



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

مُسْتَعَارَاتُ الْإِسْلَامِ

الْمُفْرَغَاتُ

بِإِسْتِزْاجِ الْأَنْدَلُسِ

وَأَلْفَاظِ الْفَرَنَسِيِّينَ

لِلْمُهَيَّبِ

بِإِسْمَائِيلِ

بِإِسْمَائِيلِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٢	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٤
١٢	اشاره
١٣	اشاره
١٧	تتمه القسم الثاني في العقود
١٧	كتاب الرهن
١٧	اشاره
١٩	الأول في الرهن
٣٢	الثاني في شرائط الرهن
٤٠	الثالث في الحق
٤٥	الرابع في الرهن
٤٦	الخامس في المرتهن
٥٩	السادس في اللواحق
٥٩	اشاره
٥٩	الأول: في أحكام متعلّقه بالراهن
٦٤	الثاني: في أحكام متعلّقه بالرهن
٨٤	الثالث: في النزاع الواقع فيه
٨٤	اشاره
٨٤	الأولى: إذا رهن مشاعاً، وتشاح الشريك و المرتهن في إمساكه
٨٤	الثانيه: إذا مات المرتهن انتقل حقّ الرهانه إلى الوارث
٨٦	الثالثه: إذا فزط في الرهن و تلف لزمته قيمته يوم قبضه
٨٧	الرابعه: لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن
٨٩	الخامسه: لو اختلفا في متاع، فقال أحدهما: هو وديعه، وقال الممسك: هو رهن
٩٠	السادسه: إذا أذن المرتهن للراهن في البيع و رجع، ثمّ اختلفا

- ٩٢ ..... السابعة: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن يبع بالنقد الغالب في البلد
- ٩٣ ..... الثامنة: إذا ادعى رهانه شيء، فأنكر الراهن .....
- ٩٤ ..... التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالا و اختلفا -
- ٩٤ ..... كتاب المفلس .....
- ٩٤ ..... اشاره .....
- ٩٩ ..... و لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة .....
- ٩٩ ..... اشاره .....
- ٩٩ ..... الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم .....
- ٩٩ ..... الثاني: أن تكون أمواله قاصره عن ديونه .....
- ١٠٠ ..... الثالث: أن تكون حاله .....
- ١٠١ ..... الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه .....
- ١٠٢ ..... القول في منع التصرف .....
- ١١١ ..... القول في اختصاص الغريم بعين ماله .....
- ١٣٣ ..... القول في قسمه ماله .....
- ١٣٣ ..... اشاره .....
- ١٣٨ ..... مسائل ثلاث .....
- ١٣٨ ..... اشاره .....
- ١٣٨ ..... الأولى: إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم ظهر غريم، .....
- ١٣٩ ..... الثانيه: إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله .....
- ١٤٠ ..... الثالثه: إذا جنى عبد المفلس، (١) كان المجنى عليه أولى به .....
- ١٤٠ ..... النظر في حبسه .....
- ١٥٠ ..... كتاب الحجر .....
- ١٥٠ ..... اشاره .....
- ١٥٣ ..... الأول .....
- ١٥٣ ..... اشاره .....
- ١٥٣ ..... أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان .....

- ١٥٣ ..... اشاره
- ١٥٤ ..... و يعلم بلوغه
- ١٦٠ ..... تفريع الخنثى المشكل
- ١٦١ ..... الوصف الثانى:الرشد
- ١٦٤ ..... و أما السفية
- ١٦٨ ..... و المملوك
- ١٦٨ ..... و المريض
- ١٧١ ..... الفصل الثانى فى أحكام الحجر
- ١٧١ ..... اشاره
- ١٧١ ..... الأولى:لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم
- ١٧٢ ..... الثانى:إذا حجر عليه،فبايعه إنسان،كان البيع باطلا
- ١٧٤ ..... الثالثه:لو فكّ حجره،ثم عاد مبدّراً،حجر عليه
- ١٧٤ ..... الرابعه:الولاية فى مال الطفل و المجنون،للأب و الجدّ للأب
- ١٧٦ ..... الخامسه:إذا أحرّم بحجّه واجبه،لم يمنع ممّا يحتاج إليه فى الإتيان بالفرض
- ١٧٧ ..... السادسه:إذا حلف،انعقدت يمينه
- ١٧٨ ..... السابعه:لو وجب له القصاص،جاز أن يعفو
- ١٧٨ ..... الثامنه:يختبر الصبى قبل بلوغه
- ١٨٢ ..... كتاب الضمان
- ١٨٢ ..... اشاره
- ١٨٦ ..... القسم الأوّل
- ١٨٦ ..... اشاره
- ١٨٧ ..... الأوّل:فى الضامن
- ٢٠٣ ..... الثانى:فى الحقّ المضمون
- ٢١٣ ..... الثالث:فى اللواحقو هى مسائل
- ٢١٣ ..... اشاره
- ٢١٣ ..... الأولى:إذا ضمن عهده الثمن،لزّمه دركه

- الثانيه:إذا خرج المبيع مستحقاً رجع على الضامن ..... ٢١٦
- الثالثه:إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس ..... ٢١٧
- الرابعه:إذا كان له على رجلين(١) مال، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ..... ٢١٨
- الخامسه:إذا رضى المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه ..... ٢١٩
- السادسه:إذا ضمن عنه دينارا بإذنه ..... ٢٢٠
- السابعه:إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، و أنكر المضمون له القبض ..... ٢٢١
- الثامنه:إذا ضمن المريض في مرضه و مات فيه ..... ٢٢٣
- التاسعه:إذا كان الدين مؤجلاً، فضمنه حالاً، لم يصح ..... ٢٢٤
- القسم الثاني في الحواله ..... ٢٢٥
- اشاره ..... ٢٢٥
- أما الأول في العقد ..... ٢٢٥
- شروطه ..... ٢٢٦
- و أما أحكامه فمسائل ..... ٢٣٥
- اشاره ..... ٢٣٥
- الأولى:إذا قال أحلتك عليه فقبض ..... ٢٣٥
- الثانيه:إذا كان له دين على اثنين، و كل منهما كفيل لصاحبه ..... ٢٤١
- الثالثه:إذا أحال المشتري البائع بالثمن، ثم رد المبيع بالعيب السابق ..... ٢٤٣
- القسم الثالث في الكفاله ..... ٢٤٧
- اشاره ..... ٢٤٧
- و يلحق بهذا الباب مسائل ..... ٢٥٩
- اشاره ..... ٢٥٩
- الأولى:إذا أحضر الغريم قبل الأجل، ووجب تسلّمه ..... ٢٥٩
- الثانيه:إذا كان المكفول عنه غائباً، و كانت الكفاله حاله ..... ٢٦٠
- الثالثه:إذا تكفل بتسليمه مطلقاً، انصرف إلى بلد العقد ..... ٢٦١
- الرابعه:لو اتفقا على الكفاله، و قال الكفيل: لا حق لك عليه ..... ٢٦١
- الخامسه:إذا تكفل رجلان برجل، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر ..... ٢٦٢



- ٢٦٣ ..... السادس: إذا مات المكفول، برئ الكفيل
- ٢٦٤ ..... فرع لو قال الكفيل: أبرأت المكفول
- ٢٦٥ ..... السابع: لو كفل الكفيل آخره، ترامت الكفلاء
- ٢٦٦ ..... الثامن: لا تصح كفاله المكاتب
- ٢٦٦ ..... التاسع: لو كفل برأسه، أو بدنه، أو بوجهه، صح
- ٢٧٠ ..... كتاب الصلح
- ٢٧٠ ..... اشاره
- ٢٨٨ ..... و يلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك
- ٢٨٨ ..... اشاره
- ٢٨٨ ..... الأولى: يجوز إخراج الرواشن و الأجنحة إلى الطرق النافذة
- ٢٩٧ ..... الثاني: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره
- ٢٩٩ ..... الثالث: إذا تداعيا جدارا مطلقا، لا يتنه
- ٣٠١ ..... الرابع: لا يجوز للشريك في الحائط، التصرف فيه
- ٣٠٥ ..... الخامس: إذا تنازع صاحب السفلى و العلو في جدران البيت
- ٣٠٦ ..... السادس: إذا خرجت أغصان شجره إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن
- ٣٠٨ ..... السابع: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، و لآخر بيوته العليا، و تداعيا الدرجة
- ٣١٠ ..... تتمه
- ٣١٢ ..... كتاب الشركه
- ٣١٢ ..... اشاره
- ٣١٤ ..... الأول: في أقسامها
- ٣٣١ ..... الفصل الثاني في القسمه
- ٣٣٦ ..... الفصل الثالث في لواحق هذا الباب
- ٣٣٦ ..... اشاره
- ٣٣٦ ..... الأولى: لو دفع إنسان دابته، و آخر راوبه إلى سقاء، على الاشتراك في الحصول
- ٣٣٧ ..... الثاني: لو حاش صيدا، أو احتطب، أو احتش بنته أنه له و لغيره
- ٣٤١ ..... الثالث: لو كان بينهما مال بالسوية، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف

- ٣٤١ .....الرابعه:إذا اشترى أحد الشريكين متاعا فادعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر
- ٣٤٢ .....الخامسه:لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما
- ٣٤٥ .....السادسه:لو باع اثنان عبيدين
- ٣٤٦ .....السابعه:قد يتنا أن شركه الأبدان باطله
- ٣٤٧ .....الثامنه:إذا باع الشريكان سلعه صفقه
- ٣٥١ .....التاسعه:إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه
- ٣٥٤ .....كتاب المضاربه
- ٣٥٤ .....اشاره
- ٣٥٧ .....الأول في العقد
- ٣٦٨ .....الثاني في مال القراض
- ٣٦٨ .....اشاره
- ٣٧٣ .....فروع
- ٣٧٦ .....الثالث في الربح
- ٣٨٧ .....الرابع في اللواحق
- ٣٨٧ .....اشاره
- ٣٨٧ .....الأولى:العامل أمين
- ٣٨٨ .....الثانيه:إذا اشترى من ينعق على رب المال
- ٣٩٢ .....الثالثه:لو كان المال لامرأه،فانشتري زوجها
- ٣٩٣ .....الرابعه:إذا اشترى العامل أباه
- ٣٩٥ .....الخامسه:إذا فسخ المالك صح
- ٣٩٩ .....السادسه:إذا قارض العامل غيره
- ٤٠١ .....السابعه:إذا قال:دفعت إليه مالا قراضا،فأنكر
- ٤٠٢ .....الثامنه:إذا تلف مال القراض أو بعضه،بعد دورانه في التجاره
- ٤٠٣ .....التاسعه:إذا قارض اثنان واحدا
- ٤٠٤ .....العاشره:إذا اشترى عبدا للقراض،فتلف الثمن قبل قبضه
- ٤٠٥ .....الحادي عشره:إذا نصّ قدر الربح،فطلب أحدهما القسمه

الثانيه عشره: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ----- ٤٠٦

الثالثه عشره: إذا دفع مالا قراضاً، و شرط أن يأخذ (٣) له بضاعه ----- ٤٠٧

الرابعه عشره: إذا كان مال القراض مائه، فخسر عشره، (١) وأخذ المالك عشره، ثم عمل بها الساعي فربح ----- ٤٠٩

الخامسه عشره: لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطأها، (١) وإن أذن له المالك ----- ٤١٠

السادسه عشره: إذا مات و في يده أموال مضاربه ----- ٤١٠

تعريف مركز ----- ٤١٢

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين على، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلي]: الفهارس العامه/ تاليف زين الدين بن على  
العالمى "شهيد ثانى"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهرى : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابك : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

يادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس مى باشد

يادداشت : عربى.

يادداشت : عنوان روى جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

يادداشت : کتابنامه

عنوان روى جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين على، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندى كنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۴۳۱۸-۸۲

ص: ۱

**اشاره**









تمه القسم الثاني في العقود

كتاب الرهن

اشاره

كتاب الرهن

ص: ٥



## الأول فى الرهن

الأول فى الرهن و هو وثيقه لدين المرتهن. (١) قوله: «و هو وثيقه لدين المرتهن».

الرهن -لغته- الثبوت و الدوام (١)، يقال: رهن الشيء إذا ثبت و دام، و منه نعمه رهنه. و يطلق على الحبس بأى سبب كان، قال الله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ (٢) أى محبوسه بما كسبته من خير و شرّ. و أخذ الرهن الشرعى من هذا المعنى أنسب، إن افتقر إلى المناسبه، من حيث إنّ الرهن يقتضى حبس العين عن مالها ليستوفى الدين.

و عرّفه المصنف -شرعاً- بأنّه وثيقه لدين المرتهن، و الوثيقه فعليه قد يكون بمعنى الفاعل و المفعول. و الأنسب هنا الثانى، لأنّ الرهن موثوق به. و اللام فى «الدين» تعليليه، أى لأجله. و يمكن كونها للتعديه.

هذا، و فى التعريف نظر من وجوه:

الأول: أنّ «وثيقه» فى العبارة وقعت خيراً عن المبتدأ، و هو الضمير المذكّر المنفصل، و هو يقتضى عدم المطابقيه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث. و هو خلل

ص: ٧

١- (١) الصحاح ٢١٢٨: ٥، معجم مقاييس اللغة ٤٥٢: ٢.

٢- (٢) المدّثر: ٣٨.

و يفتقر إلى الإيجاب و القبول، و الإيجاب كلّ لفظ دلّ على الارتهان، كقوله:

رهنتك، أو هذه وثيقه عندك، أو ما أدّى هذا المعنى. (١) لفظي.

الثاني: تخصيص الوثيقة بالدين يرد على عكسه الرهن على الدرك، و على الأعيان المضمونه، كالمغصوب و المستعار مع الضمان، فإنّها ليست دينا.

الثالث: أنّ إدخال المرتهن في التعريف يفضى إلى الدور، لأنّ المرتهن قابل الرهن، أو من له الرهن و نحوه، فيتوقف تعريف كلّ منهما على الآخر.

و يمكن دفع الأول بجعل «التاء» في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفيّه إلى الاسميه لا- للتأنيث، كما في تاء الحقيقة و الأ- كيله و النطیحه، فتحصل المطابقه.

و الثاني بينائه على عدم جواز الرهن على المذكورات، فإنّ فيه خلافا، و ليس في كلامه الآتي إشعار بحكمه نفيًا و لا إثباتًا، بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت إشعار بعدم صحّحه الرهن عليها. و على تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بأنّ الرهن عليها إنّما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين.

و الثالث بإمكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن في مفهومه، بأن يقال:

هو صاحب الدين، أو من له الوثيقة، و نحو ذلك.

و عرّفه في الدروس بأنّه «وثيقه للمدين يستوفى منه المال» (١). فسلم من بعض ما يرد هنا، و يزيد أنّه صرح بجواز الرهن على الأعيان المضمونه، فذكر المدين ليس بجيد إلا بالتأويل.

قوله: «و الإيجاب كلّ لفظ دلّ على الارتهان- إلى قوله- أو ما أدّى هذا المعنى».

مما يؤدّي المعنى «وثقتك»، و «هذا رهن عندك»، و «أرهن» - بزيادة الهمزة - فإنّه لغه قليله فيه لا يبلغ شذوذها حدّ المنع، بل هي أوضح دلالة من كثير مما عدّوه.

و زاد في الدروس: «أنّه لو قال: خذه على مالك أو بمالك، فهو رهن. و لو قال:

ص: ٨

و لو عجز عن النطق كفت الإشارة.(١)و لو كتب بيده و الحال هذه، و عرف ذلك من قصده،جاز.

أمسكه حتى أعطيك مالك،و أراد الرهن جاز.و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن» (١).

و قد استفيد من ذلك كله أنّ الرهن لا- يختصّ بلفظ،و لا بلفظ الماضي،بل كلّ ما دلّ على الرضا بالرهن من الألفاظ كاف.و الوجه فيه: أنّ الرهن ليس على حدّ العقود اللازمه،لأنّه جائز من طرف المرتهن،فترجيح جانب اللزوم و لزوم ما يعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح،خصوصا مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكروه في العقد اللازم.

و استقرب في التذكرة عدم اشتراط اللفظ العربى (٢).و وافقه فى الدروس (٣).

و فى التذكرة:«الخلاص فى الاكتفاء بالمعاطاه و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكوره فى البيع بجملته آت هنا»و هو حسن.و اعتبر فى التذكرة (٤).مع ذلك كله وقوعه بلفظ الماضي مع أنّه أجاز«هذا رهن،أو وثيقه عندك»و ليسا ماضيين،بل هما جملتان اسميتان.و لو قيل:إنّهما بمعناه أو أدلّ منه من حيث دلالة الاسميه على الثبوت،ردّ بأنّه شرط لفظ الماضي لا معناه،و بأنّ ذلك يستلزم جواز البيع بها،بأن يقول:هذا مبيع لك بكذا،و هم لا يقولون به.و الظاهر أنّه احترز بالماضى عن المستقبل خاصّه،كما يشعر به قوله بعده بلا فصل:«فلو قال:أرهنك كذا أو أنا أقبل،لم يعتدّ به».

و قد تقدّم أنّ الشهيد-رحمه الله-أجازه بلفظ الأمر ك«خذه و أمسكه».

قوله:«و لو عجز عن النطق كفت الإشارة».

يعتبر فى الإشارة كونها مفهمه للمقصود،و لا تنحصر فى عضو.و يفهم من قوله بعد الكتابه:«و عرف ذلك من قصده»أنّه لا يكفى الكتابه بمجردّها.و هو كذلك،

ص:٩

١-١) الدروس:٣٩٥.

٢-٢) التذكرة ١٢:٢.

٣-٣) الدروس:٣٩٥.

٤-٤) التذكرة ١٢:٢.

و القبول هو الرضا بذلك الإيجاب. (١) و يصح الارتهان سفرا و حضرا (٢).

لعدم العلم بثبوت القصد إلى الرهن بها مجردة، لإمكان العبث أو إرادته أمر آخر. و لا يرد مثله في الإشارة، لأننا اعتبرنا فيها أيضا إفهام المقصود. و لا يعتبر دفع إمكان غيره في الواقع، لاحتمال اللفظ الصريح له أيضا، بل الإفهام للمقصود عرفا.

و في التذكرة اعتبر مع الكتابه الإشارة الدالّه على الرضا (١). و هو كما هنا، إلا أنّ عبارته المصنّف أشمل.

قوله: «و القبول هو الرضا بذلك الإيجاب».

أشار ب «و القبول هو الرضا بذلك الإيجاب».

شارب «ذلك» إلى أنّه لا ينحصر في لفظ. و القول فيه كما مرّ في الإيجاب.

و يمكن أن تدلّ عبارته على أنّه لا- ينحصر في اللفظ أيضا، لإمكان استفادة الرضا بالفعل و الإشارة و نحوهما، و إن لم يكف ذلك في الإيجاب. و الفرق أنّ الرهن لازم من قبل الراهن، لأنّه يتعلّق بحقّ غيره، فيجوز أن يعتبر في حقّه ما لا- يعتبر في حقّ المرتهن، حيث إنّ من قبله جائز، لأنّه يتعلّق بحقّه، فيكفى فيه ما يكفى في العقود الجائزه المحضه. و لكن ظاهر الجماعه اعتبار القبول القولى. و هو أجود.

و الكلام في اعتبار المضىّ أو ما يقوم مقامه، و عدم الفصل بين الإيجاب و القبول بما يعتدّ به كما مرّ، إذ يمكن القول باعتبارهما، نظرا إلى اللزوم بوجه، و عدمه التفاتا إلى الجواز من قبل القابل.

قوله: «و يصح الارتهان سفرا و حضرا».

نبه بذلك على خلاف بعض العامّه (٢)، حيث شرط في صحته السفر، نظرا إلى ظاهر قوله تعالى وَ إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٣) فشرط السفر، و مفهوم الشرط حجّة. و أوجب بأنّه مبنى على الأغلب، فإن عدم الكاتب عادة لا يكون إلاّ في السفر. و مثله قوله تعالى وَ إِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَى سَفَرٍ - إلى

ص: ١٠

١-١ (١) التذكرة ١٢: ٢.

٢-٢ (٢) المغنى لابن قدامه ٣٩٨: ٤.

٣-٣ (٣) البقرة: ٢٨٣.

و هل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح. (١) قوله - فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا (١) فإن عدم الماء يكون في السفر غالبا. مع أنه معارض باشتراطه بعدم الكاتب، مع أنه غير شرط بموافقته الخصم. وقد روى أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رهن درعه عند يهودي و هو حاضر بالمدينه (٢).

قوله: «و هل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح».

اختلف أصحابنا في اشتراط القبض في الرهن، بمعنى كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبة في كونه كذلك بالنسبة إلى ملك المتهب، و عدمه. فاختار المصنف و جماعه (٣) الاشتراط، استنادا إلى قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٤) من حيث إنه تعالى أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقق المطلوب شرعا بدونه، كما اشترط التراضي في التجاره و العداله في الشهاده، حيث قرنا بهما. و روى محمد بن قيس، عن الصادق عليه السلام: «لا - رهن إلا - مقبوضا» (٥). و يضعف بأن دلاله الآية من حيث المفهوم الوصفي، و هو ضعيف. و الروايه ضعيفه السند.

و الحق: أن وصف القبض في الآيه للإرشاد، كما يرشد إليه اشتراطه بالسفر و عدم الكاتب، و الإجماع على أن استدامه القبض ليست شرطا، بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل به، فلا يتحقق الغايه المطلوبه منه. و يبقى مع نافي الاشتراط أصاله العدم - حيث لا دليل صالحا عليه - و عمومات الأوامر الداله على الوفاء بالعقد (٦).

ص: ١١

١ - ١) النساء: ٤٣.

٢ - ٢) درر اللثالي ٣٢٥: ١، مستدرک الوسائل ١٣: ٤١٨ ح ٥، صحيح البخارى ٣: ٧٤.

٣ - ٣) النهايه: ٤٣١، المراسم: ١٩٢، الدروس: ٣٩٥.

٤ - ٤) البقره: ٢٨٣.

٥ - ٥) التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٩، الوسائل ١٣: ١٢٣ - ١٢٤ ب «٣» من أبواب أحكام الرهن ح ١ و ٢، تفسير العياشى ١: ١٥٦ ح ٥٢٥. و الروايه عن أبى جعفر عليه السلام.

٦ - ٦) المائده: ١.

و ربّما استدلّ بالآيه من حيث إنّهُ أمر بالرهن المقبوض، فدلّ على تحقّق الرهن بدون القبض، إذ لو لم يتحقّق بدونه لم يحسن وصفه به، كما لا يحسن أن يقول: رهن مقبوله أو موجه.

و يضعّف بأنّ الصّفه قد تكون كاشفه، كوصف التجاره بالتراضى، و بأنّ القائل باشتراط القبض لا يجعله شرطاً للصّيحه حتى لا يتحقّق بدونه، بل للزوم، كما أشرنا إليه. و لا شبهه فى أنّ العقد الجائز من الطرفين يطلق عليه اسمه بطريق الحقيقه، بخلاف ما هو شرط الصّحه كالمقبول، فإنّه لا يتحقّق بدونه. و قد ظهر بما حرّناه قوه عدم الاشتراط.

بقى هنا بحث، و هو أنّ القائل باشتراط القبض لا يقول إنّ الرهن بدونهُ يقع باطلاً، بل هو صحيح عنده إلاّ أنّه غير لازم، كما أشرنا إليه. قال فى التذكرة: «و لو رهن و لم يقبض كان الرهن صحيحاً غير لازم، بل للراهن الامتناع من الإقباض، و التصرف فيه بالبيع و غيره لعدم لزومه» (١). فعلى هذا ينقسم الرهن الصحيح إلى لازم من طرف الراهن و جائز من الطرفين، و إطلاق الرهن إنّما ينزل على الصحيح، و لا يقتضى أحد القيدىن إلاّ بأمر خارج.

و يشكل حينئذ فيما لو شرط الرهن فى عقد لازم، فإنّ ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح أعمّ من اللازم، فينبغى أن يتحقّق الوفاء بالشرط بدون القبض و إن لم يلزم. و حينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك، لجوازه من طرفه، و لا- تحصل الفائده المطلوبه من اشتراطه. فينبغى التقييد فى الاشتراط برهن مقبوض و نحوه. و فى الاكتفاء بدلاله القرائن عليه وجه. و يظهر من الشهيد [١]- رحمه الله- أنّ الرهن المشروط فى العقد اللازم يستحقّ القبض، و إن قلنا بكونه شرطاً فى اللزوم.

ص: ١٢



و لو قبضه من غير إذن الراهن، لم ينعقد. (١) وكذا لو أذن في قبضه، ثم رجع قبل قبضه. وكذا لو نطق بالعقد ثم جن، أو أغمى عليه، أو مات قبل القبض. (٢) وفي القواعد (١) استشكل في استحقاق المرتهن المطالبه به على القول بالاشتراط. وللتوقف مجال، إذ لم تدلّ القرائن على إرادته. وعلى ما اخترناه من عدم اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن بدونه، فلا يمكن فسخه. لكن في استحقاق المرتهن الإقباض ما مر، ومن قال به ثم قال به هنا (٢).

و اعلم أنّ إطلاق الشرط على القبض بطريق المجاز، فإنّ الشرط مقدّم على المشروط في الوجود، و هنا لا- يعتبر تقدّمه إجماعاً، فكونه جزء السبب أنسب.

قوله: «و لو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد».

أى لم ينعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن. وليس المراد بالمنفى انعقاد الرهن، لأنّه منعقد بدون القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً، غايته أنّه لا يلزم بدونه كما مرّ. ويمكن أن يريد أنه لا ينعقد الرهن، بمعنى أنّه لا يلزم بذلك، ويكون الانعقاد كناية عن اللزوم. ويؤيده عطفه حكم المسألة الآتية على هذا الحكم، و أنّما يتم مع إرادته انعقاد الرهن. و هذا أظهر في مقصوده.

قوله: «و كذا لو نطق بالعقد ثم جن، أو أغمى عليه، أو مات قبل القبض».

الضمير في الجميع يعود إلى الراهن. و المشبه به في السابق الحكم بعدم الانعقاد. و لا معنى لكون الانعقاد المنفياً هنا القبض، لأنّه لم يحصل أصلاً، بل المراد به الرهن كما أسلفناه.

و لا- شبهه في كون عروض هذه الأشياء للراهن لا- يقتضى انعقاد الرهن، بناء على اشتراط القبض فيه، و إنّما الكلام في أنّه هل يبطل بذلك، بناء على أنّه قبل القبض عقد جائز، و من شأن الجائر بطلانه بعروض هذه الأشياء، كالهبة قبل القبض،

ص: ١٣

١- ١) قواعد الأحكام ١٦١: ١.

٢- ٢) في «ه»: ما قال به هنا.

و به قطع فى القواعد (١) و الدروس (٢)، أو لا يبطل بذلك، لأنه ليس على حدّ العقود الجائزه مطلقاً، بل هو آئل إلى اللزوم، كبيع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البائع زمنه، و به قطع فى التذكرة (٣)؟ فعلى الثانى يقوم الولى مقام الراهن فى استحقاق الإقباض، لكن لى المجنون يراعى مصلحته، فان كان الحظّ فى الإقباض بأن يكون شرطاً فى بيع يتضرّر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، و إن كان الحظّ فى تركه لم يجز له إقباضه.

و عبارته المصنّف قاصره عن إفاده أحد الحكمين، فإنّ ما حكم به من عدم الانعقاد لا يشتبه أمره على أحد. و لو عرض ذلك للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو لم نقل به ثمّ، فينتقل القبض إلى وليه. و لو قلنا بالبطلان لو كان العروض للراهن فالأقوى أنه لا يبطل هنا. و الفرق تعلق حقّ الورثة و الديان بعد موت الراهن به، فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن، فإنّ الدين باق فيبقى وثيقه.

و فى الدروس (٤) وافق هنا على عدم البطلان، مع حكمه به فى الراهن معوّلاً على هذا الفرق. و يحتمل البطلان فيه أيضاً، لما مرّ من كونه من العقود الجائزه قبل القبض. و على تقدير بقاء الصّحّه لا- يجبر الراهن على الإقباض، لأنّه لم يلزم بعد، إلاّ- أن يكون مشروطاً فى عقد لازم، فالأقوى وجوبه و إلزامه به، خلافاً للشهيد (٥) و الفاضل (٦)، فان لم يتفق القبض إمّا لعدم إمكان إجباره عندنا، أو لعدم اختياره عندهما، تسلّط المرتهن على فسخ العقد المشروط فيه. و قد تقدّم الكلام فيه فى باب القرض (٧). و هذا البحث كلّه ساقط عند من لا يشترط القبض، للزومه قبله، فلا

ص: ١٤

١-١) قواعد الأحكام ١:١٦١.

٢-٢) الدروس: ٣٩٦.

٣-٣) التذكرة ٢:٢٦.

٤-٤) الدروس: ٣٩٦.

٥-٥) الدروس: ٣٩٦.

٦-٦) القواعد ١:١٦٢.

٧-٧) فى ج ٣:٤٥٥-٤٥٦.

و ليس استدامه القبض شرطا، فلو عاد إلى الراهن أو تصرّف فيه لم يخرج عن الرهانه. (١) و لو رهن ما هو في يد المرتهن لزم و لو كان غصبا، لتحقق القبض. (٢) تؤثر فيه هذه العوارض منهما.

قوله: «و ليس استدامه القبض شرطا- إلى قوله- لم يخرج عن الرهانه».

هذا عندنا موضع وفاق، نقل الإجماع عليه في التذكرة (١). نعم، خالف فيه جماعه (٢) من العامه، نظرا إلى الوصف المتقدم في الآيه (٣). و عدم دلالتها على الاستمرار واضح.

قوله: «و لو رهن ما هو في يد المرتهن لزم و لو كان غصبا، لتحقق القبض».

إذا اشترطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحقّقه و لو بالاستصحاب، كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بعاريه أو وديعه أو إجاره، لتحقق تماميه السبب، لأنّ استدامه القبض قبض حقيقه، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. و أما كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانه فلا دليل عليه، فيكتفى بالسابق و المقارن.

و هذا كلّه واضح في قبض مأذون فيه شرعا كما مثلنا، فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب و المستام و المشتري فاسدا، فقد أطلق المصنف و الأكثر الاكتفاء به، لما تقدّم من الدليل، إذ يصدق على الرهن أنه مقبوض، و لأنّنا إذا اشترطنا القبض في الرهن كان مستحقّا على الراهن، فاذا كان في يد المرتهن و صل إلى حقّه. و على تقدير كون القبض المذكور منهيا عنه لا يقدر هنا، لأنّ النهي في غير العباده لا يقتضى الفساد.

ص: ١٥

١- (١) التذكرة ٢:٢٦.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ٤:٤٠١.

٣- (٣) البقره: ٢٨٣.

وقيل بعدم الاكتفاء به، لأنَّ القبض -على تقدير اشتراطه- ركن من أركان العقد من الجهة التي يعتبر لأجلها وهو اللزوم، ولهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان العقد من الجهة التي اعتبر لأجلها وهو اللزوم، ولهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان الرهن مشروطا عليه، وإذا وقع منهيا عنه لا يعتد به شرعا. وإنما لا يقتضى النهى الفساد فى مثل ذلك حيث يكمل أركان العقد، مع أنهم قطعوا بأنه لو قبض بدون إذن الراهن لم يعتد به. وقد تقدّم (١) فى كلام المصنف. فلو كان مطلق القبض كافيا لزم مثله فى ذلك القبض المبتدأ بغير إذن، ويمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغه، وقد تقدّم.

و قطع فى التذكرة (٢) باشتراط الإذن و مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض هنا.

و هو متّجه. بل ربما قيل باشتراطهما فى المقبوض صحيحا أيضا، استنادا إلى أنّ القبض إنّما يعتبر بعد الرهن، وهو لا يتم إلا بإذن. ثمّ الإذن فى القبض يستدعى تحصيله، و من ضروراته مضى زمان، فهو دالّ على القبض الفعلى بالمطابقه و على الزمان بالالتزام. و لمّا لزم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالين حمل اللفظ على المعنى الالتزامى، لتعدّر المطابقى.

و يضعّف بمنع افتقاره إلى القبض و الإذن المقيدين ببعديه الرهن، إذ لا دليل عليه، بل غايته الدلاله على الأعمّ، و منع بقاء المعنى الالتزامى، لأنّ الزمان المدلول عليه التزاما من توابع القبض، ضروره افتقار تحصيله مع عدمه إلى الزمان، فمع حصوله لا معنى لاشتراط الزمان لتحصيله. بل التحقيق أن اعتبار الزمان من باب المقدمه، لأن المطلوب إنما هو الفعل، فحيث يتوقّف عليها يثبت و إلا فلا، كالمثال المشهور فى الأمر بسقى الماء، فإن كان على مسافه بعيده دلّ بالمطابقه على السقى و بالالتزام أو الاقتضاء على قطع المسافه، و إن كان المأمور حاضرا عنده لم يفتقر إليه.

و قد ظهر بذلك ضعف القول بالافتقار إليهما فى المقبوض بإذن، و عدمه فى

ص: ١٦

(١-١) راجع ص ١٣.

(٢-٢) التذكرة ٢:٢٥. و انما ذكره بناء على اشتراط القبض، و هو لا يقول به.

و لو رهن ما هو غائب، لم يصير رهنا، حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن و يقبضه. (١) و لو أقرّ الراهن بالإقباض، قضى عليه إذا لم يعلم كذبه. (٢) و لو رجع لم يقبل رجوعه، و تسمع دعواه لو ادّعى الموطاه على الإشهاد، و يتوجّه اليمين على المرتهن على الأشبه. (٣) غيره. و حيث يفتقر الغاصب إلى تجديد الإذن في القبض فالضمان باق عليه إلى أن يتحقّق ما يزيله. و سيأتى الكلام إن شاء الله في باب حكم الضمان (١).

قوله: «و لو رهن ما هو غائب- إلى قوله- و يقبضه».

المراد أنّه لا يصير رهنا لازما بدون ذلك، و إلاّ فقد تقدّم (٢) أنّ أصل الرهن يتحقّق بدون القبض، بناء على اشتراطه، غاية كونه عقدا جائزا.

و اعتبار حضور المرتهن عنده أو من يقوم مقامه ظاهر إن كان الرهن منقولاً لأنّ المعبر في قبضه نقله، أو اعتباره بالكيل أو الوزن إن كان مما يدخله ذلك، و أمّا لو كان غير منقول فإنّه يكفي فيه التخليه. ثمّ إن لم يطلق عليه اسم القبض بها، كما لو كان غائبا، فلا بدّ من وصول المرتهن أو وكيله إلى موضع الرهن، ليتصوّر قبضه عادة، لأنّ المعبر في القبض كونه تحت يده، و مع البعد عادة يمتنع ذلك. و الحاصل:

أنّ القبض هنا كالقبض في البيع، فجميع ما تقدّم فيه آت هنا. و لو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث.

قوله: «و لو أقرّ الراهن بالإقباض قضى عليه إذا لم يعلم كذبه».

كما لو قال: رهنته اليوم دارى التى بالحجاز- و هما بالشام- و أقبضته إياها، فإنّه لا يلتفت إليه، لأنّه محال عادة، بناء على ما سلف من اعتبار وصول المرتهن أو من يقوم مقامه إلى الرهن و يقبضه.

قوله: «و لو رجع لم يقبل رجوعه- إلى قوله- على الأشبه».

أى لو رجع الراهن عن إقراره بالإقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه، و حكم

ص: ١٧

١-١) فى ص: ٥٦-٥٨.

٢-٢) راجع ص ١١-١٢.

و لا يجوز تسليم المشاع إلا برضا شريكه، سواء كان ممّا ينقل أو لا ينقل، على الأشبه. (١) عليه به، و لا تسمع دعواه بحيث يتوجه له على المرتهن اليمين. نعم، لو ادّعى الغلط في إقراره، و أظهر تأويلا- ممكنا- بأن قال: إنّي أقبضته بالقول و ظننت الاكتفاء به، حيث يمكن في حقّه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى كتاب كتبه إليّ و كيلى فظهر مزورا، و نحو ذلك- سمعت دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقيّ، أو على نفى ما يدّعيه الراهن، لأنّ الأصل صحّحه الإقرار و مطابقته للواقع.

و استقرب في التذكرة (١) توجه اليمين له على المرتهن و إن لم يظهر تأويلا، محتجّا بأنّ الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقّق ما فيها، فلا حاجة إلى تلفّظه به.

و أمّا دعوى المواطاه في الإشهاد إقامه لرسم الوثيقة- أى لأجل كتابتها و الشهادة عليها، حذرا من تعدّد ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقّق القبض- فالأقوى أنّها مسموعه، بمعنى توجه اليمين بها أيضا على المرتهن بما تقدّم، لجريان العاده بوقوع مثل ذلك. و يحتمل عدم السماع، لأنّه مكذّب لإقراره الأول.

و لا يخفى أنّ سماع دعواه إنّما يتم لو شهد الشاهدان على إقراره، أمّا لو شهدا على نفس الإقباض و فعله لم تسمع دعواه، و لم يثبت على المرتهن اليمين. و كذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار لم يلتفت إليه، لأنّه تكذيب للشهود.

قوله: «و لا يجوز تسليم المشاع- إلى قوله- على الأشبه».

هذا يتمّ في المنقول، لاستلزامه التصرّف في مال الغير، فلا- يصحّ إلا- بإذنه، أمّا ما يكفي فيه مجرد التخليه ففي اشتراط إذنه نظر، أقربه العدم، لأنّ الغرض مجرد رفع يد الراهن و تمكين المرتهن من قبضه، و هو لا يستدعى تصرّفا في ملك الغير، و حينئذ فالقول بعدم التسويه أجود. و قد تقدّم (٢) في البيع أيضا.

ثمّ على تقدير عدم الجواز في صورتين لو قبضه بدون إذن الشريك و فعل

ص: ١٨

١- (١) التذكرة ٢: ٤٣.

٢- (٢) راجع الجزء الثالث: ٢٤٠.

محرمًا هل يتم القبض؟ قيل: لا، للنهي (١)، كما لو قبضه بدون إذن الراهن. و هو اختيار الشهيد (٢) رحمه الله. و الأقوى تحقّقه، لأنّ النهي إنّما هو لحقّ الشريك فقط، للإذن في قبض حقّ الراهن، و كونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع، لاختلاف الجبهه. و اختاره العلامة (٣) و جماعه (٤).

و لو اتّفقا على جعل الشريك و كيلا في القبض جاز، فيعتبر سماع الشريك إذن الراهن في قبضه للرهن و إذن المرتهن فيه، و إن لم يأذن الراهن للمرتهن في توكيل الشريك.

ص: ١٩

١- (١) الوسائل ١٧٨:١٣-١٧٩ ب «٥» من أبواب كتاب الشركه ح ١.

٢- (٢) الدروس: ٣٩٦.

٣- (٣) التذكرة ١٧:٢.

٤- (٤) المختصر النافع ١٣٧:١، إيضاح الفوائد ٢٩:٢، جامع المقاصد ١٠٧:٥.

الثانى فى شرائط الرهن و من شرطه أن يكون عينا مملوكا(١)، يمكن قبضه، و يصح بيعه، سواء كان مشاعا أو منفردا. فلو رهن دينا لم ينعقد. (٢) قوله: «و من شرطه أن يكون عينا مملوكا. إلخ».

هذه شرائط للرهن فى الجملة، لكنّها ليست على وتيره واحده، فإن المملوكيه شرط وقوعه لازما مع باقى الشرائط، و إلاّ فرهن ما لا يملك صحيح كما سيأتى، و لكنّه موقوف على إجازة المالك، و أمّا باقى الشرائط فهى شرط للصحة عنده.

قوله: «فلو رهن دينا لم ينعقد».

بناء على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض، و الدّين لا يمكن قبضه، لأنّه أمر كلّى لا وجود له فى الخارج، مع احتمال جواز رهنه على هذا القول، كهبه ما فى الذم، و يجتزأ بقبض ما يعيّنه المديون. و لو لم نشترط القبض فالمتّجه جواز رهن الدّين، لوجود المقتضى -فإنّه مال مملوك، إلى آخر ما يثبت اعتباره- و انتفاء المانع.

و قد صرّح العلامة فى التذكرة ببناء المنع فيه على اشتراط القبض، فقال: «لا يصح رهن الدّين إن شرطنا فى الرهن القبض، لأنّه لا يمكن قبضه، لعدم تعيّنه حاله الرهن» (١). لكنّه فى القواعد [١] جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض و عدم جواز رهن

ص: ٢٠



و كذا لو رهن منفعه كسكنى الدار و خدمه العبد(١).

و فى رهن المدبر تردّد، و الوجه أن رهن رقبتة إبطال لتديبره.(٢) الدّين، فتعجّب منه شيخنا الشهيد-رحمه الله-فى الدروس (١).و تعجّب فى موضعه، خصوصا و قد صرّح بأنّ المنع من رهنه مبنى على اشتراط القبض.

و اعتذر له المحقّق الشيخ على (٢) بأنّ عدم اشتراط القبض لا ينافى اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله، نظرا إلى أنّ مقصوده لا يحصل إلاّ بكونه ممّا يقبض، كما أرشدت إليه الآية الكريمة (٣)، فأحدهما غير الآخر.

و فيه:- مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض-منع اعتبار كون الرهن ممّا يقبض مثله معجلا، إذ لا دليل عليه. و الآية قد تقدّم عدم دلالتها على اعتبار القبض، بل الإرشاد إليه. و المعتذر-رحمه الله-قد بالغ فى تحقيق دلالتها على ذلك، و منع دلالتها على اعتبار القبض فى محلّ (٤) البحث عنه. و لو سلّم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له فى فرد من أفراد ماله. فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجّه. و لو فرض كونه محتملا لما ذكر لا يدفع التعجّب عند ضعف المأخذ.

قوله: «و كذا لو رهن منفعه كسكنى الدار و خدمه العبد».

و ذلك لأنّ المطلوب بالرهن-و هو التوثق على المال-لا يحصل بها، لأنّها تستوفى شيئا فشيئا، و كلّما حصل منها شىء عدم ما قبله. و المطلوب من الرهن أنه متى تعذّر استيفاء الدين أستوفى من الرهن. و الأمر على مختار المصنف من اشتراط القبض واضح، لأنّ المنافع لا يصحّ إقباضها إلاّ بإتلافها. و مع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق.

قوله: «و فى رهن المدبر تردّد، و الوجه أنّ رهن رقبتة إبطال لتديبره».

منشأ التردّد: من أنّ التديبر من الصيغ الجائزه التى يصحّ الرجوع فيها

ص: ٢١

١- (١) الدروس: ٣٩٧.

٢- (٢) جامع المقاصد ٥: ٤٩. و فى النسخه خطأ مطبعى إذ ورد فيها «و الحكم بصحّته لا ينافى اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله» و الصحيح مما يقبض مثله.

٣- (٣) البقره ٢٨٣.

٤- (٤) جامع المقاصد ٥: ٩٤.

أمّا لو صرّح برهن خدمته مع بقاء التدبير، قيل: يصحّ، التفاتا إلى الرواية المتضمّنه لجواز بيع خدمته، وقيل: لا، لتعدّر بيع المنفعه منفرده، وهو أشبه (١) و لو رهن ما لا يملك لم يمض، و وقف على إجازة المالك. و كذا لو رهن ما يملك و ما لا يملك، مضى في ملكه، و وقف في حصّه الشريك على إجازته. و لو رهن المسلم خمرا لم يصحّ، و لو كان عند ذمّي.

كالوصيّة، فإذا تعقّب الرهن أبطله، كما لو تعقّب غيره من العقود كالبيع و الهبة، لكون ذلك رجوعا عنه، لأنّ الغرض من العقود المملّكة ملك من انتقل إليه و لا يتمّ إلا بالرجوع، و من الرهن استيفاء الدّين من قيمته فهو مناف للتدبير. و هو قول الأكثر.

و من أنّ الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن و يجوز فكّه، فلا يتحقّق التنافي بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، بل بالتصرّف فيه. و هو قول الشيخ (١) محتجّا عليه بعدم الدليل على بطلان كلّ واحد منهما. و حينئذ فيكون التدبير مراعى بفكّه فيستقرّ، أو يأخذه في الدّين فيبطل. و استحسّنه في الدروس (٢).

و ربّما بنى القولان على أنّ التدبير هل هو عتق بصفه، أو وصيّة بالعتق؟ فعلى الأول لا يبطل، لأنّ العتق لازم، و على الثاني يبطل.

و هذا البناء ضعيف عندنا، لإجماعنا على جواز الرجوع في التدبير، فيكون وصيّة. و إنّما بنى هذا البناء أصحاب الشافعي (٣). و من قال منهم بأنّه عتق بصفه قطع بعدم جواز الرجوع فيه، و من قال منهم إنّّه وصيّة اختلفوا، فبعضهم جعله رجوعا لما ذكرناه، و بعضهم منعه أيضا.

قوله: «أمّا لو صرّح برهن خدمته مع بقاء التدبير- إلى قوله- و هو أشبه».

هذه المسألة من جزئيات رهن المنافع، و قد تقدّم (٤) عدم جواز رهنها. و إنّما

ص: ٢٢

١- ١) المبسوط ٢: ٢١٣.

٢- ٢) الدروس: ٣٩٨.

٣- ٣) المهذب راجع المجموع ١: ٢٠١.

٤- ٤) في ص ٢١.

و لو رهنها الذمى عند المسلم لم يصح أيضا، و لو وضعها على يد ذمى، على الأئمة (١) و لو رهن أرض الخراج لم يصح (٢)، لأنها لم تتعين لواحد. نعم، يصح رهن ما بها من أبنية و آلات و شجر.

و لو رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير فى الهواء، و السمك فى الماء، لم يصح (٣) رهنه.

خصّ منافع المدبر بالذکر لما روى (١) من جواز بيع خدمته فيصح رهنها، لأن ما جاز بيعه جاز رهنه. و الأقوى عدم الجواز.

قوله: «و لو رهنها الذمى عند المسلم لم يصح أيضا، و لو وضعها على يد ذمى على الأئمة».

جوز الشيخ فى الخلاف (٢) رهن الذمى الخمر للمسلم إذا وضعها عند ذمى، لأن الحق فى وفاء الدين للذمى، فيصح الرهن كما لو باعها و وفاه ثمنها، لأن الرهن لا يملك للمرتهن، و إنما يصير محبوسا عن تصرف الراهن. و الأصح عدم الجواز، لأن يد الذمى الودعى كيد المسلم، و له تسلط على الرهن بالبيع و الاستيفاء على وجهه، و هو هنا ممتنع.

قوله: «و لو رهن أرض الخراج لم يصح إلخ».

أرض الخراج هى المفتوحة عنوه، و التى صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين، و ضرب عليهم الخراج، و قد تقدم (٣) حكمها مرارا. و الأصح جواز رهنها تبعا لآثار المتصرف من بناء و شجر و نحوهما، لا منفردة.

قوله: «و لو رهن ما لا يصح إقباضه كالطير فى الهواء و السمك فى الماء لم يصح».

هذا على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض واضح، و مع ذلك ينبغى تقييد

ص: ٢٣

١- ١) التهذيب ٨: ٢٦٠ ح ٩٤٥، الاستبصار ٤: ٢٩ ح ١٠٠، الوسائل ١٦: ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ٤.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٢٤٨ مسأله ٥٢ كتاب الرهن.

٣- ٣) كما فى ج ٣: ٥٦ و ١٦٨.

و كذا لو كان مما يصح إقباضه و لم يسلمه. (١) و كذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا و قيل: يصح و يوضع على يد مسلم، و هو أولى. (٢) و لو رهن وقفا لم يصح. (٣) الطير بما لا - يوثق بعوده عادة، و السمك بكونه في ماء غير محصور بحيث يتعدّر قبضه عادة، و إلا صحّ. و قد تقدّم في البيع نظيره. و لو لم يشترط القبض أمكن القول بالصّحّ مطلقا، لعدم المانع. و تخيل تعدّر استيفاء الحقّ من ثمنه - لعدم صحّحه بعه - يندفع بإمكان الصّحّ عليه. و كليّته «ما صحّ بعه صحّ رهنه» ليست منعكسه كليّا، عكسا لغويا. و قد تقدّم مثله في الدّين.

قوله: «و كذا لو رهن ما يصحّ إقباضه و لم يسلمه».

هذا إنّما يتمّ لو كان القبض شرطا للصّحّ، و قد تقدّم (١) أنّه شرط اللزوم خاصّه. و قد صرّح به في التذكرة (٢). و يمكن أن يكون المصنف تجوّز هنا في إطلاق عدم الصّحّ على عدم اللزوم أو التمام.

قوله: «و كذا لو رهن عند الكافر - إلى قوله - و هو أولى».

وجه المنع: أنّ ارتهانه له يقتضى الاستيلاء عليه على بعض الوجوه ببيع و نحوه، و إن كان في يد غيره، و هو سبيل عليه منفي بالآيه (٣). و ما اختاره المصنف حسن، لمنع تحقّق السبيل بذلك، لأنّه إذا لم يكن تحت يده لم يستحقّ الاستيفاء من قيمته إلاّ ببيع المالك أو من يأمره بذلك. و مع التعدّر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع و يوفيه. و مثل هذا لا يعدّ سبيلا، لأنّ مثله يتحقّق و إن لم يكن هناك رهن.

قوله: «و لو رهن وقفا لم يصحّ».

لعدم إمكان استيفاء الدّين منه، إذ لا يجوز بيعه. و على تقدير جوازه على .

ص: ٢٤

١-١) في ص ١١.

٢-٢) التذكرة ٢: ٢٤.

٣-٣) النساء: ١٤١.

و يصحّ الرهن في زمان الخيار، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه (١) و يصحّ رهن العبد المرتدّ و لو كان عن فطره (٢)، و الجاني خطأ، و في العمدة تردّد. و الأشبه الجواز (٣) بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا، فلا يتّجه الاستيفاء منه مطلقا.

نعم، لو قيل بعدم وجوب إقامه بدله أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه.

قوله: «و يصحّ الرهن في زمن الخيار-إلى قوله-على الأشبه».

مقتضى التعليل أنّ الراهن هو المشتري، بناء على انتقال الملك إليه و إن كان ثمّ خيار، خلافا للشيخ (١)-رحمه الله-حيث حكم بعدم انتقال الملك إليه لو كان الخيار للبائع أو لهما. و يشكل حينئذ جواز رهن المشتري في صورتين و إن قلنا بملكه، لما فيه من التعرّض لإبطال حقّ البائع. و مثله بيعه و ما أشبهه من الأمور الناقلة للملك. و تحرير المسألة يحتاج إلى التطويل.

نعم، لو كان الخيار له خاصّه فلا إشكال، و يكون الرهن مبطلا للخيار. و كذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما، و يكون فسخا للبيع.

قوله: «و يصحّ رهن العبد المرتدّ و لو كان عن فطره».

الصحة في غير الفطريّ و في الأثني واضحة، لقبول توبته، فمالئته باقيه فيه، أما الفطريّ فيشكل فيه الصحة، لأنّه لا تقبل توبته، و يجب إتلافه شرعا، فتنتفى غايه الرهن، و هي التوثق. و وجه الجواز: جواز بيعه و بقاء مالئته حاله الرهن.

و تعرّضه للإتلاف لا يصلح للمنع، كرهن المريض المدنف. و هو أجود.

قوله: «و الجاني خطأ، و في العمدة تردّد. و الأشبه الجواز».

منشأ التردّد في العمدة من استحقاقه القتل، فهو في حكم التالف، كما مرّ، و من بقاء المالئته بالفعل، و لجواز العفو. و الأقوى الجواز، كما يصحّ بيعه، و قد تقدّم. ثمّ إن قتله بطل الرهن، و إن فداه مولاه أو عفى الوليّ بقى رهنا.

ص: ٢٥

و لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه جاز، وإلا بطل، وقيل: يصحّ و يجبر مالكة على بيعه. (١) و أما في الخطأ فالمالئيه باقيه من حيث عدم جواز القتل، لكن معرّضه للزوال، باسترقاق المجنى عليه له أو بقدر الجنايه منه، لو لم يفده المولى، لأنّ حقّه مقدّم على المرتهن، فإن استرقّه أو بعضه بطل الرهن في ذلك أيضا.

و يفهم من العبارة أنّ جواز رهن الجاني خطأ لا خلاف فيه، مع أنّ الشيخ (١) منع من رهنه أيضا، محتجا بتعلّق الأرش برقبته. و في كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان، تقدّم مثلهما في البيع (٢).

قوله: «و لو رهن ما يسرع إليه الفساد-إلى قوله-على بيعه».

القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ (٣)-رحمه الله-لعدم جواز بيعه بدون إذنه، و فوات المالئيه بدونه، فهو في قوّه التالف.

و شمل قوله: «و إلا بطل» ما لو شرط عدم البيع، و ما لو أطلق. و وجه البطلان في الأول واضح، لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، فيبطل. و أما مع الإطلاق فيبعد البطلان، لأنّه حين الرهن مال مملوك يمكن بيعه، فلا مانع من رهنه، فاذا خيف فساده باعه المالك و جعل ثمنه رهنا، فإن امتنع أجبره الحاكم، جمعا بين الحقيين. و يحتمل في صورته شرط عدم البيع ذلك أيضا، بتقريب ما تقدّم. و شرط عدم البيع لا يمنع صحّه الرهن، لأنّ الشارع يحكم عليه به بعد ذلك، صيانته للمال.

و احترز المصنف بقوله: «قبل الأجل» عمّا لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله، بحيث يمكن بيعه قبله، فإنّه لا يمنع. و كذا لو كان الدين حالا، لإمكان حصول المقصود منه.

و لو ترك المرتهن السعى في بيع ما يفسد-حيث صحّ رهنه-بمراجعة المالك أو

ص: ٢٤

١-١ (١) المبسوط ٢١٣:٢.

٢-٢ (٢) في ج ١٧١:٣.

٣-٣ (٣) المبسوط ٢١٦:٢.

الحاكم حيث يمكن، ضمن. و لو تعذّر الحاكم، فان نهاه المالك عن البيع لم يضمن، و إلاّ احتمل الضمان، لجواز بيعه بنفسه حينئذ. و لا- يخفى أنّ المراد بما يسرع إليه الفساد- في المسأله المفروضه- ما لا يمكن إصلاحه بتجفيفه، كالعنب و الرطب، و إلاّ صحّ رهنه قولاً واحداً، و وجب على الراهن تجفيفه و إصلاحه، لأنّ ذلك من مثونه حفظه، كنفقه الحيوان المرهون.

الثالث فى الحقّ و هو كلّ دين ثابت فى الذمّه (١)، كالقرض، و ثمن المبيع. و لا يصحّ فيما لم يحصل سبب وجوبه كالرهن على ما يستدينه، و على ثمن ما يشتريه.

قوله: «و هو كلّ دين ثابت فى الذمّه».

المراد بالثابت فى الذمّه المستحقّ فيها، و إن لم يكن ثبوته مستقرّاً، كالثمن فى مدّه الخيار. و احترز بالدين عن العين، فلا يصحّ الرهن عليها، سواء كانت أمانه فى يده، كالوديعة و العاربه غير المضمونه، أم كانت مضمونه، كالمغصوبه و المقبوضه بالسّوم و المستعاره مع الضمان. و عدم جواز الرهن على الأموال موضع وفاق، و إن احتمل طرؤ الضمان بالتعدّى. و أمّا الثانى فقد أطلق المصنّف و جماعه المنع، و إن احتمل طرؤ الضمان بالتعدّى. و أمّا الثانى فقد أطلق المصنّف و جماعه المنع، استناداً إلى أنّ مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن، و فى الأعيان يمتنع ذلك، لامتناع استيفاء العين الموجوده من شىء آخر.

و يضعف بأنّ الأمر ليس منحصرًا فى الاستيفاء عند وجود العين، بل يمكن التوثق بالرهن بأخذ عوضها عند تلفها. و لا يرد مثله فى الأعيان التى ليست مضمونه، حيث يحتمل تجدد سبب الضمان، لعدم كونها عند الرهن مضمونه، فإنّ الرهن إنّما يصحّ عند وجود سبب الضمان، إمّا بدين، أو ما فى حكمه كالعين المضمونه، بخلاف ما يمكن تجدد سببه، فإنّه كما سيتجدد من الدين. و إطلاق الأدلّه الدالّه على جواز الرهن على الحقوق يتناول محلّ النزاع. نعم، الآية الشريفه (١) المتبّهه على الرهن

ص: ٢٨



و لا على ما حصل سبب وجوبه و لم يثبت، كالدَّيه قبل استقرار الجنايه (١). و يجوز على قسط كلِّ حول بعد حلوله.

متعلِّقها الدَّين، إلاَّ أنَّها لا تمنع من غيره إلاَّ من باب المفهوم الضعيف. و هذا قوَّى.

و هل يلحق بالأعيان المضمونه رهن المبيع و ثمنه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما و نحوه، و نقصان قدرهما كيلا. أو وزنا؟ قيل: نعم، اختاره الشهيد (١) - رحمه الله - و جماعه (٢)، لتحقِّق الفائدة و هى التوثُّق و الارتفاق، و قيل: لا، لعدم وجود المقتضى الآن، و ما يتجدَّد يكون كما يتجدَّد فى الأمانات السابقه، مع الإجماع على عدم جواز الرهن عليها.

و يمكن الفرق بأنَّ ما يتجدَّد من الأسباب الموجه للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد، كما هو واضح فى نقصان المقدار و استحقاق العين، فيكون عند الرهن مضمونا فى نفس الأمر على تقدير الحاجه إليه، بخلاف الأمانات فإنَّ سبب الضمان متجدَّد ظاهرا و فى نفس الأمر، فلا يتحقَّق المقتضى حين العقد.

و حيث جَوَزنا الرهن على الأعيان المضمونه فمعناه الاستيفاء منه إذا تلفت أو نقصت أو تعدَّر الردُّ، و إلاَّ فلا. و قد تقدَّمت الإشارة إليه.

قوله: «كالدَّيه قبل استقرار الجنايه».

أى قبل انتهائها إلى الحدِّ الذى يوجب الدَّيه، و إن علم أنَّها تأتى على النفس، لعدم ثبوت ذلك حين الرهن. و ما حصل بالجنايه فى معرض الزوال بالانتقال إلى غيره، بل هو فى الحقيقه ليس بثابت حينئذ، لأنَّ الشَّارع لم يرتب لها حكما إلى أن يستقرَّ.

ثمَّ إن كانت حاله أو لازمه للجاني كشيبه العمد، جاز الرهن عليها حاله و مؤجله. و إن كانت مؤجله على العاقله كالخطأ، لم يصحَّ الرهن عليها إلى أن تحلَّ، لأنَّ المستحقَّ عليه هنا غير مضبوط، لأنَّ المعترَّ ثمَّ بمن وجد منها عند الحلول جامعا

ص: ٢٩

١- (١) الدروس: ٤٠٢.

٢- (٢) كالقاضى ابن البراج فى المهذب ٢: ٤٥، و العلَّامه فى التحرير: ٢٠٥، و المحقِّق الكركى فى جامع المقاصد ٨٩: ٥.

و كذا يجعله قبل الردّ (١)، و يجوز بعده.

و كذا مال الكتابه. و لو قيل بالجواز فيه كان أشبه (٢). و يبطل الرهن عند فسخ الكتابه المشروطه.

للشرايط، بخلاف الدين المؤجل. و منه الدية على غير العاقله، لاستقرار الحق على مستحق عليه معين.

و ربّما قيل بجواز الرهن على الجنايه التي قد استقرّ موجبها و إن لم تستقرّ هي كقطع ما يوجب الديه، فإنّ غايته الموت و لا يوجب أكثر منها، بخلاف ما دون ذلك.

و ليس ببعيد.

قوله: «و كذا يجعله قبل الردّ».

أى لا يصحّ الرهن على ما لها، لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل و إن شرع فيه، كما سيأتى فى بابہ إن شاء الله. و اختاره فى التذكرة (١) جوازه بعد الشروع و قبل الإتمام، لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن فى مدّه الخيار.

و فيه نظر، لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء الآن و إن عمل أكثره. و الفرق بينها و بين البيع فى زمن الخيار واضح، لأنّ البيع متى أبقى على حاله انقضت مدّه الخيار و ثبت له اللزوم، و الأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة، فإنّ العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحقّ بسببه شيء، و الأصل عدم الإكمال.

قوله: «و كذا مال الكتابه. و لو قيل بالجواز فيه كان أشبه».

الكتابه إن كانت مطلقه فهي لايزمه إجماعا، فيجوز الرهن على ما لها بغير خلاف. و إن كانت مشروطه فعند الشيخ - رحمه الله - (٢) و جماعه (٣) أنّها جائزه من قبل العبد، فيجوز له تعجيز نفسه، فلا يصحّ الرهن على مالها، لانتهاء فائده الرهن و هي التوثق، إذ للعبد إسقاط المال متى شاء، و لأنّه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن،

ص: ٣٠

١-١) التذكرة ٢:٢٤.

٢-٢) المبسوط ٢:١٩٧.

٣-٣) كالقاضي ابن البراج فى المهذب ٢:٤٤، و ابن إدريس فى السرائر ٢:٤١٧، و يحيى بن سعيد فى الجامع: ٢٨٧.

و لا- يصحّ على ما لا- يمكن استيفاؤه من الرهن، كالإجاره المتعلّقه بعين المؤجر مثل خدمته. و يصحّ فيما هو ثابت فى الذمه، كالعمل المطلق. (١) و لو رهن على مال رهنا، ثمّ استدان آخر، و جعل ذلك الرهن عليهما، جاز. (٢) لأنّه لو عجز صار الرهن للسيد، لأنّه من جمله مال المكاتب.

و الأقوى المشهور من لزومها مطلقا كالمطلقه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فتحقّق الفائدّه (١)، و يصحّ الرهن على ما لها. و لو قلنا بجوازها لا يمتنع الرهن، كالشمن فى مده الخيار. و على ما قرّناه بإطلاق المصنّف حكايه المنع أوّلا ثمّ حكمه بالجواز مطلقا ثانيا غير جيّد.

قوله: «و لا يصحّ على ما لا يمكن استيفاؤه- إلى قوله- كالعمل المطلق».

لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدّين منه مع تعذّر الوفاء، أو لا معه، لم يصحّ الرهن على الحقّ المتعلّق بعين مخصوصه، كما لو أجره نفسه شهرا معيّنا، أو داره كذلك، أو دابّته المعيّنه لحمل معيّن، و نحو ذلك، لأنّ تلك المنفعه لا يمكن استيفاؤها إلاّ من العين المخصوصه، حتى لو تعذّر الاستيفاء منها لموت أو خراب و نحوهما بطلت الإجاره بخلاف الإجاره المتعلّقه بالذمه، كما لو استأجره على تحصيل خياطه ثوب بنفسه أو غيره، فإنّ الواجب تحصيل المنفعه على أىّ وجه اتفق، و من أىّ عين كان، فيصحّ الرهن عليها، لإمكان استيفائها منه.

قوله: «و لو رهن على مال رهنا، ثمّ استدان آخر، و جعل ذلك الرهن عليهما جاز».

لعدم المانع منه مع وجود المقتضى، فإنّ التوثّق بشىء لشىء آخر لا ينافى التوثّق لآخر به، خصوصا مع زياده قيمته على الأول. و لا يشترط فسخ الرهن الأول ثمّ

ص: ٣١

(١-١) كذا فى النسخ. و لعلّ الصحيح إسقاط «من» من العبارة أو تكون الجملة «على الأقوى المشهور» و تحذف الفاء من «فتحقق».

تجديده لهما، بل يضمّ الثاني بعقد جديد. ويجوز العكس أيضا، بأن يرهن على المال الواحد رهنا آخر فصاعدا، وإن كانت قيمه الأول تفي بالدين الأول، لجواز عروض مانع من استيفائه منه، و لزياده الارتفاق.

الرابع فى الرهن و يشترط فيه كمال العقل، و جواز التصرف، و لا ينعقد مع الإكراه. (١) و يجوز لولئى الطفل رهن ماله (٢)، إذا افتقر إلى الاستدانه، مع مراعاة المصلحه، كأن يستهدم عقاره فيروم رمه، أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله، إذا كان استبقاؤها أعود.

قوله: «و لا ينعقد مع الإكراه».

أى لا ينعقد انعقادا تاما على حد ما يقع من المختار، لا أنه يقع باطلا، لأنه لو أجازة بعد ذلك مختارا صح، فهو كعقد الفضولى، لا كعقد غير كامل العقل، كالصبي و المجنون، حيث لا يقع و إن أجازة بعد الكمال. و من ثم فصله عنه بقوله:

«و لا- ينعقد» بعد قوله «يشترط» تنبيها على اختلاف الحكم باختلاف العبارة. و لا- يخفى أن ذلك كله فى غير الإكراه الرافع للقصد، فإن عبارته حينئذ تصير كعبارة غير الكامل. و قد سبق تحقيق ذلك كله فى البيع (١).

قوله: «و يجوز لولئى الطفل رهن ماله. إلخ».

ضابط جواز الرهن حيث تكون الاستدانه له أولى من بيع شىء من ماله بحسب نظر الولئى، و يتوقف على الرهن. و كذا يجوز ذلك حيث يجوز البيع و لم يمكن.

و حيث يجوز الرهن يجب كونه فى يد أمين يجوز إيداعه منه. و لا- فرق بين الأولياء فى ذلك. بته عليه فى التذكرة (٢). و هذا الحكم مما لا خلاف فيه عندنا، و إنما خالف فيه

ص: ٣٣

١- (١) فى ج ١٥٥: ٣.

٢- (٢) التذكرة ١٤: ٢.

الخامس في المرتهن و يشترط فيه كمال العقل، و جواز التصرف، و يجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له. (١) و لا يجوز أن يسلف ماله، إلاّ مع ظهور الغبطه له (٢)، كأن يبيع بزياده عن الثمن إلى أجل.

بعض الشافعيه، فممنع من رهن ماله مطلقا.

قوله: «و يجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له».

يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاصّ، فلا يجب، لأصالة العدم، خصوصا إذا كان الدّين في ذمّه ملىّ أو ثقّه، و لجواز إبضاع ماله و لا يتصوّر فيه الرهن. و الأولى أن يراد به معناه الأعمّ، فيشمل الوجوب، و هو المراد هنا. و به قطع في التذكره، فإنّه قال: و لو كان المشتري موسرا لم يكتف الوليّ به، بل لا بدّ من الارتهان بالثمن. قال:

و لو لم يحصل، أو حسن الظن بيساره و أمانته، أمكن البيع نسيئه بغير رهن، كما يجوز إبضاع مال الطفل. انتهى (١).

و حيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساويا للحقّ أو زائدا عليه، ليتمكن استيفاؤه منه، و كونه بيد الوليّ أو يد عدل ليتمّ التوثق، و الإشهاد عليه. و لو أخلّ ببعض هذه ضمن.

قوله: «و لا يجوز أن يسلف ماله إلاّ مع ظهور الغبطه».

