، و إنما الكلام فى الوكيل الغائب، فهل يحكم ببطلان الوكالة مع علم الوكيل بالعزل خاصة فلو تصرف قبل الإعلام نفذ على الموكل كما هو المشهور، أو يحكم بالعزل بعد إعلامه إن أمكن و إلا فمع الإشهاد كما عن الشيخ فى النهاية و أبى الصلاح و ابنى البراج و حمزه و الحلّى، أم يحكم بالعزل مطلقا أعلمه أو لا و أشهد أو لا كما عن العلامة فى القواعد، أقوال ثلاثة.

استدل للأول بالأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل و كلّ آخر على وكالة فى أمر من الأمور، و أشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا إنى قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال عليه السلام: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذى و كلّ فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى.

قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه، قال عليه السلام: نعم.

قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء، قال عليه السلام: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه، أو يشافهه بالعزل عن الوكالة (١).

و صحيح معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (من و كلّ رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج كما أعلمه بالدخول منها) (٢) و مثلها غيرها.

و القول الثانى قد استدل عليه ابن زهره بالإجماع فى الغنيه و لا دليل سواه، و النصوص المتقدمة حجه عليه، و هو اجتهد فى قبال النص.

و القول الثالث كما عن العلامة فى القواعد، فقد قيل أن به روايه تدل على مدعاه، و فيه إنه لو سلم بذلك لكانت روايه مرسله لا تقاوم هذه النصوص المتقدمة، و استدل له بأن الوكالة عقد جائز و من حق الموكل أن يفسخ على جميع الأحوال، و فيه: إنه مع النص لا

ص: ٤٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوكالة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوكالة حديث ١.

إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا (١)، (و لو عزله الموكل (٢) (اشترط علمه) بالعزل (٣) فلا ينعزل بدونه في أصح الأقوال.

و المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره، و إن كان عدلا واحدا (٤)، لصحيحه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام، و لا- عبره بخبر غيره (٥) و إن تعدد، ما لم يحصل به (٦) العلم (٧)، أو الظن المتأخّر له (٨)، (و لا- يكفي) في انعزاله (الإشهاد) (٩) من الموكل على عزله على الأقوى، للخبر السابق، خلافا للشيخ و جماعه.

(و) حيث كانت جائزته (تبطل بالموت (١٠)، و الجنون، و الإغماء (١١) من كل واحد منهما، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، و سواء أطبق الجنون أم كان أدوارا، و سواء علم الموكل بعروض المبتطل أم لم يعلم، (و بالحجر على الموكل فيما) يمكن الالتزام فيه بل لا بدّ من تقييده بمضمون الأخبار.

لو عزل الوكيل نفسه في حضور الموكل أو غيبته ينعزل و تبطل الوكالة، لأن الوكالة لما ثبتت أنها جائزته من طرف الموكل كما هو مضمون الأخبار المتقدمة فهي جائزته من طرف الوكيل أيضا لعدم القائل بالفصل.

(١) مع حضور الموكل و غيابه.

(٢) ففي حضور الوكيل تبطل بلا خلاف.

(٣) على المشهور، و هذا في غياب الوكيل.

(٤) لصحيح هشام بن سالم المتقدم، فإنه قد صرح بكونه ثقة واحدا.

(٥) أي غير العدل.

(٦) بخبر الغير.

(٧) و حجيته ذاتيه.

(٨) للعلم، و هو الاطمئنان و هو العلم العادي، و حجيته عرفيه.

(٩) كما عن الشيخ و جماعه إذا لم يمكن إعلامه بالعزل.

(١٠) بموت كل منهما، بلا- خلاف فيه، أما في موت الوكيل، لأن الاذن من الموكل مختص بالوكيل فلا يعم وارثه حتى ينتقل إليه، و أما في موت الموكل، لأن العين الموكل بها قد انتقلت إلى الورثه، و معه يعتبر إذنهم لا إذن مورثهم.

(١١) الجنون و الإغماء أدواريا أو مطبقا في كل من الوكيل و الموكل بلا خلاف فيه، و عليه الإجماع كما عن جماعه.

(وَكُلِّ فِيهِ (١) بِالسَّفْهِ، وَ الْفَلْسِ، لِأَن مَنَعَهُ مِنْ مَبَاشَرَةِ الْفِعْلِ يَقْتَضِي مَنَعَهُ مِنَ التَّوَكُّلِ فِيهِ.

و فِي حَكْمِ الْحَجَرِ طَرَوْ الرِّقَّ عَلَى الْمَوْكَلِ (٢) بِأَن كَانَ حَرَبِيًّا فَاسْتَرْقَ، وَ لَوْ كَانَ وَكَيْلًا (٣) أَصْبَحَ بِمَنْزِلِهِ تَوْكِيلَ عَبْدٍ غَيْرِهِ.

(و لَا تَبْطُلُ بِالنُّومِ وَ لَوْ تَطَاوَلَ (٤)، لِبَقَاءِ أَهْلِيهِ التَّصَرُّفِ (مَا لَمْ يُوَدَّ إِلَى الْإِغْمَاءِ) فَتَبْطُلُ مِنْ حَيْثُ الْإِغْمَاءُ، لَا مِنْ حَيْثُ النَّوْمُ. وَ مِثْلُهُ السَّكْرُ (٥)، إِلَّا- أَن يَشْتَرَطَ عَدَالَتُهُ كَوَكِيلِ الْوَكِيلِ وَ الْوَلِيِّ (و تَبْطُلُ بِفِعْلِ الْمَوْكَلِ مَا تَعَلَّقَتْ بِهِ الْوَكَالَةُ (٦) كَمَا لَوْ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ثُمَّ بَاعَهُ. وَ فِي حَكْمِهِ (٧) فَعَلُهُ مَا يَنَافِيهَا كَعَتَقِهِ.

(و إِطْلَاقُ الْوَكَالَةِ فِي الْبَيْعِ يَقْتَضِي الْبَيْعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ (٨)، إِلَّا بِنَقْصَانِ (١) لِأَنَّهُ بِالْحَجَرِ يَمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَ الْوَكَالَةُ تَصَرُّفٌ بِالْعَيْنِ بِالنِّيَابَةِ، فَكَمَا يَمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِالْأَصَالَةِ فَمِنْ بَابِ أَوْلَى يَمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِالْإِسْتِنَابَةِ.

(٢) فَإِنَّهُ يَصِيرُ عَبْدًا، وَ كُلُّ فِعْلٍ مِنْهُ سِوَاءِ كَانَ بِمَالِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ مُحْتَاجٌ إِلَى إِذْنِ مَوْلَاهُ.

(٣) بِأَن طَرَأَ عَلَيْهِ الرِّقُّ فَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَبْدًا لِلْغَيْرِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ.

(٤) لِأَصَالَةِ الصَّحَةِ فِي الْعُقُودِ، وَ لِمَعْلُومِيَةِ عَدَمِ مَعَامَلَةِ الشَّارِعِ لِلنُّوْمِ مَعَامَلَةَ الْجُنُونِ.

(٥) أَيْ وَ مِثْلُ النَّوْمِ السَّكْرُ، لِأَصَالَةِ الصَّحَةِ وَ لِعَدَمِ مَعَامَلَةِ السَّكْرَانِ مَعَامَلَةَ الْمَجْنُونِ شَرْعًا، إِلَّا إِذَا اقْتَضَى السَّكْرُ فَسْقًا، وَ ذَلِكَ عِنْدَ السَّكْرِ الْإِخْتِيَارِي وَ قَدْ اشْتَرَطَ فِي الْوَكِيلِ الْعَدَالَةَ كَوَكِيلِ الْوَكِيلِ وَ وَكِيلِ وَلِيِّ الْيَتِيمِ.

(٦) كَمَا لَوْ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ثُمَّ بَاعَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ فَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ لَارْتِفَاعِ مَوْضُوعِهَا، وَ كَذَا تَبْطُلُ بِتَلْفِ مَوْضُوعِهَا كَمَا لَوْ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، أَوْ وَكَلَهُ بِشَرَاءِ عَبْدٍ بِهَذَا الدِّينَارِ فَتَلَفَ الدِّينَارُ.

(٧) أَيْ حَكْمُ فِعْلٍ مَا تَعَلَّقَتْ بِهِ الْوَكَالَةُ فَعَلٍ مَا يَنَافِيهَا.

(٨) لَوْ وَكَلَهُ فِي بَيْعِ مَتَاعٍ وَ لَمْ يَعْينْ ثَمَنًا، فَيَحْمِلُ الْإِطْلَاقُ عَلَى الْبَيْعِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ، لِأَن ثَمْنَ الْمِثْلِ هُوَ الْمُتَعَارَفُ، وَ الْإِطْلَاقُ مُحْمُولٌ عَلَى الْمُتَعَارَفِ.

وَ قَدْ اسْتَشْنَى الشَّارِحُ فِي الْمَسَالِكِ وَ هُنَا مَوْضِعَيْنِ.

الأول: النقصان عن ثمن المثل بالشئ اليسير الذي يتسامح الناس بمثله و لا يناقشون به كدرهم و درهمين في الألف، و وجهه أن هذا النقصان متعارف أيضا فيحمل الإطلاق عليه.

الثاني: حمل الإطلاق على المتعارف من ثمن المثل عند عدم وجود باذل للأزيد، و إلا لو

عنه (١) يتسامح بمثله (٢) عاده كدرهم فى مائه، و إلا مع وجود باذل لأزيد منه (٣)، فلا- يجوز الاقتصار عليه (٤) حتى لو باع بخيار لنفسه (٥) فوجد فى مده الخيار باذلا للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له (٦)، إلا أن يعين له قدرا (٧) فلا يجب (٨) تحصيل الزائد، و إن بذل (٩)(حالا) (١٠) فلا يجوز بالمؤجل مطلقا (١١)(بنقد البلد) (١٢)، فإن اتحد (١٣) تعين، و إن تعدد باع بالأغلب (١٤)، فإن تساوت النقود وجد باذل الأزيد فيجب على الوكيل أن يبيعه المتاع، لأن البيع له حينئذ مصلحه للموكل.

(١) عن ثمن المثل.

(٢) بمثل هذا النقصان.

(٣) من ثمن المثل.

(٤) على ثمن المثل.

(٥) أى لو باع الوكيل المتاع بثمان المثل مع خيار الفسخ له لمدته معينه ثم وجد فى زمن الخيار باذلا للأزيد فيجب عليه الفسخ مقدمه للبيع للبازل الواجب، لأن فيه مصلحه للموكل.

و قد احتمله فى الجواهر احتمالا- و لعله من باب أن البيع بثمان المثل قد وقع مراعى لما فيه مصلحه الموكل حال البيع، و وجود البازل بعد العقد غير موجب للفسخ لعدم التفريط من الوكيل حين صدور البيع.

(٦) أى إن تناولت وكاله الوكيل لجعل الخيار لنفسه بالإضافة إلى البيع.

(٧) فلو عيّن الموكل قدرا معيناً من الثمن و وجد الوكيل باذلا- للأزيد فلا- يجب على الوكيل بيع البازل، و الفرق بين مقامنا و السابق هو أن الموكل هنا قد حدد الثمن بخلافه هناك فلا بد من حمل الإطلاق على ما فيه مصلحه للموكل، و مصلحته ببيع البازل للأزيد كما هو واضح.

(٨) أى على الوكيل.

(٩) أى و إن بذل الزائد من قبل باذله.

(١٠) و أيضا إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى على الوكيل بيع المتاع بثمان حال لا نسيئه، سواء كان المؤجل أزيد من ثمن المثل أم لا، لوجوب حمل الإطلاق على ما فيه مصلحه المالك، و مصلحته إنما هى فى الحال دون المؤجل.

(١١) سواء كان أزيد من ثمن المثل أم لا.

(١٢) أى و إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى على الوكيل أن يبيع المتاع بنقد البلد، حملا للإطلاق على المتعارف.

(١٣) أى نقد البلد إذا اتحد تعين لتفرده.

(١٤) لأن المتعارف هو الأغلب عند التعدد، لتعارف الأغلب أكثر من الغالب.

ص: ٤٦١

باع بالأنفع (١) للموكل، فإن استوت نفعا تخير (٢) (و كذا) التوكيل (فى الشراء) (٣) يقتضيه (٤) بضمن المثل حالا بنقد البلد، (و لو خالف) ما اقتضاه الإطلاق، أو التنصيص (٥) (ففضولى) (٦) يتوقف بيعه و شراؤه على إجازة المالك.

فى ما تصح الوكالة فيه و ما لا تصح

(و إنما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه (٧) كالعتق) فإن غرضه فيه (٨) فك الرقبه، سواء أحدثه (٩) المالك أم غيره، (و الطلاق) (١٠) لأن الوكيل مأمور بمراعاة مصلحة الموكل.

(٢) بالتخير العقلى، لأن المتعدين متساويان من كل جهه مقصوده بحسب الفرض.

(٣) أى و إطلاق الوكالة فى شراء المتاع يقتضى شراءه بضمن المثل و بكونه حالا و بنقد البلد.

(٤) أى يقتضى الشراء.

(٥) إذا وكله ببيع متاع و قد عيّن له الثمن.

(٦) لأنه غير مأذون فيه من قبل المالك، بعد كون الاذن على ما ذكره من التنصيص و على المتعارف بعد حمل الإطلاق عليه، فغيرهما غير مأذون فيه حينئذ.

(٧) يشترط فى متعلق الوكالة أمران.

الأول: أن يكون ممكنا بالإمكان العقلى و الشرعى، فلا تجوز الوكالة فى الأمور المستحيله عقلا أو الممنوعه شرعا كالغصب و السرقة و القتل، فلو غصب أو سرق أو قتل بوكاله الغير فالأعم على الفاعل و عليه الضمان دون الموكل.

الثانى: أن لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه مباشره من نفس المكلف، و إلا لو تعلق به غرض الشارع بإيقاعه من نفس المكلف فلا تصح الوكالة فيه، إذا تقرر ذلك فتعرف أن كلما تصح فيه النيابة تصح فيه الوكالة، و كذا العكس ضروره أن الوكالة هى نيابه فى التصرف عن الغير، نعم يبقى الكلام فى كيفية تعلق غرض الشارع بكل فعل، فبعضها كالصلاه و الصوم و الحج قد تعلق غرض الشارع بإيقاعها من نفس المكلف و قد اشترط فيها المباشرة، و بعضها كالبيع و توابعه من قبض الثمن و المثلن و الرهن و الصلح و الحواله و الكفاله و الضمان و الشركه و الوكالة و العاريه و الإبراء و الوديعة و الوصيه و غيرها مما لم يتعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف لها، فتصح النيابة فيها و الوكالة.

و لا بد من النقل حتى نعرف تعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف فيه و عدمه، إذ لا ضابطه كليه جاريه فى المقام تفصل فى جميع الأفعال، و مع الشك فى فعل ما فالأصل هو صحه الوكالة و النيابة، و لذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على اعتبار المباشرة، و استدلل لهم بأصاله عدم اشتراط المباشرة.

(٨) أى غرض الشارع فى العتق.

(٩) أى أحدث الفك.

ص: ٤٦٢

فإن غرضه منه رفع الزوجيه كذلك (١).

و مثله النكاح (٢)، (و البيع) (٣)، و غيرهما من العقود، و الإيقاعات (لا فيما يتعلق) غرضه (٤) بإيقاعه (٥) من مباشر بعينه.

و مرجع معرفه غرضه فى ذلك (٦) و عدمه إلى النقل (٧)، و لا قاعده له (٨) لا تنخرم. فقد علم تعلق غرضه بجمله من العبادات (٩)، لأن الغرض منها (١٠) امتثال المكلف ما أمر به و انقياده و تذلله بفعل المأمور به، و لا- يحصل ذلك بدون المباشره (كالطهاره) فليس له الاستنابه فيها أجمع (١١)، و إن جاز فى غسل الأعضاء و مسحها حيث يعجز عن مباشرتها (١٢)، مع توليه النيه و مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا (١٣)، و من ثم يقع ممن لا- يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانه على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق (١٤).

(١) أى رفعها من بيده الساق أو لا.

(٢) لأن غرض الشارع فيه إثبات العلقه الزوجيه، سواء أحدثها الزوجان أم غيرهما.

(٣) لأن غرض الشارع فيه النقل و الانتقال سواء أحدثه المالك أم غيره.

(٤) أى غرض الشارع.

(٥) أى بإيقاع الفعل.

(٦) أى فى المباشره.

(٧) أى النقل الشرعى.

(٨) لغرض الشارع فى المباشره و عدمها.

(٩) كالصلاه و الصوم و الحج و الوضوء و الغسل و التيمم بخلاف الزكاه و الخمس.

(١٠) من العبادات.

(١١) قيد للمنفى، فلا تجوز الاستنابه فى جميع الطهارات الثلاث، لأنه هو المتولى للنيه و إن وَّكل فى غسل الأعضاء و مسحها.

(١٢) أى مباشره الأعضاء غسلا و مسحاً.

(١٣) لبقاء التكليف بالفعل و العمل، و لذا هو يستعين بالغير فى إيصال الماء إلى العضو، و هذا لا يسمى توكيلا و لذا يصح الاستعانه فى إيصال الماء ممن لا يصح توكيله كالمجنون و الصغير.

(١٤) أى الإيصال المذكور.

(و الصلاة الواجبه فى) حال (الحياه) (١) فلا يستتاب فيها مطلقا (٢) إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز استنابه الحى (٣) فى الحج الواجب، أو فيهما (٤) خاصه على بعض الوجوه.

و احترز بالواجبه (٥) عن المندوبه، فيصح الاستنابه فيها فى الجملة (٦) كصلاه الطواف المندوب، أو فى الحج المندوب (٧) و إن وجب (٨)، و صلاه الزياره (٩).

و فى جواز الاستنابه فى مطلق النوافل وجه (١٠). و بالجملة فضبط متعلق غرض الشارع فى العبادات و غيرها يحتاج إلى تفصيل، و مستند نقلى.

فى كمال المتعاقدين

(و لا بدّ من كمال المتعاقدين) بالبلوغ (١١)، (١) لأنه بعد الوفاه يصح القضاء عنه، و لكنه ليس بعنوان الوكاله، لأن الوكاله هى النيابة عن شخص حى.

(٢) فى حالتى القدره و العجز.

(٣) أى الاستنابه عن الحى، فهى من باب إضافه المصدر إلى مفعوله، و الاستنابه فى حال العجز فقط.

(٤) أى فى ركعتى الطواف خاصه عند النسيان، إن امتثل الأصيل بقيه أجزاء الحج الواجب خصوصا الركنيه منها.

(٥) أى الصلاه الواجبه.

(٦) أى بعض الموارد.

(٧) خاصه.

(٨) أى تصح الوكاله فى ركعتى الطواف المندوب عند استنابته فى الحج المندوب، و إن وجب على النائب إكماله عند الشروع فيه.

(٩) أى زياره أحد و المعصومين عليه السلام.

(١٠) قال فى المسالك: (ففى جواز التوكيل فيه نظر، و إطلاق جماعه من الأصحاب المنع من الاستنابه فى العبادات يشملها) انتهى.

و لم يبين وجه التنظير مع أن أدله الخطاب - و إن كان ندبا - موجهه إلى نفس المكلف مباشره، و معه لا يصح التوكيل به كما جزم بذلك غيره.

(١١) فيشترط البلوغ فى الموكل لسلب عباره الصبى لرفع القلم عنه، مميزا كان أو لا، أذن وليه أو لا.

و استثنى الشيخ و جماعه أنه إذا بلغ عشرة جاز له أن يوكل فيما له التصرف فيه كالوصيه

ص: ٤٦٤

و العقل (١). فلا- يوكل، و لا- يتوكل الصبي، و المجنون مطلقا (٢) و جواز تصرف الموكل (٣) فلا- يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. و خص الموكل، لجواز كون المحجور فى الجملة (٤) و كيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالفقيه، و المفلس مطلقا (٥)، و العبد بإذن سيده (٦).

للأرحام و الصدقه و العتق و الطلاق بدعوى جواز مباشرته بنفسه لها فيجوز له التوكيل فيها، و فى الشرائع نسبته إلى الروايه، و فى جامع المقاصد أن القول به و إن كان مشهورا إلا أن مستنده غير واضح.

و اشتراط البلوغ فى الوكيل مما لا خلاف فيه و لا إشكال بعد سلب عبارته شرعا.

(١) اشتراط العقل فى الموكل بلا- خلاف فيه و لا- إشكال بعد رفع القلم عنه واضح، بل لو عرض الجنون بعد التوكيل أبطل الوكاله، لإبطاله الاذن، و مع عدم الاذن لا و كاله.

و اشتراط العقل فى الوكيل أيضا مما لا- خلاف فيه و لا إشكال لسلب عبارته شرعا، بلا خلاف فيهما بين الجنون الدائم أو الأدوارى.

(٢) ظاهر القيد أنه للمجنون فيشمل الأدوارى و الدائم، و لو شمل الصبي أيضا فيكون إشاره إلى أنه بلغ عشا أو لا، و مميزا أو لا، إذن وليه أو لا.

(٣) يشترط فى الموكل جواز التصرف فى الفعل الذى وُكِّل فيه، بمعنى أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس، و وجهه واضح لأنه إذا كان ممنوعا من التصرف فيه بنفسه فمن باب أولى أن يمنع من التصرف فيه بالاستنباه.

نعم لو كان محجورا و كان له حق التصرف فى غير ماله الداخلى فى المحجور عليه كالطلاق فتصح الاستنباه عنه فيه لصحه مباشرته للفعل.

(٤) فى غير تصرفاته المالىه إذا كان المال له و التصرف لنفسه.

(٥) و إن لم يأذن الغرماء فى المفلس و لا- الولى فى السفیه، لأن الغرماء لهم حق فى ماله لا فى مال الغير، و كذا الولى له حق الإشراف عليه فى مال نفسه، و أما مال الغير لمنفعه الغير بإذن الغير فلا حق على المحجور عليه فيصح توكيله فى ذلك.

(٦) فيصح أن يتوكل بإذن سيده، و لا يصح أن يتوكل بغير إذنه لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

نعم لا- يصح أن يوكل إلا بإذن سيده أما على القول بعدم ملكه فواضح، و أما على القول بملكه فلا أنه محجور عليه للرق، نعم يجوز له أن يوكل فى طلاق زوجته إذا كانت حره أو أمه لغير سيده على المشهور، لأنه مما يصح أن يباشره بنفسه من دون إذن سيده، و قد منع منه الجماعة و اشترطوا الاذن، لعدم جواز طلاقه إلا بأذن السيد و سيأتى تحرير النزاع

(و تجوز الوكالة في الطلاق للحاضر (١) في مجلسه (٢) كالغائب (٣) على أصح القولين، لأن الطلاق قابل للنيابة، وإلا لما صح توكيل الغائب. ومنع الشيخ من توكيل الحاضر فيه (٤) استنادا إلى روايه ضعيفه السند قاصره الدلاله.

في أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن

(و لا يجوز للوكيل أن يوكل (٥) إلا مع الإذن صريحا) و لو بالتعميم كاصنع ما في باب الطلاق.

(١) الغائب عن زوجته لو وكل شخصا حاضرا في بلدها في طلاقها، فتصح الوكالة لوجود المقتضى من كون الطلاق مما تصح النيابة فيه، وعدم المانع إذ المانع المتخيل هو غياب الزوج، و غيابه ليس من مفسدات الوكالة، وإلا لما جاز توكيل الغائب في أى أمر، مع أنه جائز بالاتفاق.

ثم لو وكل الزوج الحاضر حاضرا في طلاق زوجته فكذلك تصح الوكالة لما تقدم من المقتضى و عدم المانع، و لعموم صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها، أ يجوز ذلك؟ قال عليه السلام: نعم) (١) و ترك الاستفصال في مقام الجواب عن السؤال ينزل منزله العموم في المقال، و منع منه الشيخ و القاضي ابن البراج و جماعه للجمع بن الصحيح المتقدم و بين خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تجوز الوكالة في الطلاق) (٢)، بحمل روايه زراره على الحاضر، و روايه الأعرج على الغائب.

و فيه: إن خبر زراره مشتمل على جعفر بن سماعيل و هو واقفي، و في السند عدده مجاهيل، و هو معارض بالأخبار التي جوزت الوكالة و قد تقدم بعضها و هي مطلقة، على أن حملة على خصوص الحاضر مما لا دليل عليه فالجمع تبرعى، و لا بدّ من رده إلى أهله.

(٢) أى مجلس العقد، و إليه ذهب أبو الصلاح الحلبي في الكافي أيضا و تبعه عليه الشارح هنا و في المسالك، مع أن المحكى عن الشيخ في النهايه أن الاعتبار في غياب الموكل هو غيابه عن البلد، و هو الظاهر من صحيح سعيد الأعرج.

(٣) ظاهره أنه لا فرق بين حضور الوكيل و غيابه، و هو على خلاف مفروض المسألة و الظاهر من عبارات الفقهاء، لأن مفروضها أن الوكيل حاضر على كل حال فوكالته صحيحه بلا فرق بين غياب الموكل و حضوره، إلا أن يكون المراد من عبارته الماتن: و يجوز للحاضر كالغائب أن يوكل في الطلاق و معه لا إشكال.

(٤) في الطلاق.

(٥) وقع الخلاف بينهم في أنه لو قال الموكل للوكيل: اصنع ما شئت، فهل هو إذن في

ص: ٤٦٦

شئت،(أو فحوى، كاتساع متعلقها (١) بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه (٢) كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم (٣) إلا بمساعد.

و مثله (٤) عجزه عن مباشرته (٥)، و إن لم يكن متسعا مع علم الموكل به (٦)

في عزل الوكيل عما وكل فيه

(و ترفع الوكيل عما وكل فيه عادة) فإن توكيله حينئذ (٧) يدل بفحواه على الإذن له فيه (٨)، مع التوكيل بمعنى أن يوكل الوكيل شخصا آخر في العمل الذي تعلقت به وكاله الأول، و المشهور على أنه إذن في التوكيل، لأن (ما) من صيغ العموم و إذا شاء الوكيل أن يوكل فقد دخل في عموم الاذن.

و عن العلامة في التذكرة المنع محتجا بأن (ما) تفيد العموم، إلا أنه تعميم لما يفعله الوكيل بنفسه من الأفعال فلا يتناول التوكيل.

و مع عدم هذه الصيغة المتقدمة فليس للوكيل أن يوكل عن الموكل، لأن الوكيل نائب من الموكل فيقتصر فعله على مقدار نيابته، و التوكيل غير داخل، و هذا مما لا خلاف فيه و لا إشكال.

نعم يجوز للوكيل التوكيل بإذن صريح من الموكل، و كذا لو دل اللفظ على التعميم كالصيغة المتقدمة، و كذا لو قامت القرينة الحالية على الاذن كما لو و كله فيما لا يباشره الوكيل بنفسه عادة لترفعه عنه أو عجزه عنه أو عن بعضه لاتساعه، كالزراعة في الأماكن البعيدة التي لا يقوم الوكيل بزراعتها إلا بمساعد.

و ترفعه و عجزه عن العمل قرينه على الاذن مع علم الموكل بذلك، و إلا فلو لم يعلم لم يجز التوكيل لانتفاء القرينة من جانب الموكل فينتفى الاذن بالتوكيل، خلافا لابن حنبل و ابن أبي ليلى حيث جؤزا توكيل الوكيل للغير إذا مرض الوكيل أو غاب مع عدم وجود إذن من الموكل، و هو ضعيف لأن الغياب و المرض ليسا بالقرينة على الاذن من الموكل.

(١) أي متعلق وكاله الوكيل.

(٢) أي تدل القرائن على الاذن للوكيل في التوكيل.

(٣) أي الزراعة.

(٤) أي و مثل اتساع متعلقها.

(٥) أي عجز الوكيل عن مباشره الفعل الذي وكل فيه.

(٦) أي مع علم الموكل بالعجز.

(٧) أي حين ترفعه عن الفعل الذي وكل فيه.

(٨) أى على الاذن للوكيل فى التوكيل.

ص: ٤٦٧

علم الموكل بترفعه عن مثله، و إلا (١) لم يجز لأنه (٢) مستفاد من القرائن، و مع جهل الموكل بحاله (٣) ينتفى.

و حيث أذن له فى التوكيل (٤) فإن صرح له (٥) بكون وكيله وكيلا- عنه (٦)، أو عن الموكل لزمه (٧) حكم من وكله (٨) فينعزل (٩) فى الأول (١٠) بانعزاله (١١)، لأنه (١) أى و إن لم يعلم الموكل بترفعه.

(٢) أى الاذن فى التوكيل.

(٣) بحال الوكيل من الترفع و كذا العجز فينتفى الاذن المستفاد من علم الموكل حينئذ.

(٤) أى حيث أذن الموكل للوكيل فى التوكيل فلا- يخلو إما أن يأذن له فى التوكيل عن نفسه الوكيل، أو عن الموكل، أو أن يطلق.

و على الأول فلو وكل الوكيل شخصا عن نفسه فيكون الوكيل الثانى نائبا عن الأول، و تبطل وكاله الثانى بعزل الأول له و بعزل الموكل له، و تبطل أيضا بموت الثانى أو جنونه و بموت و جنون الوكيل الأول أو الموكل، و تبطل لو عزل الموكل الأول، لأن الثانى فرع الأول و ينتفى الفرع بانتفاء الأصل، خلافا للشافعى حيث حكم بعدم انعزال الثانى و إن عزل الأول، لأن توكيل الثانى إنما كان بإذن الموكل فيكون الحق للموكل دون الأول، و رد بأن وكاله الثانى بإذن الموكل مع توكيل الأول له، ففعل الأول ملحوظ فى الاذن، فلو أبطل الأول وكاله الثانى لانتفت وكالته.

و على الثانى يكون الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل كالوكيل الأول، و يكونان وكيلين عن الموكل فى عرض واحد، بلا إشكال و لا خلاف، و ليس لأحدهما عزل الآخر، و لا تبطل وكاله أحدهما بموت الآخر أو جنونه أو عزله عن الوكاله لعدم الارتباط بين الوكالتين، و إنما تبطل وكاله كل واحد منهما بعزله من قبل الموكل أو بموته أو جنونه أو بموت أو جنون نفس الموكل.

و على الثالث فسيأتى البحث فيه عند تعرض الشارح له.

(٥) أى فإن صرح الموكل للوكيل الأول.

(٦) أى بكون الثانى وكيلا عن الأول.

(٧) أى لزم الثانى.

(٨) من الوكيل الأول و الموكل.

(٩) أى الثانى.

(١٠) فى صورته كونه وكيلا عن الأول.

(١١) أى بانعزال الأول.

فرعه (١)، و بعزل كل منهما (٢) له (٣)، و فى الثانى (٤) لا يعزل إلا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله (٥).

و إن أطلق (٦) ففى كونه (٧) وكيلًا- عنه (٨)، أو عن الموكل، أو تخير الوكيل فى توكيله عن أيهما شاء أوجه. و كذا مع استفادته (٩) من الفحوى (١٠)، إلا أن (١١) لأن الثانى فرع الأول، و ينتفى الفرع بانتفاء الأصل.

(٢) من الموكل و الوكيل الأول.

(٣) للوكيل الثانى.

(٤) أى صورته كون الثانى وكيلًا عن الموكل.

(٥) من جنون و موت الموكل أو جنون و موت الوكيل الثانى.

(٦) أى أطلق الموكل للوكيل الأول الاذن فى التوكيل، و هذا هو الشق الثالث المتقدم فأوجه.

الوجه الأول: أن الثانى وكيل عن الأول، لأن التوكيل المأذون فيه الأول إنما هو للتسهيل عليه، فيكون توكيلا عنه، و إليه ذهب غير واحد من الأصحاب.

الوجه الثانى: أن الثانى وكيل عن الموكل، كما عليه العلامة فى القواعد و التذكرة و الحلى فى السرائر و الكركى فى جامعه، لأن توكيل الأول بالتوكيل هو تصرف بإذن الموكل، فيقع عن الموكل لكون الاذن منه، و لأن ذلك هو المتبادر، و لأن الحق فى التصرف إنما هو للموكل و ليس للوكيل إلا النيابة، و النيابة الثانى فى التصرف تكون عن الأصيل لا عن النائب.

الوجه الثالث: أن الوكيل مخير بين أن يوكل عن نفسه أو عن موكله، و هو ظاهر الشرائع للمحقق، و وجه التخيير صلاحية الإطلاق لشموله لكلا المصدقين.

(٧) أى الثانى.

(٨) عن الأول.

(٩) أى استفادته الاذن فى التوكيل.

(١٠) أى من القرائن الحالية كاتساع متعلق الزراعه أو عجز الوكيل أو ترفعه عما وكل فيه مع علم الموكل، فالاذن المستفاد من هذه القرائن مطلق تأتى فيه الأوجه الثلاثة المتقدمه فى الإطلاق اللفظى، نعم فى الاذن المستفاد من القرائن محمول على أن الثانى وكيل عن الأول لا عن الموكل باعتبار أن الاذن ناشئ من قرينه عجز الوكيل و ترفعه، فيكون الاذن فى التوكيل حينئذ من أجل التسهيل على الأول، و هذا يناسب كون الثانى وكيلًا عن الأول.

و أشكل عليه بأن الاذن المستفاد من القرائن الحالية لا إطلاق فيه، إذ الإطلاق فى اللفظ

كونه (١) هنا (٢) وكيلا عن الوكيل أوجه.

فى كون الوكيل تام البصيره

(و) يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره (٣) فيما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل، (عارفا باللغه التى يحاور بها) فيما وكل فيه، ليحصل الغرض من توكيله.

وقيل: إن ذلك واجب. و هو (٤) مناسب لمعنى الشرط بالنسبه إلى الأخير (٥)،

فى التوكيل فى المنازعات

(و) يستحب لذوى المروءات (٦) و هم أهل الشرف و الرفعه، و المروءه (التوكيل فى المنازعات)، و يكره أن يتولوها بأنفسهم لما يتضمن من الاتمهان، و الوقوع فيما يكره، روى «أن عليا عليه السلام وكل عقيلاً فى خصومه، و قال: إن للخصومه قحماً، و أن الشيطان ليحضرها، و أنى لأكره أن أحضرها» - و القحّم لا فى الأحوال، و عليه فإن أفاد الاذن الناشئ من القرينه قسماً من الأقسام فهو و إلا فيكون الاذن مجملاً.

(١) أى كون الثانى.

(٢) فى الاذن المستفاد من الفحوى.

(٣) و عارفا باللغه على المشهور، و فى النهايه للشيخ: ينبغى أن يكون الوكيل الخ...، و قد صرح أكثر من واحد أنه ليس المراد بالاستحباب هنا الاستحباب التكليفى، إذ لا أمر بذلك حتى يترتب عليه الثواب فيكون تعبير الشيخ أوفق بالمقام هذا من جهة و من جهة أخرى ذهب ابن البراج و أبو الصلاح الحلبي إلى وجوبه و هو ضعيف لعدم الأمر به، و من جهة ثالثه فالمراد بتام البصيره أن يكون مليا بتحقيق مراد الموكل، و المراد بالعارف باللغه أى عارف باللغه التى يقع فيها المحاوره فى الفعل الذى وكل به ليحصل الغرض من توكيله.

(٤) أى الوجوب.

(٥) أى العارف باللغه، و المعنى أن الوجوب هو اشتراط صحه الوكالة بكونه عارفا باللغه ليحصل الغرض من التوكيل.

(٦) و هم أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان فلذا يكره لهم تولى المنازعه بأنفسهم لما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه وكل عقيلاً فى خصومه و قال: إن للخصومه قحماً، و إن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها) (١).

ص: ٤٧٠

بالضم المهلكه - و المراد هنا أنها تقحم بصاحبها إلى ما لا يريده.

فى ارتداد الوكيل

(و لا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل (١) من حيث إنه ارتداد، و إن كانت قد تبطل من جهة أخرى فى بعض الموارد، ككونه (٢) وكيلا على مسلم، فإنه (٣) فى ذلك (٤) بحكم الكافر، و لا فرق بين الفطرى، و غيره و إن حكم بطلان تصرفاته (٥) لنفسه،(و لا يتوكل المسلم للذمى على المسلم، على قول) الشيخ (٦)، (١) لا يشترط فى الوكيل إلا البلوغ و العقل، فيصح توكيل الفاسق و الكافر، لأن ضابط الوكالة أن يكون الفعل مما تصح فيه النيابة حتى لو كان النائب كافرا.

و إذا كان الكفر لا- يمنع من صحه الوكالة ابتداء فلا يمنع من صحتها فى الأثناء، و عليه فلا تبطل وكالة المرتد سواء كان عن فطره أو عن مله.

و عن الفخر فى شرح الإرشاد بطلان الوكالة فى الفطرى، لأنه بحكم الميت حيث يجب قتله بل يجب عليه قتل نفسه، فهو مشغول بما هو أهم من مصلحة الموكل، و لأن الفقهاء قد حكموا بطلان تصرفاته.

و فيه: أن المرتد ما لم يقتل أو يقتل نفسه فهو صالح للنيابة عن الغير، و حكم الفقهاء بطلان تصرفاته إنما هو عن نفسه لا عن الغير.

نعم قد تبطل وكالته لا من حيثيه الارتداد، بل من حيثيه أخرى كما لو كان وكيلا على مسلم لداعى شئونه، فإذا ارتد تبطل وكالته إذ لا- سبيل للكافر على المسلم كما سيأتى بيانه، و تبطل وكالة المرتد أيضا إذا اشترطنا العداله فى الوكيل كوكيل الوكيل و وكيل ولى اليتيم.

(٢) أى المرتد.

(٣) أى المرتد.

(٤) أى فى وكالته على مسلم.

(٥) أى تصرفات المرتد.

(٦) بما أن الوكالة عقد بين الموكل و الوكيل، و هما تاره مسلمان و أخرى كافران، و ثالثه مختلفان، بحيث يكون الموكل مسلما و الوكيل كافرا أو العكس، فالصور أربع، و قد تتعلق الوكالة فى تحصيل حق الموكل من ثالث، و هو تاره مسلم و أخرى كافر فالصور ثمان و هى:

١ - الموكل مسلم و الوكيل مسلم على مسلم، ٢ - الموكل مسلم و الوكيل مسلم على كافر، ٣ - الموكل مسلم و الوكيل ذمى على مسلم، ٤ - الموكل مسلم و الوكيل ذمى على ذمى.

٥ - الموكل ذمی و الوکیل مسلم علی مسلم، ٦ - الموكل ذمی الوکیل مسلم علی کافر،

ص: ٤٧١

و الأقوى الجواز على كراهيه، للأصل (١)، (و لا الذمى على المسلم لمسلم، و لا لدمى قطعاً) فيهما (٢)، لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفى بالآيه، (و باقى الصور جائزه و هى ثمان) بإضافه الصور الثلاث المتقدمه إلى باقىها.

و تفصيلها: أن كلا من الموكل و الوكيل و الموكل عليه إما مسلم، أو كافر، و منه تتشعب الثمان بضرب قسمي (٣) الوكيل فى قسمي الموكل، ثم المجتمع فى قسمي الموكل عليه، و لا فرق فى الكافر بين الذمى و غيره كما يقتضيه التعليل (٤).

فى تجاوز الوكيل ما حد له

(و لا يتجاوز الوكيل ما حد له (٥) فى طرف الزياده و النقصان (إلا أن تشهد) ٧-الموكل ذمى و الوكيل ذمى على مسلم، ٨ - الموكل ذمى و الوكيل ذمى على ذمى. هذا و المدار فى الوكاله على الثالث ما كان فيها نوع من القهر و الغلبه كاستيفاء حقوق الآدميين كحق القذف و التنازع، و الصور صحيحه ما عدا ما لو كان الموكل مسلماً و الوكيل ذمياً على مسلم، و كذا لو كان الموكل ذمياً و الوكيل ذمياً على مسلم، فلا يجوز لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفى بالآيه (لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) (١) و ناقشهم فى الجواهر بأن السبيل المنفى هو الحججه، و صاحب الحق له حجه على خصمه سواء كان صاحب الحق مسلماً أو ذمياً، و كذا يجوز لصاحب الحق أخذ حقه من خصمه بالمباشره فيصح الأخذ بالاستتابه حينئذ، إلا أن يكون هناك إجماع على المنع.

و أما باقى الصور فكلها صحيحه ما عدا ما لو كان الموكل ذمياً و الوكيل مسلماً على مسلم فقد حكم المشهور بالكراهه، و عن المحقق التردد، و عن الشيخ فى النهايه الحكم بالمنع و تبعه ابن زهره و أبو الصلاح لأن قبول المسلم للوكاله عن الذمى على المسلم إثبات سبيل للكافر على المسلم و هو منفى، و فيه: ما تقدم من ضعف الاستدلال بالآيه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن المصنف و الجماعه عبّروا عن الكافر بالذمى، و لا فرق من حيث الحكم، بل إذا ثبت المنع فى الذمى ثبت فى غيره بطريق أولى) انتهى.