و حيث يجوز يجب كون المديون ثقّه مليئا، و يرتهن على الحقّ ما يفى بقيمته.

كلّ ذلك مع الإمكان.

ص: ٣٤

و لا- يجوز له إقراض ماله إذا لا- غبطه فيه. نعم، لو خشي على المال من غرق أو حرق أو نهب و ما شاكلة، جاز إقراضه و أخذ الرهن. (١) و لو تعدّر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً. (٢) قوله: «و لا يجوز له إقراض ماله- إلى قوله- و أخذ الرهن».

المراد إقراضه من غيره، فإنّ ذلك غير جائز إلا- مع مصلحة الطفل، كخوف تلف المال، فيقرضه من الثقة المملّية، و يرهن عليه و يشهد، كما مرّ.

و أمّا إقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك، لأنّه تصرف في مال اليتيم، و هو مشروط بالمصلحة. و يحتمل جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل، و إن لم يكن له مصلحة، لإطلاق روايه أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنّه سئل عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه، فقال: «إنّ عليّ بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك» (١). و الروايه- مع تسليم سندها- مطلقه يمكن تقييدها بالمصلحة. و في التذكرة (٢) شرط في جواز اقتراضه الولايه و الملاءه و مصلحة الطفل، و احتجّ عليه بالروايه المذكوره.

و من مسوّغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه، بتسويس الحنطه و شبهها، فيقرضها من الثقة المملّية- مع الإمكان- بالرهن، ليؤمن جحوده و تعدّر الإيفاء.

قوله: «و لو تعدّر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً».

أى تعدّر الرهن. و ظاهره وجوبه حينئذ، لشرطه تعدّره في إقراضه الثقة، فيؤيّد كون الجواز بمعناه الأعمّ. و مقتضى العبارة أنّ مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقة و لا ملياً، لأنضباط الدّين بالرهن. و في التذكرة (٣) اعتبر الرهن و الملاءه و الثقة جميعاً مع الإمكان، و أسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.

و بقى فيها و فى العبارة ما لو تعدّر الثقة أيضاً، فظاهرهما عدم جواز الإقراض

ص: ٣٥

١- (١) الكافي ٥: ١٣٢ ح ٨، التهذيب ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣، الوسائل ١٢: ١٩٢ ب «٧٦» من أبواب ما يكتسب به ح ١. و فى المصادر: ولى مال يتيم.

٢- (٢) التذكرة ٨١: ٢.

٣- (٣) التذكرة ٨١: ٢- ٨٢.

و إذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدل معين، لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة، على تردّد. (١) حينئذ. ويشكل حيث يؤدّى تركه إلى تلف المال، فإنّه لا يزيد على أكل المقترض له، بل الظاهر أنّ المقترض كذلك أولى، لإمكان حصوله منه، بخلاف ما لو ترك. وعلى تقدير تحقّق عدم الوفاء و تحقّق التلف بدونه يمكن أولويّه إقراضه، لثبوته في ذمّته، فيحتمل تخلّصه أو وارثه منه، أو أخذه منه في الآخرة، بخلاف التلف من الله، إلا أن يثبت العوض عليه تعالى، فقد يحتمل ترجيحه، لأنّه أكثر.

و المراد بقول المصنف: «من الثقة غالباً» الثقة في ظاهر الحال، بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، و لا يشترط العلم بذلك، لتعذّره، فعبر عن الظاهر بالغالب، نظراً إلى أنّ الظاهر يتحقّق بكون الغالب على حاله كونه ثقة، لا أنّ المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل من أحواله، فإنّ ذلك غير كاف. و الظاهر أنّ المراد بالثقة في هذا و نظائره العدل، لأنّ ذلك هو المعبر شرعاً، مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية، فإنّها أعمّ من الشرعيّة، على ما يظهر الآن من عرف الناس.

قوله: «و إذا شرط المرتهن الوكالة في العقد- إلى قوله- على تردّد».

إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلاً في البيع، لكن يجوز اشتراط كونه وكيلاً في عقد الرهن، لأنّه من الشروط السائغة. و كذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده، و الوصيّة إليهما بذلك بعد الموت. و كذا يجوز اشتراطها لغيره و غير وارثه. فإذا شرط ذلك فهل للراهن فسخها بعده؟ قولان، أحدهما الجواز، إمّا لأنّ الوكالة من العقود الجائزه، و من شأنها تسلّط كلّ منهما على الفسخ. أو لأنّ الشروط لا يجب الوفاء بها و إن كانت في عقد لازم، بل غايتها تسلّط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه إن كان، كما مرّ. أو لأنّ لزوم الشرط إنّما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع، و الرهن ليس كذلك، فإنّ ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجّح.

و يضعف الأوّل: بأنّ جواز الوكالة بحسب أصلها لا ينافي لزومها بسبب عارض، كشرطها في عقد لازم، و هو هنا كذلك.

و الثاني: بمنع عدم وجوب الوفاء بالشروط في العقود اللازمه، و قد تقدّم، مع



و تبطل مع موته، دون الرهانه. (١) و لو مات المرتهن، لم تنتقل إلى الوارث، إلا أن يشترطه. و كذا إن كان الوكيل غيره.

و لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، حتى يعلم بعينه. (٢) أنّ الوكّال هنا ممّا العقد المشروط فيه كاف في تحقّقها، فلا يحتاج بعده إلى صيغته أخرى لها، لأنّ الغرض منها مجرّد الإذن بأيّ لفظ اتّفق. و قد تقدّم أيضا أنّ مال العقد كاف في تحقّقه كجزء من الإيجاب و القبول، فحيث يكون لازما يلزم و إن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحقّقه.

و الثالث: بأنّ عقد الرهن لمّا كان من طرف الراهن لازما كان ما يلتزمه الراهن لازما من قبله، عملا بمقتضى اللزوم، و الشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم.

و لمّا كان من طرف المرتهن جائزا كان ما يلتزمه كذلك، فيجوز له فسخ الوكّال. و هو واضح، لأنّها حقّه، فيجوز له تركه.

و أمّا فسخ العقد المشروط فيه فإنّه لا يتوجّه هنا، لأنّ فسخ المرتهن للرهن يزيد ضررا. نعم، لو كان مشروطا في بيع مثلا توجّه فسخه، إلا أنّ المقصود هنا شرطها في عقد الرهن خاصّه.

قوله: «و تبطل مع موته دون الرهانه».

أى تبطل الوكّال المشروط له أو غيره بموت المشروط له، لا لكون الوكّال من العقود الجائزه، و من شأنها أن تبطل بالموت، بل لأنّ الوكّال إذن في التصرّف، فيقتصر فيها على من أذن له، فاذا مات بطلت من هذا الوجه، كما تبطل العقود اللازمه - كالإجاره - بموت من شرط عليه العمل بنفسه.

و أمّا الرهن فلا يبطل، لأنّه وثيقه على الدّين، فما دام الدّين باقيا يبقى الرهن، و لا يقتضى إذنا بمجرّده في التصرّف، كما مرّ. فعلى هذا تنتقل الرهانه إلى الوارث لو كان الميّت المرتهن و الوكّال له، دون الوكّال، إلا مع شرطها للوارث، كما مرّ.

قوله: «و لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه».

المراد أنّ الرهن لم يعلم كونه موجودا في التركة و لا معدوما، فحينئذ يكون

كسبيل مال المرتهن، أى بحكم ماله، بمعنى أنه لا- يحكم للراهن فى التركة بشىء، عملاً بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، و أصله براءة ذمته من حقّ الراهن، إذ الرهن لم يتعلّق بذمته، لأنّه أمانه، و لا بماله، لأصله بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق أحد فيه شيئاً. هذا بحسب الظاهر، و إن كان فى نفس الأمر يمكن كونه من جمله التركة.

و قوله: «حتى يعلم بعينه» المراد به أنّ الحكم المذكور ثابت إلى أن يعلم وجود الرهن فى التركة يقيناً، سواء علم معيّناً، أو مشتبهاً فى جمله التركة، و إن كان ظاهر العبارة يؤذن بخلاف ذلك، و أنّ الرهن إذا لم يعلم فى التركة متعيّناً متميّزاً فهو كسبيل ماله. و ليس بمراد قطعاً، إذ لا- فرق فى ثبوت حقّ الراهن و غيره بين العلم بكون ماله متعيّناً فى مال آخر، أو متيقّناً و إن كان مجهول العين. و طريق التخلّص حينئذ الصلح.

و اعلم أنّ المصنّف و غيره ذكروا هذه المسألة (١) هنا جازمين بحكمهما على الوجه المذكور بعبارة متقاربه أو متّحده، و ذكروا نظيرها فى باب الوديعة و باب القراض (٢)، و استشكلوا حكمها. و الأمر فيه كذلك، فإنّ أصله براءة ذمّة المرتهن معارضه بأصله بقاء المال، و الحال أنّه فى يد المرتهن، و قد قال-صلى الله عليه و آله-: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣)، فإذا مات و لم يعلم بعينه فأصله بقاءه و ثبوت يده يقتضى كونه فى يده، فإذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاءه، و إن لم يتحقّق كونه من جمله التركة، لاحتمال كونه فى محلّ آخر، إلّا- أنّ على المرتهن التخلّص منه، و حيث لم يتعيّن يكون مضموناً، خصوصاً إذا أمكنه الوصاية و الإشهاد فلم يفعل.

و على هذا فيحتمل كون حقّ الراهن كالمال الموجود، فيقدّم بقدره على غيره من الديّان، لأنّه بمنزلة الشريك، حيث حكم ببقاء ماله. و يحتمل كونه بمنزلة الديّان،

ص: ٣٨

١-١) راجع القواعد ٢٥١، ١٩١، ١٦٤: ١.

٢-٢) راجع القواعد ٢٥١، ١٩١، ١٦٤: ١.

٣-٣) عوالى اللثالى ٢٢٤: ١ ح ١٠٦، المستدرک ١٤: ٨ ذيل ح ١٢، سنن الترمذى ٥٦٦: ٣ ح ١٢٦٦، سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ ح ٢٤٠٠.

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن.(١)و المرتهن أحقّ باستيفاء دينه من غيره من الغرماء،سواء كان الراهن حيّا أو ميّتا على الأشهر(٢).و لو أعوز ضرب مع الغرماء بالفاضل.

لعدم العلم ببقاء عين المال،و أصاله بقاءه بحسب الظاهر،فيكون بمنزله الدّين (١).

و يمكن أن يقال على أصل هذا الاشكال:لا- تعارض بين الأصلين السابقين، فإنّ أصاله بقاء المال يمكن أن يجمع أصاله البراءة،لأنّ المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو أمانه،ثمّ يمكن تلفه بغير تفريط،فلا يكون مضمونا.و حديث«على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»لا بدّ من تخصيصه بالأمانات،و لم يعلم هنا ما يزيل الأمانه، فيبقى أصاله براءة الذّمه رافعه لاستحقاق الراهن عن المال و الذّمه،لعدم التعارض، فيتمّ ما أطلقوه حيث يشتهه الحال.و هذا البحث جار في كلّ أمانه يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط.

قوله«و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن».

موضوع الشبهه الموجه لذكر المسأله ما لو كان وكّيلا في البيع،فإنّه حينئذ يجوز له أن يبيعه من نفسه،و يتولّى طرفى العقد،لأنّ الغرض و هو البيع بثمان المثل حاصل،و خصوصيّة المشتري ملغاه،حيث لم يتعرّض لها.و ربّما قيل بالمنع،لأن ظاهر الوكّاله لا يتناولوه.و الأقوى الجواز كما في كلّ و كاله.و كذا يجوز له أن يبيع على ولده بطريق أولى.و منع ابن الجنيّد من بيعه على نفسه و ولده و شريكه و من يجرى مجراهما (٢)،لتطرّق التهمه.

قوله:«و المرتهن أحقّ باستيفاء دينه-إلى قوله-على الأشهر».

يتحقّق التعارض فى الحيّ إذا كان مفلسا محجورا عليه،إذ بدونه يتخيّر فى الوفاء.و الخلاف فى تقديم المرتهن على غرماء الميّت،فقد روى (٣)أنّه حينئذ و غيره سواء.و الأقوى تقديمه مطلقا،لسبق تعلق حقّه بالعين.

ص:٣٩

١- ١) فى «٥»:الديان.

٢- ٢) نقله عنه العلامه فى المختلف:٤٢٢.

٣- ٣) الوسائل ١٣٩:١٣«ب»١٩ من أبواب الرهن ح ١،٢.

و الرهن أمانه فى يده لا يضمّنه لو تلف، و لا يسقط به شىء من حقّه ما لم يتلف بتفريطه. (١) و لو تصرف فيه بركوب أو سكنى أو إجاره ضمن و لزمته الأجره. (٢) و إن كان للرهن مئونه كالدائبه أنفق عليها و تقاصيا، و قيل: إذا أنفق عليها كان له ركوبها، أو يرجع على الراهن بما أنفق، (٣) قوله: «و الرهن أمانه-إلى قوله-بتفريطه».

هذا هو المشهور، بل ادعى عليه الشيخ الإجماع (١). و قد روى أنه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيمته و بين الدّين. (٢) و هو متروك. و عليه نبّه المصنّف بقوله:

«و لا يسقط من حقّه شىء» و إلاّ فلو لا الروايه لم يصح إطلاق سقوط شىء من حقّه و إن حكم بضمان الرهن، لأنّ الدّين قد لا يكون من جنس ما يضمّن به التالف، فلا يسقط من الحقّ شىء، و إن كان التالف مضمونا، لاختلاف الحقيين.

قوله: «و لو تصرف فيه-إلى قوله-و لزمه الأجره».

ضمان الأجره فى الأولين واضح، لأنّه انتفاع بمال الغير بغير إذنه، فيضمن أجرته. و أمّا ضمان الأجره بالإجاره فإنّما يتمّ مع مضى مدّه تقابلها أجره عادة، لا بمجرد عقد الإجاره، كما يقتضيه ظاهر العبارة، و إن كان ذلك يعدّ تعديا، إلاّ أنّ الأجره لا ترتب عليه إلاّ بمضى مدّه يحتملها، كما لا يخفى.

ثمّ على تقدير ضمان الأجره فى الثلاثه تختلف كيفيّة الضمان، فإنّ المضمون فى الأولين أجره المثل، و أمّا الثالث فاذا مضت مدّه الإجاره، أو ما يقابل بأجره، فإنّ الراهن يتخير بين فسخ الإجاره و الرجوع بأجره المثل، و بين الإجاره، فيرجع بالمسمى.

قوله: «و إن كان للرهن مئونه-إلى قوله-أو يرجع على الراهن بما أنفق».

القول

ص: ٤٠

١- (١) الخلاف ٣: ٢٥٦ مسألة ٦٦ كتاب الرهن.

٢- (٢) انظر الوسائل ١٣: ١٢٥ ب «٥» من أبواب أحكام الرهن.

و يجوز للمرتهن أن يستوفى دينه ممّا فى يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه.(١)أما لو اعترف بالرهن و ادّعى ديننا،لم يحكم له،و كلف البيّنه،و له إحلاف الوارث إن ادّعى عليه العلم.

للشيخ (١)-رحمه الله-استنادا إلى روايه أبى ولّاد (٢).و المشهور أنّه ليس للمرتهن التصرّف فى الرهن مطلقا إلاّ بإذن الراهن،فإن تصرّف لزمته الأجره فيما له أجره،و المثل أو القيمه فيما يضمن كذلك،كاللبن.و أمّا النفقه فإن أمره الراهن بها رجع بما غرم،و إلاّ استأذنه،فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم،فإن تعذّر أنفق هو بنيه الرجوع،و أشهد عليه،ليثبت له استحقاقه،فإن تصرّف مع ذلك فى شىء ممّا ذكر سابقا ضمنه مع الإثم،و تقاصّا،و رجع ذو الفضل بفضله.و هذا هو الأقوى.و الروايه محموله على الاذن فى التصرّف و الإنفاق مع تساوى الحقيّن.

و ربّما قيل بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذّر استيذانه و استيذان الحاكم.و استحسّنه فى الدروس (٣).و فى الروايه دلالة عليه.

قوله:«و يجوز للمرتهن أن يستوفى دينه ممّا فى يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه».

المراد أنّه لم يكن وكيلا- فى البيع،إمّا لعدمها ابتداء،و إمّا لبطلانها بموت الراهن كما مرّ،فإنّه حينئذ يجوز له أن يبيع بنفسه و يستوفى إن خاف جحود الوارث للدين.و المراد الخوف المستند إلى القرائن المثمره للظنّ الغالب.و كذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضا،و لم يكن وكيلا.كلّ ذلك مع عدم البيّنه المقبوله عند الحاكم،و إلاّ لم يجر،بل يثبت عنده الدين و الرهن و يستأذنه فى البيع.و ربّما ألحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين،فيجوز الاستبداد بالبيع دفعا له.و ليس بمعتمد.

ص: ٤١

١-١) النهايه: ٤٣٥

٢-٢) الكافى ٥: ٢٣٦ ح ١٦،الفقيه ٣: ١٩٦ ح ٨٨٩،التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٨،الوسائل ١٣٤ ب «١٢» من أبواب أحكام الرهن ح ١.

٣-٣) الدروس: ٣٩٩.

و لو وطئ المرتهن الأمه مكرها كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر، و قيل: عليه مهر أمثالها. (١) و لو طأوعته لم يكن عليه شيء. (٢) و إذا وضعاه على يد عدل فللعدل ردّه عليهما، أو تسليمه إلى من يرتضيانه.

قوله: «و لو وطئ المرتهن الأمه مكرها- إلى قوله- مهر أمثالها».

المراد العشر إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا. و قيل: مهر أمثالها مطلقا، لأنّه عوض الوطاء شرعا. و ربّما قيل بتخيّر المالك بين الأمرين. و رجّحه الشهيد- رحمه الله- في بعض حواشيه. و هل يجب مع ذلك أرش البكاره فلا- يدخل في المهر؟ يحتمله، لأنّه عوض جزء فائت، و المهر- على أيّ وجه كان- عوض الوطاء.

فإن قيل: إذا وجب أرش البكاره صارت ثيبا، فيجب عليه مهر الثيب خاصّه.

قلنا: إذا وطئها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال، و فوّت جزءا منها، فيجب عوض كلّ منهما و لا يتداخلان، و لأنّ أحدهما عوض جزء، و الآخر عوض منفعه.

و ربّما قيل بدخوله في العشر و عدم دخوله في مهر المثل. و أكثر عبارات الأصحاب هنا مطلقه.

قوله: «و لو طأوعته لم يكن عليه شيء».

هذا هو المشهور، و مستنده قوله- صلّى الله عليه و آله-: «لا مهر لبغى» [١] و هو نكره في سياق النفي، فيعمّ و فيه: منع دلالتة على موضع النزاع، لأنّ الأمه لا تستحقّ المهر و لا تملكه، فلا ينافى استحقاق سيّدها له، مع كون التصرف وقع في ملكه بغير إذنه. و أيضا فالمهر شرعا يطلق على عوض بضع الحرّه، حتى سمّيت بسببه مهيره، بخلاف الأمه، فالنفي محمول عليها لهذين الوجهين، مضافا إلى ما ذكرناه، فثبوت المهر أقوى. و المراد به أحد الأمرين السابقين. ثمّ على تقدير نفيه لا- شبهه في ثبوت أرش البكاره هنا، لأنّها جنايه على مال الغير، فيثبت أرشها.

و لا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، و لا إلى أمين غيرهما من غير إذنهما. و لو سلمه ضمن. و لو استترا أقبضه الحاكم. و لو كانا غائبين و أراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدل آخر، من غير ضروره، لم يجز.

و يضمن لو سلم. (١) و كذا لو كان أحدهما غائبا. و إن كان هناك عذر سلمه إلى الحاكم. و لو دفعه إلى غيره من غير إذن الحاكم ضمن. و لو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما، و لو أذن له الآخر. (٢) قوله: «و لو استترا-إلى قوله- و يضمن لو سلم».

المراد بالأول أنهما استترا عمدا لئلا يتسلماه منه مع طلبه منهما تسلمه، فإنه حينئذ يرفع أمره إلى الحاكم، إذ لا يجب عليه الاستمرار على الاستيداع، و الحاكم ولي الممتنع. أمّا لو كانا غائبين اتفاقا فإن المستودع يجب عليه الصبر إلى أن يحضرا، إذ لم يحصل منهما تقصير. فإن عرض له عذر عن إبقائه في يده كسفر عزم عليه، أو مرض خاف منه، دفعه إلى الحاكم حينئذ، لأنه ولي الغائب. و للحاكم حينئذ أن ينصب عدلا يقبضه لهما.

لا يقال: إذا كان الحاكم ولي الغائب فللعدل دفعه إليه مع غيبتهما، و إن لم يكن له ضروره، كما له دفعه إلى مالكة كذلك.

لأننا نقول: إن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا، بل هي منوطه بالحاجه و المصلحه، و من القواعد المقرره- و سيأتي في بابها- أن الودعي ليس له دفع الوديعه إلى الحاكم مع إمكان المالك، و لا مع غيبته إلا مع الضروره، و هذه من أفراد تلك. و لو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع إليه في الموضوعين. و في هذا الفرق بحث.

و لو تعذر الحاكم و اضطرّ إلى الإيداع أو دعه الثقة، و أشهد عليه عدلين، و لا ضمان.

قوله: «و لو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما و لو أذن له الآخر».

لأن الراهن لم يرض بأمانه أحدهما منفردا، فلا يجوز لأحدهما الانفراد و إن أذن

و لو باع المرتهن أو العدل الرهن، و دفع الثمن إلى المرتهن، ثم ظهر فيه عيب، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن. أمّا لو استحقّ الرهن استعاد المشتري الثمن منه. (١) الآخر. و متى سلّمه أحدهما إلى صاحبه ضمن كلّ منهما في الجملة، لكن هل ضمن الجميع بناء على أنّ كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع، و قد حصل منه سبب الضمان للجميع، فيتخبر المالك في تضمين أيّهما شاء، أم يضمن النصف لأنّهما بمنزلة أمين واحد، و الواجب عوض واحد، و هما متساويان في ثبوت سبب الضمان، أحدهما بالتفريط، و الآخر بالعدوان؟ فيه وجهان، أجمعهما الأول لما ذكر. و يضعف الثاني بمنع كونهما بمنزلة أمين واحد، بل كلّ واحد منهما أمين على الجميع، و إن كان قد شرط انضمامه إلى الآخر. و تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضى التقسيط، كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة. و على هذا فالأجود استقرار الضمان على من تلف في يده، مع احتمال استقراره على من ضمّنه المالك.

قوله: «و لو باع المرتهن الرهن أو العدل -إلى قوله- استعاد المشتري الثمن منه».

الفرق بين العيب و الاستحقاق: أنّ العيب لا يبطل البيع، و إنّما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ، و هو مسبوق قبض المرتهن الثمن، و تعلق حقّ الوثيقة به، سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقه، بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع، لأنّه وقت نقل الثمن إلى الراهن، فلا يبطله الفسخ الطارئ من المشتري، بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن، بخلاف ظهور استحقاق الرهن، فإنّه يبطل البيع من أصله، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن، و لا يصحّ قبض المرتهن له، و حينئذ فيطالب به من هو في يده من العدل و المرتهن.

و لو وجدته تالفاً، فإن كان تلفه في يد العدل، و المشتري عالم بأنّه وكيل، فالرجوع على الراهن. و إن لم يعلم رجوع على العدل، لأنّ المعاملة بينهما، و الثمن



و إذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث. (١) فإن اتفقا على أمين، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه.

و لو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره، إن اختلف المرتهن و المالك. (٢) مملوك للمشتري، فيكون مضمونا على من هو في يده ظاهرا، و يرجع العدل على الراهن. و إن كان التلف في يد المرتهن رجح عليه بالعوض أيضا. و هل يغرمه المرتهن، أو يرجع على الراهن؟ نظر. و مقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله و علم الراهن بالاستحقاق، لغروره. و الكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر مستحقا.

قوله: «و إذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث».

وضع الرهن في يد المرتهن أو غيره مشروط باتفاقهما عليه، فإن شرطا شيئا في عقد الرهن تعين، وإلا - فعلى حسب ما يتفقان عليه. فإذا كان في يد المرتهن بالاشتراط أو بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن إبقاؤه في يد وارثه، فإنه قد يستأمن المورث و لا يستأمن الوارث. و كذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن (١) له. و حينئذ فإن اتفقا على أحد ممن يجوز توكيله، و إن لم يكن عدلا جاز، وإلا سلمه الحاكم أو سلمه إلى عدل ليقبضه لهما.

و كذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن و العدل، لأنهما في القبض بمنزله الوكيل تبطل وكالته بموت الموكل، و إن كانت مشروطه في عقد الرهن، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته، فيكون بمنزله الوصي في الحفظ.

قوله: «و لو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره إن اختلف المرتهن و المالك».

إذا اتفقا على وضعه على يد عدل فخان، فإن اتفقا على بقاءه في يده أو يد

ص: ٤٥

١ - ١) كذا في «ب» و «س» و في غيرهما: الراهن.

غيره فلا كلام، وإلا رفع الممتنع أمره إلى الحاكم ليخرجه من يده إلى يد عدل غيره.

و كذا لو تجدد للعدل عداوه دنيويّه لأحدهما، أو ضعف عن حفظه. و لو اختلفا في التغير المجوّز للنقل بحث عنه الحاكم، فإن ظهر التغير نقله، وإلا أقره. و كذا لو كان في يد المرتهن فادّعى الراهن تغيّر حاله.

السادس في اللواحق وفيه مقاصد:

**الأول: في أحكام متعلقه بالراهن**

الأول: في أحكام متعلقه بالراهن.

لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدامه، ولا سكنى، ولا إجاره. (١) ولو باع أو وهب وقف على إجاره المرتهن.

قوله: «لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى ولا إجاره».

لَمَّا كَانَ الرهن وثيقه لدين المرتهن، إِمَّا فِي عَيْنِهِ أَوْ بَدَلِهِ، لَمْ تَتَمَّ الْوُثِيقَةُ إِلَّا بِالْحَجْرِ عَلَى الرَّاهِنِ وَقَطْعِ سُلْطَنَتِهِ، لِيَتَحَرَّكَ إِلَى الْأَدَاءِ، فَمَنْ تَمَّ مَنَعُ الرَّاهِنِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الرِّهْنِ، سِوَاءِ أَزَالِ الْمَلِكِ كَالْبَيْعِ، أَمْ الْمَنْفَعَةِ كَالْإِجَارَةِ، أَمْ انْتِقَاصِ الْمَرْهُونِ بِهِ وَقَلِّلِ الرَّغْبَةِ فِيهِ كَالْتَرْوِيجِ، أَمْ زَاحِمِ الْمَرْتَهَنِ فِي مَقْصُودِهِ كَالرِّهْنِ لِغَيْرِهِ، أَمْ أَوْجَبِ انْتِفَاعًا وَإِنْ لَمْ يَضُرَّ بِالرِّهْنِ كَالِاسْتِخْدَامِ وَالسُّكْنَى. وَ لَا يَمْنَعُ مِنَ تَصَرُّفِ يَعُودِ نَفْعِهِ عَلَى الرِّهْنِ، كَمَدَاوَاهِ الْمَرِيضِ، وَ رَعَى الْحَيَوَانَ، وَ تَأْبِيرِ النَّخْلِ، وَ خَتَنِ الْعَبْدِ، وَ خَفْضِ الْجَارِيَةِ، إِنْ لَمْ يُوَدَّ إِلَى النِّقْصِ.

إذا تقرر ذلك، فلو تصرف الراهن بما يمنع منه، فإن كان بعقد كان موقوفًا على إجاره المرتهن، فإن أجازته صح، وإلا بطل. وإن كان بانتفاع منه أو ممن سلطه عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرّمًا.

ثم إن قلنا إنَّ النماء المتجدد يتبع الرهن يثبت عليه أجره ذلك، إن كان ممًا له

و فى صحّحه العتق مع الإجازة تردّد، و الوجه الجواز. (١) و كذا المرتهن. (٢) و فى عتقه مع إجازة الراهن تردّد، و الوجه المنع. (٣) أجره عاده، و كانت رهنا. و إن لم نقل بالتبعيه لم يلزمه شىء. و أطلق الشيخ (١) -رحمه الله- أنه لو أجره فالأجره له، و جواز للراهن الإنزاع على الأثنى مطلقا. و هو ضعيف، لتعرضه للنقص، و لأنه انتفاع فى الجملة ينافى الحجر.

هذا كله إذا لم يكن العقد أو الإذن من الراهن للمرتهن، فلو كان معه بأن أجره أو أسكنه أو حلّله (٢) الوطاء أو باعه و شبه ذلك صحّح، لانهصار الحقّ فيهما، كما لو اتّفقا على ذلك للغير.

قوله: «و فى صحّحه العتق مع الإجازة تردّد، و الوجه الجواز».

منشأ التردّد: من كون العتق إيقاعا، فلا- يكون موقوفا، لا اعتبار التنجيز فيه، و من أنّ المانع حقّ المرتهن و قد زال بإجازته. و هو أقوى. و نمنع منافاه التوقّف المذكور للتنجيز، كغيره من العقود التى يشترط فيها ذلك أيضا، فإنّ التوقّف الممنوع هو توقّف المقتضى على شرط، لا على زوال مانع. و على هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتكّ الرهن لزم.

قوله: «و كذا المرتهن».

عطف على أوّل المسأله. و المشبه به عدم جواز تصرف الراهن فى الرهن بشىء من الأمور المذكوره سابقا، لا- على مسأله العتق، لأنها تأتى.

قوله: «و فى عتقه مع إجازة الراهن تردّد، و الوجه المنع».

وجه التردّد قريب ممّا سبق، إلا أنّ المنع هنا أقوى، بل كثير من الأصحاب لم يتوقّف فى حكمه، لأنّ المرتهن غير مالك، و لا عتق إلا فى ملك، فىكون كالفصولى لا يصحّ عتقه الإجازة.

ص: ٤٨

١- (١) المبسوط ٢: ٢٣٨.

٢- (٢) فى «س»: حلّله له.

لعدم الملك ما لم يسبق الإذن. (١) و لو وطئ الراهن فأجلها، صارت أم ولده، و لا يبطل الرهن.

و هل تباع؟ قيل: لا، ما دام الولد حيًا، و قيل: نعم، لأنَّ حقَّ المرتهن أسبق، و الأوّل أشبه. (٢) قوله: «ما لم يسبق الإذن».

أى إذن الراهن للمرتهن فى العتق، فإنّه يصحّ العتق حينئذ، لزوال المانع.

و قد يشكل بأنَّ المرتهن غير مالك، و إذن الراهن له لا يصير ملكا له، فيأتى ما تقدّم.

و يندفع بما سيأتى - إن شاء الله تعالى فى العتق - من أنّ المأذون و المأمور بعتق عبده عن غيره يصحّ عتقه، و ينتقل إلى ملك الأمر المأذون له قبل إيقاع الصيغه أنا يسيرا، أو بالصيغه المقترنه بالأمر أو الإذن.

و لو كان إذن الراهن للمرتهن فى عتقه مطلقا أو عن الراهن فلا إشكال، لأنَّ المرتهن حينئذ و كيل عن المالك. و لو حملت العبارة على ذلك كان أولى، و استرحنا من ذلك الاشكال المتوقّف زواله على أمور خفيّه.

قوله: «و هل تباع؟ قيل: لا - إلى قوله - و الأوّل أشبه».

إذا وطئ الراهن أمته المرهونه فأجلها صارت أم ولد، سواء وطئ بإذن المرتهن أم لا، و إن لزمه الإثم فى الثانى و التعزير. و على التقديرين لا يبطل الرهن، لعدم المنافاه بينه و بين الاستيلاد، لجواز موت الولد.

و هل يجوز بيعها مع حياته لأجل الدّين؟ أقوال، أحدها: الجواز مطلقا، لإطلاق الأوامر ببيع الرهن فى الدّين (١)، و سبق حقَّ المرتهن على الاستيلاد. و ثانيها:

المنع مطلقا، للنهى عن بيع أمّ الولد (٢)، و تشبّثها بالحرّيّه، و بناء العتق على التغليب.

كلّ ذلك ما دام ولدها حيًا زمن الرهن. و ثالثها: التفصيل بإعسار الراهن فتباع،

ص: ٤٩

١-١) الوسائل ١٢٤:١٣ ب «٤» من أبواب أحكام الرهن ح ٣، ٢، ١.

٢-٢) الوسائل ٥١:١٣ ب «٢٤» من أبواب بيع الحيوان و ١٠٧:١٦ ب «٦» من أبواب الاستيلاد.

و لو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطء. (١) و لو أذن له في بيعها فبإبطال الرهن، و لا يجب جعل الثمن رهنا. (٢) و يساره فتلزمه قيمه من غيرها يكون رهنا، جمعا بين الحقيين. اختاره في التذكرة (١)، و هو قول الشيخ في الخلاف (٢).

و مرجع الأقوال إلى تعارض أدله منع بيع أم الولد و تسويغ بيع الرهن، فمنهم من جمع بينهما، و منهم من رجح. و الأقوى ترجيح جانب الرهن، لسبق سببه، فتجوز البيع مطلقا أقوى.

و ربما قيل بجواز بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، و منعه مع وقوعه بإذنه.

و اختاره الشهيد - رحمه الله - في بعض حواشيه. فتكون الأقوال أربعة.

قوله: «و لو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطء».

لا شبهه في عدم خروجها عنه بمجرد الوطء، إذ لا منافاه بينهما، بل لا تخرج بالحبل أيضا، كما قدمناه، و إن منعنا من بيعها، لإمكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله.

قوله: «و لو أذن له في بيعها فبإبطال الرهن، و لا يجب جعل الثمن رهنا».

لما كان حق المرتهن متعلقا بعين الرهن، فإذا أذن للراهن فيما فيه زوال الملك عنه، فإن كان بغير عوض كالعتق و الهبة فلا إشكال في عدم لزوم إقامه بدله، لزوال متعلق الرهن - و هو العين - بإذن المرتهن، سواء كان الدين حالا أم مؤجلا. و إن كان بعوض كالبيع فالمشهور أنه كذلك، لعين ما ذكر. و للشيخ - رحمه الله - قول (٣) بأن الإذن إن كان بعد محل الحق يكون الثمن رهنا مكانه، لأن عقد الرهن يقتضى بيع الرهن عند محله، فينصرف الإذن إليه.

ص: ٥٠

١- (١) التذكرة ٢: ٢٨.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٢٢٩ مسألة ١٩ من كتاب الرهن.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٢١٠.

و لو أذن الراهن للمرتهن فى البيع قبل الأجل لم يجر للمرتهن التصرف فى الثمن إلا بعد حلولة. و لو كان بعد حلولة صحّ. (١) و إذا حلّ الأجل و تعذر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلا، و إلا رفع أمره إلى الحاكم، ليلزمه البيع. فان امتنع كان له حبسه، و له أن يبيع عليه. (٢) هذا كله مع عدم شرط جعل الثمن رهنا عند الإذن فى البيع. و إلا لزم قطعا، لعموم قوله -صلى الله عليه و آله- «المؤمنون عند شروطهم» (١). و لا- فرق فى ذلك أيضا بين أن يكون المدين حالا و مؤجلا. و مثله فى الجواز ما لو كان المدين مؤجلا، فأذن المرتهن فى البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه، فيلزم الشرط، لأنه شرط سائغ تدعو الحاجة إليه. تبه عليه فى التذكرة. (٢).

قوله: «و لو أذن الراهن -إلى قوله- و لو كان بعد حلولة صحّ».

وجه عدم الجواز ظاهر، لعدم استحقاقه حينئذ، و الإذن فى البيع لا يقتضى الإذن فى تعجيل الاستيفاء. و لو كان ذلك بعد الحلول فقد أطلق المصنّف -رحمه الله- صحّحه التصرف للمرتهن. و هو مبنى على كون الحقّ موافقا للثمن جنسا و وصفا، فلو تخالفا لم يجر التصرف فيه إلا بإذن المرتهن، كما لا يجوز له التصرف فى نفس الرهن، لافتقاره إلى معاوضه أخرى.

قوله: «و إذا حلّ الأجل -إلى قوله- و له أن يبيع عليه».

هذا حكم استيفاء المرتهن حقه من الرهن. و حاصله: أنه إن كان وكيلا باع الرهن بنفسه مع حلول المدين إمّا بأصله أو بانقضاء أجله، حتى لو كان حالا فله البيع فى مجلس الرهن، ما لم يشترط عليه تأخير التصرف إلى مدّه، فيقوم مقام تأجيل المدين. و إن لم يكن وكيلا طلب من الراهن البيع، أو الإذن فيه، فإن فعل و إلا رفع

ص: ٥١

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٣٠.

الثاني: في أحكام متعلقه بالرهن.

الرهن لازم من جهة الراهن، ليس له انتزاعه إلا مع إقباض الدين أو الإبراء منه، أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان. (١) أمره إلى الحاكم، والمصنّف -رحمه الله- طوى هذه الواسطه لظهور أمرها، فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه، لأنه ولي الممتنع.

و هذا كله لا إشكال فيه، وإنما يقع الاشتباه في موضعين، أحدهما: لو كان حقه لا يمكنه إثباته عند الحاكم، لعدم بينه مقبوله أو حاضره عنده. والثاني: ما لو تعدّر وصوله إلى الحاكم، لعدمه، أو لبعده. فيحتمل حينئذ قويا جواز استقلاله بالبيع بنفسه، ويستوفى حقه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينه. وهو خيره التذكرة (١)، بل فرضها فيما هو أبلغ من ذلك، وهو ما لو لم يكن في البلد حاكم. والظاهر أنّ المعبر بعده بحيث يشقّ التوصل إليه عادة، لا مطلق كونه في غير البلد.

و لو أمكن إثباته عند الحاكم بالبينه، لكن افتقر إلى اليمين، لكون المدعى عليه غائبا ونحوه، فالظاهر أنّه غير مانع، ولا يجوز له الاستقلال، لإمكان الاستيفاء من وكيل المديون، وهو الحاكم، فلا يستبدّ بنفسه، مع احتمال الجواز، دفعا لمشقّه الحلف بالله تعالى.

قوله: «الرهن لازم -إلى قوله- من الارتهان».

عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة إلى الجواز واللزوم، فهو لازم من قبل الراهن، و جائز من قبل المرتهن. والفرق أنّ الراهن يسقط حقّ غيره، والمرتهن يسقط حقّ نفسه. وليس له نظير في العقود إلا الكتابة المشروطة عند الشيخ -رحمه الله- (٢)، فإنّها لازمه من قبل السيّد جائزه من قبل العبد. نعم، ربّما ناسبه عقد الفضولي من أحد الجانبين، فإنّه لازم من قبل من عقد لنفسه، جائز من قبل من عقد عنه فضولا.

ص: ٥٢

١- (١) التذكرة ٣٢: ٢.

٢- (٢) المبسوط ٩١: ٦.



و على هذا يمكن تمثييه في سائر العقود على هذا الوجه.

إذا تقرّر ذلك، فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير إذن المرتهن مطلقاً. و ما استثناه المصنّف يخرجّه عن كونه رهناً، فالاستثناء فيه منقطع. و جملة ما ذكره من مبطلات الرهن ثلاثه:

أحدها: إقباض الدّين، و لا يعتبر كونه من الراهن، بل لو أقبضه غيره - و إن كان متبرّعاً - فكّ الرهن. و في حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن، و الحوالة به.

و ثانيها: إبراء المرتهن له من الدّين. و في حكمه الإقالة المسقطه للثمن المرهون به، أو الثمن المسلّم فيه المرهون به. و بالجملة: فالضابط براءة ذمّه الراهن من جميع الدّين، فلو عبّر به المصنّف كان أشمل، مضافاً إلى الثالث: و هو إسقاط المرتهن حقّه من الرهانه، بمعنى فسخه لعقدّها. و أمره واضح، لجوازه من قبله.

بقي في المسأله 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، لأنّ الرهن إنّما وقع في مقابله مجموع الدّين من حيث هو مجموع، و قد ارتفع بعضه، فيرتفع المجموع، ضروره ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه. فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء ما من الدّين و إن قلّ. و يحتمل بقاؤه أجمع ما بقي من الدّين جزء، نظراً إلى الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدّين عن آخره من الرهن. و هذا هو الذى قوّاه فى الدروس (١)، و ادعى فى المبسوط أنّه إجماع (٢). و الأوّل مختار القواعد (٣).

نعم، لو شرط كونه رهناً على المجموع لا على كلّ جزء منه فلا إشكال فى الأوّل، كما أنّه لو شرط كونه رهناً على كلّ جزء فلا إشكال فى بقائه ما بقى جزء.

و على الأوّل لو بذل الراهن شيئاً من الدّين، ففى وجوب قبوله فى غير ما يلزم

ص: ٥٣

١-١) الدروس: ٤٠٣.

٢-٢) المبسوط ٢: ٢٠٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ١: ١٦٥-١٦٦.

و بعد ذلك يبقى الرهن أمانه فى يد المرتهن، و لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه. (١) منه نقص المائيه- كمال السلم و ثمن المبيع- نظر، من أدائه إلى الضرر بالانفساخ، و من وجوب قبض بعض الحقّ فى غير ما ذكر و يمكن أن يلحق هذا الفرد بنقص المائيه، فإنّ إبطال الرهن موجب للنقص، خصوصا مع إفسار الراهن، فيؤدى إلى الضرر المنفى.

و بقى فى المسأله عند الإطلاق احتمال ثالث، و هو مقابله أجزاء الرهن بأجزاء الدّين و تقسيطه عليها، كما هو مقتضى كلّ معاوضه، فإذا برئ من بعض الدّين ينفكّ من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف، و من الثلث الثلث، و هكذا.

و هذا الاحتمال متوجه، لأنّ إطلاق المقابله بين الأمرين فى المعامله يقتضى ذلك، إلاّ أنّه يشكّل بما لو تلف جزء من المرهون، فإنّه يقتضى أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدّين، بل على جزء يقتضيه الحساب. و يمكن اندفاع هذا بما ذكره فى توجيه الاحتمال الثانى من تعلق الغرض باستيفاء الدّين كلّ من الرهن، و مرجعه إلى دلالة العرف على هذا المعنى.

قوله: «و بعد ذلك يبقى أمانه فى يد المرتهن لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه».

المراد: أنّه يبقى فى يد المرتهن بعد انفساخ الرهن أمانه مالكيه لا- شرعيه، و من لوازمها عدم وجوب تسليمها إلى مالكيها إلا بمطالبته، بخلاف الشرعيه. و إنّما كان كذلك لأنّه مقبوض بإذن المالك، و قد كان وثيقه و أمانه، فإذا سقطت الوثيقه بقيت الأمانه، فتصير بمنزله الوديعه، لا بمنزله ما لو أطار الريح ثوبا إلى دار إنسان، حيث يلزمه ردّه على مالكيه ابتداء، أو إعلامه به. و هذا و نحوه هو المعبر عنه بالأمانه الشرعيه، حيث إنّ الشارع جعله أمينا عليه دون المالك، فتجب المبادره إلى أحد الأمرين، لأنّ الملاك لم يرض بكونه فى يده.

و لو شرط إن لم يؤدّ، أن يكون الرهن مبيعاً، لم يصحّ. (١) و تبّه بذلك على خلاف بعض العامّه (١)، حيث ذهب إلى أنّه إذا قضاه يكون مضموناً، و إذا أبرأه ثمّ تلف الرهن في يده لا- يضمنه استحساناً. و هو تحكّم، بل ينبغي العكس، فإنّه مع القضاء يكون المالك عالماً بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه. و أمّا الإبراء فقد لا يعلم به الراهن، فلا يكون تاركاً لماله باختياره. قال في التذكرة: و ينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدّين، و لم يعلم الراهن، أن يعلمه بالإبراء و يردّ الرهن عليه، لأنّه لم يتركه عنده إلاّ على سبيل الوثيقه، بخلاف ما إذا علم، لأنّه قد رضى بتركه في يده (٢). و هو حسن.

قوله: «و لو شرط إن لم يؤدّ أن يكون الرهن مبيعاً لم يصحّ».

المراد: أنّه رهنه الرهن على الدّين المؤجّل، و شرط له إن لم يؤدّ الدّين في ذلك الأجل يكون الرهن مبيعاً له بالدّين، أو بقدر مخصوص، فإنّه لا يصحّ الرهن، و لا البيع. أمّا الرهن فلاّنه لا يتوقّت إلاّ بالوفاء، و أمّا البيع فلاّنه لا يتعلّق. و عبارته المصنّف مطلقه، إلاّ أنّها منزّلة على ذلك، و إن كان الإطلاق مبطلاً أيضاً، إلاّ أنّه حيث لم يعين وقتاً لا يتحقّق عدم الوفاء ما دام الراهن حيّاً، فيتعلّق البيع على الوفاء (٣). و هو غير صحيح أيضاً، إلاّ أنّ الأصحاب و غيرهم فرضوها كما ذكرناه. و قد يكتفى في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلّق، فهو شرط فاسد دخل على العقد فأفسده، كما تقدّم.

و خالف في ذلك بعض العامّه (٤)، فصحّح الرهن و أفسد البيع، لأنّ الراهن إذا رضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه. و فساده ظاهر، لأنّ مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد.

إذا تقرّر ذلك، فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل لا قبله،

ص: ٥٥

١-١) المغنى لابن قدامه ٤:٤٧٩.

٢-٢) التذكرة ٢:٤١-٢:٤٢.

٣-٣) في «ن» و «س» و «م»: الوفاء.

٤-٤) المغنى لابن قدامه ٤:٤٦٦.

و لو غصبه ثمَّ رهنه صحَّ، و لم يزل الضمان. و كذا لو كان في يده بيع فاسد. و لو أسقط عنه الضمان صحَّ. (١) لأنه في مدَّه الأجل رهن فاسد، و بعده مبيع فاسد، و فاسد كلُّ عقد يتبع صحيحه في الضمان و عدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك، و حيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك.

و السرُّ في ذلك أنَّهما تراضيا على لوازم العقد، فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان، و دفع المالك عليه، مضافا إلى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي» (١) و هو واضح. و حيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحَّه العقد، فلم يقصد المسلم ضمانا، بل سلَّم على قصد العدم، و لم يلتزم المتسلَّم ضمانا أيضا، فينتفى المقتضى له.

و هذا القسم إنَّما يتمُّ لو كانا جاهلين بالفساد، أو عالمين به، لإذن الدافع في القبض، فيكون بمنزله الأمانة. و كذا لو كان الدافع عالما به و القابض جاهل. أمَّا لو انعكس أشكل من حيث إنَّ القابض أخذ بغير حقِّ، و الدافع توهم اللزوم، و إلاَّ لما رضى بدفع ماله، فينبغي أن يكون مضمونا، لعموم الخبر السالف، إلاَّ أنَّ الأصحاب و غيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد. و يمكن توجيهه أيضا بأنَّ المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه، و المتسلَّم تسلَّم منه كذلك، و عدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل، و المانع غير معلوم.

قوله: «و لو غصبه ثمَّ رهنه صحَّ - إلى قوله - و لو أسقط عنه الضمان صحَّ».

الضمير البارز في «غصبه» و «رهنه» يعود إلى المال المجعول رهنا، و أمَّا المستكنَّ فيهما فلا يخلو من خفاء، فيمكن حينئذ أن يكون الفعلان مبنيين للمعلوم، فيعود ضمير «غصب» إلى فاعل الغصب المدلول عليه بالمقام، أكتفى به لأمن اللبس.

و ضمير «رهن» يعود إلى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب، لاستلزامه غاصبا و مغصوبا منه. و على هذا فيصير ضمير «رهنه» البارز أحد مفعوليه، و الثاني محذوف.

ص: ٥٦

(١ - ١) سنن ابن ماجه ٨٠٢: ٢ ح ٢٤٠٠، المستدرک للحاكم ٢: ٤٧، عوالي اللئالی ٣: ٢٤٦ ح ٢.

و التقدير رهنه منه، أو إياه، أو الغاصب، و نحوه.

و يمكن بناء الصيغه الأولى للمجهول، و ضميره المستكنّ نائب الفاعل، و ضمير «رهنه» المستكنّ يعود إليه. أى لو غضب إنسان ماله، ثمّ رهنه ذلك المغضوب منه. و التقدير أنّه رهنه من الغاصب، إلا أنّ فيه قصور العبارة عن تأديه هذا التقدير، و لا بدّ منه، لأنّه مفروض المسألة، إلا أنّه يظهر بمعونه ما يأتي من قوله:

«و لم يزل الضمان».

و يمكن العكس، بأنّ تبنى الصيغه الأولى للمعلوم، و الثانيه للمجهول، و تقدير الأولى كما مرّ، و ضمير «رهنه» المستكنّ الذى هو نائب الفاعل يعود إلى الغاصب، و البارز إلى المال المضمّر فى «غصبه». و لا يحتاج إلى بيان الفاعل، لظهور أنّ الراهن شرعا لا يكون إلا المالك المغضوب منه. و هذا الوجه الأخير أوجه الثلاثة، و إن اشتركت فى الدلالة على صعوبه تأليف العبارة.

إذا تقرّر ذلك فنقول: قد عرفت فيما تقدّم (1) أنّه يجوز رهن العين المغضوبه عند الغاصب، و الخلاف فى أنّ قبضه هل يتحقّق بمجرد العقد، أو لا بدّ فيه من إذن جديد؟ و أنّ المصنّف اختار تحقّقه بمجرد العقد، اكتفاءً بالقبض السابق. و بقى الكلام هنا فى أنّ الضمان الذى كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن أم لا؟ و إنّما يقع الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق، كما اختاره المصنّف، أمّا لو قلنا بافتقار الرهن إلى قبض جديد، فلا شبهه فى أنّه قبله مضمون، لأنّه مقبوض بالغصب.

و المصنّف - رحمه الله - جزم ببقاء الضمان و إن تحقّق القبض المصحّح للرهن. و وجهه:

أنّ الضمان كان حاصلًا من قبل، و لم يحصل ما يزيله فيستصحب. و إنّما قلنا إنّّه لم يحصل ما يزيله، لأنّ الحاصل - و هو الرهن المقبوض - يجمع الضمان، كما لو تعدّى المرتهن فى الرهن، فإنّه يصير مضمونا ضمان الغصب، و هو رهن كما كان. و إذا لم يكونا متنافيين استمرّ الضمان، لعدم المعارض، و لقوله - صلى الله عليه و آله -: «على اليد

ص: ٥٧

ما أخذت حتى تؤدى» (١)، ولأنّ ابتداء كلّ شيء أضعف من استدامته، بناء على احتياج المبتدئ إلى المؤثر قطعاً، واستغناء الباقي عنه، أو الخلاف في احتياجه، فإنّ المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه. وإذا كانت حاله الرهن القويّ - وهي استدامته - لا تمنع حاله الضمان الضعيفه - وهي ابتداءه - كما إذا طرأ التعدي على الرهن، فلائ لا تمنع حاله الرهن الضعيفه - وهي ابتداءه - حاله الضمان القويّ - وهي استدامته - فيما لو طرأ ابتداء الرهن على استدامه الغصب أولى، خصوصاً وقد تقدّم أنّ وجه الاكتفاء بالقبض السابق - وإن كان غصباً - صدق قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٢)، أعمّ من كونه مقبوضاً أمانه و عدواناً، و حينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمراً إلى أن يقبضه المالك، ثمّ يرده إليه أو يسقط عنه ضمانه.

و استقرّب العلامه في القواعد (٣) زوال الضمان هنا بمجرد العقد، لانصراف القبض المستدام بعده إلى الرهن المقتضى لصيرورته أمانه، و لزوال السبب المقتضى للضمان، لأنّه لم يبق غاصباً، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه و حدوثه سبب يخالف حكمه حكمه. و حدوث التعدي في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب، و الحال أنّ هنا قد زال سبب الضمان و لم يحدث ما يوجبّه. و الأقوى الأول. و قد عرفت أنّه لا منافاه بين انصراف القبض إلى الرهن و بقاء الضمان.

و الوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق، و جدّد له المالك الإذن في القبض، بتقريب الدليل، إلا أنّ زوال الضمان هنا أقوى، لأنّ إذن المالك له في قبضه بمنزله قبضه إياه ثمّ دفعه إليه، لأنّه حينئذ كوكيله، بخلاف السابق. و هذا البحث آت في كلّ قبض مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد، و السوم على القول به، و المستعير المفرط، و المشروط عليه الضمان، لاشتراك الجميع في المعنى.

ص: ٥٨

١-١ (١) راجع ص ٥٦.

٢-٢ (٢) البقره: ٢٨٣.

٣-٣ (٣) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

و ما يحصل من الرهن من فائده فهى للراهن. (١) و لو حملت الشجره، أو الدابّه، أو المملوكه بعد الارتهان، كان الحمل رهنا كالأصل على الأظهر. (٢) قوله: «و ما يحصل من الرهن من فائده فهى للراهن».

المراد بما يحصل منه زوائده و فوائده، متّصله كانت أم منفصله، متولّده كالثمره أم لا كالكسب، فإنّ جميعها ملك للراهن تبعاً للأصل، فإنّ حبسه لحقّ المرتهن لا يخرجّه عن حقيقه الملك. و يبقى أنّه هل يدخل معه فى الرهن أم لا؟ و سيأتى.

قوله: «و لو حملت الدابّه أو الشجره أو المملوكه-إلى قوله-على الأظهر».

عدوله عن المسأله السابقه إلى الأمثله المذكوره يوهّم أنّ الخلاف فيما ذكر، و قد كان الأولى تفريعها على السابق، بأن يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكاً للراهن:

و هل يدخل فى الرهن تبعاً للأصل، أم لا؟ و يحكم بما يختاره.

و الحاصل: أنّ فوائد الرهن و زوائده المتجدّده بعد الارتهان إن كانت متّصله اتّصالاً لا يقبل الانفصال كالسمن و الطول دخلت إجماعاً، و إن كانت منفصله كالثمره و الولد، أو يقبل الانفصال كالشعر و الثمره قبل الجذاذ، ففى دخولها قولان:

أحدهما: -و هو المشهور، بل ادّعى عليه ابن إدريس (١) الإجماع، [و قبله المرتضى فى الانتصار] (٢) -: ما اختاره المصنّف، و هو دخولها فيه. و وجهه إمّا الإجماع المنقول بخبر الواحد، أو أنّ النماء من شأنه تبعيّة الأصل فى الحكم، كما يتبع ولد المدبّره لها فيه.

و الثانى: عدم الدخول، ذهب إليه الشيخ (٣)، و تبعه العلامة (٤) و ولده (٥)،

ص: ٥٩

١- (١) السرائر ٢: ٤٢٤.

٢- (٢) الانتصار: ٢٣٠. و ما بين المعقوفتين ورد فى هامش «و» أنّه بخطه قدس سرّه.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٢٣٧، الخلاف ٣: ٢٥١ مسأله ٥٨ من كتاب الرهن.

٤- (٤) قواعد الأحكام ١: ١٦٤.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦.

و لو كان فى يده رهنان بدنين متغيرين، ثم أدى أحدهما، لم يجز إمساك الرهن الذى يخصه بالدين الآخر.

و المحقق الشيخ على (١)، لأصالة عدمه، و لأن الأصل فى الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء، خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه، فىبقى الباقي. و احتج له العلامة (٢) بروايه السكونى (٣)، و صحيحه إسحاق بن عمار (٤) عن الكاظم (عليه السلام). و لا شاهد فيها، لأن الأولى -مع ضعفها- تضمنت كون المنفعة فى مقابله النفقة، و الثانية أن الغلة لصاحب الأصل. و لا نزاع فيه، إذا لا يلزم من دخوله فى الارتهان خروجه عن الملك.

و يمكن أن يقال: على القول بعدم الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن، لأن المنفعة إذا لم تكن رهنا لا -وجه لمنعه من التصرف فيها، لكن الإجماع على منعه.

و يندفع ذلك بأن منعه من التصرف فيها، لا من حيث المنفعة، بل من حيث استلزامه التصرف فى المرهون، و لهذا لو انفصلت المنفعة كالثمره و الولد لم يمنع من التصرف فيها.

و لعل هذا القول أقوى. و الإجماع ممنوع. و التبعية فى الملك مسلمة، لا فى مطلق الحكم. و تبعيته ولد المدبره لتغليب جانب العتق.

و لو شرط المرتهن دخولها، أو شرط الراهن خروجها، ارتفع الاشكال و لزم الشرط. و استثنى فى التذكرة (٥) من ذلك ما يتجدد من المنافع بالاختيار، كالكسب العبد، فلا يصح اشتراط دخوله، لأنها ليست من أجزاء الأصل، فهى معدومه على الإطلاق.

ص: ٦٠

١-١) جامع المقاصد ١٣٢:٥.

٢-٢) المختلف: ٤١٨.

٣-٣) التهذيب ١٧٥:٧-١٧٦ ح ٧٧٥، الوسائل ١٣٤:١٣ ب «١٢» من أبواب كتاب الرهن ح ٢.

٤-٤) الكافي ٢٣٥:٥ ح ١٢، التهذيب ١٧٣:٧ ح ٧٦٧، الفقيه ٢٠٠:٣ ح ٩٠٧ بتفاوت يسير، الوسائل ١٣٠:١٣ ب «٨» من أبواب كتاب

الرهن ح ١.

٥-٥) التذكرة ٣٧:٢.



و كذا لو كان له دينان، و بأحدهما رهن، لم يجر له أن يجعله رهنا بهما، و لا أن ينقله إلى دين مستأنف. (١) و إذا رهن مال غيره بإذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعدّر إعادته. (٢) قوله: «و كذا لو كان له دينان و بأحدهما رهن لم يجر أن يجعله رهنا بهما، و لا أن ينقله إلى دين مستأنف».

أى لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه بغير رضا الراهن، و إلا فقد تقدم (١) أنه يجوز إدخال الدين المتجدد فى الرهن، و جعل الرهن على دين آخر مع التراضى.

قوله: «و إذا رهن مال غيره بإذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعدّر إعادته».

أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه فى الجملة، و سمّوه استعاره للرهن، و جعلوها مضمونه على الراهن و إن تلفت بغير تفريط، و لازمه لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن، و إن جاز له مطالبه الراهن بالفكّ عند الحلول.

ثمّ إن فكّه الراهن و ردّه إلى مالكة تاماً فلا بحث. و إن تلف فى يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن، و ضمن الراهن مثله إن كان مثلياً، و قيمته إن كان قيمياً. و المعبر فى قيمته يوم التلف، لأنّه لم يخرج عن ملك المعير. هذا إن اختلفت القيمة بتفاوت السوق، فإنّ تفاوته غير مضمون على الغاصب على الأقوى، فهنا أولى. و إن كان التفاوت لنقص فى العين ضمنه المستعير، كما يضمن الجملة. و فى حكم التلف تعدّر ردّه لغصب و نحوه، أمّا تعدّره لبيع المرتهن له فسيأتى حكمه، فإطلاق المصنّف تعدّر إعادته يحتاج إلى التقييد.

و إنّما يلحق هذه العاريه الحكمان السابقان بعد الرهن، أما قبله فالأقرب انتفاؤهما، فلا يضمن إلا بالتفريط، و يجوز للمعير الرجوع فيها. و كذا يجوز بعده قبل

ص: ٦١

و لو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبه بما بيع به. (١) القبض، إن جعلناه شرطاً في اللزوم.

ثم إن سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء، جاز رهنه مما شاء على أي مقدار شاء، بأي أجل شاء. وإن قيد له بعضها تقيد. وإن أطلق الإذن ففي جوازه قولان، أحدهما الجواز، ويتخير كما لو عمم، عملاً بالإطلاق. و به قطع في الدروس (١). والثاني: المنع، لما فيه من الغرر 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 فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل، فإنه يدخل بطريق أولى.

قوله: «و لو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبه بما بيع به».

إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره، من جواز بيعه إن كان وكيلًا و إلا - استأذن المالك، و إلا الحاكم كما مر. فإذا باعه على وجه يصح فليكن بثمن المثل فصاعداً، كما في كل وكيل، فإن باعه بأكثر فللمالك الأكثر، لأنه ثمن ملكه، إذ العين باقية على ملكه إلى زمان البيع، و لا - يتصور بيعه بنقصان عن قيمته. فعبارته المصنّف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارته القواعد بأنه يرجع بأكثر الأمرين من القيمة و ما بيع به، لإيهامه إمكان بيعه بدون القيمة، و هو ممتنع، بخلاف الزيادة، لإمكان اتفاق راغب فيها يزيد عن ثمن المثل، بحيث لو لا ظهوره لما وجب تحريره، لكونه على خلاف العادة المعروفه في ثمن مثله.

و ربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحه البيع بسبب قلّه الراغب في الشراء، مع كون قيمه المال في ذلك الوقت و المكان عند ذوى الرغبه أزيد مما بذل فيه. و يشكل بأنّ المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله، فإن كان الذى باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه، و إلا لم يصح البيع.

ص: ٦٢

و إذا رهن النخل لم تدخل الثمره و إن لم تؤبّر. (١) و كذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع، و لا- الشجر، و لا- النخل. و لو قال: بحقوقها، دخل. و فيه تردّد (٢)، ما لم يصرّح.

قوله: «و إذا رهن النخل لم تدخل الثمره و إن لم تؤبّر».

زوائد الرهن الموجوده حال الرهن متى كانت منفصله كالولد و اللبن، أو متّصله لكن تقبل الانفصال كالثمره و الشعر و الصوف المستجزّين، لم يدخل في الرهن على المشهور. و استقرب في التذكرة دخول الصوف و الشعر على ظهر الحيوان، محتجاً بأنه كالجزيء منه، و تردّد في دخول اللبن في الضرع [١]. و في القواعد (١) تردّد في الأمرين.

و لا- فرق في ذلك بين ثمره النخل و غيره، و إنما خصّ المصنّف ثمره النخل، لأنها بعد الظهور و قبل التأبير تدخل في بيع الأصل، بخلاف غيرها من الثمار، فإنها متى ظهرت لا تدخل في عقد مطلقاً. و لما كان ذلك الحكم مختصاً بالبيع تبّه المصنّف عليه هنا. و تبّه به أيضاً على خلاف بعض العامّه (٢) حيث أدخله، قياساً على البيع.

كلّ ذلك مع عدم الشرط.

قوله: «و كذا لو رهن الأرض لم يدخل الزرع و لا الشجر و لا النخل».

و لو قال: بحقوقها، دخل. و فيه تردّد».

منشأ التردد: من توهم كون الشجر من حقوق الأرض، كما فهمه الشيخ (رحمه الله) (٣)، و من ظهور عدمه، إذ لا يعدّ من حقوقها لغه و لا عرفاً. و الأصحّ عدم الدخول. و قد سبق مثله في البيع (٤). نعم لو قال: بجميع ما اشتملت عليه، أو نحوه، دخلت على الظاهر.

ص: ٦٣

١-٢) قواعد الأحكام ١:١٦٥.

٢-٣) المجموع ١٠:١٤٩.

٣-٤) المبسوط ٢:٢٤١.

٤-٥) راجع ج ٣:٢٣٠.

و كذا ما ينبت فى الأرض بعد رهنها، سواء أنبتة الله سبحانه أو الراهن أو أجنبى، إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون. (١) و هل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، و قيل: نعم، و هو الأشبه. (٢) و لو رهن لقطه ممّا يلقط كالخيار، فان كان الحقّ يحلّ قبل تجددّ الثانيه صحّ. و إن كان متأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميّز، قيل: يبطل، و الوجه أنه لا يبطل. (٣) و كذا البحث فى الخرطه ممّا يخرط، و الجزه ممّا يجرّ.

قوله: «و كذا ما ينبت فى الأرض - إلى قوله - من الشجر المرهون».

إنّما خصّ ذلك بعد حكمه بعدم دخول النماء المتجدّد، للتنبيه على أنّ مثل هذا لا يعدّ نماء للأرض، فلا يجرى فيه الخلاف، و أمّا ما كان منه من الشجر المرهون فلا إشكال فى بقاءه على ما كان، لا أنّه يتجدّد له الدخول.

و هل يتوقّف غرسه حينئذ على إذن المرتهن؟ يحتمله، لأنّه تصرّف فى الرهن و انتفاع به فيتوقّف، و عدمه، لأنّه مصلحه له و زياده فى قيمته كالسقى و الدواء. و قد تقدّم. نعم، لو أضرّ بالأرض فلا ريب فى توقّفه على إذنه. و كذا لو كان الغرس من غير المرهون.

قوله: «و هل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، و قيل: نعم، و هو الأشبه».

وجه ما اختاره المصنّف: أنّ إبقاءه فى المحلّ المرهون تصرّف فيه، و هو ممنوع منه، كما لو وضع متاعه فى الدار. و وجه العدم: أصالته، و منع أنّ مثل ذلك يعدّ تصرفاً. و قد يفرّق بينه و بين المتاع بأنّ وضع المتاع منه، فهو سبب فى بقاءه، بخلاف ما أنبتة الله تعالى. نعم، لو كان ذلك بفعل الراهن فإجباره على إزالته أقوى.

قوله: «و لو رهن لقطه ممّا يلقط كالخيار - إلى قوله - و الوجه أنه لا يبطل».

لا إشكال فى الجواز حيث لا يحصل الاشتباه، لعدم المانع و وجود المقتضى

و إذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجنايه برقبته، و كان حقّ المجنّى عليه أولى. (١) و إن جنى خطأ، فان افتكّه المولى بقى رهنا، و إن سلّمه كان للمجنّى عليه منه بقدر أرش الجنايه، و الباقي رهن.

و إن استوعبت الجنايه قيمته، كان المجنّى عليه أولى به من المرتهن.

للصّحّه. أمّا معه فقال الشيخ (رحمه الله) (١): إنّه لا يصحّ الرهن، لتعدّر الاستيفاء بسبب عدم التميّز، و لأنّه لا يصحّ بيعه عند الأجل لجهله، فلا يصحّ رهنه. و يضعف بمنع تعدّر الاستيفاء، لإمكانه بالصلح، و لأنّ المعتر اجتماع شرائط الصّحّه وقت الرهن، و هى حاصله. و صحّه البيع - لو سلّم شرطيتها - فالمعتبر منها ما كان عند إنشاء الرهن، لأنّه وقت اعتبار الشرائط، و هى حاصله أيضا. فما اختاره المصنّف من عدم البطلان أصحّ.

قوله: «و إذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجنايه برقبته، و كان حقّ المجنّى عليه أولى».

إنما كان حقّ المجنّى عليه أولى، مع أنّ سببه متأخّر عن حقّ المرتهن، و من شأن السابق التقدّم عند التعارض، لوجوه:

الأوّل: أنّ حقّ المجنّى عليه متعيّن فى الرقبه، و من ثمّ لو مات الجانى لم يلزم السيّد شىء، و حقّ المرتهن متعلّق بالرقبه و بذمّه الراهن، فلا يفوت حقّه بفواتها.