(١)أصالة الصحه فى العقود.

(٢)فى صورتين الأخيرتين.

(٣)و هو إسلام الوكيل و كفره.

(٤)الموجود فى الآيه.

(٥)اقتصار الوكيل على ما أذن له فيه مما لا شبهه فيه، لوجوب التقيد بالاذن، من حيث

ص: ٤٧٢

(العاده بدخوله) - أى دخول ما تجاوز - فى الإذن (كالزيادة فى ثمن ما وكل فى بيعه) بضمن معين (١)، إن لم يعلم منه (٢) الغرض فى التخصيص به (٣)، (و النقيصه فى ثمن ما وكل فى شرائه) بضمن معين، لشهاده الحال غالبا بالرضا بذلك (٤) فيهما (٥) لكن قد يتخلف بأن لا يريد الإشطاط فى البيع، أو غيره من الأغراض.

فى ما تثبت به الوكاله

(و تثبت الوكاله بعدلين (٦) كما يثبت بهما (٧) غيرها (٨) من الحقوق المالىه، و غيرها (٩)، (و لا تقبل فيها (١٠) الجنس و النوع و الشخص و الوصف و القدر و العين و النقد و النسيئه و نوع المعامله و الزمان و المكان و ما شاكل ذلك، و لو خالف توقف على الإجازة من الموكل نعم قد يأذن الموكل بشىء إلا أن العاده تشهد بجواز الزيادة و النقيصه، فيدخل فى الاذن لقرينه العاده، كما لو أذن له بالبيع نسيئه فباعه حالا، أو أذن له أن يبيع بضمن معين فباعه بالأزيد، فيصح البيع لأن الاذن بالأقل نفعا للموكل أذن بالأزيد من باب أولى.

و كذا لو أذن له بالشراء حالا فاشترى نسيئه، أو أذن له بالشراء بضمن معين فاشترى بالأقل، نعم يتعدى إلى الأزيد و الأنقص مع القرينه إلا- إذا علم أن الغرض على ما عتّن الموكل فلا يجوز التعدى، كما لو تعلق غرضه ببيع المتاع بضمن معين للإرفاق و عدم الشطط، أو تعلق غرضه بالبيع نسيئه لتسهيل المعامله مع المشتري، أو تعلق غرضه بالشراء حالا للخوف على الثمن.

(١) متعلق بقوله (فى بيعه).

(٢) من الموكل.

(٣) أى بالضمن المعين.

(٤) بالتجاوز.

(٥) فى الزيادة و النقيصه.

(٦) فلو ادعى الوكاله عن شخص لا تثبت دعواه إلا بينه و هى الحججه الشرعيه و هى وظيفه المدعى و الوكيل هنا مدّع أو بتصديق الموكل، لأن التصديق منه إقرار على نفسه، و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

(٧) بالعدلين.

(٨) غير الوكاله.

(٩) أى غير الحقوق المالىه كإثبات الوصيه و النسب و رؤيه الأهله، على ما تقدم بيانه فى كتاب القضاء و الشهادات.

(١٠) فى الوكاله.

(شهادة النساء منفردات (١)، لاختصاصها (٢) بما يعسر اطلاع الرجال عليه، والوصية (٣) كما سلف في بابه، (و لا منضّمات) (٤) إلى الرجال، لاختصاصها (٥) حينئذ (٦) بالمال. و ما في حكمه (٧)، و الوكاله و لايه على التصرف و إن ترتب عليها (٨) المال لكنه (٩) غير مقصود.

(و لا- تثبت بشاهد و يمين)، لما ذكر (١٠)، إلا أن يشتمل على جهتين (١١)، كما (١) لأن شهادة النساء منفردات غير مقبولة إلا بما لا يجوز للرجال النظر إليه كالولاده و استهلال الولد حيا و عيوب النساء الباطنه، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (تجوز شهادة النساء و حدهن في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه) (١)، و خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السّلام (أجيز شهادة النساء في الغلام صاح أو لم يصح، و في كل شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه) (٢).

(٢) أي اختصاص شهادة النساء منفردات.

(٣) أي لاختصاصها بالوصيه، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر ربيع عن أبي عبد الله عليه السّلام (في شهادة امرأه حضرت رجلا يوصي ليس معها رجل؟ قال عليه السّلام: يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها) (١).

(٤) عطف على منفردات، هذا و قد تقدم في كتاب القضاء اختصاص شهادة النساء منضّمات إلى الرجال بالمال و الدين، و ما يكون غرضه ماليا كدعوى الجنايه الموجهه للديه، فلا تقبل شهادتهن منضّمات في إثبات الوكاله لأن الوكاله و لايه في التصرف، و ليس الغرض منها ماليا، و إن ترتب عليها في بعض موارد.

(٥) أي اختصاص شهادة النساء.

(٦) حين الانضمام إلى الرجال.

(٧) من كون الغرض منه ماليا.

(٨) على الوكاله.

(٩) أي المال غير مقصود من الوكاله أصاله.

(١٠) من كون الشاهد مع اليمين مختصا بالمال و الدين، و ما كان الغرض منه ماليا على ما تقدم بيانه في كتاب القضاء.

(١١) أي إلا أن يشتمل ما ادعاه الوكيل على جهتين، جهه الوكاله وجهه الماليه، كما لو ادعى

لو ادعى شخص على آخر وكاله بجعل و أقام شاهدا و امرأتين، أو شاهدا و حلف معه (١)، فالأقوى ثبوت المال، لا الوكالة و إن تبعضت الشهادة (٢)، كما لو أقام ذلك (٣) بالسرقة، يثبت المال لا القطع، نعم لو كان ذلك (٤) قبل العمل لم يثبت شيء، (و لا بتصديق الغريم (٥) لمدعى الوكالة عليها (٦) فى أخذ حق منه (٧) لغيره (٨)، لأنه (٩) تصديق فى حق غيره (١٠).

هذا إذا كان الحق الذى يدعى الوكالة فيه عينا (١١)، أما لو كان ديناً ففى الوكيل على الموكل جعلاً على وكاله قد فعل مقتضاها، و أقام شاهدا مع امرأتين أو شاهدا مع يمين المدعى، فذهب جماعة إلى ثبوت المال دون الوكالة.

إن قلت: يلزم منه التبعض فى قبول الشهادة من جهه المالىه و الرد من جهه الوكالة مع أنها شهاده واحده.

قلت: هنا دعويان الجعل و الوكالة، و قبول الشهادة فى الأولى دون الثانيه يلزم منه تبعض فى الدعوى لا فى الشهاده، كما لو ادعى شخص على آخر مالا و أنه قد سرقه و شهد بذلك شاهد مع امرأتين أو مع يمين المدعى فيثبت المال دون القطع.

(١) مع الشاهد.

(٢) بل التبعض بالدعوى.

(٣) من شهاده الواحد مع امرأتين، أو مع يمين المدعى.

(٤) أى إقامه الشاهد الواحد مع المرأتين أو مع يمين المدعى على ما ادعاه الوكيل من الوكالة بجعل و لم يفعل مقتضاها، فلا يثبت للوكيل شيء لعدم عمله، و لبطلان الوكالة على تقدير ثبوتها بإنكار الموكل.

(٥) لو ادعى على شخص الوكالة عنه فى قبض دينه من غريمه، فصّدق الغريم الوكيل فى دعواه، فلا تثبت الوكالة بموافقه الغريم، لأن إقراره نافذ فى حقه، لا فى حق الموكل خصوصاً مع إنكاره.

(٦) على الوكالة و المعنى أن الغريم صدّق الوكيل فى دعواه الوكالة.

(٧) من الغريم.

(٨) أى لغير الوكيل.

(٩) أى تصديق الغريم، و هذا تعليل لعدم ثبوت الوكالة بتصديق الغريم.

(١٠) أى غير الغريم، و هو الموكل.

(١١) أصل المسأله ما لو ادعى الوكالة عن غائب فى قبض ماله من غريمه، فإن أقام المدعى البينه على ذلك وجب على الغريم تسليمه حق الموكل، سواء كان الغريم مصدّقاً أو

منكراً، و سواء كان الحق عينا أو ديناً. و إن فقد المدعى البينه فلا يخلو إما أن ينكر الغريم الدعوى و إما أن يصدقه، و مع الإنكار فالقول قوله بلا يمين، لأنه ليس منكرًا حقيقياً، إذ المنكر الحقيقي هو الذى إذا أقرّ نفذ إقراره فيه، و هنا لو أقر الغريم ينفذ إقراره فى حق غيره. و مع التصديق من الغريم لمدعى الوكالة فإما أن يكون الحق الثابت عليه عينا أو ديناً.

و على الأول لا يؤمر الغريم بالتسليم إلى المدعى، لأن تصديق الغريم إقرار منه، و إقراره غير نافذ فى حق المالك لأنه إقرار فى حق الغير، نعم يجوز للغريم عند التصديق أن يسلمها إلى المدعى إذ ليس هناك منازع على العين غيرهما، و يبقى المالك الغائب على حجته، فإذا حضر و صدّق المدعى فى دعواه أنه وكيل برئ الغريم من الدفع، و إن كذب المالك المدعى فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكالة و مدعيها مدع بحسب ظاهر قوله و لأصاله عدم الوكالة فيطالب بالبينه.

و عليه فإن حلف المالك فتبطل دعوى وكالة المدعى و إن كانت العين باقية فى يد المدعى فللمالك الحق بالرجوع على أى شاء من مدعى الوكالة و الغريم، لتعاقب أيديهما على العين، و كلاهما ضامنان، أما المدعى فلأنه غاصب، و أما الغريم فلأنه متعد.

و عليه فإن طالب المالك مدعى الوكالة يارجاعها فليس للمدعى أن يرجع على الغريم بالإرجاع، لأن العين تحت يد المدعى، و إن طالب المالك الغريم يارجاعها، طالب الغريم المدعى بإحضارها حتى يرجعها الغريم على المالك.

و إن كانت العين تالفه تخير المالك بالرجوع على من شاء منهما لتعاقب أيديهما، فإن رجع على المدعى بالمثل أو القيمة لم يرجع المدعى على الغريم، سواء كان التلف تحت يد المدعى بتفريط أم لا، لاعتراف المدعى بأن الغريم برئ بدفعها إليه، و هو مدعى للوكالة و معترف بالقبض.

و إن رجع المالك على الغريم فإن كان التلف عند المدعى بلا- تفريط، لا يرجع الغريم على المدعى، لأن الغريم قد صدّق المدعى على الوكالة، و الوكيل الحقيقي أمين لا يضمن لو تلفت العين عنده بلا تفريط، و بتصديق الغريم له يكون عنده أمينا فكيف يرجع عليه.

و إن كان التلف عند المدعى بتفريط يرجع الغريم على المدعى و إن صدقه، لأن الوكيل ضامن عند التفريط.

هذا كله إذا كان الحق عينا، و أما لو كان ديناً فإن أنكر الغريم دعوى مدعى الوكالة فالقول قوله بلا يمين، و إن صدقه فهل يجب على الغريم تسليم الدين للمدعى؟ ذهب ابن إدريس و المحقق الثانى و جماعه إلى الوجوب، لأن الغريم بتصديقه قد أقرّ،

وجوب دفعه (١) إليه (٢) بتصديقه (٣) قولان أجودهما ذلك (٤)، لأنه (٥) إقرار في حق نفسه (٦) خاصة، إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة، أو وكيله (٧)، فإذا حضر (٨) و أنكر بقى دينه في ذمه الغريم فلا ضرر عليه (٩) في ذلك (١٠)، و إنما ألزم الغريم بالدفع (١١) لاعترافه (١٢) بلزومه (١٣) و الإقرار نافذ في حق نفسه فيؤخذ بإقراره، و يؤمر بالتسليم للمدعى، و إذا أتى المالك فإن صدق فهو و إن أنكر فهو على حجته.

و الفرق بين الدين و العين في قبول إقرار الغريم في الأول دون الثاني، أن الدين سيدفعه الغريم من خالص ماله، فإذا أقرّ بصحة دعوى المدعى فيؤمر بالدفع إليه من ماله، بخلاف العين فلو أمرنا بالتسليم فسيدفع مال الغير إلى الوكيل، فمن هنا كان إقرار الغريم في العين إقرارا في حق الغير، و في الدين إقرارا في مال نفسه. و ذهب الشيخ و يحيى بن سعيد و العلامة و ولده فخر المحققين و جماعه إلى عدم الوجوب، لمساواة الدين للعين، لأن تسليم الدين إنما هو للموكل، و اعتراف الغريم بكون المدعى وكيلا لا يثبت في حق الموكل.

(١) دفع الدين.

(٢) إلى مدعى الوكاله.

(٣) أى بتصديق الغريم.

(٤) أى وجوب التسليم و الدفع.

(٥) أى التصديق.

(٦) أى نفس الغريم، لأنه سيدفعه من خالص ماله.

(٧) و لذا أوجبنا عليه الدفع ليتحقق القبض حتى يتعين حق المالك.

(٨) المالك الغائب.

(٩) على المالك.

(١٠) في وجوب دفع الغريم للمدعى، لأن حق المالك محفوظ في ذمه الغريم.

(١١) دفع وهم، و حاصل الوهم أنه كيف يجب على الغريم الدفع للمدعى أولا، ثم يجب عليه الدفع للمالك ثانيا عند إنكاره، و الحق واحد.

و رده أن الدفع الأول للمدعى لاعترافه، و الدفع الثانى للمالك، لأنه صاحب الحق و لم يصله.

(١٢) أى اعتراف الغريم.

(١٣) أى لزوم الدفع.

ص: ٤٧٧

له (١)، و بهذا (٢) يظهر الفرق بينه (٣) و بين العين، لأنها (٤) حق محض لغيره (٥)، و فائتها لا يستدرك (٦).

نعم يجوز (٧) له تسليمها إليه (٨) مع تصديقه له (٩)، إذ لا منازع له (١٠) الآن (١١)، و يبقى المالك على حجته، فإذا حضر و صدّق الوكيل براء الدافع، و إن كذّبه فالقول قوله (١٢) مع يمينه، فإن كانت العين موجوده أخذها، و له (١٣) مطالبه من شاء منهما (١٤) بردها، لترتب أيديهما على ماله، و للدافع مطالبه الوكيل بإحضارها (١٥) لو طولب به (١٦)، دون العكس (١٧) فإن تعذر ردها، بتلف و غيره تخيّر (١٨) فى الرجوع على من شاء منهما (١٩)، فإن رجع على الوكيل لم يرجع (٢٠) (١) للمدعى، لأنه قد صدّقه.

(٢) من الدفع من خالص مال الغريم.

(٣) بين الدين.

(٤) أى العين.

(٥) لغير الغريم.

(٦) إذ مع دفعها إلى المدعى لا يمكن دفعها إلى المالك.

(٧) للغريم.

(٨) أى تسليم العين للمدعى.

(٩) أى مع تصديق الغريم للمدعى.

(١٠) للمدعى.

(١١) حال غياب المالك.

(١٢) أى قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكاله.

(١٣) للمالك.

(١٤) من الغريم و المدعى.

(١٥) لأن العين عند المدعى، لأنه سلّمه إياها بحسب الفرض.

(١٦) أى طولب الغريم بالإحضار.

(١٧) لأن العين تحت يد المدعى فلا معنى لإحضار الغريم لها.

(١٨) أى المالك.

(١٩) من الغريم و المدعى.

(٢٠) أى الوكيل.

ص: ٤٧٨

على الغريم مطلقا (١)، لاعترافه (٢) ببراءته (٣) بدفعها إليه (٤)، وإن رجع (٥) على الغريم لم يرجع (٦) على الوكيل مع تلفها في يده (٧) بغير تفريط، لأنه (٨) بتصديقه له (٩) أمين (١٠) عنده، وإلا (١١) رجع عليه.

فى أن الوكيل أمين

(و الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدى) و هو موضع وفاق (١٢) (و يجب عليه (١٣) تسليم ما فى يده إلى الموكل إذا طو لب به (١٤)، سواء فى (١) سواء كان التلف بتفريط من المدعى أم لا.

(٢) أى اعتراف الوكيل.

(٣) أى براءة الغريم.

(٤) أى بدفع العين إلى الوكيل المدعى.

(٥) أى المالك.

(٦) أى الغريم.

(٧) أى يد الوكيل.

(٨) أى لأن الوكيل.

(٩) أى بتصديق الغريم للوكيل.

(١٠) خبر لقوله (لأنه).

(١١) أى و إن لم يكن التلف بغير تفريط، بل كان بتفريط من المدعى رجع الغريم عليه، لأن الوكيل ضامن عند تفريطه.

(١٢) بل لا خلاف فيه بين المسلمين، و قد تقدم أكثر من مره أن الأمين الذى وضع يده على مال غيره بإذن المالك لا يضمن، و منه الوكيل، إلا بتعد أو تفريط.

(١٣) على الوكيل.

(١٤) بلا- خلاف و لا- إشكال، لأنه و كيل على المال من قبل مالكة، فإن طالبه المالك به يجب عليه تسليمه له، نعم مع عدم المطالبة لا يجب على الوكيل التسليم، لأنه قبضه بإذن المالك و بحسب الفرض لم يطلبه المالك.

ثم لو طالبه به و امتنع التسليم لعذر فلا يضمن بلا خلاف فيه، لأنه معذور غير متعد، و العذر كما نص عليه أكثر من واحد يشمل العقلى و الشرعى و العرفى، و الأول، فيما لو كان التسليم غير مقدور، و الثانى فيما لو كان مشغولا بإتمام الصلاه الواجبه أو

المستحبه، و الثالث فيما لو كان مشغولا بإتمام الحمام. نعم لو طالبه به و امتنع لا لعذر فالوكيل ضامن بلا خلاف، لأنه متعد، و كذلك يكون متعديا لو ارتفع العذر و آخر التسليم مع المطالبه.

ص: ٤٧٩

ذلك المال الذى وكل فى بيعه و ثمنه (١)، و المبيع الذى اشتراه و ثمنه قبل الشراء، و غيرها (٢). و نبه بقوله: إذا طوّل على أنه لا- يجب عليه (٣) دفعه إليه (٤) قبل طلبه (٥)، بل معه (٦)، و مع إمكان الدفع شرعا (٧) و عرفا كالوديعة (٨) (فلو أخر مع الإمكان) أى إمكان الدفع شرعا بأن لا يكون فى صلاه واجبه مطلقا (٩) و لا مريدا لها مع تضيق وقتها، و نحو ذلك من الواجبات المنافية، أو عرفا بأن لا يكون على حاحه يريد قضاءها، و لا فى حمام أو أكل طعام، و نحوها من الأعذار العرفية (ضمن، و له أن يمتنع) من التسليم (حتى يشهد) (١٠) على الموكل (١) أى بعد بيعه.

(٢) غير هذه الأمور.

(٣) على الوكيل.

(٤) إلى الموكل.

(٥) أى طلب الموكل.

(٦) مع الطلب.

(٧) و لم يتكلم عن الإمكان العقلى لوضوح اشتراطه.

(٨) أى كما يجرى جميع ذلك فى الوديعة، و العجب من العلامة فى التذكرة حيث حكم برد الموكل فيه مع الإمكان العقلى و الشرعى و العرفى مع جعل العذر الشرعى شاملا للصلاه الواجبه و المندوبه، مع أنه فى الوديعة خصّ العذر الشرعى بالواجب دون النفل، مع أن الأمر فى الوديعة أسهل على الدعى، لأنها مبنية على الإحسان المحض الذى يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة، إذ قد يدخلها أغراض للوكيل كالجعل و غيره، و لا أقل من المساوات.

(٩) تضيق وقتها أو لا.

(١٠) وقع الخلاف بينهم فى أن من بيده مال للغير أو فى ذمته مال للغير هل يجوز له الامتناع عن التسليم إلى صاحب الحق حتى يشهد عليه بالقبض، أو يجب التسليم و إن لم يتحقق الإشهاد.

ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أن من يقبل قوله فى الرد كالودعى لا يجوز له الامتناع، بل يجب عليه الدفع عند المطالبة و إن لم يتحقق الإشهاد، و بين من لا- يقبل قوله فى الرد كالمستعير فيجوز له الامتناع عن الدفع حتى يشهد، خوفا من جحود صاحب الحق، فيطالب المستعير بالبينه و هى مفقوده، فيلزم بالدفع ثانيا، و فى هذا ضرر عليه، بخلاف الأول فلو جحد صاحب المال القبض فالقول قول الدعى مع يمينه.

بقبض حقه (١) حذرا من إنكاره (٢) فيضمن له ثانيا (٣)، أو يلزمه (٤) اليمين.

(و كذا) حكم (٥) كل من عليه حق و إن كان (٦) وديعه يقبل قوله في ردها، لافتقاره إلى اليمين (٧)، فله دفعها (٨) بالإشهاد و إن كان صادقا.

و لا- فرق في ذلك (٩) بين من (١٠) يكون له على الحق بينه، و غيره، لما ذكرناه من الوجه (١١)، هذا هو أجود الأقوال في المسألة. و فرق بعضهم (١٢) بين من يقبل و ذهب يحيى بن سعيد إلى أن من يقبل قوله في الرد كالودعي، لا يجوز له الامتناع كما تقدم، و بين من لا يقبل قوله في الرد كالمستعير فإن كان الأخذ بينه فله الامتناع حتى يشهد و إلا فلا، لأنه مع عدم الأخذ بينه يمكن له إنكار أصل الحق على وجه يصدق بأن يقول: لا يستحق عندي شيئا فيقبل قوله مع يمينه، لأنه منكر، بخلاف ما لو ثبت الحق عنده بينه فلا يمكنه إنكار أصل الحق بل يحتاج إلى إثبات الدفع، و هذا لا يتحقق إلا بالإشهاد فله الامتناع عن التسليم حتى يشهد حينئذ، و قد نسب هذا التفصيل إلى الشافعية.

و عن مشهور المتأخرين أنه يجوز لمن عنده مال للغير أو دين الامتناع من التسليم حتى يشهد سواء قبل قوله في الرد أم لا، لأن قبول قوله في الرد محتاج إلى اليمين، و تكلف اليمين ضرر عظيم و إن كان صادقا و قد أذن فيه الشارع، خصوصا في بعض الناس فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

(١) أى بقبض الموكل حقه.

(٢) إنكار الموكل.

(٣) أى فيضمن الوكيل للموكل ثانيا.

(٤) أى يلزم الوكيل اليمين، و فيه: أنه مما لا يقبل قوله في الرد فكيف يلزم باليمين، نعم يجرى هذا في الودعي.

(٥) من الامتناع حتى يشهد و هذا قول مشهور المتأخرين.

(٦) أى الحق.

(٧) عند قبول قوله في الرد.

(٨) دفع اليمين.

(٩) من أن له الامتناع حتى يشهد.

(١٠) أى صاحب الحق سواء كان له على الحق بينه أم لا.

(١١) و هو افتقار الغريم إلى اليمين فله دفعها بالإشهاد.

(١٢) وهو الشيخ في المبسوط.

ص: ٤٨١

قوله فى الرد (١)، و غيره (٢)، و آخرون (٣) بين من عليه بقبض الحق بينه (٤)، و غيره (٥)، و دفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله خصوصا فى بعض الناس، فإن ضرر الغرامه عليهم أسهل من اليمين.

فى أنه لا يجب عليه الإشهاد

(و الوكيل فى الوديعه (٦) لمال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع، (بخلاف الوكيل فى قضاء الدين (٧)، و تسليم المبيع (٨) فليس له ذلك (٩) (حتى يشهد).

(١) فليس له الامتناع.

(٢) فله الامتناع.

(٣) و هو يحيى بن سعيد.

(٤) فله الامتناع حتى يشهد إذا كان ممن لا يقبل قوله فى الرد.

(٥) ممن ليس على قبضه بنيه و كان ممن لا يقبل قوله فى الرد فليس له الامتناع عن الدفع.

(٦) الوكيل فى الإيداع - أى إيداع مال شخص عند الودعى - لا يجب عليه الإشهاد عند الدفع للودعى، بحيث لو أنكر الودعى فيما بعد لا يضمن الوكيل بسبب عدم الإشهاد، إذ عدم إقامه الإشهاد عند الإيداع لا يعد تفريطا منه، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الإيداع مبنى على الإخفاء فعدم الإشهاد عليه هو السيره، و الوكيل لم يخالفها عند عدم إشهاده فلا يكون مفترطا.

نعم استشكل العلامه فى التذكرة فى عدم وجوب الإشهاد، و يرد ما تقدم.

ثم لو أنكر المالك على الوكيل الدفع للودعى، فالقول قول الوكيل لأنه أمين، فلا يجب عليه الإشهاد من هذه الحيثيه حتى يدفع إنكار المالك، إذ يمكن له دفعه باليمين.

(٧) لو وكل فى قضاء دين عن المديون، و قضى الدين و لم يشهد على الدائن بالقبض، فأنكر الدائن الدفع إليه فيما بعد فالوكيل ضامن هنا، لأنه مفترط، لأن قضاء الدين مبنى على الإجهار به فيناسبه الإشهاد عليه، و مع عدم إشهاد الوكيل يكون قد خالف السيره فى ذلك، فهو مفترط ضامن كما عن الشيخ و العلامه و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى.

و فى الشرائع و القواعد للعلامه التردد به، بل جزم الأردبيلي بعدم الضمان لعدم صدق التفريط عرفا، إذ السيره ليست قائمه على الإشهاد فى قضاء الدين، و لا أقل من الشك فى ذلك و الأصل عدم الضمان.

(٨) ما يجرى فى قضاء الدين يجرى فى التسليم المذكور.

(٩) من قضاء الدين و تسليم المبيع.

و الفرق أن الوديعه مبنيه على الإخفاء، بخلاف غيرها، ولأن الإشهاد (١) على الودعي لا يفيد ضمانه (٢) لقبول قوله في الرد، بخلاف غيره (٣) (فلو لم يشهد) (٤) على غير الوديعه (ضمن)، لتفريطه، إذا لم يكن الأداء (٥) بحضره الموكل، وإلا (٦) انتفى الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إليه (٧).

في أن للوكيل تولى طرفى العقد

(و يجوز للوكيل تولى طرفى العقد (٨) بإذن الموكل)، لانتفاء المانع حينئذ (٩).

و مغايره الموجب للقابل يكفى فيها الاعتبار (١٠). و لو أطلق له الإذن (١١) ففى (١) دليل ثان لعدم ضمان الوكيل لو لم يشهد فى الإيداع و حاصله أن الإشهاد على الإيداع لا يفيد، لأنه لو ادعى الودعي التلف فالبينه بالقبض لا توجب عليه الضمان، لأن البينه المذكوره توجب قبض المال، و بدعواه التلف لا يضمن، لأنه مصدق فى دعواه التلف و الرد كما تقدم فى بابه.

(٢) ضمان الودعي.

(٣) غير الودعي، من الدائن و المشتري فالإشهاد على الدفع إليهما يخرج المديون و البائع عن عهده الضمان لو لم يعترف الخصم بالقبض.

(٤) أى الوكيل.

(٥) أى الدفع.

(٦) أى و إن كان الأداء بحضره الموكل فلا يجب على الوكيل الإشهاد، لأنه وكيل بالدفع فقط، و عدم الإشهاد حينئذ مستند إلى الموكل لا إلى الوكيل.

(٧) إلى الموكل.

(٨) لو أذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه، فيجوز للوكيل تولى طرفى الإيجاب و القبول، فالإيجاب من حيثه الوكالة و القبول من حيثه الأصاله، على الأكثر، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، أما المقتضى لوجود إذن المالك فى البيع المذكور، و أما عدم المانع إذ ليس المانع إلا كونه وكيلًا، و هذا لا يصلح للمانع لإطلاق أدله البيع.

و عن الشيخ و جماعه المنع للتهمه، و فيه منع التهمه مع وجود الاذن و مراعاة مصلحه الموكل المعتبره فى فعل كل وكيل.

(٩) حين إذن الموكل.

(١٠) بالأصاله فى القبول و الوكالة فى الإيجاب.

(١١) لو أطلق الموكل لوكيله الاذن فى بيع ماله، فيجوز للوكيل حينئذ أن يبيع على نفسه كما عن الشيخ فى النهايه و العلامه و

ولده و الشهيد فى بعض الحواشى و الحلبي، لوجود المقتضى و عدم المانع على ما تقدم.

ص: ٤٨٣

توليها (١) لنفسه قولان منشأهما: دخوله (٢) فى الإطلاق. و من ظاهر (٣) الروايات الدالة على المنع. و هو أولى.

و اعلم أن توليه طرفى العقد أعم من كون البيع، أو الشراء (٤) لنفسه (٥) و موضع الخلاف مع عدم الإذن (٦) توليه لنفسه، أما لغيره (٧) بأن يكون وكيلًا و عن المشهور المنع للثمة، و لأن إطلاق الإذن منصرف إلى غير الوكيل، إذ المفهوم من الاستنباه فى البيع على غيره، و لخبر هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك، و إن كان الذى عندك خيرا منه) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يبعث إلى الرجل فيقول له: ابتع لي ثوبا فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، قال عليه السلام: لا تقربن هذا، و لا يدنس نفسه، إن الله عز و جل يقول: إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ... الآية، و إن كان ما عنده خيرا مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده) ٢ و مثلها غيرها.

و هى محمولة على الكراهة عند أصحاب القول الأول لظهور بعضها فى ذلك كقوله عليه السلام (و لا يدنس نفسه)، و للجمع بينها و بين خبر ميسر (قلت له: يجيئني الرجل فيقول: تشتري لي و يكون ما عندي خيرا من متاع السوق، قال: إن أمنت أن لا يتهمك فاعطه من عندك، و إن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق) ٣ هذا و اعلم أن النزاع هنا ليس من جهة واحده بل من حيثيه الأخبار و انصراف الإذن و من حيثيه التهمة و من أن المغايرة الاعتبارية بين الأصل و الوكيل تحقق التغير حتى يجوز للوكيل تولي طرفى العقد.

(١) أى طرفى العقد.

(٢) أى دخول الوكيل فى إطلاق الإذن و هو دليل الجواز.

(٣) دليل المنع.

(٤) لو و كله فى شراء شىء.

(٥) لنفس الوكيل.

(٦) أى عدم الإذن صريحا من الموكل.

(٧) أى لغير الوكيل بأن يبيع مال الموكل لشخص آخر، أو يشتري لشخص مال الموكل، و كان الغير موكلا له كذلك.

ص: ٤٨٤

لهما (١) فلا- إشكال إلا- على القول بمنع كونه موجبا قابلا، و ذلك (٢) لا- يفرق فيه بين إذن الموكل و عدمه (و لو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر (٣) لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل.

و تظهر فائده إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع (٤)، فيدعى الموكل حصولها ليتم له العقد و ينكرها الوكيل ليتزلزل و يتسلط على الفسخ.

في ما لو اختلفا

(و لو اختلفا في الرد حلف الموكل (٥)، لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة (١) للبائع و المشتري.

(٢) أى على القول بمنع تولى طرفى العقد.

(٣) فالقول قول المنكر مع يمينه، بلا- خلاف و لا- إشكال، و هو منكر بحسب ظاهر كلامه، و لأصالة عدمها، سواء كان المنكر الموكل أو الوكيل، أما إنكار الوكالة من الموكل فواضح إذ هو الغالب، و أما إنكار الوكالة من الوكيل و الموكل يدعيها فيما لو وقع بينهما عقد لازم و اشترط فيه إيقاع التوكيل في وقت معين.

فالموكل يدعيها ليخرج عن عهده الشرط و يبقى العقد لازما، و الوكيل ينكرها ليثبت تخلف الشرط فيتزلزل العقد و يصير له الفسخ بخيار تخلف الشرط.

(٤) أى الأمر الذى هو الشرط في العقد اللازم، و هو الوكالة لا يتلافى حين النزاع، لأنه مقيد بوقت خاص، و إلا لو شرط أصل الوكالة من دون تحديد لها بوقت خاص، لكان الموكل حين النزاع يوكله و يحقق الشرط.

(٥) بأن ادعاه الوكيل و أنكره الموكل، فإن كانت وكالته بجعل كلف الوكيل البينة، لأنه مدع و الموكل منكر فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم الرد.

و إن كانت وكالته بغير جعل فقبل قول الوكيل مع يمينه على المشهور، لأنه محسن كالودعى، و لأنه أمين إذ قبض المال بإذن مالكة.

و عن ابن إدريس و عليه مشهور المتأخرين أنه يقبل قول الموكل المالك مع يمينه، لأصالة عدم الرد، و كون الوكيل أمينا لا يستلزم القبول، لأن الأمانة أعم من قبول قوله و عدمه في الرد، نعم أمانته تفيده في قبول قوله في التلف كما سيأتى، و أما الإحسان فكذلك لا ينافى عدم قبول قوله.

إن قلت: المحسن لا سبيل عليه مع أن عدم قبول قوله مستلزم لثبوت الحق عليه بيمين الخصم، و يمين الخصم عليه سبيل.

بجعل أم لا (١).

(و قيل) (٢): يحلف (الوكيل، إلا- أن تكون بجعل) فالموكل. أما الأول (٣) فلأنه (٤) أمين، وقد قبض المال لمصلحه المالك فكان محسنا محضا كالودعي، و أما الثاني (٥) فلما مر (٦)، و لأنه (٧) قبض لمصلحه نفسه كعامل القراض، و المستأجر (٨).

و يضعف (٩) بأن الأمانه لا تستلزم القبول (١٠)، كما لا يستلزمه (١١) فى الثانى (١٢) مع اشتراكها (١٣) فى الأمانه، و كذلك الإحسان (١٤)، و السبيل المنفى (١٥) قلت: نفى السبيل على المحسن عام، و ما من عام إلا و قد خصّ، و إلا فلو يكن مخصّصا بما ذكر للزم تقديم قول الوكيل فى دعوى الرد، و لا يقبل قوله إلا مع اليمين، مع أن إثبات اليمين عليه سبيل و هو منفى بالآيه، و لو قدم قوله بدون يمين فهو على خلاف الاتفاق.

(١) و هو قول مشهور المتأخرين.

(٢) هو مشهور القدماء.

(٣) حلف الوكيل إذا كانت الوكالة بغير جعل.

(٤) أى الوكيل.

(٥) حلف الموكل إذا كانت الوكالة بجعل.

(٦) من أصاله عدم الرد الموافق لقول الموكل.

(٧) أى الوكيل.

(٨) و لا يقبل قولهما فى الرد مع اليمين، بل يقبل قول خصمهما مع اليمين.

(٩) أى تقديم قول الوكيل فى الرد فيما إذا كانت الوكالة بغير جعل.

(١٠) فيما لو كانت الوكالة بغير جعل.

(١١) أى الأمانه لا تستلزم القبول.

(١٢) فيما إذا كانت الوكالة بجعل.

(١٣) أى اشتراك الصور، الثانيه للأولى فى الأمانه، لأن الوكيل فيهما قد قبض مال المالك بإذنه.

(١٤) أى أنه أعم من الصورتين، غايته مع عدم الجعل يكون محسنا محضا.

(١٥) في قوله تعالى: مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١).

ص: ٤٨٦

١- (١) سورة النساء الآية ١٤١.

مخصوص (١)، فإن اليمين (٢) سبيل.

(و) لو اختلفا (فى التلف) (٣) أى تلف المال الذى بيد الوكيل كالعين الموكّل فى بيعها و شرائها (٤)، أو الثمن (٥)، أو غيره (حلف الوكيل) لأنه أمين (٦)، وقد يتعذر إقامه البينه على التلف فاقتنع بقوله، وإن كان مخالفا للأصل و لا فرق، بين دعواه التلف بأمر ظاهر، و خفى (٧)، (و كذا) يحلف لو اختلفا (فى التفريط) (٨).

و المراد به ما يشمل التعدى، لأنه منكر، (و) كذا يحلف لو اختلفا (فى القيمه) (٩) على تقدير ثبوت الضمان، لأصالة عدم الزائد.

(١) أى له موارد معينه، ليس هذا منها لأنه لو قدمنا قوله تمسكا بالآيه لقدمناه مع اليمين، و إثبات اليمين عليه سبيل، و هو منفى بالآيه أيضا كما أن إثبات يمين الخصم عليه سبيل منفى، فلزم من التمسك بالآيه بنفى السبيل عنه تقديم قوله بلا يمين و هو ما لا يمكن الالتزام به، و من هنا تعرف عدم صحه التمسك بالآيه فى هذا المورد.

(٢) له أو عليه.

(٣) يقدم قول الوكيل مع يمينه بلا- خلاف و لا- إشكال للإجماع المدعى كما عن المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك.

و تقديم قوله على خلاف الأصل إذ هو مدع للتلف، لأنه لو لم يقدم قوله لطولب بإقامه البينه و لو تعذرت أو تعسّرت لوجب عليه رد نفس العين، و لو كان صادقا فى دعواه لتعذر الرد و هذا ما يلزم منه التخليد فى الحبس و هو عسر و حرج منفيان.

(٤) إذا تلفت بعد الشراء.

(٥) و هو ما لو تلف بعد البيع فيما لو وكل فى البيع، أو تلف قبله إذا وكل فى الشراء.

(٦) لا يصح التعليل بالأمانه إذ هى أعم من قبول قوله و عدمه، نعم الدليل الإجماع لثلا يلزم تخليده فى السجن كما علمت.

(٧) و عن الشافعى التفريق ففى الأول يلزم بالبينه و فى الثانى يكتفى منه باليمين.

(٨) إذ يدعيه الموكل و ينكره الوكيل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله و ليس المراد من التفريط خصوص الأمر العدمى فى قبال التعدى الذى هو الأمر الوجودى، بل ما يعمهما إذ المراد منه ما هو غير مأذون فيه.

(٩) لو ثبت الضمان على الوكيل عند تلف العين إما لاقاراره بالتفريط، و إما لإقامه البينه على ذلك، فادعى الموكل أن قيمه التالف مائه، و أنكر الوكيل و قال: خمسون، قدم قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر لأصالة عدم ثبوت الزائد فى ذمته.

(و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (١) (١) بحيث أنكر الموكل الوكالة كان القول قوله مع يمينه و يلزم الوكيل بمهر الزوجه المسمى فى العقد كما عن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله و الآبى فى كشفه و العلامه فى التحرير و الإرشاد و القواعد و جماعه، أما تقديم قول الموكل مع يمينه لأنه منكر لأصالة عدم وقوع الوكالة بلا خلاف فى ذلك، و أما إلزام الوكيل بتمام المهر لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل زوجه أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه) (١) بناء على تنزيله على دعوى الوكالة، و لأن المهر يجب بالعقد و قد حصل فلا بد أن يثبت تمامه، و تنصيفه بالطلاق قبل الدخول غير جار هنا إذ لا طلاق بحسب الفرض. و عن المشهور أن الوكيل يلزم بنصف المهر لخبر عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضا و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك).

فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طلبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال عليه السلام: يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد عليه بذلك الذى قال له حل لها أن تتزوج و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله عز و جل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول: فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشِيرَ بِيَاخْسَانٍ، فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل، و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام، و قد أباح الله عز و جل لها أن تتزوج (٢)، و صحيح أبى عبيده الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضا و لا قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال عليه السلام:

إن كان للمأثور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، و لا ميراث بينهما و لا عده عليها، و لها نصف الصداق إن فرض لها صداقا، و إن لم يكن سمي لها فلا شىء لها) (٣) بناء على أن المراد من الصداق أولا هو نصف الصداق بدليل ما ورد فيما بعد.

و عن المحقق فى الشرائع و مال إليه جماعه منهم العلامه و ولده و الشارح و المحقق الثانى أنه يحكم ببطالان العقد ظاهرا لعدم ثبوت الوكالة بعد حلف الموكل على عدمها، و لا يغرم

ص: ٤٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوكالة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

(حلف) (١)، لأصالة عدمها (٢) (و على الوكيل نصف المهر (٣) لروايه عمر بن حنظله عن الصادق عليه السلام، ولأنه (٤) فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق، (و لها التزويج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة (و يجب على الزوج) فيما بينه، و بين الله تعالى (الطلاق إن كان وكل) في التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها (٥) و تعريضها (٦) للتزويج بغيره محرم، (و يسوق نصف المهر إلى الوكيل (٧)، للزومه له (٨) بالطلاق، و غرم الوكيل له بسببه (٩).

(و قيل: يبطل) العقد (ظاهرا، و لا غرم على الوكيل (١٠)، لعدم ثبوت عقد حتى الوكيل و لا الموكل لعدم ثبوت العقد و المهر من لوازم العقد، نعم يجب على الموكل أن يطلقها فيما بينه و بين الله عز و جل إن كان الوكيل صادقا و هو عالم بذلك، و أن يسوق إليها نصف المهر إن لم يكن دفعه الوكيل بحسب الواقع، و إلا- فقد عرفت أنه ظاهرا لا- يثبت شيء من المهر لا- على الموكل و لا على الوكيل، و إلا فيدفعه للوكيل لأنه غرم بسببه.