و مرجع ذلك إلى أنّ للمرتهن بدلا و لا بدل للمجنّى عليه.

الثانى: أنّ حقّ المجنّى عليه يتقدّم على حقّ المالك، فلاّ يتقدّم على حقّ المرتهن أولى.

الثالث: أنّ تعلّق المرتهن بالرهن أضعف من تعلّق المجنّى عليه، و من ثمّ كان للمجنّى عليه الاستيفاء بدون مراجعه المالك، بخلاف المرتهن. و هذه الوجوه الثلاثه

ص: ٦٥

و لو جنى على مولاه عمدا اقتص منه، و لا- يخرج عن الرهانه. و لو كانت الجنايه نفسا جاز قتله. أما لو كانت خطأ لم يكن لمولاه عليه شيء، و بقى رهنا. (١) و ارده فى جنايه العمد، و أمّا الخطأ فيختص بالأولين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: جنايه العبد المرهون إن كانت نفسا، و أوجبت قصاصا، فأمره إلى المجنى عليه، فإن اقتص بطل الرهن. و كذا إن استرقه. و إن عفى عنه بقى رهنا، إذ لم يبطل الرهن بالجنايه، و إنّما تراجحت عليه الحقوق. و إن عفى على مال، فإن بذله السيد بقى رهنا، أيضا، و إلاّ بيع العبد و بطل الرهن، و إن عاد إلى ملك الراهن. و إن أوجبت قصاصا فى الطرف و نحوه اقتص منه، و بقى رهنا أيضا.

و إن أوجبت مالا- فى بعض صور العمد، أو فى الخطأ مطلقا، فالأمر كما قرّرناه من أنّه إن فداه السيد بقى رهنا. و إن استرق أو بيع، فإن فضل منه شيء بقى كذلك، و إلاّ- بطل الرهن. و لو كان الواجب دون قيمه العبد و لكن تعدّر بيع البعض، أو انتقصت قيمه به، بيع الجميع، و الفاضل من الثمن عن الجنايه يكون رهنا، كما لو اضطرّ إلى بيع الرهن.

و لا- فرق فى ذلك كلّ بين كون الجنايه من العبد ابتداء، أو بأمر السيد، و إن كان مكرها له عندنا، و إن كان مع الإكراه يحبس المكره حتى يموت. نعم، لو كان العبد غير ممّيز، أو أعجميا يعتقد و جوب طاعه السيد فى جميع أوامره، فقد قال فى التذكرة (١): إنّ الجانى هو السيد، و عليه القصاص أو الضمان، و لا يتعلّق برقبه العبد شيء، بل يبقى رهنا و إن كان السيد معسرا.

قوله: «و لو جنى على مولاه عمدا اقتص منه- إلى قوله- و بقى رهنا».

جنايه العبد على سيّده إن كانت عمدا، و أوجبت قصاصا، تخيير مولاه أو وليّه بين القصاص و العفو، فإن اقتص و بقى حيّا- كما لو كانت على طرف- بقى رهنا، و إلاّ فات. و إن أوجبت مالا فى العمد- على بعض الوجوه- أو فى الخطأ، لم يثبت

ص: ٦٦

و لو كانت الجنايه على من يرثه المالك(١) ثبت للمالك ما ثبت للموروث من القصاص، أو انتزاعه فى الخطأ إن استوعبت الجنايه قيمته، أو إطلاق ما قابل الجنايه إن لم يستوعب.

للمولى شىء، لأنَّ العبد ماله، و لا يثبت له مال على ماله، و إلاَّ لزم تحصيل الحاصل، بخلاف القصاص فى النفس و الطرف، لأنَّه شرع للزجر و الانتقام، و العبد أحقَّ بهما سيما عن سيده.

قوله: «و لو كانت الجنايه على من يرثه المالك. إلخ».

إذا جنى العبد المرهون على من يرثه المالك، فان كانت فى غير النفس فأمره يتعلّق بالمجنّى عليه، و هو فى ذلك كالأجنبى. و قد تقدّم حكمه. و فى عبارته المصنف بسبب ذلك تجوز، لأنَّه جعل الحكم فى جميع الأقسام للمالك. و إن كانت نفساً و أوجبت قصاصاً فله قتله، لأنَّه لا يخرج عن حكم القسمين [١] السابقين. و هو واضح. و إن اختار الاسترقاق، أو كانت خطأ، أو كان المورث قد مات فى القسم الأول قبل الاستيفاء، ثبت للمالك ما كان يثبت لمورثه من الحكم قصاصاً و مالا، فله فكّه من الرهن لأجل المال.

و الفرق بين الجنايه على المولى و على مورثه - مع أنّ الحقّ للمولى فى الموضوعين - أنّ الواجب فى الجنايه على المولى له ابتداء، و يمتنع أن يجب له على ما له مال، كما مرّ، أما الجنايه على مورثه فالحقّ فيها ابتداءً للمجنّى عليه، و إنّما ينتقل الحقّ إلى الوارث من المورث، و إن كان ديه، لأنَّها محسوبه من تركته، يوفى منها دينه و ينقذ وصاياه. و كما لا يمتنع ثبوت مال للمورث المولى على عبده، لا يمتنع انتقاله عنه إليه، فيفكّه من الرهن لذلك.

و تبيّن بالفرق على خلاف بعض الشافعيّين (١)، حيث حكم بسقوط المال بانتقاله

ص: ٦٧

(١-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٤:٤٥٣، الفتح العزيز ١٥٣:١٠-١٥٤.

و لو أتلّف الرهن متلف، ألزم بقيمته و تكون رهنا(١)، و لو أتلّفه المرتهن. لكن لو كان و كيلا- في الأصل لم يكن و كيلا- في القيمة، لأنّ العقد لم يتناولها.

و لو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن. فلو عاد خلّا، عاد إلى ملك الراهن(٢).

إلى سيده، و يبقى رهنا، للوجه الذي انتفى لو كان المال للسيد ابتداء.

قوله: «و لو أتلّف الرهن متلف ألزم بقيمته و تكون رهنا. إلخ».

الإتلاف مشعر بالمباشره، و هو يقتضى الضمان. و الحاصل: أنّ إتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمه، سواء كان المتلف الراهن أم المرتهن أم الأجنبي، كان العوض رهنا، لكن لو كان المرتهن و كيلا- في حفظ الأصل، أو في بيعه، بطلت و كالتة. و الفرق بين الرهن و الوكالة- مع اشتراكهما في التعلّق ابتداء بالعين- أنّ الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الحقّ من قيمتها، فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن، بخلاف الوكالة، فإنها إذن منوطه بما عينه المالك.

و الأغراض تختلف كثيرا في حفظ الأموال و بيعها باختلاف الأشخاص، فربّما استأمنه على عرض و لا يستأمنه على قيمته. و ربّما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه، و ليس بعارفا بغيره.

قوله: «و لو رهن عصيرا فصار خمرا، بطل الرهن فلو عاد خلّا عاد إلى ملك الراهن».

إنما يبطل الرهن بذلك بطلانا مراعى ببقائه كذلك أو بتلفه، فلو عاد خلّا عاد الرهن، و إن كانت عباره المصنف تؤذن بخلاف ذلك، من حيث البطلان، و من قوله: «عاد إلى ملك الراهن»، فإنّه يشعر بعدم عوده رهنا، كما لو ملك الراهن الرهن بعد انتقاله عن الراهن (١) بوجه من الوجوه. و لو قال: فلو عاد خلّا رجع رهنا،

ص: ٦٨

---

(١-١) كذا في «س» و في غيرها «عن الرهن». و الأولى. و الأولى «عنه».



و لو رهن من مسلم خمرا لم يصحّ. فلو انقلب في يده خلاّ فهو له على تردّد. (١) كان أخصر و أفاد الحكمين، فإنّ عوده رهنا يستلزم عود ملك الراهن.

و الحاصل: أنّهم لا- يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال أثره بالكليه، بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقيه. و تبقى علاقه الرهن، لبقاء أولويه المالك على الخمر المتخذ للتخلييل، فكأنّ الملك و الرهن موجودان فيه بالقوه القريبه، لأنّ تخلله متوقّع. و الزائل المعبر عنه بالبطلان الملك و الرهن بالفعل، لوجود الخمرية المنافيه.

و نظير ذلك أنّ زوجه الكافر إذا أسلمت خرجت بذلك من حكم العقد، و حرم وطؤها عليه، فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العده عاد حكم العقد. و كذلك إذا ارتدّ أحد الزوجين.

ثمّ إن كان الرهن مشروطا في عقد كبيع، و كانت الخمرية بعد قبضه، فلا خيار للمرتهن، لحدوث العيب في يده. و إن كان قبل القبض، فان لم يشترط فالحكم كذلك، لعروض المبطل بعد تمام الرهن. و إن اشترطنا القبض تخير المرتهن في العقد المشروط فيه.

قوله: «و لو رهن من مسلم خمرا لم يصحّ، فلو انقلب في يده خلاّ فهو له على تردّد».

ضمير «له» يعود على المرتهن المدلول عليه ب«رهن»، فإنه يقتضى راهنا و مرتهنا. و المراد: أنه إذا رهنه الخمر و أقبضه إيّاها لم يصحّ الرهن، لأنّ الخمر لا تملك للمسلم و إن اتّخذت للتخلييل، فإذا دفعها إلى المرتهن و تخلّلت في يده ملكها المرتهن، لاستيلاء يده عليها، كما يملك سائر المباحات التي لا يد لأحد عليها بذلك.

و وجه التردّد في ذلك: ممّا ذكر، و من أنّ يد الأول لم تنزل بالرهن، لأنّ الراهن له يد على الرهن في الجملة، و هي أسبق. و يقوى ذلك لو كانت محترمه، و هي التي اتّخذها الراهن للتخلييل، أما غيرها فالأول أقوى.

و كذا لو جمع خمرا مرقا. (١) و ليس كذلك لو غصب عصيرا (٢).

قوله: «و كذا لو جمع خمرا مرقا».

أى جمعه و صار فى يده خلا، فإنه يكون له على تردد فيه، مما ذكر سابقا. و يزيد احتمال كونه للأول ضعفا بخروج أولويه يده بإراقتها، فانتهى تعلقه بها بالكلية، فتكون ملكا للثانى.

و ربما وجه ملك الأول بأن جمع الثانى لها محرّم، فلا تثبت يده عليها، فلا يصح تملكها. و هو ممنوع، لأنّ تحريم الجمع إنّما يتم لو لم يرد التخليل، و أمّا لو أراد صَحّ له ذلك، كما يصحّ إبقاؤها و حفظها لذلك، و من ثمّ سمّيت محترمه، أى يحرم غصبها و إتلافها على من هى فى يده، و لو لا احترامها لأدى ذلك إلى تعذّر اتّخاذ الخلّ، لأنّ العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسيط الشدّه، فالقول بملك الجامع لها أقوى.

و اعلم أنّ الخمر مؤنّث سماعيّ، فحقّ الضمائر العائده إليها أن تكون مؤنّثه، و هى فى عباره المصنّف ليست كذلك، لكنّه جائز غير فصيح.

قوله: «و ليس كذلك لو غصب عصيرا».

بمعنى أنّه لو غصب عصيرا فصار فى يد الغاصب خمرا ثمّ عاد خلا، فإنّ الغاصب لا يملكه، بل يكون ملكا للمغصوب منه، لأنّه غصبه و هو ملكه، فلم يكن ليد الغاصب أثر. و إن كان قد ينقذح احتمال ملكه، من حيث زوال ملك المغصوب منه بصيرورته خمرا، فتصير كالمعدوم، فاذا تخلّلت فى يد الغاصب ملكها باليد الطاريه بعد التخليل. و لا يؤثّر كونه غاصبا قبل ذلك، لأنّ الغصب زال بالخمرية، حيث لم يبق مالا. و هو ممنوع بما تقدّم من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخليل، كيف و قد كانت من قبل مالا محضا.

و لقد كان على المصنّف أن يذكر قبل هذه المسأله حكم من غصب خمرا من غيره فتخلّل فى يده، فإنّ فى ملك الغاصب له خلافا مشهورا، ثمّ يقول: و ليس كذلك لو غصب عصيرا، إذ لا خلاف فى هذه. و أيضا فالحكم السابق ليس فيه

و لو رهنه بيضه فأحضنها، فصارت في يده فرخا، كان الملك و الرهن باقيين. و كذا لو رهنه حبا فررعه. (١) و إذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما، (٢) كانت حصه كل واحد منهما رهنا بدينه. فإذا آذاه صارت حصته طلقا، و إن بقيت حصه الآخر.

حكم غصب الخمر، و إنما فيه جمع المراق و رهنه. و كلاهما لا- يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير، و إن كان في الحقيقة مسلوبا، إذ ليس من شكله. و إنما يناسبه سلب حكم غاصب الخمر إن حكم فيه بملك الغاصب، كما اختاره جماعه (١).

قوله: «و لو رهنه بيضه- إلى قوله- فررعه».

وجهه واضح، فإن هذه الأشياء نتيجة ماله، و مادتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغير. و الاستحالات المتجدده صفات حصلت فيها، و حصل بسببها استعدادات مختلفه لتكوينات متعاقبه خلقها الله تعالى فيها و وهبها له، فليس للمرتهن في ذلك شيء.

و تبه بذلك على خلاف من قال: إن هذه التغيرات تفيد ملك القابض، تنزيلا للعين بمنزله التالف، فغاياته ضمان المثل أو القيمة. و هو ضعيف جدا. و قد ذكروا هذه المسألة في باب الغصب. و خالف فيها جماعه من العامه (٢) و الشيخ (٣) من أصحابنا في بعض أقواله.

قوله: «إذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما. إلخ».

هذا عندنا موضع وفاق، و وجهه أن رهن كل منهما عند الإطلاق ينصرف إلى دينه لا إلى دين صاحبه، فإن ذلك هو مقتضى العرف، إلا أن يصرحاً بكون كل منهما قد رهن حصته على دينه و دين صاحبه، فإنه حينئذ لا ينفك إلا بوفاء الدينين.

و تبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٤)، حيث حكم بأن الإطلاق منصرف إلى

ص: ٧١

١- ١) منهم العلامة في القواعد ٢٠٦: ١، و ولده فخر المحققين في الإيضاح ١٥: ٢.

٢- ٢) المبسوط للسرخسي ٩٤: ١١-٩٥، بدائع الصنائع ١٤٨: ٧.

٣- ٣) الخلاف ٤٢٠: ٣، المبسوط ١٠٥: ٣.

٤- ٤) بدائع الصنائع ١٣٨: ٦، فتاوى قاضيخان «المطبوع بهامش الفتاوى الهنديه» ٥٩٩: ٣.

الثالث: في النزاع الواقع فيه.

و فيه مسائل:

### الأولى: إذا رهن مشاعا، وتشاح الشريك و المرتهن في إمساكه

الأولى: إذا رهن مشاعا، وتشاح الشريك و المرتهن في إمساكه، انتزعه الحاكم و أجره إن كان له أجره (١)، ثم قسّمها بينهما بموجب الشركه، و إلا استأمن عليه من شاء، قطعاً للمنازعه.

### الثانيه: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلى الوارث

الثانيه: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلى الوارث، فان امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك (٢)، فان اتّفقا على أمين، و إلا استأمن عليه الحاكم.

جعل كلّ منهما على الدّينين، فلا ينفكّ حتى يوفيا معا، و يكون حصّه كلّ منهما بالنسبه إلى دين الآخر بمنزله المستعار للرهن.

و إنّما يقع الاشتباه في المسأله لو جعلنا إطلاق الرهن موجبا لكونه على كلّ جزء من الدّين. و لو قلنا بانفكاكه أجمع عند وفاء بعض الدّين فلا شبهه هنا في الانفكاك.

و قد تقدّم (١) البحث في ذلك.

قوله: «إذا رهن مشاعا- إلى قوله- إن كان له أجره».

لا- فرق بين اختلافهما في إمساكه لأجل القبض و إمساكه لأجل الاستيمان إلى أن يحلّ الأجل، فإن الحاكم ينصب له عدلا ليقبضه عن الرهن، و ليكن بإذن الراهن، و للأمانه. ثمّ إن كان ذا أجره أجره الحاكم أو من نصبه مدّه لا تزيد عن أجل الحقّ، فلو زادت بطل الزائد، و تخير المستأجر مع جهله إلا أن يجيز المرتهن. ثمّ إن قلنا بدخول النماء المتجدّد في الرهن تعلق الرهن بحصّه الراهن من الأجره، و إلا فلا.

قوله: «إذا مات المرتهن- إلى قوله- كان له ذلك».

قد تقدّم أنّ الرهن لا يبطل بموت كلّ منهما، لأنّه لازم من جهه الراهن،



## الثالثة: إذا فُزط في الرهن و تلف لزمته قيمته يوم قبضه

الثالثة: إذا فُزط في الرهن و تلف لزمته قيمته يوم قبضه، و قيل: يوم هلاكه، و قيل: أعلى القيم. (١) و حقّ للمرتهن، و لكنّ الوكّال في حفظه و بيعه تبطل، لفوات متعلّقها و إن كانت مشروطه في عقد لازم، فإنّ الأغراض تختلف في الاستيمان باختلاف الأشخاص.

و حينئذ فإن اتّفقا على أمين و إلّا رجع (١) أمره إلى الحاكم، لأنّه وليّ الممتنع. و هذا كلّ واضح.

قوله: «إذا فُزط في الرهن - إلى قوله - أعلى القيم».

حكم المصنّف باعتبار قيمته يوم قبضه مبنى على أنّ القيميّ يضمن بمثله. و مع ذلك في اعتبار يوم القبض نظر، لأنّه ثمّ لم يكن مضمونا، فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان.

و القول بضمانه يوم هلاكه للأكثر، و منهم المصنّف في النافع (٢)، لأنّه وقت الحكم بضمان القيمي، لأنّ الحقّ قبله كان منحصرًا في العين، و إن كانت مضمونه.

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو بسبب نقص في العين غير مضمون، أمّا لو فُزط فنقصت العين بهزال و نحوه ثمّ هلك اعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف كالغاصب، لأنّ ضمان الأجزاء تابع لضمان العين.

و القول بأعلى القيم يحتمل ما ذكرناه، و وجهه واضح، و أن يريد به الأعلى من حين التلف إلى الحكم عليه بالقيمه، و هو قول ابن الجنيد (٣)، و الأعلى من حين القبض إلى يوم التلف مساواه للغاصب. حكاة في النافع (٤) و نسب إلى الشيخ في المبسوط (٥). و أطلق جماعه الأعلى كما أطلق المصنّف. و يضعّف قول ابن الجنيد بأنّ المطالبه لا دخل لها في ضمان القيميّ، و الأخير بأنّه غير مضمون قبل التفريط، فلا

ص: ٧٣

١- ١) في «ب» رفع.

٢- ٢) المختصر النافع ١: ١٣٨.

٣- ٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤١٧.

٤- ٤) المختصر النافع ١: ١٣٨.

٥- ٥) نسبه السيوري إلى الشيخ في المبسوط راجع التنقيح الرائع ٢: ١٧٤ و لم نعثر عليه في المبسوط.

فلو اختلفا فى القيمه كان القول قول الراهن. (١) و قيل: القول قول المرتهن. و هو أشبه.

### الرابعه: لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن

الرابعه: لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن. (٢) و قيل: القول قول المرتهن، ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن. و الأول أشهر.

وجه لاعتبار قيمته.

هذا كله إذا كان قيمياً، و لو كان مثلياً ضمن بمثله إن وجد، و إلا فقيمه المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب قبله إنما كان المثل، و إنما انتقل إلى القيمه حينئذ لتعدّر المثل، بخلاف القيمي، فإن القيمه استقرت فى الذمه من حين التلف قطعاً، و إنما يقع الاشتباه فى قدرها حينئذ بسبب الاعتبارات السابقه.

قوله: «فلو اختلفا فى القيمه فالقول قول الراهن. إلخ».

الأشبه أشبه، لأنه منكر للزائد، و الأصل عدمه و براءته منه. و القول الأول للأكثر، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً، فلا يقبل قوله. و يضعف بأننا لم نقبل قوله من هذه الحيثيه، بل لما ذكرناه.

قوله: «فلو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن. إلخ».

الأول قول الأكثر. و هو الأقوى، لأصالة عدم الزيادة و براءه ذمه الراهن، و لأنه منكر فيكون القول قوله، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (١)، و موثقه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام (٢). و القول الثانى لابن الجنيد (٣)، استناداً إلى روايه السكونى عن الصادق عليه السلام: «إن علينا عليه السلام قال:

ص: ٧٤

١- (١) الكافي ٥: ٢٣٧ ح ٢، التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٦٩ بتفاوت يسير، الوسائل ١٣: ١٣٧ ب «١٧» من أبواب كتاب الرهن ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٧٠، الاستبصار ٣: ١٢١ ح ٤٣٣، الوسائل ١٣: ١٣٨ ب «١٧» من أبواب كتاب الرهن ح ٣.

٣- (٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤١٧.

يصدّق المرتهن حتى يحيط بالثمن، لأنه أمينه» (١). و الروايه-مع ضعفها و ندورها- معارضه للصحيح مخالفه للأصل.

بقي في المسأله شىء، و هو أنّ المصنّف في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيد بأنّ القول قول المرتهن ما لم تستغرق دعواه الرهن. و مقتضاه أنّه مع الاستغراق لا يقدّم قوله، سواء ادّعى أنّ الدّين بقدر قيمه الرهن أم أزيد، لتحقّق الاستغراق فيهما. و في النافع (٢) نقل القيل بتقديم قوله ما لم يدّع زياده عن قيمه الرهن. و كذا عبّر أكثر الجماعه. و مقتضاه أنّه لو ادّعى قدر الدّين كان القول قوله.

و الموجب لهذا الاختلاف عبارته ابن الجنيد، فإنّه قال: «المرتهن يصدّق في دعواه حتّى يحيط بالثمن، فان زادت دعوى المرتهن على قيمه لا- تقبل إلا- بيّنه» (٣) فإنّه في أوّل عبارته جعل غايه التصديق إحاطه الدعوى بالثمن، و الغايه خارجه عن المعنى، فيقتضى عدم التصديق مع الإحاطه، و عقبه بقوله: فان زادت دعوى المرتهن عن قيمه لا تقبل، و مفهوم الشرط أنّه مع عدم الزيادة يقبل. فقد تعارض في كلامه مفهوم الغايه و الشرط، فاختلف النقل عنه لذلك.

و أما الروايه التي هي مستند الحكم فقد ذكرنا لفظها سابقا لذلك (٤).

و حاصلها جعل الإحاطه غايه القبول، و لم يتعرّض للزياده. و حينئذ فيبني على أنّ الغايه هل هي داخله في المعنى حيث تنفصل منه حسياً أم لا؟ و يبني على ذلك دلالة الروايه. لكن لما كان المختار و المتّضح خروجها جعل المصنّف في هذا الكتاب شرط القبول عدم الاستغراق، مضافاً إلى صدر كلام ابن الجنيد. و الجماعه-و منهم المصنّف في النافع- نظروا إلى مجرد كلام ابن الجنيد، و اعتبروا منه مفهوم الشرط،

ص: ٧٥

١- (١) الفقيه ٣: ١٩٧ ح ٨٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٥، التهذيب ٧: ١٧٥ ح ٧٧٤، الوسائل ١٣: ١٣٨ ب «١٧» من أبواب كتاب الرهن ح ٤.

٢- (٢) المختصر النافع ١: ١٣٩. و لكنه لم يسند القول إلى القيل بل إلى الروايه.

٣- (٣) راجع المختلف: ٤١٧.

٤- (٤) في «س»: كذلك.



## الخامسة: لو اختلفا في متاع، فقال أحدهما: هو وديعه، وقال الممسك: هو رهن

الخامسة: لو اختلفا في متاع، فقال أحدهما: هو وديعه، (١) وقال الممسك: هو رهن، فالقول قول المالك. وقيل: قول الممسك. والأول أشبه.

و حملوا الغايه عليه جمعا، لأنه الأقوى. وإنما يظهر أثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله و عملنا بالروايه، و حيث أطرحناهما سهل الخطب.

قوله: «لو اختلفا في متاع فقال أحدهما: هو وديعه. إلخ».

القول الأول للأكثر، و عليه العمل، لأصالة عدم الرهن، و لأن المالك منكر، فيكون القول قوله، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (١). و القول الثاني للشيخ - رحمه الله - في الاستبصار (٢)، و قبله الصدوق (٣)، لروايه عباد بن صهيب (٤) و ابن أبي يعفور (٥) عن الصادق عليه السلام. و فيهما - مع ضعفهما - مخالفه الأصل و معارضه الصحيح. و فضل ابن حمزه (٦) فقبل قول المرتهن إن اعترف الراهن له بالدين، و قول الراهن إن أنكره، للقرينه. و فيه أيضا جمع بين الأخبار، و لكن قد عرفت ما فيه.

و اعلم أن المراد بقول المصنف: «أحدهما» هو المالك، بقرينه ما بعده، و بعدم الفائدة لو كان غيره، فلو أبدله به كان أولى.

ص: ٧٤

١ - ١) المتقدمه في ص ٧٤.

٢ - ٢) الاستبصار ١٢٣: ٣.

٣ - ٣) المقنع: ١٢٩.

٤ - ٤) الكافي ٢٣٨: ٥ ح ٤، الفقيه ١٩٥: ٣ ح ٨٨٨، الاستبصار ١٢٢: ٣ ح ٤٣٦، التهذيب ١٧٦: ٧ ح ٧٧٦، الوسائل ١٣٧: ١٣ ب «١٦» من أبواب الرهن ح ٣.

٥ - ٥) الكافي ٢٣٧: ٥ ح ١، الفقيه ١٩٩: ٣ ح ٩٠٦، رواه عن فضاله، عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام، الاستبصار ١٢٣: ٣ ح ٤٣٧، التهذيب ١٧٤: ٧ ح ٧٧١ بتفاوت، الوسائل ١٣٦: ١٣ ب «١٦» من أبواب كتاب الرهن ح ٢.

٦ - ٦) الوسيطه ٢٦٦

## السادسه: إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع، ثم اختلفا

السادسه: إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع، ثم اختلفا، (١) فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بعده، كان القول قول المرتهن، ترجيحاً لجانب الوثيقه، إذ الدعويان متكافئان.

قوله: «إذا أذن المرتهن للراهن فى البيع و رجع، ثم اختلفا.

إلخ».

وجه التكافؤ: أنّ الراهن يدعى تقدّم البيع على الرجوع، والأصل عدمه، و المرتهن يدعى تقدّم الرجوع على البيع، والأصل عدم تقدّمه أيضاً، فتكافؤ الأصلان فيتساقتان، و يبقى حكم الرهن على العين باقياً، و هو ترجيح جانب الوثيقه.

و فيه: أنّ أصله بقاء الرهن معارضه أيضاً بأصله صحّحه البيع، لأنّ وقوعه معلوم، كما أنّ وقوع الرهن معلوم، فيتعارضان أيضاً و يتساقتان، و يبقى مع الراهن ملكيه المرهون و صحّحه تصرفه فيه، فإنّ الناس مسلّطون على أموالهم.

فإن قيل: أصله صحّحه العقد مترتباً على سبقه على الرجوع (١)، فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحّحه العقد.

قلنا: و أصله استمرار الوثيقه مترتباً على سبقه على الرجوع للبيع، فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها. نعم، يمكن دفعه بوجه آخر، و هو أنّ صحّحه العقد غير معلومه، لقيام الاحتمال المذكور، و صحّحه الرهن معلومه، لوقوعها سابقاً جامعاً للشرائط، و إنما حصل الشكّ فى طروء (٢) المبطل، فترجح، لأنها أقوى من هذه الجبهه.

فإن قيل: إنّ الأصل و إن كان عدم صدور البيع على الوجه الذى يدّعيه الراهن، إلاّ أن الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعا لشرائطه، و ليس ثمّ ما يخلّ بصحّته إلاّ كون الرجوع قبله. و يكفى فيه عدم العلم بوقوعه كذلك، و الاستناد إلى أصله بقاء الاذن السابق، لأنّ المانع لا يشترط العلم بانتفائه، بل يكفى عدم العلم بوقوعه، و إلاّ لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعيه، إذ لا قطع بانتفاء

ص: ٧٧

١ - ١) فى أصل النسخ «الإذن» بدل «الرجوع» و التصحيح من هامش «و» و «ن».

٢ - ٢) فى «ه» و «م»: طرف.

الموانع.و حينئذ فينتفى (١)حكم كلّ من الأصليين السابقين.

قلنا:لا نسلّم وقوع البيع جامعا لشرائطه الشرعيّه،لأنّ من جملة شرائطه إذن المرتهن،و حصوله غير معلوم.

و تنقيح ذلك:أنّ الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا لم يمكن الحكم بصحّه البيع الواقع من الراهن إلاّ بإذن معلوم من المرتهن حاله البيع.و لما حصل الشكّ فى حصولها حالته وقع الشكّ فى حصول الشرط نفسه،لا فى وجود المانع.و معلوم أن الشرط لا يكفى فيه عدم العلم بانتفائه،بل لا بدّ من العلم بحصوله،ليترتب عليه المشروط و لو بطريق الاستصحاب،كالصلاه مع يقين الطهاره سابقا و الشكّ فى بقائها الآن.و الأمر هنا كذلك،فإنّ الرهن المانع من صحّه البيع واقع يقينا و مستصحب الآن،و الشرط المقتضى لصحّه البيع و إن كان معلوم الوقوع،لكن لا فى زمان البيع،لا باليقين و لا بالاستصحاب،فيرجح جانب الوثيقه كما ذكروه.

بقى فى إطلاق الحكم بذلك بحث آخر،و هو أنّ ذلك كلّهُ إنّما يتمّ حيث يطلقان الدعويين من غير اتّفاق منهما على زمان معيّن للبيع أو الرجوع،أو مع اتّفاقهما على وقت واحد،ليتحقق تعارض الأصول المذكوره،أمّا لو اتّفقا على زمان أحدهما و اختلفا فى تقدّم الآخر،فإنّ الأصل مع مدّعى التأخر ليس إلاّ.و وجه ذلك أنّهما لو اتّفقا مثلا- على وقوع البيع يوم الجمعة،و ادّعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمان،فالأصل يقتضى تأخره،لأنّ ذلك حكم كلّ حادث إلى أن يعلم وجوده،و إنّما علم وجوده بعد البيع،فيقدّم قول الراهن.و لو انعكس بأن اتّفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة،و ادّعى الراهن وقوع البيع قبله،من غير اتّفاق على وقت،فالأصل يقتضى تأخره إلى أن يعلم وجوده،و إنّما علم بعد زمان الرجوع،فيقدّم قول المرتهن.

ص:٧٨

## السابعه: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب فى البلد

السابعه: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب فى البلد، و يجبر الممتنع. (١) و لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب و تعاسرا، ردّهما الحاكم إلى الغالب، لأنه الذى يقتضيه الإطلاق.

و لو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق. (٢) و هذا التفصيل هو الأقوى، و هو خيره الدروس (١). و فيما عداه يقدم قول المرتهن كما ذكره الأصحاب، لقيام الدليل على ترجيح جانب الوثيقه، كما حقّقناه.

قوله: «إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب فى البلد، و يجبر الممتنع».

المراد أنّ أحدهما طلب ببيعه بالنقد الغالب و الآخر بغيره، فإنّه يباع بالنقد الغالب [فى البلد] (٢)، لانصراف الإطلاق إليه. و إنّما فسرنا بذلك ليحصل الفرق بينها و بين المسأله الآتية حيث قال: «و لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب و تعاسرا ردّهما الحاكم إلى الغالب» فإنّ اختلافهما مع اتّحاد النقد الغالب منحصر فى كون أحدهما موافقا و الآخر مخالفا، أو كونهما مخالفين، فالأول هو الأولى و الثانى الثانى. و لقد كان ذكر الأولى مغنيا عن الثانى، لإمكان أخذها مطلقه بحيث تشملهما.

و توقّف ردّهما على الحاكم إنّما يحتاج إليه مع عدم كون المرتهن و كيلا، أو معه و قد أراد ببيعه بغير الغالب، أمّا لو كان و كيلا و كاله لازمه و أراد ببيعه بالغالب لم يتوقّف على إذن الحاكم، و لم يلتفت إلى معارضة الآخر، لانصراف الإطلاق إلى ذلك شرعا و عرفا.

قوله: «و لو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق».

أى يباع الرهن بما ناسب الحق المرهون عليه، و هو ما يكون من جنسه إن اتّفق موافقه أحدهما له، فان بايناه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين. قال فى الدروس:

ص: ٧٩

١-١) الدروس: ٤٠٥

٢-٢) من (٥) فقط.

الثامنة: إذا ادعى رهانه شيء، فأنكر الراهن، و ذكر أنّ الراهن غيره، (١) و ليس هناك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن، و حلف الراهن على الآخر، و خرجا عن الرهن.

«و لو كان أحد المتباينين أسهل صرفا إلى الحقّ تعين» (١). و هو حسن.

و فى قول المصنّف: «أشبههما بالحقّ» تجوّز، فإنّه مع مناسبة أحدهما له لا يتحقّق المشابهة، فإنّ الشىء الواحد لا يشبه نفسه. و إن خالفاه كان الأسهل صرفا أولى كما ذكره فى الدروس، أو كانا سواء كما اختاره فى القواعد (٢). و أما مجرّد القرب إلى المشابهة مع تحقّق المباينة خصوصا مع بعده عن صرفه إليه عن الآخر فلا يصلح مرجّحا. و الظاهر أنّه أراد بالمشابهة الموافقه (٣).

و فى التحرير: «لو بايناه بيع بأوفرهما حظّا» (٤). و هو أقعد من الجميع، فإنّه ربما كان عسر الصرف إلى الحقّ أصلح للمالك.

قوله: «إذا ادعى رهانه شيء فأنكر الراهن و ذكر أنّ الرهن غيره. إلخ».

إنّما انتفى ما ينكره المرتهن لأنّ الرهن لمحض حقّه فاذا نفاه انتفى عنه بغير يمين، و أيضا فالعقد جائز من طرفه، فإنكاره يكون فسحا لرهنه لو كان، و تبقى اليمين على الراهن لنفى ما يدّعيه، لرجوع النزاع إلى أنّ ما يدّعيه المرتهن هل هو رهن أم لا؟ و القول قول المالك فى عدمه.

و لا إشكال فى ذلك إذا كان الرهن المتنازع فيه غير مشروط فى عقد، أما لو كان كذلك ففى بقاء الحكم السابق وجهان، من بقاء المعنى الذى أوجب ذلك

ص: ٨٠

١-١) الدروس: ٤٠١-٤٠٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٣.

٣-٣) فيما عدا «س» و «م»: الموافق.

٤-٤) تحرير الأحكام ١: ٢٠٦.

## التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالا و اختلفا

التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالا و اختلفا، فالقول قول الدافع لأنه أبصر بيّته. (١) و إن اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن (٢) مع يمينه، إذا لم يكن بيّته.

الحكم، و هو انتفاء ما يدّعيه المرتهن، و قبول قول الراهن فيما ينكره، و من أنّ إنكار المرتهن هنا يتعلّق بحقّ الراهن من حيث إنّه يدّعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان لزوم ذلك العقد، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن، فإنّ شرط الرهن من مكملات الثمن، فكلّ واحد يدّعي ثمنا غير ما يدّعيه الآخر، فهو كما لو قال:

بعتك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية، و قد تقدّم أنّ الحكم في مثل ذلك التحالف و فسخ العقد.

و قرب في القواعد (١) تقديم قول الراهن. و يشكل معه بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط، حيث انتفى كلّ واحد من الفردين المتنازع في رهنهما، أحدهما بنفى المرتهن، و الآخر بإنكار الراهن، و الحال أنّهما متفقان على وقوع عقد بشرط و لم يحصل. و كذلك يشكل فسخه في حقّ الراهن بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن ما ينفيه، مع إطلاق الأدلّة بوجود الوفاء بالعقد الذي لم يدلّ على فسخه دليل، فالقول بالتحالف و فسخ العقد بعد ذلك إن أراد المرتهن أقوى.

قوله: «لو كان له دينان أحدهما برهن - إلى قوله - أبصر بيّته».

لا- شبهه في تقديم قوله، لأنّ التيه من الأمور الخفية التي لا تعلم إلاّ من قبله، و لكن هل يلزمه مع ذلك يمين؟ يحتمل العدم، لأنّ دعوى غريمه غير معقوله، إذ لا اطلاع له على نفسه. و الحقّ ثبوته، لإمكان اطلاعه عليه بإقراره، و لسماع الدعوى فيما يخفى بمجرد التهمة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. فلا فرق حيثئذ بين تنازعهما على التيه ابتداء و على اللفظ، بأن ادّعى عليه أنّك قلت: إنّه عن الدّين الفلاني.

و عبارته المصنّف ظاهره في القسم الأول.

قوله: «و لو اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن».

لأصالة عدم الردّ، فيلزم المرتهن بالمثل أو القيمة، لا بالعين، لإمكان أن لا

ص: ٨١

يكون في يده، فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس. و الفرق بين المرتهن و المستودع، حيث قبل قوله في الرد، أنّ المستودع قبض لمصلحه المالك، فهو محسن محض و «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (١)، بخلاف المرتهن فإنه قبض لمصلحه نفسه.

و مثله المستعير و المقارض و الوكيل بجعل. و الله الموفق.

ص: ٨٢

---

(١ - ١) التوبه: ٩١.

كتاب المفلس

اشاره

كتاب المفلس

ص: ٨٣





كتاب المفلس المفلس: هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقى فلوسه.

والمفلس: هو الذي جعل مفلساً، أى منع من التصرف فى أمواله. (١) قوله: «المفلس هو الفقير- إلى قوله- فى أمواله».

عرّف المصنّف المفلس بتعريفين، أحدهما لغويّ و الآخر شرعيّ، فأشار إلى الأوّل بقوله: «هو الذى ذهب خيار ماله وبقى فلوسه». فهو مأخوذ من الفلّس واحد الفلوس، يقال: أفلس الرجل -بصيغته اللّازم- فهو مفلس -بكسر اللام- إذا صار كذلك، كما يقال: أذلّ الرجل إذا صار ذا ذلّ، و أسهل و أحزن إذا صار إلى السهل و الحزن، كما صار هذا إلى الفلوس. و هذا على سبيل الكناية، لأنّ الغرض ذهاب ماله أو أكثره بحيث لا يبقى منه إلّا الرديّ كالفلوس. و يقال له مفلس بالفتح، يقال: فلّسه القاضى تفلّيساً إذا حكم بإفلاسه.

و إلى الثانى بقوله: «و المفلس. إلى آخره». و هو- بفتح اللام- أى المجعل مفلساً، و هو الممنوع من التصرف فى أمواله، و هذا ليس على وجه التعريف الحقيقى، بل على وجه الإيضاح لمعناه الشرعى، و إلّا فالممنوع من التصرف فى ماله أعمّ من المفلس، بل من السنّه التى عقد لها كتاب الحجر، كما سيأتى.

و كلام المصنّف يؤذن بأنّه لا يسمّى مفلساً شرعاً حتى يحجر عليه لأجل الفلّس، بل فيه أنّ تفلّيسه هو الحجر عليه، كما يقال: فلّسه القاضى إذا صيرّه مفلساً بمنعه له من التصرف. و كلام الفقهاء فى هذا الباب مختلف، فإنّ منهم من جعل التفلّيس هو الحجر المذكور، كما صنع المصنّف، فقبل الحجر لا يسمّى المديون مفلساً و إن استغرقت ديونه أمواله و زادت عليها، و منهم من اعتبره مفلساً متى كان كذلك.

## إشاره

و لا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعه:

### الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم

الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم.

### الثاني: أن تكون أمواله قاصره عن ديونه

الثاني: أن تكون أمواله قاصره عن ديونه، (١) و إن لم يحجر عليه. و لهذا يقولون: الفلاس من أسباب الحجر، و يقولون: لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم يترتب الأحكام، و يقولون: شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له. و سيأتى فى عبارته المصنف أنه لا يحجر على المفلس إلا بحكم الحاكم، و غير ذلك من الأحكام التى صار هذا الاسم بسببها حقيقه، لكثرة استعمال الفقهاء له بهذا المعنى. و إطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز إما بما يؤول إليه، أو باعتبار المعنى اللغوى، فإنه مجاز شرعى بعيد. و أكثر الفقهاء منّا و من غيرنا عرّفوه شرعا بأنه من عليه ديون و لا مال له يفى بها. و هذا شامل لغير المحجور عليه.

و الحق أنّ الفلاس سابق على الحجر و مغاير له، و هو أحد أسبابه كما ذكره، لا- عينه، و لا- الحجر جزء مفهومه. نعم، قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس، كما يقال: فلّسه القاضى، لكنّه من باب إطلاق اسم السبب على المسبّب.

و على هذا لا مانع من اجتماع الفلاس و الصغر، كما إذا استدان الوليّ للصبيّ إلى هذه المرتبه، و كذا السفيه، و لا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبيّ للفلاس، لأنّه ليس بشرط فى تحقّق مفهومه شرعا، كما حقّقناه.

و على هذا فبين المعنى اللغوى و الشرعى عموم و خصوص من وجه، يجتمعان فى من عليه الديون و لا- مال له، و ينفرد اللغوى بمن ذهب ماله و ليس عليه دين، و ينفرد الشرعى بمن له مال كثير و لكن عليه دين يزيد عن ماله. و على ما يظهر من تعريف المصنف و بعضهم فهما متباينان.

قوله: «أن تكون أمواله قاصره عن ديونه».

فلو كانت مساويه لها أو زائده لم يحجر عليه عند علمائنا أجمع، بل يطالب بالديون فإن قضاها و إلا تخير الحاكم مع طلب أربابها بين حبسه إلى أن يقضى المال و بين أن يبيع متاعه و يقضى به الدّين. و لا فرق فى ذلك بين من ظهرت عليه أمارات

و يحتسب من جملة أمواله معوّضات الديون.(١)

### الثالث: أن تكون حاله

الثالث: أن تكون حاله.(٢) الفليس-مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما فى يده بإزاء دينه، ولا وجه لنفقته إلا ما فى يده-و من لم يظهر، كمن كان كسوبا ينفق من كسبه، خلافا للشافعى حيث جوّز الحجر على المساوى فى أحد أقواله، و على من ظهرت عليه أماراته فى آخر، و وافقنا فى ثالث.[١] قوله: «و يحتسب من جملة أمواله معوّضات الديون».

هى الأموال التى ملكها بعوض ثابت فى ذمته، كالأعيان التى اشتراها و استدانها، و إنما احتسبت من جملة أمواله لأنها ملكه الآن، و إن كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها و بين أن لا يرجعوا و يطالبوا بالعوض. و كما تحتسب من أمواله تحتسب أعواضها من جملة ديونه. و تبه بذلك على خلاف بعض العامة[٢] حيث زعم أنها لا- تقوم، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا يحتسب من ماله، و لا عوضها عليه من دينه.

و اعلم أن ضمير «أمواله» يعود إلى المفلس المبحوث عنه و إن كان هذا الحساب قبل الحجر، لما قد بينا من تحقّق الوصف قبل الحجر. و على ما ذكره المصنف يرجع إليه بطريق التجوّز، أو إلى المديون الذى يراد تعلق الحجر به، للدلاله المقام عليه و إن لم يجر له ذكر.

قوله: «أن تكون حاله».

فلو كانت مؤجله لم يحجر عليه و إن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبه فى الحال، و ربما يجد الوفاء عند توجه المطالبه. و لو كان بعضها حالا اعتبر قصور ماله عنه خاصه، فلو وفى به لم يحجر عليه و إن لم يبق للمؤجل شىء، و إن قصر عن الحال.

## الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه. (١) و لو ظهرت أمارات الفلّس لم يتبرّع الحاكم بالحجر. و كذا لو سأل هو الحجر. (٢) و إذا حجر عليه تعلق به منع التصرف، لتعلق حقّ الغرماء، و اختصاص كلّ غريم بعين ماله، و قسمه أمواله بين غرمائه.

حجر عليه لها و قسم عليها، و لا يدّخر للمؤجل شيء.

قوله: «أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه».

لأنّ الحقّ لهم فلا- يتبرّع الحاكم عليهم به. نعم، لو كانت الديون لمن له عليه ولا-يه كالطفل اليتيم و المجنون و السفية كان له الحجر. و كذا لو كان بعضها كذلك مع التماس الباقيين.

و لو كانت الديون لغائب لم يكن للحاكم الحجر عليه، لأنّ الحاكم لا يستوفى ما للغائب في الذّم، بل يحفظ أعيان أمواله و إنما يحجر عليه مع التماس البعض إذا كانت ديونهم بقدر يجوز الحجر به عليه، ثمّ يعتم الحجر الجميع، لثبوت الديون كلّها، و استحقاق أربابها المطالبه بها، بخلاف المؤجله. و استترب في التذكرة (١) جواز الحجر عليه بالتماس بعض أرباب الديون حاله و إن لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله.

قوله: «و كذا لو سأل هو الحجر عليه».

هذا هو المشهور، لأنّ الحجر عقوبه، و الرشد و الحرّيّه ينافيه، فلا يصار إليه إلاّ بدليل صالح، و إنما يتحقّق مع التماس الغرماء. و استترب في التذكرة (٢) جواز إجابته محتجّجا بأنّ في الحجر مصلحة للمفلس، كما فيه مصلحة للغرماء، فكما يجاب الغرماء إلى ملتسمهم حفظا لحقوقهم فكذا المفلس ليسلم من حقّ الغرماء و من الإثم بترك وفاء الدين، و قد روى أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم حجر على معاذ

ص: ٨٨

١- (١) التذكرة ٥٢: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٥٢: ٢.

القول فى منع التصرف و يمنع من التصرف احتياطا للغرماء،(١)فلو تصرف كان باطلا(٢)، بالتماسه خاصه (١).

قوله:«و يمنع من التصرف،احتياطا للغرماء».

إنما يمنع من التصرف المبتدأ فى المال لا من مطلق التصرف،فلا يمنع من الفسخ بالخيار و العيب،لأنه ليس بابتداء تصرف-و سيأتى التنبيه (٢)عليه فى كلام المصنف-ولا- من التصرف فى غير المال كالنكاح و الطلاق و استيفاء القصاص و العفو عنه و نحوها.و لعل المصنف ثبته على ذلك بقوله:«احتياطا للغرماء»إذ لا ضرر على الغرماء فى ذلك.و كذا لا يمنع مما يفيد تحصيل المال و لا يقتضى تصرفا فيه، كالاختطاب،و الاتّهاب،و قبول الوصية،فيملك بذلك و إن منع من التصرف فيه بعده.و كان على المصنف أن يثبته على ذلك.

قوله:«فلو تصرف كان باطلا».

أى تصرف فيما يمنع من التصرف فيه.و البطلان الذى حكم به يمكن أن يريد به حقيقته بمعنى بطلان التصرف من رأس،لمنعه منه شرعا،فتكون عبارته مسلوبه كعبارته الصبى،فلا- تصحّ و إن لحقته الإجازة.و هذا هو المناسب للحجر، فإنّ معنى قول الحاكم:حجرت عليك،منعتك من التصرفات.و معناه تعذر وقوعها منه.و هو أحد الوجهين فى المسألة.

و يمكن أن يريد به عدم نفوذه بحيث لا- يتوقف على شىء،على وجه المجاز، فلا- ينافى صحّته لو أجازه الغرماء،أو فضل عن الدين بعد قسمه ماله عليهم.و هو

ص:٨٩

١-١) التذكرة ٥٢:٢ راجع سنن البيهقى ٤٨:٦.

٢-٢) فى ص:٩٤.

سواء كان بعوض، كالبيع والإجاره، أو بغير عوض، كالعتق والهبة. (١) أما لو أقرّ بدين سابق صحّ، وشارك المقرّ له الغرماء (٢).

الوجه الثاني في المسألة، فإنّه لا يقصر عن التصرف في مال الغير، فيكون كالفضولي.

و حينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف، لأنّ المراد منه التصرف المنافي لحق الغرماء، كما مرّ، إذ لا دليل على إرادته غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارته السفية المحجور عليه مع صحّ تصرفه الملحق بإجازة الولي. ولعل هذا أقوى.

فعلى هذا إن أجازته الغرماء نفذ وإلا أخر الى أن يقسم ماله، لا يباع ولا يسلم الى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صحّ، ويتصور الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمه ماله، وإبراء بعض الغرماء، ونحو ذلك.

قوله: «سواء كان بعوض كالبيع والإجاره، أو بغير عوض كالعتق والهبة».

المراد بالتصرف الذي بغير عوض ما صادف المال كما يتّبه عليه التمثيل بالعتق والهبة، والافتقار الذي لا يصادف المال، كونه بغير عوض، مع كونه صحيحاً، كما بيّناه سابقاً.

قوله: «أما لو أقرّ بدين سابق صحّ، وشارك المقرّ له الغرماء».

لا- إشكال في صحّ الإقرار في الجملة، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١). وليس الإقرار كالإنشاء حيث قيل ببطلانه رأساً، فلا ينفذ بعد الحجر، لأنّ الغرض من إبطال التصرف إلغاء الإنشاء الموجب لإحداث الملك، أمّا الإقرار فإنّه

ص: ٩٠

---

١- ١) راجع الوسائل ١١١:١٦ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ٢، والمستدرک ٣١:١٦ ب «٢» من كتاب الإقرار ح ١، و عوالي اللئالي ٤٤٢:٣ ح ٥. و راجع أيضا المختلف: ٤٤٣، و التذکره ٧٩:٢، و إيضاح الفوائد ٤٢٨:٢، و جامع المقاصد ٢٣٣:٥ فهناك بحث في كون هذه الجملة روايه.

إخبار عن حقّ سابق لم يبطل (١) بالحجر، فاذا تعلق غرض المفلس ببراءه ذمّته بالإقرار وجب قبوله منه.

و إنّما الكلام في أنّ المقرّ له هل يشارك الغرماء أم لا؟ فإنّ فيه خلافاً، فالمصنّف - رحمه الله - قطع بمشاركته، واستقر به العلامة في التذكرة (٢) والتحريّر (٣)، وقبلهما الشيخ في المبسوط (٤)، لأنّه عاقل فينفذ (٥)، للخبر (٦)، وعموم الخبر (٧) في قسمه ماله بين غرمائه، والمقرّ له أحدهم، ولأنّ الإقرار كالبيّنه، ومع قيامها لا إشكال في المشاركة، ولانتفاء التهمه على الغرماء، لأنّ ضرر الإقرار في حقّه أكثر منه في حق الغرماء، ولأنّ الظاهر من حال الإنسان أنّه لا يقر بدين عليه مع عدمه.

و يشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى، لأننا قبلناه على نفسه، ومن ثمّ ألزمنه بالمال بعد زوال الحجر. ولم يدلّ على أنّه جائز على غيره. ولو شارك المقرّ له الغرماء لنفذ عليهم، لتعلق حقّهم بجميع ماله. ولا - معنى لمنعه من التصرف إلّا - عدم نفوذه في ماله الموجود، والمشاركة تستلزم ذلك. و يمنع مساواه الإقرار للبيّنه. في جميع الأحكام. و يظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيمت عليه البيّنه. و إذا لم تكن القاعده كليّه لم تصلح كبرى للشكل، فلا - ينتج المطلوب. و التهمه موجوده في حق الغرماء، لأنّه يريد إسقاط حقّهم بإقراره، و تحقّق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه

ص: ٩١

١ - ١) فيما لدينا من النسخ: «لم يبطل به الحجر». و في هامش «و» نقلا عن نسخه الشيخ على حفيد الشارح «لم يبطل بالحجر ظ». و هو الصحيح.

٢ - ٢) التذكرة ٥٣: ٢.

٣ - ٣) تحرير الأحكام ٢١٢: ١.

٤ - ٤) المبسوط ٢٧٢: ٢.

٥ - ٥) كذا في النسخ. و المراد نفوذ إقراره. و في نسخه «ب»: «فينفذ تصرّفه». و الظاهر أنّه تصحيح قياسي غير صحيح.

٦ - ٦) أي الخبر المتقدم «إقرار العقلاء».

٧ - ٧) الوسائل ١٤٦: ١٣ ب «٦» من كتاب الحجر ح ١.



و كذا لو أقرّ بعينٍ دفعت إلى المقرّ له، وفيه تردّد، لتعلّق حقّ الغرماء بأعيان ماله. (١) الضرر عليهم. و لإمكان المواطاه بينه و بين المقرّ له في ذلك، فلا يتحقّق الضرر إلّا عليهم. و على كل حال لا يمكن الحكم بنفى التهمه على الإطلاق، بل غايته أنه قد يكون متّهما و قد لا يكون، فلا يصلح جعل عدم التهمه وجها للنفوذ مطلقا. و الأقوى عدم المشاركه.

و احترز بالدّين السابق عما لو أسند الدّين إلى ما بعد الحجر، فإنّه لا ينفذ في حقّ الغرماء، و إن صحّ الإقرار في نفسه، كما مرّ، لأنّ المعامله الواقعه بعد الحجر متى تعلّقت بأعيان أمواله كانت باطله أو موقوفه، فلا يزيد الإقرار بها عليها. و ينبغي تقييده بما يتعلّق بالمعامله ليحصل القطع بعدم المشاركه، أمّا لو أسنده إلى ما يلزم ذمّته كإتلاف مال أو جنايه ففيه الوجهان السابقان. و الفرق أن الجنايه و الإتلاف وقعا بغير اختيار المالك و المجنّى عليه، فلا يستند إلى تقصيره، بخلاف المعامله، لصدورها عن الرضا و الاختيار من الجانبين.

قوله: «و كذا لو أقرّ بعينٍ - إلى قوله - بأعيان ماله».

جميع ما سبق في تحقيق الوجهين آت هنا. و يزيد ما هنا إشكالا بما أشار إليه المصنّف، من تعلّق حقّ الغرماء بأعيان أمواله. و هذا الإشكال بعينه وارد في الدّين على القول بالمشاركه، إذ لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواه لهم، و بين أخذه ذلك البعض تقدّما له عليهم مع تعلّق حقّهم بالعين، فالقول بعدم النفوذ معجّلا - فيهما أقوى. و ممّا تنفرد به العين لو قلنا بنفوذ الإقرار معجّلا - تسليمها إلى المقرّ له و إن قصر باقى مال [\(١\)](#) المفلس عن ديون الغرماء، لأنّ الضرب إنّما هو بالدّين، و صاحب العين يختصّ بها.

و اعلم أنّ جملة الأقوال في المسأله ارتقت على قدر الاحتمالات الممكنه، و هي

ص: ٩٢

---

(١ - ١) في «س»: ما في يد المفلس.

و لو قال: هذا المال مضاربه لغائب، قيل: يقبل قوله مع يمينه و يقرّ في يده. (١) و إن قال: لحاضر، و صدّقه، دفع إليه، و إن كذّبه قسّم بين الغرماء.

أربعة: نفى نفوذه فيهما. و اختاره العلامة في الإرشاد (١)، و الشهيد (٢) و جماعه (٣) و إثباته فيهما، و هو خيره التذكرة (٤). و ثبوته في العين دون الدّين، ذهب إليه ابن إدريس (٥). و بالعكس، و هو ظاهر المصنّف في الكتاب و إن كان بعد ذلك تردّد (٤).

قوله: «و لو قال: هذا المال مضاربه لغائب قيل: يقبل قوله مع يمينه و يقرّ في يده».

القول للشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٧). و هو متفرّع على قبول إقراره بالعين.

و وجه إفراده بالذكر أنّ الإقرار بالعين كان لمعيّن يأخذها عنده، و هاهنا الإقرار لغائب.

و يدل عليه قوله بعد ذلك: «و إن كان لحاضر و صدّقه دفع إليه، و إن كذّبه قسّم بين الغرماء». و الحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين.

و يبقى في حكم الشيخ هنا إشكال من وجهين: أحدهما إثباته اليمين على المقرّ مع أنه لإثبات مال الغير. و الثاني إقرارها في يده مع أنه مسلوب أهليته اليد، لأنّ الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المائيه. و الظاهر أنّ هذا هو منشأ أفراد المصنّف المسأله بالذكر، و إلا فقد علم حكمها مما تقدّم في غير هذين الحكمين.

و يمكن أن يدفع الإشكال الثاني بأنّ المفلس إنّما ترفع يده عن ماله لتعلّق حقّ

ص: ٩٣

١-١ (١) الإرشاد ٣٩٨: ١.

١١٢: ٢-٢ (٢) غايه المراد: ١١٢.

٢٣٥-٥: ٢٣٤-٣ (٣) منهم المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٢٣٤: ٥-٢٣٥.

٢: ٥٣-٤ (٤) التذكرة ٥٣: ٢.

٢: ٤٩٩-٥ (٥) الموجود في السرائر ٢: ٤٩٩ عكس ذلك.

٦-٦ (٦) كذا في النسخ. و لعلّ الصحيح. «و إن كان ذلك بعد تردّده» إذ لا يظهر من المصنّف هذا القول إلا بملاحظه تردّده.

٢: ٢٧٩-٧ (٧) المبسوط ٢: ٢٧٩.

و لو اشترى بخيار، و فُلس و الخيار باق، (١) كان له إجاره البيع و فسخه، لأنه ليس بابتداء تصرف.

الغرماء به، أمّا مال الغير الذى هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه، لأنه مكلف مختار رشيد، و يده ليست يد عدوان.

قوله: «و لو اشترى بخيار و فُلس و الخيار باق. إلخ».

لم يتقدّم من المصنّف ما يدلّ على أنّ التصرف الممنوع منه هو المبتدأ حتى يعلّل بذلك، و لكن قد عرف ممّا هنا أنّه يريد بالسابق المبتدأ. و ليس بجيد، فإن المناسب دلالة السابق على اللاحق دون العكس.

و حاصل المسأله: أنّه لو كان قد اشترى بخيار قبل الحجر عليه و بقيت مدّته إلى بعد الحجر فله فسخ البيع، لأنّ هذا التصرف أثر أمر سابق على الحجر، فلا يمنع منه. و لا فرق بين أن يكون له غبطه فى الفسخ و عدمها. و كذا له الردّ بالعيب السابق مطلقاً. و شرط العلامه هنا اعتبار الغبطه (١). و فرق الشهيد رحمه الله بين الردّ بالعيب و الخيار، بأنّ الخيار يثبت بأصل العقد، لا- على طريق المصلحه، فلا يتقيد بها، بخلاف الردّ بالعيب، فإنّه يثبت على طريق المصلحه، فيتقيد بها.

و فيه نظر، لأنّ كلّاً من الخيارين ثابت بأصل العقد، و إنّما افترقا بأنّ أحدهما 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 المبتدأه- ليس بجيد. و لو قيل: إنّ الحكمه الباعثه على إثبات خيار العيب هى الغبطه، نظراً إلى نقص المعيب، قلنا مثله فى الخيار، فإنّ حكمه الخيار- مع أنّ الأصل فى البيع اللزوم، لأنّه لم يوضع إلا- لتلمك كلّ من المتعاضين مال الآخر- إنّما هى إمكان أن يتجدد لذى الخيار ما يوجب إرادته الفسخ فلا يجد السبيل إليه، فشرع الخيار لذلك. و من ثمّ ثبت فى الحيوان ثلاثه أيام من غير شرط، لأنّ الحيوان ممّا يشتمل على أمور خفيّه لا يطّلع عليها ابتداء غالباً، بخلاف غيره. و لمّا أمكن فى غيره ذلك شرّع

ص: ٩٤

و لو كان له حق، فقبض دونه، كان للغرماء منعه. (١) اشتراط الخيار. و مِمَّا قد تخلف من أفراد العيب -مما لا- غبطه في رده، بل الغبطه في قبوله غالباً -خصاء العبد، فإنه عيب، مع استلزامه زياده قيمه. و مثله الفسخ بخيار بمجرد التشهي، فالحكم فيهما واحد. و بالجملة فالقواعد الكليّه في الأحكام الشرعيّه أخرجت الأمور الحكميّه عن بعض موضوعاتها الجزئيه.

و في التذكرة فرّق بين الخيار و العيب بأنّ العقد في زمن الخيار متزلزل لإثبات له، فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال، و يضعف تعلّقه به، بخلاف ما إذا خرج معيياً، و إذا ضعف التعلّق جاز أن لا يعتبر شروط (١) الغبطه (٢).

و فيه نظر، فإنّ التزلزل مشترك فيهما، فالفرق تحكّم. و نقل فيها عن بعض الشافعيّه اعتبار الغبطه فيهما قياساً، و جعل عدم اعتبار الغبطه فيهما وجهاً. و هو الوجه.

قوله: «و لو كان له حقّ قبض دونه كان للغرماء منعه».

يمكن أن يريد بالاعتصار على قبض البعض إسقاط الباقي. و ثبوت منعهم له عن ذلك ظاهر، لأنّه تصرّف مبتدأ فلا- يمكن منه، فيكون قبض البعض كناية عن الاعتصار عليه مع إسقاط الباقي. و يمكن أن يريد به قبض بعض الحقّ في ذلك المجلس و تأخير الباقي إلى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء. و إنما يكون لهم منعه حينئذ حيث لا يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه الحق، كضمن المبيع، فلو كان الحقّ عوضاً عن دين أو إتلاف مال كان له قبض البعض. و قد تقدّم تفصيل ذلك في البيع.

و اعلم أن نسبة القبض إليه على طريق المجاز، فإنه لا- يمكن من قبض المال، لاقتضاء الحجر ذلك. و إنّما المراد إثبات تسلّطه على الحكم المذكور و إن كان القابض غيره.

ص: ٩٥

١- ١) كذا في النسخ. و الصحيح شرط الغبطه كما في التذكرة.

٢- ٢) التذكرة ٥٤: ٢.

و لو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر، أو باعه بثمن في ذمته، لم يشارك الغرماء و كان ثابتا في ذمته. (١) قوله: «و لو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر- إلى قوله- و كان ثابتا في ذمته».

هذا في العالم بحاله موضع وفاق، و لإقدامه على دينه حيث علم إعساره و تعلق حقّ الغرماء بأمواله، أما لو كان جاهلا بحاله فقد جزم المصنف بأنه كذلك، لتعلق حقّ الغرماء الموجودين عند الحجر بأمواله و إن كانت متجدّده، بناء على تعلق الحجر بالمتجدّد من ماله، فلا يتوجّه له الضرب معهم، و لا أخذ عين ماله.

و فيه وجهان آخران، أحدهما: جواز فسخه و اختصاصه بعين ماله، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «صاحب المتاع أحقّ بمتاعه إذا وجده بعينه» (١). و الثاني:

الضرب مع الغرماء، لأنّ له حقّا ثابتا في الذمّه، فهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء، و لأنّه قد أدخل في مقابل الثمن مالا فيضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعه على الغرماء.

و يضعف الوجهان بما تقدّم من تعلق حقّ الغرماء بماله- و إن كان متجدّدا- قبل هذا الغريم، مع أنّ الوجهين متنافران، لأنّه إن كان غريما اختصّ بعين ماله، و إن لم يكن غريما لم يضر. و ما اختاره المصنف لا يخلو من قوّه.

و احترز بكون الثمن في ذمته عما لو اشترى بعين من أعيان ماله، فان الشراء يقع باطلا على ما سلف (٢)، أو موقوفا على إجازة الغرماء، أو على فكّ الحجر و سلامه تلك العين.

ص: ٩٦

١- ١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ ح ٣٥١٩، غوالي اللئالي ٢: ٢٥٦ ح ٤، بتفاوت في الألفاظ.

٢- ٢) في ص: ٨٩.

و لو أتلّف مالا بعد الحجر ضمن، و ضرب صاحب المال مع الغرماء. (١) و لو أقرّ بمال مطلقا و جهل السبب، لم يشارك المقر له الغرماء، لاحتماله ما لا يستحقّ به المشاركة. (٢) قوله: «و لو أتلّف مالا بعد الحجر ضمن، و ضرب صاحب المال مع الغرماء».

إنما يضرب صاحب المال المتلف- مع كون السبب متأخرا عن الحجر- لانتفاء رضاه، و إنّما ثبت حقّه بوجه قهرىّ، فيثبت له استحقاق الضرب. و من ثمّ قيل فى الجاهل بالمعاملة ذلك، إلا أنّ بينهما فرقا، و هو أنّ الجاهل مختار، و ربّما كان جهله مستندا إلى تقصيره فى البحث عن حال معاملة، لأنّ المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتهه إلا على المقصر فى البحث. و فى حكم إتلافه المال جنايته على نفس آدمى محترمه أو طرفه.

قوله: «و لو أقرّ بمال مطلقا- إلى قوله- ما لا يستحقّ به المشاركة».

قد علم ممّا تقدّم أنّ ثبوت المال فى ذمّه المحجور عليه قد يكون ممّا يضرب به، كالذى سبق سببه، و الواقع قهرا بعده كالإتلاف و الجنايه، و قد لا يكون كذلك، كالمتجدّد باختيار الغريم. فإذا أقرّ بمال مطلقا احتمل كونه ممّا يضرب به مع الغرماء و عدمه، و متى احتمل الأمرين يضعف عن مقاومه ما علم تعلقه شرعا بما له، و هو حقّ الغرماء السابقين على الحجر، فيختصّون به، لأصالة عدم استحقاق المقرّ له المشاركة.

و ربما قيل بوجوب استفصاله ليعلم أ يستحقّ المقرّ له الضرب أم لا؟ و لا شبهه فى جوازه و أولويّته، أمّا وجوبه فيمكن دفعه بأنّ تعلق حقّ الغرماء بعين ماله لما كان معلوما، و تعلق حقّ المقرّ له غير معلوم- لما ذكرناه- فيبقى على أصالة عدم المشاركة إلى أن يثبت خلافها.

و لا تحلّ الديون المؤجله بالحجر، و تحلّ بالموت. (١)

### القول فى اختصاص الغريم بعين ماله

القول فى اختصاص الغريم بعين ماله و من وجد منهم عين ماله كان له أخذها، و لو لم يكن سواها. و له أن يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاء أو لم يكن، على الأظهر. (٢) قوله: «و لا تحلّ الديون المؤجله بالحجر، و تحلّ بالموت».

هذا هو المشهور و عليه العمل، لأصالة بقاء ما كان عليه. و قال ابن الجنيّد:

إنّه يحلّ قياساً على الميّت (١). و هو باطل، مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة إن منعوا من التصرف إلى حلوله، و صاحب الدين إن لم يمنعوا، بخلاف المفلس.

و لا فرق فى دين الميّت بين مال السلم و الجنايه المؤجله عليه و غيرهما، على الأقوى، لعموم النص. (٢).

و وجه احتمال خروجهما أنّ الأجل فى السلم جزء من العوض، فلو حلّ مال السلم لزم نقصان العوض. و أجل الجنايه بتعيين الشارع، فبدونه لا تكون تلك الديه. و عموم النص يدفع ذلك، و يسقط ما ادعى تأثيره، لأنهما فردان من أفراد الديون فيتناولهما كغيرهما.