و أما المرأة فلا- إشكال و لا- خلاف في أن لها التزويج و إن لم يطلق الموكل، إذا لم تكن عالمه بالوكالة، لأنها خليه في ظاهر الشرع كما هو صريح خبر عمر بن حنظله، و أما لو كانت عالمه بالوكالة فلا يجوز لها التزويج قبل حصول الطلاق، لأنها معترفه بزوجيتها للموكل، فإن وقع الطلاق من الموكل فهو، و إن امتنع فهل يجبر على الطلاق دفعا للضرر أو لا يجبر لانتفاء النكاح ظاهرا.

و على الثاني من عدم إجباره على الطلاق فهل تتسلط على الفسخ دفعا للضرر أو يتسلط الحاكم لأن له ولاية على الممتنع أو تبقى العلقه الوصفية حتى يطلق أو يموت أوجه ثلاثه، و لكن مقتضى الأخبار جواز التزويج مطلقا.

(١) أى الزوج.

(٢) عدم الوكالة.

(٣) قول المشهور و هو القول الثاني المتقدم في الشرح.

(٤) أى إنكار الزوج.

(٥) أى إنكار الوكالة، أو إنكار زوجيته منها.

(٦) أى تعريض الزوجه.

(٧) سرا إن أبى عن الجهار كما فى الرياض.

(٨) أى لزوم نصف المهر للزوج بسبب الطلاق.

(٩) أى تغريم الوكيل للنصف بسبب الزوج لأنه أنكر.

(١٠) لا تمام المهر و لا نصفه، و هو قول المحقق و من تبعه، و هو القول الثالث المتقدم في الشرح.

يحكم بالمهر، أو نصفه، ولأنه (١) على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنه (٢) عوض البضع. والوكيل ليس بزوجة، والحديث (٣) ضعيف السند، وإلا لما كان عنه عدول مع عمل الأكثر بمضمونه (٤)، والتعليل بالفسخ فاسد (٥) فالقول الأخير (٦) أقوى.

نعم لو ضمن الوكيل (٧) المهر كله، أو نصفه لزمه حسب ما ضمن، وإنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها (٨)، وإلا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها (٩) يزعمها زوجها، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال، ولو امتنع من الطلاق، حينئذ (١٠) لم يجبر عليه (١١)، لانتفاء النكاح ظاهراً، وحينئذ (١٢) ففي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم عليه (١٣) أو على الطلاق، أو بقاءها كذلك (١٤) حتى يطلق أو يموت (١٥)، أو جه، و لو أوقع الطلاق معلقا على (١) أى المهر.

(٢) أى المهر.

(٣) أى خبر عمر بن حفص، و ضعفه لاشتمال سنده على داود بن الحصين و هو واقفي، و على دينار بن الحكم و هو مجهول.

(٤) وفيه: إن عمل الأصحاب جابر لو هن السند فلا يصح رده من حيثيه ضعف سنده حينئذ، فضلا عن وجود صحيح أبي عبيدة المتقدم.

(٥) من أثبت المهر أو نصفه على الوكيل قد علله بأن العقد قد انفسخ بحلف الزوج على نفى الوكالة، والتعليل عليل لأن مثل هذا ليس بفسخ حقيقي وإلا لو كان كذلك لما وجب على الزوج واقعا أن يطلق على تقدير وكالته.

(٦) من عدم المهر ولا نصفه لا على الوكيل ولا على الموكل كما هو قول المحقق و من تبعه.

(٧) للزوجه تمام المهر أو نصفه عن الزوج فيجب على الوكيل حينئذ للضمان لا للخبر المتقدم الذي قد عرفت ضعف سنده.

(٨) على الوكاله.

(٩) أى المرأة.

(١٠) أى حين تصديقها للوكيل بالوكاله.

(١١) لم يجبر الزوج على الطلاق.

(١٢) أى حين عدم إجباره على الطلاق.

(١٣) على الفسخ.

(١٤) أى زوجه.

(١٥) وفي نسخه (أو تموت)، و هو ليس بصحيح لأن فسخ الزوجيه عنها إنما يحصل بطلاقها أو بموت زوجها، أما مع موتها فلا معنى للحكم سواء كانت زوجه أم لا.

الشرط (١) كيان كانت زوجتي فهي طالق صح، و لم يكن إقرارا، و لا- تعليقا مانعا، لأنه (٢) أمر يعلم حاله، و كذا فى نظائره كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا، أو غير من العقود.

(و لو اختلفا فى تصرف الوكيل (٣) بأن قال: بعث، أو قبضت، أو اشتريت (حلف) الوكيل، لأنه أمين و قادر على الإنشاء (٤)، و التصرف إليه و مرجع الاختلاف إلى فعله و هو أعلم به.

(١) أى شرط زوجيتها، و الألف و اللام عهديه، صح الطلاق، لأن هذا ليس تعليقا على شرط متوقع أو صفه مترقبه، و إنما الشرط دائر مدار علمه، فإن كان قد صدر منه التوكيل فهي زوجته و يصح جعل الزوجيه حينئذ شرطا، بل هو جعل لشيء حاصل فلا تعليق واقعا، لأن التعليق هو جعل لشيء سيحصل أو يتوقع حصوله.

(٢) أى الشرط المذكور.

(٣) بحيث ادعى الوكيل وقوع التصرف الموكل به و أنكره الموكل، كأن يدعى الوكيل بيع المتاع الذى و كل بيعه و قد تلف الثمن، فأنكر الموكل البيع، أو ادعى الوكيل شراء المتاع الذى و كل بشرائه و أنه سرق فأنكر الموكل الشراء. قيل: يقدم قول الوكيل، لأنه أمين، و لأنه أقر بما له أن يفعله فيندرج تحت القاعده (من ملك شيئا ملك الإقرار به)، و هو مالك للتصرف فيملك الإقرار به، و لأن الاختلاف راجع إلى فعله و هو أعلم به، و إلى هذا القول ذهب غير واحد.

و قيل: يقدم قول الموكل، لأصالة عدم الفعل، و إليه ذهب المحقق الثانى، و اختلف كلام العلامة هنا ففى القواعد جزم بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف، و فى التذكرة جزم بتقديم قول الموكل إن كان النزاع بعد عزل الوكيل، و استقرب كون الحكم كذلك قبل العزل، و توقف فى التحرير.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه لا يحتاج إلى تقييد التصرف فى فرض المسألة، بكون الثمن قد تلف فى يد الوكيل، بأن يقول: بعث و قبضت الثمن و تلف فى يدي، كما ذكره بعضهم تبعا لتقييده بذلك فى التحرير، لأن الكلام فى دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقا مطلقا، و هو أمر خارج عن هذه المسألة، و إنما حاصل هذه دعوى الموكل عدم التصرف بالبيع و نحوه ليرتجع العين، و الوكيل يدعى الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أم لا) انتهى.

(٤) أى الإقرار به، لأنه مالك للتصرف فيملك الإقرار به.

(و قيل): يحلف (الموكل)، لأصالة عدم التصرف، و بقاء الملك على مالكه و الأقوى الأول.

و لا فرق بين قوله فى دعوى التصرف: بعت و قبضت الثمن و تلف فى يدى، و غيره (١)، لاشتراك الجميع فى المعنى و دعوى التلف أمر آخر،(و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثمن الذى اشترى به السلعة) كأن قال الوكيل:

اشتريته بمائه و الحال أنه يساوى مائه (٢)، ليمكن صحه البيع فقال الموكل: بل بثمانين، يقدم قول الوكيل (٣)، لأنه أمين، و الاختلاف فى فعله و دلاله الظاهر على كون الشئ إنما يباع بقيمته و هو الأقوى.

و قيل: قول الموكل، لأصالة براءته (٤) من الزائد، و لأن فى ذلك (٥) إثبات حق للبائع عليه (٦) فلا يسمع.

(١) من دون دعوى التلف.

(٢) كما ذكره العلامة فى التحرير، و إلا لم يكن الشراء صحيحا لما تقدم من حمل الإطلاق فى الاذن على ثمن المثل، إذا تعلق الغرض به فلا يجوز بالأدنى كما لا يجوز بالأعلى.

(٣) كما عن الشيخ فى المبسوط و جماعه، لأنه أمين و الفعل فعله و هو أعلم به، و لأن الظاهر أن الشئ يشتري بثمن مثله، و هو يدعى ذلك فيكون قوله موافقا لهذا الظاهر.

و عن العلامة فى الإرشاد و جماعه تقديم قول الموكل، لأصالة براءة الموكل من الزائد، لأنه غارم، و لأن تقديم قول الوكيل تقديمًا لحق البائع على الموكل مع إنكاره فلا يسمع، لأن إقرار الغير نافذ فى حقه لا فى حق غيره.

و ردّ بأن قول الوكيل نافذ فى حقه بعد ما كان أمينًا، و عليه لا معنى لجريان أصل البراءة مع أمانه الوكيل.

(٤) أى براءة الموكل.

(٥) أى تقديم قول الوكيل.

(٦) على الموكل.

كتاب الشفعه

اشاره

ص: ٤٩٣

فى تعريف الشفعة

(و هى) فعلة من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به أى زوجا كأن (١) لا خلاف و لا إشكال فى مشروعيتها للأخبار الكثيره.

منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما) (١)، و المرسل عن أحدهما عليه السلام (الشفعة لكل شريك لم يقاسم) (١).

و خالف جابر بن زيد و الأصم فأنكرا الشفعة، و هما محجوجان بهذه النصوص. هذا و الشفعة وزان غرفه، قال الشارح فى المسالك: (مأخوذه من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعا به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه، و يقال: أصل الكلمه التقويه و الإعانه، و منه الشفاعة و الشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، و منه شاه شافع للتى معها ولدها لتقويها به) انتهى.

هذا و اختلف فى أنها مأخوذه من الشفع بمعنى الضم، أو من الشفع بمعنى الزيادة، أو من الشفع بمعنى التقويه، أو من الشفاعة أقوال أربعة، و عن أكثر من واحد من أصحابنا أنها مأخوذه من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد مما يضم إليه، و لذا قال فى مجمع البحرين: (الشفعة كغرفة قد تكرر ذكرها فى الحديث، و هى فى الأصل التقويه و الإعانه، و فى الشرع استحقاق الشريك الحصة المبيعه فى شركه، و اشتقاقها على ما قيل من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأن كان واحدا و ترا فصار زوجا شفعا، و الشافع: الجاعل الوتر شفعا، و يقال: الشفعة اسم للملك المشفوع مثل اللقمه، اسم للشىء الملقوم، و تستعمل بمعنى التملك لذلك الملك) انتهى.

ص: ٤٩٥

الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه، و أصلها التقويه و الإعانه، و منه (١) الشفاعة و الشفع. و شرعا (٢) (استحقاق الشريك الحصة المبيعه في شركته)، و لا يحتاج إلى قيد الاتحاد (٣)، و غيره (٤) مما يعتبر في الاستحقاق (٥)، لاستلزام الاستحقاق (٦) له (٧).

(١) أى و من هذا المعنى و هو التقويه الإعانه، حيث إن في الشفاعة تقويه و إعانه للمشفوع له على ذنبه، و من هذا المعنى الشفع بمعنى الزوج، لأنه يتقوى بالآخر.

(٢) فعن أبى الصلاح و ابنى زهره و إدريس أنها (استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته)، و عن القواعد للعلامه هي (استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع)، و فى الشرائع (استحقاق أحد الشريكين حصه شريكه بسبب انتقالها بالبيع)، و فى النافع (استحقاق حصه الشريك لانتقالها بالبيع) إلى غير ذلك من التعريفات التى يقصد منها التمييز فى الجملة، فلا يضرها عدم مساواتها للمعزف، قال فى الجواهر: (ضروره معلوميه كون المراد منها التمييز فى الجملة، لترتب الأحكام عليها، و إلا فتمامه - أى تمام المعنى - يعلم بالإحاطه التامه بالأدله التى ستعرفها إن شاء الله، و ليس المراد منها التحديد الحقيقى)، و قال فى الرياض (و التحقيق أن هذه التعريفات اللفظيه لا يقدر فيها ما يورد، أو يرد عليها من النقض و المناقشه، فإنما المقصود منها التمييز فى الجملة) انتهى.

(٣) أى لا يحتاج التعريف المذكور إلى قيد اتحاد الشريك الذى يثبت له حق الشفعه، و المعنى أن التعريف لا يحتاج إلى تقييد الشريك بالواحد و لا- يحتاج إلى تقييد استحقاق الشريك الحصة من شريكه بسبب بيعها على ثالث، و لا يحتاج إلى تقييد الحصة المبيعه من غير المنقول، و يكون الشركه قابله للقسمه، لأن هذه الأمور الأربعه تذكر فى الأحكام لا فى تعريف الشفعه.

(٤) أى غير الاتحاد من بقيه القيود.

(٥) الاستحقاق جنس أو بمنزله الجنس يدخل فيه استحقاق مال بالإرث و الحيازه و الأحياء و غيرها، و حتى يتخصص الاستحقاق بالشفعه لا بدّ من القيود التى ذكرها الماتن و لا بدّ من ذكر القيود الأربعه المتقدمه، و لكن ذكر الأمور المتقدمه لا تدخل فى التعريف لأنها تذكر فى الأحكام.

(٦) أى الاستحقاق المذكور فى التعريف.

(٧) لقيد الاتحاد و لغيره من بقيه القيود الأربعه.

و إنما يفتقر إلى ذكرها (١) في الأحكام، و لا- يرد النقض في طرده (٢) بشراء (٣) الشريك حصه شريكه، فإنه (٤) بعد البيع يصدق (٥) استحقاق الشريك الحصه المبيعه في شركته، إذ ليس في التعريف أنها (٦) مبيعه لغيره أو له (٧)، و كما يصدق الاستحقاق بالأخذ (٨) يصدق بنفس الملك.

و وجه دفعه (٩): أن الاستحقاق المذكور هنا (١٠) للشريك المقتضى لكونه شريكا (١١) حال شركته، و الأمر في البيع ليس كذلك (١٢)، لأنه حال الشركه غير مستحق (١٣)، و بعد الاستحقاق (١٤) ليس بشريك، إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل، لأنه (١٥) المعتبر شرعا (١٦)، لا ما كان فيه شريكا مع ارتفاع الشركه (١٧)، أي ذكر القيود الأربعة المتقدمه.

(٢) أي أنه غير مانع.

(٣) و حاصل الإشكال أنه لو باع أحد الشريكين حصته للآخر فإنه يصدق عليه التعريف المذكور، لأن المشتري قد استحق حصه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، فالشريك كما يستحق الحصه المبيعه لغيره، كذلك يستحق الحصه المبيعه لنفسه مع أن الثاني ليس بشفعه و هو مما يصدق عليه التعريف، فلا يكون مانعا للأغيار.

(٤) أي الشأن و الواقع.

(٥) أي يصدق التعريف على ما لو اشترى الشريك حصه شريكه مع أنه ليس بشفعه واقعا.

(٦) أي الحصه.

(٧) أي لغير الشريك أو له.

(٨) أي تعريف الشفعه بالاستحقاق كما يصدق على الأخذ بالشفعه يصدق على هذا البيع.

(٩) أي دفع الإشكال أن الشريك بعد بيع الحصه ليس بشريك بسبب زوال تلبس مبدأ الاشتراك عنه بعد البيع، فهو بعد البيع ليس بشريك، نعم قد كان شريكا.

(١٠) في تعريف الشفعه.

(١١) أي فعلا و لذا قال: حال شركته.

(١٢) ففي البيع لم يستحق الشريك حال شركته.

(١٣) لأنه لم يتحقق البيع

(١٤) و بعد البيع.

(١٥) أي الشريك الفعلي.

(١٦) و لذا يجب حمل الألفاظ الواردة فى الكتاب و السنه على الفعلية.

(١٧) فمع الارتفاع لا يكون شريكا إلا على القول بكون المشتق موضوعا للأعم.

ص: ٤٩٧

نظرا (١) إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه (٢) في المشتق.

نعم يمكن ورود ذلك (٣) مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركه في غير الحصة المبيعه، و لو قيد (٤) المبيع بكونه لغير المستحق، أو علق الاستحقاق بتملك الحصة فقال: استحقاق الشريك تملك الحصة المبيعه إلى آخره (٥) سلم من ذلك (٦)، لأن استحقاق التملك (٧) غير استحقاق الملك.

في من تثبت له الشفعه

(و لا تثبت لغير) الشريك (الواحد) (٨) على أشهر القولين. و صحيح الأخبار (١) تعليل للمنفى.

(٢) أى المبدأ.

(٣) أى النقض على التعريف بكونه غير مانع، و هو الإشكال الثانى و حاصله ما لو تعدد الشركاء فإذا كانوا ثلاثه و باع أحدهم أحد الشريكين الباقيين فقد انتقلت حصه أحد الشريكين للآخر بسبب البيع، مع أن هذا البيع ليس بشفعه، و التعريف صادق عليه فلا يكون مانعا.

(٤) أى المصنف لو قال فى تعريف الشفعه: استحقاق الشريك الحصة المبيعه لغيره فى شركته لارتفع الإشكالان المتقدمان.

(٥) أى آخر ما ذكر فى التعريف.

(٦) من الإشكاليين السابقين.

(٧) بالشفعه غير استحقاق ملك الحصة بالبيع.

(٨) ذهب المشهور إلى عدم ثبوت الشفعه مع زياده على الشريكين، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثه فليس لواحد منهم شفعه) (١) و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كان الشىء بين شريكين لا-غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم) (١)، و ذهب ابن الجنيّد إلى ثبوت الشفعه مطلقا، و إن زاد الشركاء على اثنين، لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الدار بين قوم اقتسموها، و أخذ كل واحد منها قطعه فبناها، و تركوا بينهم ساحه، فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أ له ذلك؟ قال عليه السلام:

نعم، و لكن يسدّ باباه، و يفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق السطح، فإن أراد

ص: ٤٩٨

يدل عليه. و ذهب بعض الأصحاب (١) إلى ثبوتها مع الكثرة، استنادا إلى روايات (٢) معارضة بأقوى منها

فى موضوعها

(و موضوعها) (٣) و هو المال الذى تثبت فيه على تقدير بيعه:

صاحب الطريق يبيعه فإنهم أحق به و إلا فهو طريقه حتى يجلس على ذلك الباب (١)، و حسنه منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، و طريقهم واحد فى عرصه، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا فى الشفعه؟ فقال عليه السلام: إن باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه) (١)، و خبر السكونى عن جعفر بن محمد عليه السلام (الشفعه على عدد الرجال) (٢) و خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (الشفعه على الرجال) (٣) و خبر عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالشفعه بين الشركاء) (٣) و هو جمع و أقله ثلاثة.

و ذهب الصدوق إلى أن الشفعه تثبت للكثرة فى الأرض، و لا تثبت لغير الواحد من الشركاء فى الحيوان، لخبر عبد الله بن سنان (سألت عن مملوك بين شركاء، و أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم إلى البيع قال لشريكه: أعطني، قال: أحق به ثم قال: لا شفعه فى حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحد) (٤)، فهو مخصص بالعبد و الحيوان، و أما الأخبار المتقدمه الداله على ثبوت الشفعه للأكثر من شريكين فهى وارده فى الأراضى بعد حمل مطلقها على مقيدها.

هذا و الأخبار المعارضه لقول المشهور محموله على التقيه لموافقتها العامه.

(١) و هو ابن الجنيد و الصدوق، و يكون إشاره إلى القولين الأخيرين.

(٢) بعضها صحيح.

(٣) أى موضوع الشفعه، هذا و اختلف الأصحاب فى محل الشفعه من الأموال المنقوله بعد اتفاقهم على ثبوتها فى العقار القابل للقسمه كالأرض و البساتين.

فأكثر المتقدمين و جماعه من المتأخرين على ثبوتها فى كل منقول، لمرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الشفعه لمن هى؟ و فى أى شىء هى؟ و لمن تصلح؟ و هل يكون فى الحيوان شفعه؟ و كيف هى؟).

ص: ٤٩٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الشفعه حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٥ و ذيله.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الشفعه حديث ١.

(ما لا ينقل كالأرض و الشجر) (١) إذا بيع منضمًا إلى مغرسه (٢)، لا منفردًا. و مثله فقال عليه السّلام: الشفعه جائزه فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، و إن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم(١)، و يعضده ما فى خبر ابن سنان المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا شفعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا)(٢)، و حسنه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الشفعه فى الدور أ شىء واجب للشريك؟ و يعرض على الجار و هو أحق بها من غيره؟ فقال عليه السّلام: الشفعه فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن)(٣)، و الأخير مطلق يشمل بيع المنقول و غيره.

و ذهب مشهور المتأخرين إلى عدم ثبوت الشفعه إلا- فى غير المنقول مما يقبل القسمة عادة، بل فى التذكرة أنه المشهور استضعافا لمرسل يونس، و لخبر جابر عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (الشفعه فى كل مشترك فى أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فيأخذ أو يدع)(٤)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا- شفعه فى سفينه و لا فى نهر و لا فى طريق و لا فى رحى و لا فى حمام)(٥)، و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس فى الحيوان شفعه)(٦)، و مرسل الكافى (إن الشفعه لا تكون إلا فى الأرضين و الدور فقط)(٧) و مثلها غيرها.

(١) الشجر و الأبنيه إن بيعت مع الأرض التى هى فيها فلا إشكال فى ثبوت الشفعه فيها تبعا للأرض لدخولها فى عموم النص المتقدم الوارد بثبوت الشفعه فى الربع و الأرض، و إن بيعت منفردة أو منضمه إلى أرض أخرى غير ما هى فيها فيبنى ثبوت الشفعه فيها و عدمه على القولين السابقين، فمن عَمَّ أثبتها فيها، و من خصص موردّها بالعقار لم يوجبها هنا، لأنها لا تدخل منفردة، و ضم الشجر و البناء إلى غير أرضها لا ينفع لعدم التبعية للأرض المباعه.

(٢) أى الأرض التى غرس فيها.

ص: ٥٠٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.
- ٤- (٤) كنز العمال ج ٤ ص ٢ رقم الحديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفعه حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٦.
- ٧- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفعه حديث ٣.

البناء (١)، فلو اشتركت غرفه بين اثنين دون قرارها (٢) فلا شفعه فيها، وإن انضمت (٣) إلى أرض غيره كالشجر إذا انضم إلى غير مغرسه.

(و) في اشتراط إمكان قسمته قولان (٤) أجودهما اشتراطه (٥)، لأصالة عدم ثبوتها (٦) في محل النزاع (٧)، و عليه (٨) شواهد من الأخبار، لكن في طريقها ضعف. و من لم يشترط نظر إلى عموم. أدله ثبوتها، مع ضعف المخصص، و على (١) إذا بيع منضمًا إلى أرضه.

(٢) كالغرفة العليا بحيث يكون أرضها سقفًا لغرفة أحدهما، فيأتي فيها الخلاف المتقدم، فمن عمم يثبت الشفعه فيها، و من خصص بالعقار لم يوجبها هنا.

(٣) أي الغرفة.

(٤) هل يشترط في محل ثبوت القسمة إمكان قسمته أو لا؟ ذهب المشهور خصوصًا بين المتأخرين إلى اشتراط كون المحل قابلاً للقسمة الإجبارية، أي التنصيف، واحتجوا عليه برواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام قال: لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم) (١)، و لازمه قبول الشرکه للقسمة عند إرادته الشريك، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: لا شفعه في سفينة و لا في نهر و لا في طريق و لا في رحي، و لا في حمام) (٢). و عدم ثبوت الشفعه لعدم إمكان قسمتها.

و ذهب المفيد و المرتضى و ابنا زهره و إدريس و الطبرسي و ابن البراج إلى عدم اشتراط القسمة، لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعه من غير تخصيص لاستضعاف الروايتين السابقتين، إذ السكوني عامي و مثله طلحة بن زيد، و لأن مقتضى لثبوت الشفعه هو إزاله الضرر عن الشريك، و هو قائم في غير القابل للقسمة، بل هو أقوى من القابل لها، لأن القابل لها يمكنه التخلص من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره فيكون ثبوت الشفعه في غير القابل بطريق أولى.

(٥) أي اشتراط إمكان قسمته.

(٦) أي عدم ثبوت الشفعه.

(٧) و محل النزاع هنا ما لا يمكن قسمته، فإذا شككنا في ثبوت الشفعه فيه فالأصل العدم.

(٨) على الاشتراط.

ص: ٥٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الشفعه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفعه حديث ١.

الأول (١) فلا- شفعه في الحمام الصغير، و العضائد الضيقه (٢)، و النهر، و الطريق الضيقين، و الرحي حيث لا- يمكن قسمه أحجارها، و بيتها (٣).

و في حكم الضيق قله النصيب (٤) بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمه (و لا تثبت) الشفعه (في المقسوم) (٥) بل غير المشترك مطلقا (٦)، إلا مع الشركه (٧) (١) من اشتراط إمكان القسمه.

(٢) عضد الشيء ما يشاد أو يبنى حوله ليشتد به، و المراد به هنا عضائد الباب من الخشب على يمين الداخل و يساره.

(٣) أى بيت الرحي.

(٤) على القول باشتراط إمكان القسمه في محل ثبوت الشفعه فيشترط أن يكون المحل قابلا للقسمه بدون ضرر على الشريك، و أما إذا استلزم الضرر فلا- يكون المحل قابلا للقسمه، و المراد بالضرر هو المبطل لمنفعه المال أصلا على تقدير القسمه، بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقه أو لقله النصيب، أو لأن أجزاءه بعد القسمه لا ينتفع بها و إلا فلو بقى للسهم بعد القسمه نفع ما تثبت الشفعه.

و فسر الضرر بأن تنقص قيمه المقسوم نقصانا فاحشا بالقسمه عما قبلها، و فسر ثالث أن تبطل المنفعه المقصوده قبل القسمه، و إن بقيت فيه منافع غيرها بعد القسمه، كالحمام و الرحي فإنهما يخرجان بالقسمه عن الانتفاع بهما في الغسل و الطحن، و كلام الشارح هنا ناظر إلى الأول.

(٥) ذهب الأصحاب إلا العماني ابن أبى عقيل إلى اشتراط الشفعه في الشركه بالفعل، فلا تثبت بالجوار و لا فيما قسم، لما تقدم من الأخبار كالمرسل عن أحدهما عليهما السلام (الشفعه لكل شريك لم يقاسم) (١)، و خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام قال: لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم) ٢، و جوز ابن عقيل الشفعه في المقسوم و لم يذكر له دليل، و النصوص المستفيضة المرويه من طريقى الخاصه و العامه الظاهره في غير المقسوم حجه عليه.

(٦) سواء لم يشترك فيه أصلا، أو كان و قد قسّم حيث إنه بعد القسمه هو غير مشترك.

(٧) استثنى المشهور من حكمهم صورته واحده و هى: ما إذا اشترك في الطريق أو الشرب، و كل واحد من الشريكين له حصه من الأرض أو البستان على ذلك الطريق، و هما غير

ص: ٥٠٢

(فى المجاز) (١) و هو الطريق،(و الشرب (٢) إذا ضمهما فى البيع إلى المقسوم.

و هل يشترط قبولهما القسمة كالأصل (٣)؟ إطلاق العبارة (٤) يقتضى عدمه (٥)، و فى الدروس اشترطه (٦)، و الأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة (٧) نعم لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

مشتريين فى الأرض و البستان، فلو باع أحدهما نصيبه من الأرض و نحوها مع ماله من الحصة فى الطريق أو الشرب، فالشفعة تثبت فى مجموع المبيع و إن كان بعضه غير مشترك، فلو أفرد الأرض فى البيع فلا شفعة حيث لا شركة، و لو باع حصته من الطريق أو الشرب فقط تثبت الشفعة فيه إن كان واسعاً و إلا فالخلاف المتقدم من إمكان قسمته أو لا، و الذى يدل على هذا الاستثناء حسنه منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، و طريقهم واحد فى عرصه، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا فى الشفعة؟ فقال عليه السلام: إن باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة)(١).

(١) على وزن مفعّل أى مكان الاجتياز.

(٢) قال فى الصحاح (بالكسر هو الحظ من الماء).

(٣) الأصل هنا هو الدار لأنه المبيع حقيقه، و عليه فهل يشترط قبول الطريق و الشرب للقسمة مع أن الرواية المتقدمه لم تتعرض لكون الطريق قابلاً للقسمة، ذهب المحقق إلى اشتراط كون الطريق قابلاً للقسمة لو بيعت منفردة كما فى كل بيع تثبت فيه الشفعة، أما لو بيعت منضمه إلى الدار فيكفى قبول أصل الدار للقسمة، لأن الدار هى المبيع حقيقه، و الطريق تابع لها فلا يعتبر فى الطريق حينئذ القبول للقسمة.

و الشهيد فى الدروس اشترط كون الطريق قابلاً للقسمة سواء بيع منفرداً أو منضمّاً إلى الدار، لاشتراط ذلك فى كل مشفوع.

(٤) أى عبارة الماتن للمجاز و الشرب.

(٥) عدم اشتراط قبول القسمة.

(٦) أى اشترط قبول القسمة سواء بيعا منفردين أم لا.

(٧) كما هو قول المحقق.

ص: ٥٠٣

فى أنه يشترط قدره الشفيع على الثمن

(و يشترط قدره الشفيع على الثمن) (١)، و بذله للمشتري (٢)، فلا شفيعه للعاجز (٣)، و لا للممتنع مع قدرته (٤)، و المماطل (٥)، و يرجع فى العجز إلى اعترافه (٦)، لا- إلى حاله، لإمكان استدانته، و لا يجب على المشتري قبول الرهن، و الضامن، و العوض (٧)، (و إسلامه (٨) إذا كان المشتري مسلما) فلا شفيعه لكافر (١) لا خلاف أنه تبطل شفيعه العاجز عن دفع الثمن مع عدم رضا المشتري بالصبر، و لا يكفى الضامن و لا أن يبذل الرهن أو عوض الثمن، و يدل عليه خبر على بن مهزيار (سألت أبا جعفر الثانى عليه السلام عن رجل طلب شفيعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أ يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفيعه؟ قال عليه السلام: إن كان معه فى المصر فلينتظر به إلى ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال و إلا- فليبيع و بطلت شفيعته فى الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلده و ينصرف، و زياده ثلاثه أيام، فإن وافاه - وفاه نسخه أخرى - و إلا فلا شفيعه له) (١).

و الخبر و إن كان بصدد شريكه البائع إلا أن الأصحاب جروا الحكم إلى المشتري لعدم خصوصيه فيه، إذ خصوصيه الحكم فى عجز الشفيع و قدرته.

(٢) أى و بذل الثمن للمشتري، لأنه لا يكفى القدره على الدفع مع عدم البذل، و لخبر ابن مهزيار المتقدم حيث قال: (فإن وفاه)، و هو ظاهر فى البذل لا فى القدره.

(٣) تفريع على القدره.

(٤) تفريع على البذل.

(٥) و هو الممتنع مع قدرته، فالعطف توضيحي تفسيري.

(٦) قال فى المسالك: (يتحقق العجز باعترافه، و هل يتحقق بإعساره وجهان، أجودهما العدم لإمكان تحصيله بقرض و نحوه) انتهى.

(٧) عوض الثمن.

(٨) اشتراط إسلام الشفيع إذا كان المشتري مسلما، لأن الشفيع سيأخذ المبيع من المشتري على وجه القهر عند عدم رضا الثانى، و الأخذ قهرا سبيل على المسلم فلا يثبت إلا للشريك المسلم، و لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس لليهودى و النصرانى شفيعه) (٢)، و مثله خبر طلحه بن زيد، المحمولان على ما لو كان المشتري مسلما.

ص: ٥٠٤

مطلقا (١) على مسلم، (و لو ادعى غيبه الثمن أجيل ثلاثة أيام) (٢) و لو ملفقه (٣)، و فى دخول الليالى وجهان (٤). نعم لو كان الأخذ عشيه دخلت الليله تبعا، و لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين كالاكتكاف، و لو ادعى أنه (٥) فى بلد آخر أجيل زمانا يسع ذهابه، و إياه (٦)، و ثلاثه (ما لم يتضرر المشتري) لبعده البلد عادة كالعراق من الشام.

و فى العبارة أن تضرر المشتري يسقط الإمهال ثلاثة مطلقا (٧) و الموجود فى كلامه فى الدروس، و كلام غيره اعتباره (٨) فى البلد النائي خاصه.

و مما تقرر يظهر فيما لو كان الشفيع مسلما فله الشفعه على المشتري مسلما كان أو كافرا، و سواء كان الشراء من مسلم أو كافر، و لو كان الشفيع كافرا فلا شفعه له على المشتري المسلم سواء اشترى من مسلم أو كافر، نعم لو كان الشفيع كافرا فله الشفعه على المشتري الكافر سواء اشترى من مسلم أو كافر.

(١) سواء كان ذميا أم لا لعموم الدليل النافى.

(٢) لإحضاره، بلا خلاف فيه، لخبر على بن مهزيار المتقدم، هذا إذا كان الثمن فى البلد، و لو كان فى غير بلد حضورهما أجل مقدار ذهابه إليه و أخذه و عوده مع ثلاثة أيام كما يقتضيه الخبر المتقدم، و أيضا هو مما لا خلاف فيه، نعم قيد الحكم الثانى فى الغنيه بما إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر، و إلا بطلت شفعته لنفى الضرر و قد ادعى عليه ابن زهره الإجماع.

(٣) بحيث يحسب له من الرابع ما فاته من الأول.

(٤) فعلى القول بأن اليوم شامل لليل فتعتبر الليالى الثلاث و إلا فلا، و على القول بالعدم فالليالى الوسطى و هى ليله اليوم الثانى و الثالث داخله تبعا لدخول يوم الثالث فى وقت الانتظار من دون أن تدخل ليله اليوم الأول، إلا إذا كان الأخذ فيها فتدخل حينئذ.

(٥) أى الثمن.

(٦) و كذلك يسع أخذ الثمن فيه.

(٧) سواء كان فى البلد النائي و غيره.

(٨) أى اعتبار سقوط الإمهال بتضرر المشتري فيما لو كان الثمن فى البلد النائي فقط، هذا و خبر على بن مهزيار لم ينص على سقوط الثلاثه بتضرر المشتري، و دليل نفى الضرر مطلقا يشمل النائي و غيره فلا بد من التعميم، إلا أن الإجماع المدعى فى الغنيه مقتصر على خصوص النائي فيقتصر فيه على القدر المتيقن منه و هو النائي.

(و تثبت) الشفعه (للغائب) (١) و إن طالت غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ فى الغيبه بنفسه، أو وكيله، و لا عبره بتمكنه من الإشهاد (٢) و فى حكمه (٣) المريض (٤)، و المحبوس ظلماً، أو بحق يعجز عنه (٥)، و لو قدر عليه (٦) و لم يطالب بعد مضى زمان يتمكن من التخلص و المطالبه بطلت.

(و) كذا تثبت (للصبي و المجنون و السفیه (٧)، و يتولى الأخذ) لهم (الولى مع) (١) بلا خلاف و لا إشكال، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: وصى اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إذا كان له رغبه، و قال:

للغائب شفعه)(١).

بلا- فرق بين طول غيبته و قصرها لإطلاق الخبر، و لو بعد السنين المتطاولة، نعم لو تمكن الغائب من المطالبه بالشفعه بنفسه أو وكيله الحاضر فكال حاضر تبطل شفعته إن أخر مع إمكان المطالبه، و كذا لا تسقط شفعه الغائب لو ترك الإشهاد على المطالبه و إن تمكن من الإشهاد لإطلاق الخبر المتقدم.

(٢) أى الإشهاد على المطالبه.

(٣) أى حكم الغائب.

(٤) الذى لا يمكنه المطالبه فهو كالغائب، و كذا المحبوس ظلماً أو بحق إذا عجز عن المطالبه، أما لو كان المحبوس بحق لا يعجز عن أداء الحق المترتب عليه فهو كالمطلق، لأنه قادر على الخروج من الحبس، و الأخذ بالشفعه، فلو لم يخرج بطلت شفعته.

(٥) عن الحق المترتب عليه.

(٦) على الحق.

(٧) و كذا المفلس بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق أدله ثبوت الشفعه، و لخصوص خبر السكونى الوارد فى الصبى و قد تقدم فى شفعه الغائب، و عليه فيجوز لولى الصبى و المجنون و السفیه أن يتولى الأخذ بالشفعه من المشتري مع الغبطه، و قال فى الجواهر:

(نعم قيده المصنف - أى المحقق - و من تأخر عنه بكون ذلك مع الغبطه، إلا أنه لم نجده فى كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف و غيره، و لعله لحظ الرغبه المراد بها المصلحه فى الخبر المزبور) انتهى، نعم عن بعضهم عدم اشتراط ظهور الغبطه بل يكفى عدم المفسده إذا كان الولي هو الأب أو الجد، و هو مبنى على كون تصرفاتهما مشروطه بظهور المصلحه أو يكفى عدم المفسده، و قد تقدم بحثه أكثر من مره.

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الشفعة حديث ٢.

(الغبطة) فى الأخذ كسائر التصرفات و لا فرق بين كون الشريك البائع هو الولى (١)، و غيره، و كما يأخذ لهم (٢) يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، و كذا يأخذ (٣) لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته (فإن ترك) (٤) فى موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، إلا إن ترك (٥) لعدم المصلحة، و لو جهل الحال ففى استحقاقهم الأخذ (٦) نظرا إلى وجود السبب (٧) فيستصحب، أم لا (٨)، التفاتا (١) بحيث يكون ولى الطفل شريكه، فلو باع الولى عن نفسه حصته لثالث فيجوز للولى بحسب الولايه الأخذ بالشفعه للطفل الحصة المبيعه.

(٢) أى و كما يأخذ الولى لهم بالشفعه فيما لو باع شريكهم عن نفسه يأخذ الولى منهم حصتهم المبيعه للغير، فيما لو باعها وليهم لثالث، و عليه فيجوز لوليهم إذا كان شريكا أن يأخذ منهم ما باع عنهم ما هو بشركته.

(٣) أى الولى فيما لو كان وليا لطفلين شريكين فى عقار، و رأى من مصلحة أحدهما بيع حصته فلو باعها فيجوز لنفس الولى أن يأخذ بالشفعه عن المولى عليه الآخر إذا كان فى الأخذ مصلحة.

(٤) أى الولى بحيث لو ترك الولى المطالبه بالشفعه مع وجود المصلحة فى الشفعه فيجوز للصبي بعد بلوغه و للمجنون بعد إفاقته الأخذ بالشفعه بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن التأخير هنا لعذر و هو الصبا و الجنون مع أن تقصير الولى لا يسقط حقهما الثابت لهما حين قصورهما، و لا يتوهم أن الحق لهما قد تجدد بالكمال حتى نطالب بالدليل على حدوثه، بل الحق لهما مستمر من حين البيع و إنما المتجدد أهليتهم حينئذ.

(٥) أى الولى، فلو ترك لعدم مصلحة فى الأخذ فالترك مشروع و نافذ فى حقهم، و مع الترك يسقط حق المطالبه بالشفعه، فلا يجوز لهما المطالبه بالشفعه بعد الكمال، و هذا ما ذهب إليه العلامة و المحقق الثانى و الشارح و جماعه، حتى أن صاحب الرياض ادعى عدم الخلاف فى ذلك، و قد ذهب الشيخ فى الخلاف إلى إثبات حق الشفعه لهما بعد الكمال و إن كان ترك الولى مشروعا، لأن الشفعه حقهما و ليس على إسقاطها بترك الولى دليل، و فيه: إن فعل الولى نافذ عليهما كما هو نافذ لهما.

(٦) أى حال ترك الولى للشفعه، فلا يعلم أن تركه لعدم المصلحة فى الأخذ أو لتقصير منه.

(٧) أى الأخذ بالشفعه بعد كمالهم نظرا إلى ثبوت مقتضى الشفعه و هو البيع فى الشركه، و مع الشك بالسقوط عند ترك الولى فيستصحب السبب لهم بعد الكمال.

(٨) فليس لهم الأخذ بالشفعه بعد كمالهم، لأن فعل الولى مقيد بالمصلحة، و مع عدم العلم بكون الترك للمصلحة فقاعده حمل فعل المسلم على الصحة تقتضى أن يكون الترك نافذا فى حقهم فتسقط الشفعه بتركه، و ليس لهم حق المطالبه بعد الكمال.

إلى أنه (١) مقيد بالمصلحة و لم تعلم، وجهان أوجههما الثانى.

أما المفلس فتثبت له أيضا (٢)، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه، أو رضى المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص حق الغرماء، و لا يجب عليه (٣) الأخذ و لو طلبوه منه (٤) مطلقا (٥) (و يستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد (٦) و إن كان) (١) أى فعل الولي.

(٢) أى تثبت الشفعة له كما تثبت للصبي و المجنون و السفیه المفلس و قد تقدم دليله، و لكن بما أن الغرماء قد تعلق حقهم بماله فلا يجوز له أن يتصرف فى ماله و يدفع ثمن المشفوع إلا برضا الغرماء، أو بأن يرضى المشتري ببقاء الثمن فى ذمه المفلس، أو إبرائه، أو بأن يدفع الغرماء المال بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال.