قوله: «و من وجد منهم عين ماله كان له أخذها» - إلى قوله - على الأظهر.

هذا هو المشهور و عليه العمل، و النصوص دالّه عليه (٣). و للشيخ - رحمه الله -

ص: ٩٨

١ - ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٤٢٨.

٢ - ٢) الوسائل ١٣: ٩٧ ب «١٢» من أبواب الدين و القرض ح ١ و ٤.

٣ - ٣) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ ح ١٩، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب «٥» من أبواب كتاب الحجر ح ٢. المستدرک ١٣: ٤٣٠ ب «٤» من أبواب الحجر ح ١.

أما الميِّت، فغرماءه سواء في التركة، (١) إلا أن يترك نحوًا مما عليه فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها.

قوله بأنّه لا- اختصاص إلا أن يكون هناك وفاء (١)، استنادا إلى صحيحه أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام (٢). و لا دلالة فيها، لأنّها وارده في غريم الميِّت لا غريم المفلس. و قد تقدّم أنه يمكن تجدد الوفاء- و ان كان في ابتداء الحجر قاصرا عن الدّين -إمّا بإرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمه أمواله أو نمائها، فلا يرد أنّ شرط الحجر القصور فكيف يتصوّر الوفاء معه؟ و يمكن هنا أيضا أن تكون الديون إنّما تزيد عن أمواله مع ضميمه الدّين المتعلّق بمتاع واجده، فإذا أخرج دينه من بين الديون و متاعه من بين أمواله صارت وافية بالديون.

قوله: «أما الميِّت فغرماءه سواء في التركة. إلخ».

مستند ذلك صحيحه أبي ولّاد التي أشرنا إليها سابقا. و المراد بالنحو هنا المثل، بمعنى أن تكون تركته بقدر ما عليه فصاعدا، بحيث لا- يحصل على باقى الغرماء قصور. و إنّما عبّر المصنّف بالنحو تبعا للرواية. و لا- فرق بين أن يموت المديون محجورا عليه أولا، لأنّ الموت بمنزله الحجر. و قيل: الحكم مختصّ بالمحجور عليه. و إطلاق النصّ يدفعه.

و الحكمه في شرط الوفاء في مال الميِّت دون الحيّ واضح، لأنّ الميِّت لا يبقى له ذمّه، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء لثلا يتضرّر الغرماء، بخلاف الحيّ، فإنّ ما يتخلّف من الدين يتعلّق بدمته، فربما لا يضيع. و القول بذلك هو المشهور بين الأصحاب. و خالف فيه ابن الجنيد (٣) فحكم بالاختصاص هنا. و إن لم يكن وفاء، كالحى. و هو ضعيف.

ص: ٩٩

١- (١) الاستبصار ٨: ٣ ذيل ح ١٩، المبسوط ٢: ٢٥٠.

٢- (٢) التهذيب ١٩٣: ٦ ح ٤٢١، الاستبصار ٨: ٣ ح ٢٠، الوسائل ١٣: ١٤٦ ب «٥» من أبواب كتاب الحجر ح ٣.

٣- (٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٦.



و هل الخيار فى ذلك على الفور؟ قيل: نعم. و لو قيل بالتراخى، جاز. (١) و لو وجد بعض المبيع سليما أخذ الموجود بحصته من الثمن، و ضرب بالباقى مع الغرماء. و كذا إن وجده معيبا بعيب قد استحقَّ أرشه ضرب مع الغرماء بأرش النقصان. أمّا لو عاب بشيء من قبل الله سبحانه أو جنايه من المالك كان مخيرا بين أخذه بالثمن و تركه. (٢) قوله: «و هل الخيار فى ذلك على الفور؟ قيل: نعم، و لو قيل بالتراخى جاز».

الإشارة بذلك إلى ما تقدّم فى الحىّ و الميت، فإنّ فى كون الخيار لو وجد العين - حيث يجوز له أخذها - على الفور أم التراخى قولين، منشؤهما إطلاق النصّ (١) بثبوته، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل - و هو الذى مال إليه المصنف هنا - و جوب الوفاء بالعقد و بناء البيع على اللزوم، فيقتصر فى الخروج عن ذلك على موضع الضروره جمعا. و الحقّ أنّ هذا الخيار خاصّ مخرج لما ذكر عن العموم أو مقتد له، فيثبت مطلقا، و إن كان مراعاة الفوريه أولى.

قوله: «و لو وجد بعض المبيع سليما - إلى قوله - و تركه».

إذا وجد البائع بعض مبيعه دون بعض فلا يخلو إمّا أن يكون البعض الفاتت ممّا يتقسّط عليه الثمن، بمعنى بسطه عليه و على الباقي بالنسبه، و هو الذى يصحّ إفراده بالبيع، كعبد من عبيد و نصف ثوب، أو لا يكون كذلك، كيد العبد. و على التقديرين: فالتالف إمّا أن يكون تلفه من قبل الله تعالى، أو بجنايه أجنبيّ، أو من المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

و محصل حكمها: أنّ البعض الفاتت إن كان له قسط من الثمن - بالمعنى

ص: ١٠٠

---

١ - ١) المتقدم فى ص ٩٨ الهامش رقم (٣).

الذى ذكرناه- [١] فإن البائع يتخير بين أن يأخذ الباقي بحصّته من الثمن و يضرب مع الغرماء بحصّته التالف، و بين أن يضرب بجميع الثمن. و هذا هو القسم الذى صدر به المصنّف، و لا خلاف فى حكمه عندنا مطلقاً، و لأن الموجود يصدق عليه أنّه عين ماله، فله أخذها. و إنما خالف فيه بعض العامّة (١)، فزعم أنّه ليس له الرجوع بالباقي، لأنّه لم يجد المبيع بعينه.

و إن لم يكن للفئات قسط من الثمن، كما لو وجد العبد بغير يد، فإن كان فواتها بآفه من الله تعالى فليس للبائع إلا الرضا به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن، عند المصنّف و أكثر الأصحاب، حتى أنّ المصنّف لم ينقل فيه هنا خلافاً.

و إنّما لم يكن له هنا أرش لأنّه لا حقّ له فى العين إلا بالفسخ المتجدّد بعد العيب، و إنما حقّه قبل الفسخ فى الثمن، فلم تكن العين مضمونه له، و لم يكن له الرجوع بأرش المتجدّد.

و ذهب ابن الجنيّد إلى مساواه هذا القسم للسابق فى استحقاق أرش النقصان (٢). و قوّاه العلامة فى المختلف (٣)، و الشيخ على رحمه الله (٤). و هو حسن، لأنّ فسخ المعاوضه يوجب رجوع كلّ مال إلى صاحبه، فإن كان باقياً رجوع به، و إن كان تالفاً رجوع ببذله كائناً ما كان. و كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع معارض بما له قسط، على أنّنا لا نقول إنها مضمونه مطلقاً، بل بمعنى أنّ الفئات فى يد المشتري يكون من ماله، لأنّ ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونه، فإذا

ص: ١٠١

١- (٢) المغنى لابن قدامه ٤:٤٩٩.

٢- (٣) راجع المختلف: ٤٢٧.

٣- (٤) راجع المختلف: ٤٢٧.

٤- (٥) جامع المقاصد ٥:٢٧٤.

ارتفع عقد المعاوضه رجع كل من العوضين إلى مالكة أو بدله.

و أمّا كون مثل اليد لا- قسط لها من الثمن فإن أرادوا أن الثمن لم يبذل في مقابلتها منه شيء ففساده ظاهر، إذ لولاها لم يبذل جميعه قطعاً، وإن أرادوا أن الثمن لا- يقسّم عليها وعلى باقى الأجزاء على نسبة الكثره و القلّه، كالعشر فى متساوى الأجزاء، فإنه يقسّم عليه عشر الثمن، و تحسب قيمته فيما يمكن إفراده بالبيع كالعبد من عبيد، فلا دلالة فيه على مطلوبهم.

و ان كان فوات الجزء المذكور بجنايه أجنبى تخير البائع بين أخذه و الضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان قيمه، 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، بخلاف التعيب بالآفه السماويه حيث لم يكن لها عوض. كذا علّوه. و هو ينافى ما ذكره سابقاً، لأنه لما وقع فى وقت لم تكن العين مضمونه عليه، و لم يستحقّها البائع إلا بعد الفسخ- كما ذكره فى ذلك التعليل- ينبغى أن لا يكون له إلا الرضا بالمعيب، لأنه لم يجد سواه. و على ما قرناه من أن الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاضين الى ماله أو بدله فالإشكال منتف.

و احترزنا بكون الأرش المرجوع به على نسبة نقصان قيمه، عمّا ضمنه الجانى، فإنه لا يعتبر، لأنّ ضمانه لأرش الجنايه قد يكون بتقدير شرعى بحيث يكون بقدر قيمه المجنى عليه، فيلزم الرجوع بالعوض و المعوّض. و كذا لو كان العبد يساوى مائتين مثلاً و قد اشتراه بمائه، فجنى عليه الجانى بقطع يده، فإنّ أرشها نصف قيمه و هو مائه، فلا يرجع البائع بها و بالعبد لثلاً يجمع بينهما. بل الأرش الذى يرجع به جزء من الثمن نسبتاً إليه كنسبه نقصان قيمه إليها، لأنّ هذا هو قاعده الأرش.

و أمّا حكم أرش الجنايه فخارج بأمر شرعى يستحقّه مالك العين حين الجنايه.

و ان كان فوات الجزء بجنايه البائع فهو كالأجنبى، لأنّه جنى على ما ليس بمملوك له و لا فى ضمانه. و هذا القسم داخل مع الأجنبى فى قول المصنّف: «قد

و لو حصل منه نماء منفصل كالولد و اللبن كان النماء للمشتري، و كان له أخذ الأصل بالثمن. (١) و لو كان النماء متصلاً، كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته، قيل: له أخذه، لأنّ هذا النماء يتبع الأصل. و فيه تردّد. (٢) استحقّ أرشه».

و إن كان بجنايه المشتري فقد قطع المصنف بكونه كالفوات من قبل الله تعالى، لما سبق من التعليل. و على ما اخترناه لا فرق. و يحتمل أن يكون جنايته كجنايه الأجنبي، لأنّ إتلاف المشتري نقص و استيفاء، فكأنّه صرف جزء من المبيع الى غرضه. فهذه جملة أحكام الأقسام.

قوله: «و لو حصل منه نماء-إلى قوله-بالثمن».

هذا موضع وفاق لم يخالف فيه إلا بعض العامة (١)، و لأنّه انفصل في ملك المفلّس فلم يكن للبائع الرجوع فيه، لأنّه ليس عين ماله. و لا فرق في الولد بين الحمل و المنفصل، و لا في اللبن بين المحلوب و غيره. و مثله الثمره المتجدّده و إن لم تقطف.

قوله: «و لو كان النماء متصلاً-إلى قوله-و فيه تردّد».

القول للشيخ-رحمه الله- (٢) و جماعه (٣) منهم العلامة في القواعد (٤)، محتجّين بأنّ هذه الزيادة محض صفة و ليست من فعل المفلّس، فلا تعدّ مالا له، و لأنّه يصدق أنّه وجد عين ماله فيرجع به. و وجه التردّد مما ذكر، و من كون الزيادة ملكا للمفلّس و ان لم تكن بفعله، لأنّها نماء ملكه، و أنّ الرجوع في العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال للمفلّس. و لا نسلم أنّها بقيت عين ماله، بل هي

ص: ١٠٣

١-١) المغنى لابن قدامه ٤:٥٠٧.

٢-٢) المبسوط ٢:٢٥٢.

٣-٣) منهم الفقيه يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع: ٣٦٢.

٤-٤) قواعد الأحكام ١:١٧٥.

و كذا لو باعه نخلا و ثمرتها قبل بلوغها، و بلغت بعد التفليس. (١) مع شيء آخر.

و ربما أشكل الفرق بين الزيادة هنا و فى زمن الخيار، حيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه الزيادة. و الفرق -بأن الخيار ثابت بأصل العقد، بخلافه هنا فإنه طار بالحجر- لا يدفع، لاشتراكهما فى أنّ الفسخ من حينه، فالسابق وقع فى ملك المشتري.

و ذهب جماعه منهم العلامة فى المختلف (١) و ابن الجنيّد (٢) الى أنّ الزيادة للمفلس، فان رجع البائع فى العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة. و فى التذكرة (٣) استقرب عدم جواز الرجوع فى العين و أطلق، و أراد به «و لو مع ردّ الزيادة» لأنه علّل بعد ذلك مسأله ما لو كان حبا فزرعه، فإنه ليس له أخذه، لأنه إذا لم يكن له أخذ العين مع الزيادة المتصله فهنا أولى. و حينئذ فتصير الأقوال ثلاثه، و كلّها للعلامة (٤).

و قول المصنف: «قيل له أخذه» يحتمل كون الأخذ مجانا -و هو الظاهر- فيكون إشاره إلى قول الشيخ، و يحتمل كون المراد مع ردّ الزيادة، فتكون إشاره إلى قول ابن الجنيّد. و الظاهر أنّ مراده الأول.

قوله: «و كذا لو باعه نخلا و ثمرتها قبل بلوغها و بلغت بعد التفليس».

إن كانت الزيادة فى الثمره المذكوره فى نفس العين فالحكم كما سلف، بل هى فرد من أفراد تلك المسأله، و هذا هو الذى يقتضيه حال الثمره قبل البلوغ و بعده.

و ان كانت الزيادة فى قيمه خاصه مع بقاء الثمره على قدرها ففى إلحاقها بها وجهان، من كون الزيادة قيميه حصلت فى ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا، و من بقاء عين

ص: ١٠٤

١-١) راجع المختلف: ٤٢٧.

٢-٢) راجع المختلف: ٤٢٧.

٣-٣) التذكرة ٢: ٦٥.

٤-٤) التذكرة ٢: ٦٥.

أمّا لو اشترى حبّاً فزرعه و أحصد، أو بيضه فأحضنها و صار منها فرخ، لم يكن له أخذه، لأنّه ليس عين ماله. (١) و لو باعه نخلا حائلا- فأطلع، أو أخذ النخل قبل تأبيره، لم يتبعها الطلع. (٢) مال البائع من غير تغيير فيدخل في عموم الخبر (١). و استقرب في التذكرة (٢) عدم جواز الرجوع في العين مطلقاً متى زادت قيمتها لزياده السوق. و ألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل.

قوله: «أما لو اشترى حبّاً- إلى قوله- لأنّه ليس عين ماله».

أشار بالتعليل إلى أن الخبر (٣) الدّال على الرجوع يقتضى اعتبار كون عين المال قائمه. و حينئذ فلا رجوع في الحب المزروع و البيضه، لأنّ الموجود الآن ليس عين المال و ان كان أصله من ماله. و بهذا فارق الغاصب، لأنّ التغيير في الغصب كان في ملك المغصوب منه، فكان الموجود له كيف كان. و مثله القول في زرع المرتهن للحب المرهون. و بالجمله فالمرجع هنا إلى وجود العين لا إلى مجرّد الملك. و كذا القول في العصير إذا تخمّر في يد المشتري ثمّ تخلّل. و لو قلنا بالمنع من الرّد في مسأله الزيادة المتصله فهنا أولى.

قوله: «و لو باعه نخلا حائلا فأطلع أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها الطلع».

لأنّ الطلع ثمره متجدّده في حكم المنفصله، فلا- يتبع، و إنّما تبعت في البيع بنصّ خاصّ فلا- يتعدّى. و نبه بذلك على خلاف الشيخ- رحمه الله- حيث حكم

ص: ١٠٥

١- (١) التهذيب ١٩٣: ٦ ح ٤٢٠، الاستبصار ٨: ٣ ح ١٩، الوسائل ١٤٥: ١٣ ب «٥» من أبواب كتاب الحجر ح ٢.

٢- (٢) التذكرة ٧١: ٢.

٣- (٣) المتقدّم آنفاً.

و كذا لو باع أمه حائلا- فحملت، ثمّ فُلس و أخذها البائع لم يتبعها الحمل.(١) و لو باع شقصا و فُلس المشتري، كان للشريك المطالبه بالشفعه،(٢) و يكون البائع أسوه مع الغرماء فى الثمن.

بجواز أخذ النخل مع الطلع (١). و هو أحد قولى الشافعى (٢)، إلا- أنّه قاسه على البيع، و الشيخ لا يقول بالقياس. و لو كانت قد أبرت فلا خلاف فى عدم التبعية، لأنها حينئذ نماء حصل للمشتري على ملكه، فلا يزول، و لا يتصور تبعيته بوجه. و كذا القول فى باقى الثمار بعد الظهور. و إنّما خصّ ثمره النخل قبل التأبير للتنبية المذكور.

و حيث تكون الثمره للمشتري و أخذ البائع الشجر يجب عليه إبقاؤها إلى أوان قطعها عادة بغير أجره.

قوله: «و كذا لو باع أمه حائلا- إلى قوله- لم يتبعها الحمل».

القول فى الحمل كما مرّ فى الثمره. و خالف فيه الشيخ (٣)- رحمه الله- أيضا، فجعل الحمل كالجاء من الأمه (٤)، و حكم بأن بيع الحامل يستتبع الحمل لذلك، فيلزمه مثله هنا، لأنّ مذهبه أنّ الزيادة المتصله لا تمنع أخذ البائع مجانا (٥)، فتكون هنا كذلك، و لكنه لم يصرح به، إلا أنّ مقدماته تستلزمه. و حيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البائع إبقاؤه إلى الوضع بغير أجره. و يمكن اعتبار شرب اللبأ أيضا. و قد ذكره فى نظائره محتجّين بأنّ الولد لا يعيش بدونه.

قوله: «و لو باع شقصا و أفلس المشتري، كان للشريك المطالبه بالشفعه. إلخ».

قد اشتملت هذه المسأله على حكيمين:

ص: ١٠٦

١- ١) المبسوط ٢: ٢٥٣.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٤: ٥٠٩.

٣- ٣) المبسوط ٢: ١٥٦.

٤- ٤) فى «ن»: الأمّ.

٥- ٥) كما مرّ فى ص ١٠٣.

أحدهما: تقديم حق الشفيع على البائع، ووجهه أن حقه أسبق من حقه، لأن الشفيع استحق العين بالبيع، وحق البائع إنما تعلق بها بالحجر، وهو متأخر عن البيع. ولأن حق الشفيع لاحق للبيع لذاته وحق البائع لاحق له بواسطة الحجر، و ما بالذات أولى مما بالعرض. ولأن حقه أقوى، لأنه يأخذ من المشتري و ممن نقله اليه و إن تعدد، و تبطل جميع العقود، و البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت باقيه على ملك المشتري. و لأنه يأخذها و إن زادت، و البائع لا يأخذها مع الزيادة، على ما تقدم.

و الثاني: أن الثمن لا يختص به البائع، بل يكون فيه أسوه الغرماء. و ذلك لأنه إنما يثبت للمشتري بالأخذ بالشفعه، و في تلك الحال يكون مالا للمشتري، فيتساوى فيه الغرماء. و لا يقدم به البائع، لأنه ليس عين ماله بل عوضه، و هو لا يقدم بالعوض.

و المصنف اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما عن درجه الاعتبار، لضعفه.

و قد حكى الشيخ في المبسوط وجهين آخرين (١). و كذلك العلامة (٢). و هما قولان للشافعية (٣):

أحدهما: أن البائع يقدم على الشفيع، فيفسخ و يأخذ العين، لعموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله (٤)، و لأن الشفعه شرعت لدفع الضرر بالشركه التي لا يختارها الشريك، و الضرر هنا يزول عن الشفيع، لأن البائع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع، و لم يتجدد شركه غيره.

و يضعف بمنع شمول الخبر للمتنازع فيه، لسبق حق الشفيع. سلمنا، لكن

ص: ١٠٧

١-١ (١) المبسوط ٢:٢٥١.

٢-٢ (٢) المختلف: ٤٢٦.

٣-٣ (٣) المغنى لابن قدامه ٤:٥٢٢.

٤-٤ (٤) المتقدم في ص ١٠٥. هامش رقم (١).



و لو فُلس المستأجر، كان للمؤجر فسخ الإجاره،(١) و لا يجب عليه إمضاؤها، و لو بذل الغرماء الأجره.

تعارض عموماً فيقدم الأسبق. و مراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمه، و ان كان أصل الحكمه فيها ذلك، بل هي ثابتة بالنص و الإجماع، فلا يندفعان بهذه الاعتبارات الوهميه.

و ثانيهما: تقديم الشفيع بالعين و البائع بالثمن على سائر الغرماء، حيث تعدّر أخذه للعين، و حيث إنّه عوض ماله الذي قد وجده في حاله الحجر بعينه. و قد كان حقّه المتقدّم به لو لا عروض مانع سابق، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقيين.

و يضعف بأنّ الخبر إن أفاده حكما أخذ العين، و إلا لم ينفعه في الثمن، لعدم تناول الخبر له، بل هو من جمله أموال المفلس.

و للشيخ-رحمه الله- في هذه المسأله قول مبني على أصله السابق، و هو أنّه مع الوفاء يكون البائع أولى بالثمن، و ان لم يكن في ماله وفاء كان أسوه الغرماء. و اختاره في المبسوط (١). و هو ضعيف المأخذ، لكنّه غير مخالف في فائده الحكم، لأنّه مع وفاء ماله بدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور، إلا أنّه لا يختص الفضل به.

قوله: «و لو فُلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الإجاره. إلخ».

إذا أفلس المستأجر و لم يكن قد دفع الأجره جاز للمؤجر الفسخ و أخذ العين المؤجره، تنزيلا للمنافع منزله الأعيان، و لأنّه يدخل في عموم الخبر (٢)، لأنّه قد وجد عين ماله، و له إمضاء الإجاره و الضرب مع الغرماء بالأجره.

و تفصيل المسأله أنّ الحجر عليه لا يخلو: إمّا أن يكون قبل مضى شىء من المدّه أو بعده. و على الثاني إمّا أن تكون العين المؤجره فارغه من حقّ المفلس كالدار، أو مشغوله كالأرض يزرعها أو يغرّسها (٣)، و الدّابه قد حمل عليها و هو في أثناء المسافه

ص: ١٠٨

١-١) المبسوط ٢-٢٥١.

٢-٢) المتقدم في ص ١٠٥.

٣-٣) في «ب» و «ن» و «م»: يزرعها و غرسها.

ثُمَّ إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْإِجَارَهُ وَارِدَهُ عَلَى عَيْنٍ أَوْ ذَمَّهُ.

فَإِنْ كَانَ الْحَجْرُ قَبْلَ مَضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمَدَّةِ يَقْبَلُ تَقْسِيْطَ الْأَجْرِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَسَخَ الْمُؤَجِّرُ أَخَذَ الْعَيْنَ وَ سَقَطَتِ الْأَجْرَهُ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْإِجَارَةِ ضَرْبَ مَعَ الْغَرْمَاءِ بِالْأَجْرِهِ، وَ آجَرَ الْحَاكِمَ الْعَيْنَ عَلَى الْمَفْلَسِ، كَمَا يُوجِرُ أَعْيَانَ أَمْوَالِهِ الَّتِي لَا يُمْكِنُ بَيْعُهَا، وَ صَرَفَ الْأَجْرَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ. هَذَا إِنْ كَانَتْ مَعْيِنُهُ، وَ لَوْ كَانَتْ فِي الذَّمِّ وَ اخْتَارَ الْمُوجِرُ الْإِمْضَاءَ أَمْرَهُ الْحَاكِمَ بِتَعْيِينِهَا لِيُؤَجِّرَهَا.

وَ إِنْ كَانَ بَعْدَ مَضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمَدَّةِ لَهُ قَسَطٌ مِنَ الْأَجْرِهِ، فَإِنْ كَانَتْ فَارِغَةً وَ فَسَخَ الْمُوجِرُ ضَرْبَ مَعَ الْغَرْمَاءِ بِقَسَطِ الْمَدَّةِ الْمَاضِيَةِ مِنَ الْأَجْرِهِ الْمَسْمُومِ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدَانِ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا فَفَسَخَ فِي الْبَاقِي، وَ إِنْ اخْتَارَ الْإِمْضَاءَ ضَرْبَ بِجَمِيعِ الْأَجْرِهِ. وَ إِنْ كَانَتْ مَشْغُولَةً، فَإِنْ كَانَ بَزْرَعٍ وَ قَدْ اسْتَحْصَدَ وَ اخْتَارَ الْفَسْخَ فَلَهُ الْمَطَالِبَةُ بِالْحَصَادِ وَ تَفْرِيقِ الْأَرْضِ، وَ إِنْ كَانَ قَبْلَهُ، فَإِنْ اتَّفَقَ مَعَ الْغَرْمَاءِ عَلَى قَطْعِهِ قَصِيْلًا قَطْعًا وَ كَانَ كَالسَّابِقِ، وَ إِنْ اتَّفَقُوا عَلَى التَّقْيِهِ فَلَهُمْ ذَلِكَ مَعَ بَدَلِ أَجْرِهِ الْمَثَلِ لِبَقِيَّةِ الْمَدَّةِ مَقْدَمِهِ عَلَى الْغَرْمَاءِ، إِذْ فِيهِ مَصْلَحَةُ الزَّرْعِ الَّذِي هُوَ حَقُّهُمْ، كَأَجْرِهِ الْكَيْالِ وَ الْوَزَانِ.

وَ إِنْ كَانَ دَابَّةً تَحْمَلُ، نَقَلَ الْحَمْلَ إِلَى مَا أَمِنَ بِأَجْرِهِ الْمَثَلِ لِذَلِكَ الْحَمْلِ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ مَقْدَمًا بِهَا عَلَى الْغَرْمَاءِ، كَمَا مَرَّ، فَإِذَا نَقَلَهُ سَلَّمَهُ إِلَى الْحَاكِمِ مَعَ إِمْكَانِهِ، وَ إِلَّا- وَضَعَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ. وَ كَذَا لَوْ كَانَتْ الْأَجْرَهُ لِرُكُوبِ الْمَفْلَسِ وَ حَصَلَ الْفَسْخُ فِي أَثْنَاءِ الْمَسَافَةِ، فَإِنَّهُ يَنْقَلُ إِلَى الْمَأْمَنِ بِأَجْرِهِ مَقْدَمِهِ، دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ الَّتِي هِيَ أَوْلَى مِنْ حِفْظِ مَالِهِ. وَ لَا فَرْقَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ بَيْنَ كَوْنِ مُورِدِ الْإِجَارَةِ الْعَيْنِ أَوْ الذَّمِّ، لِتَحَقُّقِ التَّعْيِينِ [١].

و لو اشترى أرضا فغرس المشتري فيها أو بنى (١) ثم فُلس كان صاحب الأرض أحقَّ بها، و ليس له إزاله الغروس و لا الأبنية. و هل له ذلك مع بذل الأرض؟ قيل: نعم، و الوجه المنع.

قوله: «و لو اشترى أرضا فغرس المشتري فيها أو بنى. إلخ».

إنما كان له الرجوع فى الأرض مع تغييرها بالغرس لأنها عين ماله، و هى متميزه عن مال المفلس، لا يستلزم الرجوع فيها أخذها لمال المفلس، و لا - ضرر عليه، لأنه يبقى فيها إلى أن يفنى (١) بغير أجره، فيدخل فى عموم الخبر (٢). و إنما لم يكن له الإزاله لأنها وضعت بحق فى زمن ملكه، فتكون محترمه، و لا يجوز إزالتها، و لا مع الأرض على الأقوى.

و القول بجواز إزالتها مع الأرض للشيخ فى المبسوط (٣). و ربما استدلل له بظاهر الخبر (٤)، حيث إنَّ المتبادر من الرجوع فى العين استحقاق منافعها، فحيث وضع الغرس بحق يجمع بين الحقين بقلعه بالأرض. و على هذا ينبغى أن يجوز إبقاؤه بأجره لا مجاناً، لأنَّ ذلك هو مقتضى التعليل. و لكن لم يذكر أحد استحقاقه الأجره لو أبقاها. نعم، هو وجه لبعض الشافعيه (٥).

و الفرق بين هذه و بين العين المؤجره إذا فسخ فيها الموجر و قد اشتغلت بغرس المستأجر - حيث إنه يستحق الأجره فيها كما تقدّم، دون هذه - أنَّ المعقود عليه فى البيع الرقبه، و إنما تحصل له بالفسخ و إن لم يأخذ الأجره، و فى الإجاره المعقود عليه هو المنفعه، فإذا فسخ العقد فيها و استوفأها المستأجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائده، و لم يعد إليه حقّه، فلم يستفد بالفسخ شيئاً، فجبرت المنفعه حيث لم يتمكّن.

ص: ١١٠

١-١ فى «ن»: يعنى. و فى «ب» و «م»: يعنى.

٢-٢ المتقدم فى ص ١٠٥ هامش رقم (١).

٣-٣ المبسوط ٢: ٢٥٩-٢٦٠.

٤-٤ الأنف الذكر.

٥-٥ الوجيز ١: ١٧٥.

ثمَّ يباعان فيكون له ما قابل الأرض، وإن امتنع بقيت له الأرض، وبيعت الغروس و الأبنيه منفرده. (١) من استيفائها بالأجره. و أيضا فإنَّ المشتري دخل على أن لا- يضمن المنفعه، فلم يثبت عليه أجره، كما لو باع أصولا دون ثمرتها، بخلاف المستأجر، فإنَّ متعلق ضمانه هو المنفعه، فتجب عليه الأجره.

و في حكم الغرس البناء، أما الزرع فيجب على البائع إبقاؤه إلى أوانه بغير أجره لو فسخ في الأرض، قولاً واحداً. و الفرق أنّ للزرع أمداً قريباً ينتظر، فلا تعدّ العين معه كالتالفه فينتظر، بخلاف الغرس و البناء.

و على القول بجواز قلع الغرس و إزاله البناء بالأرض، فطريق تقديره أن يقوّم الغرس قائماً إلى أن يفنى (١) بغير أجره، و البناء ثابتاً كذلك و مقلوعاً، فالأرض هو التفاوت.

قوله: «ثمَّ يباعان و يكون له ما قابل الأرض- إلى قوله- منفرده».

هذا تفريع على عدم استحقاق البائع إزالتها، و لا بالأرض (٢). فالطريق إلى وصوله إلى حقه أن تباع الأرض بما فيها من البناء و الغرس، فله من الثمن ما قابل الأرض. و طريق معرفته أن يقوّمها معها ثمَّ تقوّم الأرض مشغولة بهما ما بقيا مجاناً، و تنسب قيمتها كذلك إلى قيمه المجموع، و يؤخذ من الثمن لها بنسبه ذلك، و الباقي للمفلس.

هذا إن رضى البائع ببيع الأرض، و إلا- لم يجبر عليه، بل يباع مال المفلس على حالته التي هو عليها من كونه في أرض الغير مستحقّ البقاء الى أن يفنى (٣) مجاناً، و إن استلزم ذلك نقصاناً في قيمته لو ضمّ إلى الأرض و أخذ للأرض قسطها، فإنَّ ذلك هو حقّ المفلس، فلا يؤثر هذا النقصان.

ص: ١١١

١- ١) في «ن» و «ب» و «س»: يغنى.

٢- ٢) في «س»: و لو بالأرض.

٣- ٣) في «س» و «ن»: يغنى. و في «م»: يغنى.

و لو اشترى زيتا فخلطه بمثله.(١)لم يبطل حقّ البائع من العين.و كذا لو خلطه بدونه،لأنه رضى بما دون حقّه.و لو خلطه بما هو أجد،قيل:

يبطل حقّه من العين،و يضرب بالقيمه مع الغرماء.

و حيث يباع منفردا يبقى حكمه حكم من باع أرضا و استثنى شجره،فى جواز دخول مالكها إليها و سقيها،إلى آخر ما ذكر من أحكامها.و قد تقدّمت (١)فى البيع.

قوله:«و لو اشترى زيتا فخلطه بمثله.إلخ».

إنّما لم يبطل حقّ البائع بمزج المبيع الوجود عين ماله فى جملة الموجود،غايته أنها غير متميّه،و ذلك لا يستلزم عدمها،إذ لا واسطه بين الموجود و المعدوم.و يمكن التوضيّل إلى حقّه بالقسمه،لأنّ الزيت كلّ سواء،فأخذ حقّه بالكيل أو الوزن.هذا إذا خلطه بمثله أو أردأ.أما لو خلط بالأجود فالأقوى أنّه كذلك،لعين ما تقدّم،فإنّ العين موجوده أيضا قطعاً،غايه ما هناك أنّه تعذّر تميّزها،لكن يمكن التوضيّل إلى قيمتها بأن يباعا و يكون له بنسبه ما يخصّه من القيمه.و هو مختار العلامه فى المختلف (٢)و التحرير (٣).فعلى هذا لو كانت قيمه زيته درهما،و الممزوج به درهمين، يباع و أخذ ثلث الثمن.و يحتمل أن يكون له ذلك فى الخلط بالأردأ أيضا،لأنّه حقّه، و الحال أنّ العين باقيه و قد تعذّر التوصل إليها،فيعدل إلى القيمه.و اختاره فى التحرير (٤).

و القول ببطلان حقّه لو مزجه بالأجود للشيخ (٥)–رحمه الله–و تبعه العلامه فى التذكره (٦)و القواعد (٧)،فيصير للعلامه فى المسأله ثلاثه أقوال.و وجه هذا القول أنّ.

ص:١١٢

١-١) فى ج ٣ ص ٢٣٠.

٢-٢) المختلف:٤٢٧.

٣-٣) تحرير الأحكام ١:٢١٤.

٤-٤) تحرير الأحكام ١:٢١٤.

٥-٥) المبسوط ٢:٢٦٣.

٦-٦) تذكره الفقهاء ٢:٦٩.

٧-٧) قواعد الأحكام ١:١٧٥.

و لو نسج الغزل (١) أو قصر الثوب أو خبز الدقيق لم يبطل حقّ البائع من العين، و كان للغرماء ما زاد بالعمل.

العين تصير حيثئذ بمنزله التالفه من طريق المشاهده و الحكم، أمّا الأوّل فللاختلاط، و أمّا الثاني فلائته لا يمكنه الرجوع إلى عينه بالقسمه، و أخذ المقدار من الممتزج، للإضرار بصاحب الأ-جود. و هو ضعيف، لأنّ العين موجوده، و يمكن التوصل إلى الحقّ بالقيمه. و لو أثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين لزم مثله في القسمين الأخيرين.

و حكى الشيخ-رحمه الله-في قسم الأجوّد قولاً ثالثاً، و هو أن يدفع إلى البائع من عين الزيت بنسبه قيمه ما يخصّه، فإذا خلط جزّه تساوى ديناراً بجزّه تساوى دينارين فللبائع قيمه ثلث الجميع، فيعطى ثلث الزيت و هو ثلثا جزّه. ثمّ غلّطه باستلزامه الربا (١). و هو يتمّ على القول بثبوتّه في كلّ معاوضه، و لو خصّصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً.

قوله: «و لو نسج الغزل. إلخ».

اعلم أنّ الزيادة اللاحقه للمبيع لا يخلو: إمّا أن يكون من نفسه أو من خارج.

و الأوّل إمّا متّصله محضاً كالسمن، أو منفصله محضاً كالولد، أو متّصله من وجه دون آخر كالحمل. و قد تقدّم (٢) حكم الثلاثه. و الزيادة الخارجيه إمّا أن تكون عينا محضه كالغرس، أو صفه محضه كنسج الغزل و قصر الثوب، أو صفه من وجه و عينا من آخر كصبغ الثوب. و قد تقدّم حكم القسم الأوّل، و بقى الأخيران. و هذه المسأله حكم الثاني. و الثالث بعدها بلا فصل.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا اشترى عينا و عمل فيها عملاً يزيد في صفتها لا في ذاتها، كأن يطحن الحنطه، أو يخبز الدقيق، أو يقصر الثوب، أو يخيّطه بخيوط منه، أو ينسج الغزل، أو ينشر الخشب ألواحاً، أو يعملها باباً، و نحو ذلك، لم يسقط

ص: ١١٣

١-١) المبسوط ٢٦٣: ٢.

٢-٢) في ص ١٠٣.

و لو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمه الصبغ، إذا لم ينقص قيمه الثوب به. (١) حق رجوعه بالعين عندنا، لأن العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها، فكان واجدا عين ماله.

ثم إن لم تزد قيمه المبيع بهذه الصفات فلا شيء للمفلس، سواء غرم المفلس عليه شيئا أم لا. وإن نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه لو اختار أخذ العين. وإن زادت قيمه بسببه صار المفلس شريكا فيها كزياده العين، فتباع العين و يكون للمفلس من الثمن بنسبه ما زاد، فلو كانت قيمه الثوب مائه خاما، و مقصورا مائه و عشرين، كان للمفلس سدس الثمن. هذا هو الذى قطع به المصنف. و هو أحد القولين فى المسأله.

و القول الآخر أن العين تسلّم إلى البائع مجانا، إلحاقا لهذه الزيادة بالمتصله كالسمن و غيره، بناء على أن حكم المتصله ذلك و قد تقدّم (١) الخلاف فيها، فمن حكم هناك بأن الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق أولى. و من يحكم بكونها للبائع يمكن أن يحكم بأن هذه للمشتري، لأن هذه من فعله أو ما فى حكمه، بخلاف السمن و الكبر، فإنهما من فعل الله تعالى، و إن كان سببهما من فعل المكلف، كالعلف و السقى. و من ثم يتخلف السمن عنهما فى بعض الأحيان. و ربّما يحصل بدونهما فى آخر. و على تقدير استناده إليهما فالفاعل هو الله تعالى، بخلاف طحن الحنطه و خبز الدقيق و نحوهما. و من ثمّ جاز الاستيجار عليه و لم يجز الاستيجار على القسمين و نحوه، كما لا يخفى. و الأقوى فى الموضوعين أن الزيادة للمفلس، و حينئذ فالمعتبر بالقيمه مع الزيادة حين الرجوع.

قوله: «و لو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمه الصبغ إذا لم ينقص قيمه الثوب به».

هذا مثال ما لو كانت الزيادة عينا من وجه و صفه من آخر، فإنّ الصبغ فى نفسه

ص: ١١٤

(١-١) فى ص ١٠٣.

و كذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه، كان شريكا للبائع بقدر العمل. (١) عين، و أحدث للثوب صفه من اللون لم تكن. و حينئذ فإمّا أن يزيد الثوب فى القيمة بقدر قيمه الصبغ أو أقلّ أو أكثر، أو لا- يزيد شيئاً، أو ينقص. ففى الأول يكونان شريكين بنسبه المالين، كما لو كانت قيمه الثوب مائه، و الصبغ عشرين، و ساوى بعض الصبغ مائه و عشرين، فللمفلس سدس الثمن، و القسمه هنا على الأعيان، و لا يتحقّق للصفه حكم، لانتفاء الزيادة بسببها.

و فى الثانى يكون للبائع بقدر قيمه الثوب، و النقصان على المفلس، لأن الصبغ تتفرّق أجزاءه فى الثوب و تهلك و الثوب قائم بحاله، فكانت نسبه النقصان إلى الصبغ أولى. لكن يشترط فى ذلك أن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه إلى الثوب، و إلاّ لحقه بحسبه.

و فى الثالث، و هو زياده قيمته مصبوغاً عن قيمه الثوب و الصبغ، كما لو صار فى المثل يساوى مائه و ثلاثين، فلا شبهه فى كون كلّ عين محفوظه بقيمتها، و إنّما الكلام فى الزائد عنهما، فإنّه صفه محضه فيجرى فيها البحث فى المسأله السابقه. فإنّ ألحقناها بالأعيان فهى بأجمعها للمفلس، و هو الأقوى. و إن ألحقنا الأثر بالعين فهى للبائع. و يحتمل بسطها على نسبه المالين، لعدم الأولويه، حيث إنّها تابعه للمعنيين.

و إن لم تزد قيمه الثوب شيئاً بالصبغ أو نقصت لم يكن للمفلس شىء، لأنّ عين مال البائع قائمه و عين مال المفلس ذاهبه، كما مرّ، و الصفه منتفیه فتنتفى الشركه فيه قولاً واحداً. و يمكن شمول قول المصنّف: «إذا لم تنقص قيمه الثوب به».

للقسمين، و إن كان فى الثانى أوضح.

قوله: «و كذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه كان شريكا بقدر العمل».

هذا من أفراد الصفه المحضه. و قد كان يمكن الغنى عنه بالسابق، فإنّه أعمّ من كونه بنفسه و غيره. و إنّما يكون شريكا بقدر العمل مع زياده العين بقدره خاصّه،



و لو أسلم فى متاع ثم أفلس المسلم إليه قيل: إن وجد رأس ماله أخذه، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة. وقيل: له الخيار بين الضرب بالثمن أو بقيمة المتاع، وهو أقوى. (١) وإلا جاء فيه ما تقدم من الأقسام.

قوله: «و لو أسلم فى متاع ثم أفلس المسلم إليه-إلى قوله-و هو أقوى».

القول الأوّل للشيخ رحمه الله (١). و وجهه مع وجدان عين ماله دخوله فى العموم (٢)، و مع عدمه يضرب بدينه كما فى كلّ غريم. و دينه هو المسلم فيه فيضرب به. و إنّما اعتبر القيمة لأنّ الضرب باعتبارها، وإلا فالمرجع إلى نفس الدين.

و وجه الثانى مع تلف عين ماله ما تقدم (٣) فى السلف، من أنّه متى تعذّر المسلم فيه فى وقته تخير المسلم بين الفسخ و الصبر، فيكون هنا كذلك، إلاّ أنّه مع الفسخ يضرب بالثمن، و مع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه، إذ لا صبر هنا لأحد من الغرماء. و هذا هو الأقوى. و هو اختيار الأكثر. و لكن يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه، أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه، فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه و لا تعذّر. و من الممكن أن يصل إلى جميع حقّه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة و إن كان قاصرا كما مرّ، فلا بدّ من ملاحظه مثل هذا القيد. و على تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضا.

و فيما قرّر به المصنّف القول الثانى إجمالاً، و تلخيصه: أنّه مع وجود العين-و هو الثمن- يتخير المسلم بين الفسخ فأخذه، و بين الضرب بدينه و هو المسلم فيه، و إن

ص: ١١٦

١-١) المبسوط ٢٦٦: ٢.

٢-٢) لاحظ ص ٩٨: الهامش رقم ٣.

٣-٣) فى: ج ٣ ص ٤٣٠.

و لو أولد الجاربه ثمّ فّلسّ جاز لصاحبها انتزاعها و بيعها. و لو طالب بئمنها جاز بيعها في ثمن رقبتهها، دون ولدها. (١) و إذا جنى عليه خطأ تعلّق حقّ الغرماء بالديه، (٢) و إن كان عمداً كان بالخيار بين القصاص و أخذ الدية إن بذلت له. و لا يتعيّن عليه قبول الدية، لأنّها اكتساب، و هو غير واجب. (٣) و جده تالفاً تخيّر بين الفسخ فيضرب بالثمن، و بين الإمضاء فيضرب بالمسلم فيه.

قوله: «و لو أولد الجاربه و فّلسّ جاز لصاحبها انتزاعها- إلى قوله- دون ولدها».

وجه جواز انتزاعها ظاهر، فإنّها عين ماله، و الاستيلاء المتجدّد لها لا يمنع رجوعه، إذ يجوز بيعها في ثمنها حينئذ، و أخذها بمنزلته. و لو اختار الضرب بالثمن جاز بيعها فيه أيضاً، لما قلناه. و أمّا الولد فهو حرّ على كلّ حال، لأنّه ولد من سيدها حاله ملكه لها، فلا سبيل (١) لأحد عليه.

قوله: «و إذا جنى عليه خطأ تعلّق حقّ الغرماء بالديه».

و في حكمه الجنايه على عبده و مورّثه. و لا يصحّ منه العفو هنا، لأنّه تصرف في المال، و هو ممنوع منه.

قوله: «و إن كان عمداً كان بالخيار- إلى قوله- و هو غير واجب».

لما كان الواجب في العمد بالأصل هو القصاص، و المال إنّما يلزم بالتراضى، كان التخيير للمجنّى عليه- مع بذل الجنائي المال- بين القصاص لأنّه حقّه، و بين أخذ المال، و بين العفو. و لا يتعيّن عليه أخذ المال لو بذل له، عملاً بالأصل، و لأنّه اكتساب للمال و هو غير لازم له الآن، كما لا يلزمه قبول الهبه. فإن اقتصّ فلا كلام.

و إن رضى بالمال و بذله الجنائي تعلّق به حقّ الغرماء. و إن عفا مطلقاً سقط حقّه منهما.

ص: ١١٧

نعم، لو كان له دار أو دابّة وجب أن يؤاجرها (١). وكذا لو كانت له مملوكة، ولو كانت أم ولد. (١) وإذا شهد للمفلس شاهد بمال، فإن حلف استحقّ. وإن امتنع هل يحلف الغرماء؟ قيل: لا، وهو الوجه. وربما قيل بالجواز، لأنّ في اليمين إثبات حقّ للغرماء. (٢) قوله: «نعم لو كان له دار أو دابّة وجب أن يؤاجرها. وكذا لو كانت له مملوكة ولو كانت أم ولد».

مما يستثنى للمديون مطلقا داره و دابّته و مملوكة المحتاج إليه منها. وهذه الثلاثة لا تباع و لا تؤاجر. و ما ذكره المصنّف يحمل على أحد أمرين: إمّا بأن تكون هذه الأشياء له على وجه لا يمكن بيعه، بأن تكون موقوفه و هي زائده على ما يستثنى، و إمّا على مؤاجرتها زمن الحجر إلى أوان البيع. و أمّا أمّ الولد فلا تباع مطلقا، إذا لم تكن عين مال أحد من الغرماء. فيمكن الحكم بمؤاجرتها إذا كانت فاضله عن خدمته. و لو كانت خدمته تحصل بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكة أخرى، لصدق المملوكة عليها و إن تشبّث بالحزبه، فباع ما سواها، مع احتمال عدمه. و ضمير «يؤاجرها» المستتر يعود إلى المالك بدلاله السياق. و لكن يجب تقييده بإذن الحاكم.

و يمكن أن يعود إليه.

قوله: «و إذا شهد للمفلس شاهد بمال- إلى قوله- إثبات حقّ الغرماء».

القول بالمنع للشيخ (٢) و الأكثر. و هو الأقوى، لأنّ المال للمفلس إلى أن يقتسمه الغرماء، و إن تعلّق حقّهم به. و الحلف لإثبات مال الغير ممتنع. و القول بالجواز لابن الجنيد (٣)، بناء على عود النفع إليهم، و يستحقّون المطالبة. و هو

ص: ١١٨

١- ١) كذا في النسخ. و الصحيح يؤجرها، و مصدرها الإجاره لا المؤجره كما سيأتى في عبارته المصنّف و الشارح.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٧٦.

٣- ٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

و إذا مات المفلس حلّ ما عليه، و لا يحلّ ما له. و فيه رواية أخرى مهجوره. (١) و ينظر المعسر، و لا يجوز إلزامه و لا مؤاجرتة. و فيه رواية أخرى مطروحة. (٢) ضعيف، إذا لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس.

و فى حلفهم إشكال من وجه آخر، و هو أنّ كلّ واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلفاً لإثبات مال لغيره، و هو باقى الغرماء، و هو ممتنع أيضاً زياده على ما تقدّم. و إن حلف على بعضه، و هو القدر الذى يصيبه بالتقسيت، لم يثبت له أجمع بل بعضه، لأنّه مال المفلس، فلا يلتزم ثبوت جميع المال بهذا الحلف. و الاعتذار عن حلفه على المجموع بأنّه إنّما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه، لأنّه يتضمّن إثبات مال الغير أيضاً.

قوله: «و إذا مات المفلس حلّ ما عليه، و لا يحلّ ما له. و فيه رواية أخرى مهجوره».

أمّا الأوّل فموضع وفاق. و أمّا الثانى فالمشهور بقاؤه بحاله، لأصالة البقاء، و انتفاء الدليل، و للفرق بتحقيق الضرر فى الأوّل على المالك إن تصرف الوارث، و على الوارث إن منع منه إلى أن يحلّ، بخلاف موت من له الدين. و الرواية المذكوره بخلافه رواها أبو بصير، عن الصادق عليه السلام: «قال: إذا مات الميت حلّ ما له و ما عليه من الديون» (١). و عمل بها الشيخ فى النهايه (٢)، و تبعه جماعه (٣). و الروايه مرسله. و الأصحّ الأوّل.

قوله: «و ينظر المعسر. و لا يجوز إلزامه و لا مؤاجرتة. و فيه رواية أخرى مطروحة».

هذا هو المشهور، و عليه العمل. و يدلّ عليه ظاهر قوله تعالى:

ص: ١١٩

١- ١) الكافى ٥: ٩٩ ح ١، التهذيب ٦: ١٩٠ ح ٤٠٧. و فيهما «إذا مات الرجل».

٢- ٢) النهايه: ٣١٠.

٣- ٣) فى هامش «و» و «ن»: «أبو الصلاح و ابن البرّاج و الطبرسى رحمهم الله. منه رحمه الله» راجع الكافى للحلبى: ٣٣٣، و المختلف: ٤١٢.

القول فى قسمه ماله يستحبّ إحضار كلّ متاع فى سوقه ليتوفّر الرغبه، (١) و حضور الغرماء، تعرّضا للزيادة. (٢) وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ (١) و أطلق جماعه (٢) من أصحابنا أنّه لا يجب عليه الاكتساب أيضا، و لا قبول الهبه و لا الصدقه و لا الوصيه و نحوها. و لو قيل بوجوب ما يلىق بحاله كان حسنا. و الروايه بجواز مؤاجرتة و لا الوصيه و نحوها. و لو قيل بوجوب ما يلىق بحاله كان حسنا. و الروايه بجواز مؤاجرتة رواها السكونى، عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «أَنْ عَلَيَا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبَسُ فِي الدِّينِ، ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَا أُعْطِيَ الْغَرْمَاءِ، وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ، فَيَقُولُ لَهُمْ: اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ فَاجْرَوْهُ، وَ إِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ» (٣). و عمل بها ابن حمزه (٤). و مال إليه فى المختلف (٥). و اختاره الشهيد (٦) رحمه الله.

قوله: «يستحبّ إحضار كلّ متاع فى سوقه ليتوفّر الرغبه».

إنّما يستحبّ الإحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع فى غير سوقه، و إلا فالأولى الوجوب، لأنّ بيعه فيه أثر لطلّابه، و أضبط لقيّمته. و لكن أطلق الجماعه الاستحباب.

قوله: «و حضور الغرماء تعرّضا للزيادة».

استحباب هذا القسم مناسب، إذ لا- خصوصيّة لهم فى الشراء. و يمكن وجوبه (٧) مع رجاء الزيادة بحضورهم. و كذا يستحبّ حضور المفلس أو وكيله، فإنّه

ص: ١٢٠

١- ١) سورة البقره: ٢٨٠.

٢- ٢) راجع المبسوط ٢: ٢٧٤، التذكرة ٢: ٧٣، و جامع المقاصد ٥: ٢٩٧.

٣- ٣) الاستبصار ٣: ٤٧، حديث ١٥٥، التهذيب ٦: ٣٠٠، حديث ٨٣٨.

٤- ٤) الوسيله: ٢٧٤.

٥- ٥) المختلف: ٤١٤.

٦- ٦) الدروس: ٣٧٣.

٧- ٧) فى «ه»: «و يمكن القول بوجوبه».

و أن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه (١)، و بعده بالرهن، لانفراد المرتهن به. (٢) و أن يعول على مناد يرتضى به الغرماء و المفلس، دفعا للثمه، فإن تعاسروا عيّن الحاكم. (٣) أخبر بقيمه متاعه، و أعرّف بجيّدته من غيره، فيتكلّم عليه و يخبر بقدره، و يعرف المعيب من غيره، و ربّما كان أكثر للرغبه فيه، و أبعد عن التهمه، و أطيّب لنفس المفلس.

قوله: «و أن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه».

جعل هذا من المستحبّ ليس بواضح، بل الأجود وجوبه، لئلا يضيع على المفلس و على الغرماء، و لوجوب الاحتياط على الأمانة و الوكلاء في أموال مستأمنهم، فهنا أولى، لأنّ ولاية الحاكم قهريّه، فهي أبعد عن مسامحه المالك. و حينئذ فيبدأ بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهه، ثمّ بالحيوان، ثمّ بسائر المنقولات، ثمّ بالعقارات. هذا هو الغالب. و قد يعرض لبعض ما يستحقّ التأخر التقدّم بوجه.

قوله: «و بعده بالرهن لانفراد المرتهن به».

و لأنّه ربّما زادت قيمته عن الدّين فيضمّ الباقي إلى مال المفلس، و ربّما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء. و في حكم الرهن العبد الجاني، لتعلّق حقّ المجنّى عليه برقبته و اختصاصه، و ربّما فضل منه فضله كالرهن. و يفارقه بأنّه لو قصر عنها لم يستحقّ المجنّى عليه الزائد، لأنّ حقّه لم يتعلّق بالذمّه بل بالعين، بخلاف الرهن فإنّه متعلّق بهما. و هذا التقديم يناسب الاستحباب، لأنّ الغرض منه معرفه الزائد و الناقص، و هو يحصل قبل القسمة. و في التذكّره (١) قدّمه على بيع المخوف.

و ما هنا أولى.

قوله: «و أن يعول على مناد يرتضى به الغرماء و المفلس دفعا للثمه، فإن تعاسروا عيّن الحاكم».

هذا الحكم ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب، لأنّ الحقّ في ذلك لهم،

ص: ١٢١

و إذا لم يوجد من يتبرع بالبيع، ولا - بذلت الأجره من بيت المال، وجب أخذها من مال المفلس، (١) لأنّ البيع واجب عليه. ولا يجوز تسليم مال المفلس إلاّ مع قبض الثمن، وإن تعاسرا تقابضا معا. (٢) لكونه مال المفلس، و مصروفا إلى الغرماء. و يمكن مع ذلك الاستحباب، لأنّ الحاكم بحجره على المفلس أسقط اعتباره، و كان كوكيله، و حقّ الغرماء الاستيفاء من قيمه، و هي حاصله بنظر الحاكم. و الحاصل: أنّه يفوّض إليهم التعيين، فإن اتفقوا عليه و إلاّ - عيّن هو. هذا إذا كان معيّن كلّ واحد متطوعا أو بأجره متّحده، و إلاّ قدّم المتبرّع و قليل الأجره مع صلاحيته لذلك. و هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم.

قوله: «و إذا لم يوجد من يتبرّع بالبيع، و لا بذلت الأجره من بيت المال.

و جب أخذها من مال المفلس».

مقتضى العبارة جواز بذلها من بيت المال - و به صرّح العلامة في التذكرة - لأنّه معدّ للمصالح و هذا من جملتها (١). و معنى قوله: «و لا بذلت من بيت المال» أنّه إذا لم يكن في بيت المال سعه، إمّا لعدمه، أو للاحتياج إلى صرفه إلى ما هو أهمّ من ذلك، جاز أخذها من مال المفلس، لأنّ البيع حقّ عليه. و في القواعد أطلق أنّ الأجره على المفلس (٢). و ما هنا أجود.

قوله: «و لا يجوز تسليم مال المفلس إلاّ مع قبض الثمن. و إن تعاسرا تقابضا معا».

هذا الحكم واضح، فإنّ مال الغير يجب الاحتياط فيه كذلك. و هل الحقّ في ذلك منحصر في المفلس و الغرماء، فيجوز مع رضاهم؟ يحتمله، لأنّ الحقّ الآن منحصر فيهم، و عدمه، لجواز ظهور غريم آخر يتعلّق دينه بالمال. و هو أجود.

ص: ١٢٢

١ - ١) التذكرة ٥٦: ٢.

٢ - ٢) قواعد الأحكام ١٧٣: ١.

و لو اقتضت المصلحه تأخير القسمه، قيل: يجعل في ذمه ملئ احتياطا، و إلا جعل وديعه، لأنه موضع ضروره. (١) و لا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها، و يباع منها ما يفضل عن حاجته، و كذا أمتة التي تخدمه. (٢) قوله: «و لو اقتضت المصلحه تأخير القسمه-إلى قوله-لأنه موضع ضروره».

إنما كان ذلك احتياطا لأن القرض مضمون على المقترض، بخلاف الوديعة، فإنها أمانة لا يؤمن تلفها. و اعتبر في التذكرة في المقترض مع الملاءة الأمانة (١). و هو حسن. و قوله: «و إلا» أي و إن لم يوجد مقترض ملئ جعل وديعه، و ليكن المستودع عدلا. و ينبغى مراعاة من يرتضيه الغرماء، و المفلس، و مع الاختلاف يعين الحاكم.

و نسبه المصنّف الحكم إلى القيل يشعر بتوقفه فيه. و وجه التوقف من أنّ قرض الحاكم في الأموال التي يليها إنما هو الاستيداع، كما هو في أموال اليتامى و غيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس، فينبغى أن يجوز الاقتصار على الوديعة و إن أمكن القرض. و به قطع في التذكرة (٢). و هو حسن، و إن كان الأول أحوط.

قوله: «و لا يجبر المفلس على بيع داره-إلى قوله-و كذا أمتة التي تخدمه».

يعتبر في الدار كونها لائقه بحاله كما و كيفا، فلو زادت في أحدهما وجب الاستبدال بما يليق به، أو بيع الفاضل إن أمكن إفراده بالبيع، و في الأمة الحاجة إلى خدمتها، أو الأهلية لها بحسب حاله. و مثلها العبد. و في حكمها دابته ركوبه و لو احتاج إلى المتعدّد استثنى كالمّتحّد. و كذا يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاء و صيفا. قال في التذكرة: «و الأولى اعتبار ما يليق بحاله في إفلاسه، لا في حال ثروته».

و يترك لعياله من الثياب ما يترك له. قال: «و لا يترك له الفرش و البسط، بل يسامح

ص: ١٢٣

١-١) التذكرة ٥٦: ٢.

٢-٢) التذكرة ٥٦: ٢.



و لو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزياده، لم يفسخ العقد. و لو التمس المشتري الفسخ، لم يجب عليه الإجابة، لكن تستحب. (١) و يجرى عليه نفقته و نفقه من يجب عليه نفقته و كسوته، و يتبع في ذلك عادة أمثاله، إلى يوم قسمه ماله، فيعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم. (٢) و لو مات قديم كفنه على حقوق الغرماء، و يقتصر على الواجب منه. (٣) باللبد و الحصر القليل قيمه (١). و لا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء و عدمه عندنا.

قوله: «و لو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس - إلى قوله - لكن تستحب».

لا ريب في استحباب الإجابة إلى كل إقاله، فهنا أولى، و لكن لا يجب، لأنه صار حقه. هذا إذا لم يكن البيع بخيار للبائع، و إلا جاز الفسخ. و في وجوبه نظر، أقرب ذلك، و إن كان قد بيع بثمن المثل، للقدره على تحصيل الزيادة بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزياده عن ثمن المثل قبل البيع.

قوله: «و يجرى عليه نفقته - إلى قوله - نفقه ذلك اليوم».

الظاهر أن المراد بعاده أمثاله من هو في مثل شرفه وضعته و باقى أوصافه بحسب ما هو عليه الآن. و لو مات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار ففي ارتجاع بقيه نفقته نظر، من أن النفقه تملك مطلق، أو بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها. و سيأتي - إن شاء الله تعالى - الكلام فيه.

قوله: «و لو مات قديم كفنه على حقوق الغرماء و يقتصر على الواجب منه».

و كذا يقدم كفن من تجب نفقته عليه ممن يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس.

ص: ١٢٤

مسائل ثلاث:

**الأولى: إذا قسّم الحاكم مال المفلس، ثمّ ظهر غريم،**

الأولى: إذا قسّم الحاكم مال المفلس، ثمّ ظهر غريم، نقضها و شاركهم الغريم. (١) و يقتصر على الواجب، و هو ثلاثة أثواب. و يعتبر فيها الوسط ممّا يليق به عادة. و لا يقتصر على الأدون، مع احتمالاه. و به قطع فى البيان (١). و لو اكتفينا بالثوب الواحد فى تأدى الواجب لزم الاقتصار عليه هنا. و كذا يستثنى مؤونه التجهيز من سدر و كافور و ماء و غيرها.

قوله: «إذا قسّم الحاكم مال المفلس ثمّ ظهر غريم نقضها و شاركهم الغريم».

إذا ظهر غريم بعد القسمة فلا يخلو: إمّا أن يطالب بعين من مال المفلس، بأن يكون بائعاً و مبيعه قائم، أو يطلب بدين. و الأوّل إمّا أن يجدها مع بعض الغرماء، أو مع غيرهم، بأن يكون الحاكم قد باعها و جعل ثمنها فى ماله، أو يجدها بأيدي الغرماء بالسويّه. و فيما عدا الصورة الأخيرة لا يتوجّه إلّا نقض القسمة، لأنّ العين إذا انتزعت من أحدهم بقى بغير حقّ. و فى الأخير و المطالب بدين قولان:

أحدهما - و هو الذى جزم به المصنّف -: أنّ القسمة تنقض، لتبين فسادها من حيث إنّ جميع الغرماء مستوون فى المال، و قد وقعت القسمة بغير رضا البعض، فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثمّ ظهر لهم شريك آخر.

و الثانى: أنّها لا تنقض، بل يرجع الغريم على كلّ واحد بحصّه يقتضيها الحساب، لأنّ كلّ واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محلّه، فلا يجوز النقض، لأنّه يقتضى إبطال الملك الثابت. أمّا الحصّه الزائده على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فإنّها غير مملوكة له، فتستعاد.

و يضعف بأنّ الملك كان مبتياً على الظاهر من انحصار الحقّ فيهم، و قد تبين

ص: ١٢٥

## الثانية: إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله

الثانية: إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله، قسّم أمواله على الحالّه خاصّه. (١) خلافه. و لا فرق في نفس الأمرين سائر غرمائه.

فإن قيل: ذلك إنّما يتم في الشركاء، و هنا لا- شرکه، إذا المال للمفلس. نعم، يستحقّون الإيفاء، فلا يستحقّ الغريم الآخر سوى الحصّه، و ما عداها لا حقّ له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبرا.

قلنا: هذه و إن لم نجعلها شرکه حقيقته، لكن الإيفاء أيضا مشروطه ببسط المال على نسبه جميع الغرماء، غايه ما فيه أنّه لم يكن ظاهرا سواهم، فصحت ظاهرا، فلما تبين من يشاركهم في استيفاء المال لم تصحّ القسمة الأولى. و الغريم المتجدّد و إن لم يستحقّ سوى الحصّه إلا- أنّها مشاعه في جميع المال، فتميزه بغير إذنه لا يصحّ، فكان القول بالنقض أجود. و حينئذ فلا فرق بين الأقسام السابقه كلّها. و ليس هذا الفسخ الطارئ على هذه القسمة مثل فسخ البيع بأحد أسبابه، لأنّ ذلك الفسخ يبطله من حينه، و ظهور هذا الغريم أبطلها من رأس.

و تظهر فائده القولين في النماء المتجدّد بعد القسمة، فعلى النقص يشارك المتجدّد فيه دون الآخر. و فيما لو تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى النقص تبين بطلانه دون الآخر. و في وجوب الزكاه لو بلغ نصيبه نصابا، و اجتمعت الشروط، فعلى النقص تبين سقوطها، و على الآخر يجب. إلى غير ذلك من الفوائد.

قوله: «إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله، قسّمت أمواله على الحالّه خاصّه».

أى مؤجله عند القسمة، فإنّه لا- يقسّم عليها. أمّا لو كانت مؤجله عند الحجر و حلّت عند القسمة شاركت، و إن كان الحجر في ابتدائه لأجل الحالّه. و لو حلّ بعد قسمة البعض شارك في الباقي، و ضرب بجميع المال، و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم.

## الثالثه: إذا جنى عبد المفلس، (١) كان المجنى عليه أولى به

الثالثه: إذا جنى عبد المفلس، (١) كان المجنى عليه أولى به، و لو أراد مولاه فكّه، كان للغرماء منعه.

و يلحق بذلك:

### النظر فى حبسه

النظر فى حبسه لا يجوز حبس المعسر، مع ظهور إعساره. (٢) قوله: «إذا جنى عبد المفلس. إلخ».

قد تقدّم (١) أن المجنى عليه أحقّ بالعبء الجانى من الغرماء و من المرتهن، لانحصار حقّه فى العين بخلافهم. و إنّما يكون أحقّ به مع استيعاب الجنايه لقيمته، و إلاّ استرقّ منه بقدرها و صرف الباقي إلى الغرماء. و إنّما يمنع المولى من فكّه مع عدم المصلحه فى فكّه، فلو فرضت بأن كان كسوبا يثمر مالا إلى حين القسمه، و قيمته باقيه، فله فكّه لمصلحته.

و لو كان الجانى المفلس كان غريمه أسوه الغرماء. و الفرق بين جنائته و جنايه عبده واضح، فإنّ المجنى عليه فى صوره العبد تعلق حقّه بعين العبد، و هنا تعلق بدمّه الجانى، فكان كغيره، من الغرماء. و قد تقدّم (٢) وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر.

قوله: «لا يجوز حبس الغريم مع ظهور إعساره».

عدل عن الضمير المذكور فى العنوان، العائد إلى المفلس، إلى الاسم الظاهر - و هو الغريم - للتنبيه على أنّ هذا الحكم لا يختصّ بالمفلس، بل يأتى فى المديون المعسر. و إنّما يحسن العدول لو اشترطنا فى صدق التفليس الحجر، و إلاّ فالمديون المعسر مفلس أيضا.

ص: ١٢٧

١ - ١) ص ٦٥.

٢ - ٢) ص ٩٧.

و يثبت ذلك بموافقه الغريم،(١)أو قيام البيّنه.(٢) فإن تناكرا و كان له مال ظاهر أمر بالتسليم.فإن امتنع فالحاكم بالخيار بين حبسه حتى يوفى،و يبيع أمواله و قسمتها بين غرمائه.(٣) قوله:«و يثبت ذلك بموافقه الغريم».

إنّما يثبت بموافقه الغريم فى حقّ الموافق خاصّه.فلو تعدّد الغرماء و وافق بعضهم دون بعض فللمخالف البحث،إلاّ أن يكون الموافق متعدّدا عدلا،فيثبت مطلقا.

قوله:«أو قيام البيّنه».

تبه بذلك على خلاف بعض العامّه (١)،حيث جعل قيام البيّنه بالإعسار غير مانع من حبسه مدّه يغلب على ظنّ الحاكم أنّه لو كان له مال لظهر.و سيأتى (٢)الكلام على شرائط البيّنه و كيفيه شهادتها.

قوله:«فإن تناكرا-إلى قوله-بين غرمائه».

أى لو تناكر الغريم و المديون فى الإعسار،بأن ادّعا المديون و أنكره الغريم.