و عليه فلو أخذ بالشفعة و تملك الشقص فيتعلق به حق الغرماء، لأنه ماله كما فى كل مال متجدد له، نعم ليس للغرماء إجباره على الأخذ بالشفعة و إن بذلوا الثمن، و لا يجوز لهم منعه عن الأخذ بالشفعة إن كان المشتري يرضى بإبرائه أو ببقاء الثمن فى الذمه، لأنه ليس لهم حق إجباره على التكسب كما ليس لهم حق منعه من التكسب.

(٣) على المفلس.

(٤) أى طلب الغرماء الأخذ بالشفعة من المفلس.

(٥) بذلوا الثمن أو لا، رضى المشتري ببقاء الثمن فى ذمته أو لا.

(٦) إذا اشتمل بيع المشفوع على خيار، فلا يخلو إما أن يكون الخيار للمشتري أو لا.

فلا إشكال و لا خلاف فى أن الشفيع يستحق الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الخيار سواء كان لهما أو لأحدهما أو للأجنبي، لأن العقد بعد انقضاء الخيار لازم، و قد استقر ملك المشتري مع أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

و لو كان الخيار للمشتري فللشفيع الأخذ بالشفعة بنفس العقد بلا خلاف كما فى المسالك، لتحقق انتقال الملك عن البائع و دخوله فى ملك المشتري، و ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

لكن عن الشيخ فى خلافه فى باب الخيار أنه ينتقل عن البائع بنفس العقد، و لا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول، و لازم كلامه عدم ثبوت الشفعة هنا لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعة.

و لو كان الخيار للبائع أولهما أو للبائع و الأجنبي فعلى المشهور حصول الشفعة بنفس العقد، لتحقق نقل المبيع إلى المشتري بنفس العقد، و قد عرفت أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

(فيه خيار) بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به (١)، فلو أوقفناه (٢) على انقضاء الخيار كالشيخ توقف (٣) على انقضائه (٤).

(و) على المشهور (٥) (لا يمنع) الأخذ (٦) (من التخير) (٧)، لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري (٨)، أو البائع (٩) الفسخ بطلت) الشفعه و إلا استقر الأخذ.

و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و ابن البراج في مهذب و ابن زهره في الغنيه عدم ثبوت الشفعه بنفس العقد، لأن الملك لم ينتقل عن البائع.

(١) بالعقد.

(٢) أى أوقفنا انتقال المبيع إلى ملك المشتري.

(٣) أى توقف استحقاق الأخذ بالشفعه.

(٤) أى انقضاء الخيار.

(٥) من نقل المبيع إلى ملك المشتري بالعقد سواء كان الخيار للمشتري أو البائع، و لازمه ثبوت الشفعه من حين العقد.

(٦) أى الأخذ بالشفعه.

(٧) أى من ثبوت الخيار لأحد الطرفين.

(٨) لو كان الخيار للمشتري فالأخذ من شريك البائع الذى هو الشفيع يسقطه، لعدم الفائده من إثبات الخيار له حينئذ، إذ غرض المشتري من إثبات الخيار له هو رجوع الثمن عليه على تقدير الفسخ، و هذا حاصل من الشفيع، و لذا قال فى المسالك: (فظاهرهم سقوط خياره لانتفاء الفائده فى فسخه) انتهى كلامه.

و عليه فمع سقوط خياره بأخذ الشفيع فلا- يكون للمشتري الفسخ بعد الشفعه حتى يكون اختياره موجبا لبطانها كما صرح بذلك الماتن و الشارح هنا، و لذا قال فى الجواهر:

(و أما خيار المشتري فى المسالك: إن ظاهرهم سقوط خياره، و إن كنا لم نتحققه، بل ظاهر كلامه فى الروضه خلافه) انتهى.

(٩) لو كان الخيار للبائع فأخذ الشفيع المبيع بالشفعه لا يسقطه كما صرح بذلك العلامة فى جملة من كتبه و فخر المحققين و ثانى الشهيدين و غيرهم، بل تكون صحه الشفعه مراعى فيها عدم الفسخ بالخيار، و إلا لو فسخ البائع بطلت الشفعه، قال فى الجواهر: (و لعل وجه ما ذكره من المراعاة أن الشفيع بشفعته صار بمنزله المشتري، ففى الحقيقه ملكه بالعقد الأول الذى فيه الخيار، بل فى بعض النصوص (١): ليس للشفيع إلا الشراء و البيع

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الشفعة حديث ١.

و جعل بعض الأصحاب (١) الأخذ (٢) بعد انقضاء الخيار (٣) مع حكمه بملكه (٤) بالعقد، نظرا إلى عدم الفائدة به (٥) قبله (٦) إذ ليس له (٧) انتزاع العين قبل مضي مده الخيار (٨)، لعدم استقرار ملكه، و الظاهر أن ذلك (٩) جائز (١٠)، لا لازم، بل يجوز قبله (١١) و إن منع (١٢) من العين (١٣). و الفائدة (١٤) تظهر في النماء (١٥) و غيره (١٦).

الأول) انتهى، نعم في التحرير قوى العلامة سقوط خيار البائع بأخذ الشفعه، و إن توقف فيما بعد، و قد نسب هذا القول من سقوط الخيار لابن إدريس.

(١) و هو الشيخ في الخلاف، و قد تقدم كلامه.

(٢) أى الأخذ بالشفعه.

(٣) لأن ملك المشتري لا يتحقق إلا بالانقضاء.

(٤) أى بملك المشتري.

(٥) أى بسبب العقد و لكن لا يتم الملك إلا بعد الانقضاء.

(٦) بالأخذ بالشفعه.

(٧) قبل الانقضاء لعدم انتقال المبيع إلى ملك المشتري.

(٨) للشفيع.

(٩) لأن الشفعه متوقفه على ملك المشتري للمال المشترك، و ملكه بعد انقضاء الخيار.

(١٠) من الأخذ بالشفعه و انتزاع العين بعد انقضاء الخيار.

(١١) لأنه يجوز الأخذ قبل الانقضاء أيضا، لأن ملك المشتري قد تحقق بالعقد حتى على مبنى الشيخ كما صرح بذلك فى كلامه المتقدم.

(١٢) قبل الانقضاء.

(١٣) أى الشفيع لعدم استقرار ملك المشتري للمبيع حتى يؤخذ منه، بل يجوز للمشتري حينئذ إعمال خياره، و به تبطل الشفعه.

(١٤) أى فائده الأخذ بالشفعه فى زمن الخيار، و إن لم ينتقل المبيع إلى المشتري كما هو مبنى الشيخ فى الخلاف.

(١٥) فلو أخذ الشفيع بالشفعه فى زمن الخيار فالنماء له لخروج المبيع عن ملك البائع و عدم دخوله فى ملك المشتري فيتعين أنه للشفيع و يكون النماء له، و إن أخذ بعد زمن الخيار فالنماء للمشتري، لأن النماء تابع لأصله فى الملك، و أصله للمشتري قبل

الشفعة، مع كون الشفعة توجب رجوع أصل المبيع دون نمائه.

(١٦) كتلفه، و مئونه المبيع كمئونه الحيوان، فإنها على الشفيع في زمن الخيار لو أخذ بالشفعة، و على المشتري لو أخذ بالشفعة بعد زمن الخيار.

ص: ٥١٠

و احتمال المصنف فى الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ (١)، لانتفاء فائدته (٢)، إذ الغرض (٣) الثمن، و قد حصل (٤) من الشفيع، كما لو أراد (٥) الرد بالعيب فأخذ الشفيع.

و يضعف بأن الفائده (٦) ليست منحصره فى الثمن فجاز أن يريد (٧) دفع الدرك عنه.

فى أنه ليس للشفيع أخذ البعض

(و ليس للشفيع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع، أو يدع) (٨) لثلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقه، و لأن حقه فى المجموع من حيث هو المجموع كالخيار (٩)، (١) قد تقدم أنه قول الجميع بشهاده المالك، فراجع.

(٢)فائده الخيار للمشتري.

(٣)أى غرض المشتري من الخيار هو الثمن لو فسخ.

(٤)أى الثمن.

(٥)أى أراد المشتري ردّ الحصة المبيعه بالعيب فأخذ الشفيع الحصة بالشفعه، و أخذها بالثمن الذى دفعه المشتري، فلا يثبت حينئذ للمشتري خيار الرد لانتفاء الموضوع و هو المبيع المعيب.

(٦)أى فائده خيار المشتري.

(٧)أى يريد المشتري بالخيار دفع ضمان المبيع عن نفسه و دركه لو أصيب بالتلف، و إن كان مستحقا للغير بالشفعه.

(٨)بلا خلاف فيه، لأن حق الشفيع فى مجموع المبيع كما هو الظاهر من النصوص، ففى حسنه الغنوى المتقدمه (الشفعه فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن) (١)، و مرسل يونس المتقدم (فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره) (٢)، و باعتبار أن الشفعه على خلاف الأصل، إذ الأصل لزوم البيع، فيقتصر فيها على الظاهر من الأخبار، و هو أخذ المجموع، فلو أخذ البعض خاصه فلا يتحقق أخذ المجموع فيمنع، و لأن فى أخذ البعض تبعض الصفقه على المشتري، و هو ضرر عليه.

(٩)فلا يجوز التبعض بالخيار، فإما أن يفسخ العقد و إما أن يقيه كما هو.

ص: ٥١١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٢.

حتى لو قال (١): أخذت نصفه (٢) مثلا بطلت (٣) الشفعه، لمنافاته الفوريه، حيث تعتبر (٤).

فى أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد

(و) يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد (٥) أى بمثله (٦)، لعدم إمكان الأخذ بعينه (٧)، إلا- أن يملكه (٨)، و ليس بلازم، (و لا يلزمه غيره (٩) من دلاله، أو وكاله)، أو أجره نقد، و وزن، و غيرها، لأنها ليست من الثمن و إن كانت من توابعه (١٠)، (ثم إن كان) الثمن (مثليا فعليه مثله، و إن كان قيميا فقيمته) (١١).

(١) أى الشفيع.

(٢) نصف المبيع.

(٣) للتبعيض و لمنافاته الفوريه، إذ أخذ النصف فقط مناف لفوريه أخذ المجموع بالشفعه و عن أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة الصحه لاستلزام أخذ النصف أخذ الجميع، لعدم صحه أخذ النصف وحده، و هو واضح الضعف.

(٤) أى الفوريه و سيأتى بحثها.

(٥) بلا خلاف فيه بين العامه و الخاصه، للأخبار:

منها: حسنه الغنوى المتقدمه (الشفقه فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن) (١)، و ظاهره الثمن الذى وقع عليه العقد سواء كان مساويا لثمن المثل أم لا، و أما ما غرمه المشتري من دلاله أو وكاله و غير ذلك من المؤن على العين، أو على تحقق البيع فلا يلزم الشفيع بدفعها، لعدم كونها من الثمن، بل هى من توابع البيع.

(٦) قال فى الجواهر: (لا خلاف و لا إشكال فى أنه يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا كالذهب و الفضة و غيرهما، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى أن المتيقن من المروى من نصوص الطرفين من أنه يأخذ بالثمن بعد القطع بعدم إرادته نفس الثمن الذى ملكه البائع، و لا تسلط للشفيع عليه) انتهى.

(٧) أى بعين ثمن العقد، لأنه ملك البائع إلا- أن يملكه الشفيع من البائع بوجه من وجوه النقل، و لكن تملك الشفيع له ليس بلازم من حيثيه الشفعه، إذ يكفى مثل الثمن مقدارا.

(٨) أن يملك الشفيع الثمن الذى عند البائع.

(٩) أى و لا يلزم الشفيع غير ثمن العقد.

(١٠) أى توابع الثمن أو البيع.

(١١) كما لو كان الثمن حيوانا أو جوهره، فعن الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و مال

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

وقيل: لا شفعه هنا (١)، لتعذر الأخذ بالثمن، و عملا بروايه لا تخلو عن ضعف، و قصور عن الدلاله.

و على الأول (٢) يعتبر قيمته (٣) (يوم العقد)، لأنه (٤) وقت استحقاق الثمن، إليه في التحرير و المحقق الثاني في جامعه أنه تسقط الشفعه حيثئذ، لخبر على بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى دارا برقيق و متاع وبر و جواهر، فقال عليه السلام:

ليس لأحد فيها شفعه) (١)، و قد وصفها علامه في التحرير بالصحه، و لأن أخبار الشفعه مثل حسنه الغنوى المتقدمه (فهو أحق بها من غيره بالثمن) (٢)، ناظره إلى المثلى فقط، لأن الاستعمال الحقيقي للفظ الثمن في الروايه متعذر، فيحمل على أقرب المجازات و هو المثلى.

و عن الأ-كثر منهم الشيخ في غير الخلاف و علامه في غير المختلف ثبوت الشفعه في القيمي، لعموم أدله ثبوت الشفعه، و لضعف خبر ابن رئاب إذ في طريقه الحسن بن سماعه و هو واقفي هذا من ناحيه السند، و أما من ناحيه المتن فالمنع لم يعلم من حيثيه قيمته الثمن، بل يحتمل المنع لكون الشركاء متعددين و نحو ذلك، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، و أما تعذر الاستعمال الحقيقي في حسنه الغنوى فمتعين إلا- أنه يحمل على أقرب المجازات و هو المثلى في القيمي في غيره. ثم على القول بثبوت الشفعه في القيمي فلو أراد الشفيع أخذ البيع فهل يأخذه بقيمه وقت العقد كما عليه الأكثر، لأنه وقت استحقاق الأخذ بالشفعه، و عين الثمن متعذره فينتقل إلى قيمته في ذلك الوقت.

و قيل: يأخذ الشفيع الحصه بقيمه وقت الأخذ، لأنه وقت الدفع، إذ مع الأخذ بالشفعه يجب على الشفيع الدفع، و بما أن العين متعذره فينتقل إلى القيمه، و قال عنه في الجواهر:

(لم نعرف القائل به).

و قيل: يأخذ الشفيع الحصه بأعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ كالغاصب، و هو المحكى عن فخر المحققين، و هو ضعيف، لعدم القول بالقياس، على أنه قياس مع الفارق.

(١) إذا كان الثمن قيميا.

(٢) من ثبوت الشفعه في المثلى و القيمي.

(٣) قيمه الثمن.

(٤) أى يوم العقد.

ص: ٥١٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

فحيث لا يمكن الأخذ به (١) تعتبر قيمته حينئذ (٢).

وقيل: أعلى القيم من حينه (٣) إلى حين دفعها (٤) كالغاصب. وهو ضعيف

في كونها على الفور

(و هي (٥) على الفور) (٦) في أشهر القولين، اقتصارا فيما خالف الأصل على محل (١) بالثمن لكونه قيميا.

(٢) حين وقت العقد.

(٣) من حين العقد.

(٤) دفع قيمه الثمن.

(٥) أى الشفعة.

(٦) على المشهور، بل في الجواهر أنه لا خلاف فيه بين المتأخرين، للنبوى (الشفعة لمن واثبها) (١)، وهو ظاهر في الفوريه و إلا فلا معنى لجعلها للوائب فقط، و النبوى الآخر (الشفعة كحلّ العقال) (٢)، وهو ظاهر في أنه عند حلّ العقال لا بدّ من أخذ البعير و إمساكه فكذلك الشفعة عند العلم بها لا بدّ من الأخذ بها و إلا تفوت، و لخبر على بن مهزيار المتقدم (إن كان معه في المصر فليتنظر به إلى ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال و إلا فليبع و بطلت شفيعته في الأرض) (٣)، إذ لو كانت الشفعة على نحو التراضى لم تبطل و إن تأخر عن الثلاثه.

و للخبر المتقدم (و للوائب شفيعه) (٤)، الظاهر أن الغيبه عذر له في التأخير، و لو كانت على نحو التراضى فهي ثابتة للوائب و الحاضر و إن لم يأخذ بالشفعة.

و لأن التراضى مستلزم لإضرار المشتري و هو منفي، لأن المشتري لو غرس أو بنى و جوزنا للشفيع الأخذ بالشفعة و لو في الزمان المتناول سيتضرر المشتري برفع الغرس و البناء.

و لأن الشفعة على خلاف الأصل إذا الأصل كون البيع لازما و كون الناس مسلطين على أموالهم فالمشتري متسلط على المبيع لأنه ماله، و الشفعة تبطل للزوم و تبطل التسلط فيقتصر فيها على مورد الوفاق، و هو الفور.

و عن ابن الجنيّد و المرتضى و أبو المكارم و الحلبي و ابن إدريس أن الشفعة على التراخي استضعافا للنبيين السابقين، و لأن البيع سبب في استحقاق الشفعة و الأصل ثبوت الشيء

ص: ٥١٤

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الشفعه حديث ١.

الوفاق، و لما روى أنها كحلّ العقال، ولأنها شرعت لدفع الضرر، و ربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى، لأنه إن تصرف كان معرضا للنقص، و إن أهمل انتفت فائده الملك.

و قيل: على التراخي، استصحابا لما ثبت، و أصالة (١) عدم الفوريه فهو مخرج عن الأصل، و الروايه عاميه. نعم روى على بن مهزيار عن الجواد عليه السلام إنظاره بالثمن ثلاثه أيام. و هو يؤذن بعدم التراخي مطلقا (٢) و لا قائل بالفرق و هذا (٣) حسن.

و عليه (٤) (فإذا علم و أهمل) عالما مختارا (بطلت) و يعذر (٥) جاهل الفوريه كجاهل الشفعه و ناسيهما.

استصحابا على ما كان إلى أن يثبت المزيل، و لأصالة عدم الفوريه عند الشك بتقييد حق الشفعه بها، و أما الضرر فيزول بضمان الشفع الأرش على تقدير القلع، و أما كون الشفعه على خلاف الأصل فلا يضر أنها على نحو التراخي لقيام الدليل على ذلك.

هذا و باعتبار أن الشيخ قائل بالأول و السيد بالثاني، و كل منهما قد ادعى الإجماع على قوله، و هما متعاصران قال الشارح في مسالكه: (و دعوى الإجماع من الجانبين تحكم ظاهر، و هذا مما يرشد بفساد هذه الدعاوى، و عدم الوثوق بها في مواضع الاشتباه لكثرة المجازفه الواقعه فيها) انتهى.

(١) عند الشك في قيد الفوريه فأصالة عدم جاريه، و هذه الأصالة هي المخرج عن الأصل المتقدم في دليل القول الأول.

(٢) بلا فرق بين حضور الثمن أو غيابه و لا قائل بالفرق بينهما.

(٣) أى القول بعدم التراخي.

(٤) و على القول بالفوريه.

(٥) لما ثبتت الشفعه على نحو الفوريه فللشفيع المطالبه بالحال بلا خلاف و لا إشكال، كما أنه لا خلاف و لا إشكال إذا أخر عن المطالبه لعذر لا تبطل شفعته و يشعر بذلك نصوص الغائب، إذ الغيبه لا تبطل الشفعه باعتبار أنها عذر، و نصوص التأجيل لغيبه الثمن.

و يتبين أن التأخر إذا كان لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخلّ بالفوريه، و إنما التأخر و عدم الأخذ رغبه عنها هو الموجب لسقوط الشفعه.

و عليه فمع جهله بثبوت الشفعه له أو النسيان فهما عذر له و ليس إعراضا، فكذلك جهله بالفوريه أو نسيانها عذران، و كذا غيرهما من الأعذار فيما لو كان محبوسا بحق و هو عاجز عن أدائه و عاجز عن التوكيل.

و تقبل دعوى الجهل ممن يمكن فى حقه عاده، و كذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلا (١)، و إلى الطهارة و الصلاه و لو بالأذان و الإقامة و السنن المعهودة، و انتظار الجماعه لها، و الأكل، و الشرب، و الخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، و تشييع المسافر، و شهود الجنائز، و قضاء حاجه طالبها (٢)، و عياده المريض، و نحو ذلك، لشهاده العرف به (٣)، إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده (٤) بحيث لا يمنعه (٥) من شغله.

و لا بدّ من ثبوت البيع عنده (٦) بشهاده عدلين (٧)، أو الشياخ فلا عبره بخبر (١) إذا وجبت المبادره إلى المطالبه بالشفعه عند العلم بالبيع لأنها على الفور، فتجب المبادره على ما جرت العاده بذلك، و لا تجب المبادره بكل وجه ممكن عقلا فقط، بل بكل وجه ممكن عقلا و عاده، فلو كان ماشيا و علم فلا تجب الهروله و السعى الزائد عن المتعارف، و لو علم ليلا، تجب المبادره بل يجوز له انتظار الصباح، و لو علم و هو متشاغل بالصلاه واجبه أو مندوبه لا يجب عليه قطعها و جاز الصبر حتى يتمها و إن كان القطع سائغا له.

و لو دخل عليه وقت الصلاه صبر حتى يتطهر و يصلّى، و لو علم بذلك فى الحمام جاز له قضاء وطره منه، و نحو ذلك من الأعذار العرفيه.

(٢) أى طالب الحاجه.

(٣) بمعذوريته.

(٤) عند الشفيح.

(٥) أى لا يمنع الأخذ بالشفعه الشفيح من شغله.

(٦) عند الشفيح.

(٧) لما كان ثبوت الشفعه متوقفا على بيع حصه الشريك، فيعتبر علم الشفيح بالبيع، لأن الشفعه ثابتة للعلم به، لا للبيع الواقعى بدليل ثبوت الشفعه للغائب عند حضوره لا عند البيع.

و مع اعتبار علم الشفيح بالبيع فيثبت العلم بالمعانيه و المشاهده للبيع، و باعتراف المتبايعين أمامه، و بإخبار عدلين لأنهما الحجه الشرعيه، و بإخبار عدد متواتر مما يمتنع تواطؤهم على الكذب، و لو لم يطالب مع حصول العلم بالشفعه بواحد مما ذكر بطلت شفعتة بناء على الفوريه.

و أما لو أخبره عدد لا يبلغ حد التواتر، و لكن مما تحصل به الاستفاضه، و يفيد إخبارهم الظن الغالب المتأخم للعلم و المسمى بالاطمئنان ففيه خلاف منشؤه أن حق

الفاسق، و المجهول، و الصبى، و المرأه مطلقا (١) و فى شهاده العدل الواحد وجه، و اكتفى به المصنف فى الدروس مع القرينه (٢)، نعم لو صدق (٣) المخبر كان كنبوته (٤) فى حقه. و كذا لو علم صدقه (٥) بأمر خارج.

فى أنه لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع

(و لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع بتقابل (٦)، أو فسخ بعيب) (٧) أما الشفعه يثبت بالظن الغالب أو لا، و الظاهر أن الاطمئنان حجه عرفيه كحجيه العلم الذاتيه.

و لو كان المخبر واحدا عدلا فإن صدقه و لم يطالب بطلت شفعتة، لأنه مع التصديق يكون عالما و قد يحصل العلم بخبر الواحد إذا احتفّ بالقرائن، و إن لم يصدقه أو سكت لا- تبطل الشفعه مع عدم الأخذ لعدم ثبوت البيع بخبره، لأنه ليس بحجه شرعا لاعتبار التعدد، لأنه مندرج فى الشهاده المشترط فيها التعدد، و عليه فلو أخبره واحد غير عدل أو امرأه عادله أو غير عادله فلا يثبت علمه بالشفعه، لأنه ليس واحد منها بحجه شرعا، و كذا لو أخبره صبى أو صبيان.

(١) عادله أو لا.

(٢) المفيده للعلم.

(٣) أى صدق الشفيح المخبر.

(٤) أى ثبوت البيع فى حقه.

(٥) أى علم صدق المخبر بقرائن خارجيه.

(٦) التقايل من الإقاله، و قد مضى فى أواخر كتاب البيع أن الإقاله فسخ للعقد و إرجاع كل عوض لمن انتقل منه، و تقدم أن دليلها عام يشمل كل العقود، و عليه فلو تقايل المتبايعان و هما البائع الشريك و المشتري بعد ثبوت الشفعه، فلا يسقط حق الشفعه، لسبق حق الشفيح على حق الإقاله، لأن حق الشفيح يثبت بالبيع، و الإقاله تثبت برضا المتبايعين بذلك بعد البيع، و هذا مما لا خلاف فيه.

و عليه فلو أخذ الشفيح بالشفعه بعد الإقاله، فالأخذ يرفع الإقاله من حينه، لأن الأخذ المذكور فسخ لها، و الفسخ موجب لرفع المفسوخ من حين الفسخ و لا- يطله من أصله كما هى قاعده الفسوخ، و تظهر الثمره فى أن النماء للمبيع المتخلل بين الإقاله و فسخها بالشفعه للبائع، و نماء الثمن للمشتري.

(٧) لو باع الشريك حصته من العقار بقيمى كالعبد مثلاً، و كان هناك عيب فى الثمن أو المثلث فىثبت خيار العيب لأحد المتبايعين كما يثبت حق الشفعه للشفيح، فهل يجوز لأحد المتبايعين فسخ العقد بخيار العيب و إبطال الشفعه أو لا، فعلى المشهور تقديم حق الشفيح

مع التقايل فظاهر، لأنه (١) لاحق للعقد. و الشفعة تثبت به (٢) فتقدم، و أما مع العيب فلأن استحقاق الفسخ به (٣) فرع دخول المعيب فى ملكه (٤)، إذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير، و دخوله فى ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا، و فى هذا الوقت (٥) تثبت الشفعة فيقتربان (٦)، و يقدم حق الشفع، لعموم أدله الشفعة للشريك، و استصحاب الحال (٧)، و لأن فيه (٨) جمعا بين الحقين، لأن العيب إن كان فى الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمه الشقص (٩)، و إن كان فى الشقص فالمشتري يطلب الثمن، و هو (١٠) حاصل له (١١) من الشفع، بخلاف ما إذا قدمنا البائع فى الأول (١٢) فإنه (١٣) يقتضى سقوط حق الشفع من الشقص عينا و قيمه، و كذا لو قدمنا المشتري (١٤).

إما لأن الشفعة حق يثبت بالعقد، و حق الفسخ يثبت عند العلم بالعيب و هو بعد العقد، فيقدم حق الشفعة لأنه أسبق، و إما لأن حق الفسخ و إن ثبت بالعقد كحق الشفعة و كانا مقترنين إلا أن عموم أدله الشفعة تقدم حق الشفعة على حق الفسخ، لأن فى التقديم المذكور جمعا بين الحقين، أما حق الشفع فظاهر، و أما حق صاحب الخيار فيرجع إلى قيمه بخلاف ما لو قدمنا حق صاحب الخيار فيقتضى سقوط حق الشفع، و بقيه الأقوال سيأتى تعرض لها عند تعرض الشارح لها.

(١) أى التقايل.

(٢) بالعقد.

(٣) بالعيب.

(٤) ملك أحد المتبايعين، و هو صاحب خيار العيب.

(٥) وقت وقوع العقد صحيحا.

(٦) الشفعة و الفسخ بخيار العيب.

(٧) أى حال ثبوت الشفعة.

(٨) فى تقديم حق الشفع.

(٩) لأن الشقص فى حكم التالف، لأن الشفع سيأخذه بحق الشفعة.

(١٠) أى الثمن.

(١١) للمشتري.

(١٢) فى كون الثمن معيبا فلو فسخ البائع بخيار العيب لبطل حق الشفع فى عين المبيع و قيمته.

(١٣) أى تقديم حق البائع.

(١٤) فى كون المثلثن معييا و مع فسخ المشتري بخيار العيب فيبطل حق الشفيع فى عين المبيع و قيمته.

ص: ٥١٨

و ربما فَرَّق (١) بين أخذ الشفع قبل الفسخ (٢)، و بعده، لتساويهما (٣) في الثبوت فيقدم السابق في الأخذ، و يضعف بما ذكرناه (٤).

و قيل (٥): بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، و الشفعه تثبت بعده (٦)، فيكون العيب أسبق.

و فيه نظر، لأن مجرد وجود العيب (٧) غير كاف في السببيه (٨)، بل هو مع العقد، كما أن الشرکه غير كافيه في سببيه الشفعه، بل هي (٩) مع العقد، فهما (١٠) متساويان من هذا الوجه (١١)، و إن كان جانب العيب لا يخلو من قوه (١٢) إلا أنها (١٣) لا توجب التقديم فالعمل على ما اختاره المصنف أولى (١٤).

(١) لم يعرف قائله، و لذا قال في الجواهر: (كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال في المسألة).

(٢) فيقدم حق الشفع قبل الفسخ دون بعده.

(٣) أى تساوى حق الشفع و حق صاحب الخيار، لأن كلا منهما قد ثبت بالعقد فهما متساويان ثبوتا.

(٤) من ترجيح و تقديم حق الشفع.

(٥) و هو للعلامه فى التحرير بتقديم حق صاحب الخيار، لأن العيب موجود حال البيع، و الشفعه تثبت بعد تماميه البيع، فالعيب مقدم و ردّ بأن نفس وجود العيب حال العقد لا يوجب الخيار، بل العيب مع العقد الناقل للمعيب هو الموجب، و هذا لا يتم إلا بعد تماميه البيع كالشفعه.

(٦) بعد العقد.

(٧) حال العقد.

(٨) أى سببيه الخيار، بل العيب مع العقد هما سبب.

(٩) أى الشرکه.

(١٠) أى العيب و الشفعه.

(١١) أى حال العقد أو بعد تماميته.

(١٢) لكون العيب جزء سبب فى ثبوت الخيار، بخلاف الشرکه فإنها خارجه عن العقد.

(١٣) أى هذه القوه، لا توجب التقديم فى قبال مرجحات الشفعه.

(١٤) يبقى ما الفرق بين خيار العيب و بقيه الخيارات، مع أنه قد حكم سابقا بسقوط خيار المشتري مع الشفعه، و أن خيار البائع لا

يسقط بل مع الخيار المذكور لا شفعه، و علّ

ص: ٥١٩

و لو اختار (١) البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به (٢) على الشفيع إن كان (٣) أخذ بقيمه المعيب، أو بمعيب مثله، وإلا فلا (٤)، و لو ترك البائع الرد و الأرش (٥) مع أخذ الشفيع له (٦) بقيمه المعيب، أو مثله فلا رجوع له بشيء (٧)، لأنه (٨) كإسقاط بعض الثمن

و كذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص (٩) قبل أخذ الشفيع أخذه (١٠) الشفيع بما بعد الأرش، لأنه (١١) كجزء من الثمن، و لو أخذه (١٢) بعد أخذ الفرق بأن صاحب الخيار هنا مظلوم بخلاف غيره، و التعليل عليل لأن غير صاحب خيار العيب قد حكم بتقديم حقه على حق الشفيع فيما لو كان الخيار للبائع فالمظلوم يجب أن يقوم حقه من باب أولى

(١) بناء على تقديم حق الشفيع، و قد اختار البائع إمضاء البيع و إن كان الثمن معيبا، لكنه طالب بالأرش.

(٢) بأرش الثمن.

(٣) أى الشفيع، لأن الشفيع قد أخذ المبيع من المشتري بقيمه الثمن المعيب، و لما دفع المشتري الأرش تبين أن الثمن الذى وقع فى العقد على المبيع هو الثمن المسمى مع الأرش لاقتضاء عقد البيع السلامه فى العوضين، فيكون وجوب الأرش من مقتضى العقد فيرجع المشتري به على الشفيع كما رجع عليه بقيمه الثمن المعيب.

(٤) أى فلو أخذ الشفيع المبيع بقيمه الثمن الصحيح أو بصحيح مثل الثمن المعيب، فما يدفعه المشتري من الأرش لا يرجع به على الشفيع.

(٥) عند إمضائه البيع مع إسقاط حقه بالأرش.

(٦) للمبيع من المشتري.

(٧) فلا رجوع للمشتري على الشفيع بشيء من الأرش.

(٨) أى ترك البائع الأرش.

(٩) إذا كان المبيع معيبا بخلاف السابق فإن العيب فى الثمن، و قد اختار المشتري هنا إمضاء البيع و إن كان المثلث معيبا لكنه طالب بالأرش.

(١٠) أى أخذ المبيع الشفيع بقيمه التى دفعت من الثمن بعد إسقاط الأرش، لأن الأرش من مقتضيات العقد، و قد رجع المشتري على البائع بالأرش فلم يدفع من الثمن إلا ما قد دفعه سابقا بعد استثناء الأرش.

(١١) أى الأرش و قد سقط بدفع البائع له للمشتري.

(١٢) أى أخذ المشتري أرش المبيع بعد أخذ الشفيع المبيع بالثمن المسمى الذى دفعه المشتري.

الشفيع رجع الشفيع به (١).

و يفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان (٢) بغيره (٣) بطلت (٤)، و قد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار، و بقى تجدد الفسخ بذاته (٥) كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، و في بطلانها به (٦) قول، من حيث إنه (٧) يوجب بطلان العقد، و آخر (٨) بعدمه (٩)، لأن البطلان من حين التلف لا من أصله، فلا يزيل (١٠) ما سبق من استحقاقها (١١)، و ثالث (١٢) بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فتثبت، و بعده فتبطل، و الأوسط (١٣) أوسط (١٤).

(١) بالأررش، و يرجع على المشتري و دليله قد ظهر مما تقدم.

(٢) أى الفسخ.

(٣) بغير العيب.

(٤) أى بطلت الشفعه على تفصيل قد تقدم.

(٥) كما لو تلف الثمن المعين فى العقد قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع و هل يتبعه بطلان الشفعه أو لا؟ فعن الشيخ و الفاضل فى المبسوط و التذكرة البطلان، لأن الشفعه تثبت بالبيع، و إذا بطل البيع تبطل الشفعه.

و عن الفاضل فى المختلف و ولده و الماتن عدم البطلان، لأن الشفعه تثبت بالبيع، و إذا بطل البيع تبطل الشفعه.

و عن الفاضل فى المختلف و ولده و الماتن عدم البطلان، لأن البيع و إن كان باطلا لكن يحكم ببطلانه من حين حصول تلف الثمن لا من أصل العقد، و الشفعه تثبت بنفس العقد قبل الحكم بالبطلان، فيكون حقها أسبق.

و فصلّ العلامه فى القواعد فيما لو كان تلف الثمن قبل أخذ الشفيع فتبطل الشفعه، لأنه إذا بطل البيع بطلت، و إن كان التلف بعد أخذ الشفيع لم تبطل لسبق حق الشفيع، و تردد المحقق فى الشرائع و كذا غيره.

(٦) أى و فى بطلان الشفعه يتجدد الفسخ.

(٧) أى تجدد الفسخ.

(٨) أى و قول آخر.

(٩) بعدم بطلان الشفعه.

(١٠) أى بطلان البيع.

(١١) أى استحقاق الشفعه.

(١٢) أى قول ثالث.

(١٣) و هو القول بعدم البطلان.

(١٤) أى أعدل.

ص: ٥٢١

(و) كذا (لا) تسقط الشفعة (بالعقود اللاحقه) (١) للبيع (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب، أو وقف) لسبق حق الشفع على ما تأخر من العقود، (بل للشفيع إبطال ذلك كله) و الأخذ بالبيع الأول، (و له (٢) أن يجيز) البيع (و يأخذ بالبيع الثاني)، لأن كلا من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، و الثاني (٣) صحيح و إن توقف على إجازة الشفع، فالتعيين إلى اختياره (٤).

(١) يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل أخذ الشفع، لأن المبيع داخل في ملكه بالعقد و الناس مسلطون على أموالهم، و عليه فيجوز للمشتري أن يتصرف فيه بما يوجب الشفعة أيضا كالبيع، و بما لا يوجبها كالوقف فلو وقف المشتري المبيع أو جعله مسجدا فللشفيع إزاله ذلك كله و أن يأخذ بالشفعة، بلا خلاف فيه منا لسبق حق الشفع، و عن بعض العامة المنع لعدم جواز نقض الوقف و هو واضح الضعف.

و لو باع المشتري المبيع، فالبيع الصادر من المشتري موجب للشفعة أيضا، لأن بيع الشريك حصته موجب للشفعة و هذا بيع من الشريك الذي هو المشتري لخصته، و للشفيع حينئذ شفعتان، شفعه بالعقد الأول على المشتري الأول و شفعه بالعقد الثاني على المشتري الثاني، و كما يجوز للشفيع أخذ المبيع من المشتري الأول بالثمن المسمى في العقد الأول فيجوز له الأخذ من المشتري الثاني بالثمن المسمى في العقد الثاني، و كذا لو زادت العقود على اثنين فنفس الحكم.

ثم إن أخذ الشفع من المشتري الأول بعد دفع ثمن العقد الأول بطل البيع المتأخر، و إن أخذ الشفع من المشتري الأخير بضمن عقده صح السابق، لأن الرضا بالآخر مستلزم للرضا بما سبق، و إن أخذ من المشتري المتوسط بضمن عقده صح ما تقدم عليه لأنه متوقف عليه و بطل ما تأخر عنه و مما تقدم يظهر أن المبيع لو اشتراه المشتري الأول بعشره، و اشتراه الثاني بعشرين، و اشتراه الثالث بثلاثين بعقود متعاقبه، فإن رجع الشفع على الأول أخذ المبيع بعد دفع العشره و بطل ما تأخر من بيوع غايته يرجع المشتري الثالث بثلاثين على الثاني، و يرجع الثاني بعشرين على الأول، لأن المبيع سيؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده كما انفسخ عقد الثاني، و إن رجع الشفع على الثالث الأخير أخذ البيع بعد دفع الثلاثين و صح ما تقدم من البيوع، و إن رجع الشفع على الثاني بعشرين صح الأول و بطل الثالث، و يرجع الثالث على الثاني بثلاثين لأن المبيع سيؤخذ منه و قد انفسخ عقده.

(٢) للشفيع.

(٣) أى البيع الثاني.

(٤) أى فتعيين الأخذ بالشفعة راجع إلى اختيار الشفع.

و كذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، و إن أخذ من الأول بطلت اللاحقه، و إن أخذ من المتوسط صح ما قبله و بطل ما بعده.

و لا فرق فى بطلان الهبه لو اختاره (١) الشفيع بين اللازمه، و غيرها و لا بين المعوض عنها، و غيرها فياخذ الواهب الثمن و يرجع العوض إلى باذله (و الشفيع يأخذ من المشتري) (٢)، لا- من البائع، لأنه (٣) المالك الآن (و دركه) أى درك الشقص لو ظهر مستحقا (٤)(عليه (٥) فيرجع عليه (٦) بالثمن و بما اغترمه (٧) لو (١) أى اختار البطلان و المعنى أنه لا فرق بين جميع تصرفات المشتري التى للشفيع فسخها و الأخذ من المشتري بثمان عقده فيتملك الشفيع المبيع حينئذ بالشفعه دون الموهوب الذى قد انفسخت هبته، و عليه فإن كانت هبته بلا عوض فلا إشكال و لا كلام، و إن كانت بعوض فيصير الدرك على الواهب الذى هو المشتري، لأن الأخذ بالشفعه يفسخ كل ما يترتب على البيع، و عليه فياخذ المشتري الثمن من الشفيع و يدفع عوض الهبه إلى باذله لبطلان الهبه بالشفعه، و مما تقدم يظهر ضعف ما عن الفخر فى الإيضاح من أن الثمن للموهوب له إذا كانت الهبه لازمه و هو المنقول عن الشهيد فى بعض حواشيه.

(٢) لا- إشكال و لا خلاف فى أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري، لأنه المتيقن من أدله ثبوت الشفعه، فلو بان المبيع معيوباً بفعل المشتري كان ضمانه عليه، و لا يأخذ الشفيع من البائع الذى كان شريكاً له لفرض انقطاع سلطانه عن العين بالبيع فكيف يأخذ منه.

لكن لو طالب الشفيع بالشقص و كان الشقص فى يد البائع و لم يتسلمه المشتري فلا يجب على المشتري القبض من البائع ثم دفعه إلى الشفيع حتى لو التمس الشفيع ذلك، بل يقال للشفيع: خذه من البائع أو دعه بلا- خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الغرض من الشفعه قبض الشفيع للشقص و هو يحصل من البائع مباشرة، و لأن قبض الشفيع بعد المطالبه كقبض المشتري، لانتقال الحق إلى الشفيع، فلا- وجه لتكليف المشتري بالقبض من البائع، و عن بعض العامه وجوب القبض على المشتري ثم دفعه إلى الشفيع، لأن الشفيع بمنزله مشتر من المشتري، و هو ممنوع، لأن أخذ الشفيع أخذ قهرى و إن لم يرض المشتري.

(٣) أى المشتري.

(٤) أى تبين بطلان البيع لأنه مستحق لغير المشتري فضمانه عليه لأنه تحت يده.

(٥) على المشتري.

(٦) أى فيرجع الشفيع على المشتري بالثمن الذى دفعه.

(٧) أى اغترم المشتري من الأرض الذى يأخذه مالك الثمن المعيب.

أخذه المالك، و لا فرق في ذلك (١) بين كونه في يد المشتري، و يد البائع بأن لم يكن قبضه (٢)، لكن هنا (٣) لا يكلف المشتري قبضه منه (٤)، بل يكلف الشفع الأخذ منه، أو الترك (٥) لأن الشقص هو حق الشفع، فحيث ما وجده أخذه، و يكون قبضه (٦) كقبض المشتري، و الدرك عليه (٧) على التقديرين (٨).

في أن الشفعه تورث

(و الشفعه تورث) (٩) عن الشفع كما يورث الخيار، و حد القذف، و القصاص، في أصح القولين، لعموم أدله الإرث. و قيل: لا تورث استنادا إلى روايه ضعيفه السند. و على المختار (١٠) فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثه) على نسبه (١) في كون أخذ الشفع من المشتري.

(٢) أي لم يكن البائع أقبض الشقص للمشتري.

(٣) فيما لو كان تحت يد البائع.

(٤) من البائع.

(٥) أي ترك الأخذ بالشفعه.

(٦) قبض الشفع.

(٧) على المشتري.

(٨) تقدير كون الشقص تحت يد المشتري، و تقدير كونه تحت يد البائع.

(٩) اختلف الأصحاب في ذلك، فعن الأ-كثر أنها تورث، للمرسل عن النبي صلى الله عليه و سلم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) (١)، و كما يندرج فيه حق الخيار و حق القذف بلا خلاف فيندرج فيه حق الشفعه.

و عن الشيخ في النهايه و ابن البراج و ابن حمزه في الوسيله و الطبرسى أنها لا تورث، و نسبه في المبسوط إلى الأكثر، تعويلا على خبر محمد بن يحيى عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه قال (لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم و قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا يشفع في الحدود، و قال: لا تورث الشفعه) (٢)، و لكن في السند ضعف، إذ طلحه بن زيد تبرى، و محمد بن يحيى غير معروف.

(١٠) من تورثها فهي على حد ما يورث المال، لأنها حق مالي، فيرث الذكر ضعف الأنثى،

ص: ٥٢٤

أما الموجود في الكتب (من مات و ترك مالا- فلورثته) كما في الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.

سهامهم، لا على رءوسهم. فللزوجه مع الولد الثمن، و لو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط (١)، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلا واحدا أخذ الجميع، أو ترك) حذرا من تبعض الصفقة على المشتري، و لا يقدر هنا (٢) تكثر المستحق و إن كانوا شركاء (٣)، لأن أصل الشريك متحد، و الاعتبار بالوحده عند البيع، لا الأخذ.

فى أنه يجب تسليم الثمن أولا

(و يجب تسليم الثمن أولا (٤) جبرا) لقهر المشتري (ثم الأخذ) (٥) أى تسلم بلا خلاف فيه، و عن بعض الشافعية أنها تورث على الرءوس و عدد الوراث لا على فروضهم، و هو ضعيف لعدم المخصص لكيفيه إرث الشفعه عن بقيه الموروث، بل الشفعه مثله.

و على المختار أيضا فلو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط الشفعه، و إن قلنا بكونها على الفوريه و قلنا بسقوطها إذا عفا المورث، لأن الحق لا يسقط بعفو البعض بعد كون الحق للجميع، و عليه فمن لم يعف إما أن يأخذ الجميع أو يترك لثلا تتبعض الصفقة على المشتري.

(١) أى الشفعه.

(٢) أى عند توريث الشفعه، و هذا دفع و هم، أما الوهم فإنه يشترط فى الشفع أن يكون واحدا فلو تعدد الشركاء فلا شفعه كما تقدم فكيف تثبت الشفعه هنا لأكثر من واحد من الوراث.

و أما الدفع فالمعتبر هنا حال البيع لا حال الأخذ، لأن المعتبر هو وقت ثبوت الحق و هو حال البيع، و فى هذه الحاله كان الشريك واحدا، لأن المورث واحد و لذا ثبتت الشفعه، و إن كان بعد ثبوتها قد انتقلت إلى المتعدد بالإرث.

(٣) أى شركاء فى حق الشفعه.

(٤) أى فى الشفعه، فيجب على الشفع أولا دفع الثمن حتى يدفع المشتري بعد ذلك فى المبيع، و قال الشارح فى المسالك: (و إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولا، و لم يعتبر ذلك فى غيره من المعاوضات كالبيع، بل اعتبر التسليم معا، لأن هذه معاوضه قهريه أخذ المعوض فيها بغير رضا المشتري فيجبر - أى قهره - بتسليم الثمن إليه أولا، بخلاف البيع فإن مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبدهاء من الآخر، و هذه فى الحقيقه عله مناسبه، لكن لا دلالة فى النصوص عليها، و إثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال، نعم اعتبرها العامه فى كتبهم، و هى مناسبه على قواعدهم) انتهى، و قواعدهم هى الاستحسان الذى هو أصل لهم و هم أصله.

(٥) أى أخذ الشفع المبيع بالشفعه.

المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولى، فإنه (١) متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفوريه (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أى الثمن (فى ذمته) (٢) فله (٣) أن يتسلم المبيع أولاً لأن الحق فى ذلك (٤) للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن فى ذمه الشفيع فله ذلك.

و المراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه (٥)، إما تجوزا لكونه سببا فى إثبات الشفيع، أو وقع سهواً.

(و لا يصح (٦) الأخذ إلا بعد العلم بقدره (٧)، (١) أى الأخذ بالشفعة القولى.

(٢) أى ذمه الشفيع، و حق العبارة أن تكون إلا أن يرضى المشتري بكون الثمن فى ذمه الشفيع بطريق الدين، و من هنا فسر كلام الماتن بعده تفسيرات:

الأول: ما عن الشارح هنا فى روضته أن المراد من لفظ الشفيع هو المشتري تجوزاً، لأن المشتري سبب فى إثبات الشفيع خارجاً، و قد أطلق المسبب على السبب.

الثانى: ما عن الشارح هنا فى روضته أيضاً أن هذا التعبير عن المشتري بلفظ الشفيع من باب سهو القلم.

الثالث: ما عن الشارح أيضاً فى حاشيته على اللعنه كما فى الطبعه الحجرية حيث قال:

(بتقدير اللام، أى للشفيع بكون الثمن فى ذمه الشفيع بطريق الدين).

الرابع: أن يجعل لفظ الشفيع فى عبارته الماتن منصوباً، و يكون المعنى: إلا أن يرضى المشتري عن الشفيع، و قد حذف لفظ المشتري و نصب الشفيع للدلالة على أنه فى محل نصب.

الخامس: أن يجعل لفظ (يرضى) من باب الإفعال أى (يرضى)، فيكون المعنى: إلا أن يرضى الشفيع المشتري بكون الثمن فى ذمته، أى فى ذمه الشفيع.

(٣) أى للشفيع حينئذ أن يتسلم المبيع أولاً إن رضى المشتري بإبقاء الثمن دينا.

(٤) فى تسليم الثمن أولاً.

(٥) من أن الحق فى ذلك للمشتري.

(٦) للشفيع.

(٧) أى بقدر الثمن و كذا الضمائر الآتية، هذا و أعلم أنه إذا بلغ الشفيع البيع فقال: أخذت بالشفعة، فإن كان عالماً بالثمن صح الأخذ و ترتب الأثر عليه، و إن كان جاهلاً لا يصح، لأن الأخذ بالشفعة فى معنى المعاوضه، حيث يؤخذ الشقص بالثمن الذى بيع

(و جنسه)، و وصفه، لأنه (١) معاوضه تفتقر إلى العلم بالعوضين (فلو أخذه (٢) قبله (٣) لغى (٤) و لو قال (٥): أخذته (٦) بمهما كان (٧)، للغرر، و لا تبطل بذلك (٨) شفيعته، و يغتفر بعد اجتماعه (٩) بالمشتري السؤال (١٠) عن كميته الثمن و الشقص بعد السلام و الكلام المعتاد.

فى ما لو انتقل الشقص

(و لو انتقل الشقص بهبه (١١)، أو صلح، أو صداق فلا شفيعه) لما تقدم فى به، فيشترط علم الشفيع بالثمن حين الأخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل، فالثمن ينقص و يزيد و الأغراض تختلف فيه قله و كثره.

و عليه فلا- يكفى الأخذ بالشفيعه مع عدم العلم بالثمن جنسا أو قدرا أو وضعاء، و إن رضى بالثمن مهما كان، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يدفع حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضه مع النهى عن الغرر، و يكون مثله مثل ما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول و رضى به.

هذا و مع الجهل بالثمن يبطل الأخذ خاصه دون الشفيعه، فيجدد الأخذ حين العلم بالثمن.

(١) أى الأخذ بالشفيعه.

(٢) أى أخذ الشفيع الشقص.

(٣) قبل العلم بالثمن.

(٤) أى الأخذ.

(٥) أى الشفيع.

(٦) أى أخذت الشقص.

(٧) أى الثمن فأیضا يبطل، و تكون (لو) و صلیه.

(٨) أى بطلان الأخذ.

(٩) أى اجتماع الشفيع.

(١٠) فالعلم بالثمن و العلم بكمية الشقص المباع مع السؤال عن صحه المشتري و السلام عليه من الأعذار الشرعيه كالعلم بالثمن، أو العرفيه كالسلام.

(١١) يشترط فى ثبوت الشفيعه للشريك انتقال حصه شريكه لثالث بالبيع، فلو انتقلت حصه شريكه لثالث بصدقه أو هبه أو صداقا أو صلحا فلا شفيعه على المشهور، لظهور النصوص فى تخصيص الشفيعه بالبيع، ففى حسنه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السلام

(الشفعة في البيوع) [\(١\)](#)، و في مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الشيء بين

ص: ٥٢٧

١- ((٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

تعريفها (١) من اختصاصها بالبيع، و ما ذكر (٢) ليس بيعا حتى الصلح بناء على أصالته (٣)، (و لو اشتراه (٤) بثمان كثير ثم عوّضه عنه بيسير (٥)، أو أبرأه (٦) من) شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره (١)، و هي تدل على حصرها بالبيع، إما لمفهوم الوصف كما في الخبر الأول، و إما لمفهوم الشرط كما في الخبر الثاني، فقول الشارح في المسالك: (و ليس عليه دليل صريح و إنما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافي ثبوتها بغيره، و من ثم خالف ابن الجنيّد فأثبتها بمطلق النقل حتى الهبة بعوض و غيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص) انتهى كلامه، فهذا القول ليس فى محله لأن لفظ البيع لم يذكر لأنه المسئول عنه فقط، بل علق الشفّعه عليه وصفا أو شرطا، و هو يدل على الحصر عرفا.

هذا و اعلم أنه يجوز للشريك البائع أن يحتال بإسقاط شفّعه شريكه، و ذلك لو نقل حصته لثالث بغير البيع، لأن الشفّعه مختصة بالبيع كما عرفت.

(١) أى تعريف الشفّعه.

(٢) من الهبة و الصلح و الصداق.

(٣) أى أنه أصل مستقل كما عليه المشهور، و أما على قول الشيخ فى المبسوط من أنه إذا أفاد فائده البيع فهو بيع فتثبت فيه الشفّعه حينئذ.

(٤) أى اشترى الثالث الشقص.

(٥) أى عوّض المشتري البائع عن الثمن الكثير بقدر يسير.

(٦) أى أبرأ البائع المشتري من الأكثر، أى أكثر الثمن، هذا و أعلم أنه لو باع الشريك حصته لثالث بثمان أكثر من ثمن المثل، و قبض من المشتري أقل من ثمن العقد و قد أبرأه و من الباقي، إما اتفاقا أو تواطئا على ذلك قبل البيع لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفّعه، صح ذلك و وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفّعه أن يدفع ثمن العقد، لا الثمن الذى دفعه المشتري فعلا، بلا خلاف فى ذلك، لظهور الأخبار من أن الشفيع عليه ثمن العقد، ففى حسنه الغنوى المتقدمه (فهو أحق بها من غيره بالثمن) (٢)، أى ثمن العقد.

و كذا يجوز للشريك بيع حصته بثمان ثم يتواطأ مع المشتري على أن يدفع عوض الثمن شيئا يسيرا لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفّعه.

ثم لو خالف البائع مقتضى المواطاه و طالب المشتري بدفع ثمن العقد فيجب على المشتري

ص: ٥٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفّعه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفّعه حديث ١.

(الأكثر) و لو (١) حيله على تركها (أخذ الشفيع بالجميع) (٢) إن شاء، لأنه (٣) الثمن و الباقي (٤) معاوضه جديده، أو إسقاط (٥) لما ثبت. و مقتضى ذلك (٦) أن الثمن الذى وقع عليه العقد لازم للمشتري (٧)، و جائز للبائع أخذه (٨)، و إن كان بينهما (٩) مواطاه على ذلك (١٠)، إذ لا (١١) يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت فى ذمته (١٢)، و لا يثبت فى ذمته (١٣) إلا ما يستحق البائع المطالبه به.

و قال فى التحرير: لو خالف أحدهما ما تواطيا عليه (١٤) فطالب (١٥) صاحبه بما أظهر له (١٦) دفعه لأن التواطؤ وعد من البائع و مخالفه الوعد لا تبطل العقد و إن أثم البائع بالمخالفه المذكوره إلا أن يكون التواطى شرطاً فى العقد فيجب الوفاء به للزوم الوفاء بالشرط، و لم يخالف فى ذلك كله إلا العلامة فى التحرير و سيأتى نص كلامه فى الروضه.

(١) أى و لو كان التعويض أو الإبراء حيله منهما على ترك الشفعه من قبل الشفيع.

(٢) أى جميع ثمن العقد.

(٣) أى الجميع.

(٤) من التعويض باليسير فهو معاوضه جديده بين البائع و المشتري.

(٥) من إبراء الأكثر فهو إسقاط من البائع لما ثبت له فى ذمه المشتري.

(٦) أى و المقتضى لذلك.

(٧) بأن يدفعه إلى البائع.

(٨) لأن الناس مسلطون على أموالهم، فلا يلزم البائع بقبضه بل يجوز له إخراجه عن ملكه بإسقاطه بالمعاوضه عليه باليسير.

(٩) بين البائع و المشتري.

(١٠) من التعويض أو الإبراء.

(١١) تعليل لوجوب أخذ الشفيع بجميع الثمن.

(١٢) بسبب عقد البيع.

(١٣) أى ذمه المشتري.

(١٤) يمكن تصوير مخالفه البائع للمواطاه، لأنه سيطالب بالأكثر لو خالف، و أما تصوير مخالفه المشتري للمواطاه حتى يدفع الأكثر لو خالف فهو غير ممكن عقلائياً، بحيث لا يقدم عليه العاقل الرشيد المحافظ على ماله.

(١٥) أى المخالف للمواطاه.

(١٦) المحكى عن التحرير: بما ظهر، و هو الأفق، لأن المراد به هو الثمن الذى ظهر فى العقد.

ص: ٥٢٩

لزمه (١) فى ظاهر الحكم و يحرم عليه (٢) فى الباطن، لأن صاحبه (٣) إنما رضى بالعقد المتواطى، (أو ترك (٤) الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم (٥).

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلف الشفيع و المشتري فى) مقدار (الثنى حلف المشتري) (٦) على المشهور، لأنه (٧) أعرف بالعقد، و لأنه (٨) المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه.

و يشكل بمنع كون حكم المالك كذلك (٩) مطلقا (١٠) و قد تقدم قبول قول (١) أى لزم المشتري دفع الثمن الذى ظهر فى العقد.

(٢) أى و يحرم على البائع أخذه واقعا.

(٣) أى صاحب المخالف، فلو كان المخالف هو البائع فصاحبه و هو المشتري قد رضى بالعقد الذى ذكر فيه الثمن على أساس المواطاه، لا مطلقا، و قد عرفت ضعفه مما تقدم فلا نعيد.

(٤) عطف على قول الماتن (أخذ الشفيع بالجميع).

(٥) و هو تمام الثمن فى العقد.

(٦) فلو اختلفا فى مقدار الثمن بعد اتفاقهما على وقوع الشراء، فقال المشتري: ألف مثلا، فقال الشفيع: خمسمائة، و لا- بينه لأحدهما، فالقول قول المشتري مع يمينه على المشهور و لم يخالف إلا ابن الجنيذ و الشارح، و قد استدلل للمشهور بأدله:

الأول: إن المشتري هو أعرف بالعقد و ما وقع عليه من الشفيع.

الثانى: إن المشتري هو المالك فلا ينتزع الشيء من تحت يده إلا بما يدعيه.

الثالث: لأنه ذو اليد فيقدم قوله مع يمينه.

الرابع: إن المشتري منكر، لأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئا فى ذمته و لا تحت يده، و إنما يدعى الشفيع استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذى يعترف به الشفيع، و المشتري ينكره، و لا يلزم من قول المشتري: إنى اشتريته بالألف، و إن كان أكثر، أن يكون مدعىا على الشفيع، و إن كان مدعى الأكثر مدعىا بحسب الأصل، إلا أن المشتري هنا ليس كذلك، لأنه لا يدعى تغريم الشفيع بالألف لأنه لم يطلب الأخذ بالشفعه.

و قد ناقشهم الشارح فى هذه، و ستأتى المناقشه.

(٧) أى المشتري، و هو الدليل الأول للمشهور.

(٨) أى المشتري و هو الدليل الثانى للمشهور.

(٩) أى هو المقدم مع يمينه، لأنه منكر.

(١٠) أى فى كل الموارد.

ص: ٥٣٠

المنكر (١) فى كثير (٢) خصوصا مع تلف العين، و عموم «اليمين على من أنكر» وارد هنا (٣)، و من ثم ذهب ابن الجنيدي إلى تقديم قول الشفيع، لأنه منكر. و الاعتذار للأول (٤) بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئا فى ذمته، و لا تحت يده، إنما الشفيع يدعى استحقاق ملكه (٥) بالشفعة بالقدر الذى يدعيه، و المشتري ينكره و لا يلزم من قوله (٦): اشتريته بالأكثر، أن يكون (٧) مدعيا عليه (٨) و إن كان (٩) خلاف الأصل (١٠)، لأنه (١١) لا يدعى استحقاقه إياه (١٢) عليه، و لا (١) أى منكر الزيادة و إن لم يكن مالكا.

(٢) أى كثير من الموارد، كما لو اختلف المؤجر و المستأجر فى قدر الأجره، فيقدم قول منكر الزيادة و إن كان مستأجرا مع أنه ليس بمالك، و كذا لو اختلف المتبايعان فى مقدار الأجل بعد الاتفاق على التأجيل، فيقدم قول المنكر و لو كان مشتريا مع أنه ليس بمالك، و كذا إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن، فيقدم قول المشتري مع يمينه خصوصا فى صورته تلف العين، و قد وردت الروايه بذلك كما حرر ذلك فى أبوابه فراجع، و فى هذا رد على دليلهم الثانى.

(٣) و هو رد لدليلهم الأول و حاصل الرد أن الشفيع لا ينازع فى أصل البيع و لا فى ثبوت الشفعه، و إنما النزاع فى القدر الواجب دفعه عند الأخذ بالشفعه فالمشتري يدعى الزيادة و الشفيع منكر فيندرج تحت عموم (البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر) (١).

(٤) و هو تقديم قول المشتري مع يمينه، و الاعتذار له بمعنى الاستدلال له، و هذا عرض لدليلهم الرابع، و لا نعيد.

(٥) أى ملك الشقص من باب إضافة المصدر إلى المفعول.

(٦) أى قول المشتري.

(٧) أى المشتري.

(٨) على الشفيع.

(٩) أى جعل مدعى الأكثر ليس مدعيا.

(١٠) إذ الأصل أن مدعى الأكثر مدع.

(١١) أى لأن المشتري، و هو تعليل لعدم لزوم كون المشتري مدعيا.

(١٢) أى استحقاق المشتري للأكثر على الشفيع، و لا يطلب المشتري تغريم الشفيع بالأكثر، لأنه لا يطلب منه الأخذ بالشفعه.

ص: ٥٣١

يطلب تغريمه إياه إنما يتم (١) قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده (٢) فالمشتري يدعى الثمن في ذمه الشفيع. و يأتي فيه (٣) جميع ما سبق (٤).

لا يقال: إنه لا يأخذ (٥) حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره (٦)، فما داما متنازعين لا يأخذ (٧) و يتجه الاعتذار (٨). لأننا نقول: المعتبر في أخذه (٩) علمه بالقدر بحسب ما عنده (١٠)، لا- على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ و وقع النزاع فيه (١١) بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعى.

و يمكن أيضا (١٢) أن يملك (١٣) الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده (١٤) فيصير المشتري مدعيا. و تظهر الفائدة (١٥) لو أقاما بينه فالحكم (١) شروع في رد هذا الدليل الرابع، و الجملة واقعه في محل رفع خبر للاعتذار.

(٢) أي بعد الأخذ بالشفعة، فالمشتري يدعى ثبوت الأكثر في ذمه الشفيع، و الشفيع منكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٣) في كون النزاع بعد الأخذ بالشفعة.

(٤) من كون الشفيع منكرا فيقدم قوله مع يمينه و إن لم يكن مالكا، لعموم اليمين على من أنكر.

(٥) أي لا يصح الأخذ من الشفيع.

(٦) أي بقدر الثمن.

(٧) أي لا يصح الأخذ لعدم العلم بقدر الثمن.

(٨) لأن النزاع دائما يكون قبل الأخذ بالشفعة.

(٩) أي أخذ الشفيع.

(١٠) أي ما عند الشفيع.

(١١) في الثمن بعد تملك الشفيع الشقص، فيكون منكرا كما توضح بيانه فيما سبق.

(١٢) جواب ثان عن الإشكال الذي أورده بلفظ: (لا يقال).

(١٣) أي الشفيع فيتملك الشقص برضا المشتري على أن يكون الثمن في ذمه الشفيع، ثم بعد التملك الواقع قبل دفع الثمن قد وقع النزاع في قدره.

(١٤) بعد التملك.

(١٥) بين القولين، فعلى المشهور فالمشتري منكر فلو قدم بينه الشفيع قدمت بينه الشفيع، لأنه مع تعارض البيئات تقدم بينه

المدعى، لأنها من وظيفته، و المنكر وظيفته

ص: ٥٣٢

ليينه الشفيع على المشهور، و بينه المشتري على الثانى.

(و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده) (١) و أنه (٢) يستحق عليه (٣) الشفعه فأنكر الشريك التأخر (٤)(حلف الشريك) لأنه منكر، و الأصل عدم الاستحقاق، (و يكفيه (٥) الحلف على نفى الشفعه) (٦) و إن أجاب بنفى التأخر (٧) لأن الغرض (٨) هو الاستحقاق فيكفى اليمين لنفيه (٩). و ربما كان (١٠) صادقا فى نفى اليمين فقط و لا تسمع منه البينه و المدعى هنا الشفيع، لذا قدمت بينته، بخلاف قول ابن الجنيذ فمع تعارض البينات منهما تقدم بينه المشتري، لأنه المدعى حينئذ.

(١) إذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه اشترى بعده على وجه يستحق عليه الشفعه فأنكر الآخر، و مثاله ما لو باع شخص نصف ملكه مشاعا، فيصير المشتري شريكا فى النصف، ثم باع المالك النصف الآخر لآخر، فيصير المشتريان شريكين، و قد ادعى أحدهما أن شريكه اشترى بعده ليأخذ منه النصف بالشفعه فأنكر، و يقدم قول المنكر مع يمينه، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لأصاله عدم تحقق شرط الشفعه، و هو بيع حصه شريكه حال الشراكه.

و عليه فلو حلف المنكر أنه لا- يستحق على شفعه جاز، و لا- يكلف المنكر باليمين على أنه لم يشتر بعد المدعى، و إن كان المنكر قد أجاب بذلك، بلا خلاف فيه منا، و عن بعض الشافعيه التفصيل من أن المنكر إن أجاب بنفى الشفعه فيكفيه اليمين على نفيها، و إن أجاب بنفى الشراء بعد شراء المدعى، فلا يكتفى منه بالحلف على نفى الشفعه، بل لا بدّ من الحلف على نفى الشراء.

و ردّ بأن الغرض من الحلف على نفى الشفعه حاصل و إن أجاب بعدم تأخر الشراء، لأن غايه هذا الجواب هو نفى الشفعه عنه.

(٢) أى المدعى.

(٣) أى على المشتري الآخر الذى اشترى بعد شراء المدعى.

(٤) أى التأخر فى الشراء.

(٥) أى للمنكر.

(٦) و هو الأخص.

(٧) أى بنفى تأخر الشراء، و هو الأعم، و نفى التأخر أعم لأن الشراء قد يقع متأخرا و تسقط الشفعه بإحدى مسقطاتها.

(٨) من إنكار تأخر الشراء.

(٩) أى لنفى استحقاق الشفعه عليه.

(١٠) أى المنكر.

الاستحقاق (١) و إن كان الشراء متأخرا لسبب من الأسباب المسقطه للشفعه فلا يكلف الحلف على نفيه (٢).

و يحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به (٣)، لأنه (٤) ما أجاب به (٥) إلا- و يمكنه الحلف عليه (٦)، و قد تقدم مثله فى القضاء،(و لو تداعيا السبق (٧) تحالفا)، لأن كل واحد منهما مدّع، و مدّعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما يمين الآخر (و لا شفعه)، لانتفاء السبق.

(١) أى فى نفي استحقاق الشفعه.

(٢) أى على نفي الاستحقاق.

(٣) بنفى تأخر الشراء كما عن بعض الشافعية.

(٤) أى الشأن و الواقع.

(٥) بنفى التأخر.

(٦) و أيضا قد وقع منه نفي التأخر فيجب أن تكون اليمين على ما قد وقع.

(٧) السبق فى الشراء، فكل منهما يدعى السبق فى الشراء و ينكرها الغير، فكل منهما مدع و منكر فيتحالفا، و يثبت ملكهما و لا شفعه لأحدهما على الآخر.

ص: ٥٣٤

فى معنى السبق و الرمايه

(السبق و الرمايه) و هو عقد شرع لفائده التمرن على مباشره النضال (١)السبق بسكون الباء مصدر (سبق) كضرب مصدر (ضرب)، و فى الصحاح جعله مصدر (سابق)، و كلاهما صحيح، إلا أن الثانى أوفق، لأن الواقع فى معاملته السبق كون العمل بين اثنين فصاعدا، فباب المفاعله به أولى.

و أما السبق بتحريك الباء فهو العوض المبذول لمن سبق أولا، و يقال له الخطر، بالتحريك، و الندب بالتحريك أيضا، و يقال له: الرهن و السبق عرفا و كذا المسابقه إجراء الخيل و ما شابهها فى حله السباق، ليعلم الأجود منها، و الأفرس من الرجال المتسابقين.

(٢)و الرمى و الرمايه هى المناضله بالسهم ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

أما مشروعيتهما فمن الكتاب قوله تعالى: **وَ اعْتَدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِباطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ (١)** و قال تعالى حكاية عن إخوه يوسف يا أبا ناس إنا ذهبنا نشتبك و تركنا يوسف عينا متاعنا (٢) و هو ظاهر فى مشروعيه السبق فى الجملة، و من السنه أخبار.

منها: مرفوع عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى قول الله و أعدوا: إنه الرمى) (٣) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس شىء تحضره الملائكة إلا الرهان، و ملاعبه الرجل أهله) (٤) ، و خبر عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: كل لهو المؤمن باطل إلا

ص: ٥٣٧

١- (١) سورة الأنفال، الآية: ٦٠.

٢- (٢) سورة يوسف، الآية: ١٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ٤.

و الاستعداد لممارسه القتال. و الأصل فيه قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر (١)» و قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم (٢). «إن الملائكة لتنفّر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر، و الخف، و الريش، و النصل».

في من ينقذ منه السبق و الرمايه و ما ينقذ عليه

(و إنما ينقذ السبق) (٣) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ، و العقل (٤) (الخالين من الحجر) (٥)، لأنه يقتضى تصرفاً في المال (على الخيل و البغال، و الحمير) (٦) في ثلاث: في تأديبه الفرس، و رميه عن قوسه، و ملاعبته امرأته، فانهن حق (١)، و خبر حفص البخترى عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه كان يحضر الرمي و الرهان) (٢)، و مثلها غيرها و فائده السبق و الرمايه بعث النفس من الاستعداد للقتال، و الهدايه لممارسه النضال، و هى من أعظم الفوائد الدينيه لما يحصل بها من غلبه العدو في الجهاد لأعداء الله تعالى شأنه، الذى هو أعظم أركان الإسلام، و بهذه الفائده يخرج عن اللهو و اللعب المنهى عن المعامله عليهما.

(١) و هو خبر الحسين بن علوان عن أبي عبد الله عليه السّلام عن أبيه عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: لا سبق إلا في حافر أو نصل أو خف) (٣)، أو خبر حفص عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، يعنى النضال) (٤).

(٢) ففي مرفوعه الصدوق قال الصادق عليه السّلام (إن الملائكة لتنفّر عند الرهان و تلعن صاحبه، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، و قد سابق رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم أسامه بن زيد، و أجرى الخيل) (٤).

(٣) أى عقد المسابقه المتضمن للجعل و الرهن.

(٤) لرفع القلم عن الصبى و المجنون.

(٥) فلا ينقذ سبق المحجور عليه، للمنع من التصرف المالى، و الجعل و الرهن تصرف مالى.

(٦) لأنه يجوز السبق على الحافر كما تقدم في الأخبار، و الحافر للدابه كالقدم للإنسان، و هذا يندرج تحته الخيل البغال و الحمير لكونها من ذوات حافر، بلا خلاف في ذلك عندنا كما في المسالك، و خالف بعض العامه في جواز المسابقه على البغال و الحمير، و أنهما لا

ص: ٥٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٤ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٦.

و هي داخله في الحافر المثبت في الخبر، (و الإبل و الفيله) (١) و هما داخلان في الخف، (و على السيف (٢)، و السهم، و الحراب (٣) و هي داخله في النصل، و يدخل السهم في الريش على الروايه الثانيه (٤) إذا اشتمل عليه (٥)، تسميه للشيء باسم جزئه، و أطلق يصلحان للكرّ و الفرّ، و لا- يقاتل عليهما غالبا، و فيه: أن كَرَّ كل حيوان و فرّه بحسب حاله، و بالإضافة إلى شمول النص المتقدم لهما فقد قاتل أمير المؤمنين العدو على بغله رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم(١).

(١) لا خلاف في جواز المسابقه على الخف لما تقدم من الأخبار، و الخف يشمل الإبل و الفيله بلا خلاف فيه عندنا، و لأن الإبل تشارك الخيل في المعنى المطلوب منها حاله الحرب من الانعطاف و سرعه الإقدام، و لذا كانت العرب تقاتل عليها، و كذا الفيله و لذا كانت قبائل الهند و الحبشه تقاتل عليها، و منع بعض العامه من شمول المسابقه للفيله، لأنه لا يحصل بها الكرّ و الفرّ، و ردّ بأنه اجتهد في قبال النص بعد كون الخف شاملا لها، مع أن فرّ و كر كل حيوان بحسبه.

(٢) لا خلاف في جواز المسابقه على النصل لما تقدم من الأخبار، و يدخل تحت النصل السهم و النشاب و الحراب و السكين و السيف و الرمح، قال في الصحاح: النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح، و قال في الصحاح أيضا: النشاب السهام.

و مما تقدم يظهر أن المحدّد كالدبوس، و العصا لا يدخلان، إلا إذا جعل في رأس العصا حديده لتندرج تحت النصل.

(٣) جمع حربته، و هي الآله من الحديد دون الرمح.

(٤) و هي مرفوعه الصدوق، إذ يراد من الريش السهم ذو الريش، لا الطير، لأنه يمنع من المسابقه في الطير كما سيأتي.

هذا و عطف النصل على السهم ذى الريش في المرفوعه من باب عطف العام على الخاص، على أنه في خبر العلاء بن سيباه إسقاط النصل، و إبداله بالريش، و هذا يؤيد ما قلناه من كون المراد من الريش هو السهم الرائش، ففي خبر العلاء بن سيباه عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم قد أجرى الخيل و سابق، و كان يقول: إن الملائكه تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار حرام)(٢).

(٥) أى إذا اشتمل السهم على الريش.

ص: ٥٣٩

١- (١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٣.

السبق على ما يعم الرمي تبعاً للنص (١)، و تغليبا للاسم (٢)، لا بالمصارعة، و السفن، و الطيور، و العدو (٣)، و رفع الأحجار، و رميها، و نحو ذلك، لدلاله الحديث السابق (١) حيث ورد (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل) كما في خبر حفص المتقدم (١) ، و المسابقة في الخف و الحافر، و النصل إذا أريد منه السهم فهو رمى و رمايه.

(٢) أى لاسم السبق على الرمي.

(٣) لا تجوز المسابقة المشتملة على عوض و جعل بالطيور، و لا بالقدم، و لا بالسفن و لا بالمصارعة و لا بغير ذلك مما هو غير الخف و الحافر و النصل، بلا خلاف فيه، و يدل عليه الأخبار المتقدمه الحاصره لجواز المسابقة في الأمور الثلاثة، و الداله على لعن الملائكه الرهان في غير الأمور الثلاثة، و أنه قمار حرام كما في خبر العلاء بن سباه المتقدم.

نعم عن بعض العامة جواز المسابقة بالجميع مع الرهن و العوض، لأن الطيور مما يمكن الاحتياج إليها في الحرب بحمل الكتب و استعلام حال العدو، و كذا المسابقة بالأقدام، لأن الحرب على القدم متعارف كالحرب بالسفن، فتصح المسابقة فيهما لما فيهما من الاستعداد للقتال، و للنبوى المروى من طرق العامة (أنه صلى الله عليه و آله و سلم سابق عائشه بالقدم مرتين، سبق في إحداهما و سبق في الآخر، و أنه صارع ثلاث مرات، كل مره على شاه، فصرع خصمه في الثلاث و أخذ منه ثلاث شياه) (٢).

و الخبر لم يثبت عندنا، بل الظاهر ثبوت خلافه، و هو الخبر المتقدم المفيد للحصر. ثم لو خلت هذه الأمور من العوض فهل يجوز السبق فيها أو لا على قولين، فالمشهور على المنع، لحرمه اللعب و اللهو الشاملين لهذه الأمور، و تمسكا بالأخبار السابقة الحاصره لجواز السبق في الأمور الثلاثة، و وجه الاستدلال بها أن لفظ السبق الوارد فيها إنما هو على قراءة السكون، و هو نفى المسابقة، و مع حصر المسابقة في الأمور الثلاثة فلازمه المنع من المسابقة في غيرها مع عوض أو بدونه.

و عن جماعه منهم الشارح الجواز، لأن المشهور في قراءة السبق فتح الباء، و السبق بفتح الباء هو بذل العوض، فالأخبار الحاصره في الأمور الثلاثة تنفى مشروعيه بذل العوض في غير الأمور الثلاثة، و أما المسابقة في غير الأمور الثلاثة من دون عوض على ما هي عليه من أصالة جواز عملها مضافا لما يترتب عليها من فوائد، تفيد الاستعداد للقتال، و بهذه الفوائد تخرج عن اللهو اللعب، على أن مطلق اللعب و اللهو ليس بحرام.

ص: ٥٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ١.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ١٢٧-١٢٩.

على نفى مشروعيه ما خرج عن الثلاثه.

هذا إذا تضمن السبق بذلك (١) العوض، أما لو تجرد عنه (٢) ففي تحريمه (٣) نظر، من دلالة النص (٤) على عدم مشروعيته، إن روى السبق بسكون الباء ليفيد نفى المصدر، وإن روى بفتحها كما قيل (٥): إنه (٦) الصحيح روايه، كان المنفى (٧) مشروعيه العوض عليها (٨)، فيبقى الفعل (٩) على أصل الإباحه، إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها (١٠). و لو قيل بعدم ثبوت روايه الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالته (١١) على المنع (١٢).

فى الإيجاب و القبول

(و لا بدّ فيها (١٣) من إيجاب و قبول على الأقرب) (١٤)، لعموم قوله تعالى:

(١) أى بالمصارعه و نظائرها.

(٢) أى تجرد السبق عن العوض.

(٣) أى تحريم السبق بهذه الأمور المذكوره من المصارعه و السفن و الطيور و العدو بغير عوض.

(٤) شروع فى دليل المنع، و المراد بالنص هو الأخبار الحاصره للسبق فى الأمور الثلاثه و لازمه عدم مشروعيه السبق فى غيرها، بناء على قراءه السبق بسكون الباء، ليفيد أن المنفى هو مطلق المسابقه.

(٥) بل هو فى المسالك قال: (إن المشهور فى الروايه فتح الباء).

(٦) أى فتح الباء.

(٧) لأن السبق بالفتح هو العوض.

(٨) أى على هذه الأمور من المصارعه و السفن و كل ما عدا الثلاثه المتقدمه.

(٩) أى فعل المصارعه و نظائرها بدون عوض على الإباحه.

(١٠) يخرجها عن اللعب و اللهو.

(١١) أى دلالة النص.

(١٢) أى منع فعل المصارعه و نظائرها بدون عوض، لأنه إذا لم يثبت فتح الباء فى الروايه فلا يثبت سكون الباء، بل يبقى كل منهما محتمل، و مع احتمال فتح الباء لا يصح التمسك بالخبر على المنع المتوقف على سكون الباء، لأنه إذا جاء الاحتمال سقط الاستدلال.

(١٣) في المسابقة.

(١٤) لا- بدّ في المسابقة من إيجاب و قبول، كغيرها من العقود على المشهور، فتكون لازمه لأصله اللزوم في كل عقد و عن الشيخ و العلامة في المختلف إلى أنها جعله، فلا تفتقر إلى قبول، و يكفي فيها البذل، كما يكفي في الجعالة أن يقول: من ردّ عليّ عبدي فله

ص: ٥٤١

كذا، و تكون حينئذ جائزه.

ثم إن البعض بنى الخلاف فى اللزوم و الجواز على أن المسابقه عقد أو إيقاع، فعلى الأول تكون لازمه، و على الثانى جائزه، و بعضهم عكس فبنى كونهما عقداً أو إيقاعاً على لزومها و جوازها بعد اتفاق الكثير منهم أنها لو كانت عقداً فهى إجاره و لو كانت إيقاعاً فهى جعالة، و ذهب بعض المتأخرين إلى أنها عقد أو إيقاع مستقل.

و منشأ الخلاف فى الجميع أن المسابقه تتضمن عوضاً على عمل، و هذا معنى مشترك بين الإجاره و الجعالة، و المسابقه تشتمل على اشتراط العمل فى استحقاق العوض، و تشتمل على اشتراط كون العوض معلوماً، و هذا من خواص الإجاره.

و السابقيه مما يجوز فيها إبهام العامل فى السبق، إذ يصح فيها جعل العوض لمن سبق مع عدم معرفته، و تشتمل على جهاله ما يحصل من العامل، إذ لا يعلم حصول السبق، و لا يعلم إتمامه، و يصح فيها بذل الأجنبى، و هذه من خواص الجعالة.

و لذا وقع الخلاف فى أنها إجاره فتفتقر مع الإيجاب إلى القبول، و تكون عقداً و لازمه، أو أنها جعالة يكفى فيها الإيجاب و تكون إيقاعاً و جائزه.

و لكن فيها أحكام تختلف عن أحكام الإجاره و الجعالة، فالعوض لا يشترط اعتباره فى المسابقه بخلاف الإجاره و الجعالة، و العمل راجع إلى العامل فى المسابقه بخلاف الإجاره و الجعالة فإنه راجع إلى الغير، و لذا ذهب البعض إلى أن المسابقه.

عقد مستقل برأسه، و يؤيده جعل المسابقه كتاباً مستقلاً فى الفقه على غرار غيرها من العقود.

ثم بعد كل هذا فالظاهر أنها عقد، إذ النزاع ليس فى عقديتها و عدمه، و إنما النزاع فى لزومها و جوازها بعد المفروغيه من أنها عقد، كما يظهر من علامه فى المختلف و جماعه، و لم يبحث فى عقديتها إلا المحقق فى الشرائع.

و على تقدير عقديتها فإن كان بعد حصول السبق فلا بد من القول بلزوم بذل العوض، عملاً بما وقع عليه العقد، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، و إن كان قبل حصول السبق، سواء تلبس العامل و المسابق بالعمل أم لا فالأشبه الجواز، لأنه التزام ببذل العوض عند حصول السبق، و قبل الحصول يجوز له

ص: ٥٤٢

١- (١) سورة المائده، الآية: ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و المؤمنون عند شروطهم و كل من جعله (٢) لازماً حكم بافتقاره إلى إيجاب و قبول (٣).

و قيل: هو جعله (٤) لوجود بعض خواصها (٥) فيه (٦)، و هي (٧): أن بذل العوض فيه (٨) على ما لا يوثق بحصوله (٩) و عدم تعيين العامل (١٠)، فإن قوله: من سبق فله كذا غير متعين عند العقد، و لأصالة عدم (١١) اللزوم و عدم (١٢) اشتراط القبول، و الأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه (١٣)، و هو (١٤) موضع النزاع.