و مع ذلك فتفريع ظهور المال عليه منافرو.و الحاصل:أنّه مع عدم إيفاء المديون دينه، و ظهور مال له،يأمره الحاكم بالوفاء.فإن امتنع منه تخيّر بين حبسه و إهاتته إلى أن يوفى،و بين أن يوفى بنفسه.فإن كان ماله من جنس الحقّ صرفه فيه،و إن كان مخالفا باعه عنه و أوفى.

و يحلّ لصاحب الدّين الإغلاظ له فى القول،بأن يقول له:يا ظالم،و نحوه.

قال صلّى الله عليه و آله و سلّم:«لئى الواجد يحلّ عقوبته و عرضه». (٣).و اللّى:المطل.

و العقوبه:الحبس.و العرض:الإغلاظ له فى القول.فإن أصرّ على ذلك جاز

ص:١٢٨

١-١) المغنى لابن قدامه ٤:٥٤٦.

٢-٢) فى ص:١٢٩-١٣٤.

٣-٣) أمالى الطوسى ٢:١٣٤،الوسائل ١٣:٩٠ ب«٨»من أبواب الدين و القرض ح ٤.راجع سنن أبى داود ٣:٣١٣ ح ٣٦٢٨.

و إن لم يكن له مال ظاهر، و ادعى الإعسار، فإن وجد البينة قضى بها. و إن عدمها، و كان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا-حبس حتى يثبت إعساره. (١) و إذا شهدت البينة بتلف أمواله قضى بها، و لم يكلف اليمين، و لو لم تكن البينة مطلعته على باطن أمره. أمّا لو شهدت بالإعسار مطلقا، لم يقبل حتى يكون مطلعته على أمره بالصّحبه المؤكّده (٢)، و للغرماء إحلافه دفعا للاحتمال الخفيّ.

للمحاكم ضربه.

قوله: «و لو لم يكن له مال ظاهر-إلى قوله-حتى يثبت إعساره».

المراد أنّه كان له قبل الآن مال و ادعى الآن تلفه. و المراد بكون أصل الدعوى مالا أن غريمه الذي قد أثبت دينه دفع إليه في مقابلته مالا، بأن باعه سلعه و هو يطالب بثمانها، أو أقرضه مالا، و نحو ذلك، و المديون يدعى تلفه، أو ينكر وصوله إليه مع قيام البينة به، فإنّه حينئذ يحبس حتى يثبت (١) إعساره، لأن الأصل بقاء ذلك المال في يده.

و ظاهر العبارة-ككثير-أنّه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدّين و امتناعه من إيفائه. و في التذكرة (٢) أنّه إذا لم يكن له بينه بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف، فإذا حلفوا حبس.

قوله: «و إذا شهدت بالبينة-إلى قوله-بالصّحبه المؤكّده».

إذا شهدت البينة للمديون بالإعسار، فإنّما أن يكون مستند شهادتها علمها بتلف ماله، أو اطلاعها على حاله. فإن كان الأوّل بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قبلت، و إن لم تكن مطلعته على باطن أمره، لأنّ الشهاده بذلك على الإثبات

ص: ١٢٩

١-١) في «ب» و «م»: يتبين.

٢-٢) التذكرة ٥٨: ٢.

المحض، و بثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره. و إن شهدت بإعساره مطلقاً، أى من غير تعرّض لتلف أمواله، فلا بدّ فى ذلك من كون الشاهدين لهما صحبه مؤكّده مع الشهود له، و معاشره كثيره بحيث يطلعان بها على باطن أمره غالباً، فإنّ الأموال قد تخفى، و لا يعرف تفصيلها إلاّ بأمثال ذلك.

و إنّما اعتبر هنا ذلك دون ما لو شهدا بتلف ماله، لأنّ مرجع هذه الشهاده إلى الشهاده على النّفى، فإنّ معنى إعساره أنّه لا مال له، و من حقّ الشهاده على النّفى أن لا تقبل، حتى ذهب بعض العامّه (١) إلى عدم قبولها هنا لذلك. و إنّما قبلت عندنا و عند أكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالإثبات، بأن يكون من أهل الخبره بحاله، لكثرة خلطته و طول مجاورته حتى اطلعت على باطن أمره، و شهدت مع ذلك بإثبات يتضمّن النّفى، لا على النّفى الصرف، بأن تقول: إنّه معسر لا يملك إلاّ قوت يومه و ثياب بدنه، و نحو ذلك.

فإذا لم تكن مطلعاً على الوجه المذكور جاز أن تستند فى إعساره إلى ظاهر حاله. و مع ذلك فللغرماء إحلافه، كما ذكره المصنّف و الجماعه، لأنّ الاحتمال لا يزول معها رأساً، و لا صراحه فيها بتلف الأموال، فيجبر باليمين. بخلاف بينه الإثبات، فإنّه لا يكلف باليمين، كما قطع به المصنّف، و تبعه عليه العلامه فى غير التذكرة (٢)، أمّا فيها (٣) فعكس الحكم، و أثبت عليه اليمين فى بينه التلف دون بينه الإعسار، محتجاً بأنّ البيّنه إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه و ادّعى مالا غيره، فإنّه يلزمه اليمين. و أفتى فى موضع آخر (٤) منها بأنّه لا يمين فى الموضوعين، محتجاً بأن فيه تكذيباً للشهود، و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم «البيّنه

ص: ١٣٠

١-١) المغنى لابن قدامه ٤:٥٤٥.

٢-٢) تحرير الأحكام ١:٢١٦-٢١٧، قواعد الأحكام ١:١٧٦، الإرشاد ١:٤٠٠.

٣-٣) التذكرة ١:٥٩.

٤-٤) التذكرة ١:٥٨.

على المدعى و اليمين على من أنكر» (١) و التفصيل قاطع للشركه. هذا خلاصه ما ذكره من الحكم، و غايه ما تقرّر من الفرق بين الموضوعين.

و أقول: إنّ تلخيص الحكم فى ذلك لا- يخلو من إشكال، و الفرق لا- يخلو من نظر، و ذلك لأنّ شهود تلف ماله إمّا أن تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم، من غير معرفه لهم بحال باطن أمره، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف، كما هو الظاهر من قول الجماعة، و تعليلهم المسأله، و تصرّيحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبره بحاله. و يشكل مع هذا ثبوت إعساره، لأنّ حاله بالنسبه إلى المال باطنا مجهول مطلقا، حتى لو فرضنا أنّ هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت مال له باطنا، و الحال أنّه لم يختبر.

و إن أرادوا بعدم اعتبار اطلاقهم على باطن أمره أنّ الحاكم لا يعتبر اطلاقه على ذلك- مع أنّ اطلاقهم معتبر فى نفس الأمر- اتكالا- على عدالتهم، و أنّ العدل لا- يجازف فى شهادته- كما صرّح بهذا المعنى بعض الأصحاب (٢)- أشكل الفرق بين الأمرين، لأنّ ذلك آت فى الشهاده على مطلق الإعسار. و تحويلها نحو الإثبات- لئلا- يتمخض للنفى- غير متوقّف على هذا الشرط، فإنّ مرجعه إلى تحرير شهادتهم، لا إلى علمنا بأخبارهم.

و حكم اليمين متفرّع على ما قرّناه. فإن اكتفينا فى بينه التلف بالاطلاع على ظاهر ماله فلا بدّ من القول باليمين، لأنّه يصير بهذه البينه كمن لم يعلم له أصل مال مع احتمالها. و يتوجّه عدم الافتقار إلى اليمين فى بينه الإعسار المطلعه على الحال، لأنّ

ص: ١٣١

١- ١) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب (٢٥) من أبواب كيفيه الحكم ح ٣. و فيه: «البيّنه على من ادعى». راجع أيضا عوالى اللثالى ١: ٢٤٤ ح ١٧٢، و المستدرک ١٧: ٣٦٨ ب (٣) من أبواب كيفيه الحكم ح ٤ و ٥.

٢- ٢) فى هامش «و» و «ن»: «هو الشيخ على فى الشرح. منه رحمه الله». راجع جامع المقاصد ٥: ٣٠٠.



ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص، فلا يكلف مع البينة أمرا آخر، لأصالة البراءة، و لظاهر الخبر (١). و إن اعتبرنا اطلاع بينه التلف على باطن أمره - كما ذكره بعضهم - توجه عدم اعتبار اليمين معها، لما ذكرناه.

و يمكن أن توجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبره الباطنه في شهاده التلف، لا - بالنظر إلى الحاكم و لا بالنظر إلى الشهود: بأن هذا المديون لَمَّا كان يعرف له أصل مال و لو بكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال، و إن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، و التكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، و هذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجهه. فلا بد مع ذلك من خبره الباطنه و العشره المتأكده، ليحصل الظن بتلف ذلك المال، و إنما يحصل بذلك. فظهر الفرق بين الحالين.

و توجه به أيضا ما اختاروه (٢) من ثبوت اليمين في الأول دون الثاني، لأن الأول لا يدفع المال الباطني يقينا و لا ظنا، لعدم الاطلاع عليه، بخلاف الثاني، لأن كثره ملابسته و مجاورته و الاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عاده يفيد الظن الغالب بعدم المال، فلا يتجه مع ذلك انضمام اليمين إلى البينه.

نعم، لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون، و اعترف بعدم غيره، فشهد الشهود بتلفه، لم يجب اليمين في الأول أيضا، و لم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلا أن هذه مادّه خاصه، و المسأله أعم منها.

و الظاهر من عباره الأصحاب و غيرهم في هذه المسأله هو ما وجهناه أخيرا من أن شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في أنفسهم و لا عند الحاكم، بخلاف

ص: ١٣٢

١ - ١) الوسائل ١٧٠: ١٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم.

٢ - ٢) في «ب» و «ه» و «ن»: ما اختاره.

شهود الإعسار. ووجهه ما بيّناه. لكن المحقق الشيخ على - رحمه الله - (١) قرّر كلامهم على ما نقلناه من الوجه، وهو أنّ المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر، فحصل الالتباس في الفرق على تقريره، ونفى اليمين في الأوّل وإثباتها في الثاني على تقريرهم، فإنّ الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبرا فيهما، فإنّ ما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضا فيهما، أو نفيه فيهما، اتكالا - على العدالة، فالفرق ليس بجديد. وإذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف - على ما ذكره - يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر - كما ذكره في التذكرة - دون العكس، لأنّ الخبره الباطنه أفادت ظنا قويا مضافا إلى البينه بعدم المال. ومختار التذكرة في إثبات اليمين في الأوّل دون الثاني أجود.

و اعلم أنّ الخبره المعتبره في شهود الإعسار إن أطلع الحاكم عليها فلا كلام، وإلا ففى الاكتفاء بقولهم له: إنهم بهذه الصفه، ووجه قوئى. وقطع به في التذكرة (٢).

وقد عرفت أنه يعتبر كونها على الإثبات المتضمن للنفي، لأنّ الشهاده على النفي.

الصرف غير مسموعه، لأنّه غير محصور، وهو آت في جميع الشهادات التي على هذا النهج. وقد تقدّم منها الشهاده على عدم إخراج المالك الزكاه. ومنها الشهاده على نفي البيع أو القرض، ونحوهما من العقود، فإنّه لا - يكفى قولهم ما باعه كذا، أو ما أقرضه، ونحو ذلك، بل لا بدّ من حصره على وجه مضبوط، بأن يدعى الخصم أنّه باعه يوم كذا عند الزوال في موضع كذا، فيشهد الشاهدان أنّه ما باعه في ذلك الوقت، لأنّه كان في ذلك الوقت في مكان آخر، أو في كلام آخر، ونحو ذلك. وكما لو ادّعى عليه قتلا - في وقت معيّن، فشهد الشاهدان أنّه في ذلك الوقت كان ساكن الأعضاء، أو في مكان آخر بعيد عن المقتول، ونحو ذلك. وكما لو ادّعى المولى عليه بعد زوال الولاية أنّ الوليّ باع على غير المصلحه، فلا تكفى شهادة الشاهدين بذلك،

ص: ١٣٣

١-١) جامع المقاصد ٣٠٠:٥.

٢-٢) التذكرة ٥٩:٢.

و إن لم يعلم له أصل مال، و ادعى الإعسار، قبلت دعواه، و لا- يكلف البينة. و للغرماء مطالبته باليمين. (١) و إذا قسم المال بين الغرماء و جب إطلاقه. (٢) و هل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء، (٣) أم يفتقر إلى حكم الحاكم.؟ الأولى أنه يزول بالأداء، لزوال سببه.

لعدم الحصر في هذا النفي، بل لا بد من بيانه على وجه محصور، بأن يدعى الولي حاجته إلى النفقة فيشهد الشاهدان بغناه بسبب كذا، أو يدعى الولي خوف التلف عليه من وجه، فيشهد الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه الخاص بوجه مضبوط، و نحو ذلك مما لا ينحصر. و المرجع فيه إلى اعتبار انضباط النفي و حصره بالاعتبارات الثبوتية.

قوله «و إن لم يعلم له أصل مال- إلى قوله- باليمين».

المراد هنا بأصل المال ما يشمل كون الدعوى مالا ليتم الحكم بقبول قوله، فلا يكون بمعنى الأصل السابق في قسيمه، بل أعم منه. و الحاصل أنه متى لم يعرف له مال قديم، و لا كان أصل الدعوى مالا، بأن كان مثلها أجره عمل، أو عوض إتلاف، أو أرش جنائيه، و نحو ذلك، قبل قول المديون في عدم المال بغير بينه، لأنه منكر له، و الأصل عدمه، خلافا لبعض العامة (١) حيث منع من قبول قوله إلا بالبينة كالسابق، بناء على أن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا قل أم كثر.

قوله: «و إذا قسم المال بين الغرماء و جب إطلاقه».

أى إطلاقه من الحبس إن كان محبوسا. و لا- يختص ذلك بالمفلس، كأكثر الأحكام السابقة. و أمّا إطلاق المحجور من الحجر بمعنى فكّ حجره فسيأتى الكلام فيه.

قوله: «و هل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء. إلخ».

ضمير «عنه» يعود إلى المفلس المحجور عليه. و فيه تشويش للضمائر كما قد

ص: ١٣٤

عرفت. و الأولى أن لا- يعود الضمير إلى المحدّث عنه سابقاً، بل إلى المفلس المدلول عليه بالمقام، المعقود له الباب، فإنّ دخول غيره بالعرض.

و ما رجّحه المصنف هو الأقوى، لأنّ الحجر عليه إنّما كان الحقّ الغرماء ليقترسوا أمواله الموجوده، و قد حصل. و وجه توقّفه على حكم الحاكم: أنّه لم يثبت إلاّ- بإثباته، فلا يرفع إلاّ برفعه كالسفيه، و لأنّه حجر يحتاج إلى نظر و اجتهاد كحجر السفيه. و الملازمه ممنوعه لما بيّناه من زوال المعنى المقتضى له، بخلاف السفيه، فإنّه لا يعلم زواله إلاّ بالاختيار المستند إلى الحاكم.

هذا كلّه مع اعتراف الغرماء بأنّه لا مال له سواه، أو عدم تعرضهم أو بعضهم لغيره. فلو ادّعوا أو بعضهم عليه مالا آخر ففيه التفصيل السابق. و الله الموقّق.



كتاب الحجر

اشاره

كتاب الحجر

ص: ١٣٧



كتاب الحجر الحجر هو المنع. و المحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله. (١) و النظر في هذا الباب يستدعى فصلين:

قوله: «الحجر هو المنع، و المحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله».

ذكر المصنّف -رحمه الله- للحجر تعريفين، لغويّ و شرعيّ. ففي اللغة (١) هو المنع و التضييق، و منه سمّي الحرام حجرا لما فيه من المنع، قال الله تعالى وَ يَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا (٢) أي حراما محرّما. و سمّي العقل حجرا لأنّه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح و ما تضرّ عاقبته، قال الله تعالى هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ (٣).

و عرّفه شرعا بأنّه الممنوع من التصرف في ماله. و المراد مطلق التصرف أعمّ من كونه في جميع المال أو بعضه، فيشمل الحجر على الصبي و نحوه ممّن يمنع من الجميع، و الحجر على المريض الذي يمنع من التصرف في بعض المال. فلا يرد ما قيل: إنّه إن أراد التصرف في الجميع ورد كذا، أو في البعض ورد كذا، فإنّ «التصرف» في العبارة جنس يصلح للجميع و البعض. و مثله القول في «ماله»، فإنّه مفرد مضاف لا يدلّ على العموم، و لكن يصلح له لو أريد، فيشمل من منع من التصرف في جميعه كالصبي، و في بعضه كالمريض. و مذهب المصنّف أنّ العبد يملك و إن كان محجورا

ص: ١٣٩

١- ١) راجع الصحاح ٢: ٦٢٣، لسان العرب ٤: ١٦٧.

٢- ٢) سورة الفرقان: ٢٢.

٣- ٣) سورة الفجر: ٥.



في موجباته]

الأول في موجباته و هي ستته:(١)الصغير،والجنون،والرق،والمرض،والفلس، و السفه.

### أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان

أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ و الرشد.

عليه، كما سلف (١) في البيع، و حينئذ فيدخل في التعريف. و إنما يرد النقض به على من لا يقول بملكه.

و بما قُزناه سقط ما أورد عليه أيضا من أنه إن أراد جميع المال خرج المريض، و إن أراد بعضه خرج الصبي و المجنون، و أن العبد خارج، لأنه لا يملك شيئا.

و كذلك ظهر جواب ما قيل من أن أحدا لا يمنع من التصرف في ماله بالأكل و الشرب و نحوهما من الأمور الضرورية، فإنه ليس في التعريف ما يدل على التعميم أو التخصيص، بل من صدق عليه المنع من التصرف في ماله على أي وجه كان فهو محجور عليه.

نعم، ربما ينتقض في طرده باليمنوع من التصرف فيه لغصب و نحوه، فإنه لا يسمى محجورا عليه شرعا، فلو أضاف إليه ما يدل على المنع الشرعي كان حسنا.

و اعلم أنه عرّف المفلس بهذا التعريف مع أنه أخص منه، فقد تجوز في تشريكهما فيه.

قوله: «في موجباته و هي ستته».

حصر أسبابه في الستة المذكورة جعلي، لا استقرائي و لا ما سواه. و قد جرت

و يعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة. (١) عاده الفقهاء بالبحث عن هذه السنّة، و عقد الباب لها. و بقى أقسام كثيره سواها يتناولها التعريف و لا- تذكر هنا، كالحجر على الراهن، و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، و على البائع فى الثمن المعين، و على المكاتب فى كسبه لغير الأداء و النفقه، و على المرتدّ الذى يسوغ عوده، و غير ذلك ممّا هو مذكور فى تضاعيف الفقه.

و مرجع الصور إلى قسمين: من يحجر عليه لحقّ نفسه، و من يحجر عليه الحقّ غيره. فالأوّل الصبىّ و المجنون و السفیه، و الثانى الباقي. ثمّ الحجر إمّا عامّ فى سائر التصرفات، أو خاصّ ببعضها. و الأوّل إمّا أن يكون ذا غايه يزول سببه فيها أو لا، و الأوّل الصغر، و الثانى الجنون. و الخاصّ إمّا أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحه المحجور أو لا- و الأوّل السفیه. و الثانى إمّا أن يكون موقوفا على حكم الحاكم، أو لا. و الأوّل الفليس، و الثانى المرض. و باقى الأسباب تعرف بالمقاييسه.

قوله: «و يعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة».

احترز بالخشن عن الشعر الضعيف الذى ينبت قبل الخشن ثمّ يزول و يعبر عنه بالزغب، و بشعر العانه عن غيره، كشعر الإبط و الشارب و اللحيه، فلا عبره بها عندنا، و إن كان الأغلب تأخرها عن البلوغ، إذ لم يثبت كون ذلك دليلا شرعا، خلافا لبعض العامّه (١). و استقرب فى التحرير (٢) كون نبات اللحيه دليلا دون غيره من الشعور، و العاده قاضيه به.

و لا- شبهه فى كون شعر العانه علامه على البلوغ. إنّما الكلام فى كونه نفسه بلوغا، أو دليلا- على سبق البلوغ. و المشهور الثانى، لتعليق الأحكام فى الكتاب و السنّه على الحلم و الاحتلام، فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يخصّ غيره بذلك.

و لأنّ البلوغ غير مكتسب، و الإنبات قد يكتسب بالدواء. و لحصوله على التدرّيج، و البلوغ لا يكون كذلك. و وجه الأوّل ترتّب أحكام البلوغ عليه، و هو أعمّ من

ص: ١٤١

١-١) المجموع ٢٨١: ١٠.

٢-٢) التحرير ٢١٨: ١.

سواء كان مسلماً أو مشركاً. (١) و خروج المنى الذى يكون منه الولد، من الموضع المعتاد، كيف كان. (٢) المدعى.

قوله: «سواء كان مسلماً أو كافراً».

نتيجه بذلك على خلاف بعض العامه (١) حيث خصّيه بالكافر، نظراً إلى أنه لا يمكن الرجوع إليهم فى الإخبار بالسّن و الاحتلام، بخلاف المسلم. و ربّما نسب هذا القول إلى الشيخ رحمه الله (٢).

قوله: «أو خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان».

اشتملت هذه الجملة على ثلاثه أحكام، تخصيص للمنى الموجب للبلوغ و تعميم (٣):

أحدها: كونه ما يكون منه الولد. و ظاهر العبارة أنّ المنى ينقسم قسمين: ما يكون مه الولد، و ما لا يكون، و أنّ البلوغ لا يتحقّق إلاّ بالأوّل. و قد فهم هذا المعنى جماعه (٤). و فى حاشيه الشهيد (رحمه الله) على القواعد نقلا عن بعض العلماء:

يعلم المنى الذى منه الولد ممّا ليس منه بأن يوضع فى الماء فإن طفا فليس منه الولد، و إن رسب فمناه الولد. و الظاهر أنّ هذا المعنى فاسد، بل المعتبر فى البلوغ خروج المنى مطلقاً، سواء صلح لتخلّق الولد بحسب شخصه أم لا، لإطلاق النصوص (٥) الدالّه على ذلك، المتناوله لمحّل النزاع. و الوجه فى هذه الصفة أنّها كاشفه لا مقيدّه.

ص: ١٤٢

١- (١) المجموع ٢٧٩: ١٠.

٢- (٢) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سرّه.

٣- (٣) كذا فى النسخ المعتمده و لعلّ الصحيح (تخصّص المنى. و تعميم).

٤- (٤) منهم الشيخ فى المبسوط ٢٨٢: ٢، و العلامه فى القواعد ١٦٨: ١، و التحرير ٢١٨: ١.

٥- (٥) الوسائل ٣٠: ١ ب «٤» من أبواب مقدّمه العبادات.

و يشترك في هذين الذكور و الإناث.(١) و المراد: أنّ المنى هو الذى من شأنه أن يخلق منه الولد و إن تخلف في بعض الأفراد لعارض. و في بعض العبارات-منها التذكرة-(١): خروج الماء الذى منه الولد. و هو جيد، و الصفه فيه مقيدة، فإن الماء شامل. فعدل المصنّف- و تبعه العلامة- إلى المنى، و وصفه بذلك. و لا بدّ فيه أيضا من إرادته المعنى الذى ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك، لثلا يفهم منه اشتراط كونه بالفعل.

و ثانيها: كونه من الموضع المعتاد. و إنّما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلّه لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصا و في بعضها بلوغ النكاح (٢)، و إنّما يكون من المعتاد. فلو خرج من جرح و نحوه لم يعتدّ به. و منه ما لو خرج من أحد فرجى الخنثى.

و ثالثها: أنّه لا يختصّ بحاله، بل كيف خرج، ليلا أو نهارا، يقظه و نوما، بجماع و غيره، حكم به لقوله تعالى وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ (٣). و الحلم هو خروج المنى من الذكر، أو قبل المرأة مطلقا، و لا- يختصّ بالاحتلام. نعم، لا بدّ من كونه في وقت يحتمل البلوغ فيه، فلا عبره بما ينفصل بصفته قبل ذلك. و حدّه عندنا- في جانب القلّه- في الأثني تسع سنين. و أمّا في جانب الذكر فما وقفت له على حدّ يعتدّ به. نعم، نقل في التذكرة (٤) عن الشافعى أنّ حدّه تسع سنين في الذكر و الأثني. و له (٥) فيه وجهان آخران، أحدهما: مضى سنّه أشهر من السنه العاشره، و الثانى: تمام العاشره. و لا يبعد أنّ ما بعد العاشره محتمل.

قوله: «و يشترك في هذين الذكور و الإناث».

هذا عندنا و عند الأكثر موضع وفاق، و إنّما تبّه به على خلاف الشافعى (٦)، فإنّ

ص: ١٤٣

١-١) التذكرة ٧٤:٢.

٢-٢) النساء: ٦.

٣-٣) النور: ٥٩.

٤-٤) التذكرة ٧٤:٢.

٥-٥) المجموع ٢٧٨:١٠.

٦-٦) المجموع ٢٧٨:١٠.

و بالسّن، و هو بلوغ خمس عشره سنه للذكر. و فى أخرى إذا بلغ عشرا و كان بصيرا أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته، و اقتص منه، و أقيمت عليه الحدود الكامله. (١) له قولاً بأن خروج المنى من النساء لا يوجب بلوغهن، لأنه نادر فيهن، ساقط العبره.

و فساده واضح. و أمّا الخنثى فتشار كهما فى الأول إن نبت على فرجها معا، و إلا فلا.

و أمّا خروج المنى منها فسيأتى حكمه (١).

قوله: «و بالسّن و هو بلوغ خمس عشره - إلى قوله - الحدود الكامله».

المشهور بين أصحابنا بل كاد يكون إجماعاً هو الأول. و المعتبر من السنين القمرية دون الشمسية، لأن ذلك هو المعهود فى شرعنا. و يعتبر إكمال السنه الخامسه عشره و التاسعه فى الأثني، فلا يكفى الطعن فيها، عملاً بالاستصحاب و فتوى الأصحاب، و لأنّ الداخل فى السنه الأخيره لا يسمّى ابن خمس عشره [سنه] (٢) لغيره و لا عرفاً. و الاكتفاء بالطعن فيها وجه للشافعيه (٣).

و أمّا روايه (٤) بلوغ العشر فى جواز الوصيه فهى صحيحه، و فى معناها روايات إلا أنّها لا تقتضى البلوغ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم، و من ثمّ لم تعمّم. و أمّا بلوغ خمس أشبار فهو فى روايه أخرى (٥)، و إن كان المفهوم من العبارة أنّهما فى واحده.

و معنى قوله «أقيمت عليه الحدود الكامله» أنّه لا ينقص منها شيء، لأنّ الصبى إذا فعل ما يوجب الحدّ على غيره إنّما يؤدّب بما لا يبلغ الحدّ.

و لنا روايه أخرى أنّ الأحكام تجرى على الصبيان فى ثلاث عشره سنه و أربع

ص: ١٤٤

١-١) فى ص: ١٤٧.

٢-٢) من «س» فقط.

٣-٣) المجموع ٢٧٨: ١٠.

٤-٤) الكافى ٢٨: ٧-٢٩ ح ٤، ٣، ٤، الفقيه ١٤٥: ٤ ح ٥٠٣، ٥٠١، التهذيب ١٨١: ٩ ح ٧٢٦، الوسائل ٤٢٨: ١٣ ب «٤٤» من أبواب الوصايا ح ٢، ٣.

٥-٥) الكافى ٣٠٢: ٧ ح ١، التهذيب ٢٣٣: ١٠ ح ٩٢٢، الاستبصار ٢٨٧: ٤ ح ١٠٨٥، الوسائل ٦٦: ١٩ ب «٣٦» من أبواب القصاص ح ١.

و الأُنثى بتسع. (١) أمّا الحمل و الحيض، (٢) فليسا بلوغا فى حقّ النساء، بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ.

عشره سنه و إن لم يحتلم (١). و ليس فيها تصريح بالبلوغ، مع عدم صحّحه سندها.

و هذه الروايه قدّمها المصنّف فى النافع، ثمّ عقّبها بقوله: «و فى أخرى إذا بلغ عشرين» (٢). و من هنا عتبر بالأخرى من غير سبق روايه، و ليس بجيد. (٣).

و أمّا الخنثى فلا- نصّ فيها بالخصوص، و لكن أصله عدم التكليف و البلوغ يقتضى استصحاب الحال السابق إلى أن يعلم المزيل، و هو بلوغ الخمس عشره، إن لم يحصل قبله أمر آخر، كما سيأتى.

قوله: «و الأُنثى بتسع».

هذا هو المشهور و عليه العمل. و قد روى أنّه يحصل بعشر سنين (٤). و ذهب ابن الجنيد (٥)- فيما يفهم من كلامه- إلى أنّ الحجر لا- يرتفع عنها إلّا- بالتزويج. و هما نادران. و أطبق مخالفونا على خلاف ما ذهبنا إليه فى المرأه، و على أنّ بلوغها بالسنّ لا يكون دون خمس عشره سنه، و إنّما اختلفوا فيما زاد.

قوله: «أمّا الحمل و الحيض. إلخ».

لا- خلاف فى كونهما دليلين على سبق البلوغ، كما لا- خلاف فى كونهما بلوغا بأنفسهما. أمّا الحيض فقد علّق الشارع أحكام المكلف عليه فى عدّه أخبار، كقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا تقبل صلاه حائض إلّا بخمار» (٦)، و قوله صلّى الله

ص: ١٤٥

١- (١) التهذيب ٦: ٣١٠ ح ٨٥٦، الوسائل ١٣: ٤٣٢ ب «٤٥» من أحكام الوصايا ح ٣.

٢- (٢) المختصر النافع: ١٤٠. و فيه «و فى روايه أخرى إذا بلغ عشرين» كما أنّه فى نسخه «س» من الكتاب أيضا كذلك. و الظاهر أنه تصحيح بمراجعته المصدر فإنّ ظاهر الشرح يدل على أنّ نسخه النافع عنده «و فى أخرى».

٣- (٣) فى هامش «و» و «ن»: (ينبغى مراجعته نسخ الشرائع. منه رحمه الله).

٤- (٤) الوسائل ١٣: ١٤٣ ب «٢» من أبواب أحكام الحجر ح ٢. لاحظ المبسوط ٢: ٢٨٣-٢٨٤.

٥- (٥) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٤٢٣.

٦- (٦) مسند أحمد ٦: ٢٥٩، المستدرک على الصحيحين ١: ٢٥١، سنن البيهقى ٦: ٥٧.

عليه و آله و سلم «إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا» (١) و أشار إلى الوجه و الكفين. و أمّا الحمل فهو مسبوق بالإنزال، لأنّ الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل و ماء المرأة، كما تبّه عليه تعالى بقوله من نُطِفِهْ أَمْشَاجٍ (٢) أى مختلطة ماء الرجل بماء المرأة، فهو دليل على سبق البلوغ، إلا أنّ الولد لا يتيقن إلا بالوضع، فإذا وضعت حكماً بالبلوغ قبل الوضع بسّته أشهر و شيء إن ولدته تاماً. لكن لا فرق بين كون ما ولدته تاماً و غير تام، إذا علم أنّه آدمي أو مبدء نشوه كالعلقه.

إذا تقرّر ذلك، فقول المصنّف: «بل قد يكونان دليلان» ليس لتردده في دلالتهما، لأنّها إجماعية. و إنّما أتى ب«قد» التقليلية لأنهما مسبوقان غالباً بغيرهما من العلامات، خصوصاً السنّ، فدالتهما على البلوغ بحيث يتوقّف علمه عليهما نادر، فناسبه التقليل.

و يمكن أن يكون التقليل في الحيض إشاره إلى فائده أخرى، هي أنّه و غيره من الأصحاب (٣) حكموا في باب الحيض بأنّ الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً و إن كان بصفته، و إنّما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها. و إذا كان كذلك فتنتفى فائده دلالتة، لأنّه قبلها لا اعتبار به، و بعدها لا يفتقر إليه.

و يمكن أن يقال: تظهر فائدته في المجهول سنّها، فإنّها إذا رأت ما هو بصفته جامعاً لشرائطه في القلّه و الكثره يحكم بكونه حيضاً، و يكون دليلاً على سبق البلوغ، لأنّ هذا لا يحكم بكونه قبل التسع مع اقترانه بدلاله الغالب على أنّ مثله لا يقع إلا بعد التسع سنين. و يتناوله دلاله النصوص (٤) على كون الحيض موجبا للأحكام، لأنّه حيض لغه و عرفاً. و حيثنذ فتظهر مناسبه «قد» التقليلية هنا.

ص: ١٤٦

١-١) سنن أبي داود ٤:٦٢ ح ٤١٠٤، سنن البيهقي ٧:٨٦.

٢-٢) سورة الإنسان: ٢.

٣-٣) كابن حمزه في الوسيله: ٥٦، و العلامه في القواعد ١:١٤.

٤-٤) الوسائل ٢:٥٥٩ ب «١٤» من أبواب الحيض و غيره.

تفريع الخنثى المشكل، إن خرج منيه من الفرجين (١)، حكم ببلوغه. وإن خرج من أحدهما لم يحكم به. ولو حاض من فرج الإناث، وأمنى من فرج الذكور، حكم ببلوغه.

و معنى دلالتها على سبقه أنّهما إذا وقعا يحكم ببلوغ المرأة قبلهما، فلو أوقعت عقدا قبلهما بلا فصل يحكم بصحّته.

قوله: «الخنثى المشكل إن خرج منيه من الفرجين. إلخ».

لما كان الخنثى المشكل منحصرًا في الذكوريّ أو الأنثويّ، وإنّما اشتبه حكمه في الإلحاق بأحدهما، فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقّق فيهما - إمّا لا اشتراكه بينهما كالإناث، أو لإلحاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة، أو لكونه جامعا للوصفين على التقديرين كما لو أمنى من الفرجين - يحكم ببلوغه، لأنّه إن كان ذكرًا فقد أمنى من فرجه، المعتاد، وإن كان أنثى فكذلك. ومثله ما لو أمنى من فرج الذكر بعد مضيّ تسع، وإن كان الإماء من الذكر، لأنّه إن كان أنثى فقد بلغ بالسنّ، وإن كان ذكرًا فقد أمنى في وقت إمكانه. أمّا لو أمنى من أحدهما خاصّه فإنّه لا يحكم ببلوغه، لجواز كون ذلك الفرغ زائدا، فلا يكون معتادا. ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصّه. هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء.

و لبعض العامّة قول بأنّ ذلك كاف في البلوغ، لأنّ بخروج (١) المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصّه. وكذا القول في الحيض و المنى من فرج الأنثى. ولأنّ خروج منى الرجل من المرأة و الحيض من الرجل مستحيل، فكان دليلا على التعيين. و متى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ. ولأنّ خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج أحدهما أولى، لأنّ خروجهما يفضى إلى

ص: ١٤٧

١ - ١) في ما لدينا من النسخ الخطيّة: خروج. و في إحدى الحجرّيتين بخروج. و لعلّ الصحيح: لأنّه بخروج.



الوصف الثاني:الرشد،و هو أن يكون مصلحا لماله.(١) تعارضهما و إسقاط دلالتهما،إذ لا يتصوّر أن يجتمع حيض صحيح و منى رجل.

و نفى في التذكرة (١)البأس عن هذا القول.و هو في محلّه.نعم،لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة.

و أمّا حيضه من فرج الإناث و إمنائه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة،لأنه إمّا ذكر فقد أمني و إمّا أنثى فقد حاضت.و للعامّه (٢)قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك،لتعارض الخارجين و إسقاط كلّ واحد منهما الآخر،و لهذا لا يحكم و الحال هذه بالذكوره و لا- بالأنوثة،فتبطل دلالتهما كالبيّتين إذا تعارضتا.و هو وجه في المسأله.و في التذكرة (٣):الأقرب دلالتهما على البلوغ.و هو كذلك.

قوله:«الرشد،و هو أن يكون مصلحا لماله».

ليس مطلق الإصلاح موجبا للرشد،بل الحقّ أنّ الرشد [١]ملكه نفسائيه تقتضى إصلاح المال،و تمنع من إفساده و صرفه في غير الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.

و احتزنا ب«الملكه»عن مطلق الكيفيه،فإنّها ليست كافيه،بل لا بدّ فيها من أن تصير ملكه يعسر زوالها.و ب«اقتضائها إصلاح المال»عمّا لو كان غير مفسد له،لكن لا- رغبه له في إصلاحه على الوجه المعبر عند العقلاء،فإنّ ذلك غير كاف في تحقّق الرشد،و من ثمّ يختبر باعتناّه بالأعمال اللائقه بحاله،كما سيأتي.و ب«منعه من إفساده»عمّا لو كان له ملكه الإصلاح و العمل و جمع المال،و لكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله،فإنّه لا يكون رشيدا أيضا.

ص:١٤٨

١-١) التذكرة ٢:٧٤.

٢-٢) التذكرة ٢:٧٤.

٣-٣) المجموع ١٠:٢٨٢.

و هل يعتبر العدالة؟ فيه تردّد. (١) قوله: «و هل تعتبر العدالة؟ فيه تردّد».

اعتبر الشيخ-رحمه الله- (١) في تحقّق الرشد إصلاح المال و العدالة، فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه، أو بالعكس، لم يرتفع عنه الحجر. و هو مذهب جماعه من العاّمه (٢) منهم الشافعي (٣). و احتجوا على ذلك بقوله تعالى وَ لَا تُؤْتُوا الشُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (٤). و قد روى (٥) أنّ شارب الخمر سفيه، فيثبت في غيره، إذ لا- قائل بالفصل. و روى عن ابن عباس في قوله تعالى فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا (٦): «هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل» (٧).

و أكثر أهل العلم على عدم اعتبارها، و الاكتفاء بإصلاح المال على الوجه الذي ذكرناه، لأنّ المفهوم من الرشد عرفا ذلك، و هو المعتبر حيث لم يحدّ شرعا. و لأنّ الرشد نكره مثبتة، فلا تفيده العموم في كلّ ما يصلح له، بل يصدق في صورته ما، و لا ريب في ثبوته لمصلح ماله و إن كان فاسقا. و لأنّ الكافر لا يحجر عليه بكفره، فالفاسق أولى.

و إنّما يعتبر-على القول بها- في الابتداء لا في الاستداه. فلو عرض الفسق بعد العدالة، قال الشيخ (رحمه الله): «الأحوط أن يحجر عليه» (٨)، و لم يجعله لازما.

و على هذا يتوجّه أنّها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك، لوجود المقتضى.

و اعلم أنّه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقدّم للمسلمين سوق، و لم ينتظم

ص: ١٤٩

١- (١) المبسوط ٢: ٢٨٤.

٢- (٢) المبسوط للسرخسي ١٥٧: ٢٤، بدائع الصنائع ١٧٠: ٧، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦.

٣- (٣) الأمّ ٣: ٢١٥. راجع أيضا المجموع ١٠: ٢٨٣.

٤- (٤) سورة النساء: ٥.

٥- (٥) تفسير العياشي ٢٢٠: ١١ الوسائل ١٣: ٤٣٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الوصايا ح ٨.

٦- (٦) سورة النساء: ٦.

٧- (٧) الخلاف ٣: ٢٨٤.

٨- (٨) الخلاف ٣: ٢٨٩ مسألة ٨. و في المبسوط ٢: ٢٨٥ «الظاهر أنه يحجر عليه».

و إذا لم يجتمع الوصفان كان الحجر باقيا.

و كذا لو لم يحصل الرشد، و لو طعن فى السن. (١) و يعلم رشه باختباره بما يلائمه من التصرفات، (٢) ليعلم قوته على المكايسه فى المبايعات، و تحفظه من الانخداع.

و كذا تختبر الصبيته، و رشدها أن تتحفظ من التبذير، و أن تعتنى بالاستغزال مثلا- و الاستنساخ، إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاويه من الحركات المناسبه لها.

للعالم حال، لأنّ الناس -إلا النادر منهم- إما فاسق أو مجهول الحال. و الجهل بالشرط يقتضى الجهل بالمشروط.

قوله: «و كذا لو لم يحصل الرشد و لو طعن فى السن».

هذا عندنا موضع وفاق. و تبّه بذلك على خلاف بعض العامه (١)، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا و عشرين سنه فكّ عنه الحجر، و دفع إليه ماله، و إن كان سفيا.

قوله: «و يعلم رشه باختباره بما يلائمه من التصرفات. إلخ».

لما كان الرشد ملكه تقتضى إصلاح المال على الوجه المتقدم فلا بدّ من اختبار البالغ قبل فكّ الحجر عنه، ذكرنا كان أو أنثى، ليعلم اتصافه بالملكه المذكوره. و إنّما يتحقّق ذلك بتكرّر الفعل منه على وجه يصير ملكه له.

و كيفيه الاختبار أن ينظر فيما يلائمه من التصرفات و الأعمال. فإن كان من أولاد (٢) التّجار فوّض إليه البيع و الشراء، لا بمعنى أن يبيع و يشتري بل يماكس فى الأموال على هذا الوجه، أو يدفع إليه المتاع ليبيعه، و يراعى إلى أن يتمّ المساومه ثمّ يتولاه الولي، و نحو ذلك. و سيأتى الكلام فيه. فإذا تكرّر منه ذلك و سلم من الغبن و التضييع و إتلاف شىء من المال و صرفه فى غير وجهه فهو رشيد. و إن كان من أولاد

ص: ١٥٠

١- ١) اللباب فى شرح الكتاب ٢: ٦٨، الفتاوى الهنديه ٥: ٥٦، المحلى لابن حزم ٨: ٢٨٠.

٢- ٢) فى «س»: من أبناء التجاره.

و يثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال، و بشهادة الرجال و النساء في النساء، دفعا لمشقه الاقتصار. (١)

## و أما السفية

و أما السفية فهو الذى يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة (٢).

الأكابر الذين يسانون (١) عن مباشره البيع و الشراء فاختراره بما يناسب حال أهله، إمّا بأن يسلم إليه نفقه لمده معينه لينفقها في مصالحه أو في مواضعها، أو بأن يستوفى الحساب على معاملتهم، و نحو ذلك.

و إن كان أنثى لم تختبر بهذه الأمور، لأنّ وضعها لم يكن لذلك. و إنّما تختبر بما يلائم عاده أمثالها من الأعمال، كالغزل و الخياطة و شراء آلاتهما المعتاده لأمثالها بغير غبن، و حفظ مال يتحصّل في يدها من ذلك، و حفظ ما تليه من آلات البيت و أسبابه، و وضعه على وجهه، و صون أطعمه البيت التي تحت يدها عن مثل الهزّه و الفأره، و نحو ذلك. فإذا تكررت هذه الأفعال من المختبر على وجه أفاد الملكة ثبت الرشد، و إلا فلا.

قوله: «و يثبت الرشد- إلى قوله- لمشقه الاقتصار».

المراد أنّه يثبت بشهادة رجلين فيهما، و بشهادة أربع نساء في النساء، لأنّ رشد المرأة ممّا لا يطّلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدنّ على شهادة الرجال لزم الحرج و الضيق. و إليه أشار بقوله: «دفعا لمشقه الاقتصار». و كذا يثبت رشدها بشهادة رجل و امرأتين بطريق أولى، و بشهادة أربع خنثى.

قوله: «و أما السفية فهو الذى يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة».

السفيه يقابل الرشيد، فلمّا عرّف المصنّف الرشيد بأنّه المصلح لماله، عرّف السفية بأنّه الذى يصرف ماله في غير الأغراض الصحيحة. و قد عرفت أنّ الرشد لا يكفى فيه ذلك، بل لا بدّ من ملاحظه إصلاح الموجود و تحصيل المعدوم بالوجوه

ص: ١٥١

(١-١) في «س»: يتحاشون.

فلو باع و الحال هذه، لم يمض بيعه. و كذا لو وهب أو أقرّ بمال. (١) السابقة، فيكون السفه ترك ذلك، فيتحقق بترك الاشتغال بالأعمال التي ينبغي وقوعها من أمثاله. و لا بدّ من تقييد صرف المال في غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكه له، بأن يكون ذلك من شأنه. فلا يقدر الغلط و الانخداع نادرا، لوقوعه من كثير من المتّصفين بالرشد.

و المراد بغير الأغراض الصحيحة ما لا- يلائم تصرّفات العقلاء غالبا، كتضييع المال، و احتمال الغبن الفاحش في المعاملات، و الإنفاق في المحرّمات، و صرف المال في الأطمعمة النفيسة التي لا تليق بحاله، بحسب وقته و بلده و شرفه وضعته. و مثله شراء الأمتعة الفاخرة، و اللباس كذلك، و نحوه.

و أمّا صرفه في وجوه الخير، كالصدقات، و بناء المساجد، و المدارس، و إقراء الضيف، فإن كان لاثقا به عادة لم يكن سفيها قطعاً، و إن زاد على ذلك فالمشهور أنّه كذلك، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف.

و في التذكرة أنّ ما زاد منه على ما يليق به تبيذير، لأنّه إتلاف في المال، و قال تعالى وَ لَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَ لَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (١). و هو مطلق فيتناول محلّ النزاع. لكنّه لا يدلّ على مطلوبه، لأنّ الحكم بكونه تبيذيرا يقتضى فساد التصرف، و النهى هنا لا- يقتضيه. و من المستفيض خروج جماعه من أكابر الصحابه و بعض الأئمّه كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير. اللهمّ إلّا- أن يمنع من كون ذلك لا- يليق بهم، و الكلام إنّما هو في ذلك، كما ذلك لا- يليق بهم، و الكلام إنّما هو في ذلك، كما لو صرف التاجر أمواله كلها في عماره المساجد، و فك الرقاب، و نحو ذلك، كما مثل به المانع منه.

قوله: «فلو باع و الحال هذه لم يمض بيعه، و كذا لو وهب أو أقرّ بمال».

الضابط: أنّه يمنع من جميع التصرفات الماليّه، سواء في ذلك ما ذكر و غيره.

و لا فرق في ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء و غيره، و لا بين الذكر و الأنثى.

ص: ١٥٢

نعم، يصحّ طلاقه، وظهاره، وخلعه، وإقراره بالنسب و بما يوجب القصاص، إذ المقتضى للحجر صيانته المال (١) عن الإتلاف. و لا يجوز تسليم عوض الخلع إليه.

قوله: «نعم، يصحّ، طلاقه و زهاره- إلى قوله- صيانته المال».

و هذه الأمور لا مال يضيع عليه فيها، أمّا الطلاق و الظهار فظاهر، إذ ليس فيهما إلا فوات الاستمتاع. و لو فاء المظاهر كَفَر بالصوم. و أمّا الخلع ففيه كسب للمال، فأولى بعدم المنع. و لا- فرق بين كونه بمهر المثل و دونه، لجواز طلاقه بغير شيء، فمهما كان من العوض أولى. و يحتمل المنع بدونه، إجراء له مجرى المعاوضه، كالبيع بدون ثمن المثل. و الفرق واضح.

و أمّا الإقرار بالنسب فإن لم يوجب النفقه فقبوله واضح. و إن أوجبها أشكل، من حيث استلزامه لوجوبها، فينبغي أن لا ينفذ، لأنه تصرف في المال.

و يندفع بأنّ الإقرار حينئذ يتضمّن شيئين: أحدهما إلحاق النسب، و هو ليس بمال، فيجب أن يثبت. و الثاني: الإنفاق عليه، و هو تصرف مالى، فلا- يثبت، و إن كان أحدهما لا- ينفكّ عن الآخر غالباً، إلا أنّ تلازمهما غير معلوم. و مثله- فى الإقرار بمتلازمين غالباً، و ثبوت أحدهما دون الآخر- الإقرار بالسرقه مرّه واحده من الحرز، فإنه يثبت به المال دون القطع. و بالعكس لو أقرّ هذا السفية بالسرقه، فإنه يقبل فى القطع دون المال.

و حينئذ ينفق على من استلحقه من بيت المال، لأنه معدّ لمصالح المسلمين، و هذا منها. و للشهيد (١)- رحمه الله- قول بأنّه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع على ثبوت النسب. و لأنّ فى الإنفاق عليه من بيت المال إضراراً بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله كذلك يمنع من الإضرار بغيره.

و يضعف بأنّ الإقرار إنّما نفذ فيما لا يتعلّق بالمال كما قدّمناه، و بيت المال معدّ لمصالح المسلمين فكيف يقال إنّ مثل ذلك يضرّ بهم؟ إذ ذلك آت فى كلّ من يأخذ

ص: ١٥٣

١- ١) نقله فى جامع المقاصد ٥: ٢٠١ عن حواشى الشهيد.

و لو و كَّله أجنبيّ في بيع أو هبه، جاز، لأنّ السفه لم يسلبه أهليّته التصرّف. (١) و لو أذن له الولي في النكاح، جاز. (٢) منه جزء، و لأنّه لو قبل في النفقه لأمكن جعله له وسيله إلى تضييع المال، لأنّ ذلك من مقتضيات السفه.

و أمّا إقراره بما يوجب القصاص فإن لم يستلزم فوات النفس ألزم به، لأنّه مكلف عاقل، و لا خلاف فيه. و كذا إن كان في نفس و طلب المقرّ له القصاص. أمّا لو طلب المال ففي إجابته إليه نظر، من وجوب حفظ النفس التي هي أولى من حفظ المال، و من أنّه مفوّت للغرض من الحجر، لإمكان أن يتواطأ مع المقرّ له على ذلك ليفوت المال. و الأقوى وجوب المال.

قوله: «و لو و كَّله أجنبيّ في بيع أو هبه جاز، لأن السفه لم يسلبه أهليّته التصرّف».

أى لم يسلبه أهليّته التصرّف مطلقاً، و إنّما سلبه أهليّته في المال خاصّه، و إيقاع صيغه العقد ليس منه. فاللام في «التصرّف» إمّا للعموم، بناء على أنّ المفرد المحلّى به يفيد العموم، أو أراد العموم بضرب من المجاز. و تبّه بذلك على خلاف بعض العامّة (١)، حيث منع من تصرّفه بذلك.

قوله: «و لو أذن له الولي في النكاح جاز».

إنّما يجوز الإذن له فيه إذا عيّنه على وجه يؤمن معه من إتلاف المال، بأن يعين الزوجه و المهر، مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجه، و انصراف إطلاق الإذن إلى كونه بمهر المثل، إلّا أنّ الأوّل أنسب بالغرض من الحجر.

و لا يخفى أنّ جواز ذلك من الولي مشروط بالمصلحه، كما لو باشر بنفسه، بل هنا أولى. و كذا القول فيما لو أذن له في غيره من التصرّفات المضبوطة، كبيع الشيء الفلاني بكذا. فلو أطلق له الإذن كان لغوا، لاستلزامه فوات الغرض من الحجر

ص: ١٥٤

و لو باع فأجاز الولي، فالوجه الجواز، للأمن من الانخداع. (١)

## و المملوك

و المملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى. (٢)

## و المريض

و المريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً، ما لم يجز الورثة. (٣) عليه.

قوله: «و لو تصرف فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الانخداع».

الوجه هو الوجه، لما ذكره من الوجه. و خالف في ذلك الشيخ - رحمه الله - (١) و جماعه (٢)، فحكموا بعدم صحته تصرفه و إن أذن له الولي، فضلاً عن إجازته له.

قوله: «و المملوك ممنوع من التصرف إلا بإذن المولى».

لا- فرق في المنع من تصرفه بدون إذنه بين أن نقول بملكه و عدمه. و يستثنى من المنع من تصرفه طلاقه، فيجوز بدون إذن مولاه، بل و إن كره، لأنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق. و استثني في التذكرة (٣) أيضاً ضمانه، لأنه تصرف في الذمه لا في العين. ثم إن علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له، و إلا فله الرجوع، لإعساره. و سيأتي (٤) الكلام فيه.

قوله: «و المريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً ما لم تجز الورثة».

أى ممنوع من إيقاعها على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنّها تقع باطله في نفسها. و الحاصل: أنّ وصيته بما زاد تكون موقفه على إجازتهم، فإن أجازوها صحّت و إلا بطلت. و هذا هو المشهور، بل المذهب، خلافاً لعلي بن بابويه (٥)، فإنّه

ص: ١٥٥

١- ١) المبسوط ٢: ٢٨٦.

٢- ٢) منهم ابن البراج، حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٨٧.

٤- ٤) في ص: ١٧٤.

٥- ٥) راجع المختلف: ٥١٠.



و فى منعه من التبرّعات المنجّزه الزائده عن الثلث خلاف بيننا.

و الوجه المنع. (١) أجاز وصيّته بجمع ماله، استنادا إلى روايه (١) قاصره. و حملت على من لا وارث له، و على ما إذا أجاز الورثه.

قوله: «و فى منعه من التبرّعات المنجّزه الزائده عن الثلث خلاف بيننا. و الوجه المنع».

احترز بالتبرّعات عن المعاوضات فى مرض الموت كالبيع، فإنّه يصحّ إذا وقع بضمن المثل. و لو اشتمل على محاباه فهى من جمله التبرّعات. و المنجزه المعجّله فى حال الحياه كالهبه، و العتق، و المحاباه فى الثمن، و تزويج المرأه نفسها بدون مهر المثل، و إجاره نفسه كذلك.

و فى وقوع هذه و شبهها من أصل المال، أو من الثلث، قولان:

أحدهما: أنّها من الأصل. ذهب إليه جماعه من المتقدّمين، منهم المفيد (٢)، و الشيخ فى أحد قوليّه (٣)، و ابن إدريس (٤)، لأنّه مالك تصرّف فى ملكه، فكان ماضيا، كما لو تصرّف صحيحا. و عليه شواهد من الأخبار، إلا أنّ فى طريقها عمّارا (٥) أو سماعه (٦)، و هما فاسدا الرأى، لكنهما ثقتان.

و الثانى: أنّها من الثلث. ذهب إليه جماعه من المتقدّمين، منهم الصدوق (٧)، و الشيخ (٨) فى أحد قوليّه. و اختاره عامّه المتأخّرين، و منهم المصنّف (رحمه الله). و هو

ص: ١٥٦

١-١ (١) الفقيه ٤:١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩:١٨٧ ح ٧٥٣، الوسائل ١٣:٣٦٩ ب «١١» من أبواب أحكام الوصايا ح ١٦ و ١٩.

٢-٢ (٢) المقنع: ٦٧١.

٣-٣ (٣) النهايه: ٦٢٠.

٤-٤ (٤) السرائر ٣:٢٠٠.

٥-٥ (٥) الوسائل ١٣:٣٨١ ب «١٧» من أبواب أحكام الوصايا ح ٤.

٦-٦ (٦) الوسائل ١٣:٣٨١ ب «١٧» من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

٧-٧ (٧) المقنع: ١٦٦.

٨-٨ (٨) المبسوط ٤:٤٤.

الأقوى، للنصوص الكثيره (1)الدالّه عليه، بعضها بالمفهوم و بعضها بالمنطوق.

و استثنى منه مواضع تأتي إن شاء الله تعالى.

و اعلم أنّ المصنّف بعد حصره أسباب الحجر في السنّه ذكر منها أربعة، و قد تقدّم ذكر المفلس، و ترك البحث عن المجنون. و لقد كان الأولى ذكره كغيره. و لعلّه تركه لقلّه مباحته، إلاّ أنّه غير كاف. و سيأتي له ذكر يسير لا يغنى.

ص: ١٥٧

---

١ - ١) الوسائل ١٣:٣٦٢ ب «١٠» من أبواب أحكام الوصايا ح ٢، ٧، ٨، و ب «١١» ح ٤، ٦، ١١، و ب «١٦» ح ٢، و ب «١٧» ح ١٦، ١٤، ١٣ و غير ذلك.

الفصل الثاني في أحكام الحجر و فيه مسائل:

**الأولى: لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم**

الأولى: لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم. (١) و هل يثبت في السفية بظهور سفهه؟ فيه تردد. و الوجه أنه لا يثبت. و كذا لا يزول إلا بحكمه.

قوله: «لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم. إلخ».

لا- خلاف في توقّف الحجر على المفلس على حكم الحاكم. و في توقّف رفعه على حكمه خلاف سبق (١). و أمّا السفية ففي توقّف الحجر عليه على حكمه، أو الاكتفاء بظهور سفهه، قولان. و كذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه، أو توقّفه على الحكم.

و وجه التوقّف عليهما- و هو الذي اختاره المصنّف- أنّ الحجر حكم شرعي لا يثبت و لا يزول إلا بدليل شرعي، و أنّ السفه أمر خفي، و الأنظار فيه تختلف، فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم.

و وجه عدم التوقّف فيهما: أنّ المقتضى للحجر هو السفه، فيجب تحقّقه، و إذا ارتفع زال المقتضى، فيجب أن يزول. و لظاهر قوله تعالى فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (٢) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقّف معه

ص: ١٥٨

١- (١) في ص: ١٣٥.

٢- (٢) سورة النساء: ٦.

## الثانيه: إذا حجر عليه، فبايعه إنسان، كان البيع باطلا

الثانيه: إذا حجر عليه، فبايعه إنسان، كان البيع باطلا. فإن كان المبيع موجودا، استعادته البائع. وإن تلف، وقبضه بإذن صاحبه، كان تالفا، وإن فكَّ حجره. (١) على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحا، ومفهوم الشرط حججه عند المحققين، والمفهوم هنا أنه مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليهم، فدلّ على أنّ وجود السفه و زواله كافيان في إثبات الحجر و رفعه، لأنّ السفه و الرشد متقابلان. و لظاهر قوله تعالى فَمَنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا. الآية (١) أثبت عليه الولايه بمجرد السفه، فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل، و الآية الأخرى تساق لرفعه، كما مرّ. و هذا هو الأقوى.

و في المسأله قولان آخران، أحدهما: عدم توقّف ثبوته على حكمه، و توقّف رفعه عليه. و هو اختيار الشهيد في اللمعه (٢). و الثاني: عكسه. قيل: إنّ به قائلًا، و لا نعلمه. نعم، في التحرير (٣) جزم بتوقّف الثبوت على حكمه، و توقّف في الزوال.

قوله: «إذا حجر عليه فبايعه إنسان- إلى قوله- وإن فكَّ حجره».

لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين من بايعه عالما بحاله و جاهلا، لأنّ البيع في نفسه باطل، فله الرجوع في ماله متى وجده. و أمّا إذا تلف فلا يخلو إمّا أن يكون قد قبضه بإذن صاحبه، أو بغير إذنه. و على التقديرين إمّا أن يكون البائع عالما أو جاهلا.

فإن كان قبضه بإذن صاحبه كان تالفا عليه، لأنّه سلّطه على إتلافه مع كونه سفيها، و وجود السفه مانع من ثبوت العوض. و قوله: «وإن فكَّ حجره» و صلى لما قبله، لأنّه إذا لم يلزم حال الإتلاف لا يلزم بعد الفكّ. و هذا كلّ في العالم ظاهر. أمّا الجاهل بحاله فأطلاق المصنّف يشمله. و وجهه: أنّ البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله و علمه بأنّ العوض المبدول منه ثابت أم لا، فهو مضيع لماله. و نقل في

ص: ١٥٩

١- ١) سورة البقره: ٢٨٢.

٢- ٢) اللمعه الدمشقيه: ٨٢.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٢١٩: ١.

و لو أودعه وديعه فأتلفها، ففيه تردّد. و الوجه أنّه لا- يضمن. (١) التذكرة (١) عن بعض الشافعيّين أنّ السفية إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر. قال: و لا بأس به.

و إن كان السفية قبض المبيع بغير إذن صاحبه و أتلفه ضمنه مطلقاً، لأنّ البيع الفاسد لا يقتضى الإذن فى القبض، فيكون متصرفاً فى مال الغير بغير إذنه، فيضمنه، كما لو أتلف مالا أو غصبه بغير إذن مالكة.

قوله: «و لو أودعه وديعه فأتلفها ففيه تردّد. و الوجه: أنّه لا يضمن».

وجه عدم الضمان: تفريط المودع بإعطائه. و قد نهى الله تعالى عنه بقوله:

وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (٢) فيكون بمنزله من ألقى ماله فى البحر. و قيل:

يضمن إن أتلفها أو تلفت بتفريطه، لأنّ المالك لم يسأطه على الإتلاف، و إنّما أمره بالحفظ، فقد حصل منه الإتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب، و الحال أنّ السفية بالغ عاقل، و الأصل عصمه مال الغير إلا بسبب، مع أنّ وضع اليد حال الإتلاف غصب. و هذا هو الأقوى. و اختاره فى التذكرة (٣). و هو ظاهر القواعد (٤).

و فى حكم الوديعه العاربه.

و الصبىّ و المجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا- كالبيع و القرض و الغصب و إتلاف المال بغير اختيار المالك كأكله- حكم السفية. و أمّا الوديعه و العاربه إذا تلفت بتفريطهما أو أتلفاها، ففي ضمانهما قولان، أجودهما ذلك فى الثانى دون الأوّل.

أمّا الأوّل: فإنّ الضمان باعتبار الإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ، و الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلّق بأفعال المكلفين، فلا يتعلّق بالصبىّ و المجنون. و لا ترد المعارضه بقوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت

ص: ١٦٠

١- (١) التذكرة ٢:٧٨.

٢- (٢) سورة النساء: ٥.

٣- (٣) التذكرة ٢:٧٨.

٤- (٤) القواعد ١:١٦٩-١٧٠.

## الثالثة: لو فكَّ حجره، ثمَّ عاد مبدِّرا، حجر عليه

الثالثة: لو فكَّ حجره، ثمَّ عاد مبدِّرا، حجر عليه. (١) و لو زال، فكَّ حجره. و لو عاد، عاد الحجر. و هكذا دائما.

## الرابعة: الولاية في مال الطفل و المجنون، للأب و الجدّ للأب

الرابعة: الولاية في مال الطفل و المجنون، للأب و الجدّ للأب. فان لم يكونا فلولوصي. فان لم يكن فللحاكم. (٢) حتى تؤدّي» (١) فإن مفهومة على الوجوب و التكليف بالردّ، و هو منفيّ عنهما.

و أمّا الثاني: فإنّ إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في ضمانه، و الأسباب من باب خطاب الوضع لا تتوقّف على التكليف. و منه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير إذنه.

قوله: «لو فكَّ حجره ثمَّ عاد مبدِّرا حجر عليه. إلخ».

لَمَّا كان السفه علّة الحكم بالحجر، إمّا بنفسه أو بحكم الحاكم على ما مرّ (٢)، كان وجود العلّة يقتضى وجود المعلول، و رفعها رفعه، من غير فرق بين المرّة و المرّات.

و هذا ممّا لا خلاف فيه. نعم، في خصوصيّة ذكره فائده أخرى، و هي أنّ علّة الحجر أولا لما قيل إنّها مركّبة من السفه و الفسق، فلا يزول الحجر إلّا برفعهما معا بالرشد و العدالة على ذلك القول، و أمّا بعد ارتفاعهما فلا تبقى العلّة للحجر إلّا التبذير خاصّه، فعوده يعيد الحجر، و ارتفاعه يرفعه، من غير اعتبار العدالة هنا على القولين كما حقّقناه سابقا. فلذلك أطلق المصنّف أنّ مجرد عود التبذير يوجب الحجر، و مجرد رفعه يرفعه، و هكذا.

قوله: «الولاية في مال الطفل و المجنون للأب-إلى قوله- فان لم يكن فللحاكم».

لا- خلاف في كون الولاية عليهما للأب و الجدّ له و إن علا- و إنّما الكلام في أنّهما إذا تعارضا و أوقعا العقد دفعه فهل يقع باطلا، لاستحاله الترجيح، أو يقدّم عقد

ص: ١٤١

١- (١) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.

٢- (٢) في ص ١٥٨.

أمّا السفیه و المفلس، فالولاية في مالهما للحاكم لا غير. (١) الجدّ أو عقد الأب؟ الذي اختاره في التذكرة (١) في هذا الباب هو الثاني. و الكلام في المال، أمّا في التوزيع فسيأتي. و في كتاب الوصايا من التذكرة (٢) قال: إنّ ولاية الأب مقدّمه على ولاية الجدّ. و ولاية الجدّ مقدّمه على ولاية الوصيّ للأب. و الوصيّ للأب و الجدّ أولى من الحاكم.

و مقتضى قول المصنّف أنّهما إن لم يكونا فللوصيّ أنّ وصيّ الأب لا حكم له مع الجدّ كما في التذكرة. و هو كذلك و إن علا الجدّ. و يأتي في ترتّب الأجداد للأب أو اشتراكهم مع وجود الأعلى و الأدنى ما مرّ في الأب و الجدّ من الخلاف.

و لو جعل الأب أو الجدّ للوصيّ أن يوصي، أو جوّزنا للوصيّ ذلك و إن لم ينصّ له، فحكم وصيّيه حكمه، فيقدّم وصيّ الوصيّ - و إن تعدّد - على الحاكم. و المراد بالحكم حيث يطلق في أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعاً.

قوله: «أمّا السفیه و المفلس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير».

أمّا المفلس فظاهر، و أمّا السفیه فإطلاق المصنّف يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد، و من بلغ سفهها، و هو أشهر القولين في المسألة. و وجهه - على ما اختاره سابقاً (٣) من توقّف الحجر بالسفه على حكم الحاكم، و رفعه عليه - ظاهر، لكون النظر حينئذ إليه.

و قيل: إن بلغ سفهها فالولاية للأب و الجدّ ثمّ وصيّ أحدهما ثمّ الحاكم كالصبيّ، و إن بلغ رشيداً ثمّ تجدد سفهه فأمره إلى الحاكم دونهما. و هو أجود، استصحاباً لحكم ولايتهما في الأوّل، و ارتفاعها في الثاني، فيحتاج عودها إلى دليل، و الحاكم وليّ عامّ لا يحتاج إلى دليل. نعم، يتخلف إذا قدّم عليه غيره، و قد انتفى هنا.

ص: ١٦٢

١- (١) التذكرة ٨٠: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٥١٠: ٢.

٣- (٣) في ص: ١٥٨.

## الخامسة: إذا أحرم بحجّه واجبه، لم يمنع ممّا يحتاج إليه في الإتيان بالفرض

الخامسة: إذا أحرم بحجّه واجبه، لم يمنع ممّا يحتاج إليه في الإتيان بالفرض. (١) وإن أحرم تطوّعا، فإن استوت نفقته سفرا و حضرا، لم يمنع.

و كذا إن أمكنه تكسّب ما يحتاج إليه. ولو لم يكن كذلك، حلّله الولي.

قوله: «إذا أحرم بحجّه واجبه لم يمنع مما يحتاج إليه في الإتيان بالفرض. إلخ».

السفيه حكمه في العبادات البدنيّة و المائيّة الواجبه حكم الرشيد، إلّا أنّه لا يمكّن من صرف المال و لا تفريق الحقوق. فإذا كان الحجّ واجبا فلا- اعتراض للوليّ عليه، سواء زادت نفقته سفرا عن الحضر أم لا، لتعيّنه عليه، و لكن يتولّى النفقه عليه الوليّ أو وكيله [الثقه] (١). و لا فرق في ذلك بين الواجب بالأصل و بالنذر، كما إذا تقدّم سببه على الحجر.