سلمنا (١٥) لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً و جوازا، و إلا- لوجب الوفاء الرجوع عن شرطه، إذ لا- دليل على وجوب الالتزام بما وعد، بل حالها حال الجعالة حينئذ من أن لكل منهما فسخها ابتداء و في الأثناء.

(١) المائدة، آية: ٢.

(٢) جعل السبق.

(٣) لأنه إجاره.

(٤) فلا تحتاج إلى القبول، بل يكفي البذل.

(٥) أي خواص الجعالة.

(٦) في السبق، و هذا الدليل الأول على كونه جعالة.

(٧) أي الخاصية.

(٨) في السبق.

(٩) و هو السبق، إذ قد لا يحصل لتقارن المتسابقين.

(١٠) لأن السابق غير معلوم.

(١١) أي استصحاب عدمه، و هذا الدليل الثاني على كونه جعالة.

(١٢) فإذا شككنا في اشتراط القبول فالأصل عدم الاشتراط، و هذا الدليل الثالث على كونه جعالة.

(١٣) أي بتحقيق العقد.

(١٤) أي التحقق موضع النزاع، فيكون التمسك بعموم الوفاء بالعقد تمسكاً بالعام في شبهه المصادقيه، و هو الدليل الرابع على كونه جعالة.

(١٥) أى سلمنا كون السبق عقداً، و لكن عموم الوفاء بالعقد لا يدل على لزوم كل عقد، و إنما يدل على وجوب الوفاء بالعقد كما هو طبعه، فإن كان لازماً فعلى نحو اللزوم، و إن كان جائزاً فعلى نحو الجواز، و إلا لو كان عموم الوفاء بالعقد دالاً على لزوم كل

ص: ٥٤٣

بالعقود الجائزه، و فيه (١) نظر، لأن وجود (٢) بعض الخواص لا يقتضى الاتحاد (٣) فى الحكم مطلقا (٤). و أصله عدم اللزوم (٥) ارتفعت بما دل عليه، و الأصل فى الوفاء (٦) العمل بمقتضاه (٧) دائما و خروج العقد الجائز تخصيص للعام فيبقى (٨) حجه فى الباقي. نعم الشك بقى فى كونه (٩) عقدا (١٠).

فى العوض

(و تعيين العوض) (١١) عقد لوجب أن تكون العقود الجائزه لازمه، و هذا باطل بالاتفاق، و هو استدلال للعلامه فى المختلف، و محل النظر فيه النظر واضح، لأن عموم الوفاء بالعقد دال على اللزوم فى كل عقد كما هو ظاهر العموم، و العقود الجائزه لو لا الدليل على جوازها لكانت لازمه بحسب العموم و لا ضير فى ذلك.

(١) أى فى القول إن السبق جعاله.

(٢) رد للدليل الأول.

(٣) بحيث يكون السبق متحدا مع الجعاله فى الحكم مطلقا لزوما و جوازا.

(٤) حتى فى اللزوم و الجواز.

(٥) رد للدليل الثانى، و المعنى أن أصله عدم مرفوعه بما دل على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقد.

(٦) رد للدليل الرابع بحسب شقه الثانى و المعنى أن الأمر بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى العقد مطلقا، و هذا هو اللزوم، و أما العقود الجائزه فقد خرجت بالدليل إذ لولاه لقلنا بلزومها، و خروجها عن العام لا يرفع حجه العام فى الباقي.

(٧) أى بمقتضى العقد.

(٨) أى العام.

(٩) أى كون السبق.

(١٠) و هذا تسليم من الشارح للشق الأول من الدليل الرابع.

(١١) أى تقدير المال الذى يبذل للسابق، فيشترط تعيينه جنسا و قدرا، لأنه عوض عن فعل محلل فيشترط فيه العلم، فلو شرط مال و لم يعين أو تسابقا على ما سيتفقان عليه فيما بعد، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد للضرر، و لافضائه إلى التنازع المخالف لحكمه الشارع.

نعم على القول بكون السبق جعاله فتجوز الجهاله فى العوض على بعض الوجوه، حيث لا- يفضى إلى التنازع، و لا- يمنع من التسليم كجعل عبده الفلانى أو جزء منه.

هذا مع أن المال ليس بشرط في عقد المسابقه لخبر طلحه بن زيد (أغار المشركون على

ص: ٥٤٤

و هو المال الذى يبذل للسابق منهما (١) قدرا، و جنسا، و وصفا.

و ظاهر العبارة (٢) ككثير: أنه (٣) شرط فى صحة العقد، و فى التذكرة أنه ليس بشرط، و إنما المعتبر تعيينه لو شرط. و هو حسن.

(و يجوز كونه (٤) سرح المدينة فنادى فيها مناد: يا سوء صباحاه، فسمعها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فركب فرسه فى طلب العدو، و كان أول أصحابه، و لحقه أبو قتاده على فرس له، و كان تحت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سرج، و فتاه من ليف، ليس فيه أشر و بطر، فطلب العدو فلم يلقوا أحدا، و تتابعت الخيل، قال أبو قتاده: يا رسول الله، إن العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق فقال: نعم، فاستبقوا فخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سابقا، ثم أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش، إنه لهو الجوار البحر(١)، و هو ظاهر فى جواز المسابقة من دون مال، و لكن يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه للضرر على ما تقدم.

(١) من المتسابقين.

(٢) أى عبارة الماتن.

(٣) أن المال.

(٤) أى المال، هذا و اعلم أن السبق إذا تضمن مالا فإنه يصح ففى خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على بن الحسين عليهم السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجرى الخيل و جعلها سبقها أواقى من فضه(٢)). و مثله غيره.

و عليه فإما أن يكون المال من المتسابقين أو من أحدهما أو من ثالث، و الثالث إما الإمام أو غيره، فالصور أربع.

أن يخرج المال الإمام، و هو جائز باتفاق المسلمين كما فى المسالك، سواء كان من ماله أو من بيت المال، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم سابق بين الخيل و جعل بينها سبقا منه كما فى خبر غياث المتقدم، و خبر طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجرى الخيل التى أضمرت من الحصى - الحفى خ ل - إلى مسجد بنى زريق، و جعل سبقها ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقا، أى نخله، و أعطى المصلى عذقا(٣)) و مثلها

ص: ٥٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المسابقة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المسابقة حديث ١.

(منهما معا) (١)، و من أحدهما (٢)، و فائدته (٣) حينئذ (٤) أن البائع أن كان هو السابق غيرها، و لأن ذلك يتضمن حثا، على تعلم الجهاد و الفروسيه و إعداد أسباب القتال، و فيه مصلحه بين المسلمين و طاعه و قربه.

الثانيه: أن يخرج المال غير الإمام، و لم يكن من المتسابقين، و هو جائز عندنا و عند أكثر العامه كما في المسالك، لأنه بذل مال في طاعه و قربه، بل يثاب عليه مع نيه التقرب.

و عن بعض العامه أنه لا يجوز يخرج المال غير المتسابقين إلا الإمام، لاختصاص النظر في الجهاد به، و ضعفه ظاهر، لأن تهيئه أسباب الجهاد غير مختصه به، بالإضافة إلى عموم الأخبار المسوغة للسبق.

الثالثه: أن يخرج المال أحد المتسابقين بأن يقول لصاحبه: إن سبقت فلك على عشره، و إن سبقت أنا فلا شيء عليك، و هو جائز عندنا للأصل، و هو جواز المسابقه تمسكا بعموم الأخبار مع انتفاء المانع، و عن بعض العامه لا يصح لأنه قمار، و هو ضعيف، لأنه اجتهد في قبال النص.

الرابعه: أن يخرج المال كلا المتسابقين معا، بأن يخرج كل واحد منهما عشره دراهم مثلا، على أن يحوز العشرين السابق منهما، و هو جائز عندنا على المشهور تمسكا بعموم الأخبار.

و عن ابن الجنيد منا أنه لا يجوز إلا بوجود المحلل، و هو ثالث في السباق، إن سبق آخذ السبقين، و إن سبق لم يغرم عملا بروايه عاميه و هي: روايه أبي هريره عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم (أنه قال: من أدخل فرسا بين فرسين و قد أمن أن يسبق فهو قمار، و من أدخل فرسا بين فرسين و هو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار) (١).

و فيها مع ضعف سندها عدم دلالتها، إذ هي أجنبيه عن المدعى، حيث لا تدل على وجوب وجود المحلل في المسابقه لو كان المال من المتسابقين، و عن الشافعي اشتراط وجود المحلل مطلقا عند وجود المال حتى تصح المسابقه عملا بهذه الروايه، و قد عرفت عدم دلالتها على لزوم وجوده.

و سمي الثالث محللا، لأنه على مذهب الشافعي أن عقد المسابقه حرام إلا بوجوده.

(١) هذه هي الصورة الرابعه.

(٢) هذه هي الصورة الثالثه.

(٣) دفع توهم، و حاصل الوهم أنه لا فائده في هذه الصوره، و هي بذل المال من أحدهما بحيث إذا سبق فهو له، و دفعه أن المال إذا سبق البازل رجع إليه، و إن سبق الغير، أخذ الغير مال البازل.

(٤) حين البذل من أحدهما.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ١.

أحرز ماله، وإن كان غيره (١) أحرزه (و من بيت المال) (٢) لأنه (٣) معد للمصالح و هذا منها، لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامه نظام الجهاد، (و من أجنبي) (٤) سواء كان الإمام (٥) أم غيره، و على كل تقدير فيجوز كونه عينا (٦)، و دينا حالا، و مؤجلا.

فى عدم ما لا يشترط فيه و ما يشترط

(و لا يشترط المحلل) (٧) و هو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط (٨) فى عقده (٩)، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله، ليعتبر (١٠) السابق منهما (١١)، ثم إن سبق (١٢) أخذ العوض، و إن لم يسبق لم يغرم، و هو بينهما كالأمين و إنما لم يشترط للأصل (١٣)، و تناول ما دل على الجواز (١٤) للعقد الخالى منه (١٥)، و عند بعض (١٦) (١) أى و إن كان السابق غير البازل أحرز مال البازل.

(٢) هذه هى الصورة الأولى.

(٣) أى بيت المال.

(٤) هذه هى الصورة الثانية.

(٥) و البذل من ماله لا من بيت مال المسلمين.

(٦) أى كون العوض، هذا و قد عرفت أن المسابقة لا يشترط فيها ذكر العوض، و لكن لو ذكر لكان مثله مثل بقيه الأ-عواض الواقعة فى المعاملات، لأنه عوض عن عمل السابق، فيصح كونه دينا و عينا، و حالا و مؤجلا، أو بعضه حالا و الآخر مؤجلا، كما يصح فى بقيه الأعواض.

(٧) خلافا للشافعى فى جميع صور المسابقة عند اشتغالها على المال، و خلافا لابن الجنيد فيما لو كان المال من المتسابقين.

(٨) متعلق بقوله: (يدخل).

(٩) عقد السبق، و هو متعلق بقوله (بالشرط).

(١٠) أى ليعلم.

(١١) من المتراهنين.

(١٢) أى المحلل.

(١٣) أصاله عدم الاشتراط.

(١٤) أى جواز سبق من عموم الأخبار.

(١٥) من المحللّ.

(١٦) و هو الشافعيّ.

ص: ٥٤٧

العامة، و بعض (١) أصحابنا هو شرط، و به (٢) سمي محللا، لتحريم العقد بدونه عندهم، و حيث شرط لزم، فيجری دابته بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، و إلى ما شرط مع التعيين لأنهما (٣) بإخراج السبق (٤) متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرهما.

(و يشترط في السبق تقدير المسافه) (٥) التي يستبقان فيها (ابتداء، و غايه) لئلا يؤدي إلى التنازع، و لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافًا ظاهرا، لأن من الخيل ما يكون سريعا في أول عدوه، دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافه، و منها ما هو بالعكس، فينعكس الحكم (و تقدير الخطر) (٦) و هو العوض إن شرطاه (٧)، أو مطلقا (٨).

(و تعيين ما يسابق عليه (٩) (١) ابن الجنيد.

(٢) أي باشتراط المحلل في عقد السبق.

(٣) أي المتراهنين.

(٤) بالتحريك، أي لما أخرج المتراهنان العوض فهما متنافران، و هذا تعليل لجريان دابته بينهما، و لذا قال الشارح (فيدخل بينهما لقطع تنافرهما).

(٥) لما كان عقد المسابقه من عقود المعاوضات فلا بد من الضبط الراجع للضرر، المحصل للغايه المطلوبه منه، و لا يتم ذلك إلا بأمر، أنهاها العلامة في التذكرة إلى اثني عشر أمرا، و قد ذكر الماتن بعضا منها:

الأول: تقدير المسافه ابتداء و انتهاء، لأنه لو لم يكن هناك غايه معينه، فقد يديمان السير حرصا و يتعبان و تهلك الدابه، و لأن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يأخذ في الضعف، و هو كتاف الخيل، و صاحبه يبغى قصر المسافه، و منها ما يضعف في الابتداء ثم يقوى و يشتد في الانتهاء و هو هجانه، و صاحبه يبغى طول المسافه، و مع اختلاف الأغراض لا بد من الإعلام و التنصيص على ما يقطع النزاع.

(٦) أي العوض، و قد تقدم دليله.

(٧) أي المتسابقان.

(٨) بناء على القول باشتراطه في صحه أصل العقد، و لم يعرف قائل به.

(٩) ما يسابق عليه من فرس أو بعير، فيشترط تعيينه بالمشاهده، لأن المقصود من المسابقه هو امتحان الفرس، ليعرف شده سيره، و هذا ما يقتضى التعيين و في الاكتفاء بالوصف

بالمشاهدة و لا يكفى الإطلاق (١)، و لا- التعيين بالوصف (٢)، لاختلاف الأغراض بذلك كثيرا (و احتمال (٣) السبق بالمعنيين (٤) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه (فلو علم قصور أحدهما (٥) بطل)، لانتفاء الفائدة حينئذ، لأن الغرض منه (٦) استعمال السابق، و لا يقدح رجحان سبق أحدهما (٧) إذا أمكن سبق الآخر، لحصول الغرض معه (٨).

(و أن يجعل السبق) بفتح الباء و هو العوض (لأحدهما) و هو السابق منهما، لا مطلقا (٩)، (أو للمحلل (١٠) إن سبق، لا لأجنبي)، و لا للمسبوق منهما و من المحلل، و لا جعل القسط الأوفر للمتأخر، أو للمصلى (١١)، و الأقل (١٢) للسابق، وجه، لكنه ضعيف لعدم إفادته الغرض، إذ لا يتم إلا بالتشخص، و عليه فحيث يعين المتسابقان الفرسين بالعقد فلا يجوز الإبدال حينئذ.

(١) بأن يطلقان المسابقة على فرس ما.

(٢) كأن يعين الفرس صاحب السن الفلاني أو الوصف الفلاني.

(٣) هذا من جملة الشروط، و معناه احتمال كون كل واحد من المتسابقين يسبق الآخر، لأن الغرض من المسابقة هو استعمال السابق منهما، و الاستعلام يتحقق مع احتمال سبق كل منهما، بحيث لو علم سبق أحدهما قطعا على الآخر لم يكن للاستعلام فائدة.

(٤) من الفرسين.

(٥) و أن الآخر سابق قطعا.

(٦) من عقد السبق.

(٧) مع إمكان سبق الآخر، لأنه مع هذا الإمكان تبقى فائدة للاستعلام.

(٨) مع إمكان سبق الآخر.

(٩) فلا يجوز العوض لأحدهما و لو كان مسبوqa، بل لأحدهما بشرط أن يكون سابقا.

(١٠) فجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، لأنه لو جعل لغيرهما لم يجز، لأنه مفوت للغرض من عقد المسابقة، إذ الغرض التحريض فى طلب العوض، فلا بد أن يجعل للسابق منهما و من المحلل.

و عليه فلو جعل للمسبوق فلا- يصح، لأن كلا منهما يحرض على كونه مسبوqa لتحصيل العوض، فيفوت العرض، و هو الحض على ممارسه القتال و المسابقة بأفضل وجه.

و كذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق، أما لو جعل الشئ اليسير للمسبوق فيصح، لحصول الغرض بالنسبه للباقي الكثير.

(١١) و هو الذى يأتى بعد السابق، و سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

(١٢) من العوض.

ص: ٥٤٩

لمنافاه ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، و هو الحث على السبق، و التمرن عليه، (و لا- يشترط التساوى فى الموقف (١) للأصل (٢)، و حصول الغرض مع تعيين المبدأ و الغايه.

و قيل: يشترط، لانتفاء معرفه جوده عدو الفرس، و فروسيه الفارس مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه (٣)، فيخل بمقصوده (٤)، و مثله (٥) إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى (٦) (١) هل يشترط التساوى فى الموقف بين الفرسين، قيل: نعم، و لم يعرف قائله، لانتفاء معرفه جوده الفرس و الفارس مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إلى التفاوت بين الموقفين، فيخلّ بمقصود المسابقه.

و الأشهر عدم الاشتراط، لأن عقد المسابقه مبنى على التراضى، فيصح مع احتمال السبق لكل منهما، على أنه قد يحصل الغرض من معرفه جوده الفرس و الفارس إذا عيّن المبدأ و الغايه لكل منهما و إن اختلف موقفهما.

(٢) من أن عقد المسابقه مبنى على التراضى، و التراضى هنا حاصل فيشمله عموم الأدله.

(٣) إلى عدم التساوى.

(٤) أى فيخلّ عدم التساوى بمقصود العقد.

(٥) أى و مثل عدم التساوى فى الموقف.

(٦) يشترط إرسال الدابتين دفعه، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا؟ لم يجز، لأنه مناف للغرض من عقد السبق، لأن السبق ربما يكون مستندا إلى إرسال إحداهما أولا.

و لم يخالف أحد فى الإرسال مع وجود الخلاف فى اشتراط التساوى فى الموقف، و الفرق بين المسألتين أن التفاوت بين الموقفين مضبوط فيمكن معه رفع الجهاله بالتفاوت بين الغائتين، بخلاف إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى فالجهاله متحكمه مع وحده المسافه غايه و ابتداء.

نعم يمكن ضبط الغائتين بين الفرسين بحسب الزمن، بحيث يكون السباق على من يقطع هذه المسافه بأقصر وقت، و عليه فلا يضر إرسال أحدهما دابته قبل الآخر، إلا أنه غير ملحوظ عند الأصحاب.

و مما تقدم يظهر أن قول الشارح (و مثله إرسال إحدى الدابتين) أى و مثل مسأله التفاوت فى الموقف فى الحكم بالبطلان على القول به القول بإرسال إحدى الدابتين.

(و السابق هو الذى يتقدم على الآخر بالعنق (١) ظاهره اعتبار التقدم بجميعه و قيل: يكفى بعضه (٢) و هو حسن (٣). ثم إن اتفقا فى طول العنق، و قصره (٤) أو سبق الأقصر عنقا ببعضه (٥) فواضح، و إلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد (٦)، و لو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق (٧).

و فى عبارته كثير أن السبق يحصل بالعنق و الكتد معا، و هو بفتح الفوقانيه أشهر من كسرهما: مجمع الكتفين بين أصل العنق و الظهر، و عليه يسقط اعتبار (١) جرت عادته الفقهاء بذكر أسماء العشره من الخيل التى جرت فى الحلبه من الأول إلى العاشر، فالسابق هو الذى أحرز السبق، و كان الأول، إلا أنه وقع الخلاف بينهم فى المقدار الذى يسبق به الثانى.

فالمشهور أن السابق هو المتقدم بالعنق و الكتد، أما العنق فواضح معناه، و أما الكتد بفتح التاء و كسرهما، هو العالى بين أصل العنق و الظهر، و يعبر عنه بالكاهل.

و عن ابن الجنيد الاكتفاء بالأذن لتحقيق السبق، لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم (بعثت و الساعه كفرسى رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه) (١)، و أجيب بالحمل على المبالغه نحو قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

(من بنى مسجدا كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنة) (٢)، مع امتناع بناء مسجد كذلك، و كذا قد يكون أحد الفرسين هو السابق فيرفع رأسه فيتقدم الآخر عليه بأذنه.

و فى كلا القولين إشكال من حيثه عدم ثبوت معنى خاص للسبق عند الشارع، فلا يجب على الفقيه تشخيصه، و إنما هو راجع إلى العرف أو إلى تعيين المتراهنين.

(٢) أى بعض العنق، و لم يعرف قائله.

(٣) إن ساعد عليه العرف و العاده كما قيده صاحب الرياض.

(٤) و سبق أحدهما الآخر ببعض العنق فيتحقق السبق.

(٥) أى سبق الأقصر ببعض عنقه فأیضا يتحقق السبق، و أما الأطول عنقا فلا بد أن يسبق الأقصر بما يوازى التفاوت بين العنقين و زياده، حتى يتحقق أنه سبقه ببعض عنقه.

(٦) القدر الزائد بينهما، و الأكثر هو الزیاده.

(٧) أى لو سبق الطويل القصير ببعض ما يوازى التفاوت بين العنقين، فالقصير هو السابق، لأنه لو كانا متساويين فى غايه المسافه لوجب أن يكون الطويل أسبق من القصير بما يوازى التفاوت بين العنقين، فلو كان دون التفاوت فالقصير أسبق.

-
- ١- (١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٣، والتذكرة ج ٢ ص ٣٦٠.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

بعض العنق، و قد يتفق السبق بالكتد وحده كما لو قصر عنق السابق به (١)، أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به (٢)، و بالقوائم (٣) فالمتقدم بيديه عند الغايه سابق، لأن السبق يحصل بهما (٤) و الجرى عليهما.

و الأولى حينئذ (٥) تعيين السبق بأحد الأربعة (٦) و مع الإطلاق (٧) يتجه الاكتفاء بأحدها، لدلاله العرف عليه، و يطلق على السابق المجلى (٨).

(و المصلى (٩) هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما (١٠): العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله)، و التالى (١١) هو الثالث، و البارع (١٢) الرابع، و المرتاح (١٣) الخامس، و الحظى (١٤) السادس، و العاطف (١٥) السابع، و المؤمل (١٦) مبنيا للفاعل (١) بالكتد، لضخامه الكتد و نحافه العنق مع قصره.

(٢) أى لم يمكن اعتبار السبق بالعنق.

(٣) المقصود منها خصوص اليدين.

(٤) بيديه.

(٥) أى حين القول بحصول السبق بغير العنق من الأمور الثلاثة.

(٦) و هى العنق، و الكتد، و العنق و الكتد معا، و القوائم.

(٧) أى مع عدم التعيين، و قد عرفت أن المدار على مقصود المتراهنين، و مع عدمه فالعرف، و العرف مختلف من زمان إلى آخر، و من مكان إلى آخر أيضا، و منه تعرف ضعف ما فى كلام الشارح.

(٨) قد عرفت أن دينهم على ذكر أسماء الخيل العشره التى تأتى بحسب الترتيب، فيطلق على الأول السابق و المجلى.

(٩) و هو اسم الثانى الذى يحاذى رأسه صلوى السابق، و الصلوى قد شرحها الشارح فى روضته.

(١٠) أى الصلوان.

(١١) لأنه تالى الثانى، من تلى الشىء يتلوه، أى يأتى بعده.

(١٢) من برع إذا فاق أصحابه.

(١٣) من الارتياح و النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق التى قبله.

(١٤) لأنه حظى عند صاحبه فصار ذا حظوه عنده، لأنه لحق بالسوابق.

(١٥) من العطف بمعنى الميل، أى مال إلى السوابق، أو من العطف بمعنى الكر، أى كرّ عليها فلحقها.

(١٦) لأنه يأمل الحقوق.

ص: ٥٥٢

الثامن، و اللطيم (١) بفتح أوله و كسر ثانيه التاسع، و السكيت (٢) بضم السين ففتح الكاف العاشر، و الفسكل (٣) بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقنفذ الأخير.

و تظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلى مالا، و للمصلى أقل منه، و هكذا إلى العاشر.

في ما يشترط في الرمي و ما لا يشترط

(و يشترط في الرمي معرفه الرشق (٤) بكسر الراء و هو عدد الرمي الذي يتفقان عليه (كعشرين، و عدد الإصابه (٥) (١) ككريم، لأنه يلطم على وجهه بباطن الراحه ليلحق بأصحابه، أو لأنه يلتطم بالسوابق إذا أراد الدخول معها.

(٢) مصغرا مخففا ككميت، و يجوز تشديد الكاف، سمي به لسكون صاحبه إذا قيل لمن هذا؟ لأنه يجيء في أواخر الخيل.

(٣) يقال للعاشر و ما يأتي بعده، و قال الشارح في المسالك: (و قيل إن السكيت هو الفسكل، و هو آخر فرس يجيء في الرهان) انتهى.

(٤) قد تقدم جواز المسابقه على النصل، و هو يشمل السهم، و السهم يستعمل للرمي، فتصح المسابقه في الرمي و الرمايه، و الرمي مشروط بالعلم بسته أمور: الأول: الرشق، و الثاني:

عدد الإصابه، و الثالث: صفه الإصابه، و الرابع: قدر المسافه، و الخامس: الغرض، و السادس: السبق، بالإضافة إلى تماثل جنس الآله التي يتحقق بها الرمي.

أما الأول: و هو الرشق بالكسر، و هو عدد الرمي، أي عدد ما يرمى به من السهام، فيقال: رمى رشقا، أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها، و مثاله: ما لو حصل الاتفاق على خمسه خمسه، فكل خمسه يقال لها رشق، و عن بعض أهل اللغه تخصيصه بما بين العشرين و الثلاثين.

و أما الرشق بالفتح فهو مصدر فيقال: رشقه رشقا، إذا رماه بالسهم، و اعتبار العلم بالرشق، لأنه العمل المقصود و المقصود عليه، إذ لو لم يعين الرشق لطلب المسبوق تعدد الرمي حتى تحصل الإصابه، و قد يمتنع الآخر فيفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارع خلافه.

(٥) هذا هو الشرط الثاني، و المراد منه كخمس إصابات من عشرين رميه، لأن استحقاق السبق بالإصابه لا بالرمي، و بالإصابات يتبين حذق الرامي و جوده رميه فيعتبر العلم بها، و عليه فلو عقدا على أن يكون المناضل هو الأكثر إصابه من غير بيان العدد من الإصابات

كعشره منها (١) (وصفتها (٢) من المارق (٣) و هو الذى يخرج من الغرض نافذا و يقع من ورائه، (و الخاسق) (٤) بالمعجمه و المهمله (٥)، و هو الذى يثقب الغرض و يقف فيه، (و الخازق) (٦) بالمعجمه و الزاى. و هو ما خدشه و لم يثقبه.

و قيل: ثقبه و لم يثبت فيه، (و الخاصل) (٧) بالخاء المعجمه الصاد و المهمله، و هو يطلق على القارع، و هو ما أصاب الغرض و لم يؤثر فيه، و على الخارق (٨)، لم يصح للغرر المفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارع خلافه، كالمسابقه على خيل إلى غير غايه.

(١) العشره مثال لعدد الإصابه، و منها أى من العشرين، فيجعل عدد الإصابه عشره من عشرين رمية.

(٢) هذا هو الشرط الثالث، و المعنى صفه الإصابه، و صفات الإصابه على أقسام، ذكر العلامه فى التحرير ست عشره صفه، و فى كتاب فقه اللغة تسعه عشر اسما، و يقتصر فى الفقه عاده على ستة أسماء منها و هى: المارق و الخاسق و الخازق و الحابى و الخاصر و الخارم، و سيأتى التعرض لمعناها.

و على كل فاشترط العلم بصفه الإصابه، لاختلاف الأغراض فيها، و اختلافها شده و ضعفا، فقد يقدر بعضهم على بعضها أزيد من الآخر، فيكون ترك التعيين غررا، و مفضيا للتنازع.

و قيل: لا- يشترط، لأن عقد الرمى عند عدم ذكر صفه الإصابه محمول على الإطلاق أى مطلق الإصابه، و لأن الإصابه كيفما وقعت هى المقصوده، و لأصاله البراءه من التعيين مع حصول أصل الإصابه، و معه لا يكون غررا.

(٣) هو الذى يخرج من الغرض نافذا، فيكون قد مرق فيه، و منه المارقين فى الدين صفه للخوارج.

(٤) ما ثقب الغرض و ثبت فيه.

(٥) المعجمه للخاء و المهمله للسين.

(٦) ما خدشه و لم يثبت فيه و هو للمحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير و القواعد، و عن أهل اللغة ثقبه و لم يثبت فيه.

(٧) هو القارع، المصيب للغرض كيف كان فى المسالك.

(٨) أى و يطلق الخاصل على الخارق، و الخارق هو ما شقّ الغرض سواء سقط منه أم لا، و سواء ثبت فيه أم لا، و عن المحقق فى الشرائع أن الخارق هو الخاسق، و قد تقدم معناه.

و على الخاسق و قد عرفتهما (١)، و على المصيب (٢) له (٣) كيف كان،(و غيرها) من الأوصاف كالخاصر (٤) و هو ما أصاب أحد جانبيه (٥)، و الخارم (٦) و هو الذى يخرم حاشيته، و الحابى (٧) و هو الواقع دونه (٨) ثم يجبو إليه مأخوذ من حبو الصبى، و يقال (٩): على ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب إليه فأصابه و هو المزدلف، و القارع و هو الذى يصيبه بلا خدش.

و مقتضى اشتراطه (١٠) تعيين الصفه بطلان العقد بدونه (١١)، و هو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر.

و قيل: يحمل على أخير ما ذكره (١٢) بمعناه الأخير. و هو الأقوى، لأنه (١٣) القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه، و لأصالة البراءة من وجوب (١) لم يتقدم معنى الخارق، إلا أن يكون مراده الخارق بالزاء.

(٢) أى و يطلق الخاصل على المصيب للغرض كيفما كان.

(٣) للغرض.

(٤) مأخوذ من الخاصة، و هى فى أحد جانبي الإنسان، سَمى به لإصابته أحد جانبي الغرض.

(٥) أى جانبي الغرض.

(٦) ما يخرم حاشيه الغرض.

(٧) هو ما زلج و زلق على الأرض ثم أصاب الغرض، بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يجبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبى.

(٨) دون الغرض.

(٩) أى و يطلق الحابى على المزدلف، و المزدلف هو الذى يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض، و الترادف ظاهر القواعد، و غيره فَرَّقَ بينهما، لأن الحابى يثب إلى الغرض بضعف بخلاف المزدلف فإنه بقوه.

(١٠) أى اشتراط المصنف.

(١١) أى بدون التعيين.

(١٢) أى على الاسم الأخير الذى ذكره المصنف، و هو الخاصل بمعناه الأخير، و هو المصيب للغرض كيف كان.

(١٣) أى المصيب للغرض كيف كان.

التعيين، و لأن اسم الإصابه واقع على الجميع فيكفى اشتراطه (١)، و لا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلاله على المشترك.

(و قدر المسافه (٢) إما بالمشاهده، أو بالتقدير كمائه ذراع، لاختلاف الإصابه بالقرب و البعد،(و) قدر (الغرض) (٣) و هو ما يقصد إصابته من قرطاس (٤)، أو جلد، أو غيرهما، لاختلافه بالسعه و الضيق.

و يشترط العلم بوضعه (٥) من الهدف، و هو ما يجعل فيه الغرض من تراب (٦)، و غيره، لاختلافه (٧) فى الرفعه، و الانحطاط الموجب لاختلاف الإصابه،(و السبق) (٨) و هو العوض،(و تماثل (٩) جنس الآله) أى نوعها الخاص (١) أى اشتراط اسم الإصابه.

(٢) هذا هو الشرط الرابع، و قدر المسافه التى يرميان فيها، و هى ما بين موقف الرامى و الهدف، لأين الإصابه تكثر مع قرب المسافه و تقل مع بعدها، و الأغراض تختلف باختلافها، و التعيين يرفع الغرر و يكشف الحال.

و التعيين يتم بأمرين إما بالمشاهده و إما بذكر المسافه، و عليه فلو عينا مسافه لا يحتمل إصابتهما منها بطل، لعدم الفائدة حينئذ.

(٣) هذا هو الشرط الخامس، فالغرض هو المقصود بالإصابه، و يحصل العلم به بأمرين:

الأول: بموضعه من الهدف، بارتفاعه و انخفاضه من الهدف.

الثانى: قدره فى ضيقه وسعته من الهدف، لأن الإصابه فى الواسع أكثر منها فى الضيق.

(٤) من نشويه، و المعنى أن الغرض هو القرطاس أو الجلد.

(٥) بوضع الغرض من الهدف، و الهدف هو ما يجعل فيه الغرض.

(٦) من نشويه، متعلق بالهدف، أى و الهدف من تراب و نحوه الذى يجعل فيه الغرض من قرطاس و نحوه.

(٧) أى لاختلاف الغرض، و هذا تعليل لاشتراط العلم بوضع الغرض من الهدف.

(٨) بالتحريك و هو العوض، و هذا هو الشرط السادس، و يشترط العلم بقدر السبق و العوض المبذول حذرا من الغرر فى المعامله، كغيره من الأعواض.

(٩) أى و يشترط التماثل فى النوع، و المراد من الجنس هنا النوع، بل الصنف، و لذا قال فى المسالك: (فالمراد بتماثل جنس الآله تماثل ما يتراميان به من القوس فى الصنف، كالعربى الخالص) انتهى.

كالقوس العربى، أو المنسوب إلى وضع خاص، لاختلاف الرمى باختلافها (لا شخصها (١)، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، و لأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله.

بل قيل: إنه لو عينه لم يتعين، و جاز الإبدال، و فسد الشرط، و شمل إطلاق الآله القوس، و السهم، و غيرهما (٢). و قد ذكر جماعه (٣) أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمى، بخلاف القوس (٤).

و أنه لو لم يعين جنس الآله (٥) انصرف إلى الأغلب عادة، لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت (٦) فسد العقد، للغرر.

و الدليل على اشتراط التماثل أن الرمى مختلف باختلاف أصناف الآله، فيجب ضبطه حذراً من الجهالة، لأن اختلافها بمنزله اختلاف الحيوان فى السيف كالخيل و البقال.

و قيل: و لم يعرف قائله، لا- يشترط التعيين و لا- يضّر اختلاف الصنف، فيجوز إطلاق العقد، فإن كان هناك عرف فيحمل الإطلاق عليه، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، و مع اضطراب العرف و تعدده يفسد العقد.

(١) أى شخص الآله: أى لا- يشترط تعيين شخص الآله، بل عن المحقق الثانى كما فى الرياض الإطباق عليه، لعدم الفائدة فى تعيين الشخص بعد تعيين الصنف، و لأنه قد يعرض للشخص من المعين أحوال خفيه يحوجه إلى الإبدال، و قيل: و لم يعرف القائل أيضاً، أنه لو عينه لم يتعين، كما لو عين المكيل فى السلم فلا يتعين، و المشهور على أنه مع الشرط يتعين و على قول غير المشهور فهل يفسد العقد بتعيينه وجهان.

الأول: الفساد كما عن العلامة فى التذكرة، لأنه شرط فاسد، و شأن كل شرط فاسد أن يفسد العقد.

الثانى: عدم الفساد، لأنه مع فساد الشرط يكون كالعدم، بل يكون ذكره لغواً، فهو كضمّ الحجر إلى جنب الإنسان، و هو اختيار العلامة فى القواعد و جماعه.

(٢) كالنشاب و الرمح.

(٣) لم ينقل فى كتب الخاصه هذا الخلاف، كالجواهر و المسالك و الرياض و المختلف.

(٤) لأن أشخاصها مختلفه، فيجب تعيين الصنف حينئذ.

(٥) مال إليه فى المسالك.

(٦) أى العاده، هذا و تماثل جنس الآله لم يندرج فى الشروط، لأن التماثل مما يفتقر إليه العقد، لا مما يجب أن يعلم بخلاف الستة السابقه فإنها مما يجب أن يعلم.

(و لا يشترط) (١) (١)المبادره و المحاطه قسمان من الرمى، أما المبادره فهى أن يتفقا على رمى عدد معين كعشرين مثلا، و من بدر إلى إصابه عدد معين من العشرين كخمسه فقد ناضل و سابق صاحبه الذى لم يصب الخمسه، و بعباره أخرى أن يتفقا على إصابه خمسه من عشرين رميه، فمن أصاب الخمسه قبل الآخر فهو الذى أحرز النضال و إن لم يكمل العشرين.

و أما المحاطه، بالتشديد، أن يتفقا على عدد الرميات، و هى عشرون، و تطرح عدد الإصابات من كلا الجانبين، و من زاد فهو الذى ناضل و أحرز السبق على الآخر، و عليه فيجب إكمال العشرين.

إذا تقرر ذلك فتاره يشترط فى العقد المبادره و أخرى المحاطه و ثالثه الإطلاق.

فإذا اشترطت المبادره فى العقد، و الرشق عشرون و الإصابه خمسه، ثم رمى كل واحد منهما عشره فأصاب كل منهما خمسه من العشره، فقد تساويا فى الإصابه و الرمى، و لم يتحقق السبق، و لا يجب الإكمال، لأنه لو وجب رجاء السبق فى الباقي لخرج عن وضع المبادره إلى المحاطه، و هو خلاف المفروض.

و لو أصاب أحدهما خمسه فى العشره الأول، و الثانى أصاب أربعة، فقد سبق صاحب الخمسه صاحبه، و لو سئل إكمال العدد لم يجب، و إلا لو وجب لخرج عن وضع المبادره إلى المحاطه.

و لو شرطت المحاطه فى العقد، فرمى كل واحد منهما عشره و أصاب كل واحد منهما خمسه، تحاطا خمسه بخمسه و أكملوا الرشق إلى تمام العشرين، لأنه يرجى لكل منهما السبق فى الباقي.

نعم لو رمى أحدهما عددا كخمسه عشر فأصابها بتمامها، و الآخر أصاب منها خمسه، فلا يجب الإكمال، لأن الباقي خمسه فلو أصابها صاحب الأقل و أخطأها صاحب الأ-كثر لبقى صاحب الأكثر سابقا، و عليه فلو طالب صاحب الأقل الإكمال حينئذ فلا يجب الإكمال على صاحب الأكثر.

و منه يتبين أنه لو كان فى الباقي فائده للمسبوق بأن يحقق السبق على صاحبه، أو التساوى معه ليمنعه من التفرد، فيجب على السابق الإجابة عند طلب الإكمال.

أما لو كان العقد مطلقا، فهل يحمل على المبادره أو المحاطه، فيه خلاف بين الأصحاب من ناحيتين:

الأولى: هى يجب تعيين أحدهما فى العقد أو لا، ذهب العلامة فى التذكرة إلى اشتراط تعيين أحدهما فى العقد، لأن حكم كل واحد منهما مخالف للآخرى، فإن أهمل العقد من الاشتراط بطل للغرر، لأن الأغراض متفاوتة، فمن الرماه من يكثر إصابته فى الابتداء و يقل فى الانتهاء فيفنده المبادره، و منهم من يقل إصابته فى الابتداء و يكثر فى

تعيين (المبادره) (١) و هي (٢) اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما (٣) في الرشق، كخمسه من عشرين، (و لا المحاطه) (٤) و هي (٥) اشتراط استحقاقه (٦) لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشتركا فيه.

(و يحمل المطلق على المحاطه)، لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابه معينه (٧) من أصل العدد (٨) المشترط في العقد (٩)، و ذلك يقتضى إكمال العدد كله لتكون الإصابه المعينه منه (١٠)، و بالمبادره قد لا يفتقر إلى الإكمال (١١) فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين و إصابه خمسه فرمى كل واحد عشره فأصاب أحدهما خمسه، و الآخر أربعة مثلاً فقد نضله (١٢) صاحب الخمسه (١٣)، و لا يجب عليه الإكمال (١٤) الانتهاء فيفيده المحاطه، و استجوده الشارح في المسالك.

و ذهب غيرهما إلى عدم الاشتراط، لأصالة العدم مع انتفاء الدليل على الاشتراط.

الثانيه: إذا صح الإطلاق فهل يحمل على المحاطه أو المبادره على قولين، أشهرهما أنه يحمل على المحاطه، لأن اشتراط السبق في العقد إنما يكون في الإصابات المعينه من أصل العدد و الرشق، و هذا يقتضى وجوب إكمال العدد، و هو معنى المحاطه.

و قيل: يحمل الإطلاق على المبادره، لأنها الغالب في المناضله.

(١) لأصالة عدم الاشتراط.

(٢) أى المبادره.

(٣) أى تساوى المترايين.

(٤) أى و لا يشترط تعيين المحاطه في العقد، لأصالة عدم الاشتراط.

(٥) أى المحاطه.

(٦) أى استحقاق العوض.

(٧) أى لإصابه عدد معين.

(٨) أصل الرشق.

(٩) عقد المسابقه.

(١٠) من أصل العدد.

(١١) أى إكمال العدد.