و أمّا إذا كان الحجّ مندوبا فكذلك، مع عدم زياده نفقته على الحضر، لعدم الضرر. و أمّا إذا احتاج إلى زياده فإن كان يكتسبها في السفر فكذلك، لانتفاء الضرر عن ماله المحجور عليه فيه.

و ربّما أشكل بأنّه يصير باكتسابه من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه، فيكون كالسابق.

و أوجب بأنّه قبله لم يكن مالا، و بعده صار محتاجا للنفقه. و بأنّ الاكتساب غير واجب على السفيه، و ليس للوليّ قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلّق به الحجر.

و الجواب الأوّل إنّما يتمّ لو لم يمكنه العود، أو أمكنه بنفقه مساويه لنفقه الإكمال، و إلّا لم ينفعه احتياجه إلى النفقه.

و في الثاني أنّ الاكتساب عليه و إن كان غير واجب إلّا- أنّه إذا اكتسب باختياره تحقّق المال و لزم الحجر فيه، فعاد المحذور. نعم، لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر، و كان بعد التلبّس بالحجّ أو قبله، و لم يمكن العود إلّا

ص: ١٦٣



السادسه: إذا حلف، انعقدت يمينه. و لو حنث كفر بالصوم.

و فيه تردّد. (١) بصرفه، زال الإشكال.

و يفهم من قوله: «و لو لم يكن كذلك حلّله الولي» أنّ إحرامه ينعقد على كلّ حال. و يشكل مع الإخلال بالشرائط، للنهي عنه حينئذ المقتضى للفساد في العباده. و يمكن دفعه بأنّ النهي هنا ليس عن ذات العباده، و لا عن شرطها، لأنّ المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد، و إنّما النهي عن إتلاف المال الزائد، فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم، لأنّه حينئذ كالمحصر، حيث يحرم عليه الذهاب للإكمال، و إن كان لأمر خارج كعجزه عن النفقه.

هذا إن جعلنا لدم الإحصار بدلا، و إلّا بقي على إحرامه إلى زمان الفكّ.

و على القول بالبدل فهو عشره أيّام كما مر في الحجّ (١)، و روى ثمانية عشر يوما. و أمّا بخصوص هذه المسأله فلا نصّ فيها عندنا.

قوله: «إذا حلف انعقدت يمينه. و لو حنث كفر بالصوم. و فيه تردّد».

لَمّا كان السفیه إنّما يمنع من التصرفات المائیه، فإذا حلف على فعل شيء أو تركه - حيث تكون اليمين منعقده في غيره - تنعقد يمينه، لأنّه لا يتعلّق بالمال. و مثله نذر ذلك و عهده. أمّا لو كان متعلّق النذر نفس المال، بأن نذر أن يتصدّق بمال مثلا، فإن كان معينا بطل النذر، و إن كان في الذمّه صحّ، و روعى في إنفاذه الرشد.

إذا تقرّر ذلك فإذا حلف مثلا - على شيء و حنث وجبت عليه الكفّاره قطعا، لأنّه بالغ عاقل. و هل يكفر بالصوم أم بالمال؟ تردّد المصنّف رحمه الله. و وجه التردّد:

من أنّه ممنوع من التصرف المائى فيكفر بالصوم، كالعبد و الفقير، و من أنّ الكفّاره تصير حينئذ واجبه عليه، و هو مالك للمال، فتخرج من المال كما تخرج الواجبات، من الزكاه و الخمس و مؤونه الحجّ الواجب و الكفّاره التي قد سبق وجوبها الحجر.

ص: ١٦٤

السابعه: لو وجب له القصاص، جاز أن يعفو. و لو وجب له ديه، لم يجز. (١)

الثامنه: يختبر الصبى قبل بلوغه

الثامنه: يختبر الصبى قبل بلوغه. و هل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح. (٢) و يضعف بأن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له فى المال، و إنما الحاكم به الله تعالى، بخلاف الكفار فى المتنازع، فإن سببها مستند إلى اختياره فى مخالفه مقتضى اليمين، فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيله له إلى ذهابه، لأن مقتضى السفه توجيه (١) صرفه على ما لا ينبغى.

و الأقوى أنه يكفر بالصوم. و به قطع العلامة فى كتبه (٢)، حتى فى التذكرة (٣)، من غير نقل لتردد و لا لخلاف. و قريب من هذا البحث الكلام فى الإنفاق على من استحلقة من الأنساب بإقراره.

قوله: «لو وجب له القصاص جاز أن يعفو. و لو وجب له ديه لم يجز».

هذا عندنا واضح، لأن موجب العمد القصاص خاصه، و هو ليس بمال، و إنما يثبت المال بالصلح و التراضى، بخلاف ما يوجب الديه، لأنه تصرف مالى، فيمنع منه. و تبه بذلك على خلاف بعض العامه (٤)، حيث جعل الواجب فى العمد أحد الأمرين القصاص أو المال، فلا يصح عفو. و لو طلب فى العمد القصاص فله ذلك، لأنه موضوع للتشقى و الانتقام، و هو صالح له. و إذا جاز له العفو عنه مطلقا فعفو عنه على مال أولى. فحيث يثبت بصلحه لا يسلم إليه بل إلى الولى.

قوله: «يختبر الصبى قبل بلوغه. و هل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح».

قد

ص: ١٤٥

١-١ فى «ه» و «م»: يوجبه. و فى «ب»: توجيه و فى «س»: توجب.

٢-٢ راجع الإرشاد ٣٩٧:١، و التحرير ٢١٩:١، و القواعد ١٧٠:١.

٣-٣ التذكرة ٨٠:٢.

٤-٤ راجع المغنى و الشرح الكبير لابن قدامه ٥٧٣:٤.

تقدّم (١) أنّ الرشد لا- يتحقّق إلا- باختباره بما يلائمه من التصرفات و الأعمال. و بين هنا أنّ محلّ هذا الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (٢). و وجه دلاله الآيه على ذلك من وجهين: أحدهما: جعل متعلّق الابتلاء اليتامى. و المراد باليتيم لغيره (٣) و شرعا من لا أب له و هو دون البلوغ، فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقه، و إطلاق اللفظ محمول على الحقيقه إذا لم يمنع منها مانع. و هو منتف هنا. و الثانى قوله تعالى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ جعل غايه اختبارهم البلوغ، فدلّ على أنّ الاختبار قبله. و لأنّ تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدّى إلى الإضرار به، بسبب الحجر عليه و منعه ماله، مع جواز كونه بالغاً رشيداً، لأنّ المنع يمتدّ إلى أن يختبر و يعلم رشده، و ربّما طال زمانه بسبب العلم بالملكه السابقه، فإذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى.

و هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، و إنّما خالف فيه بعض العامّه (٤)، و جعل بعده.

نعم، شارحا القواعد (٥) حملا- عبارتها على أنّ الاختبار بعد البلوغ، و جعل- الخلاف فى صحّه البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك. و لا ضروره داعيه إليه.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو من أهله، فما كس الصبى فيه و ظهر رشده و أوقعه، هل يكون صحيحا أم لا؟ و جهان:

أحدهما: الوقوع، لأمره تعالى بالابتلاء، و هو يقتضى كون الفعل الصادر من الصبى معتبرا، خصوصا على القول بأنّ أفعاله شرعيّه، و مع ذلك قد انضمّ إلى إذن

ص: ١٦٦

١- ١) فى ص: ١٥٠.

٢- ٢) سوره النساء: ٦.

٣- ٣) راجع الصحاح ٢٠٦٤: ٥، معجم مقاييس اللغه ١٥٤: ٦.

٤- ٤) المجموع ٢٨٤: ١٠.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٥٢: ٢. و الظاهر أن المراد بالشارح الآخر السيد عميد الدين، راجع مفتاح الكرامه ٢٥٠: ٥.

الولّي له، لأنّ إعطاء المال و أمره به إذن، فيجب أن يكون صحيحا.

و الثاني: عدمه، لمنع دلالة الأمر بالابتلاء على الصّحّه، بل غايته استفاده الرشد بما به الابتلاء، أمّا كونه صحيحا أم لا فهو خارج عن مقتضاه. و هذا هو الأقوى.

و على هذا فكيفيّة اختباره أن يأمره الولّي بالمساومه في السلع، و يمتحنه بالممارسه و المساومه و تقرير الثمن، فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الولّي، فإذا رآه قد استقرّ رأيه على الشراء بثمن المثل و إرادته البيع به مرّه بعد أخرى علم رشده. و قريب من ذلك أن يشتري الولّي سلعه و يتركها في يد البائع، أو يعطيه متاعا من أمتعته و يواطئه على بيعه من الصبي، فإن اشتراه منه و فعل ما فيه الصلاح كذلك دلّ على الرشد.

و اعلم أنّ العلامه في التحرير (١) رجّح صحّه البيع مع إذن الولّي، كما هو المفروض. و في التذكرة (٢) و الإرشاد (٣) قطع بعدمه. و في القواعد تردّد (٤).

ص: ١٦٧

١-١) تحرير الأحكام ١:٢١٨.

٢-٢) التذكرة ٢:٧٨.

٣-٣) إرشاد الأذهان ١:٣٩٧.

٤-٤) قواعد الأحكام ١:١٦٨.



كتاب الضمان

اشاره

كتاب الضمان

ص: ١٦٩



كتاب الضمان و هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس. (١) قوله: «و هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس».

اعلم أنّ للضمان معنيين أحدهما أعمّ من الآخر. وهذا التعريف للضمان بالمعنى الأعمّ، المتناول للضمان بالمعنى الأخصّ، و للحواله و الكفاله، فتكون هذه الثلاثة أقسامه، و الضمان بالمعنى الأخصّ قسيما للآخرين.

و الكلام فى كون الضمان هو العقد الدالّ على التعهد، أو نفس التعهد، قد تقدّم (١) البحث على نظيره فى البيع، و أنّ التحقيق أنّه الثانى، و إطلاقه على العقد بطريق المجاز، إقامه للسبب مقام المسبّب.

و شرعيّ العقد المذكور للتعهد أعمّ من كون أثره يحصل معه و عدمه، فيشمل الصحيح و الفاسد. و لو ادعى أنّ المقصود حصول التعهد، و أنّ اللفظ دالّ عليه، كان تعريفا للصحيح. و هو أيضا صحيح.

و اعلم أنّ الضمان عندنا مشتقّ من الضمن، لأنّه يجعل ما كان فى ذمّته من المال فى ضمن ذمّه أخرى، أو لأنّ ذمّه الضامن تتضمّن الحقّ، فالنون فيه أصليّه، بناء على أنّه ينقل المال من الذمّه إلى الذمّه. و عند أكثر العامّه (٢) أنّه غير ناقل، و إنّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من الضمّ، و النون فيه زائده، لأنّه ضمّ ذمّه إلى ذمّه، فيتخيّر المضمون له فى المطالبه.

ص: ١٧١

---

١-١) راجع ج ١٤٤: ٣.

٢-٢) راجع النسبه فى الفقه الشافعى: ١٠٦، و تحفه الفقهاء ٣: ٢٣٨، و المغنى لابن قدامه ٥: ٧٠ و ٧٣.



و التعهد بالمال قد يكون مّمن عليه للمضمون عنه مال،(١) وقد لا يكون. فهنا ثلاثة أقسام:

قوله: «و التعهد بالمال قد يكون مّمن عليه للمضمون عنه مال.

إلخ».

أحد الأقسام التعهّد بالنفس و هو الكفّال، و التعهّد بالمال مّمن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الأخصّ، و مّمن عليه هو الحوالة.

و فيه: أنّه سيأتى من مذهبه أنّ الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمّه المحال عليه للمحيل، فيدخل هذا القسم فى الضمان الأخصّ، و يختلّ التقسيم بالتداخل، و لا يدفعه ما يقوله: «ثمّ إنّ هذا القسم بالضمان أشبه (١)» لأنّ الأشبهية لم يخرجها عن معنى الحوالة أيضا.

و يمكن دفع الإشكال بأنّ التقسيم جار على محلّ الوفاق، أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، و هو تعهّد مشغول الذمّه للمحيل، ليكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصّه. و كون القسم المشترك ذا جهتين، بحيث يصحّ تسميته ضمّانا خاصّا و حوالة يسهل معه الخطب.

ص: ١٧٢

(١-١) فى ص: ٢١٥.

في ضمان المال مَمَّن ليس عليه للمضمون عنه مال]

القسم الأول في ضمان المال مَمَّن ليس عليه للمضمون عنه مال. و هو المسمّى بالضمان بقول مطلق. (١) وفيه بحوث ثلاثه:

قوله: «ضمان المال مَمَّن ليس عليه للمضمون عنه مال. و هو المسمّى بالضمان بقول مطلق.» لَمَّا كان الضمان بالمعنى الأعمّ منقسماً إلى الأقسام الثلاثه، انقسام الكلّي إلى جزئياته، وإطلاقه على كلّ واحد منها بطريق الحقيقه، فيصحّ إطلاق الضمان على الحواله و الكفاله حقيقه، إلاّ أن المعنى المتبادر من الضمان شرعاً، عند إطلاق لفظه من غير قيد، هو الضمان مَمَّن ليس عليه مال للمضمون، و هو المعنى الأخصّ له.

و أمّا الآخران، و هما الحواله و الكفاله، فإنما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ آخر إليه، و هو ضمان النفس، أو ضمان مشغول الذمّه للمضمون، و نحو ذلك.

و لكن يبقى فيه إشكال، و هو أنّ ذلك يقتضى كون إطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقه، لأنّ من علاماتها صحّحه الإطلاق من غير قيد، كما أنّ توقّف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضمّ إليه دليل المجاز، فكيف يجتمع كونهما من أفراد الكلّي بطريق الحقيقه، و افتقارهما مع ذلك في صحّحه الإطلاق إلى التقييد؟ و جوابه: أنّ المنقسم إليهما- بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقه- هو مطلق الضمان، و ذلك لا يتنافى كونهما مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق الذى هو قسيمهما.

و الحاصل: أنّه فرق بين الشىء المطلق و مطلق الشىء. و مثل هذا البحث يأتى فى الماء، فإنّهم قسموا مطلق الماء إلى الماء المطلق و المضاف، مع أنّ إطلاق الماء على فى الماء، فإنّهم قسموا مطلق الماء إلى الماء المطلق و المضاف، مع أنّ إطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز، لافتقاره إلى القيد، إلاّ أنّه فرد حقيقه من مطلق الماء. و منشأ

الأول: في الضامن.

و لا بدّ أن يكون مكلفاً، جائز التصرف. فلا يصحّ ضمان الصبي، و لا المجنون.

و لو ضمن المملوك، لم يصحّ، إلا بإذن مولاه. (١) و يثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه، إلا أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه.

الاختلاف باختلاف الوجهين. و لكن لما اشتهر المعنى المطلق و خفي مطلق المعنى، لوحظت الحقيقة و المجاز باعتبار المشتبه خاصه. و فيه بحث.

قوله: «و لو ضمن المملوك لم يصحّ، إلا بإذن مولاه. إلخ».

الكلام هنا يقع في مواضع:

أحدها: ضمان العبد بغير إذن سيده، و في صحته قولان:

أحدهما- و به قطع المصنف من غير نقل خلاف-: عدم الصّحّه، لأنّ العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى (١) به، و ذمته مملوكة للمولى، فلا يملك إثبات شيء فيها إلا بإذنه، و لأنّ الضمان يستلزم إثبات مال في الذمه، فيمنع منه بدون إذن المولى، كما يمنع من النكاح لذلك. (٢)

و يرد على الأول: ضمانه لما أتلّفه أو غصبه أو جناه في ذمته بغير إذن المولى، فلو توقّف شغل ذمته مطلقاً على إذن المولى لم يلزم هنا شيء. إلا أن يقال: إنّ ذلك لا يعدّ التزاماً، بل هو حكم شرعي مبني على القهر، بسبب وقوعه بغير اختيار مستحقّه، و من ثمّ لم يلزم ذلك الصبيّ و المجنون أيضاً، مع عدم صحّه ضمانهما إجماعاً.

و على الثاني: منع كون مطلق إثبات المال في ذمته ممتنعاً (٣)، و هل هو إلا محلّ النزاع؟ و التمثيل بالنكاح لا يتمّ، لبطلان القياس، و منع كون المانع فيه استلزامه لإثبات المال في الذمه. و من ثمّ امتنع و إن عرى العقد عن المهر، بل و إن بذله

ص: ١٧٤

(١-١) سورة النحل: ٧٥.

(٢-٢) كذا في «س» و «و». و في غيرهما: (كذلك).

(٣-٣) في ما لدينا من النسخ الخطية: (ممتنع). و لعله سهو من النساخ.

أجنبي، وإنما المانع الحجر، واستلزام صحته و ترتب أثره قدره العبد الممتنعه، أو الإجماع عليه.

و ثانيهما: الصحة، لانتفاء الضرر على المولى، لأن استحقاق المطالبة له بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه، كما لو استدان بغير إذن سيده، وإن افرقا بكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه، ولا يتصور ذلك في الضامن، لتعلق حقه بالذمه.

لا يقال: إن السيد يستحق إرثه بعد العتق بالولاء، وثبت الضمان يمنع الإرث.

لأننا نقول: حكم الإرث المذكور لا يمنع الضمان، فإن الإرث متأخر عن الدين، فمهما قيل إنه دين يقدم عليه. وهذا لا يمنع الإرث إقراره بمال، مع أن الملك يمنع منهما، فدل على أن الإرث ليس في حكم الملك مطلقاً، كما أن الحر (١) لا يمنع الضمان لحق ورثته، ويمنع ممياً هو ملكهم. فعلى هذا يتبع به بعد العتق، لأن كسبه مملوك للمولى، ولا يملك التصرف في مال مولاه. وهذا القول قربه العلامة في التذكرة (٢). والأقوى الأول.

الثاني: على تقدير ضمانه بإذن المولى وإطلاقه، فلم يشترط له الأداء من الكسب، ولا الصبر إلى أن يعتق، فهل يتعلق بذمته أم بكسبه؟ قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف -: تعلقه بذمته، فيتبع به بعد العتق، لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما، والعامة لا يدل على الخاص، فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه، وكسبه ملكه. ولأن الإذن في الكلى ليس إذناً في الجزئي المعين، وإن كان لا يوجد إلا في ضمنه، كما حقق في الأصول.

و الثاني: أنه يتعلق بكسبه، لأن إطلاق الضمان إنما يحمل على الضمان الذي

١ - ١) في «٥»: الحجر.

٢ - ٢) التذكرة ٨٧: ٢.

يستعقب الأداء، فإنه المعهود، والأداء من غير مال السيد يمتنع، وكذا من ماله غير الكسب، وإلا لكان هو الضامن لا العبد، وهو خلاف التقدير، فيكون في كسبه.

والبحث في ذلك قريب مما لو أذن له في الاستدانه. فينبغي ترتب قول ثالث، وهو أن الضمان يتعلّق بالمولى، ولا يختصّ بكسب العبد. ولعله أقوى.

الثالث: على تقدير ثبوته في ذمته، لو أذن له مولاه في الضمان في كسبه، فقد قطع المصنّف بصحّته، ووجهه: أن كسبه مال مخصوص من أموال السيد، فيكون بمنزله ما لو ضمن في مال بعينه. وحينئذ فإن في كسبه بمال الضمان فقد تمّ للمضمون له حقّه، وإلا ضاع عليه ما قصر. فلو أعتق العبد قبل تجدد (1) شيء من الكسب فهل يبقى التعلّق به أم يبطل الضمان، لفوات المحلّ المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذى هو ملك المولى وقد فات؟ الظاهر من كلامهم الأوّل، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه و ما فى يده سواء، ومع ذلك لا يسمّى فى اصطلاح الشرع كسبا، وإن أطلق عليه لغه.

لكن يشكّل على هذا صحّحه اشتراطه فى كسبه حال عبوديته، لأنّ السيد لا حقّ له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء. إلا أن يقال بصحّحه ضمانه بغير إذن سيده كما مرّ، فهنا أولى.

و يتفرّع على ذلك ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقى؟ يحتمله، لأنّ إذنه له فى الضمان فى كسبه كما إذنه فى الضمان فى مال بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمّه صاحب المال، على الخلاف. ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال.

و يحتمل عدم لزومه للمولى وإن قلنا به ثمّ، لأنّ الكسب ليس كمحض مال السيد، بل حقّ له، ولهذا قيل لو أعتق بقى متعلّقا بكسب المعتق، فدلّ على أنّه لم يتعلّق بالمولى محضا. وليس فى كلام الأصحاب هنا ما يدلّ على شيء، وإن كان

١ - ١) فيما عدان «و» «٥»: قبل إمكان تجدد. و فى «٥»: شطب على (إمكان).

و كذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين. (١) الأوجه ابتناؤه على مسأله تعيين الأداء من مال بعينه.

قوله: «و كذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين».

أى شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من أمواله، فإنه يصح الضمان و ينحصر وجوب الأداء فيه، لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (١). و حينئذ فيتعلق به حق المضمون له.

و هل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن، أو كتعلق الأرش بالجاني؟ وجهان، مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمه الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمه، و تخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبه الآن فيه، و لم يخرج الذمه عن العهده، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها. و هذا وجه تعلق الرهن. و من أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقا، و إنما حصر الاستحقاق فى المال المعين، و جعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمه. و أقواهما الأول.

و تظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط، فعلى الأول ينتقل إلى ذمه الضامن، و على الثانى إلى ذمه المضمون عنه. أمّا الأول فظاهر، لأن تلف الرهن لا يسقط الحق. و أمّا الثانى فلأن فوات العبد الجانى إنما يسقط الحق عن مالكة، و مالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه. و أما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما، لأنه لم يتعلق بدمته، و إنما تعلق بمال تعلقا ضعيفا، فإذا عاد إلى ما كان.

مع احتمال السقوط عنهما فى الموضعين على التقديرين. أما عن الضامن فلا أنه لم يقدم على الضمان إلا فى ذلك المال، و لم يلتزم الأداء إلا منه عملا بالشرط، و قد فات، فيبطل الضمان و يعود إلى ذمه المضمون عنه. و أما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني، فلأن الضمان لما كان ناقلا برئت ذمه المضمون عنه بالضمان كيف كان، فلم يبق للمضمون له عليه حق و لا الضامن إلا بما أدى، و لم

ص: ١٧٧

(١ - ١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

يحصل.

إلا أنّ المبنى عليه ضعيف، لأنّ الضمان إمّا ناقل (١) من ذمّة إلى ذمّة عندنا، أو ضامّ ذمّة إلى أخرى عند غيرنا، فعدم تعلّقه بذمّة أصلا خارج عن القولين، فيكون المبنى عليه أولى بالسقوط.

و اختار في التذكرة (٢) الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا، بناء على الوجه الأوّل. والشهيد (رحمه الله) في بعض فتاويه اختار بطلان الضمان مع تلف المال من غير بناء له على وجه. وهو متّجه.

و يمكن دفع المنافاه بين التعلّق بالذمّة و المال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه، بأن يجعل التعلّق بالذمّة مشروطا بالأداء من المال عملا - بمقتضى الشرط، أو يجعل هذا تعلّقا برأسه خارجا عن التعلّقين، إذ لا دليل على الانحصار فيهما، وإنّما هو من مناسبات الشافعية. و حينئذ يجعل التعلّق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط، فإنّ التزام المال من غير المعين لم يتعلّق به قصد الضامن، و لا دلّ عليه لفظه.

و ممّا يبنى على الوجهين ما لو كان المال المعين أقلّ من الدّين، فعلى الأوّل يلزم الضامن الإكمال، كما لو نقص الرهن عنه، بناء على تعلّق الدّين بذمّته، و لم يحصل فيما (٣) عينه وفاء. و هو الذي قرّبه في التذكرة. (٤).

و يشكل بما مرّ، فإنّه لم يلتزم في ذمّته شيئا. و غايه التنزّل أن يكون التزم بقدر المال المعين، فثبوت الزائد في ذمّته بعيد. و على الوجه الثاني لا إشكال في عدم ضمانه.

و ممّا يبنى على الوجهين أيضا من يطالب ببيع المال و تحويله إلى جنس الحقّ

ص: ١٧٨

١- ١) في ما لدينا من النسخ: (ناقل إمّا.) و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) التذكرة ٩٩: ٢.

٣- ٣) في «٥»: بما.

٤- ٤) التذكرة ٩٩: ٢.

و لا يشترط علمه بالمضمون له، و لا المضمون عنه. و قيل: يشترط.

و الأول أشبه. لكن لا بدّ أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصحّ معه القصد إلى الضمان عنه. (١) المضمون، فعلى الأول يطالب الضامن قطعاً كالرهن، و على الثاني يحتمل جواز استبداد المضمون له به كالجاني، خصوصاً إن لم يفكّه الضامن. و يحتمل عليه توقّف التصرّف على الضامن أيضاً، لأنّ هذا التعلّق لا يساوى تعلّق الجنايه بالجاني بكلّ وجه، لأنّ الجنايه تعلّقت بالعبء ابتداءً، و لم يتعلّق بذمّه أصلاً، بخلاف دين المضمون له هنا، فإنّه كان متعلّقاً بذمّه و فى تعلّقه بذمّه الضامن ثانياً ما مرّ من البحث. فلم يفد هذا التعلّق انحصار الحقّ فيه بكلّ وجه.

قوله: «و لا يشترط علمه بالمضمون له - إلى قوله - إلى الضمان عنه».

القول باشتراط علم الضامن لهما معاً للشيخ (رحمه الله) فى المبسوط (١) و فى المختلف (٢) اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له. و نفى الاشتراط فيهما فى غيره (٣). و هو الأقوى. أمّا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلائنّ الضمان وفاء دين عنه، و هو جائز عن كلّ مديون. و أمّا المضمون له، فإنّ اعتبرنا قبوله لفظاً - كما هو مقتضى العقد اللازم - اقتضى ذلك تميّزه [١]، و لا يعتبر أزيد من ذلك، و إن لم نعتبره - كما يدلّ عليه واقعه المديون الذى امتنع النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم من الصلاه عليه حتى ضمنه علىّ عليه السلام (٤) - لم يعتبر علمه بوجه. و هذا هو الظاهر

ص: ١٧٩

١ - ١) المبسوط ٣٢٣: ٢.

٢ - ٢) المختلف: ٤٢٨.

٣ - ٣) تحرير الأحكام ٢٢٢: ١، قواعد الأحكام ١٧٧: ١ - ١٧٨.

٤ - ٥) راجع السنن الكبرى ٦: ٧٣، سنن الدار قطنى ٣: ٧٨ ح ٢٩١ و ٢٩٢.



و يشترط رضا المضمون له. (١) من عبارته المصنّف حيث اعتبر رضاه، و لم يعتبر فيه عقداً، و لا قبولا مخصوصاً، و لا امتيازاً هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه.

و بقى الكلام فى اعتبار تميّز المضمون عنه كما ذكره المصنّف. و وجهه: أنّ الضمان يتوقّف على القصد، و هو متعلّق بالمضمون عنه و الحقّ، فلا بدّ من تميّزه بوجه تزول معه الجهالة، ليتمكن القصد إليه. و أمّا الحقّ فسيأتى الكلام فيه.

و يشكل بمنع توقّف القصد على ذلك، فإنّ المعتبر القصد إلى الضمان، و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له مثلاً فى الذمّه، و ذلك غير متوقّف على معرفه من عليه الدّين. و الدليل إنّما دلّ على اعتبار القصد فى العقد، لا فيمن كان عليه الدّين، فلو قال شخص مثلاً: إننى أستحقّ فى ذمّه شخص مائة درهم، فقال له آخر:

ضممتها لك، كان قاصداً إلى عقد الضمان عن أى من كان الدّين عليه، و لا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.

و إلى ذلك مال فى التذكرة حيث قال: و هل يشترط معرفه ما يميّزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدّين الذى لك على من كان من الناس جاز. نعم، لا- بدّ من معرفه المضمون عنه بوصف يميّزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن أى من كان (١).

قوله: «و يشترط رضا المضمون له».

المشهور اشتراط رضا المضمون له فى صحّحه الضمان، لأنّ حقّه يتحوّل من ذمّه غريمه إلى ذمّه الضامن، و الناس تختلف فى حسن المعامله و سهوله القضاء، فربّما كان المضمون له (٢) لا يرضى بإبداله بغريمه، ليقضيه (٣) عنه، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر و الغرر.

ص: ١٨٠

١- ١) التذكرة ٢: ٨٨. و فيه بعد قوله «جاز»: على إشكال.

٢- ٢) كذا فى «م»، و هو الصحيح. و فى سائر النسخ (الضامن).

٣- ٣) فى «ب» و «س» و «ن»: (لنقصه). و فى هامش «و»: أنّه كذا فى سائر النسخ.

و لا عبره برضا المضمون عنه، لأنّ الضمان كالقضاء. (١) و للشيخ (١) (رحمه الله) قول بعدم اشتراطه، محتجاً بأنّ علياً عليه السلام و أبا قتاده ضمنا الدّين عن الميّت و لم يسأل النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم عن رضا المضمون له (٢).

و أوجب بأنّها واقعه لا- عموم لها، و بأنّ ذلك إنّما يدلّ على عدم بطلان الضمان قبل علمه و ردّه، و نحن نقول بموجبه، لأنّه صحيح، و لكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له. و الأقوى اشتراط رضاه لصحيحه (٣) عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام.

و على هذا القول فهل المعتبر مجرّد رضاه كيف اتّفق و لو مع التراخي، أم لا بد من كونه بصيغه القبول اللفظي؟ قولان، أجودهما الثاني، لأنّه عقد فلا بد فيه من القبول، و لأصالة بقاء ما كان من شغل ذمّه المضمون عنه، و سلامه ذمّه الضامن، و عدم انتقال حقّ المضمون له إلى أن يتحقّق المزيل. و حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الإيجاب و القبول، و كونه بلفظ الماضي، و اللفظ العربي، لأنّه من العقود اللازمة.

و وجه العدم قضيه على عليه السلام، و أصاله عدم الاشتراط، و مخالفته لغيره من العقود المملّكه، لأنّ الضمان لا- يثبت ملكا جديدا، و إنّما يتوثّق به الدّين الذي كان مملوكا.

و فيه: أنّ استحقاق المضمون له عند الضامن حقاً ضرب من التملّك. ثمّ ينتقض بالرهن فإنّ فائدته التوثّق مع اشتراطه فيه.

قوله: «و لا عبره برضا المضمون عنه لأنّ الضمان كالقضاء».

هذا موضوع وفاق، و لأنّ أداء الدّين كما يجوز بغير إذنه فالتزامه في الذمّه أولى،

ص: ١٨١

١-١) الخلاف ٣:٣١٣-٣١٤ مسألة ٢.

٢-٢) راجع سنن الدارقطني ٣:٧٨-٧٩ ح ٢٩١ و ٢٩٢ و ٢٩٣، و السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧٢-٧٣.

٣-٣) الكافي ٧:٢٥ ح ٥، الفقيه ٤:١٦٧ ح ٥٨٢، التهذيب ٦:١٨٧ ح ٣٩٢، الوسائل ١٣: ١٤٩ ب «٢» من أبواب الضمان ح ١.

و لو أنكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح. (١) و مع تحقّق الضمان، ينتقل المال إلى ذمّه الضامن، و يبرأ المضمون عنه، و تسقط المطالبه عنه. (٢) و لصحّه الضمان عن الميّت، كما مرّ (١) في واقعه المصلّى عليه، و لا يتصوّر رضاه.

قوله: «و لو أنكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح».

أى أنكر المضمون عنه الضمان، فإنّه لا أثر له، لأنّه إذا لم يعتبر رضاه ابتداء فلا عبره بإنكاره بعده. و ربّما فسّر الإنكار بعدم رضاه بالضمان. و على التقديرين لا- عبره به. و نبيّه بالأصح على خلاف الشيخ (٢) (رحمه الله) و جماعه (٣) حيث حكموا ببطلانه بإنكاره، و هو ضعيف جدّا.

قوله: «و مع تحقّق الضمان ينتقل المال إلى ذمّه الضامن، و يبرأ المضمون عنه و تسقط المطالبه عنه».

هذا عندنا موضع وفاق. و قد تقدّمت (٤) الإشارة إليه في التعريف. و خالف فيه كافّه الجمهور [١]. و تظهر الفائده في مواضع يأتي بعضها. و معنى براءة المضمون عنه براءته من حقّ المضمون له لا- مطلق البراءه، فإنّ الضامن يرجع عليه بما أدّاه إذا ضمن بإذنه، كما سيأتي (٥). و لقد كان الحكم ببراءته مغنيا عن قوله «و تسقط المطالبه عنه» لأنّه لازم للبراءه.

ص: ١٨٢

١- ١) في ص: ١٧٩.

٢- ٢) النهايه: ٣١٤.

٣- ٣) منهم المفيد في المقنعه: ٨١٤، و ابن البرّاج نقله عنه العلامه في المختلف: ٤٢٩، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٨٠.

٤- ٤) في ص: ١٧١.

٥- ٥) في ص: ١٨٩.

و لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن، على قول مشهور لنا. (١) و يشترط فيه الملاءه، أو العلم بالإعسار. (٢) قوله: «و لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا».

هذا من فروع المسأله السابقه، فإنّ الضمان إذا كان ناقلا موجبا لبراءه المضمون عنه من حقّ المضمون له فبراءته لا تفيد شيئا، لعدم اشتغال ذمته حينئذ عندنا. نعم، لو أبرأ الضامن برئا معاً، أما الضامن فلأنّ الحقّ عليه، و أما المضمون عنه فلأنّ الضامن لا يرجع عليه إلا بما أداه، و لا أداء هنا. و عند الجمهور أنّ كلّ واحد منهما ذمته مشغوله، فإذا أبرأ المضمون عنه برئ الضامن، لسقوط الحقّ، كما لو أدى المال، و لو أبرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه، لأنّ الضامن عندهم كالوثيقه، و لا يلزم (١) من سقوطها سقوط الدّين، كفكّ الرهن.

إذا تقرّر ذلك، فقول المصنّف: «على قول مشهور لنا» يشعر بثبوت مخالف منّا، لكن لم نقف عليه. و في التذكرة (٢) ادّعى إجماع علمائنا على ذلك. و لعلّه أراد بذلك أنّه لم يتحقّق الإجماع و إن لم يجد مخالفاً، فإنّ عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الإجماع و إن كان المتفقون [عليه] (٣) مائه، كما تبّه عليه المصنّف في المعتبر (٤).

و سيأتى (٥) في آخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ - رحمه الله - في ذلك.

قوله: «و يشترط فيه الملاءه أو العلم بالإعسار».

إنّما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحّته، كما تبّه عليه بعد بقوله: «كان للمضمون له فسخه». و المراد بملاءه الضامن التي هي شرط اللزوم أن يكون مالكا لما يوفى به الدّين فاضلا عن المستثنيات في البيع للدّين، و من جملتها قوت يوم و ليله.

و إنّما تعتبر الملاءه ابتداء لا استدامه، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له

ص: ١٨٣

١ - ١) كذا في الحجريّه. و في ما لدينا من النسخ الخطيّه: (فلا). و الأولى ما أثبتناه.

٢ - ٢) التذكرة ٩٣: ٢.

٣ - ٣) من «ه» فقط.

٤ - ٤) المعتبر ٣١: ١.

٥ - ٥) راجع ص: ٢٠٩ و ٢٣٠.

أما لو ضمن، ثمَّ بان إعساره، كان للمضمون له فسخ الضمان، (١) و العود على المضمون عنه.

و الضمان المؤجّل جائز إجماعاً، و في الحال تردّد، أظهره الجواز. (٢) الفسخ، لتحقق الشرط حين الضمان، فلا يقدر تخلفه بعد ذلك، كغيره من الشروط. و كما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

قوله: «أما لو ضمن ثمَّ بان إعساره كان للمضمون له فسخ الضمان».

لَمَّا كان عقد الضمان مبنيًا على الارتفاق، و القصد منه استيفاء الدّين من الضامن، و إنّما يكون ذلك إذا أمكن الأداء منه بإيساره، فإذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن، و بين فسخ العقد و الرجوع على المضمون عنه. و هل الخيار على الفور؟ لم أف في شيء. و الأصل يقتضي امتداده إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «و الضمان المؤجّل جائز إجماعاً و في الحال تردّد أظهره الجواز».

لَمَّا كان مبني عقد الضمان على الارتفاق و تسهيل الأمر على المضمون عنه، كان الضمان المؤجّل للدّين الحالّ جائزاً، لتحقق الغرض المطلوب منه. و هو موضع وفاق.

و ليس هذا تعليقا للضمان على الأجل، بل تأجيل للدّين الحالّ في عقد لازم فيلزم.

و أمّا عكسه بأن يضمن المؤجّل، حالاً فهو مناف للعرض منه كما ذكرناه. و من ثمَّ منعه الشيخ [١] و جماعه (١) لذلك. و لأنّ ثبوت المال في ذمّه الضامن فرع ثبوته في

ص: ١٨٤

---

١-٢) منهم فخر الدين في إيضاح الفوائد ٨١: ٢-٨٢، و المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣١٠.

ذمه المضمون عنه، و الفرع لا يكون أقوى من الأصل.

و يضعف بأن المنتقل هو الدين، و أما الأجل فإذا أسقطه المديون و أدى المال حالاً جاز، فكذا إذا سأل الضمان كذلك، لأنه في معنى الإسقاط له. و لو كان الضامن متبرعا بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، إذ لا رجوع له على المضمون عنه، فيكون في معنى ما لو أدى عنه دينه المؤجل قبل الأجل، و هو جائز.

و ربما قيل بالمنع [١] مطلقاً، لأن شرط صحه الضمان وجوب الحق على المضمون عنه، و الأجل حق من حقوق الدين، و تعجيله غير واجب عليه، فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب، و هو غير صحيح.

و فيه نظر، لأن الممنوع منه الذي لم يجب هو المال لا الأجل، لأن مدلول «ما» الذي هو متعلق الضمان هو المال، لأنه المضمون، و أما الأجل فلا يتعلق به الضمان، و إن كان من توابع الحق و أوصافه، إلا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعيه، و هو حق للمديون، فإذا رضى الضامن بإسقاطه و تعجيل الإيفاء فقد ضمن ما يجب و هو المال، و رضى بإسقاط الوصف، و لا يرد أنه غير واجب الأداء بسبب الأجل، لأنه واجب في الجملة غايته أنه موسع، و ذلك لا يخرج من أصل الوجوب، خصوصاً إذا انضم إلى رضا الضامن بذلك رضا المضمون عنه. و الأقوى الجواز مطلقاً.

إذا تقرّر ذلك فنقول: الحق المضمون لا يخلو إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً.

ثم إما أن يضمه الضامن حالاً- أو مؤجلاً- و على تقدير ضمان المؤجل مؤجلاً- إما أن يكون الأجل الثانى مساوياً للأول، أو أنقص، أو أزيد. و على التقادير إما أن يكون الضمان تبرعاً أو بسؤال المضمون عنه. فالصور اثنتا عشره، و كلها جائزه على الأقوى.

إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، فإن إطلاق عبارته المصنف أن الضمان متى كان

مؤجلاً- فالإجماع منعقد على جوازه، وهو شامل لما لو كان الحق مؤجلاً مع قصور أجل الضمان و مساواته. و تعليل المانع من الحلول يقتضى المنع من هاتين الصورتين، لأنهم عللوا المنع من الحال-على ما نقله فى المختلف (١) وغيره-أن الضمان إرفاق، فالإخلال به يقتضى تسويغ المطالبة للضامن، فيتسلط على مطالبه المضمون عنه فى الحال، فتنتفى فائده الضمان. و هذا التعليل بعينه آت فى الأجل المساوى و القاصر، و يقتضى أن الضامن لو كان متبرعاً لم يضرب، لانتهاء المانع من التسلط على المضمون عنه.

و الشيخ فخر الدين (٢)-رحمه الله-منع من ضمان الحال لا لهذه العلة، بل لأنه ضمان ما لم يجب، و هو شامل للأجل القاصر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، و مخرج للمساوى.

و بالجملة: إطلاق كلام الشيخ و أتباعه يقتضى ما أفاده المصنف. و تعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين.

و أما الضمان حالاً فإن كان الدين مؤجلاً فقد اتفق المانعون على منعه نصاً و تعليلاً. و إن كان حالاً فالشيخ فخر الدين و أتباعه جوزوه لوجوب الحق، و الشيخ و أتباعه منعه لعدم الارتفاق. و المتبرع عند المعلل بوجوب الحق كغيره، و عند المعلل بالارتفاق متخلف. و قد ظهر بذلك أن محل النزاع غير محرر. و الحق أن الخلاف واقع فيما عدا المؤجل للحال، أو الزائد أجله عن أجل الأصل.

بقى فى المسألة بحث آخر، و هو أنه على القول بجواز ضمان المؤجل حالاً- أو بأجل دون الأجل الأول، لو أذن المضمون عنه للضامن فى ضمانه كذلك أو مطلقاً، فهل يحل عليه الدين، أو ينقص الأجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك، أم يبقى عليه الأجل كما كان، فلا يرجع عليه الضامن إلى حلوله و إن أدى قبله؟ أوجه:

أحدها: الرجوع عليه كما أدى فى الحالين. أما مع التصريح بالإذن حالاً فلائ

١-١) المختلف: ٤٢٩.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٨١: ٢-٨٢.

الضمان في حكم الأداء، و متى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقضاه استحق مطالبته. ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن. و أما مع الإطلاق فلتناوله التعجيل، فيكون مأذوناً فيه ضمناً، لأنه بعض ما يدل عليه اللفظ.

و ثانيها: التفصيل، فيرجع عليه حالاً مع التصريح، لا مع الإطلاق. أما الأول فلما مرّ. و أما الثاني فلأن الإطلاق إنما يقتضى الإذن في الضمان، و ذلك لا يقتضى حلول الحق على المضمون عنه، لأنه لا يحلّ عليه إلا بإسقاطه، أو اشتراطه في عقد لازم، و هو منتف. و لا دليل في الإذن المذكور على حلول الأصل بإحدى الدلالات. و لأصالة بقاء الأجل. و هذه الوجوه [١] آتية مع التصريح له في الضمان حالاً إن لم يصرّح به بالرجوع عليه حالاً أيضاً.

و ثالثها: عدم الرجوع عليه إلاّ بعد الأجل مطلقاً، لما ذكر، و لأنّ الإذن في الضمان و إن كان حالاً إنما يقتضى حلول ما في ذمّه الضامن، و لا يدلّ على حلول ما في ذمّه المضمون عنه بإحدى الدلالات. و هذا هو الأقوى.

و اعلم أنّ العلامة قطع في المختلف (١) بالأخير، و لم يذكر غيره. و في القواعد (٢) استشكل في الحلول بالسؤال، فقطع ولده (٣) بأنّ الإشكال إنما هو مع الإطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالاً، فإنه يقتضى الحلول على المضمون عنه. و قطع المحقق الشيخ (٤) على بضده، و هو أنّ الإشكال إنما هو مع التصريح بالحلول، أما مع الإطلاق فلا إشكال في عدم الحلول. و هو موافق لما في التذكرة (٥)، فإنه قطع بعدم الحلول مع الإطلاق، و استشكل مع تصريحه بالتعجيل، ثمّ استقرب عدم الحلول.

ص: ١٨٧

١- (٢) المختلف: ٤٣٢.

٢- (٣) القواعد ١٧٧: ١.

٣- (٤) إيضاح الفوائد ٨٢: ٢.

٤- (٥) جامع المقاصد ٣١١: ٥.

٥- (٦) التذكرة ٨٦: ٢.



و لو كان المال حالاً فضمنه مؤجلاً جاز و سقطت مطالبه المضمون عنه، و لم يطالب الضامن إلا بعد الأجل. (١) و لو مات الضامن، حلّ و أخذ من تركته. (٢) و الحقّ أنّ الإشكال واقع على التقديرين، كما بيّناه.

قوله: «و لو كان المال حالاً-إلى قوله-إلا بعد الأجل».

هذا هو الموضوع المتفق على جوازه، و أعاده ليطبه على حكم المطالبه.

و حاصله (١): أنّ المضمون عنه لا- يطالب قبل الأجل مطلقاً، أمّا من المضمون له فلانتقال دينه عنه إلى ذمّه الضامن، و أمّا من الضامن فلأنّه ليس له المطالبه إلى أن يؤدّى و إن كان حالاً فهنا أولى. و أمّا الضامن فلا- يستحقّ عليه المطالبه قبل الأجل أيضاً، عملاً بمقتضى الشرط.

و هذه المسألة من فروع القول بانتقال الحقّ إلى ذمّه الضامن و براءة المضمون عنه. و القائل بالانضمام جوّز هنا مطالبه المضمون عنه حالاً، لبقائه على أصله، و لم يجوّز مطالبه الضامن إلا بعد الأجل.

قوله: «و لو مات الضامن حلّ و أخذ من تركته».

لما كان الميت يحلّ ما عليه من الديون المؤجله بموته كان هذا من جمله أفرادها.

فإذا ضمن الحالّ مؤجلاً ثمّ مات قبل الأجل حلّ ما عليه من مال الضامن و أخذ من تركته، و جاز حينئذ للورثه مطالبه المضمون عنه، لأنّ الدّين عليه حالّ، لعدم حصول ما يقتضى تأجيله عليه، لأنّ المؤجل هو الدّين الذى فى ذمّه الضامن، لا الذى فى ذمّته، إلا أنّ الضامن لما لم يستحقّ الرجوع إلا بالأداء، و كان موته مقتضياً لحلول دينه، فإذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبه المضمون عنه. و مثله ما لو دفع الضامن إلى المضمون له الحقّ قبل الأجل باختياره، فإنّ له مطالبه المضمون عنه، لما ذكر.

و هذا بخلاف ما لو كان الدّين مؤجلاً على المضمون عنه، فضمنه الضامن

ص: ١٨٨

---

١-١) كذا فى نسخه بدل «ه». و فى غيرها: (و حاصلها).

و لو كان الدّين مؤجّلاً إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز. (١) و يرجع الضامن على المضمون عنه، بما أدّاه إن ضمن بإذنه، و لو أدّى بغير إذنه. و لا- يرجع إذا ضمن بغير إذنه، و لو أدّى بإذنه. (٢) كذلك، فإنّه بحلوله عليه بموته لا يحلّ على المضمون عنه، لأنّ الحلول عليه لا- يستدعى الحلول على الآخر، كما لا يحلّ عليه المؤجّل لو ضمنه الضامن حالاً بإذنه، على ما سبق.

قوله: «و لو كان الدّين مؤجّلاً- إلى قوله- جاز».

هذا من جملة فروع المسألة السابقة الإجماعية، لأنّ الأجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. و الكلام فيه لو أدّى قبل الأجل أو مات كما مرّ.

و تحريره: أنّه إن أدّى قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبته إلّا بعده، و إن أدّى بعد حلوله عليه و قبل حلول أجل نفسه فله مطالبته، لأنّه قد صار على الأصل حالاً، و الضامن قد أدّى، و أسقط حقّ نفسه من الأجل الزائد. و كذا القول لو مات فأدّى وارثه.

قوله: «و يرجع الضامن على المضمون عنه- إلى قوله- و لو أدّى بإذنه».

أحكام رجوع الضامن و عدمه بالنسبة إلى كون الضمان و الأداء معا بإذن المديون، أو أحدهما، أو عدمهما، أربعة. أشار المصنّف إليها (١)، اثنين بالمنطوق، و اثنين بالمفهوم، لاقتضاء «لو» الوصليّ ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق أولى.

و حكم الأربعة كما ذكر، عند علمائنا أجمع. و إنّما تبّه بها على خلاف بعض العامّة (٢) في بعض أقسامها، بناء على ما سبق (٣) من أنّه غير ناقل، فلاذن المديون أثر على بعض الوجوه.

ص: ١٨٩

١- ١) في «و» أشار المصنّف إلى اثنين.

٢- ٢) المجموع ٣٨٩: ١٠- ٣٩٠.

٣- ٣) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

و ينعقد الضمان بكتابه الضامن، منضمه إلى القرينه الداله، لا مجرده. (١)

## الثاني: في الحق المضمون

الثاني: في الحق المضمون.

و هو كل مال ثابت في الذمه، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدّة الخيار بعد قبض الثمن. و لو كان قبله لم يصحّ ضمانه عن البائع (٢).

قوله: «و ينعقد الضمان بكتابه الضامن منضمه إلى القرينه الداله، لا مجرده».

إنّما ينعقد بالكتابة مع تعدّر النطق لا مطلقاً، كما صرح به غيره (١). و لا بدّ مع ذلك من انضمام ما يدلّ على قصده، من إشاره و نحوها، لإمكان كونه عابثاً. و لا فرق في ذلك بين الضامن و المضمون له، بناء على اعتبار قبوله لفظاً. و إنّما خصّ المصنّف الضامن لعدم اعتباره القبول اللفظي في الآخر، كما سبق (٢). و لو عجز عن النطق و الكتابه و أشار بما يدلّ عليه صحّ أيضاً كالأخرس. و الظاهر الاكتفاء بها و إن قدر على الكتابه، لأنّ المعبر تبيين رضاه بالقرائن، و الكتابه منها.

قوله: «و هو كل مال ثابت في الذمه - إلى قوله - لم يصحّ ضمانه عن البائع».

قد تقدّم أنّ عقد البيع يفيد تمامك البائع للثمن و المشتري للمبيع و إن كان هناك خيار، فالبيع موجب للملك و إن لم يكن مستقراً، فيصحّ ضمان الثمن للبائع عن المشتري و للمشتري عن البائع إذا قبضه، لجواز ظهور المبيع مستحقاً، و هو المعبر عنه بضمان العهده. فقول المصنّف: «كالثمن في مدّة الخيار بعد قبض الثمن» مراده أنّه يصحّ ضمان الثمن في مدّة الخيار بعد قبضه.

و هذا الضمان قد يكون للبائع القابض له، بأن يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقاً على وجه لا يستلزم بطلان البيع، كما لو كان غير معيّن في العقد، أو

ص: ١٩٠

(١-١) القواعد ١: ١٧٧، جامع المقاصد ٥: ٣٠٩.

(٢-٢) في ص: ١٧٩.

على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بأرشه. وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقاً ليرجع به.

و على التقديرين فالضمان إنّما هو لعهدته، لا- له نفسه. فقوله: «كالثمن» تشبيه للحقّ الثابت المترزّل، لا للمضمون، إذ المضمون عهدته لا- هو نفسه. و الفرق يظهر في اللفظ و المعنى. أمّا اللفظ، فالعبارة عن ضمان الثمن: ضمنت لك الثمن الذى فى ذمه زيد مثلاً، و نحوه. و ضمان العهد: ضمنت لك عهدته أو دركه، و نحو ذلك. و أمّا المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمه الضامن و براءة المضمون عنه منه، و ضمان العهده ليس كذلك، إنّما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات.

و قوله: «و لو كان قبله لم يصحّ ضمانه عن البائع» أى لا يصحّ ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له، على تقدير ظهور المبيع مستحقاً و قد قبض البائع الثمن، فإنّه ضمان ما لم يجب، لأنّه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته، فيكون كما لو ضمن ما يستدينه و نحوه، و هو أيضا ضمان عهدته.

و احترز بقوله: «عن البائع» عن ضمانه عن المشتري للبائع، فإنّه جائز، سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل إلى ذمه الضامن، كما لو لم يكن معينا فى العقد، أم لعهدته، كأن يضمن للبائع عن المشتري عهدته الثمن لو ظهر مستحقاً. و هذا إنّما يتمّ إذا كان الثمن غير معيّن، إذ لا- يبطل البيع باستحقاقه، بل يرجع إلى ثمن آخر. و أمّا إذا كان معينا فظهر مستحقاً فإنّه يبطل البيع، و لا معنى حينئذ لضمان عهدته للبائع، إنّما يحتاج البائع إلى ضمان عهدته المبيع. نعم، لو كان الضمان حينئذ لتجوز كونه معيباً صحّ على التقديرين.

و قد ظهر لك أنّ المراد فى العبارة ب«ضمان الثمن» ضمان عهدته فى أكثر الصور. و ربّما أراد ضمانه نفسه فى بعض مفهوماتها، فوَقعت مجمله تحتاج إلى التفصيل. و سيأتى (١) فائده ضمان العهده.

ص: ١٩١

و كذا ما ليس بلازم، لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، و كمال السبق و الرمايه، على تردّد. (١) قوله: «و كذا ما ليس بلازم- إلى قوله- على تردّد».

المشبه به المشار إليه ب«ذا» يمكن كونه الحكم بالصحة في السابق، و هو ضمان الثمن في مده الخيار، لمناسبه مال الجعالة و السابق له في التزلزل، و كون مائلهما إلى اللزوم، و لأن المقصود بالذات في السابق هو ذلك. و أمّا قوله: «و لو كان قبله لم يصح» فإنه كالتّمه و الرديف للسابق. و يمكن كونه هو هذا القريب، و هو عدم الصحة، لقربه. و كلاهما جائز، للخلاف في المسألتين المشبهتين. و كذا قوله «على تردّد».

و يمكن تعلّقه بالمسألتين معاً، و بالأخيره و هي حكم مال السبق و الرمايه. و الأوّل فيهما أوضح.

و تلخيص الحكم: أنّ عقد الجعالة من العقود الجائزه، يصح لكل من الجاعل و العامل فسخه قبل العمل و بعده. و من أحكامه: أنّ العامل لا يستحقّ المال المجهول إلاّ- بتمام العمل، فلو بقي منه شيء و إن قلّ فليس له شيء، بخلاف الإجاره، حيث إنّ أجرها موزعه على العمل بالنسبه. ف ضمان ماله إن كان بعد تمام العمل فلا ريب في صحته، للزومه حينئذ للجاعل. و إن كان قبله فقد أطلق المصنّف الحكم بالصحة على الأوّل، و البطلان على الثاني.

و وجه الصحة أنّه و إن كان عقداً جائزاً، و المال فيه ليس بلازم حينئذ، إلاّ أنّه يؤول إلى اللزوم بتمام العمل، و قد وجد سبب اللزوم و هو العقد، فيكون كالثمن في مده الخيار.

و فيه نظر، لمنع وجود السبب، فإنّه العقد و العمل معاً، لا العقد وحده، و إنّما العقد جزء السبب، و لم يحصل به ثبوت و لا لزوم، فإن ما بقي من العمل أو مجموعته على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحقّ بسببه شيء، و ما مضى منه كذلك، لأنّه لو ترك الباقي لم يستحقّ شيئاً، فيكون الباقي بمنزله الشرط في استحقاق الجميع.

و الفرق بينه و بين الثمن في مده الخيار واضح، لأنّ الثمن حينئذ ثابت في ذمه المشتري، مملوك للبائع، غايه ما في الباب أنّه مترلزل، و مثاله- لو أبقى على حاله من

و هل يصح ضمان مال الكتابه، قيل: لا، لأنه ليس بلازم، و لا- يؤول إلى اللزوم، و لو قيل بالجواز كان حسنا، لتحققه في ذمه العبد، كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابه. (١) غير فعل أصلا- إلى اللزوم، بخلاف مال الجعالة، فإنه لا ثبوت له أصلا إلى أن يكمل الفعل. فالمتجه عدم الجواز.

نعم، في قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (١) دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنه ضمنه قبله. و قد استدلل الفقهاء بهذه الآية على مسائل من الجعالة و الضمان، فليكن هذا منها، إلا أن للبحث في ذلك مجالا.

و في التذكرة قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لأنه ضمان ما لم يجب، و استقرب الجواز لو كان بعد الشروع (٢).

و أمّا مال السبق و الرمايه فلا شبهه في جواز ضمانه بعد العمل، كما مرّ. و أمّا قبله فيبني على أنه هل هو جعالة أو إجاره؟ و فيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

و الأقوى أنه عقد لازم كيف كان، فيلزم المال فيه بالعقد، و يصح ضمانه. و قول المصنّف: «و كمال السبق و الرمايه» أراد به قبل كمال العمل، لأنه من أمثله ما يؤول إلى اللزوم.

و قد ظهر أن التردد يجوز كونه في الأمرين معا، و أن عطفهما على الحكم بالصحة أولى، نظرا إلى قوله: «لكن يؤول إلى اللزوم» فإن فيه إيحاء إلى وجه الصحة.

قوله: «و هل يصح ضمان مال الكتابه- إلى قوله- غير مال الكتابه».

القول بعدم الصحة للشيخ (٣) (رحمه الله) بناء على أن الكتابه المشروطه غير لازمه من قبل العبد، فلا يكون لازما لذمته، و لا يؤول إلى اللزوم، لأنه لو عجز نفسه رجع رقا و بطلت الكتابه، و الضامن فرع المضمون عنه.

ص: ١٩٣

١-١ (١) سورة يوسف: ٧٢.

٢-٢ (٢) التذكرة ٩٠: ٢.

٣-٣ (٣) المبسوط ٣٣٦: ٢.

و يصح ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزوجه، لاستقرارها في ذمه الزوج دون المستقبله. (١) و الأصح أنها لازمه مطلقا، فيصح ضمان مالها. و لو تنزلنا إلى الجواز فالصحة متجهه أيضا، لأن المال ثابت في ذمه المكاتب بالعقد، غايته أنه غير مستقر، كالثمن في مده الخيار.

فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعق، لأنه في حكم الأداء، بناء على أنه ناقل، و امتنع التعجيز، كما لو أدى المال بنفسه. و بهذا يحصل الفرق بينه و بين الثمن في زمن الخيار، فإن أداء الثمن لا يمنع الخيار، و غايه الضمان أنه قبض، فلا يمنع بطريق أولى. و من هنا أشكال [١] الجواز على تقدير الجواز، لأنه يؤدي إلى اللزوم قهرا على المكاتب، بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحه الضمان، فينافي الغرض من بناء الكتابه على الجواز من طرف المكاتب.

و اعلم أن موضع الخلاف الكتابه المشروطه كما بيناه، إذ لا خلاف في لزوم المطلقه، بإطلاقها من المصنّف غير جيّد.

قوله: «و يصح ضمان النفقه - إلى قوله - دون المستقبله».

لما كانت النفقه الزوجه تستقرّ في الذمه بفواتها، لأنها عوض عن التمكين، و تجب في كلّ يوم حاضر بطلوع فجره، صح ضمانها في الحالين، بخلاف المستقبله، كنفقه الشهر المستقبل، فإنها غير واجبه، لا شرطه بالتمكين، و هو ليس بحاصل في زمن لم يقع بعد، فلا يصح ضمانها.

و قوله: «لاستقرارها في ذمه الزوج» يتم في الماضيه قطعاً. و أمّا الحاضره فلا إشكال في وجوبها، و ثبوتها في ذمه الزوج، يتم في الماضيه قطعاً. و أمّا الحاضره فلا إشكال في وجوبها، و ثبوتها في الذمه مع التمكين، أمّا استقرارها ففيه نظر مبني على أنها لو نشرت في أثناء النهار هل يسترّد نفقه ذلك اليوم أم لا؟ و فيه خلاف يأتي - إن شاء الله - الكلام فيه. أمّا لو ماتت أو طلقها استقرّت.

و احترز بنفقه الزوجه عن نفقه الأقارب، فإن الفأئ منها لا يثبت في الذمه،

و فى ضمان الأعيان المضمونه، كالغصب، و المقبوله بالبيع الفاسد، تردّد. و الأشبه الجواز. (١) و لو ضمن ما هو أمانه، كالمضاربه و الوديعه، لم يصحّ، لأنّها ليست مضمونه فى الأصل. (٢) فلا- يصحّ ضمانه. و الفرق بينها و بين نفقه الزوجه أنّ الغرض منها البرّ و الصلّه و المواساه، فتفوت بفوات الوقت، بخلاف نفقه الزوجه، فإنّها معاوضه، فسييلها سبيل الدّين. و ضمان المستقبل منها أولى بعدم الصّحّه. أمّا الحاضره فالأقوى صحّه ضمانها، لوجوبها بطلوع الفجر، كالزوجه، و إن عرض لها بعد ذلك الزوال، لو تركت التمكين.

قوله: «و فى ضمان الأعيان المضمونه- إلى قوله- و الأشبه الجواز».

ضمان هذه الأعيان إمّا أن يكون على معنى تكليف الضامن بردّ أعيانها إلى مالكها، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب و المستام و نحوهما، أو الأعمّ منهما. و فى صحّه الكلّ تردّد، منشؤه وجود سبب الضمان للعين و القيمه، و هو القبض المخصوص، فيصحّ. أمّا الأوّل فلأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، و أمّا الثانى فلتبوت القيمه فى ذمّه الغاصب و نحوه لو تلفت. و من أنّ الثابت فى الأوّل هو وجوب الردّ، و هو ليس بمال، و الثانى ليس بواقع، فهو ضمان ما لم يجب و إن وجد سببه، لأنّ القيمه لا تجب إلّا بالتلف، و لم يحصل. و الأقوى عدم الجواز.

و فى ضمان القسم الأوّل فساد من وجه آخر، و هو أنّ من خواصّ الضمان- كما قد عرفت- انتقال الحقّ إلى ذمّه الضامن و براه المضمون عنه، و هنا ليس كذلك، لأنّ الغاصب مخاطب بالردّ و مكلف به إجماعاً، و إنّما يفيد هذا الضمان ضمّ ذمّه إلى ذمّه، و ليس من أصولنا.

قوله: «و لو ضمن ما هو أمانه- إلى قوله- فى الأصل».

أشار بالتعليل إلى الفرق بينها و بين ما سبق، حيث جوّز ضمانه على تقدير تلفه، مع أنّه ليس بواقع. و وجه الفرق: أنّ سبب الضمان حاصل فى تلك باليد العاديه، بخلاف هذه، لأنّها ليست مضمونه، و إن فرض ضمانه لها على تقدير



و لو ضمن ضامن، ثمّ ضمن عنه آخر، هكذا إلى عدّه ضمناً، كان جائزاً. (١) التعدي، لأنّ السبب الآن ليس بواقع.

نعم، لو كان قد تعدّى فيها فحكمها حكم السابقه، بل هي من جمله أفرادها، لأنّ البحث فيها عن ضمان الأعيان المضمونه أعمّ من كونها مضمونه بالأصل و العارض.

نعم، في قول المصنّف: «ليست مضمونه في الأصل» إشعار بعدم دخول التعدي في السابق، لأنّه ليس بمضمون في الأصل، لكنّه لا يخلو من تجوّز. ويمكن أن يريد بالأصل ما يعمّ حاله الضمان، بمعنى أنّ ما ليس مضموناً في أصل عقد الضمان، أي في وقته، لا يصحّ ضمانه. ولا بد من التكلّف.

قوله: «و لو ضمن ضامن - إلى قوله - كان جائزاً».

لا شبهه في جواز ترامي الضمان متعدداً ما أمكن، لتحقق الشرط، و هو ثبوت المال في ذمّه المضمون، و هو هنا كذلك. و يبقى حكم رجوع كلّ ضامن بما أدّاه على مضمونه، لا - على الأصيل، إذا ضمن بإذنه إلى آخر ما يعتبر، ثمّ يرجع الضامن الأوّل على الأصيل بالشرط، و هكذا. و لا - عبره بإذن الأصيل للثاني و ما بعده في الضمان، فلا يرجع عليه به، إذ لا حقّ عليه، إلاّ أن يقول له: اضمن عنه و لك الرجوع علىّ.

و هذه المسألة من فروع القول بالانتقال أو الضمّ. و يتفرّع على القولين فروع جليله.

و كما يصحّ ترامي الضمان يصحّ دوره، بأن يضمن الأصيل ضامنه، أو ضامن ضامنه و إن تعدّد، لعدم المانع، فيسقط بذلك الضمان و يرجع الحقّ كما كان. نعم، يترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصيل - الذي صار ضامناً - معسراً، و نحو ذلك، فإنّ له الفسخ و الرجوع إلى الضامن السابق. و قد يختلفان بأن يضمن الحالّ مؤجّلاً، و بالعكس.

و خالف في ذلك الشيخ (١) «رحمه الله» محتجاً باستلزامه صيروره الفرع أصلاً و الأصل فرعاً، و بعدم الفائدة. و ضعفه ظاهر، فإنّ الاختلاف في الأصليه و الفرعيه لا يصلح للمانعيه. و الفائدة موجوده، كما ذكرناه.

ص: ١٩٤

و لا يشترط العلم بكميّه المال، فلو ضمن ما فى ذمته صحّ، على الأشبه (١) و يلزمه ما تقوم البيّنه به أنّه كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد فى كتاب، و لا يقَرّ به (١) المضمون عنه، و لا ما يحلف عليه المضمون له برّد اليمين. (٢) قوله: «و لا يشترط العلم- إلى قوله- على الأشبه».

للأصحاب فى ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه بعد ذلك قولان، أشهرهما الجواز، للأصل، و لإطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «الزعيم غارم» (٢) و لظاهر قوله تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (٣) مع اختلاف كميّه الحمل، و لأنّ الضمان عقد لا ينافيه الغرر، لأنّه ليس معاوضه، لجوازه من المتبرّع، و ضمان العهد. و القول الآخر المنع، لأنّه إثبات مال فى الذمّه لآدمى، فلا يصحّ فى المجهول، كالبيع. و ينتقض بالإقرار.

و موضع الخلاف فى صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدّين الذى عليه، أو ثمن ما باع من فلان. و إليه أشار المصنّف بقوله: «فلو ضمن ما فى ذمته صحّ». أمّا لو لم يمكن الاستعلام لم يصحّ الضمان قولاً واحداً، كما لو قال:

ضمنت لك شيئاً ممّا لك على فلان، لصدق الشىء على القليل و الكثير. و احتمال لزوم أقلّ ما يتناوله الشىء كالإقرار يندفع بأنّه ليس هو المضمون، و إن كان بعض أفراده.

قوله: «و يلزمه ما تقوم به البيّنه- إلى قوله- برّد اليمين».

هذا تفريع على صحه ضمان المجهول، فإنه حينئذ يلزمه ما يثبت بالبيّنه أنه

ص: ١٩٧

١- ١) كذا فى الشرائع المطبوع حديثاً و فى الحجرية، و أمّا فى نسخ المسالك ففى «ه» و «س» و «م» و «ن» و «لا ما يقَرّ به» و عليه بيتنى الشرح أيضاً. و فى الجواهر المطبوع حديثاً (و لا ما يقَرّ به) إلا أنّ محقق الكتاب أخرج «ما» من المتن و جعله من الشرح. و هو بعيد لاختلاف المعنى جدّاً على الفرضين فلا يكون شرحاً لعباره الكتاب. و الله العالم.

٢- ٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٣٥ ب (١) من أبواب الضمان ح ٢، سنن الترمذى ٣: ٥٦٥ ح ١٦٥، مسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣.

٣- ٣) سورة يوسف: ٧٢.