(١٢) أى سبقه.

(١٣) على نحو المبادره.

(١٤) أى لا يجب على السابق الإكمال، و إلا لخرج عن كونه مبادره إلى المحاطه.

ص: ٥٥٩

بخلاف ما لو شرطاً المحاطة، فإنهما يتحاطان أربعه بأربعه و يبقى لصاحب الخمسه واحد. و يجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد (١) بإصابه خمسه فيما يبقى.

و قيل: يحمل على المبادره (٢)، لأنه (٣) المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عددا معينا، و عدم وجوب الإكمال مشترك بينهما (٤)، فإنه (٥) قد لا- يجب الإكمال فى المحاطه على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته (٦)، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير (٧)، بأن رمى أحدهما فى المثال خمسه عشر فأصابها، و رماها (٨) الآخر فأصاب خمسه فإذا تحاطا خمسه بخمسه بقى للآخر عشره، و غايه ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشره الخمسه و يصيبها الآخر فيبقى له (٩) فضل خمسه و هى الشرط (١٠).

و ما اختاره (١١) المصنف أقوى، لأنه (١٢) المتبادر، و ما ادعى منه (١٣) فى المبادره غير متبادر، و وجوب الإكمال فيها (١٤) أغلب، فتكثر الفائده (١٥) التى (١) أى كل واحد من المترامين.

(٢) لأنها الغالب فى الرمى.

(٣) أى البدار.

(٤) بين المبادره و المحاطة، أما عدم وجوب الإكمال فى المبادره فواضح، و أما عدم وجوب الإكمال فى المحاطة فهو فى ما لم يكن للمسبوق احتمال السبق فى الباقى.

(٥) أى الشأن و الواقع.

(٦) فائده الإكمال.

(٧) أكمل العدد أو لا.

(٨) أى خمسه عشر.

(٩) لصاحب العشره.

(١٠) أى الخمسه هى الشرط، هذا إذا شرط فى المحاطة أن يسبق أحدهما الآخر بخمسه بعد المحاطة، لأنه لا يجب ذكر عدد، بل يكفى أن يسبق أحدهما الآخر و لو بواحد بعد المحاطة.

(١١) من حمل الإطلاق على المحاطة.

(١٢) أى ما اختاره المصنف من حمل الإطلاق على المحاطة.

(١٣) من عقد السبق عند إطلاقه.

(١٤) في المحاطة.

(١٥) و هي كثرة الرمي الموجبه للتمرن.

ص: ٥٦٠

بسببها شرعت المعامله، و لو عيّنا أحدهما كان أولى.

فى العوض

(فإذا تمّ النضال) و هو المراماه. و تمامه بتحقيق (١) الإصابه المشروطه لإحدهما (٢)، سواء أتم العدد أجمع (٣) أم لا (٤)(ملك الناضل) و هو الذى غلب الآخر (العوض) (٥)، سواء جعلناه (٦) لازما كالإجاره أم جعله (٧).

أما الأول (٨) فلأن العوض فى الإجاره و إن كان (٩) يملك بالعقد (١٠) إلا أنه (١١) (١) الباء للسببيه.

(٢) أى بتحقيق الإصابه المشروطه فى ضمن الرشق على نحو المبادره أو المحاطه لأحد المترايين.

(٣) كما فى المحاطه.

(٤) كما فى المبادره.

(٥) إذا تم النضال يملك صاحب الأكثر العوض بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه مقتضى العقد المحكوم بصحته شرعا.

(٦) أى عقد المسابقه.

(٧) إشاره إلى إشكال، و هو: إن الشروع فى الرمى ما لم تتحقق الإصابه المشروطه لا يوجب تملك العوض، و هذا على خلاف الإجاره من أن العوض يملك بالعقد فكيف ذهب بعضهم إلى أن عقد المسابقه إجاره، و أن تحقق الإصابه المشروطه موجب لملك العوض و إن لم يكمل العدد من الرشق و هذا على خلاف الجعالة من أن العوض يملك بتمام العمل، فكيف ذهب بعضهم إلى جعل عقد المسابقه جعالة.

و التزاما بالإشكال و بغيره ذهب بعضهم و منهم الشارح فى المسالك إلى أن عقد المسابقه عقد مستقل برأسه و إن شابه الإجاره و الجعالة ببعض أحكامهما.

(٨) أى إذا كان لازما، هذا و اعلم أن الإشكال له شقان، شق على جعل العقد إجاره و شق على جعله جعالة، و أراد الشارح دفع الإشكال بشقه الأول، و حاصل الدفع أن العوض فى المسابقه للغالب، و لا- يعرف الغالب إلا بتحقيق الإصابه، فلذا لم يملك العوض بمجرد العقد، و الدفع عليل لأن العقد لو كان إجاره لوجب القول أن الغالب منهما يملك العوض بمجرد العقد، و ينكشف الغالب عند تحقق الإصابه.

(٩) أى العوض.

(١٠) أى عقد الإجاره.

(١١) أى العوض.

هنا (١) لَمَّا كان (٢) للغالب (٣)، و هو (٤) غير معلوم، بل يمكن عدمه (٥) أصلا (٦) توقف الملك (٧) على ظهوره (٨)، و جاز (٩) كونه (١٠) لازما برأسه (١١) يخالف الإجاره فى هذا المعنى (١٢)، و أما على الجعالة (١٣) فلأن المال إنما يملك فيها (١٤) بتمام العمل (١٥).

و جواز الرهن عليه (١٦) قبل ذلك (١٧) و ضمانه (١٨)، (١) فى المسابقة.

(٢) أى العوض.

(٣) من المترامين.

(٤) أى الغالب.

(٥) عدم الغالب عند تساويهما.

(٦) أى واقعا، و فى هذه الصورة لو كان العقد إجاره و العوض يملك بالعقد كما هو مبنى الإشكال لكان عند التساوى ينكشف أن العوض لم يملك لواحد منهما.

(٧) أى ملك العوض.

(٨) أى ظهور الغالب، و ظهوره عند تحقق الإصابه، فلذا كان تحقق الإصابه موجبا للملك، و قد عرفت ضعف هذا الرد.

(٩) جواب ثان عن الإشكال بشقه الأول، و هو الالتزام بكون المسابقة عقدا برأسه و إن شابه الإجاره ببعض أحكامها.

(١٠) أى كون السبق.

(١١) أى عقدا مستقلا.

(١٢) من تملك العوض عند ظهور الغالب.

(١٣) دفع للإشكال بشقه الثانى المبنى على كون السبق جعالة، و حاصل الدفع أن العوض فى الجعالة متوقف على تمام العمل، و تمام العمل فى السبق ليس الرشق بل تحقق الإصابه المعينه من الرشق، و قد تحققت بحسب الفرض، فلا خلاف بين عقد السبق و الجعالة.

(١٤) فى الجعالة.

(١٥) و هو الإصابه المعينه لا الرشق فى عقد المسابقة.

(١٦) على العوض.

(١٧) قبل تمام العمل.

(١٨) عطف على الرهن، هذا إشكال على كون العقد جعالة، و حاصله أن العقد لو كان الجعالة فالعوض لا يثبت إلا بعد تمام العمل مع أنه يجوز الرهن و الضمان على العوض قبل تمام

ص: ٥٦٢

نظرا (١) إلى وجود السبب المملّك و هو العقد.

و هذا (٢) يتم في الرهن، أما في الضمان فيشكل (٣) بأن مجرد السبب غير كاف (٤)، كيف و يمكن تخلفه (٥) بعدم الإصابه، فليس بتام (٦).

و هذا (٧) مما يرجح كونه (٨) جعالة.

(و إذا نضل أحدهما صاحبه) بشيء (فصالحه (٩) على ترك النضل لم يصح)، العمل في عقد المسابقه، و قد تقدم أن الرهن و الضمان إنما هما على المال الثابت له في الذمه، و لما جاز الرهن و الضمان على العوض قبل تمام العمل في عقد المسابقه كشف عن كون العوض ثابتا للمناضل بسبب العقد.

(١)عله للجواز.

(٢)جواب عن الإشكال المذكور و حاصله أن الإشكال المذكور و حاصله إن الإشكال يتم في الرهن، و أما في الضمان فلا.

و فيه أن هذا تفكيك بين الضمان و الرهن، و هذا مخالف لما صرح به الشارح في كتاب الضمان من عدم الفرق بينهما من ناحيه المتعلق، لأن الماتن قال هناك: و المال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه، و قال الشارح: و هو المال الثابت في الذمه.

و إذا ثبت أن متعلق الرهن لا بد أن يكون ثابتا في الذمه فكيف حكم الشارح هنا بجواز الرهن على عوض المسابقه بمجرد العقد مع أنه لا يملكه المناضل و لا يثبت في ذمه الباذل إلا بعد تماميه العمل.

(٣)أى جواز الضمان على العوض بمجرد العقد.

(٤)أى غير كاف في ثبوت العوض حتى يصح ضمانه.

(٥)أى تخلف سبب تملك العوض عند عدم الغلبه، و ذلك عند تساويهما، و هو يأتي في الرهن عليه أيضا.

(٦)أى الإشكال السابق من جواز ضمان العوض قبل تمام العمل ليس بتام، و قد عرفت أن جواز الرهن عليه كذلك ليس بتام.

(٧)أى حكم المصنف من تملك المناضل للعوض عند تماميه العمل.

(٨)أى كون عقد السبق.

(٩)بحيث قال المسبوق للسابق: اطرح الفضل بكذا من المال حتى يتساويا، فعن المشهور عدم الجواز، لمنافاته لغرض العقد، و هو التسابق، و لمخالفته للحكمه المسوّغه للعقد، و هي الحضّ على الثمرن و لا يكون إلا بأصل الفوز.

لأنه (١) مفوّت للغرض (٢) من المناضله، أو مخالف لوضعها (٣) (و لو ظهر استحقاق العوض (٤) و توقف المحقق في الشرائع، لأن المال هنا في الصلح على عمل محلّل فيندرج تحت عموم أوّفوا (١)، و المنع لانهصار المقصود بالنضال بالحث على التمرن، إذ يجوز النضال لكسب المال، و لكونه شرطاً سائغاً فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(١) أي الصلح على ترك النضل.

(٢) و هو التسابق و إبانة حذق الرامي و جوده رميه.

(٣) أي وضع المناضله، لأنها شرعت لإظهار الغالب.

(٤) لو فسد العقد قبل العمل بأن كان العوض خمراً أو مجهولاً فعن الشيخ و المحقق و الشهيد أنه لا شيء للسابق، فلا مسمى لفساد العقد، و لا- أجره المثل لأن السابق لم يعمل للبازل و لم يعد نفع عمله على البازل، بل عمل لنفسه، بخلاف العامل في الإجاره و الجعالة الفاسدين، فالعامل يرجع إلى أجره المثل، لرجوع العمل للمستأجر و الجاعل.

و عن العلامة و المحقق الثاني و جماعه أن السابق يرجع إلى أجره المثل لأنه عقد استحق المسمى في صحيحه، و ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لا نسلم أن وجوب أجره المثل في العقود الفاسده لرجوع العمل إلى المستأجر و الجاعل، لأن العمل في المضاربه قد لا ينتفع بها المالك عند عدم الربح، و مع ذلك يكون العمل مضموناً عليه لو تبين فساد العقد.

و في دليل كل منهما نظر، لأن الفرق بين العقود الفاسده كالإجاره و الجعالة التي حكم فيها بأجره المثل و بين عقد المسابقه أن في الإجاره و الجعالة قد أمر العامل بالعمل في قبال عوض، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد ينتقل إلى أجره المثل، لاحترام عمله بعد الأمر به،

و أما في المسابقه فلا أمر على السابق بالعمل، لأن قول البازل: سبقتك على أن من سبق منّا فله كذا، ليس بأمر، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد فعمله و إن كان محترماً لكن لم يؤمر به حتى يضمّنه الأمر بأجره المثل، و منه تعرف ضعف كلا الدليلين، و إن اقتضى ما ذكرناه عدم ثبوت أجره المثل عند فساد عقد المسابقه.

و لو فسد العقد بعد إتمام العمل كما لو ظهر العوض المعيّن مستحقاً للغير، بحيث وقع العقد متزلزلاً و هو غير باطل، لأنه صحيح موقوف على إجاره مالك العوض، فلو لم يجز

ص: ٥٦٤

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

المعين (١) في العقد (٢) (وجب على الباذل مثله (٣) أو قيمته)، لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه (٤) من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فساد (٥)

و يشكل بأن استحقاق العوض (٦) المعين يقتضى فساد المعاملة كنظائره (٧)، و ذلك (٨) يوجب الرجوع إلى أجره المثل، لا العوض الآخر (٩) المالك، و كان ذلك منه بعد تمام العمل فقد فسد العقد، فعن جماعه منهم المحقق في الشرائع بل قيل هو المشهور أنه يجب على الباذل مثل العوض أو قيمته، لأن العقد لم يكن فاسدا من رأس، و عليه فقد تشخص العوض عند انعقاد العقد، فإذا طرأ الفساد على العقد لعدم إجازة مالك العوض وجب الرجوع إلى أقرب شيء إلى العوض، لأنه قد تشخص، و أقرب شيء إليه مثله إن كان مثليا و قيمته إن كان قيميًا، كالصداق في المهر إذا ظهر استحقاقه للغير.

و قيل: يجب أجره المثل هنا، لأن العوض المسمى إذا فات وجب قيمه العمل المبذول، و هذا يستدعى أجره المثل، و بالإضافة إلى أن المالك لو لم يجز انفسخ العقد و بطل من رأس، لا من حين عدم الإجازة، فيصير العوض المعين كالمعدوم ابتداء و تكون مسألتنا كالمسألة السابقة و قد حكم فيها بأجره المثل.

(١) لأنه لو كان كلياً فلا يبطل العقد، لأنه يجب على الباذل دفع مصداق الكلى من جيبه إن لم يجز الغير في المصداق المدفوع.
(٢) هذا إذا طرأ الفساد على العقد بعد تمام العمل، و ذلك فيما لو ظهر العوض المعين مستحقاً للغير و لم يجز المالك، و كان ذلك بعد إتمام العمل.

(٣) مثل العوض.

(٤) لأن العقد كان صحيحاً قبل طريان الفساد، و هو موجب لتشخص العوض.

(٥) و أنه مستحق للغير.

(٦) من باب إضافة المصدر لمفعوله، أى استحقاق الغير للعوض.

(٧) أى نظائر عوض المسابقة، و هذه الأعواض لو ظهرت مستحقة للغير و لم يجز المالك فتفسد المعاملة من رأس، لا من حين الفسخ و عليه فيرجع إلى أجره المثل لو كان هناك أمر بالعمل، و أما في مفروض مسألتنا فلا أمر بالعمل، فيجب أن لا يثبت له شيء من أجره المثل كما لو كان العقد فاسداً قبل تمام العمل، و عليه فحكم الشارح هنا بوجوب الرجوع إلى أجره المثل ليس في محله.

(٨) أى الفساد.

(٩) و هو مثل العوض أو قيمته، و هو الآخر لأنه يثبت عند تعذر العوض المسمى.

نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين، أو قيمته اتجه سقوط الزائد، لدخوله (١) على عدمه و هذا هو الأقوى. و المراد بأجره المثل هنا (٢) ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له (٣) عاده، فإن لم تستقر العاده على شيء رجع إلى الصلح (٤). و ربما قيل (٥): بأنه أجره مثل الزمان الذى وقع العمل فيه، نظرا إلى أن ذلك أجره مثل الحر لو غصب تلك المده. و الأجود الأول (٦).

(١) أى دخول السابق على عدم الزائد، إذ أقدم على أن يسلم له العوض لا الزائد عليه.

(٢) فى عقد المسابقه و الرمايه ما يبذل بحسب العاده للسابق و الناضل فيما سبق به أو ناضل بملاحظه مجموع عمله، لا بخصوص ما زاد به على الآخر فقط.

(٣) متعلق بقوله: (ما يبذل) و المعنى: ما يبذل الذى يستحق العمل للعامل فى قبال عمله.

(٤) لعدم العاده مع خييره الصلح.

(٥) لم يعرف قائله.

(٦) و هو أجره مثل العمل، لأن الحر لا يضمن لا عينا و لا قيمه.

كتاب الجعاليه

اشاره

ص: ٥٦٧

فى معناها و صيغتها

و هى لغه مال يجعل على فعل، و شرعا (٢) (صيغه ثمرتها (٣) تحصيل المنفعه (٤) (١) بتثليث الجيم كما فى المسالك و الكسر أشهرها، و أقتصر جماعه على الكسر فقط، كما اقتصر آخرون على الكسر و الفتح.

و هى على ما صرح به غير واحد كما فى الجواهر اسم لما يجعل للإنسان على شىء يفعله، و المصدر الجعل بالفتح.

(٢) لا حقيقه لها فى الشرع غير ما فى اللغة، نعم لا تتحقق الجعالة إلا بإنشاء الالتزام بعوض على عمل محلل مقصور.

و على كل فلا- خلاف فى مشروعيتها للإجماع على ذلك بين المسلمين مضافا إلى الكتاب و السنه، أما الكتاب فقوله تعالى حكاية عن يوسف: وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (١)، و أما السنه فأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا أسمع فقال: ربما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض و الغلام و الدار و الجارية فنجعل له جعلا، قال عليه السلام: لا بأس) (٢).

(٣) أى ثمره العينه.

(٤) للجاعل.

ص: ٥٦٩

١- (١) سورة يوسف، الآية: ٢٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الجعالة حديث ١.

(بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما (١) أى فى العمل و العوض، كمن رد عبدى فله نصفه مع الجهالة به (٢) و بمكانه (٣)، و بهذا (٤) تتميز (٥) عن الإجاره على تحصيل (١) أى فى العمل و فى العوض، أما فى العمل فلا يشترط العلم به بلا خلاف فيه إلا من ابن حمزه فى الوسيله، لأن الغرض من مشروعيه الجعالة تحصيل الأعمال المجهوله غالباً، كردّ الآبق و لم يعلم مكانه، و كذا ردّ الدابة، فاعتقر الجهل فى العمل لمسيس الحاجه إلى ذلك.

و عن ابن حمزه اشتراط اليقين، و فيه: إنه مع الاشتراط المذكور لا يبقى مورد للجعالة إلا نادراً، و هذا مخالف لحكمه تشريعها، و مخالف للنصوص.

منها: خبر وهب بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن جعل الآبق و الضاله فقال: لا بأس) (١) مع أن العمل فى ردهما مجهول إذ لا يعلم مكانهما.

ثم إذا صحت الجعالة على المجهول فتصح على المعلوم بطريق أولى، و ما ذهب إليه بعض الشافعيه من اشتراط الجهل بالعمل، لأنه الثابت من شرعيتها ليس فى محله، و على ما تقدم فتصح الجعالة على المجهول كما لو قال: من ردّ عبدى فله كذا، و تصح على المعلوم كما لو قال: من خاط ثوبى هذا فله كذا.

و أما العوض فعلى المشهور اشتراط العلم به، لأنه يشترط العلم فى عوض الإجاره فكذا فى عوض الجعالة، و لأنه لا حاجه إلى احتمال الجهالة فى العوض بخلاف العمل، و لأنه لا يكاد يرغب أحد فى العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد، و على اشتراط العلم فلا بدّ أن يكون العوض معلوما بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ بحسب ما جرت به العاده فى معرفته، و عن بعضهم أنه يكفى فى العلم المشاهده.

و عن جماعه منهم علامه فى التذكرة و المحقق الثانى عدم اشتراط العلم فى العوض، لأن الجعالة لما بنيت على الجهالة فى أحد العوضين الذى هو العمل فصار أمرها مبنيًا على احتمال الغرر فلا يضرها جهالة العوض، و لأنه كما تمسّ الحاجه إلى جهالة العمل قد تمسّ الحاجه إلى جهالة العوض، بأن لا يريد الجاعل أن يبذل غير المجعول عليه فيقول:

من يردّ عبدى فله نصفه.

(٢) أى بالعبد فيلزم جهالة العوض.

(٣) حال كونه آبقاً فيلزم جهالة العمل، و هو مثال لجهالة العمل و العوض معا.

(٤) من عدم اشتراط العلم فى العمل و العوض.

(٥) أى الجعالة.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الجعالة حديث ١. (فيه: عن علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام).

منفعه معينه (١)، لأن التعيين (٢) شرط فى الإجاره، و كذا عوضها (٣). أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق (٤)، و أما العوض ففيه خلاف يأتى تحقيقه.

فى ما يجوز عليه

(و) يجوز (٥) على كل عمل محلل (٦) مقصود (٧) للعقلاء (غير واجب على العامل (٨) فلا يصح على الأعمال المحرمه كالزنا، و لا- على ما لا- غايه له معتدا بها عقلا كنزف ماء البئر (٩)، و الذهاب ليلا- إلى بعض المواضع الخطيره و نحوهما مما يقصده العابثون. نعم لو كان الغرض به (١٠) الثمرن على الشجاعه و إضعاف الوهم و نحوه من الأغراض المقصوده للعقلاء صح، و كذا لا يصح على الواجب عليه (١١) كالصلاه.

(و لا يفتقر إلى قبول (١٢) (١) و عليه أن يزيد: بعوض معين.

(٢) أى تعيين المنفعه.

(٣) أى عوض الإجاره فيشترط تعيينه.

(٤) و قد عرفت خلاف ابن حمزه فيه.

(٥) تذكير الضمير باعتبار الجعل بالفتح، لا باعتبار تأنيث الجعالة.

(٦) أى مباح بالمعنى الأعم فيشمل المستحب و المكروه، فلا يصح الجعل على المحرم كالزنا و شرب الخمر، لأنه محرم مع عدم العوض فمع العوض كذلك، و لأن بذل العوض إزاء المحرم سنه و هو منهى عنه.

(٧) أى مقصود فى نظر العقلاء على وجه يخرج عن كونه سفها، كما لو نقل و لو أمن ماء الفرات إلى دجله

(٨) لأنه لو كان واجبا فلا يجوز أخذ العوض عليه، لأنه واجب عليه على كل حال شرعا، و لحرمة أخذ الأجره عن الواجبات.

(٩) أى نزع مائه حيث لا غرض فى النزع.

(١٠) بالذهاب.

(١١) على العامل.

(١٢) اختلف الأصحاب فى كون الجعالة من العقود أو الإيقاعات، فعن العلامة فى التذكرة مدعى الإجماع و المحقق الثانى مدعى الاتفاق على أنها من العقود الجائزه، و عليه فتحتاج إلى القبول من العامل، لكن لا يشترط فيه أن يكون قبولا لفظيا، بل يكفى القبول الفعلى، و هو الشروع فى العمل مع الرضا الباطنى بالإيجاب، كما هو مقتضى القاعده فى العقود

لفظي (١)، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به (٢) (و لا إلى مخاطبه شخص معين (٣) فلو قال: من رد عبدى، أو خاط ثوبى) بصيغه العموم (فله كذا صح، أو فله مال، أو شىء) (٤)، و نحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غير شرط فى تحقق الجعالة و إنما هو (٥) شرط فى تشخصه، و تعيينه (٦) فإن أراد) ذلك (التعيين فليذكر جنسه و قدره (٧)، و إلا) يذكره (٨)، أو ذكره و لم يعينه (ثبت بالرد (٩) أجره المثل).

و يشكل (١٠) بأن ثبوت أجره المثل لا- تقتضى صحه العقد، بل الجائزه، إذ لا- يشترط فيها ألفاظ مخصوصه فى الإيجاب و القبول.

و عن جماعه أنها من الإيقاعات، و هو المطابق لتعريفهم لها، حيث جعلوها التزاما بعوض على عمل، و هذا يكفي فيه الإيجاب، و لأنه لا يشترط تعيين العامل فى الإيجاب فلو قال: من ردّ علىّ عبدى فله كذا صح، و إذا لم يكن العامل معيّنا فلا يتصور قبول.

(١) ظاهر المتن أنها من الإيقاعات فلا تحتاج إلى قبول لفظى و لا فعلى، و ظاهر الشرح عند ما قيّد القبول المنفى باللفظى أنها من العقود، و تحتاج إلى القبول و لو فعلا.

(٢) أى بالعوض و المعنى أن مقتضى الاستدعاء بالعوض هو العمل، و هذا يكفي فى قبول الجعالة.

(٣) لا- يشترط فى الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص معين، لأن الإيجاب فى الجعالة هو كل ما يدل على الاذن بالعمل و استدعائه بالعوض، فلا خلاف فيه، و لا فرق حينئذ بين قول الجاعل: من ردّ، و هو لم يخاطب معينا، و بين قوله: إن رددت علىّ، و قد خوطب به معين.

(٤) مما يقتضى الجهل فى العوض، لما تقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض كما هو مذهب غير المشهور.

(٥) أى العلم بالعوض.

(٦) أى تعيين العوض، لأنه مع عدم العلم لا يتعين العوض بجنسه و قدره.

(٧) بحسب الكيل و الوزن و العدّ، و قد تقدم الكلام فيه.

(٨) أى و إن لم يذكر العوض.

(٩) أى برد العبد يثبت أجره المثل، و ثبوت أجره المثل بالرد عند عدم تعيين العوض بالجهالة موطن اتفاق بينهم، لأن عمله محترم و لم يتبرع به فيثبت له أجره المثل.

(١٠) إشكال من الشارح على الماتن، حيث حكم الماتن بصحه الجعالة مع كون العلم بالعوض ليس بشرط، و حكم عند عدم ذكر العوض تثبت أجره المثل، و هما حكمان متناقضان.

هى (١) ظاهره فى فسادہ (٢)، و إنما أوجبها (٣) الأمر بعمل له أجره عادة كما لو استدعاه و لم يعين عوضا، إلا أن يقال: إن مثل ذلك (٤) يعد جعله أيضا فإنها (٥) لا تنحصر فى لفظ، و يرشد إليه (٦) اتفاقهم على الحكم (٧) من غير تعرض للبطلان.

و فيه (٨): أن الجعالة مستلزمه لجعل شيء، فإذا لم يذكره (٩) لا يتحقق مفهومها و إن ترتب عليها العوض (١٠)

و قيل (١١): إن كانت الجهالة (١٢) لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض لأن الحكم بأجره المثل إنما يكون عند فساد العقد المتضمن للأمر بعمل ما، فأقدم العامل بسبب الأمر فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد، و إن كان فساده لعدم ذكر العوض، فيرجع إلى أجره المثل لاحترام عمله.

و مع الحكم بأجره المثل الكاشفه عن فساد العقد عند عدم العوض كيف يحكم بصحته عند عدم ذكر العوض، مع أن عدم ذكر العوض موجب لفساد العقد الموجب لثبوت أجره المثل.

(١) أى أجره المثل.

(٢) فساد العقد.

(٣) أوجب أجره المثل.

(٤) أى مثل الأمر بعمل له أجره عادة، شروع فى دفع الإشكال و حاصله أن الجعالة تتحقق بكل لفظ دال على الإذن بالفعل، و هنا الأمر بالعمل الذى له أجره عادة هو جعله، و إن ثبت فيها أجره المثل، و عليه فاجره المثل هنا لا تدل على فساد العقد حتى يأتى الإشكال.

(٥) أى الجعالة.

(٦) إلى كون الأمر بالعمل الذى له أجره هو جعله.

(٧) و هو لزوم ثبوت أجره المثل مع عدم التعرض منهم لبطلان الجعالة.

(٨) أى فى دفع الإشكال، و حاصله أن الجعالة قضاء لحق مفهومها تستلزم جعل شيء، و هو العوض، فإذا لم يذكر بطل مفهومها، و عليه فمع عدم ذكر العوض لا جعله، و ثبوت أجره المثل من باب فساد العقد و عليه يرجع الإشكال جذعا.

(٩) للشيء المجعول.

(١٠) أى و إن ترتب عليها عند الفساد أجره المثل.

(١١) و هو قول غير المشهور المتقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض.

(١٢) أى الجهالة فى العوض بحيث لا تمنع من تسليم المجعول عليه، كما لو قال: من ردّ

المعين، لا أجره المثل كمن ردّ عبدي فله نصفه، فرده من لا يعرفه (١) و لا بأس به (٢). و على هذا (٣) فيصح جعله (٤) صبره مشاهدته مجهوله المقدار، و حصه من نماء شجر على عمله (٥)، و زرع كذلك (٦)، و نحوها.

و الفرق بينه (٧)، و بين الشيء و المال: مقولتيهما (٨) على القليل، و الكثير المفضى إلى التنازع و التجاذب فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم فإنه (٩) أمر واحد لا يقبل الاختلاف، و مسماه لتشخصه لا يقبل التعدد، و قبوله (١٠) للاختلاف قيمه بالزياده و النقصان قد قدم عليه العامل كيف كان. و يمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص (١١) انتفى الغرر (١٢)، لأنه معين في حد ذاته.

عبدى فله نصفه، و نصف العبد غير معروف إلا للشخص الذى يعرف العبد، فلو رده من لا يعرفه فالجهالة فى العوض هنا لا تمنع من تسليم المجعول عليه.

(١) أى من لا يعرف العبد.

(٢) للفارق بينه و بين جعل العوض مالا أو شيئاً و لم يعين، لأن نصف العبد متحقق فى الخارج لا يفضى إلى التنازع، و غير قابل للزياده و النقصان، بخلاف المال و الشيء، فإنهما قابلان للزياده و النقصان، و مفضيان للتنازع.

(٣) من القول بأن الجهالة بالعوض لا تمنع من التسليم فهو جائز.

(٤) أى جعل العوض.

(٥) متعلق بقوله (فيصح جعله)، و المعنى فيصح جعل العوض بهذه المثابه على عمل العامل فى الجعالة.

(٦) أى مجهوله المقدار.

(٧) بين العوض المجهول الذى لا يمنع من التسليم.

(٨) أى مقوله الشيء و المال، و المقوله هى الصدق و الانطباق.

(٩) أى العوض المجهول الذى لا يمنع من التسليم.

(١٠) دفع دخل، أما الدخل فهو أنه غير قابل للاختلاف و الزيادة و النقصان بحسب الأجزاء و التشخص و المسمى، إلا أنه قابل للاختلاف زياده و نقيصه بحسب القيمة.

و أما الدفع فهو أن وحدته فى نفسه موجه لرفع الغرر فى الجملة، فيصح جعله عوضاً، و الاختلاف فى القيمة لا يضر مع عدم الغرر فيها، على أنه قد يقدم العامل على العمل مع التبرع بهذا التفاوت فى القيمة.

(١١) و هو نصف العبد مثلاً.

(١٢) فى الجملة لا من كل وجه.

ص: ٥٧٤

فى ما يشترط فى الجاعل

(و يشترط فى الجاعل (١) الكمال) بالبلوغ، و العقل، (و عدم الحجر) لأنه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل (٢) فإنه يستحق الجعل و إن كان صبيًا مميزًا بغير إذن وليه، و فى غير المميز، و المجنون و جهان (٣). من وقوع العمل المبذول عليه، و من عدم القصد.

فى ما لو عيّن الجعالة لواحد

(و لو عيّن الجعالة لواحد و ردّ غيره (٤) فهو متبرع) بالعمل (لا- شىء له)، للمتبرع، و لا للمعين (٥)، لعدم الفعل، (و لو شارك المعين (٦) فإن قصد التبرع عليه (٧) فالجميع للمعين) و لوقوع الفعل بأجمعه له، (و إلا) (٨) يقصد التبرع عليه بأن أطلق، أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع على المالك (فالنصف) للمعين (٩) خاصة، لحصوله (١٠) بفعليّن: أحدهما مجعول له، و الآخر متبرع فيستحق النصف بناء على قسمه العوض على الرءوس (١١).

(١) يشترط فى الجاعل أهليه الاستتجار، بلا خلاف فيه، فيشترط فيه البلوغ و العقل لرفع القلم عن الصبى و المجنون، و يشترط فيه عدم الحجر، لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف المالى.

(٢) فلا يشترط فيه إلا إمكان تحصيل العمل، فلو فعله الصبى أو المحجور عليه لاستحق العوض حينئذ.

(٣) من وقوع العمل و قد حصل الغرض من الجعالة فيستحق العوض، و من كون فعله بلا قصد، و عليه فهو متبرع، و المتبرع لا شىء له.

(٤) فلا شىء له، بلا خلاف فيه، لكونه متبرعًا حينئذ، لأن الجاعل لم يبذل له أجره بخصوصه، و لا لمن يشمله.

(٥) فى العقد لعدم فعله.

(٦) أى شارك المتبرع المعين فى الرد.

(٧) أى فإن قصد المشاركون بعمله التبرع على المعين كان جميع العوض للمعين لوقوع الفعل بأجمعه منه، فنصفه منه و النصف الآخر بالتبرع عليه.

(٨) أى و إن لم يقصد المشاركون التبرع على العامل، و هذا شامل ما لو أتى بالفعل مطلقًا مع الغفلة عن قصد التبرع و ما لو أتى بالفعل لنفسه، أو متبرعًا على المالك.

(٩) أى للعامل الذى عيّن فى الجعالة.

(١٠) أى حصول الرد المجعول عليه، كرد الآبق مثلاً.

(١١) إذا كان العمل لا يقبل التفاوت بين العاملين.

ص: ٥٧٥

و الأقوى بسطه (١) على عملهما، فيستحق المعين بنسبه عمله، قصر عن النصف أم زاد. و هو خير المصنف في الدروس (٢)، و مثله (٣) ما لو عمل معه المالك.

(و لا شيء للمتبرع، و تجوز الجعالة من الأجنبي (٤) فيلزمه المال، دون المالك إن لم يأمره به (٥)، و لو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي (٦)، (و يجب عليه) أى على الجاعل مطلقا (٧) (الجعل مع العمل المشروط (٨) حيث يتعين (٩)، و إلا (١٠) فما ذكر بدله (١١) (و هي جائزه (١٢) من طرف العامل مطلقا) قبل التلبس (١) بسط العوض.

(٢) لم يصرح فى كتب الفقه بخلافه، حيث حكموا أن الجعل بين المتعاملين موزع على قدر العمل على تقدير تفاوته، و إلا فعلى الرءوس.

(٣) أى و مثل مشاركته المتبرع للمعين ما لو عمل مع المعين المالك، فالمعين له من العوض على نسبه عمله.

(٤) لو تبرع أجنبي بالجعل وجب عليه الجعل عند الرد، و إن لم يعد إليه نفع العمل، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه كما يقدم العقلاء على بذل أموالهم لعمل يعود إليهم نفعه كذلك يقدمون على بذل مال على عمل يعود نفعه إلى غيرهم، فيندرج تحت عموم أدله الجعالة.

و لا يلزم المالك لشيء حينئذ، لا للمتبرع لفرض تبرعه، و لا للعامل لفرض أنه أقدم على العمل من غير إذن المالك.

(٥) أى لم يأمر المالك الأجنبي بالجعل.

(٦) متوقف على إجازته المالك، فإن أجاز و إلا فيلزم الأجنبي بالدفع.

(٧) سواء كان مالكا أم أجنبيا، فيجب عليه الجعل حين تمام العمل، إن كان العوض معينا.

(٨) أى حين تمام العمل.

(٩) أى الجعل.

(١٠) و إن لم يتعين العوض.

(١١) قال الشارح فى تعليقه له كما فى الطبعه الحجرية: (أى بدل المعين من أجره المثل، و المعين شرعا كأجره رد الآبق، و ما الحق به على ما يأتى تفصيله إن شاء الله تعالى).

(١٢) الجعالة جائزه من الطرفين الجاعل و العامل، سواء قلنا بكونها عقدا أم إيقاعا بلا خلاف فيه، و معنى الجواز تسلط الجانبين على فسخها قبل التلبس و بعده، لأنها بمنزله أمر للغير بعمل له أجره عادة، و عليه فلا يجب المضى فيه من الجانبين.

بالعمل و بعده، فله الرجوع متى شاء، و لا يستحق شيئا لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقا (١).

(و أما الجاعل فجائزه) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل، (و أما بعده فجائزه بالنسبه إلى ما بقى من العمل) فإذا فسخ فيه (٢) انتفى عنه (٣) بنسبته (٤)، من العوض (أما الماضى (٥) فعليه أجرته (٦) و هذا فى الحقيقه لا يخرج عن كونها (٧) فإن كان الفسخ قبل التلبس بالعمل فلا شىء للعامل، لعدم العمل بحسب الفرض فلا يقابل بشىء من العوض، سواء كان الفسخ من الجاعل أم من العامل.

و إن كان الفسخ بعد التلبس، فإن كان من العامل فلا شىء له، لأن المالك لم يجعل له العوض إلا فى مقابله مجموع العمل من حيث المجموع، فلا يستحق العامل على بعض العمل شيئا، لأنه بفسخه أسقط حقه.

و إن كان الفسخ من الجاعل فعليه للعامل عوض ما عمل، لأن العامل إنما عمل بعوض لم يسلم له، و لا تقصير من قبله، و عمله محترم قد صدر بأمر من المالك فلا بد أن يقابل بعوض.

ثم هل للعامل أجره مثل ما عمل، أو له من العوض المسمى فى العقد بنسبه ما فعل، قال فى المسالك: وجهان أظهرهما الثانى، لأن المسمى هو العوض الذى اتفقا عليه، فيثبت له من المسمى بنسبه ما فعل، و وجه الأول أن العقد قد بطل بالفسخ، و لما كان عمله محترما فتثبت أجره المثل.

هذا خلاصه الكلام فى المسأله، لكن بعضهم عتبر بما يوحى الزوم من طرف الجاعل بعد التلبس بالعمل، كظاهر الشرائع و المبسوط و غيرهما من أنه ليس للجاعل الفسخ بدون أجره، و أن الجعالة لازمه من طرف الجاعل دون العامل.

و فيه: إن لزومها من طرف الجاعل لم يدل عليه دليل خصوصا بعد استصحاب جوازها الثابت قبل التلبس إلى ما بعده، نعم لو فسخ الجاعل فعليه الأجره بخلاف العامل فلو فسخ فلا شىء له.

(١) سواء عتین الجعل أم لا.

(٢) أى بعد التلبس.

(٣) عن الجاعل.

(٤) أى بنسبه ما بقى من العمل.

(٥) من العمل.

(٦) أى فعلى الجاعل أجرته.

(٧) كون الجعالة.

جائزه من قبله (١) مطلقا (٢) فإن المراد بالعقد الجائز، أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، و ثبوت العوض لا ينافي جوازه كما أنها بعد تمام العمل يلزمها (٣) جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزه، و كذا الوكالة (٤) يجعل بعد تمام العمل.

و استحقاق الجعل لا يخرجها (٥) عن كونها عقدا جائزا، فينبغى أن يقال:

إنها (٦) جائزه مطلقا (٧) لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبه ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى.

و قيل (٨): أجره مثله.

و ربما أشكل (٩) ذلك (١٠) فيما لو كانت (١١) على رد ضاله مثلا ثم فسخ و قد صارت بيده (١٢)، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه فلا يتحقق (١٣) فائده للفسخ حينئذ.

(١) من قبل الجاعل.

(٢) قبل العمل و بعده.

(٣) يلزم الجعالة.

(٤) فيلزم جميع الجعل بعد تمام العمل، و استحقاق العوض فيها لا يخرجها عن كونها عقدا جائزا.

(٥) أى لا يخرج الوكالة.

(٦) إن الجعالة.

(٧) من قبل الطرفين، قبل التلبس و بعده.

(٨) قد أورده فى المسالك وجهها.

(٩) و حاصله أنه على القول بجواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل فلو وصلت الضاله أو الآبق إلى يد العامل و قيل إيصاله إلى المالك، فلو أراد المالك الفسخ لما كان له معنى، إذ لا يجوز للعامل تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، و مع التسليم يتم العمل و لا يتحقق الفسخ قبل تمام العمل.

(١٠) أى جواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل.

(١١) أى الجعالة.

(١٢) أى صارت الضاله بيد العامل.

(١٣) لأنه قد تم العمل.

ص: ٥٧٨

و يمكن دفعه (١) بأن فائده البطلان عدم سلامه جميع العوض له (٢) على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق (٣) بنسبته، و يبقى له فيما بعد ذلك أجره المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك، و هو (٤) حفظه (٥) عنده، و نحوه، إذ لا يجب عليه حينئذ رده على المالك، بل تمكنه (٦) منه أن كان قد علم بوصوله إلى يده، و إن لم يعلم وجب إعلامه.

فى ما لو رجع المالك فيها

(و لو رجع) (٧) المالك فيها (٨) قبل العمل، أو فى أثناءه (و لم يعلم العامل رجوعه (٩) حتى أكمل (١٠) العمل فله كمال الأجره (١١)، و لو علم فى الأثناء فله (١٢) (١) و حاصل الدفع أن فائده الفسخ حينئذ عدم وجوب السعى فى إيصالها للمالك، إذا الواجب على العامل إعلامه بها إن لم يكن عالما، و أما بالنسبه للجاعل فلا يثبت عليه جميع الجعل، بل عليه من الجعل بمقدار ما يعمل العامل إلى حين الفسخ، و ما بعد الفسخ لو عمل العامل من حفظ الدابه و علفها فله أجره المثل.