هذا تفريع على صحه ضمان المجهول، فإنه حيثئذ يلزمه ما يثبت بالبينه أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا- ما يتجدده، لأنه لم يتعلق به الضمان، ولا ما يوجد في كتاب و دفتر، لعدم ثبوته في ذمته، وإنما يلزم الثابت، ولا ما يقرب به المضمون عنه، لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه، لا على غيره، ولا ما يحلف عليه و المضمون له برّد اليمين من المضمون عنه، لأن الخصومه حيثئذ مع الضامن و المضمون عنه، فلا- يلزمه ما يثبت بمنازعه غيره، كما لا يثبت ما يقرب به. نعم، لو كان الحلف برّد الضامن ثبت عليه ما حلف عليه. و إطلاق المصنّف عدم الثبوت بما يحلف عليه برّد اليمين منزّل على الأول.

و هذا محصل الحكم. و في المسأله أقوال أخرى:

منها: لزوم ما أقر به الغريم أيضاً. ذهب إليه أبو الصلاح (١)، و ابن زهره (٢).

و منها: لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد. و هو قول المفيد (٣).

و منها: تقييده برضا الضامن. و هو قول الشيخ (٤). و يمكن ردّه إلى الأول بحمل الرضا على الردّ، و إن كان أعمّ منه.

و في المختلف بنى ذلك على أنّ يمين المدّعى هل هي كالبينه أو كإقرار المنكر؟ فيثبت على الضامن ما حلف عليه عن الأول، دون الثاني، إلا أن يرضى الضامن بها (٥).

و ردّ بأنّ كونها كالبينه إنما هو في حق رادّ اليمين، كما أنّها إذا كانت كإقرار تكون كإقراره، فلا يلزم الضامن على التقديرين إذا لم يردّ أيضاً، و قد مضى ما في

ص: ١٩٨

١-١ (١) الكافي: ٣٤٠.

٢-٢ (٢) الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٣٣، و في «٥» و «ن» ابن حمزه. و لم نجد ذلك في الوسيله.

٣-٣ (٣) المقنعه: ٨١٥.

٤-٤ (٤) النهايه: ٣١٥-٣١٦.

٥-٥ (٥) المختلف: ٤٣٠.

أما لو ضمن ما يشهد به عليه، لم يصحّ، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّه وقت الضمان. (١) الرضا (١).

و يمكن دفعه بأنّ البينه لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن، لأنّ الحقّ يثبت بها مطلقا، بخلاف الإقرار، فإنّه لا يثبت إلاّ على المقرّ، فالبناء عليها متجه.

قوله: «أما لو ضمن ما يشهد-إلى قوله-وقت الضمان».

قد علم أنّ شرط صحّه الضمان تعلّقه بالدين الثابت في الذمّه وقت الضمان، على ما فيه من الخلاف. فلو ضمن ما يتجدّد في ذمّته لم يصحّ، لأنّه ضمان ما لم يجب.

و حينئذ فضمانه لما يشهد به عليه يشمل ما كان ثابتا في ذمّته وقت الضمان و ما يتجدّد، فلا يصحّ، إذ لا يدلّ على ضمان المتقدم، لأنّ العامّ لا يدلّ على الخاصّ. فعلى هذا لو صرّح بقوله: ما يشهد عليه أنّه كان ثابتا في ذمّته وقت الضمان، فلا مانع من الصحّه، كما لو ضمن ما في ذمّته. و لزمه ما تقوم به البينه أنّه كان ثابتا.

و حينئذ فتعليله بقوله: «لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّه وقت الضمان» لا يخلو من قصور، لأنّه يقتضى أنّه لو ضمن بهذه الصورة و ثبت كون المشهود به كان في الذمّه وقت الضمان صحّ، و الحال أنّ مثل ذلك لا يصحّ، لعدم وقوع صيغه الضمان موقعها، كما عرفت. و التعليل منزّل على ذلك، لأنّ المضمون لما كان للأعمّ من الثابت وقت الضمان و عدمه لم يدلّ على أحد الأمرين بخصوصه، فلا يعلم ثبوته في الذمّه وقت الضمان، أى لم يعلم إرادته الثابت من الصيغه. هكذا علّل في القواعد (٢) و المختلف (٣) و غيرهما.

و تبّه بالمنع من هذه الصيغه على خلاف الشيخ-رحمه الله-حيث ذكر في المبسوط (٤) ما يدلّ على جواز ذلك. و يمكن أن لا يكون حكاية لقول آخر، بل يريد

ص: ١٩٩

١-١) جامع المقاصد ٣٢٧:٥.

٢-٢) قواعد الأحكام ١٧٨:١.

٣-٣) المختلف: ٤٣٠.

٤-٤) المبسوط ٣٣٥:٢.

الثالث: في اللواحق. و هي مسائل:

**الأولى: إذا ضمن عهده الثمن، لزمه دركه**

الأولى: إذا ضمن عهده الثمن، لزمه دركه، في كل موضع يثبت بطلان البيع من رأس. (١) به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما تقوم به البيئه أنه كان ثابتا وقت الضمان في ذمه المديون.

قوله: «إذا ضمن -إلى قوله- من رأس».

لا فرق بين ضمان العهده و غيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمه المضمون عنه وقت الضمان. فإذا ضمن عهده الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع اعتبر كونه ثابتا في ذمته و لو في نفس الأمر، و ذلك على تقدير فساد البيع، ليكون حال الضمان مضمونا عليه، لقبضه له بغير استحقاق، و رده على المشتري حق ثابت، فيصح ضمانه، و ذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا لغيره، و لم يجز المالك البيع، أو أجازته و لم يرض بقبض البائع الثمن.

و مثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده، كتخلف شرط فيه، أو اقتران شرط فاسد به، فإن ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك، لما تقدم من العله.

و في الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونه على تقدير كونه موجودا حاله الضمان، و قد تقدم (١) ما في ضمان الأعيان. و المصنف هنا إما رتب الحكم على مذهبه هناك، أو أنّ هذا الفرد خارج من البين لمكان الضروره، فإن ظاهرهم الإطباق على جوازه.

و اعلم أنّ العهده في الأصل اسم للوثيقه، أو للكتاب الذي يكتب فيه وثيقه البيع، و يذكر فيه مقدار الثمن و أحواله من وصف و حلول و تأجيل، ثمّ نقل إلى نفس الثمن و غلب فيه. كذا في التحرير (٢) و غيره.

و في التذكرة: «سمى ضمان العهده للالتزام الضامن ما في عهده البائع رده. أو

١- ١) في ص: ١٩٥.

٢- ٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

أمّا لو تجددّ الفسخ بالتقاييل، أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن و رجع على البائع. (١) لما ذكره في الصحاح فقال: يقال: في الأمر عهده بالضمّ أى لم يحكم بعد، و فى عقله عهده أى ضعف (١). فكأنّ الضامن ضمن ضعف العقد، و التزم ما يحتاج إليه فيه من غرم. أو أنّ الضامن التزم رجعه المشتري عليه عند الحاجة. و يسمّى أيضا ضمان الدرك. قال فى الصحاح: الدرك: التبعة (٢). و قيل: سمّى ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عند إدراك المستحقّ عين ماله» (٣).

قوله: «أمّا لو تجددّ الفسخ- إلى قوله- و رجع على البائع».

لما كان شرط الضمان اشتغال الذمّة بالمضمون على أحد الوجوه السابقه، كان المعتبر فى ضمان العهده وجود الضمان للعين حالته، فلا عبره بالمتجدد بعد ذلك، كالفسخ بالتقاييل، و تلف المبيع قبل القبض، و الفسخ بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و نحوها، فإنّه حاله الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن مضمونا، فضمّانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب، فلا يدخل فى مطلق ضمان العهده، و لا يصحّ على تقدير التصريح به. و المراد من العبارة الأوّل.

و اعلم أنّه فى التذكرة (٤) بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أنّ التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله؟ فعلى الأوّل لا يتناول الضمان، و على الثانى يتناوله، فيطالب الضامن.

و فيه نظر، لأننا و إن حكمنا بكونه مبطلا من أصله، لكن هذا حكم لاحق للضمان، فإنّ المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا و فى نفس الأمر، فلا- يتناول الضمان الثمن، لأنّه لم يكن لازما للبائع مطلقا، و إنّما التلف الطارئ كان سببا فى حكم الله تعالى بعود الملك إلى صاحبه من أصله.

ص: ٢٠١

١-١) الصحاح ٥١٥:٢.

٢-٢) الصحاح ١٥٨٢:٤.

٣-٣) التذكرة ٩١:٢.

٤-٤) التذكرة ٩٢:٢.

و كذا لو فسخ المشتري بعيب سابق.(١) أمّا لو طالب بالأرش، رجع على الضامن، لأنّ استحقاقه ثابت عند العقد. و فيه تردّد.(٢) قوله: «و كذا لو فسخ المشتري بعيب سابق».

أى لا يدخل ذلك فى ضمان العهده. فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب، بل يطالب البائع، لأنّ فسخ العيب إنّما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حاله الضمان مضمونا كالسابق حتى لو صرّح بضمانه فسد، لأنّه ضمان ما لم يجب.

و ربّما قيل بدخول هذا الفرد فى الإطلاق و صحّحه ضمانه، لتقدّم سبب الفسخ و هو العيب الموجود حال البيع، و دعاء الحاجه إليه. و هذا على تقدير صحّته يجب تقييده بعيب سابق، و إلاّ فقد يصحّ الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو فى الثلاثه كما سبق. و هذا لا يكون موجودا حاله الضمان الواقع عند البيع، فيكون كالمتجدّد من الأسباب لا يصحّ ضمانه قولا واحدا. و الأصحّ عدم دخوله فى الضمان مطلقا كما اختاره المصنّف رحمه الله.

قوله: «أمّا لو طالب بالأرش - إلى قوله - و فيه تردّد».

أشار بالتعليل إلى الفرق بين الأرش و الثمن، حيث يدخل الأرش فى ضمان العهده دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب، فإنّ الثمن إنّما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدّم، أمّا الأرش فإنّه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، فيندرج فى ضمان العهده، لكنّه مجهول القدر حينئذ، فينبغى بناؤه على صحّحه ضمان المجهول الذى يمكن استعلامه، إلاّ أن يختصّ ضمان العهده بحكم زائد، كما خرج من حكم ضمان الأعيان المضمونه.

و مثله ما لو ظهر نقصان الصنجه التى وزن بها الثمن أو المثل، حيث يضمن عهده أو يصرّح بدخوله، لوجود ذلك حاله الضمان فى نفس الأمر.

و منشأ التردّد فى الأرش ممّا ذكره، و من أنّ الاستحقاق له إنّما حصل بعد العلم بالعيب و اختيار أخذ الأرش، و الموجود حاله العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين

## الثانية: إذا خرج المبيع مستحقاً، رجع على الضامن

الثانية: إذا خرج المبيع مستحقاً، رجع على الضامن. أمّا لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، و كان في الباقي بالخيار، فإن فسخ رجع على البائع بما قابله خاصّه. (١) الأرش، بل التخيير بينه و بين الرّد، فلم يتعيّن الأرش إلاّ باختياره.

و لو قيل: إنّه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخيّر حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره، لزم مثله في الثمن، لأنّه قسيمه في ذلك.

و الحقّ: ثبوت الفرق بينهما، فإنّ الثمن ما وجب إلاّ-بالفسخ، و أمّا الأرش فإنّه كان واجبا بالأصل، لأنّه عوض جزء فائت من مال المعاوضه. و يكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء، و إنّما ينتقل إلى الثمن بارتفاع آخر، حيث لم يسلم له المبيع تاماً.

و محصّل الإشكال يرجع إلى أنّ الأرش هل هو ثابت بالعقد، و إنّما يزول بالفسخ و الرجوع إلى الثمن، أو أنّ سببه و إن كان حاصلًا لا- يثبت إلاّ- باختياره؟ و تظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب، أو علم و لم يطالب، فهل تبقى ذمّه من انتقل عنه المعيب مشغوله له بالأرش أم لا؟ و قد تقدّم (١) في باب السلم لهذه المسألة مزيد بحث.

قوله: «أمّا لو خرج بعضه رجع- إلى قوله- على البائع بما قابله خاصّه».

إذا ظهر بعض المبيع مستحقاً فذلك البعض كان ثمنه ثابتاً في ذمّه البائع حاله الضمان، فصحّ ضمانه، فيطالب الضامن بحصّته من الثمن إن لم يجز مالكة. ثمّ إنّ فسخ المشتري في الباقي- لتبعض الصفقه- طالب بثمنه البائع، لعدم تناول الضمان له. و خالف في ذلك الشيخ (٢) (رحمه الله) فجوّز الرجوع على الضامن بالجميع،

ص: ٢٠٣

١- (١) في ج ٤٢٧: ٣.

٢- (٢) المبسوط ٣٢٨: ٢.



## الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس

الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس، لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب. (١) وقيل: كذا لو ضمنه البائع.

و الوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد. (٢) لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب. ونحن لما أبطلنا الحكم في العيب فهنا أولى. نعم، من قال به فعليه بيان الفرق بين الأمرين، فإن تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققاً وقت البيع. والعلامة (١) رده بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه. وفيه نظر.

قوله: «إذا ضمن ضامن للمشتري - إلى قوله - ما لم يجب».

المراد أنه ضمن للمشتري ضامن عن البائع درك ما يحدثه في الأرض التي اشتراها من بناء أو غرس، لو ظهرت الأرض مستحقة و قلع المالك بناءه و غرسه.

و المراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً و مقلوعاً، فإن هذا الضمان لا يصح، فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق و قلع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البائع، إنما استحقه بعد القلع، ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان، و هو كون الأرض مستحقة للغير، فينبغي جريان الاحتمال السابق فيها، و من ثم ذهب بعض العامة (٢) إلى جواز الضمان هنا بناء على أصله السابق.

قوله: «وقيل: كذا لو ضمنه البائع. و الوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد».

إذا قلع المستحق غرس المشتري و بناءه في الصورة المذكورة فله الرجوع على البائع بالأرض، ضمن أم لم يضمن. فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان؟ قال المصنف: «الوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد» و كأنه أراد أنه إذا كان لازماً له - وإن لم يضمن - كان ضمانه تأكيداً.

ص: ٢٠٤

١ - ١) المختلف: ٤٣١.

٢ - ٢) في هامش «و» و «ن» (هو أبو حنيفة. منه) راجع المغنى لابن قدامة ٥: ٧٨.

## الرابعة: إذا كان له على رجلين (١) مال، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه

الرابعة: إذا كان له على رجلين (١) مال، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحوّل ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه. و لو قضى أحدهما ما ضمنه برئ، و بقى على الآخر ما ضمنه عنه. و لو أبرأ الغريم أحدهما، برئ ممّا ضمنه دون شريكه.

و فيه نظر، لأنّه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلّطاً له على الانتفاع مجّاناً ضمانه بعقد الضمان، مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان. فعدم الصحّة أقوى. و حينئذ فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنّه ثابت بغير إشكال، بل في ثبوته بسبب الضمان.

و تظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحّته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنّه يفسخ بالآخر إن شاء. و فيما لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضماناً بوجه صحيح، فإن صحّحنا هذا كفي في الوفاء بالشرط، و إن لم يحصل للمشتري نفع جديد.

فقد ظهر أنّ هذا الضمان قد يفيد فائدة أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحّته.

و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ضمن أم لم يضمن، لأنّ هذه الفوائد الأخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن.

قوله: «إذا كان له على رجلين الخ».

لا إشكال في صحّته هذا الضمان، لأنّ كل واحد جامع لشرائط الصحّة. ثمّ إن تساوى المالان، و كان ضمان كل واحد بسؤال الآخر، و لم يتغيّر وصف الدّين بالحلول و التأجيل، ففائده هذا الضمان تعاكسهما في الأصاله و الفرعيه. و يترتّب عليه ما لو أبرأ المضمون له أحدهما فإنّه يبرأ الآخر.

و قول المصنّف: «و لو أبرأ الغريم أحدهما برئ ممّا ضمنه دون شريكه» يريد أنّ شريكه لا يبرأ ممّا ضمنه، لكنّه يبرأ ممّا كان عليه، لاقتضاء الضمان ذلك.

و تظهر الفائدة أيضاً في انفكاك الرهن الذي كان على الدّينين أو على أحدهما، لأنّ الضمان بمنزله الأداء. و إن اختلفا بأحد الوجوه المذكوره ظهرت فوائد أخرى، إذ

## الخامسة: إذا رضى المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه

الخامسة: إذا رضى المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أذاه (١). و لو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقلّ الأمرين. (٢) قد يضمن المؤجلّ حالاً، و بالعكس، أو يكون أحدهما أيسر و يضمن الأكثر، أو يكون أحدهما متبرّعاً، و نحو ذلك.

و إنّما يتحوّل ما كان على كلّ واحد إلى صاحبه مع ضمانهما دفعه و رضا المضمون له بهما، فلو ردّ أحدهما بطل، و اجتمع على الآخر الحقّان. و كذا لو ضمنا على التعاقب اجتماعاً على الأخير. و على قول من جعله ضمّ ذمّه إلى ذمّه يشتركان في المطالبة لكلّ واحد منهما.

قوله: «إذا رضى المضمون له - إلى قوله - إلا بما أذاه».

قد تقدّم (١) أنّ الضامن إنّما يرجع على المديون مع ضمانه بإذنه. و على تقديره فإنّما يرجع بما أذاه إن لم يزد عن الحقّ، و إلاّ رجع بالحقّ. و الضابط أنّه يرجع بأقلّ الأمرين ممّا أذاه و من الحقّ في كلّ موضع له الرجوع.

و لا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذى أذاه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له و غيره، خلافاً لبعض العامّة (٢) حيث جوّز له الرجوع بالجميع لو أبرأ منه أو من بعضه، لأنّه هبه و مسامحه من ربّ الدّين للضامن خاصّه.

نعم، لو قبض منه الجميع ثمّ وهبه بعضه جاز رجوعه به، لصدق أداء الجميع. و كذا لو وهبه الجميع.

قوله: «و لو دفع عرضاً عن مال الضمان رجع بأقلّ الأمرين».

من قيمته و من الدّين. و لا - فرق في ذلك بين أن يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، و بين أن يصالحه الضامن به عن دينه. فلو كان ثوباً يساوى مائه و صالحه به عن (٣) الدّين و هو مائتان لم يرجع إلا بقيمه الثوب. هذا إذا

ص: ٢٠٦

١ - ١) في ص: ١٨٩.

٢ - ٢) المجموع ٣٩١: ١٠ - ٣٩٢.

٣ - ٣) في «ه» و «ن» و نسخه بدل «س» (على).

السادسه: إذا ضمن عنه دينارا (١) بإذنه، فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه. و لو قال: ادفعه إلى المضمون له فدفعه، فقد برئ. و لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له، بغير إذن الضامن، برئ الضامن و المضمون عنه.

جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون، أمّا لو صالحه عليه في المثال بمائتين مطلقاً ثمّ تقاضياً فالمتجه رجوعه بالمائتين، لأنها تثبت له في ذمته بغير استيفاء، و إنّما وقع الأداء بالجميع. و يحتمل الرجوع بقيمته خاصه، لأنّ الضمان وضع للارتفاق.

و توقّف في التذكرة (١) في ذلك.

قوله: «إذا ضمن عنه دينارا. إلخ».

قد عرفت أنّ الضامن لا يستحقّ عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدّي مال الضمان. فإذا ابتدأ المديون و دفع الدّين إلى الضامن فقد تبرّع بالأداء قبل وجوبه، فلا يستحقّه الضامن، و ليس له التصرف فيه. نعم، له دفعه في الدّين تبعاً للإذن.

و قول المصنّف: «فقد قضى ما عليه» قد يوهم خلاف ذلك، و أنّه يكون بمنزله أداء الدّين. و ليس كذلك. و إنّما المراد أنّه تخلّص من الحقّ، لأنّ الضّامن إن دفعه فقد برئ، و إن لم يدفعه كان في يده مساوياً للحقّ إلى أن يؤدّي، فيأخذه من دينه، و إن أبرأ من الدّين أو بعضه وجب عليه ردّ ما قابله إلى المديون. فالمديون قد قضى ما عليه على كلّ حال.

و لكن هذا إنّما يتمّ مطلقاً على تقدير أن يكون المقبوض في يد الضامن مضموناً عليه، و إلّا لا يمكن أن يتلف في يده بغير تفريط، فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه. و ليس ببعيد كونه مضموناً كالمقبوض بالسوم، و لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (٢) و استشكل في التذكرة (٣) كونه مضموناً بعد أن حكم به.

ص: ٢٠٧

١-١ (١) التذكرة ٢:٩٥.

٢-٢ (٢) مسند أحمد ٨:٥ و ١٣، ١٢، سنن ابن ماجه ٢:٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

٣-٣ (٣) التذكرة ٢:٩٤.

## السابعة: إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، وأنكر المضمون له القبض

السابعة: إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، وأنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه (١)، فإن شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته مع انتفاء التهمة، على القول بانتقال المال. (٢) نعم، لو قال المديون للضامن: اقض به ما ضمننت عني، فهو وكيل و المال في يده أمانه. و الفرق بينه و بين ما سبق واضح، لأنه دفعه في السابق إليه إمّا مطلقاً أو أنه الحق المضمون، و على التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن، بخلاف قوله:

اقض به ما ضمننت، لأنه و كاله في قبضه و دفعه.

و ضمير قوله: «و لو قال» يعود إلى الضامن، أي قال الضامن للمضمون عنه:

ادفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه، فقد برئاً، أما الضامن فلو فاء دينه، و أما المضمون عنه فلأنّ الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه.

و يمكن اعتبار التقاصّ القهري، لثبوت ما دفعه المديون في ذمّه الضامن، لأنه المديون و قد أذن في وفائه، و ثبوت مثله في ذمّه المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان.

و أما لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير سؤال الضامن فإنه يكون قد تبرّع عليه بوفاء دينه، فبرأ الضامن، و لا يرجع عليه الدافع لتبرّعه، فلا يرجع هو لعدم غرامته، فبرءان معا أيضاً كالسابق، لكن الاعتبار مختلف.

قوله: «إذا ضمن بإذن المضمون عنه-إلى قوله-مع يمينه».

لأصالة عدم القبض، و حينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء، لعدم تحقّق غرمه. و استحقاقه الرجوع مشروط به. و لا فرق في ذلك بين ضمانه بالإذن و عدمه. و إنّما قيد بالإذن ليرتّب عليه الأحكام الآتية، إذ لا تهمة مع عدمها مطلقاً و لا رجوع.

قوله: «فإن شهد المضمون عنه-إلى قوله-بانتقال المال».

لمّا كان المضمون عنه مع إذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن، فشهادته له بالأداء شهادته على نفسه و شهادته لغيره فتسمع، إلا أن تفرض عليه تهمة في الشهادة بحيث تفيد فائده زائده على ما يغرمه فتردّ. و قد فرضوا التهمة في صور:

و لو لم يكن مقبولاً، فحلف المضمون له، كان له مطالبه الضامن مرّة ثانية، و يرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه أوّلاً. (١)

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقلّ من الحقّ، فيكون رجوعه إنّما هو بذلك، فشهادته المضمون عنه له به تجرّ إلى نفسه نفعاً، فإنّ ذلك إذا لم يثبت يبقى مجموع الحقّ في ذمّة الضامن.

و فيه نظر، لأنّه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، و لا حاجة إلى الثبوت بالبينه كما سيأتى، فتندفع التهمة، فتقبل الشهادة.

و منها: أن يكون الضامن معسراً، و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإنّ له الفسخ حيث لا- يثبت الأداء، و يرجع على المضمون عنه، فيندفع بشهادته عود الحقّ إلى ذمّته.

و منها: أن يكون الضامن قد تجددّ عليه الحجر للفلس، و للمضمون عنه عليه دين، فإنّه يوفّر بشهادته مال الضامن، فيزداد ما يضرب به.

و لا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرّعاً و بسؤال، لأنّ فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين. أمّا الأولى فهي مخصوصه بالضامن بسؤال، ليرجع بما غرم.

و إنّما تسمع الشهادة بوجه على القول بكون الضمان ناقلاً، كما هو المذهب.

فلو قلنا بأنّه يفيد الضمّ خاصّه لم تسمع مطلقاً. و قول المصنّف: «على القول بانتقال المال» يشعر بأنّ لأصحابنا قولاً بغيره. و فيما تقدّم أشار (١) إليه أيضاً. و هو نادر.

قوله: «و لو لم يكن مقبولاً- إلى قوله- بما أدّاه أوّلاً».

عدم قبول شهادة المضمون عنه إمّا لعدم عدالته أو للتهمه، و حينئذ فالقول قول المضمون له، لما تقدّم. و المراد أنّه لم تكن بينه غيره. و حينئذ فيرجع على الضامن بالحقّ. و كونه مرّة ثانية بالنسبه إلى زعم الضامن، و إلّا فهي أولى عند المضمون له و في ظاهر الحال.

ص: ٢٠٩

و لو لم يشهد (١) المضمون عنه، رجع الضامن بما أدّاه أخيراً.

### الثامنة: إذا ضمن المريض في مرضه و مات فيه

الثامنة: إذا ضمن المريض (٢) في مرضه و مات فيه، خرج ما ضمنه من ثلث تركته، على الأصحّ.

و إنّما يرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه أولاً - لا - اعترافه بأنّه لا - يستحقّ سواه، و دعواه أن الأداء الثانى ظلم و موافقه المضمون عنه له على ذلك. و لا يخفى أنّه مشروط بمساواه الأول للحقّ أو قصوره، و إلاّ رجع بأقلّ الأمرين، لأنّه لا يستحقّ الرجوع بالزائد على الحقّ.

قوله: «و لو لم يشهد. إلخ».

لأنّه لم يثبت ظاهراً أداء سواه. هذا إذا لم يزد على ما ادّعى دفعه أولاً - و لا على الحقّ، و إلاّ رجع بالأقلّ من الثلاثة، لأنّ الأقلّ إن كان هو ما غرمه أولاً - فلزعمه أنّه لا - يستحقّ سواه و أنّ الثانى ظلم، و إن كان الأقلّ ما غرمه ثانياً فلائنه لم يثبت ظاهراً سواه، و إن كان الأقلّ هو الحقّ فلائنه إنّما يرجع بالأقلّ من المدفوع و الحقّ.

و فى حكم شهاده المضمون عنه اعترافه بالدفع الأول و إن لم يشهد، لما ذكر من الوجه. فقوله: «و لو لم يشهد» مقيد بعدم اعترافه أيضاً. و لو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كان أجود، لتناوله عدم الشهاده و غيره.

قوله: «إذا ضمن المريض. إلخ».

يمكن أن يكون الأصحّ تنبيهها على الخلاف فى أنّ منجزات المريض هل هى من الأصل أو من الثلث؟ و اختياره للثانى، كما سبق (١) من مذهبه. و يمكن كونه إشاره إلى أنّ الضمان هل يعدّ من التبرّعات المنجزه أم لا؟ و وجه اختيار كونه تبرّعا أنّه الترام مال لا يلزمه و لم يأخذ عنه عوضاً، فأشبهه الهبه. و على التقديرين إنّما يتمّ الحكم مع تبرّعه بالضمان، أمّا لو ضمن بسؤال فهو كما لو باع بثمن المثل نسيئته، فالوجه حينئذ أنّه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، و إن لم يمكن لإعساره و نحوه فهو من الثلث. و لو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباه يتوقّف

ص: ٢١٠

## التاسعة: إذا كان الدين مؤجلاً، فضمنه حالاً، لم يصح

التاسعة: إذا كان الدين مؤجلاً (١)، فضمنه حالاً، لم يصح. وكذا لو كان إلى شهرين، فضمنه إلى شهر، لأن الفرع لا يرجح على الأصل. وفيه تردد.

ما يفوت على الثلث.

و احترز بقوله: «و مات فيه» عما لو برئ منه، فإنه يخرج من الأصل كالتبرع و لو مات بعد ذلك. هذا كله مع عدم إجازة الورثة، وإلا نفذ من الأصل.

قوله: «إذا كان الدين مؤجلاً. إلخ».

قد تقدم (١) الكلام في ذلك و أن الأقوى صحته فيهما. و هو مختار المصنف ثم، و لكنه رجع من الجزم إلى التردد، أو إلى الحكم بخلافه.

ص: ٢١١

---

١ - ١) في ص: ١٨٤ - ١٨٧.



القسم الثاني في الحوالة و الكلام في العقد و في شروطه، و أحكامه.

### أما الأول في العقد

أما الأول فالحوالة عقد شرع لتحويل المال، من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله. (١) قوله: «الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله».

الكلام في كون الحوالة عقداً أو ثمره العقد كما سبق (١). و نبه بقوله: «تحويل» على أنها ناقلة للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه. و منه سميت حوالة. و قوله:

«مشغوله بمثله» صفة للذمه المتحوّل إليها، و هي ذمه المحال عليه. و خرج به الحوالة على البريء من حق المحيل، مع أنه سيأتي (٢) عن قريب القطع بجوازها على البريء. و لا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة في الجملة. و لعله عرّف الحوالة المتفق على صحتها، إذ الحوالة على البريء مختلف فيها.

و العلامه (٣) أسقط في تعريفها القيد محاوله لإدخال ذلك الفرد، لئلاّ ينتقض التعريف في عكسه، فوقع فيما هو أصعب منه، لشموله حينئذ الضمان بالمعنى الأخص، لأنّ المال يتحوّل فيه من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، فانتقض في

ص: ٢١٢

١-١) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

٢-٢) في ص: ٢١٥.

٣-٣) التذكرة ١٠٤: ٢.

شروطه و يشترط فيها رضا المحيل، و المحال عليه، و المحتال. (١) طرده.

قوله: «و يشترط فيها رضا المحيل و المحال عليه و المحتال».

أمّا اعتبار رضا المحيل و المحتال فموضع وفاق، لأنّ (١) من عليه الحقّ مخير في جهات القضاء، فلا يتعيّن عليه بعض الجهات قهراً. و المحتال حقّه ثابت في ذمّه المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمّه أخرى إلاّ برضاه.

و أمّا المحال عليه فاشترط رضاه هو المشهور بين أصحابنا، بل ادّعى عليه الشيخ الإجماع (٢). و لأنّه أحد من تتمّ به الحوالة، فكان كالأخرين. و لاختلاف الناس في الاقتضاء و الاستيفاء، سهوله و صعوبه. و لأنّ نقل المال من ذمّه المحيل إلى ذمّه يتوقّف على رضاه. و لأصالة بقاء الحقّ في ذمّه المحال عليه للمحيل فيستصحب.

و فيه نظر، لأنّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضاه من عليه الحقّ، كما لو وكله في القبض منه، بخلاف الآخرين، لما ذكرناه. و اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبه المستحقّ و من ينصبه.

و التوقّف على رضاه محلّ النزاع، فلا يجعل دليلاً، مع أنّا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل، بل هي إيفاء لما في ذمّه الغير، فلا يقصر عن بيعه، و لا يشترط فيه رضاه.

و الأصل المذكور معارض بأصالة عدم الاشتراط. و الاستصحاب انقطع بما ذكرناه، خصوصاً مع اتّفاق الحقيين جنساً و وصفاً.

نعم، لو كانا مختلفين و كان الغرض استيفاء مثل حقّ المحتال توجه اعتبار رضا المحال عليه، لأنّ ذلك بمنزلة المعاوضه الجديده، فلا بد من رضا المتعاضين. و مع ذلك لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور. و حينئذ فالقول بعدم اشتراط رضاه مع موافقه قوئى. و الإجماع على خلافه ممنوع.

ص: ٢١٣

١- ١) كذا في أكثر النسخ و في «ه»: «و أنّ. و الظاهر أن الصحيح: و لأنّ.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٣٠٥ مسألة ٢.

و مع تحقّقها، يتحوّل المال إلى ذمّه المحال عليه، و يبرأ المحيل و إن لم يبرأه المحتال، على الأظهر. (١) ثمّ على تقدير اعتبار رضا المحال عليه ليس هو على حدّ رضا الآخرين، لأنّ الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمه، فلا يتمّ إلاّ بإيجاب و قبول، فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال، و يعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ و المقارنه و غيرهما. و أمّا رضا المحال عليه فيكفي كيف اتّفق، مقارنة أم متراخيا. و ربّما اكتفى به متقدّما أيضا، لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كلّه.

و اعلم أنّه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريئا من حقّ المحيل، فإنّ رضاه معتبر إجماعا. و يستثنى من اعتبار رضاه المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، فإنّه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً، لأنّه وفاء دينه، و ضمانه بغير إذنه.

و العبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت (١) بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال و المحال عليه، و يقومان بركن العقد، بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدّم، لقيام العقد بغيره. تأمل.

قوله: «و مع تحقّقها - إلى قوله - على الأظهر».

هنا حكمان:

أحدهما: أنّ الحوالة تفيده نقل المال و تحوّل من ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه.

و هو موضع وفاق منّا و من العامّة إلاّ من شدّد [١] منهم، فإنّه جعلها كالضمان. و فساده ظاهر، لأنّ الحوالة مشتقة من التحوّل، بخلاف الضمان، فإنّه قد يشتقّ من الضمّ كما ادّعوه، فيلزم كلّ واحد ما يقتضيه لفظه.

و ثانيهما: أنّ المحيل يبرأ من حقّ المحتال بمجرد الحوالة، سواء أبرأه المحتال

ص: ٢١٤

(١ - ١) في «س»: أحلتك.

و يصح أن يحيل على من ليس عليه دين، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه. (١) أم لا، لدلاله التحوّل عليه. و هو المشهور. و خالف فيه الشيخ (١) و جماعه (٢)، استنادا إلى حسنه زراهه عن الباقرين عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل، فيقول له الذي احتال: برئت ممّا لى عليك قال: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله». (٣).

و حملت الروايه على ما إذا ظهر إعسار المحال عليه حال الحواله مع جهل المحتال بحاله، فإنّ له الرجوع على المحيل إذا لم يبرأ. و على ما إذا شرط المحيل البراءه، فإنّه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه. و هو حمل بعيد. و على أنّ الإبراء كناية عن قبول المحتال الحواله، فمعنى قوله: «برئت ممّا لى عليك» أنّى رضيت بالحواله الموجهه للتحويل فبرئت أنت، فكنى عن الملزوم باللازم.

و هكذا القول فى قوله: «و لو لم يبرأه فله أن يرجع» لأنّ العقد بدون رضاه غير لازم، فله أن يرجع فيه.

قوله: «و يصح أن يحيل - إلى قوله - بالضمان أشبه».

هذا هو الأقوى، لأصالة الصّحّه، و عدم الاشتراط. و للشيخ (رحمه الله) قول بالمنع (٤)، و آخر بالصّحّه (٥). و مبنى القولين على أنّ الحواله هل هى استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الأوّل يصحّ دون الثانى، لأنّه ليس على المحال عليه شىء يجعل عوضا عن حقّ المحتال. و إنّما كان أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمّه مشغوله إلى ذمّه بريّه، فكأنّ المحال عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل. و لكنّه بهذا

ص: ٢١٥

١- (١) النهايه: ٣١٦.

٢- (٢) منهم أبو الصلاح فى الكافى: ٣٤٠، و ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٢.

٣- (٣) الكافى ١٠٤: ٥ ح ٢، التهذيب ٢١١: ٦ ح ٤٩٦، الوسائل ١٥٨: ١٣ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٢.

٤- (٤) المبسوط ٣٢١: ٢.

٥- (٥) المبسوط ٣١٨، ٣١٣: ٢.

و إذا أحاله على الملى، لم يجب القبول. (١) لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع و لو افتقر. (٢) أمّا لو قبل الحوالة جاهلا بحاله، ثمّ بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ و العود على المحيل. (٣) الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعاً، فيلحقه أحكامها.

قوله: «و إذا أحاله على الملى لم يجب القبول».

لأنّ الواجب أداء الدّين، و الحوالة ليست أداء، و إنّما هي نقل الدّين من ذمّه إلى أخرى، فلا يجب قبولها. و نبه بذلك على خلاف بعض العامّة (١) حيث أوجب القبول، لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إذا أحيّل بحقّ على ملىّ فليحتل (٢)». و الخبر - على تقدير صحّته - محمول على الاستحباب أو الإرشاد.

قوله: «لكن لو قبل لزم، و ليس له الرجوع و لو افتقر».

لأنّ الحوالة توجب البراءة من الحقّ، فلا - يعود إلّا بسبب يوجهه، و لروايه عقبه بن جعفر عن الكاظم عليه السلام (٣) - و خالف في ذلك جماعة من العامّة (٤) - و كما لا رجوع لو افتقر، كذا لو تعذّر الاستيفاء منه بوجه آخر.

قوله: «أمّا لو قبل الحوالة - إلى قوله - و العود على المحيل».

لا - فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد يساره و عدمه، لروايه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام (٥)، و لما فيه من الضرر و التغيير به. و المراد بالفقر هنا الإعسار و إن كان أعّم منه، و إلّا - فيجوز كونه فقيراً بالمعنى المتعارف و موسراً بالمعنى المعتر في الدّين.

ص: ٢١٦

١- (١) أنظر المغنى لابن قدامة ٥:٦٠.

٢- (٢) السنن الكبرى ٦:٧٠، و المجموع ١٣:٤٢٤.

٣- (٣) التهذيب ٦:٢١٢ ح ٥٠١، الوسائل ١٣:١٥٩ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٤.

٤- (٤) أنظر المغنى لابن قدامة ٥:٦٠.

٥- (٥) الكافي ٥:١٠٤ ح ٤، الفقيه ٣:٥٥ ح ١٩٢، التهذيب ٦:٢١٢ ح ٤٩٨، الوسائل ١٣:١٥٨ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٣.

و إذا أحوال بما عليه، ثم أحوال المحال عليه بذلك الدّين صحّ، وكذا لو ترامت الحوالة. (١) و إذا قضى المحيل الدّين بعد الحوالة، فإن كان بمسأله المحال عليه، رجع عليه. و إن تبرّع، لم يرجع، و يبرأ المحال عليه. (٢) و يشترط في المال أن يكون معلوما ثابتا في الذمّه، (٣) و المعتبر بيساره و إعساره وقت الحوالة، فلو كان حينئذ ملّيا ثمّ تجدد له الإعسار فلا خيار. و لو انعكس بأن كان معسرا ثمّ تجدد له اليسار قبل أن يفسخ المحتال فهل يزول الخيار؟ و جهان، من زوال الضرر، و ثبوت الخيار قبله فيستصحب. و هو أقوى، لأنّ الموجب للخيار ليس هو الإعسار مطلقا ليزول بزواله، بل الإعسار وقت الضمان، و هو متحقّق، فيثبت حكمه.

قوله: «و إذا أحوال - إلى قوله - ترامت الحوالة».

كما تصحّ الحوالة الأولى لاجتماع شرائط الصحّه تصحّ الثانيه كذلك، لتحقق الشرط و هو اشتغال ذمّه المحال عليه بدين المحتال، و غيره من الشروط. و متى أحوال المحال عليه برئ كالأوّل و هكذا لو تعدّد. و هو المراد بالتراخي، بأن أحوال المديون زيدا على عمرو، ثمّ أحوال عمرو زيدا على بكر، ثمّ أحوال بكر زيدا على خالد، و هكذا. و هنا قد تعدّد المحال عليهم و المحتال واحد.

و كما يصحّ تراخيها يصحّ دورها كالضمان، بأن تعود إلى المحيل الأوّل، بأن تكون ذمّته مشغوله بدين لمن أحوال عليه، أو مطلقا على المختار.

قوله: «و إذا قضى المحيل - إلى قوله - و برئ المحال عليه».

لما كانت الحوالة ناقله للمال من ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه صار المحيل بالنسبه إلى دين المحتال بمنزله الأجنبي، لبراءه منه، فإذا أدّاه بعدها كان كمن أدّى دين غيره بغير إذنه، فيشترط في جواز رجوعه عليه مسأله، و إلاّ كان متبرّعا و برئ المحال عليه من الدّين.

قوله: «و يشترط في المال أن يكون معلوما ثابتا في الذمّه».

احترز ب«المعلوم» عن المجهول عند المحيل، كما لو أحواله بما له من الدّين و لا

سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد(١) و الثوب.

و يشترط تساوى المالين، جنسا و وصفا، تفضييا من التسلّط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه. و فيه تردّد. (٢)  
يعرف قدره، فإنّه لا يصحّ، للغرر، ولأنّ الحواله إن كانت اعتياضا فلا يصحّ على المجهول، كما لا يصحّ بيعه، و إن كانت استيفاء  
فإنّما يمكن استيفاء المعلوم. و يحتمل على الثانى الصّحّه، و يلزم ما تقوم به البيّنه كالضمان. و ب«الثابت فى الذّمّه» عمّا ليس بثابت  
و إن وجد سببه، كمال الجعالة قبل العمل، فإنّه لا يصحّ إحاله الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته. أمّا إحاله المجعول له به على  
الجاعل لمن له عليه دين ثابت فإنّه جائز، بناء على جوازها على البرىء. فالحاصل: أنّ المعتر ثبوته للمحتال فى ذّمّه المحيل، لا فى  
ذّمّه المحال عليه.

و لا فرق فى الثابت بين كونه مستقرا و غيره، كالثمن فى مدّه الخيار، و تكون الحواله مراعاه بالبقاء على البيع، فلو فسخ بالخيار ففى  
بطلان الحواله وجهان يأتى (١) الكلام عليهما فى نظيره.

قوله: «سواء كان له مثل كالطعام أو لا مثل له كالعبد».

نبه بذلك على خلاف الشيخ فى أحد قوليّه (٢) و جماعه (٣) من عدم جواز الحواله بالقيميّ لكونه مجهولا. و ضعفه واضح، فإنّه  
مضبوط بالوصف، و الواجب فيه القيمه، و هى مضبوطه أيضا تبعا لضبطه، فالمانع مفقود، و عموم الأدلّه يشملّه.

قوله: «و يشترط تساوى المالين - إلى قوله - و فيه تردّد».

ذهب الشيخ (٤) و جماعه (٥) إلى اشتراط تساوى المالين - و هما المحال به و المحال

ص: ٢١٨

١- ١) فى ص: ٢٣١.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٣١٢.

٣- ٣) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٢.

٤- ٤) المبسوط ٢: ٣١٣ و ٣١٦-٣١٧.

٥- ٥) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٢٨٢، و العلامه فى التذكره ٢: ١٠٨.

عليه-جنسا ووصفا، لأنَّ حقيقه الحواله تحويل ما في ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم و له على المحال عليه دنانير كيف يصير حقّ المحال على المحال عليه دراهم و لم يقع عقد يوجب ذلك؟ فإنّ الحواله إن كانت استيفاء كان بمنزله من استوفى دينه و أقرضه المحال عليه، و حقّه الدراهم لا الدنانير، و إن كانت معاوضه فليست على حقيقه المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زياده قدرا و صفه، و إنّما هي معاوضه إرفاق و مسامحه للحاجه، فاشترط فيها التجانس و التساوى في القدر و الصفه، لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمّته.

و التحقيق في ذلك: أنّا إن اشترطنا رضا المحال عليه، و جوّزنا الحواله على البرىء- كما اختاره المصنّف فيهما- فلا وجه للمنع أصلا، لأنّه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصحّ، فإذا كان و رضى تعين الجواز. بل يتعين القول به متى اعتبرناه رضاه خاصّه، لأنّ الحواله إن كانت استيفاء- كما هو الظاهر- فلاستيفاء جائز بالجنس و غيره مع التراضى، و إن كانت اعتياضا فكذلك، لجواز المعاوضه على المختلفين، و ليست معاوضه بيع حتى يعتبر التقابض و نحوه حيث يعتبر في البيع.

نعم، قد يقول مجوّز الحواله على البرىء هنا: إنّ الحقّ لم يتحوّل إلى الدنانير، و إنّما لزم المحال عليه للمحتال دنانير، و بقيت الدراهم في ذمّته للمحيل، فيعتبر في التقابض تراض جديد. و هذا حسن إلا أنّ الأوّل أجود، لحصول التراضى سابقا على تحوّل الحقّ إلى ما في ذمّه المحيل. و حينئذ فالتسلط الذي هربوا منه انتفى منعه بالتراضى.

و قد تحرّر من ذلك:

أنّ القائل بعدم صحّ ذلك لا يتمّ له مطلقا إلا أن يقول بعدم جواز الحواله على البرىء، و إلا صحّت الحواله هنا، إلا أنّها تكون كالحواله على من لا دين عليه، لا أنّها تقع باطله مطلقا، إذ لا يقصر عن تلك.



و لو أحال عليه، فقبل و أدى، ثمّ طالب بما أداه فادّعى المحيل أنّه كان له عليه مال، و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه، و يرجع على المحيل. (١) و أنّ القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجّه له القول هنا بالصّحّ، سواء تحوّل الحقّ إلى جنس المحال به أم بقي كلّ واحد بحاله، لتوقّف كلّ واحد من القسمين على التراضي، لأنّ الأوّل استيفاء من غير الجنس أو معاوضه عليه، و الثاني حواله على البرىء، و كلاهما مشروط بالرضا. نعم، لو قصد بالحواله تحوّل حقّ المحتال إلى ما فى ذمّه المحال عليه اتّجه الجواز من دون رضا المحال عليه، و سقط معه محذور التسلّط الذى جعلوه مانعا.

و أنّ الأقوى الصّحّ مع التراضي، و تحوّل الحقّ الذى على المحال عليه إلى جنس المحال به و وصفه.

قوله: «و لو أحال عليه- إلى قوله- و يرجع على المحيل».

لما ثبت أنّ الحواله جائزه على البرىء من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض بإطلاقها ثبوت دين كذلك، فإذا أدى المحال عليه و طالب بما أدى منكر الثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءه، فيرجع على المحيل بما أدى.

و لو اعتبرنا فى الحواله شغل ذمّه المحال عليه لم يقبل قوله فى نفيه، لاقتضائها ثبوتها، فالمنكر و إن كان معه أصاله براءه ذمّه المحال عليه لم يقبل قوله فى نفيه، لاقتضائها ثبوتها، فالمنكر و إن كان معه أصاله براءه ذمته من الدين إلاّ أنّ ذلك يقتضى بطلان الحواله على هذا التقدير. و مدّعى الدين يدعى صحّتها، و مدّعى الصّحّه مقدّم.

و يمكن على هذا أن يقال: تساقط الأصلان، و بقى مع المحال عليه أنّه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين. و هو حسن.

فإن قيل: الإذن فى الأداء إنّما وقع فى ضمن الحواله، فإذا لم يحكم بصحّتها لا يبقى الإذن مجردا، لأنّه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه.

قلنا: الإذن و إن كان واقعا فى ضمن الحواله إلاّ أنّه أمر يتفقان على وقوعه، و إنّما يختلفان فى أمر آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفى ما قد وقع الاتّفاق منهما عليه، على

و تصحّ الحوالة بمال الكتابه، بعد حلول النجم. و هل تصحّ قبله؟ قيل: لا. (١) و لو باعه السيّد سلعه، فأحاله بثمانها، جاز. (٢) أنّ في زوال الإذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه بحث يأتي تحقيقه- إن شاء الله تعالى- في الوكاله المعلّقه على شرط.

و في قوله: «أدى ثمّ طالب» إشاره إلى أنّ المحال عليه مع براهه ذمّته لا يرجع على المحيل إلّا مع الأداء كالضامن، لما تقدّم (١) من أنّ هذا القسم بالضمان أشبه.

قوله: «و تصحّ الحوالة- إلى قوله- قيل: لا».

لا إشكال في جواز الحوالة بمال الكتابه بعد حلول النجوم، لثبوتها في ذمّه المكاتب. أمّا قبل الحلول فمنعه الشيخ [١] (رحمه الله) بناء على جواز تعجيز نفسه، فله أن يمتنع من أدائه. و الأقوى الجواز، لمنع جواز التعجيز. و على هذا فلا يعتق العبد بالحواله، لأنّها ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل عليه بقبضها، و إن افترقا بكون الحواله لانزومه. و حينئذ فلو أعتق السيّد المكاتب بطلت الكتابه، و لم يسقط عن المكاتب مال الحواله، لأنّ المال صار لازماً له للمحتال، و البطلان طار، و لا يضمن السيّد ما يغرمه من مال الحواله.

قوله: «و لو باعه السيّد سلعه فأحاله بثمانها جاز».

لأنّ حكم المكاتب حكم الأحرار في المداينات، فيثبت في ذمّه للسيّد ثمن ما اشتراه منه، و تصحّ له الحواله للسيّد بالثمن. و إنّما خصّ البيع و لم يذكر حكم مطلق الدّين مع اشتراكهما في المعنى للتنبية على خلاف الشيخ (٢)- رحمه الله- في مسألة البيع، حيث إنّه يمكن فسخ الكتابه بناء على أصله من جوازها من جهته، فيوجب استحقاق السيّد شيئاً على عبده، بخلاف ما لو باعه أجنبي و أحاله على المكاتب بثمانه، فإنّه لا سبيل له إلى إسقاطه و لو فسخت الكتابه، فإنّه يثبت في ذمّته.

ص: ٢٢١

١- (١) في ص: ٢١٥.

٢- (٣) المبسوط ٣: ٣٢١.

و لو كان له على أجنبي (١) دين، فأحال عليه بمال الكتابه صحّ، لأنه يجب تسليمه.

## و أما أحكامه فمسائل

### إشاره

و أما أحكامه فمسائل:

### الأولى: إذا قال أحلتك عليه قبض

الأولى: إذا قال (٢) أحلتك عليه قبض، فقال المحيل: قصدت الوكاله، و قال المحتال: إنمّا أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بلفظه. و فيه تردّد.

قوله: «و لو كان له على أجنبي إلخ».

ضمير «له» يعود إلى المكاتب، و المحال هو السيّد. و المراد أنّه إذا كان للمكاتب دين على أجنبي غير السيّد، فأحال سيّده بمال الكتابه على ذلك الأجنبي الذي للمكاتب عليه دين، صحّت الحواله، لأنه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه إليه أو إلى من يرتضيه. و حينئذ فتبرأ ذمّه المكاتب من مال الكتابه و يتحرّر، لأنّ (١) الحواله بمنزله الأداء، سواء أدّى المحال عليه المال إلى السيّد أم لا، حتى لو أفلس به لم يتغيّر الحكم، لأنّ ما أحاله به دين ثابت. و لو كانت الحواله ببعض مال الكتابه كان بمنزله قبض البعض، حتى لو أعتقه سقط عن المكاتب الباقي و لم تبطل الحواله (٢).

قوله: «إذا قال إلخ».

مرجع هذا الاختلاف إلى أنّ لفظه الحواله التي اتّفقا على استعمالها بينهما هل قصد معناها المتعارف هنا أو معنى الوكاله؟ حيث إنّ الوكاله من العقود الجائزه التي لا تنحصر في لفظ، بل يكفي فيها ما دلّ على الإذن فيما وّكل فيه، و لفظ الحواله صالح له.

و وجه تقديم قول المحيل ما ذكره المصنّف من أنّه أعرف بلفظه، أي بالمقصود

ص: ٢٢٢

١ - ١) في «ه»: و لأنّ.

٢ - ٢) في «ب» و «س»: الكتابه. و في «و» أنّ في نسخه (الكفاله): و هو تصحيف.

من لفظه، إذ لا نزاع بينهما في اللفظ، إنما النزاع في مدلول اللفظ و المقصود منه، و الالفاظ أعراف بقصده من غيره، بل عند خفاء دلالة اللفظ لا- تعرف إلا- من قبله، فيكون قوله مقدّما فيه بيمينه. و يعضده أيضا أصاله بقاء حقّ المحيل في المال المحال به، و أصاله بقاء حقّ المحتال على المحيل.

و وجه التردّد ممّا ذكر، و من دلالة اللفظ ظاهرا على الحوالة، و احتياج دلالة على الوكالة إلى القرائن، و الأصل عدمها.

و ربّما قيل بأنّ لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص و مجاز في الوكالة، و اللفظ إذا تجرد عن القرائن إنّما يحمل على حقيقته دون مجازة، حذرا من الإغراء بالجهل لو أريد غير الحقيقة، مع عدم نصب قرينه عليه. و إذا كان كذلك فدعوى المحيل مخالفه للأصل فلا- تسمع. و حينئذ فما معه من الأصليين الآ-خرين قد زال بالحوالة الصادرة بينهما، التي الأصل فيها الحقيقة و الصّحّه.

و هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة. لكنّه محلّ نظر، لأنّ الوكالة لما كانت تتحقّق في ضمن كلّ لفظ يدلّ على الإذن بطريق الحقيقة، و كانت الحوالة مؤدّية لذلك، لأنّ معنى أحلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمّه إلى ذمّه يحتمل إرادته تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه. أو نقول: إنّ دلالتها على الإذن للمحتال حاصله على التقديرين، و إنّما الكلام في المعنى الزائد على الإذن، و هو تحويل الحقّ. و كون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر لا- شبهه فيه، لكنّه لا- يدلّ على مجازيّة الآ-خر، لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه أحد معانيه بقرينه. فمرجع الأمر إلى أنّه هل هو من باب الحقيقة و المجاز، أو من باب المشترك الذي دلّت القرائن على إرادته أحد معنيه؟ و تظهر الفائدة في كون الفرد الآخر حقيقة أو مجازا. و بواسطة ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره.

فإن قيل: المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند إطلاقه هو المعنى المتعارف لها،

و لا- يفهم منه إرادته الوكالة إلا- بانضمام قرائن خارجيه، فيدلّ على كونها حقيقه في معناها المذكور دون الوكالة، لما تقرّر في الأصول من أنّ ذلك من علامه الحقيقه و المجاز.

قلنا: هذه العلامه لا تتمّ في المشترك، لأنّه مع وجود قرينه تعيّن أحد معانيه يتبادر الذهن إلى إرادته، مع عدم كون الآخر مجازا إجماعا، و مع عدم قرينه معيّنه لا- يتبادر أحدها، فيلزم على هذا أن يكون إطلاقه عليها بطريق المجاز، كما أن إطلاقه على غير المتبادر إليه بطريق المجاز أيضا. و هو باطل قطعاً، ألا ترى أنّ من قال لغيره:

اشتر الشيء الفلاني بالعين، يتبادر إلى الذهن قطعاً أنّه لا- يريد به عين الركبه و لا- الباصره، مع أنّ إطلاق العين عليهما بطريق الحقيقه. ثمّ يحتمل أن يريد به ما قابل الدّين فيصلح لسائر أعيان الأموال، و يحتمل أن يريد به الذهب فيخرج غيره من الأعيان، و يدخل الدّين إذا كان ذهباً، فلا يدلّ عدم المبادره إلى أحدهما على أنّهما مجازان فيه. ثمّ لو ضمّ إلى لفظ الأمر السابق قوله: «لا بالدّين» تبادر إلى الذهن إرادته المعنى الأوّل من المعنيين، و مع ذلك لا يدلّ على أنّ إطلاقه على الباقي بطريق المجاز. و حينئذ فإطلاق الأصوليين كون ذلك من علامات الحقيقه و المجاز يحتاج إلى التنقيح. و قد تنبّه له بعض الأصوليين.

فإن قيل: الحواله حقيقه شرعيّه في العقد المخصوص، و إطلاقها على الوكالة إنّما هو بطريق اللغه، و إذا تعارضت الحقيقتان فالشرعيّه مقدّمه. و يعضدها أيضا دلالة العرف على إرادته المعنى الشرعي، و العرفيه مقدّمه على اللغويّه.

قلنا: دلالتها على الوكالة أيضا بطريق الشرع، لأنّ الوكالة لما كانت شرعا حقيقه في الإذن في التصرف كيف اتفق و بأيّ لفظ دلّ عليه، كما هو شأن العقود الجائزه، و كانت الحواله داله عليه أيضا، فإطلاقها عليها إذا أرادها الالفاظ يكون بطريق الحقيقه الشرعيّه و إن وافقها مع ذلك اللغه. و ترجيح الشرع و العرف للمعنى المتعارف من الحواله يقتضى ترجيح أحد معني المشترك، و هو لا يخرج الفرد الآخر

.....  
عن الحقيقة.

فإن قيل: سلّمنا صلاحيتها لذلك، لكنّه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركاً بين المعنيين. و لو حملناها على الوكاله بطريق المجاز يندفع الاشتراك، و قد تقرّر في الأصول أنّ المجاز أولى من الاشتراك عند التعارض.

قلنا: لا نسلّم أولويته أولاً، بل قد قال جمع من المحقّقين بألويّه الاشتراك.

سلّمنا، لكن ذلك إذا لم يثبت الاشتراك، و قد أثبتناه، فلا يتمّ الترجيح.

و إذا ثبت ذلك فدعوى المحيل إرادته الوكاله تكون دعوى لإرادته بعض أفراد الحقيقة، إلّا أنّه خلاف الظاهر. و دعوى المحتال الحوالة توافقه. و لكن بهذا لا- يندفع الأصلان المتقدمان، و هما أصاله بقاء حقّ المحيل و حقّ المحتال. إنّما ينتفیان لو كانت الحوالة مجازاً في الوكاله كما سلف، أمّا إذا كانت حقيقة فيها فلم يقع ما يرفع ذينك الأصليين. لكن يرجع الأمر إلى تعارض الأصل و الظاهر. فإن قدّمنا الأوّل- كما هو الراجح في استعمالهم- فالقول قول المحيل كما اختاره المصنّف و جماعه (١). و إن قدّمنا الظاهر فالقول قول المحتال، كما لو جعلناها مجازاً في الوكاله. و يتفق التوجيهان.

و بعد ذلك كلّه، فالقول بتقديم قول المحتال قويّ، إمّا مراعاة للحقيقة، أو لقوّه هذا الظاهر حتى كاد يلحق بها، و قد رجّحوا الظاهر في موارد لا يقصر هذا عنها، أو لتساقت الأمرين فيحكم له بملك ما تحت يده، لأنّ الأصل في اليد الملك.

و بهذا ظهر فائده تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض. فقول بعضهم (٢):

إنّ الاختلاف قبل القبض و بعده لا- نجد فيه فرقا ليس بجيّد. و إنّما يتّجه عدم الفرق لو سلّم أنّ الحوالة مجاز في الوكاله، فإذا أطلقت و حملت على الحقيقة تعيّن فيه الأداء

ص: ٢٢٥

---

١- ١) منهم الشيخ في المبسوط ٣١٤: ٢- ٣١٥، و العلامة في القواعد ١: ١٨٢، و الصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ١٢٨. و الصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ١٢٨.

٢- ٢) في هامش «ه، و، ن»: هو المحقّق الشيخ على رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله. لاحظ جامع المقاصد ٥: ٣٧٨.

أمّا لو لم يقبض و اختلفا، فقال: وكتك، فقال: بل أحلتني [بما عليك]، فالقول قول المحيل قطعاً، (١) إلى المحتال، لأنّه صار ملكه، سواء قبض أم لم يقبض.

قوله: «أمّا لو لم يقبض ثمّ اختلفا فقال: وكتك، فقال: بل أحلتني، فالقول قول المحيل قطعاً».

الكلام هنا متفرّع على ما سبق، فإن قلنا: إنّ لفظ الحواله مجاز في الوكاله فعدم الفرق واضح، و القطع ممنوع، بل الوجهان آتيان فيه. و تقديم قول المحتال أوضح، لأنّ تفاهما على وقوع اللفظ الناقل للملك، فلا تقدح دعوى المجاز، و إلاّ لتوجه في كلّ عقد يدعى في لفظه إرادته غير معناه الحقيقي، و هو باطل. و إن جعلناها حقيقه في الوكاله أيضا تعارض الأصل و الظاهر، و لا ترجيح من جهه القبض كما تقدّم. فيمكن أن يكون قطع المصنّف من جهه ترجيح الأصل، لأنّه الغالب معتصدا ما سبق بأصالة عدم ملك المحتال له، بخلاف ما في يده.

و أمّا توجيه [١] الفرق بأن الحواله استيفاء، و الاستيفاء إنّما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقّق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (فليس) بسديد، لأنّ الحواله و إن جعلناها استيفاء نقول:

إنّها بمنزله واقعا، لا بمنزله التوكيل فيه، لأنّ الحواله تفيد النقل و الملك - و إن لم يحصل القبض - إجماعا، حتى لو أراد المحيل بعد الحواله و قبل القبض دفع البدل لم يملك ذلك بدون رضا المحتال.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إنّ قدّمنا قول المحتال فالحكم واضح، فإن كان قبض برئت ذمّه المديون من مقدار المال، لأخذه بزعمه منه قهرا فيقاصه في مقداره، و ذمّه المحال عليه إن كانت مشغوله، لثبوت الحواله ظاهرا، و إن لم يقبض فله المطالبه.

هذا إذا حلف، و إن نكل حلف المديون و بطلت الحواله.

و لو انعكس الفرض، فالقول قول المحتال. (١) و إن قَدَمنا قول المحيل و لم يكن المحتال قد قبض، بطلت وكالته بإنكاره و حوالته بحلف المديون، و له أن يطالب المديون بحقّه، لبقائه بزعم المديون في ذمّته، مع احتمال عدمه، لزعمه أن لا حقّ له على المديون بالحواله، و أنّ حقّه على المحال عليه.

و إن كان قد قبض و كان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل، و له مطالبه المحيل بحقّه، لأنّه إن كان و كيلا فحقّه باق على المديون، و إن كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما، فله الرجوع عليه ببدله. و هذا بخلاف ما لو لم يقبض، حيث توجه احتمال عدم مطالبه المديون، لاعترافه ببراءته ثمّ، و أمّا هنا و إن كان قد برئ بالحواله بزعمه إلا أنّ ذمّته اشتغلت بظلمه ثانيا.

و لو كان المقبوض تالفا، فإن كان تلفه بتفريط فعليه بدله للمحيل، و يرجع عليه كما مرّ. و إن كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان: أحدهما عدم الضمان، لأنّه إمّا وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال، إذا لم يفرط، أو محتال فهو ماله. و الثاني الضمان، لأنّه و إن كان و كيلا ظاهرا إلا أنّه قبض المال لنفسه، و الوكيل يضمن بذلك، لأنّه خيانه. و على الأوّل ليس له مطالبه المحيل بحقّه و إن كان المحيل يزعم بقاءه، لاعتراف المحتال باستيفاء حقّه بزعمه.

قوله: «و لو انعكس الفرض فالقول قول المحتال».

بأن قال المديون بعد اتّفاقيهما على جريان لفظ الحواله: قصدت الحواله، و قال المحتال: بل و كلتنى، فيقدّم هنا قول مدعى الوكاله - و هو المحتال - بيمينه، لأصاله بقاء الحقيين السابقين، و المحيل يدعى خلافهما و انتقالهما، فكان عليه البيّنه. و تظهر فائده هذا الاختلاف عند إفلاس المحال عليه، و نحوه. و توجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا و جوابا، فيأتى فيه الوجهان، لرجوع الأمر إلى دعوى خلاف الظاهر أو خلاف الحقيقه.

و نقول هنا: إن قَدَمنا قول المحتال و حلف، فإن لم يكن قبض المال فليس له قبضه، لأنّ إنكار المحيل الوكاله يقتضى عزله لو كان و كيلا، و له مطالبه المحيل



## الثانية: إذا كان له دين على اثنين، وكلّ منهما كفيل لصاحبه

الثانية: إذا كان له دين على اثنين، (١) وكلّ منهما كفيل لصاحبه، و عليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صحّ، وإن حصل الفرق في المطالبه.

بحقه. و هل للمحيل الرجوع على المحال عليه؟ وجهان، من اعترافه بتحوّل ما كان عليه إلى المححال، و من أنّ المححال إن كان وكيلا فإذا لم يقبض بقى حقّ المحيل، و إن كان محتالا فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه، و ما على المحال عليه حقّه، فللمحيل أن يأخذه عوضا عمّا ظلم به. و إن كان قد قبض المال فقد برئت ذمّه المحال عليه على التقديرين.

ثمّ إن كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له، أو وجوب ردّه على المحيل، وجهان، مأخذهما أنّه جنس حقّه، و صاحبه يزعم أنّه ملكه، و اعترافه بأنّه ملك المحيل، و أنّه المخير في جهه الأداء. و الأوّل أجود.

و إن كان تالفا فإن كان بتفريط ضمنه للمحيل و طالبه بحقّه. و قد يمكن التقاصّ. و إن لم يكن بتفريط ففي ضمانه وجهان، مأخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا، فيده يد أمانه، و أنّه لا يلزم من تصديقه في نفى الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان، لأنّ يمينه إنّما كانت على نفى ما يدّعيه المحيل، لا على إثبات ما يدّعيه.

و إن قدّمنا قول مدّعي الحوالة فحلف برئ من دين المححال، و كان للمحال مطالبه المحال عليه، إمّا بالحوالة أو بالوكالة. و يتملّك ما يأخذه إمّا قصاصا على زعمه، أو لأنّه عين حقّه، كما اقتضاه الظاهر.

و اعلم أنّ هذا البحث كلّه إذا لم ينضمّ إلى لفظ الحوالة ما لا- يحتمل الوكالة، كما لو قال: أحلتك بالمائه التي لك على المائه التي لى على زيد، فإن هذا لا يحتمل إلا حقيقه الحوالة، فالقول قول مدّعيها قطعا، لامتناع إرادته المجاز أو الفرد المرجوح.

و لو لم يتّفقا على جريان لفظ الحوالة، بل قال: أحلتك فقال: بل وكتنتي، أو بالعكس، فالقول قول منكر الحوالة قطعا، لأصاله عدمها من غير معارض.

قوله: «إذا كان له دين على اثنين. إلخ».

لا بدّ قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقرير مقدّمه تبنى عليه، و هي أنّ

الضمان عندنا ناقل للمال من ذمّة المضمون إلى ذمّة الضامن، لا ضامّ لذمّته إلى ذمّته.

و مخالفونا جعلوه بمعنى الضمّ، كما قد سمعته غير مرّه.

و حينئذ فنقول: إذا كان لشخص على اثنين دين، و لنفرضه كما فرضه الشيخ [١] (رحمه الله) ألفاً، على كلّ واحد خمسمائه، فإذا كفّل كلّ واحد منهما صاحبه، أى ضمن ما عليه، فلا يخلو: إمّا أن يقتربنا أو يتلاحقا. و على التقديرين: إمّا أن يجيز المضمون له الضمانين أو أحدهما، أو لا يجيزهما. ثمّ إمّا أن نقول بكون الضمان ناقلاً أو ضامّاً.

فإن أجاز الضمانين و كانا متلاحقين اجتمع الجميع فى ذمّة الأخير. و إن كانا مقترنين انتقل ما فى ذمّة كلّ واحد منهما إلى ذمّة الآخر، و بقى الأمر كما لو لم يجزهما، فى استحقاقه فى ذمّة كلّ واحد خمسمائه. و إن أجاز أحدهما خاصّه صار الجميع فى ذمّة من أجاز ضمانه، النصف بالأصله و الآخر بالضمان. و على مذهب مخالفينا لو أجاز ضمانها صار مختيراً فى مطالبه كلّ منهما بالألف.