(٢) للعامل.

(٣) من العمل.

(٤) أى ما يعمل به العامل بعد الفسخ إلى حين التسلم من قبل المالك.

(٥) أى حفظ الضال.

(٦) أى يجب تمكنه.

(٧) أى لو رجع المالك قبل إتمام العمل، و لم يعمل العامل بذلك حتى أكمل العمل، فيلزم على المالك تمام العوض كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل، فكما أن تصرف الوكيل نافذ فكذا العامل.

و أشكل على الحكم بعدم وجوب العوض على المالك بعد الفسخ، و قياسه على الوكيل ليس فى محله، لأن مقتضى القواعد أن يحكم بأجره المثل للعامل فى قبال مجموع عمله، لأنه أقدم على العوض و لم يسلم له، و إما أن يحكم بأجره العوض بنسبه عمله ما قبل الفسخ و بأجره المثل لعمله فيما بعد الفسخ.

(٨) فى الجعالة.

(٩) رجوع المالك.

(١٠) أى العامل.

(١١) الأجره المسماه.

(١٢) من الأجره المسماه.

بنسبه ما سلف قبل العلم، و ينبغى أن يراد بالعلم ما يثبت به (١) ذلك (٢) شرعا (٣) ليشمل السماع من المالك، و الشيع المفيد للعلم، و خبر العدلين، لا الواحد و إن حكم به (٤) فى عزل الوكالة بنص خاص (٥).

فى ما لو أوقع المالك صيغتين

(و لو أوقع المالك صيغتين) للجعله مختلفتين (٦) فى مقدار العوض أو فى بعض أوصافها (٧) (عمل بالآخره إذا سمعها) العامل، لأن الجعله جائزه، و الثانيه رجوع عن الأولى، سواء زادت (٨) أم نقصت (و إلا) يسمعها (٩) (فالمعتبر) (١) بالعلم.

(٢) من رجوع المالك.

(٣) و يثبت لرجوع المالك شرعا بالسماع من المالك، و بالشيع المفيد للعلم، أو الاطمئنان الذى هو علم عادى، و بخبر العدلين، لأنهما بينه، و لا يثبت بخبر الواحد، لأنه ليس بينه بعد حصر الحجه فى الموضوعات فى بينه.

(٤) أى بخبر الواحد.

(٥) و هو صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام، و قد تقدم فى باب الوكالة.

(٦) بأن قال: من رد عبدى فله مائه درهم، ثم قال: من رد عبدى فله خمسون، فالجعله جائزه و يصح فسخها قبل العمل و فى أثائه و قد فسخ الأول بالثانيه و عليه فإن كان فسخ الأولى قبل الشروع بالعمل كان عمل العامل على مقتضى الثانيه، و إن كان فسخ الأولى بعد الشروع فله من الأولى بنسبه ما عمل قبل فسخها بالثانيه، و من الثانيه بقيه العوض، كل ذلك بالنسبه.

هذا كله إذا سمع العامل الجعالتين، و إلا فلو سمع إحداها خاصه فالعبره بما سمعه.

و يشكل بأن السماع إذا كان للثانيه فلا إشكال، و إن كان للأولى فعلى مبنى الماتن و جماعه كذلك، و لكن قد تقدم الإشكال فى ذلك، و عليه فإن كان السماع للأول و قد فسخت قبل الشروع بالعمل و لم يعلم العامل حتى أكمل فله أجره المثل، و إن كان الفسخ فى الأثناء فله من الأولى مقدار ما عمل من العوض بالنسبه، لقدومه على المسمى و لم يسلم له، و له من الثانيه أجره المثل لعدم قدومه على المسمى فيثبت له أجره المثل.

(٧) أى أوصاف الجعله، كما لو قال: من بنى لى بيتا طوله و عرضه عشره أمتار فله كذا، ثم قال: من بنى لى بيتا طوله و عرضه عشرون مترا فله نفس العوض السابق.

(٨) أى سواء زادت الثانيه عن الأولى أم نقصت.

(٩) العامل، و المراد عدم سماع إحداها، لا عدم سماعها معا، بقرينه قوله (فالمعتبر ما سمع).

(ما سمع) من الأولى والأخيره، و لو سمع الثانيه بعد الشروع فى العمل فله من الأولى بنسبه ما عمل (١) إلى الجميع و من الثانيه بنسبه الباقي (٢).

فى استحقاق الجعل على الرد

(و إنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود (٣) إلى مالكة مع الإطلاق (٤) أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده (٥)، فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شئ للعامل)، لعدم إتمامه العمل الذى هو شرط الاستحقاق.

(١) أى ما عمل من العمل إلى جميع العمل من العوض المسمى.

(٢) أى ما بقى من العمل إلى جميع العمل من عوض الثانيه، هذا و علق الشارح على هذا الموضع كما فى الطبعه الحجرية بقوله:

(هكذا ذكره جماعه من الأصحاب، منهم المصنف فى الدروس فى مطلق فسخ المالك فى الأثناء، و كذلك العلامه فى أكثر كتبه، مع حكمه بأن فسخ المالك فى الأثناء يوجب الرجوع إلى أجره المثل، و هذا لا يخلو من تناقض، نعم حكم فى التذكرة بالرجوع إلى أجره المثل فى الموضعين، لأن الجعالة الثانيه بمنزله فسخ الأولى، و هو متجه.

و إن كان القول باستحقاقه بالنسبه إلى المسمى أوجه، لقدومها على ذلك، خصوصا لو كانت أجره المثل أزيد من المسمى، نعم لو قيل بثبوت أقل الأمرين من أجره المثل و نسبه المسمى كان وجهها) انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

(٣) أى بتسليم المردود إلى يد المالك، لأن إطلاق الرد فى الجعالة عند ما قال الجاعل: (من ردّ على عبدى فله كذا) منصرف إلى القبض و التسليم باليد، و عليه فلو جاء به إلى البلد أو المنزل و لم يقبضه المالك ففرّ لم يستحق الجعل، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لعدم قبضه، لأنه لم يرده إليه، و كذا لو جعلت الجعالة على خياطه ثوب فخاطه و تلف قبل التسليم فلا يستحق أجره.

و لا فرق فى عدم التسليم بين فرار العبد و موته، لاشتراكهما فى المقتضى، و هو صدق عدم الرد إلى المالك.

و عن فخر المحققين أنه بالموت يستحق الأجره، لأن الرد الممكن عادة قد حصل، و رفع الموت عن العبد ليس داخلا تحت قدره البشر بخلاف الفرار، و مال إليه المحقق الثانى فى جامعته و الشارح هنا فى روضته.

و لكنه ضعيف إذ لا يصدق عليه الرد، و الجعل قد جعل على الرد المخصوص، و لذا ضعّفه فى المسالك.

(٤) مع إطلاق الرد فى الجعالة حيث هو منصرف إلى التسليم باليد و القبض.

(٥) أى إيصال الآبق إلى يد الجاعل.

و مثله (١) ما لو مات قبل وصوله إلى يده و إن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا، لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل، و لو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامتنال (٢)، (و لا يستحق (٣) الأجره إلا ببذل الجاعل (٤) أى استدعائه الرد، سواء كان مع بذل (١) أى و مثل الهرب.

(٢) و لو لم يصل إلى المالك.

(٣) المالك إما أن يعين الجعل و يصفه بما يرفع الجهالة كقوله: من رد عبدي فله دينار، أو يطلق العوض مع التعرض لذكره كقوله: من ردّ عبدي فله مال، أو يستدعى الرد و يطلبه من غير تعرض للأجره كقوله: من يرّد علىّ عبدي منكم، أو لا يستدعى الرد و لا- يطلبه و يعمل العامل له مطلوبه بأن يرّد عليه ضالته أو يخطط له ثوبه و على الأول يلزم المالك ما عيّن عند تمام العمل، إذ لم يفعل العامل بنيه التبرع، و هذا مما لا خلاف فيه و لا إشكال.

و على الثانى تلزم أجره المثل على المالك، إما لكون العقد فاسدا لا- اشتراط العلم بالعوض و لم يتحقق، و إما لكون العقد صحيحا و مع ذلك وقع اتفاقهم أنه يثبت بالرد أجره المثل إلا فى موضع واحد، و هو رد العبد الآبق فهل تثبت أجره المثل أم يثبت دينار إذا كان الرد من مصره، على خلاف سيأتى إن شاء الله تعالى.

و على الثالث - لو استدعى الرد و لم يعين أجره أبدا - فعن العلامة فى القواعد و الإرشاد و التحرير و المحقق فى الشرائع، و هو ظاهر اللعمه أنه لا- شىء للرادّ، للأصل من براءة ذمه المالك من الأجره عند الشك، و طلبه للرد أعم من كونه بأجره أو لا، فلا يجب عليه شىء، فالعامل هنا متبرع حيث أقدم على العمل من غير بذل.

و أشكل عليه بمنع كون العامل متبرعا، إلا إذا قصد التبرع منضم، و يثبت له أجره المثل، لأن عمله صدر بأمر من المالك و لعمله أجر بحسب العاده، فيثبت له أجره المثل، لقاعده احترام عمل المسلم.

و على الرابع لا شىء للعامل، لأن المالك لم يأمر و لم يطلب الرد، فيتعين التبرع على العامل لو عمل.

و مثله ما لو استدعى العمل مجانا كقوله: من ردّ علىّ عبدي و أجره على الله.

(٤) ظاهر المتن أنه لا أجره للعامل إلا مع البذل، فلو استدعى المالك مع عدم البذل كما فى الصورة الثالثه فلا شىء للعامل.

إلا أن الشارح فسر البذل بالاستدعاء، و هو تفسير على خلاف ظاهر البذل ليصحح مبنى المصنف.

عوض أم لا (١) (فلو رد بغيره (٢) كان متبرعا) لا عوض له مطلقا (٣)، و كذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع (٤)، أو بقصد يغير ما بذله المالك (٥) جنسا، أو وصفا، و لو رد بنيه العوض مطلقا (٦) و كان ممن يدخل فى عموم الصيغه، أو إطلاقها (٧) ففى استحقاقه قولان (٨)، (١) ليشمل الصورة الأولى و الثانية و الثالثة.

(٢) أى بغير الاستدعاء كما فى الصورة الرابعة، هذا على تفسير الشارح، أو رد بغير البذل كما فى الصورة الثالثة و الرابعة كما هو ظاهر اللمعه.

(٣) أى لا عوض للعامل مطلقا، أى قصد التبرع أو لا.

(٤) أى مع قصد التبرع فلا شىء له، لأنه متبرع.

(٥) أى رد مع قصد عوض مغاير لما بذله المالك، و المغايره إما جنسيه بأن قصد الدرهم و المالك بذل الدينار، و إما وصفيه، فلا شىء للعامل، لأن ما قصده العامل لم يلتزمه المالك حتى يثبت عليه، و الأصل براءة ذمته منه.

(٦) أى ردّ العامل بنيه العوض من غير تعيين شىء خاص ليشمل ما بذله المالك.

(٧) حتى تخرج الصيغه التى تخاطب شخصا معينا، لأنه لو خاطب المالك شخصا معينا بقوله: (إن رددت عبدى فلك كذا) فردّه غيره مع نيه العوض فلا شىء له، لأنه متبرع، و لم يأمره المالك.

و الفرق بين العموم و الإطلاق هو: أن المالك لو قال: (من ردّ عبدى) فهو عموم، و لو قال: (الردّ على عبدى فله كذا) فهو إطلاق.

(٨) ذهب جماعة إلى أن غير السامع للجعالة لو فعل الرد بدون قصد التبرع فله الأجره، منهم العلامة فى القواعد و ولده فى الإيضاح، و فى الدروس أنه الأقرب، لوجود المقتضى و عدم المانع.

أما المقتضى فهو عمل العامل بدون قصد التبرع، بل بإذن الجاعل، و هذا يقتضى ثبوت أجره لعمله.

و أما عدم المانع إذ لا يتوهم أنه مانع إلا عدم سماعه، و هو ليس بمانع، لأننا مع الشك فى مانعيته فالأصل عدمه.

و لدليل ثان، و هو صدور عمل من العامل مطابقا لجعل الجاعل فيستحق عوضها.

و ذهب جماعة إلى عدم ثبوت أجره للعامل غير السامع، و إن لم يقصد التبرع، لأنه مع عدم علمه بالجعالة فكأنه أقدم على العمل من دون ثبوت جعل من المالك الجعل فلا شىء له و إن لم يقصد التبرع.

منشأهما: فعله (١) متعلق بالجعل مطابقا لصدوره (٢) من المالك على وجه يشمل (٣)، و أنه (٤) عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع بإذن الجاعل فقد وجد المقتضى (٥)، و المانع ليس إلا عدم علمه (٦) بصدور الجعل، و مثله (٧) يشك في مانعيته، لعدم الدليل عليه (٨) فيعمل المقتضى عمله، و من أنه (٩) بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبره بقصده من دون جعل المالك، و عدم سماعه (١٠) في قوه عدمه عنده (١١).

و فصل (١٢) ثالث ففرق بين من رد كذلك (١٣) عالما بأن العمل بدون الجعل و فصل المحقق الثاني في جامعه بين العامل الذى يجهل أن العمل بدون جعل تبرع و غيره.

أما الأول فلجهله يكون عمله غير متبرع به فيستحق على المالك الأجره لاحترام عمله، و أما الثانى فهو عالم بأن العمل بدون جعل تبرع، فهو متبرع به، لأنه أقدم على العمل مع علمه بعدم الجعل، فهو متبرع لا شيء له و إن قصد العوض.

(١) أى فعل العامل، و هو دليل استحقاق العوض.

(٢) أى صدور الجعل.

(٣) يشمل فعل العامل.

(٤) أى عمل العامل، و هو دليل ثان على استحقاق العوض.

(٥) للاستحقاق، و يشكل على هذا الدليل أنه لم يثبت أنه المقتضى، لأن الثابت أن عمله مع سماع الصيغه هو المقتضى، و أما بدون السماع فالأصل براءة ذمه المالك من العوض.

(٦) أى عدم علم العامل.

(٧) أى و مثل عدم العلم يشك في مانعيته بناء على كون الجعالة إيقاعا، أما لو كانت عقدا فهو مانع قطعاً.

(٨) على المانع.

(٩) دليل عدم استحقاق العوض، و المعنى من أن العامل.

(١٠) أى و عدم سماع العامل فى قوه عدم الجعل من المالك، فكأنه أقدم على عمل لا جعالة فيه، فلا شيء للعامل حينئذ.

(١١) عند من ذهب إلى عدم الاستحقاق.

(١٢) و هو المحقق الثانى فى جامعه.

(١٣) مع عدم سماع الجعالة و بنيه العوض مطلقاً.

تبرع (١) و إن قصد العامل العوض، و بين غيره (٢)، لأن الأول متبرع محضاً، بخلاف الثاني. و استقرب المصنف (٣) الأول (٤).
و التفصيل متجه.

مسائل

إشارة

(مسائل)

في ما لم يعين جعل

(كلما لم يعين جعل (٥) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد و أطلق (٦)، أو لذكره مبهماً (٧) كما سلف (٨) فأجره المثل) لمن عمل مقتضاه (٩)، سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً (١٠) فلا شيء.

و قيل: لا أجره مع إطلاق الاستدعاء (١١)، و الأول أجود. نعم لو كان العمل مما لا أجره له عادة لقلته فلا شيء للعامل (١٢)، كمن أمر غيره بعمل (١٣) من غير أن يذكر له أجره (إلا في رد الآبق من المصير) الذي فيه (١٤) مالكة إليه (١٥) (١) فلا شيء له.
(٢) بحيث يجهل أن العمل بدون الجعل تبرع فيستحق الأجره.

(٣) في الدروس.

(٤) و هو استحقاق العامل للعوض مطلقاً.

(٥) من قبل المالك.

(٦) هذه هي الصورة الثالثة المتقدمة في شرحنا، و معنى الإطلاق أنه لم يعين الأجره لا جملة.

و لا تفصيلاً.

(٧) هذه هي الصورة الثانية المتقدمة في شرحنا، و المعنى لذكر المالك العوض مبهماً و مجملاً.

(٨) عند قول المصنف (كمن ردّ عبيد فله مال أو شيء).

(٩) أي مقتضى الاستدعاء.

(١٠) كما في الصورة الرابعة المتقدمة في شرحنا.

(١١) إشارة إلى الخلاف في الصورة الثانية، و هو قول المحقق و العلامة و المصنف في اللمعة كما سبق.

(١٢) لأن الإطلاق محمول على العرف، ولا أجره لمثله عند العرف.

(١٣) في غير الجعالة.

(١٤) في المصر.

(١٥) أي رده مالك الآبق.

ص: ٥٨٥

(فدينار (١)، و فى رده من غيره)، سواء كان من مصر آخر أم لا (أربعة دنانير) فى المشهور و مستنده ضعيف.

و لو قيل بثبوت أجره المثل فيه كغيره كان حسنا. و المراد بالدينار على القول به: الشرعى و هو المثل الذى كانت قيمته عشرة دراهم.

(و البعير (٢) كذا) أى كالآبق فى الحكم المذكور، و لا نص عليه بخصوصه، و إنما ذكره الشيخان (٣) و تبعهما عليه جماعه.

(١) مقتضى القاعده أجره المثل، إلا أن المشهور حكم بثبوت دينار إن رده من مصره، و إلا فأربعة دنانير اعتمادا على خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم جعل فى الآبق دينارا إن أخذ فى مصره، و إن أخذ فى غير مصره فأربعة دنانير)(١).

و فى الروايه ضعف ففى سندها محمد بن الحسن بن شمون، و هو غال و ضاع، و كذلك عبد الله بن عبد الرحمن الأصم و حاله كذلك، و لذا حملها الشيخ فى المبسوط على الأفضل، و تبعه الآبى و المقداد و الشارح، و إلا فالواجب أجره المثل.

و ذهب الكركى و فخر المحققين إلى أن الواجب أقل الأمرين من أجره المثل و المقدّر شرعا جمعا بين الدليلين.

و على المقدّر شرعا لا فرق فى الآبق بين الصغير و الكبير و المسلم و الكافر و الصحيح و المعيب لإطلاق النص، و كذا لا فرق فى الآبق بين من كانت قيمته تساوى المقدّر شرعا أو لا، و كذا لا فرق فى غير مصره بين مصر آخر أو لا.

(٢) ألحق المشهور تبعا للشيخ المفيد فى المقنعه البعير بالعبد، حيث قال المفيد فى مقنعه: (إذا وجد الإنسان عبدا آبقا أو بعيرا شاردا فرده على صاحبه كان له على ذلك جعل، و إن كان وجده فى المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياد، و إن كان وجده فى غير المصر فأربعة دنانير، قيمتها أربعون درهما جياد، و بذلك ثبتت السنه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم) انتهى.

و هو يشعر بورود النص فيه، و لم يقف عليه المحقق و لا العلامة كما هو ظاهر عباراتهم فى الشرائع و القواعد، و هذا ما يوجب الشك فى الخروج عن قاعده أجره المثل، لاحتمال أن يكون الإلحاق من باب القياس، خصوصا حيث إنه حكم بالجعل مع عدم بذل عوض من قبل المالك، و هو مشكل لما تقدم من عدم ثبوت شىء للعامل حينئذ.

(٣) المفيد و الطوسى.

ص: ٥٨٦

و يظهر من المفيد أن به روايه، لأنه قال: بذلك ثبتت السنه، و فى إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم فى الآبق إشكال (١). و يقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار و الأربعة. و ينبغى حينئذ (٢) أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، و المقدّر شرعا، و مبنى الروايه على الغالب من زياده قيمته (٣) عن ذلك كثيرا.

فى ما لو بذل جعلاً فرده جماعه

(و لو بذل جعلاً) لمن رده واحداً كان (٤) أم أكثر (فرده جماعه (٥) استحقوه بينهم بالسويه (٦) و لو كان العمل غير الرد من الأعمال التى يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح (٧) فلكل ما عين.

(١) لأنه قياس من العبد إلى البعير.

(٢) حين قصور قيمتهما عن الدينار و الأربعة فينبغى إثبات أقل الأمرين من قيمه العبد و البعير و المقدّر شرعا لئلا يلزم المالك بزياده عن ماله من أجل تحصيله.

(٣) أى قيمه العبد الآبق.

(٤) أى الرادّ.

(٥) إذا بذل المالك جعلاً على فعل فلا يخلو إما أن يكون الفعل قابلاً للتعدد أولاً.

و على الثانى فلو قال: من ردّ عبرى فله كذا، و الرد غير قابل للتعدد، فمن رده فله الجعل، سواء كان القائل واحداً أو جماعه، و على فرض أنهم جماعه فلا يستحقون إلا العوض الواحد.

و على الأول كما لو قال: من دخل دارى فله دينار، و الدخول قابل للتعدد، فلو دخله جماعه استحق كل واحد منهم ذلك العوض، لصديق الاسم و هو الدخول على كل واحد منهم، بخلاف السابق إذ لا يصدق على كل واحد أنه رد الآبق، بل الرد مستند إلى فعل الجماعه بما هم جماعه.

و عن العلامه فى المختلف أنه لو قال: من دخل دارى فله دينار، و قد دخله جماعه استحق الجميع ديناراً واحداً بالتساوى، لأن الدينار الواحد هو المبذول، و هو مردود، لأن الجعل هو الدينار - قد بذل على الدخول، و كل واحد منهم قد حقق الدخول.

نعم لو بذل جعلاً متشخصاً على مطلق الدخول كما لو قال: من دخل دارى فله هذا الدينار، فدخله جماعه استحق الجميع الدينار المتشخص بالسويه.

(٦) لأن الفعل غير قابل للتعدد، و التسويه مبنيه على قسمه العوض على الرؤوس، و أما التقسيم على أساس العمل فيجب أن يكون الجعل بينهم كل بحسب عمله.

(٧) أى الغرض الصحيح للدخول، و إلا فمع عدم الغرض فيكون الجعل مبذولاً على نحو السفه، و هذا ما يوجب التحجير على

الجاعل و هو ما يوجب بطلان الجعالة.

ص: ٥٨٧

(و لو جعل لكل من الثلاثه جعلاً مغايراً) للآخرين (١) كأن جعل لأحدهما دينارا، و للآخر دينارين، و للثالث ثلاثه (فردوه فلكل ثلث ما جعل له (٢)، و لو رده أحدهم فله ما عين له أجمع، و لو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له، (و لو لم يسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله ثلث أجره المثل) و لكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له، و لو رده من لم يسم له و أحدهما فله (٣) نصف أجره مثله، و للآخر نصف ما سمي له، و هكذا، (و لو كانوا أزيد) من ثلاثه (فبالنسبه) (٤) أى لو (١) إذا جعل لكل واحد جعله منفرد على عمل واحد، فإما أن يساوى بينهم فى الجعل، و إما أن يخالف فيما بينهم، و إما أن يعين للبعض و يطلق للبعض الآخر.

و على التقادير الثلاثه إما أن يكون الفعل المجعول عليه قابلاً للاختلاف كخياطه الثوب، و إما أن لا يقبل الاختلاف كردد العبد.

إذا تقرر ذلك فإذا جاء أحدهم بالعمل فله جعله مع التعيين و إلا فأجره المثل، و إن اشتركوا فى العمل و كان مما لا يختلف كرد العبد فلكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين، فمثلاً لو قال الأول: (إن رددت عبدى فلك عشرة دنانير)، و قال للثانى: (إن رددت عبدى فلك خمس عشرة دينارا) و قال للثالث: (إن رددت عبدى فلك عشرون)، فرد الثلاثه العبد فيستحق الأول ثلث جعله، و كذا الثانى و الثالث.

و إن كان العمل مما يختلف فيكون لكل واحد بنسبه عمله من مجموع العمل، فلو خاط الأول مثلاً نصف الثوب و الأخيران أكمل العمل، استحق الأول نصف جعله و الثانى ربعاً و كذا الثالث.

هذا كله إن اختلف الجعل، و أما إذا اتفق فنفس الحكم السابق من أنه لكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين إن لم يختلف العمل، و إن اختلف فله بنسبه عمله من مجموع العمل.

و أما الفاعل الذى لم يعين له عوض خاص كأن يقول المالك: (إن رددت عبدى، أو قال: إن خطت الثوب فعلى العوض) كان له تمام أجره المثل لو فعل العمل بمفرده، و مع المشاركة فعلى أساس ما تقدم من أجره المثل.

(٢) لأن العمل غير قابل للاختلاف فى الفعل، و قد اشتركوا فيه من الابتداء إلى الانتهاء، فيكون لكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين.

(٣) أى لمن لم يسم له.

(٤) إلى مجموع العاملين.

ردوه أجمع فلكل واحد بنسبه عمله (١) إلى المجموع من أجره المثل، أو المسمى.

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلفا فى أصل الجعالة (٢) بأن ادعى العامل الجعل و أنكره المالك و ادعى التبرع (حلف المالك)، لأصالة عدم الجعل، (و كذا) يحلف المالك لو اختلفا (فى تعيين الآبق) (٣) مع اتفاقهما على الجعالة، بأن قال المالك. إن المردود ليس هو المجعول و ادعاه العامل، لأصالة براءة ذمته (٤) من المال الذى يدعى العامل استحقاقه.

(و لو اختلفا فى السعى (٥) بأن قال المالك: حصل فى يدك قبل الجعل) بفتح (١) فلو كانوا أربعة و قد اشتركوا فى الرد من الابتداء إلى الانتهاء كان لكل واحد ربع ما جعل له، و إلا ربع أجره المثل.

(٢) بأن قال العامل: شارطتنى و آمرتنى بالعمل و جعلت لى جعلا معيناً، فقال المالك: لم أشارطك و لم آمرك، كان القول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، إذ الأصل عدم الأمر و عدم الشرط، و الأصل عدم اشتغال ذمته بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال.

(٣) بحيث جاء العامل بأحد الآبقين، فقال المالك: لم أقصد هذا عند الجعالة و إنما قصدت الآخر، فقال العامل: بل قصدت هذا كان القول قول المالك مع يمينه، لأن العامل يدعى العوض على المالك بالنسبة لهذا الآبق، و المالك ينكره، و الأصل عدم ثبوت العوض بلا خلاف فيه و لا إشكال أيضاً.

و فى هذا الفرع قد اتفقا على أصل الجعالة مع اختلافهما فى المجعول عليه، و بهذا خالف الفرع السابق.

(٤) أى ذمه المالك.

(٥) بأن قال المالك: حصل العبد فى يدك قبل حصول الجعالة فلا شىء لك، بناء على أنه إذا حصل الآبق بيد الفاعل قبل الجعالة فلا شىء له، و يجب عليه حينئذ إعلام المالك به، لأن حصول الآبق بيد العامل لم يكن بدافع العوض بل يكون العامل متبرعاً فلا شىء له، فقال العامل: بل حصل فى يدى بعد حصول الجعالة فاستحق شيئاً عليك. فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، لأن العامل يدعى ثبوت العوض على المالك و المالك ينكره مع أصالة عدم اشتغال ذمته.

إن قلت: إذا شككنا فى حصول الآبق قبل الجعالة أو بعدها فالأصل عدم حصوله قبل الجعالة و هذا ما يجعل العامل منكراً.

الجيم، و قال الزاد: بل بعده (حلف) المالك (أيضا، للأصل) و هو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله (١) فى يده (٢)، و إن كان الأصل أيضا عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا- أنه بتعارض الأصلين لا يثبت فى ذمه المالك شيء (٣)، و مثله (٤) ما لو قال المالك: حصل فى يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعى (٥) و إن كان (٦) بعد صدوره.

(و فى قدر الجعل كذلك (٧) يحلف المالك، لأصله براءته من الزائد، و لأن قلت: هو معارض بعدم تحقق الجعالة قبل حصوله بيد العامل، و هذا ما يجعل المالك منكرا، فيتعارض الأصلان و يتساقطان.

(١) أى حصول الآبق.

(٢) أى يد العامل.

(٣) لعدم اشتغال ذمته، و منه تعرف أن لا معنى لعطف (أو عدم تقدم الجعل على حصوله فى يده) لأنه ساقط بالتعارض.

(٤) أى و مثل الاختلاف فى السعى الاختلاف فى سماع العامل للجعالة قبل الحصول أو بعد الحصول، و هذا مبني على أن العامل إذا ردّ و لم يسمع الجعالة فهو متبرع و لا شيء له.

(٥) من العامل فلا يستحق شيئا لعدم صدور عمل منه، و الجعل قد رتب على الرد المسبوق بالسعى.

(٦) أى كان الحصول فى يد العامل بعد صدور الجعل.

(٧) لو اختلفا فى قدر الجعل و العوض فيقدم قول المالك مع يمينه، و قد وقع الخلاف فى هذه المسألة، و تحريرها ما لو قال المالك: بذلت خمسين، فقال العامل: بل مائة، مع اتفاقهما على الجنس و الصفه.

و الخلاف على خمسة أقوال:

القول الأول: للشيخ و جماعه أنه يحلف المالك، و يثبت للعامل أجره المثل، أما تقديم قول المالك، فلأن الاختلاف فى فعله فيقدم قوله فيه مع اليمين، و لأنه ينكر ما يدعيه العامل من الزائد.

و أما ثبوت أجره المثل للعامل، فلأن المالك بيمينه ينفى ما يدعيه العامل، و لا يثبت بيمينه نفس دعواه، لأن اليمين للإنكار، و هو منكر لما يدعيه العامل، و عليه فإذا انتفى ما يدعيه العامل و لم يثبت ما يدعيه المالك فثبت أجره المثل، للاتفاق على وقوع عمل بعوض.

القول الثانى: إنه يحلف المالك و يثبت أقل الأمرين من أجره المثل و مما يدعيه العامل، أما حلفه فلما تقدم.

العامل مدّع للزيادة، و المالك منكر (فيثبت للعامل) يمين المالك (أقل الأمرين من أجره المثل، و مما ادعاه (١)، لأن الأقل إن كان الأجره فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك (٢)، و إن كان ما يدعيه العامل (٣)، فلاعترافه بعدم استحقاقه للزائد، و براءه ذمه المالك منه (٤)، و الحال أنهما معترفان بأن عمله يجعل في الجملة، و أنه عمل محترم فتثبت له الأجره (٥) إن لم ينتف بعضهما (٦) بإنكاره (٧)، إلا- أن يزيد ما ادعاه المالك (٨) عن أجره المثل فتثبت الزيادة، لا-عترافه باستحقاق العامل إياها، و العامل لا ينكرها.

(و قال) الشيخ نجيب الدين (ابن نما (٩) رحمه الله: إذا حلف المالك على نفى) و أما ثبوت أقل الأمرين، فلأن أجره المثل إن كانت أقل مما يدعيه، فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك، و إن كان ما يدعيه العامل أقل من أجره المثل فلاعتراف العامل بعدم استحقاقه عما يزيد من أجره المثل، لأنه يدعى الأقل فكيف يثبت له الزائد.

و هذا ما اختاره العلامة في جملة من كتبه و المحقق في الشرائع، و أما بقيه الأقوال فسيأتى التعرض لها.
(١) أى العامل.

(٢) و تثبت أجره المثل و هى الأقل.

(٣) هو الأقل، فينتفى الزائد من أجره المثل، لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد.

(٤) من الزائد.

(٥) أى تثبت للعامل أجره المثل.

(٦) بعض أجره المثل.

(٧) أى بإنكار العامل هذا البعض، و ذلك فيما لو كان الجعل أقل من أجره المثل، فهو بدعواه الجعل ينكر الزائد من أجره المثل.

(٨) و هذا هو القول الثالث، أما حلف المالك و ثبوت أقل الأمرين مما يدعيه العامل و أجره المثل فقد تقدم، و أما لو كان ما يدعيه المالك أزيد من أجره المثل فالمالك عند ما ادعى بأزيد من أجره المثل فهو معترف بثبوت الزائد فى ذمته، فيؤخذ الزائد منه بإقراره، و العامل لا ينكر هذه الزيادة.

(٩) و هو شيخ المحقق، إنه يقدم قول المالك مع يمينه و يثبت ما يدعيه المالك لا- أجره المثل و لا الأقل منها و مما يدعيه العامل، و هو القول الرابع، و دليله أنهما متفقان على وقوع العقد و متفقان على تشخيصه بأحد العوضين، إما بحسب دعوى المالك و إما بحسب

(ما ادعاه) العامل (ثبت ما ادعاه) هو، لأصالة (١) عدم الزائد، و اتفاقهما (٢) على العقد المشخص بالعوض المعين، و انحصاره (٣) في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفى ما ادعاه العامل ثبت مدّعاه، لقضيه الحصر (و هو قوى كمال الإجاره) إذا اختلفا في قدره (٤).

و قيل (٥): يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و مدّعى عليه فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر و يثبت الأقل كما مر.

و التحقيق أن اختلافهما في القدر إن كان مجردا عن التسميه (٦) بأن قال دعوى العامل، و العقد منحصر بينهما.

و إذا حلف المالك على ما يدعيه العامل فتنتفى دعوى العامل و يثبت أن العوض في العقد على حسب ما يدعيه المالك قضاء لحق الحصر، و إليه ذهب الشهيد في الدروس أيضا.

و بهذا البيان يرتفع عنه إشكال المحقق و هو كيف يثبت ما يدعيه المالك باليمين الصادر منه، مع أن يمين المالك لنفى ما يدعيه العامل لا لإثبات ما يدعيه الجاعل.

و فيه أنه بالحلف ينتفى ما يدعيه العامل، و بالحصر - لأن العقد مردد بين قول العامل و قول المالك - يثبت ما يدعيه المالك.

(١) تعليل لحلف المالك.

(٢) تعليل لثبوت ما يدعيه المالك.

(٣) أى العقد.

(٤) أى قدر مال الإجاره و قد تقدم فى بابها.

(٥) و هو القول الخامس و قد اختاره العلامة فى القواعد، و وجهه أن كلا منهما مدع و منكر، فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفى ما يدعيه الآخر، و لأن العقد الذى يدعيه المالك متشخص بعوض ما، و هو غير العقد المتشخص بعوض آخر بحسب دعوى العامل.

و أشكل عليه بأن العقد متفق عليه، و إنما الخلاف فى زياده العوض و نقصانه بعد اتفاقهما على قدر منه، فالعامل يدعى الزيادة عن الاتفاق و المالك ينكرها، و أما قاعده التحالف فهي عند عدم اجتماعهما على شىء، بل يكون كل منهما منكر لما يدعيه الآخر.

هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب العلامة إلى أنه بعد التحالف يثبت أقل الأمرين من أجره المثل و مما يدعيه العامل، إلا أن يدعى المالك زياده عن أجره المثل فتثبت الزيادة على ما سبق بيانه.

(٦) أى تسميه العوض بقدر خاص.

العامل: إننى أستحق مائه من جهة الجعل الفلانى (١) فأنكر المالك و ادعى أنه خمسون، فالقول قول المالك، لأنه منكر محض والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل. ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلا.

و إن قال: جعلت لى مائه (٢) فقال المالك: بل خمسين ففيه الوجهان الماضيان فى الإجاره (٣).

و الأقوى تقديم قول المالك أيضا (٤)، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، و اختلافهما فى مقداره خاصه، فليس كل منهما مدعى لما ينفيه الآخر.

و إن كان اختلافهما فى جنس المجعول (٥) مع اختلافه بالقيمه (٦) فادعى المالك جعل شىء معين يساوى خمسين، و ادعى العامل جعل غيره مما يساوى مائتين فالتحالف هنا متعين، لأن كلا منهما يدعى ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك (٧) (١) و من دون تحديد للجعل بأنه مائه.

(٢) بأن اختلف فى القدر مع تسميه العوض بقدر خاص.

(٣) و هما تقديم قول المالك أو التحالف.

(٤) كما فى الفرع السابق الذى جرد عن تسميه العوض بقدر خاص، و تقديم قول المالك فى قبال التحالف، و بتقديم قول المالك يثبت ما يدعيه لحصر العقد بين دعواهما على ما تقدم بيانه، و هو الذى قواه فى المسالك.

(٥) بأن اختلفا فى جنس الجعل فقال المالك: جعلت درهما، فقال العامل: بل ديناراً، و فيه قولان:

القول الأول: و هو مختار الشيخ و المحقق و جماعه من تقديم قول المالك، لأن القول قوله فى أصل الجعل، و كذا فى قدره فيكون قوله مقدما فى جنسه، و لأن الاختلاف فى فعله فيرجع إليه فيه.

القول الثانى: التحالف و الرجوع إلى أجره المثل، لأن كلا- منهما مدع و منكر، و هى ضابطه التحالف، و مع حلفهما يرتفع الدرهم و الدينار و تثبت أجره المثل، لاحترام عمل العامل بعد صدوره بإذن المالك.

(٦) كأن ادعى المالك: إننى جعلت العوض ثوبا، فقال العامل: بل كتاباً، و القيمه مختلفه بين الثوب و الكتاب.

(٧) من كون كل منهما يدعى ما ينكره الآخر.

نشأ من اختلاف الجعل جنسا (١)، أو وصفا (٢)، لا من اختلافه (٣) قدرا، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف أولى و إن تساويا قيمه (٤). و إنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم (٥)، لأن جماعه كالمحقق و العلامة شرّكوا بينه (٦) و بين الاختلاف قدرا في الحكم (٧)، و ليس بواضح (٨).

و يبقى في القول بالتحالف مطلقا (٩) إشكال آخر و هو (١٠) فيما إذا تساوت الأجره و ما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه (١١) عنها (١٢)، فإنه لا- وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفى الزائد (١٣) الذي يدعيه العامل (١٤)، لثبوت (١٥) (١) كدعوى الدرهم من أحدهما و الدينار من الآخر، أو الثوب من أحدهما و الكتاب من الآخر.

(٢) كدعوى الثوب الفلاني من أحدهما، و الثوب الفلاني الآخر المختلف وصفا عن الآخر.

(٣) أى اختلاف الجعل.

(٤) بأن كانت قيمه الثوب تساوى قيمه الكتاب.

(٥) و هو اختلافهما في قدر الجعل.

(٦) بين الاختلاف في الجنس.

(٧) متعلق بقوله (شرّكوا).

(٨) لأن الاختلاف في الجنس ضابطه التحالف، و الاختلاف في القدر ضابطه اليمين على المنكر.

(٩) سواء قيل بالتحالف في المختلفين جنسا فقط، أو فيهما و في الاختلاف قدرا.

(١٠) أى الإشكال، و حاصله أنه على القول بالتحالف تثبت أجره المثل، فلو ساوت أجره المثل ما يدعيه المالك فلا- وجه لتحليف العامل على نفى ما يدعيه المالك، و كذا لو زاد ما يدعيه المالك عن أجره المثل فلا- وجه لتحليف العامل أيضا، فالمالك معترف بما يدعيه و إن كان أزيد من أجره المثل فلا- معنى لحلف العامل عليه، نعم لو كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك فالزياده من أجره المثل تنتفى بحلف العامل على نفيتها.

(١١) ما يدعيه المالك.

(١٢) عن أجره المثل.

(١٣) متعلق بقوله (بعد حلف المالك).

(١٤) لأن العامل يدعى أزيد من أجره المثل عند تساويها مع دعوى المالك، و لأن العامل يدعى أزيد مما يدعيه المالك عند زياده دعوى المالك عن أجره المثل.

(١٥) تعليل لعدم الوجه لتحليف العامل.

ص: ٥٩٤

ما حكم به من مدعى المالك (١) زائدا عن الأجره، أو مساويا باعترافه (٢) فتكليف العامل باليمين حينئذ (٣) لا- وجه له، لا- اعتراف المالك به (٤)، وإنما يتوجه (٥) لو زادت أجره المثل عما يدعيه (٦) المالك فيتوقف إثبات الزائد من الأجره عما يدعيه على يمين المدعى و هو العامل (٧).

(١) و مدعاه إما مساو لأجره المثل و إما زائدا عنها، فما ادعاه ثابت باعترافه.

(٢) أى باعتراف المالك.

(٣) أى حين التحالف لثبوت أجره المثل.

(٤) بمدعاه سواء زاد عن أجره المثل أو ساواها.

(٥) أى اليمين على العامل.

(٦) أى عما يدعيه المالك.

(٧) لأنه يدعى الأزيد من أجره المثل و أزيد مما يدعيه المالك، و يمينه باعتبار أنه منكر لما يدعيه المالك فإذا حلف انتفى ما يدعيه المالك، و ما ادعاه هو فمنتف بيمين المالك فتثبت أجره المثل و إن كانت أزيد مما يدعيه المالك.

بسم الله الرحمن الرحيم
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 الهجري 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 مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة 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 والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

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 ...

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؛

١. JAVA

٢. ANDROID

٣. EPUB

٤. CHM

٥. PDF

٦. HTML

٧. CHM

٨. GHB

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١. ANDROID

٢. IOS

٣. WINDOWS PHONE

٤. WINDOWS

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 المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصحان
الغمامي



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايضاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