ثمّ لو أحال صاحب الحقّ عليهما ثالثاً بالألف، و قد ضمنا و أجاز ضمانهما، فعندنا يأخذ من كلّ واحد خمسمائه، لعدم تأثير الضمان من هذه الحيثية. و أمّا من جعله ضامّاً فاختلفوا هنا، فبعضهم (١) منع من هذه الحوالة، لأنّه لم يكن له إلّا مطالبه واحد منهما، فلا يستفيد بالحوالة زياده، كما لا يستفيد زياده قد و صفه. و بعضهم (٢) جوّز ذلك للأصل، و لعدم اعتبار هذا الارتفاع فى المنع، كما لو أحاله على من هو

ص: ٢٢٩

١-٢) المهذب للشيرازى راجع المجموع ١٣:٤٢٩.

٢-٣) المهذب للشيرازى راجع المجموع ١٣:٤٢٩.

## الثالثة: إذا أحال المشتري البائع بالثمن، ثم رد المبيع بالعيب السابق

الثالثة: إذا أحال المشتري البائع بالثمن، ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع البيع. وفيه تردد (١) أملى منه و أحسن وفاء.

إذا تقرّر ذلك، فالشيخ (رحمه الله) ذكر هذه المسألة في المبسوط، و حكم فيها بعدم الصّحّه، معللاً بما ذكرناه من زياده الارتفاق. وهذا لا يتم إلا على القول بأن الضمان بمعنى الضمّ - كما قد بيناه - إذ على تقدير النقل لم يستفد زياده ارتفاق، بل بقى الحكم كما كان. ومع ذلك فهو موضع نظر، لأن هذا الارتفاق لا يصلح للمانع، والمعروف من مذهبنا هو النقل، فالبحت كله ساقط.

و المصنّف (رحمه الله) وافق الشيخ على تصوير المسألة الذي (١) لا - يتم إلا - على القول بالضمّ، وهو لا - يقول به، وخالفه في الحكم، و حكم بالصّحّه متبهاً على أنّ الرفق المذكور غير مانع بقوله: «و إن حصل الرفق في المطالبه».

و الظاهر أنّ المصنّف - رحمه الله - لم يذكر المسألة إلا على وجه التفريع و التنبيه على أنّ ما حكم به الشيخ لا يتم و إن بنى على ذلك الأصل، نظراً إلى أنّ زياده الرفق لا - تمنع، كما لو أحال على من هو أكثر ملاءه. و أمّا ذكر (٢) الشيخ لها فيشعر بذهابه إلى كونه بمعنى الضمّ، إذ لا - يتم إلا - عليه. و المصنّف (رحمه الله) قد لوّح في المسألة بالخلاف فيما سبق في موضعين، أحدهما قوله: «على قول مشهور لنا» (٣)، و الآخر قوله: «على القول بانتقال المال» (٤)، كما تبهنا عليه في الموضوعين. و يمكن أن يكون الشيخ (رحمه الله) فرّع على مذهب المخالفين و إن لم يشير إليه، فقد اتفق له ذلك في المبسوط في مواضع.

قوله: «إذا أحال المشتري - إلى قوله - وفيه تردد».

منشأ التردد: من أنّ الحوالة تابعه للبيع، فإذا بطل البيع بطلت، لاستحاله

ص: ٢٣٠

١ - ١) في «م، و» التي.

٢ - ٢) كذا في «س، و». و في غيرهما: و أمّا ما ذكر الشيخ لها.

٣ - ٣) تقدّم في ص: ١٨٣.

٤ - ٤) تقدّم في ص: ٢٠٨.

وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه. وهو مذهب الشيخ (1) (رحمه الله). و من أنّ الحوالة ناقله للمال إلى ذمّه المحال عليه في حال كون المحتال مستحقاً للدين في ذمّه المشتري، فلا يزيله الفسخ المتعقب، لأنه أبطل العقد من حينه لا من أصله.

و تردد العلامة (2) في ذلك كالمصنّف.

و ربّما بنى الوجهان على أنّ الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل؟ نظراً إلى عدم اشتراط القبض فيها و لو كان الحقان من الأثمان، و لتحقق براءة ذمّه الأمر (3) بمجردها، و لأنها لو كانت اعتياضاً كانت بيع دين بمثله. أو اعتياض التفاتا إلى أنّه لم يقبض نفس حقّه، بل أخذ بدله عوضاً عنه، و هو معنى الاعتياض؟ فعلى الأوّل تبطل، لأنها نوع إرفاق، و إذا بطل الأصل بطلت هيئته الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسّره فأعطاه صحاحاً، ثمّ فسخ، فإنّه يرجع بالصحاح. و على الثاني لا يبطل، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً ثمّ فسخ، فإنّه يرجع بالثمن لا بالثوب.

و لا فرق في ذلك بين كون الردّ [1] بالعيب بعد قبض المبيع و قبله، و لا بين أن يتفق الردّ بعد قبض المحتال مال الحوالة و قبله، و لا بين الفسخ بخيار العيب و غيره من أنواع الخيار و الإقالة و الفسخ بالتحالف و نحوهما ممّا لا يبطل البيع من أصله.

و لكن المصنّف و الجماعه (4) مثّلوا بالعيب تبعاً لمن فرض المسألة. و كذا لا فرق بين العيب السابق على البيع و اللاحق على وجه يجوز الفسخ، كالعيب قبل القبض و قبل انقضاء الثلاثه في الحيوان.

ص: ٢٣١

١-١ (١) المبسوط ٣١٦:٢.

١-٢ (٢) إرشاد الأذهان ٤٠٢:١.

٣-٣ (٣) في «س، م» ذمّه الآخر.

٤-٥ (٥) منهم يحيى بن سعيد في الجامع: ٣٠٤، و العلامة في القواعد ١٨١:١.

فإن لم يكن البائع قبض المال، فهو باق في ذمّه المحال عليه للمشتري.

و إن كان البائع قبضه، فقد برئ المحال عليه، ويستعيده المشتري من البائع. (١) قوله: «فإن لم يكن البائع قبض المال- إلى قوله- ويستعيده المشتري من البائع».

هذا تفريع على القول ببطلان الحوالة. و تحريره: أنّ البائع المحتمل إن لم يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه، لبطلان الحوالة، فيبقى في ذمّه المحال عليه للمشتري كما كان، فلو خالف البائع و قبض بعد ذلك لم يقع عنه، لبطلان حقه. و هل يقع للمشتري؟ وجهان، مأخذهما بطلان الحوالة فيتبعها الإذن في القبض، لأنه كان من لوازمها، فيستحيل تخلفه عن ملزومه، و أنّ الإذن الضمني لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الشركة و الوكالة. و الأول أقوى. و الفرق أنّ الحوالة تنقل الحقّ إلى المحتمل، فإذا صار الحقّ له ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإذن، بخلاف الوكالة و الشركة، فإن القبض فيهما للمالك، فإذا بطل خصوص الإذن جاز أن يبقى عمومه، مع أنّ في بقاء الإذن الضمني فيهما أيضا نظرا، لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقى. و سيأتي- إن شاء الله تعالى- تحقيقه.

و إن كان قد قبض المال من المحال عليه تعين للمشتري، لقبضه بإذنه، فلا يقصر عن الوكيل، فليس له ردّه على المحال عليه، فلو ردّه عليه فللمشتري مطالبته.

ثمّ إن كان موجودا فظاهر، و إن كان تالفا لزمه بدله و إن تلف بغير تفريط، لأنه قبضه عن الثمن، فيكون مضمونا عليه.

و لو قلنا بعدم بطلان الحوالة و كان قد قبض برئ المحال عليه، و رجع المشتري على البائع، و لا يتعين حقه فيما قبضه. و إن لم يكن البائع قد قبض فله القبض.

و للمشتري الرجوع عليه قبل القبض، لأنّ الحوالة كالمقبوض، و من ثمّ يسقط حقّ حبس المبيع لو أحال المشتري البائع بالثمن. و يحتمل عدم جواز رجوعه عليه إلى أن يقبض، لعدم وجود حقيقه القبض، و إن وجد ما هو بمعناه في بعض الأحكام.

أمّا لو أحال البائع أجنبيًا بالثمن على المشتري، ثمّ فسخ المشتري بالعيب، أو بأمر حادث، لم تبطل الحوالة، لأنّها تعلّقت بغير المتبايعين، (١) و لو ثبت (٢) بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين.

قوله: «أمّا لو أحال البائع -إلى قوله- بغير المتبايعين».

أشار بالتعليل إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع و حوالة البائع الأجنبي على المشتري، فإنّ الحقّ في الأوّل كان مختصًا بالمتبايعين بسبب المبيع، فإذا بطل السبب بطلت التوابع، بخلاف حوالة الأجنبي، فإنّها لا تبطل و إن حكم بالبطلان ثمّ، لتعلّق الحوالة بغير المتعاقدين، حيث إنّ الثمن صار مملوكًا للمحتال الأجنبي قبل فسخ العقد. و نقل الشيخ هنا الإجماع على عدم البطلان (١). و لا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض و عدمه، لأنّ الناقل للملك هو الحوالة لا القبض.

و يحتمل ضعيفًا البطلان هنا أيضًا، لأنّ استحقاق المحتال استحقاق المحيل، فإذا بطل حقّ المحيل بطل تابعه. و وجه ضعفه: أنّه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك، لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض.

قوله: «و لو ثبت. إلخ».

أى فى موضع أحاله المشتري البائع و إحاله البائع الأجنبي على المشتري.

و وجهه: أنّ صحّة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين، فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن فى نفس الأمر فى ذمّه المشتري. و فى الحقيقة الحوالة وقعت فى نفسها باطله، لا أنّها بطلت بظهور بطلان البيع، و إنّما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من رأس.

و حينئذ فإن كان البائع أو المحتال لم يقبض فليس له القبض. و إن كان قد قبض رجع المشتري عليه، و له الرجوع على البائع لو كان القابض محتاله، لأنّه قد أوفاه للمحتال عمّا فى ذمّته، فقبضه، منسوب إليه. و ليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذ، لصدوره بإذنه.

ص: ٢٣٣

القسم الثالث في الكفاله و يعتبر رضا الكفيل و المكفول له، دون المكفول عنه. (١) قوله: «و يعتبر رضا الكفيل و المكفول له دون المكفول عنه».

لما كانت الكفاله من جمله العقود اللازمه فلا بد من وقوعها بين اثنين، و لو حكما، و رضاهما بذلك.

و مدار الكفاله على ثلاثه:

كفيل، و هو هنا بمعنى الفاعل، و إن كان يصلح للمفعول أيضا، لكنهم اصطالحوا على وضعه للفاعل، و تخصيص المكفول باسم المفعول.

و مكفول له، و هو صاحب الحقّ و لو بالدعوى.

و مكفول، و هو من عليه الحقّ أو الدعوى.

فلا بدّ من رضا اثنين منهم ليتمّ العقد، فالكفيل و المكفول له يتعيّن رضاهما.

أمّا الأول فواضح، لأنّ الإنسان لا يصحّ أن يلزمه الحقّ إلاّ برضاه. و أمّا الثاني فلاّنه صاحب الحقّ، فلا يجوز إلزامه شيئا بغير رضاه، و بهما يتمّ العقد.

و أمّا المكفول فلا يعتبر رضاه، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحقّ بنفسه أو وكيله، و الكفيل بمنزله الوكيل حيث يأمره بإحضاره، و غايه الكفاله هي حضور المكفول حيث يطلب. و هذا هو المشهور بين علمائنا و غيرهم.

و للشيخ (رحمه الله) قول باشرط رضاه (١)، لأنّه إذا لم يأذن فيها أو يرضى به

ص: ٢٣٤

و تصحّ حاله و مؤجله، على الأظهر. (١) و مع الإطلاق تكون معجّله.

و إذا اشترط الأجل، فلا بدّ أن يكون معلوماً. (٢) لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكّن من إحضاره، فلا تصحّ كفاله، لأنها كفاله بغير المقدور عليه. و هذا بخلاف الضمان، لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، و لا يمكن أن ينوب عنه في الحضور. و تبعه ابن إدريس (١)، و قوّاه في التحرير (٢).

و هو ضعيف، لأنّ مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه. و هو ممنوع، لأنّ المستحقّ متى طلبه و جب عليه الحضور و إن لم يكن مكفولاً إجماعاً.

و فائده الكفاله راجعه إلى إلزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لم يقصر عن وكيله، و إن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور معه و إن كان برضاه.

إذا تقرّر ذلك: فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حدّ رضا الآخرين، لأنّ رضاهما لا بدّ معه من اقترانه بالإيجاب و القبول الصادرين على وجههما، أمّا المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق، متقدّماً أو متأخراً أو مقارناً، كما في رضا المضمون.

قوله: «و تصحّ حاله و مؤجله على الأظهر».

هذا هو الأصحّ، للأصل، و لأنّ الحضور حقّ شرعي، فلا يمنعه الحلول.

و اشترط الشيخ (٣) و جماعه (٤) فيها الأجل كالضمان. و هو ضعيف.

قوله: «و إذا اشترط الأجل فلا بدّ أن يكون معلوماً».

هذا موضع وفاق، و لأنّ الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه كغيره من الآجال. و تبّه بذلك على خلاف بعض العامّة (٥)، حيث اكتفى فيها بالأجل المجهول، لاشتمالها على التبرّع، فيتسامح فيها كالعاريه.

ص: ٢٣٥

١-١) السرائر ٧٧:٣.

٢-٢) تحرير الأحكام ١:٢٢٤.

٣-٣) النهاية: ٣١٥.

٤-٤) منهم المفيد في المقنعه: ٨١٥ و أبو الصلاح في الكافي: ٣٣٩، و ابن حمزه في الوسيله ٢٨١.

٥-٥) المهذب للشيرازي راجع المجموع ٤٧:١٤-٤٨.



و للمكفول له، مطالبه الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً، إن كانت مطلقه أو معجله و بعد الأجل إن كانت مؤجله. فإن سلّمه تسليمًا تامًا (١) فقد برئ. و إن امتنع، كان له حبسه حتى يحضره، أو يؤدّى ما عليه.

و فساد ظاهر، لأنّ العاريه غير لازمه، فلا يقدر فيها الأجل المجهول، لجواز المطالبه بالمستعار فى الأجل و إن كان معلوما.

قوله: «فإن سلّمه تسليمًا تامًا. إلخ».

المراد بالتسليم التامّ أن يكون فى الوقت و المكان المعين إن عيناها فى العقد، و فى بلد العقد مع الإطلاق، و لا يكون للمكفول له مانع من تسليمه، بأن لا- يكون فى يد ظالم، و لا- متغلب يمنعه منه، و لا- فى حبسه، و لا- فى موضع لا- يتمكّن من وضع يده عليه، لقوّه المكفول و ضعف المكفول له، و نحو ذلك، فإذا سلّمه كذلك فقد برئ من عهده. فإن لم يتسلّمه منه و أمكن تسليمه إلى الحاكم سلّمه كذلك فقد برئ من عهده. فإن لم يتسلّمه منه و أمكن تسليمه إلى الحاكم سلّمه إليه و برئ أيضًا. و لو لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له و امتناعه من قبضه. و الأقوى الاكتفاء بالإشهاد و إن قدر على الحاكم، لأنّ مع وجود صاحب الحقّ لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم و غيره. و هذا ما يتعلّق بالكفيل إذا بذل.

أمّا إذا امتنع من التسليم التامّ ألزمه الحاكم به، فإن أبى حبسه حتى يحضره، و له عقوبته عليه كما فى كلّ ممتنع من أداء الحقّ. ثمّ إن سلّمه بعد ذلك فلا- كلام، و إن أبى و بذل ما عليه فظاهر المصنّف الاكتفاء به فى براءته. و عليه الشيخ (١) -رحمه الله- و جماعه (٢)، لحصول الغرض من الكفاله. و هذا على تقدير تمامه إنّما يصحّ فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالقصاص، و زوجيه المرأه، و الدعوى بعقوبه توجب حدًا أو تعزيرًا، فلا بدّ من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل، أمّا ما له بدل كالديه فى القتل و إن كان عمدا، و مهر مثل الزوجه، و جب عليه البدل.

ص: ٢٣٦

(١-١) النهايه: ٣١٥.

(٢-٢) منهم سلّار فى المراسم: ٢٠٠ و ابن إدريس فى السرائر ٧٨: ٢، و العلامه فى الإرشاد ١: ٤٠٣.

و لو قال: إن لم أحضره، كان (١) عليّ كذا لم يلزمه إلا إحضاره دون المال. و لو قال: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط من المال.

و ذهب جماعه من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة (١) إلى أنه لا- يتعين على المكفول له قبول الحق، بل له إلزامه بالإحضار مطلقا، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، فقد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره و خصوصا فيما له بدل، فإنّه بدل اضطرارى لا عين الحقّ الذى يتعلّق الغرض غالبا بحصوله. و هذا هو الأقوى.

إذا تقرّر ذلك: فإن رضى المكفول له بالمال و أداه الكفيل، فإن كان قد كفل بإذن الغريم، أو أدى بإذنه و إن كان كفل بغير إذنه، فله الرجوع عليه. و إن انتفى الأمران فإن أمكنه إحضاره فلم يحضره لم يرجع عليه. و كذا إن كفل بإذنه و أدى بغير إذنه مع تمكّنه من مراجعته، لأنّ الكفاله لم تتناول المال اختيارا، فيكون كالمتبرّع.

و إن تعذّر عليه إحضاره رجع عليه مع إذنه فى الكفاله. و فى رجوعه مع عدمها نظر.

و ظاهرهم أنّه يرجع أيضا.

و الفرق بين الكفاله و الضمان- فى رجوع من أدى بالإذن هنا و إن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان- أنّ الكفاله لم تتعلّق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبه إليه حكم الأجنبيّ، فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمّته بمجرد الضمان، فلا ينفعه بعد ذلك الإذن فى الأداء، لأنّه كإذن الأجنبيّ للمديون فى أداء دينه. و أمّا إذا أذن له فى الكفاله و لم يأذن له فى الأداء مع تعذّر الإحضار فإنّ ذلك من لوازم الكفاله، فالإذن فى الكفاله إذن فى لوازمها.

قوله: «و لو قال إن لم أحضره كان. إلخ».

هذه المسأله ذكرها الشيخ (رحمه الله) فى النهايه (٢)، و تبعه عليها المصنّف

ص: ٢٣٧

١- (١) التذكرة ١٠٢: ٢. راجع أيضا جامع المقاصد ٣٩٢: ٥- ٣٩٣.

٢- (٢) النهايه: ٣١٥.

و جماعه (١) من الأصحاب. و مستندهم فى ذلك روايه داود بن الحصين، عن أبى العباس، عن الصادق-عليه السلام-قال: «سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما. قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا، إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله (٢)». و فى روايه أخرى فى طريقها أبان بن عثمان، عن أبى العباس قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل كفل لرجل بنفس رجل فقال: إن جئت به و إلا فعلى خمسمائه درهم. قال: عليه نفسه و لا شىء عليه من الدرهم. فإن قال: على خمسمائه درهم إن لم أدفعه إليه، قال: تلزمه الدرهم إن لم يدفعه إليه (٣)».

و إنما ذكرنا الروایتين ليرتّب عليهما الكلام فى حكم المسألتين، و الفرق بينهما.

و قد عرفت منهما أنّ قول المصنّف فى الثانيه: «لزمه المال» ليس بجيد، بل يجب تقييده بما قيد فى الروايه بقوله: «إن لم يحضره» و نحوه. لكن الشيخ (رحمه الله) مع ذكره للروایتين فى التهذيب ذكر المسألتين كما ذكره المصنّف من لزوم المال فى الثانيه من غير قيد [١]. و تبعه المصنّف هنا و العلامه فى القواعد (٤) و الإرشاد (٥). و قد تتبّه المصنّف

ص: ٢٣٨

- 
- ١- ١) منهم العلامه فى التذكرة ١٠٢: ٢، و الشهيد فى اللمعه: ٨٥، و ابن فهد فى المهذب البارع ٢: ٥٣١-٥٣٢.
  - ٢- ٢) الفقيه ٥٤: ٣ ح ١٨٧، التهذيب ٢٠٩: ٦ ح ٤٨٨، الوسائل ١٥٧: ١٣ ب «١٠» من أبواب أحكام الضمان ح ٢.
  - ٣- ٣) الكافي ١٠٤: ٥ ح ٣، التهذيب ٢١٠: ٦ ح ٤٩٣، الوسائل ١٥٧: ١٣ ب «١٠» من أبواب أحكام الضمان ح ١.
  - ٤- ٥) قواعد الأحكام ١٨٣: ١.
  - ٥- ٦) إرشاد الأذهان ٤٠٣: ١.

لذلك فى النافع فقال: كان ضامنا للمال إن لم يحضره فى الأجل (١). وكذلك العلامه فى التحرير (٢) و التذكره (٣). فهذا ما يتعلق بحكم المسأله و التقصير فى تأديتها.

ثم يبقى الإشكال فى الفرق بين المسألتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط و تأخيرها، فإن ذلك لا مدخل له فى اختلاف الحكم، لأن الشرط و إن تأخر فهو فى حكم المتقدم، إلا أن الجماعه جمدوا على النص، و مع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت.

و يبقى الكلام فى المستند، فان فى سند الروايتين ضعفا و جهاله فى بعض رجالهما، فالاستناد إليهما فى هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعيه و العربيه لا يخلو من إشكال.

ثم إن جماعه من الأصحاب لهم فى الاعتذار عن ذلك وجوه:

(منها): الجمود على النص من غير تعب على تعليل و لا التفات إلى مخالف.

و هو طريقه الشيخ و متابعيه. و مع ذلك لا يتحاشون من عدم صحه المستند، كما قد علم ذلك من طريقه الشيخ «رحمه الله»، سيما فى النهايه التى قد ذكر فيها هذه المسأله، فإنه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثير منها. و لا يخفى ما فى هذه الطريقه من الخطر، خصوصا فى مثل هذا الحكم المخالف للأصول، مع ضعف المستند.

(و منها): أن الحكم فى المسألتين إجماعى، و مع ذلك منصوص، فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين. و هذا ذكره ابن فهد فى المهذب (٤)، و تبعه المحقق الشيخ على - رحمه الله - (٥) فى الشرح.

ص: ٢٣٩

١-١) المختصر النافع: ١٤٣.

٢-٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

٣-٣) التذكره ١٠٢: ٢.

٤-٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٢.

٥-٥) جامع المقاصد ٣٩٣: ٥.

و فيه نظر، لمنع الإجماع فى موضع النزاع، فإنّ أحدا من الأصحاب لم يدّعه، و الموجود كلامهم فى المسأله جماعه يسيره، و الباقون لا نعرف حكمهم فيها. و مع ذلك فقد ذكرها العلامه فى المختلف (1)، و حكى فيها كلام الشيخ و من تبعه، ثمّ قال:

«و عندى فى هذه المسأله نظر»، ثمّ نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف ما ذكره الشيخ و الجماعه، و قال: «إنّ كلام ابن الجنيد أنسب». و قد عرفت أنّ للمصنّف وحده فيها قولين هنا و فى النافع، و للعلامه وحده فيها أربعة مذاهب كما سنينّه، فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب.

(و منها): ما فرّق به ابن إدريس فقال: إنّه يلزمه ضمان النفس حيث بدأ بضمانها، و يلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمانه (2). و هو فرق بنفس الدعوى لا- يتحصّل له فائده. قال المصنّف- رحمه الله- فى نكت النهايه فى ردّه: إنّ الشرط متقدّم على المشروط طبعاً، فلا عبره بتأخره وضعاً (3).

(و منها): ما ذكره الشيخ على (رحمه الله) من أنّ السرّ فى لزوم المال إذا قدّمه براءه ذمّه المضمون عنه، فتمتنع الكفاله، و إذا قدّم الكفاله كان الضمان المتعقّب لها- لكونه معلّقاً على شرط- باطلاً، و لمنافاه الضمان صحّه الكفاله (4).

و هذا السرّ الذى أظهره ناش من ظاهر كلام القواعد (5) و ما أشبهها- كعباره المصنّف فى الكتاب- حيث أطلقوا لزوم المال فى المسأله الثانيه. و قد عرفت أنّه فى الروايه مشروط بعدم إحضاره، فتكون الكفاله أيضاً صحيحه و إن تأخّرت عن ذكر المال. هذا مع أنّه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم إحضاره، فكيف

ص: ٢٤٠

١- ١) المختلف: ٤٣٥.

٢- ٢) السرائر ٧٥: ٢.

٣- ٣) لم نجده فيه.

٤- ٤) جامع المقاصد ٣٩٣: ٥.

٥- ٥) قواعد الأحكام ١٨٣: ١.

يقال ببراءة ذمّه المضمون عنه حتى يمتنع كفالتة؟ وما هذا إلا رجوع إلى فرق ابن إدريس الذى لم يجد نفعاً.

و مع تقديم الكفاله قد ذكر فى الروايه أنه إن جاء به فى الأجل فليس عليه مال، و مفهوم الشرط أنه إن لم يجىء به لزمه المال، فدلّ بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة و أبداه من الفرق، إلا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط.

و أيضا فإنّ المسأله أعمّ من كون المكفول على مال و غيره، من قتل و زوجيه و غيرهما ممّا لا يقبل الضمان. و على تقدير المال فما جعله الضامن عليه من كذا فى الأولى، و خمسائه فى الثانيه، و مطلقا فى كلام الجماعة، أعمّ من كونه مساويا للحقّ الذى على المكفول و زائدا و ناقصا، و مماثلا- له فى الجنس و مخالفا. و الضمان الذى ادّعوه فى بيان الفرق لا- يتم إلا فى قليل من هذه الأقسام كما لا يخفى.

و أيضا ليس فى العبارة التى ذكروها فى المسألتين لفظ يدلّ على كفاله صحيحه شرعا، و إنّما الموجود فيهما ضمان معلق على شرط تقدّم أو تأخّر. و أمّا الكفاله فهى مجعوله شرطا، و مجرد ذلك لا يكفى فى عقد الكفاله. و لو قيل: إنّه أتى قبل ذلك بلفظ يدلّ عليها، فتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول المسألتين، و مبطل للسّر الذى ادّعوه فى الفرق بينهما.

و أمّا لفظ الروايه فيمكن أن يستفاد منه كونه كفل كفاله صحيحه قبل ذكر الشرط و جزائه، كما يستفاد من قوله: «يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به» إلى آخره، فإنّه جعل الشرط متعقبا لكفاله فرضها، فلا- بدّ من سبق كفاله على ما ذكر فى المسألتين. و هذا تقصير آخر فى عباره الجماعة.

ثمّ يقال (1) فى دعوى الإجماع على هذا الحكم مع تعليه بالسّر المذكور: إنّ الإجماع إن كان على الحكم الذى أظهر سرّه، و من جملة لزوم المال خاصّه فى الثانيه،

فقد عرفت أنّ القائل به قد خالف نفسه، وأثبت في غير الكتاب حكماً مخالفاً لهذا الحكم، وهو أنّ اللازم هو الكفالة، وأنّ المال لا- يضمن إلا- إذا لم يحضره، وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة- كما تقدّم (١) على بعض الوجوه- لا- دليل على صحّ الضمان، فكيف يتحقّق الإجماع على مسأله قد خالف فيها مثل العلّامه و المحقّق و ابن الجنيد، و الشهيد- رحمه الله- أيضاً، فإنّه قيد لزوم المال بعدم إحضاره في اللّمعه (٢)، و بعض ما حقّقه على المسأله؟!.

و إن كان الإجماع وقع على الحكم مع القيد بطل السرّ المذكور، و مع ذلك يصير ما خلا عنه من العبارات مخالفاً له في الحكم. و هو قول آخر في المسأله.

(و منها): ما نقله فخر الدين (٣)- رحمه الله- عن والده أنّه حمل الروايه على أنّه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه، كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أحضره فعلىّ عشره دنائير مثلاً، فهنا لا يلزمه المال إجماعاً، لأنّه التزم بما ليس عليه. أمّا الثانيه فإنّه التزم بما هو عليه و هو الدينار مثلاً، فكأنّه قال: علىّ الدينار الذي عليه إن لم أحضره.

و لا يخفى بعد هذا الحمل عن إطلاق المال في صورتين المتقاربتين. بل نقول: مقتضى القواعد العربيّه أنّ المالين في صورتين واحداً، لأنّه قال في الروايه:

«فعليه كذا و كذا درهماً» ثمّ قال: «إلا أن يبدأ بالدرهم» فأتى بها معرفه، و من القواعد المقرّره أنّ اللفظ إذا تكرّر و كان الثاني معرّفاً يكون هو الأوّل حملاً- للآم على العهديّه، سواء كان الأوّل منكراً كقوله تعالى أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ (٤)، أم معرّفاً كقوله تعالى فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا، إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا (٥). و من هنا قيل: لن يغلب عسر يسرين. و أمّا الروايه الثانيه فالمال فيها في

ص: ٢٤٢

١- ١) في ص: ٢٤٠.

٢- ٢) اللّمعه الدمشقيه: ٨٥.

٣- ٣) لم نجده في الإيضاح.

٤- ٤) المزمّل: ١٥-١٦.

٥- ٥) الانشراح: ٥-٦.

الصورتين متحد القدر، وهو خمسمائه، فلا يصح هذا الحمل على الروائتين.

و مع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الإجماع على أنّ المراد هو ما أطلقوه، والحال أنّ هذا قول آخر في المسألة غير ما سبق.

وقد صار للعلامة وحده في هذه المسألة أربعة أقوال، هذا أحدها. والثاني قوله في القواعد (1) بلزوم المال في الثانيه مطلقا. والثالث في التحرير (2) والتذكرة (3) بلزوم المال إن لم يحضره. والرابع في المختلف (4) بمذهب ابن الجنيّد. وهو قول يحتاج تقريره إلى تطويل فأعرضنا عنه هنا.

(و منها): ما ذكره المقداد (رحمه الله) وقال: إنّه حسن (5) لم يذكره أحد من الأصحاب. و ملخصه: أنّ المراد من الأولى الإتيان بصيغته الكفاله و تعقبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضى صحه الكفاله، لتصريحه بها، و ما بعدها بالتزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضى صحه الكفاله، لتصريحه بها، و ما بعدها من المال أمر لازم للكفاله، لما تقدّم من أنّ مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به. و أمّا الثانيه فإنّها تشمل على ضمان معلق على شرط، و الشرط متأخر، فهي إمّا مبتيه على جواز الضمان المعلق على شرط، أو أنّ الضمان تمّ بقوله: «على كذا» و الشرط بعده مناف له فلا يلتفت إليه، لأنّه كتعقيب الإقرار بالمنافى.

و لا يخفى ما فى هذا الفرق من الفساد، خصوصا الكلام فى الثانيه. و تحريره:

أنّ المال المذكور فى الشرط أعمّ من كونه هو المقصود من الكفاله و غيره، كما سبق تقريره، فكونه قد ذكر لازم الكفاله مطلقا ممنوع. و أمّا الحكم بصحّ الضمان و إلغاء الشرط مع اتّصاله به، و كون الكلام جملة واحده لا يتمّ إلاّ بآخره، فعجيب، و قياسه

ص: ٢٤٣

- 
- ١-١) قواعد الأحكام ١٨٣:١.
  - ٢-٢) تحرير الأحكام ٢٢٥:١.
  - ٣-٣) التذكرة ١٠٢:٢.
  - ٤-٤) المختلف: ٤٣٥.
  - ٥-٥) التنقيح الرائع ١٩٧:٢-١٩٨.



على الإقرار أعجب، فإن صيغ العقود كلها إذا علقت على الشروط المفسده يحكم بفسادها و إن تأخر الشرط إجماعاً، والإقرار خارج من البين من جهة أنه إخبار لا إنشاء، وللإجماع عليه.

إذا تقرّر ذلك فنقول: الذي يقتضيه ظاهر الرواية أن الكفاله وقعت بصيغه تامّه في الموضوعين، و تعقبها ما ذكر من الاشتراط، بدليل قوله: «رجل تكفّل بنفس رجل» ثمّ قسّمها إلى القسمين، فإنّ التكفّل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعي، و إنّما يتمّ بذكر لفظ يوجبه. و قوله بعده: «فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا» إمّا أن يحمل على كون المكنّى عنه هو الحقّ المكفول لأجله، عملاً بقريته مقتضيات الكفاله.

و حينئذ فلا إشكال في الأولى، لأنّه يصير كفيلاً أبداً، و ما ذكر بعد الكفاله غير مناف.

ثمّ إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال إن لم يأت به إلى الأجل، لأنّ مفهوم «إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال» أنّه إذا لم يجيء به إليه فعليه المال. و حينئذ فلا فرق بين الصيغتين، لأنّه حكم في الثانيه بهذا الحكم أيضاً، لأنّه قال: «إلاّ أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل»، و يكون الاستثناء منقطعاً، إذ لم يحصل به إخراج، لا اتحاد الحكم في المسألتين، فكأنّه بين أنّ الحكم هكذا، إن قدّم الدراهم أو أخرها. و بقى قوله في الروايه الثانيه: «عليه نفسه و لا شيء عليه من الدراهم» ناظراً إلى نفس حكم الكفاله، لا إلى ما يترتب عليها عند الإخلال بالإحضار. و إن لم يعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدّم.

و إمّا أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعمّ من الحقّ، فيكون على سبيل الجعاله، فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به في الموضوعين، بإعمال مفهوم الشرط في الأولى، و للتصريح في الثانيه. و يناسب هذا الحمل كون الكفاله قد لا تكون غايتها المال، كالقصاص و الزوجيه.

ثمّ على تقدير كون المال مجانساً للمكفول لأجله ينبغي الحكم باحتسابه منه،

و من أطلق غريما من يد صاحب الحقّ قهرا، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه. (١) و لو كان قاتلا، لزمه إحضاره، أو دفع الديه. (٢) نظرا إلى اقتضاء الكفاله ذلك. و لو كان مخالفا احتمل ردّه إليه بالقيمه أيضا. و إن لم تكن الكفاله لأجل مال فهو التزام و تبرّع محض، و إطلاق الروايه يقتضى صحّته.

و على ما قرّره فمخالفه الروايه للأصول ليس كثيره عند إطلاقها، و لو خصّصناها بالمال المقصود حصل المقصود، و إن بقى فى عباره الروايه قصور فى البلاغه، حيث اتّحد الحكم فى المسألتين، مع كونه قد ردّد بينهما، إلاّ أنّه أسهل من مخالفه الأصول بغير موجب. و مع هذا فإثبات الأحكام الخارجيه على تقدير العمل بإطلاقها لا يخلو من بعد، لقصور الروايه عن إثبات مثل هذه الأحكام. و لقد كنّا فى سعه من هذا الاختلاف لو اطرحنا أمثال هذه الروايات التى هى من شواذ الآحاد.

و بالله التوفيق.

قوله: «و من أطلق غريما من يد صاحب الحقّ قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه».

لأنّه غضب اليد المستولىه المستحقّه من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ الذى بسببه ثبتت اليد عليه. و ينبغى أن يكون الحكم هنا كما سلف (١) فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، فيطالب بالتسليم مع الإمكان، لا أن يفوّض التخيير إليه. و حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضى الرجوع.

قوله: «و لو كان قاتلا لزمه إحضاره أو دفع الديه».

لا فرق فى ذلك بين كون القتل عمدا و غيره، إذ القصاص لا يجب إلاّ على المباشر، فإذا تعدّر استيفاءه وجبت الديه، كما لو هرب القاتل عمدا، أو مات. ثمّ إن استمرّ القاتل هاربا ذهب المال على المخلص، و إن تمكّن الوليّ منه وجب عليه ردّ

ص: ٢٤٥

١ - ١) فى ص: ٢٣٦.

و لا بدّ من كون المكفول معيناً، (١) فلو قال: كفلت أحد هذين، لم يصحّ.

و كذا لو قال: كفلت يزيد أو عمرو. و كذا لو قال: كفلت يزيد، فإن لم آت به فعمرو.

## و يلحق بهذا الباب مسائل

### إشارة

و يلحق بهذا الباب مسائل:

### الأولى: إذا أحضر الغريم قبل الأجل، وجب تسلمه

الأولى: إذا أحضر الغريم قبل الأجل، وجب تسلمه، إذا كان لا ضرر عليه. و لو قيل: لا يجب، كان أشبه. (٢) الدية إلى الغارم و إن لم يقتص من القاتل، لأنّها إنّما وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت، و عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحقّ. و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله، و تعذّر استيفاء الحقّ من قصاص أو مال، و أخذ المال أو الدية من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلّصه لعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحقّ.

قوله: «و لا بدّ من كون المكفول معيناً. إلخ».

و هذه الثلاثة تشترك في إبهام المكفول، فتبطل الكفاله، لأنّه لا يعلم المكفول بعينه ليستحقّ المطالبه بإحضاره. و يزيد الثالث أنّ كفاله عمرو معلقه على شرط، و هو عدم الإتيان بزيد، فيبطل من هذا الوجه أيضاً، و كفاله زيد ليست متعينه، لأنّ الكفيل جعل نفسه فيه في فسحة بإحضار عمرو إن اختار، فيرجع إلى الإبهام كالسابق. و هذا ممّا لا خلاف فيه.

قوله: «إذا أحضر الغريم - إلى قوله - كان أشبه».

القول بوجوب تسلمه قبل الأجل للشيخ (١) - رحمه الله - بشرط انتفاء الضرر.

و الأقوى ما اختاره المصنّف من عدم الوجوب، لأنّه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب بعد، فلا يعتد به. و مثله ما لو سلّمه في غير المكان المشروط، أو الذي يحمل الإطلاق عليه، و إن انتفى الضرر، أو كان أسهل، لما ذكر.

ص: ٢٤٦

و لو سلّمه، و كان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهره، لم يبرأ الكفيل. (١) و لو كان محبوساً (٢) في حبس الحاكم و جب تسلّمه، لأنّه متمكّن من استيفاء حقّه. و ليس كذلك لو كان في حبس ظالم.

### الثانيه: إذا كان المكفول عنه غائباً، و كانت الكفاله حاله

الثانيه: إذا كان المكفول (٣) عنه غائباً، و كانت الكفاله حاله، أنظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به. و كذا إن كانت مؤجله، آخر بعد حلولها بمقدار ذلك.

قوله: «و لو سلّمه -إلى قوله- لم يبرأ الكفيل».

المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع منه بوجهه، كما مرّ (١)، فلا يعتدّ بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض، بقاهر و غيره. و هو واضح.

قوله: «و لو كان محبوساً. إلخ».

الفرق بين الحبسين واضح، فإنّ الحاكم لا يمنعه من إحضاره و مطالبته بحقّه، بخلاف الظالم، فقد يفرض فيه المنع. و لا بدّ من تقييده بكونه ممنوعاً منه، فلو كان المكفول له قادراً على تسلّمه تامّاً في حبس الظالم، بواسطة صحبته للظالم أو قوّته و نحو ذلك، فهو كما لو لم يكن محبوساً. و إنّما أطلق المصنّف و الجماعه (٢) ذلك بناء على الغالب من تعذّر تسلّمه تامّاً كذلك.

و حيث يكون في حبس الحاكم و طالب الحاكم يا حضاره أحضره مجلسه و حكم بينهما، فإذا فرغت الحكومه ردّه إلى الحبس بالحقّ الأوّل. و لو توجه عليه حقّ للمكفول له يوجب الحبس، حبسه بهما، و توقّف فكّه على تخلصه منهما.

قوله: «إذا كان المكفول. إلخ».

محلّ الإنظار ذلك المقدار بعد مطالبه المكفول له يا حضاره، لا بمجرد الحلول.

و المراد من الغائب هنا من يعرف موضعه و لم ينقطع خبره، فلو لم يعرف لانقطاع خبره

ص: ٢٤٧

١ - ١) في ص: ٢٣٦.

٢ - ٢) كالشيخ في المبسوط ٢: ٣٣٨، و العلامه في التحرير ١: ٢٢٥، و الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣٩٢.

## الثالثة: إذا تكفل بتسليمه مطلقا، انصراف إلى بلد العقد

الثالثة: إذا تكفل بتسليمه (١) مطلقا، انصراف إلى بلد العقد. وإن عين موضعا لزم. ولو دفعه في غيره لم يبرأ. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفه، ولا في تسلّمه ضرر، وجب تسلّمه، وفيه تردّد.

## الرابعة: لو اتفقا على الكفاله، وقال الكفيل: لا حق لك عليه

الرابعة: لو اتفقا على الكفاله (٢)، وقال الكفيل: لا حق لك عليه، كان القول قول المكفول له، لأنّ الكفاله تستدعي ثبوت حقّ.

لم يكلف الكفيل إحضاره، لعدم الإمكان، ولا شيء عليه، لأنّه لم يكفل المال، ولم يقصّر في الإحضار. ولا فرق في الغائب المعلوم محلّه بين المتجاوز لمسافه القصر وغيره، خلافا لبعض العامه (١).

قوله: «إذا تكفل بتسليمه. إلخ».

أطلق المصنّف -رحمه الله- وجماعه (٢) انصراف إطلاق الكفاله إلى بلد العقد، لأنّه المفهوم عند الإطلاق. وهذا التعليل يتمّ لو كان محلّ العقد بلد المكفول له، أو بلد قرار لا ينافي الإراده عرفا. فلو كان برّيه، أو بلد غيره، قصدهما مفارقتة سريعا، بحيث تدلّ القرائن على عدم إرادته، أشكل انصراف الإطلاق إليه. وقد تقدّم (٣) الكلام على نظيره في السّلم، إلا أنّهم لم ينقلوا هنا خلافا. وعلى كلّ حال فالتعيين أولى. وحيث يعيّن أو يطلق، ويحضره في غير بلد عينه هو أو الشارع، لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر، عملا بالشرط. والمخالف الشيخ (٤) (رحمه الله) كما مرّ في الزمان (٥).

قوله: «لو اتفقا على الكفاله. إلخ».

إنكار الكفيل الحقّ على المكفول إمّا أن يريد به نفيه ابتداء، بحيث لم يكن

ص: ٢٤٨

١-١) المنهاج راجع السراج الوهاج: ٢٤٢.

٢-٢) راجع المبسوط ٢: ٣٣٨ والتحرير ١: ٢٢٥ وجامع المقاصد ٥: ٣٨٩-٣٩٠.

٣-٣) في ج ٣: ٤٢٣.

٤-٤) كما في المبسوط ٢: ٣٣٨.

٥-٥) في ص: ٢٤٦.

## الخامسة: إذا تكفل رجلان برجل، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر

الخامسة: إذا تكفل رجلان برجل، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر.

و لو قيل بالبراءة، كان حسنا. (١) وقت الكفالة، أو يريد به نفيه الآن، بأن يكون قد أوفى أو أبرأه المستحق. فإن كان الأول - وهو المراد هنا - فالدعوى راجعه إلى صحه الكفاله و فسادها، فإن شرط صحتها ثبوت حق للمكفول له عند المكفول، و الكفيل يدعى فسادها، فلا يلتفت إلى قوله، لأن القاعدة تقديم مدعى الصحه لكن مع يمينه.

لا- يقال: يكفى في صحتها مجرد الدعوى و إن لم يكن الحق ثابتا، و إنكار الكفيل الحق لا- يرفع الدعوى، فلا يقتضى بطلان الكفاله.

لأننا نقول: إنكاره لنفس الدين مع اعترافه بالدعوى لا- يؤثر في سقوط حق الإحضار عنه، فلا- معنى لإنكاره، لأن غرضه إبطال الكفاله ليسقط عن نفسه وجوب الإحضار، و اعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه. و الغرض من المسأله إنكاره حقا يجوز الكفاله، فيكفى فيه أحد الأمرين: الدعوى و ما تضمنته. و الحق المنفى في العبارة نكره تفيد عموم الحق، فيشمل الدعوى.

و على هذا فإذا حلف المكفول له، و تعذر على الكفيل إحضار الغريم، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه؟ احتمال، و الأقرب عدم الوجوب، لأن الكفاله أنما تستدعى ثبوت الحق لا المال. نعم، لو أقام المدعى البينه بالحق و أغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول، لاعترافه ببراءة ذمته و أنه مظلوم.

و إن كان المراد الثانى، و هو نفي الحق عن المكفول الآن، فإن مرجع قوله إلى سقوط الكفاله عنه الآن و إن كانت قد لزممت ابتداء، فالقول قول المكفول له أيضا، لأصالة بقاء الحق. و سيأتى - إن شاء الله - بقيه حكمه.

قوله: «إذا تكفل رجلان برجل - إلى قوله - كان حسنا».

ما حسنه المصنّف حسن، لأن المقصود تسلمه له و قد حصل، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى برئ الكفيل، لحصول الغرض، فإذا سلمه أحد الكفيلين أولى.

و هل يشترط مع ذلك تسليمه عنه و عن شريكه، أم يكفى الإطلاق، بل

و لو تكفّل (١) لرجلين برجل، ثمّ سلّمه إلى أحدهما، لم يبرأ من الآخر.

### السادسه: إذا مات المكفول، برئ الكفيل

السادسه: إذا مات المكفول، برئ الكفيل. (٢) تسليمه عن نفسه؟ وجهان يأتي مثلهما فيما لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبي. و مثله يأتي في وجوب قبول المكفول له قبضه عمّن لم يسلم، إذ لا يجب عليه قبول الحقّ ممّن ليس عليه لو بذله، و من حصول الغرض و هو التسليم. و ظاهر إطلاق المصنّف و جماعه (١) الاجتزاء به مطلقاً. و هو متّجه.

و القول بعدم البراءة للشيخ (٢) (رحمه الله) محتجّاً بتغاير الحقيّن، و لأنّه لا دليل عليه و هو ضعيف. و تظهر الفائدة لو ظهر بعد تسليم الأوّل.

قوله: «و لو تكفّل. إلخ».

الفرق بينه و بين السابق واضح، فان العقد هنا مع الاثنين بمنزله عقدين، فهو كما لو تكفّل لكلّ واحد منهما على انفراده، و كما لو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما، فإنّه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإنّ الغرض من كفالتهما معا إحضاره و قد حصل.

قوله: «إذا مات المكفول برئ الكفيل».

أمّا براءته بموته فلائنّ متعلّق الكفاله النفس و قد فاتت بالموت، و لأنّ المتبادر من الكفاله إنّما هو الإحضار في حال الحياه، فيحمل الإطلاق عليه.

و يمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفاله: كفلت لك حضور بدنه، أو حضور نفسه، أو حضوره، فيجب في الأوّل إحضاره ميّتا إن طلبه منه، و إلّا فلا. و بينى الثانى على أنّ الإنسان ما هو؟ فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، و إلّا فلا، إلّا أنّ هذا يضعف بانتفاء الفائدة في إحضار الميت. هذا كلّه إذا لم يكن الغرض الشهاده على صورته، و إلّا و جب إحضاره ميّتا مطلقاً حيث تمكّن الشهاده عليه، بأنّ لا يكون قد تغيّر بحيث لا يعرف. و لا فرق في ذلك بين كونه قد دفن و عدمه، لأنّ

ص: ٢٥٠

١- ١) منهم العلامه في التذكره ٢:١٠١، و الفخر في الإيضاح ٢:١٠١، و الشهيد في اللمعه: ٨٥.

٢- ٢) المبسوط ٢:٣٣٩.

و كذا لو جاء المكفول و سلّم نفسه. (١)

### فرع لو قال الكفيل: أبرأت المكفول

فرع لو قال الكفيل (٢): أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، كان القول قوله، فلو ردّ اليمين إلى الكفيل فحلف، برئ من الكفاله، و لم يبرأ المكفول من المال.

ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

قوله: «و كذا لو جاء المكفول و سلّم نفسه».

أى سلّم نفسه للمكفول له تسليمًا تامًّا، فإنّ الكفيل يبرأ بذلك، لحصول الغرض و هو ردّه إلى المكفول له. و لا فرق بين وصوله إلى يده بالكفيل و غيره. و قيده في التذكرة بما إذا سلّم نفسه عن جهه الكفيل، فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ، لأنّه لم يسلمه إليه و لا أخذ (١) من جهته (٢). و أطلق في موضع آخر منها البراءة كما هنا (٣). و هو أجود.

و لو سلّمه أجنبيّ عن الكفيل فكذلك. و لو لم يكن عنه فالوجهان، إلّا أنّه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل، و زاد أنّه لا يجب على المكفول له قبوله إلّا- أن يكون التسليم صادرا عن إذن الكفيل، محتجًا بعدم وجوب قبض الحقّ إلّا ممّن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل (٤).

و في كلّ من هذه الفروع نظر. و إطلاق المصنّف و جماعه يقتضى عدم الفرق.

و لعلّه أوجه. و كلام التذكرة مختلف، و سياقه يقتضى التفرّيع عند الشافعيّ، و أنّه لا يرتضيه، إلّا أنّ عبارته وقعت مختلفه.

قوله: «لو قال الكفيل: إلخ».

إنّما كان القول قول المكفول له لأصالة بقاء الحقّ مع اعتراف الكفيل بثبوتة ابتداء، لاقتضاء دعوى الإبراء ذلك. هذا مع عدم البيّنه للكفيل على الإبراء.

ص: ٢٥١

١- ١) في المصدر: «و لا أحد».

٢- ٢) التذكرة ١٠١: ٢.

٣- ٣) التذكرة ١٠١: ٢.

٤- ٤) التذكرة ١٠١: ٢.



السابعه: لو كفل الكفيل آخر، و ترامت الكفلاء، جاز. (١) ثمَّ إمّا أن يحلف المكفول له على بقاء الحقّ، أو يردّ اليمين على الكفيل. فإن حلف برئ من دعوى الكفيل و ثبتت الكفاله. ثمَّ إذا جاء بالمكفول فادّعى البراءه أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمين أخرى، لأنّ هذه الدعوى مستقلّه مغايره لذلك، فإنّ دعوى الكفيل إنّما كانت لبراءه نفسه، و إن لزمها بالعرض دعوى براءه المكفول.

و إن لم يحلف و ردّ اليمين على الكفيل - و هو القسم الذي ذكره المصنّف - فحلف الكفيل برئ من الكفاله، و لا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرناه من اختلاف الدعويين، و لأنّ الإنسان لا يبرأ من الحقّ بيمين غيره.

نعم، إذا حلف المكفول اليمين المردوده برئا معاً، و إن كان قد حلف المستحقّ أولاً للكفيل على عدم الإبراء، لسقوط الحقّ بيمين المكفول، فتسقط الكفاله، كما لو أدى الحقّ. و كذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برئا معاً.

قوله: «لو كفل الكفيل آخر و ترامت الكفلاء جاز».

لما كان ضابط جواز الكفاله ثبوت حقّ على المكفول و إن لم يكن مالا، صحّ كفاله الكفيل من كفيل ثان، لأنّ الكفيل الأوّل عليه حقّ للمكفول له، و هو إحضار المكفول الأوّل، و هكذا القول في كفاله كفيل الكفيل، و هكذا، و هو معنى الترامى.

ثمّ يختلف حكم الإحضار فيهم، فإنّه متى أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفاله خاصّه، و بقى على مكفوله إحضار من كفله، و هكذا. و لو أحضر الكفيل الأوّل مكفوله برئ الجميع، لأنّهم فرع. و إن أحضر الكفيل الثانى الكفيل الأوّل برئ هو و برئ من بعده من الكفلاء، و هكذا.

و لو أبرأ المكفول له الأوّل غريمه المكفول الأوّل - و هو الأصيل - برؤوا أجمع، لزوال الكفاله بسقوط الحقّ. و لو أبرأ غيره من كفاله - أى أسقط عنه حقّ الكفاله - برئ من بعده دون من قبله.

و متى مات واحد منهم برئ من كان فرعا له، فبموت من عليه الحقّ يبرءون جميعاً، و بموت الكفيل الأوّل يبرأ من بعده، و بموت الثانى يبرأ الثالث و من بعده دون

الثامنة: لا تصح كفاله المكاتب، على تردّد. (١)

التاسعة: لو كفل برأسه، أو بدنه، أو بوجهه، صح

التاسعة: لو كفل برأسه، أو بدنه، (٢) أو بوجهه، صح، لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً. و لو تكفل بيده أو رجله و اقتصر، لم يصح، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، و لا يسرى إلى الجملة.

من قبله، و هكذا بموت الثالث يبرأ من بعده و لا يبرأ الأولان.

و قد تقدّم في الضمان و الحوالة و ورود الترامى و الدور فيهما. أمّا الكفالة فلا يصح دورها و إن صحّ تراميها، لأنّ حضور المكفول الأوّل يوجب براءة من كفله و إن تعدّد، فلا معنى لمطالبتة بإحضار من كفله.

قوله: «لا تصح كفاله المكاتب على تردّد».

القائل بعدم صحّ كفاله أحد للمكاتب الشيخ (١) (رحمه الله)، بناء على أصله المتكرّر من جواز الكتابة المشروط من قبله، فلا يتعيّن عليه أداء مال الكتاب، فلا تصحّ كفالته، لأنّ الغرض منها حضوره لأداء ما عليه. و قد تقدّم (٢) ما يدلّ على الصحّ. و يزيد هنا أنّه إمّا عبد أو مديون، و كلاهما مجوّز للكفالة و موجب للإحضار.

و قد عرفت أنّ الخلاف فى المشروطه خاصّه و إن أطلق فى جميع المواضع.

قوله: «لو كفل برأسه أو بدنه. إلخ».

الأصل فى الكفالة أن تتعلّق بذات المكفول، بأن يقول: كفلت لك فلاناً، أو أنا كفيل به، أو بإحضاره، لأنّ الغرض الذاتى منها إحضاره حيث يطلبه المكفول له.

و فى حكم ذاته نفسه و بدنه، لأنّها بمعنى واحد فى العرف العام، و إن اختلفت فى الحقيقة تحقيقاً.

و أمّا الوجه و الرأس فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه، إلّا أنّهما قد يطلقان عرفاً على الجملة، فيقال: يبقى رأسه و وجهه و نحو ذلك، و يراد ذاته

و جملته. و قد أطلق المصنّف-رحمه الله-الحكم بصحّه الكفاله حيث تعلق بهما، حملا- على المتعارف. و ألحق بهما العلامه (١)الكبد و القلب، و كلّ عضو لا- تبقى الحياه و بدونه، و الجزء الشائع فيه كثلثه و ربه، لأنّه لا- يمكن إحضار المكفول إلاّ بإحضاره كلّه.

و فى الكلّ نظر:

أما الأول فلأنّ العضوين المذكورين و إن كانا قد يطلقان على الجملة، إلاّ أنّ إطلاقهما على أنفسهما خاصّه أيضا شائع متعارف إن لم يكن أشهر. و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحّح-مع الشكّ فى حصول الشرط، و أصاله البراهه من لوازم العقد-غير واضح.

نعم، لو صرّح بإرادته الجملة من الجزءين أتجهت الصّحّه، كإرادته أحد معنى المشترك. كما أنّه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجمله قطعا، بل كالجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه.

و بالجمله: فالكلام عند الإطلاق و عدم قرينه تدلّ على أحدهما، فعند ذلك لا يصحّ تعليل الصّحّه بأنّه قد يعبر بذلك عن الجملة.

و أمّا الثانى و هو الأ-جزاء التى لا- يعيش بدونها و ما فى حكمها، فلأنّ إحضاره و إن كان غير ممكن بدونها إلاّ أنّ ذلك لا يقتضى صحّه العقد، لأنّ المطلوب من الكفاله هو المجموع، أو ما يطلق عليه، كما فى السابق على تقدير ثبوته، أمّا إذا تعلق ببعضه فلا- دليل على صحّته، و إن توقّف إحضار الجزء المكفول على الباقي، لأنّ الكلام ليس فى مجرد إحضاره، بل فى إحضاره على وجه الكفاله الصحيحه، فوجوب إحضار ما لا يتعلّق به الكفاله مترتب على صحّه كفاله الجزء الذى تعلّقت به، و ذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا، بل الجملة (٢)، فلا يتمّ التعليل، و لا إثبات الأحكام الشرعيّه المتلقاه من الشرع بمثل هذه المناسبات. و لو جاز إطلاق هذه الأجزاء على

ص: ٢٥٤

١-١) تحرير الأحكام ٢٢٤:١.

٢-٢) كذا فى «ب،م». و فى غيرهما: بل فى الجملة.

الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا، لكونه غير متعارف، مع أنّ في المتعارف ما قد سمعت. وحينئذ فالقول بعدم الصحّة أوضح.  
و أمّا الجزء الذى تبقى الحياه بعد زواله، ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد و الرجل، فعدم الصحّة فيه أشدّ وضوحا، كما جزم به المصنّف. و استشكل فيه فى القواعد (١) ممّا ذكر، و من عدم إمكان إحضاره على حالته بدون الجملة، فكان كالرأس و القلب. و لا يبعد القول بالصحّة فيه لمن يقول بها فيما سبق، و إن كان الحكم فيه أضعف.

ص: ٢٥٥

---

١-١) قواعد الأحكام ١:١٨٣.



كتاب الصلح

اشاره

كتاب الصلح

ص: ٢٥٧



كتاب الصلح و هو عقد شرع لقطع التجاذب،(١) قوله:«و هو عقد شرع لقطع التجاذب».

الأصل فى عقد الصلح أنه موضوع لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين. قال الله تعالى وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا .(١).و قال الله تعالى وَ إِنِ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا (٢).

لكنه عندنا قد صار عقدا مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومه. بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم كان كالبيع فى إفاده نقل الملك، و على منفعه كان كالإجاره، إلى غير ذلك من أحكامه، لإطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومه، كقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم:«الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا» (٣)، و قول الصادق عليه السلام:«الصلح جائز بين الناس» (٤). و الأصل فى العقود الصحّحه، و للأمر بالوفاء بها (٥)، و هذا من الجملة.

فإن قيل: مقتضى قول المصنّف - كغيره - أنه «شرع لقطع التجاذب» اشتراطه

ص: ٢٥٩

---

١- ١) النساء: ١٢٨. و ورد فى «س» باقى الآيه الكريمة: «وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ».

٢- ٢) الحجرات: ٩.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢٠، التهذيب ٦: ٢٢٦، الوسائل ١٣: ١٦٤ ب «٣» من أبواب أحكام الصلح ح ٢، سنن أبى داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٥٩٤، سنن الترمذى ٣: ٦٣٤ ح ١٣٥٢.

٤- ٤) الكافى ٥: ٢٥٩ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٦، الوسائل الباب المذكور آنفا ح ١.

٥- ٥) المائده: ١.



و ليس فرعا على غيره، و لو أفاد فائدته. (١) بسبق خصومه، كما يقوله بعض العامه (١)، لأنّ القاطع للتجاذب مسبوق به.

قلنا: لا- يلزم من كون أصل شرعيته لذلك ثبوته في كلّ فرد من أفرادها، كما أشرنا إليه سابقا من أنّ القواعد الحكميه لا يجب أطرادها في كلّ فرد، كالقصر في السفر، فإنّ الأصل فيه وجود المشقه بدونها، و قد ثبت مع عدمها في كثير من أفرادها، خصوصا مع وجود النصوص المتناوله بإطلاقها أو عمومها لما لا نزاع فيه.

فان قيل: السفر إلى المسافه مظنه المشقه، و القصر تابع له، بخلاف الصلح، فإنّه لم يعلّق بما هو مظنه التجاذب، بل أجريتموه فيما لا تعلّق له بالمنازعه أصلا.

قلنا: الموجب لإثبات الصلح و شرعيته أمران- كما قد عرفت سابقا- أحدهما يدلّ على أنّه موضوع لقطع التنازع من غير أن يدلّ على انحصاره فيه، و الآخر يدلّ بإطلاقه على جوازه مطلقا، فيجوز حينئذ أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه، لما دلّ عليه باقي الأدله. فمرجع الأمر إلى أنّ الأصل فيه ذلك الحكم لكنّه تعدّى إلى غيره بالدليل، كما أنّ الأصل في القصر كان السفر و الخوف معا، تخفيفا على المكلف، كما دلّت عليه الآيه (٢)، ثمّ تعدّى إلى ما لا خوف فيه و لا مشقه، بل إلى ما لا سفر فيه أيضا على بعض الوجوه، كالموتحل و الغريق و نحوهما، و كالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقه، لأنّه مظنه نقصان القيمه، ثمّ عدّى إلى ما لا نقصان معه، بل إلى ما فيه زياده كالخصي، إلى غير ذلك من الأحكام.

و بالجملة فالمرجع في إثبات الحكم الشرعي إلى الدليل الدالّ عليه، لا إلى الحكمه التي شرّع لأجلها، و هو أعمّ من موضع التنازع. قوله: «و ليس فرعا على غيره و لو أفاد فائدته».

تبه بذلك على خلاف الشيخ- رحمه الله- في المبسوط حيث قال: إنّه فرع على

ص: ٢٤٠

١- ١) راجع الوجيز ١: ١٧٧ و فتح العزيز ٢٩٦: ١٠.

٢- ٢) النساء: ١٠١.

و يصحّ مع الإقرار و الإنكار، (١) عقود خمسه (١). و هو مذهب الشافعي (٢)، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع على منفعه مقدّره بمدّه معلومه بعوض معلوم، و فرع الهبه إذا تضمّن ملك العين بغير عوض، و فرع العاريه إذا تضمّن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمّن إسقاط دين أو بعضه.

و تبه بقوله: «و إن أفاد فائدته» على أنّ إفاده عقد فائده عقد آخر لا تقتضى كونه من أفراده، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه، كغيره من العقود. فعلى المختار هو عقد لازم، لدخوله فى عموم الأمر، و على قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود فى ذلك الفرد الذى ألحق به فيه.

قوله: «و يصحّ مع الإقرار و الإنكار».

هذا عندنا موضع وفاق، و لإطلاق النصوص الدالّاه عليه (٣). و تبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الإنكار (٤)، نظرا إلى أنّه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصحّ المعاوضه، كما لو باع مال غيره. و نحن نمنع بطلان المعاوضه على ما لم يثبت بالصلح، فإنّه عين المتنازع، و الفرق بينه و بين البيع ظاهر، فإنّ ذلك تصرف فى مال الغير بغير إذنه، بخلافه هنا، و لأنّ مبنى شرعيّته عندنا و عنده على قطع التنازع، و هو شامل للحالين.

و صوره الصلح مع الإقرار ظاهره، و أمّا مع الإنكار فبأن يدعى شخص على غيره دينا أو عينا، فينكر المدعى عليه، فيصلحه على مال آخر، أو على بعض المدعى به، أو على غير ذلك من نفعه و غيرها.

و المراد بصحّه الصلح مع الإنكار صحّته بحسب الظاهر، و أمّا بحسب نفس الأمر فلا يستتبع كلّ منهما ما وصل إليه بالصلح، و هو غير محقّ. فإذا أنكر المدعى

ص: ٢٤١

١-١ (١) المبسوط ٢: ٢٨٨.

٢-٢ (٢) المجموع ٣: ٣٨٥-١٣: ٣٨٧.

٣-٣ (٣) راجع الوسائل ١٣: ١٦٤ ب «٣» من أبواب أحكام الصلح.

٤-٤ (٤) الأمّ ٣: ٢٢١ و ٧: ١١٢، مختصر المزنّى ١٠٥-١٠٦.

إلا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا. (١).

عليه المدعى به ظاهرا، و صولح على قدر بعض ما عليه في الواقع، أو ببعض العين، أو بمال آخر، لم يستبح المنكر ما بقي له من مال المدعى عينا و دينا، حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبه، و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع، لعدم صحّة المعاوضه في نفس الأمر. و كذا لو انعكس، و كان المدعى مبطلا في نفس الأمر، لم يستبح ما صولح به من عين و دين. و إنّما حكمهم بالصّحّه بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحقّ من المبطل، لأنّ هذا كلّه أكل مال بالباطل. و إنّما صالح المحقّ المبطل دفعا لدعواه الكاذبه، و قد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله، و مثل هذا لا يعدّ تراضيا يبيح أكل مال الغير.

نعم، لو كانت الدعوى مستنده إلى قرينه تجوّزها، كما لو وجد المدعى بخطّ مورّثه أن له حقّا على أحد، أو شهد له من لا يثبت بشهادته الحقّ، و لم يكن المدعى عالما بالحال، و توجّهت له اليمين على المنكر، فصالحه على إسقاطها بمال، أو على قطع المنازعه، فالمتّجه صحّة الصلح في نفس الأمر، لأنّ اليمين حقّ يصحّ الصلح على إسقاطها. و مثله ما لو توجّهت الدعوى بالتهمه حيث يتوجّه اليمين على المنكر و لا يمكن ردّها.

قوله: «إلا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا».

هذا لفظ الحديث النبويّ (١) و فسّر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حرّ أو استباحه بضع لا سبب لإباحته غيره، أو ليشربا أو أحدهما الخمر، و نحو ذلك، و تحريم الحلال بأن لا يطاء أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بما له، و نحو ذلك. و الاستثناء على هذا متّصل، لأنّ الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا.

و فسّر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله، مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، كما سبق تحريره. و الاستثناء عليه يكون منقطعاً، للحكم بصحّته ظاهرا، و إنّما هو فاسد في نفس الأمر، و الحكم بالصّحّه و البطلان إنّما يطلق على ما

ص: ٢٤٢

و كذا يصحّ مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، و مع جهالتهما به، دينا كان أو عينا. (١) هو الظاهر. و يمكن كونه متصلا، نظرا إلى بطلانه في نفس الأمر. و هذا المثال يصلح للأمرين معا، فإنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، و محرّم للحلال بالنسبة إلى المحقّ.

قوله: «و كذا يصحّ -إلى قوله- أو عينا».

الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحّ العقد، لارتفاع الجهالة، و يبقى في المبطل بمنازعة ما سلف. و أمّا مع جهلتهما بمقداره بحيث تعدّر عليهما علمه فعندنا أنه جائز أيضا. و هو مروى في الصحيح عن الباقر و الصادق عليهما السلام:

«أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، فقال: لا بأس بذلك» (١). و لأنّ الحاجه تمسّ إلى تحصيل البراءة مع الجهل، و لا وجه إلاّ الصلح.

و لو كان أحدهما عالما به دون الآخر، فإن كان الجاهل المستحقّ لم يصحّ الصلح في نفس الأمر إلاّ أن يعلمه بالقدر، أو يكون المصالح به قدر حقّه مع كونه غير متعين، و مع ذلك فالعبرة بوصول الحقّ لا بالصلح. و قد روى أبو حمزة عن أبي الحسن عليه السلام: «في يهودى أو نصرانى كان له عند السائل أربعة آلاف درهم و مات، أصالح ورثته و لا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم» (٢). نعم، لو رضى صاحب الحقّ باطنا بالصلح بذلك القدر و لو علم قدر حقّه فحينئذ يصحّ

ص: ٢٤٣

---

١ - ١) الكافي ٥: ٢٨٥ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٣، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٠، الوسائل ١٣: ١٦٥ ب «٥» من أبواب أحكام الصلح ح ١. و في المصادر: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٦، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٢، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب «٥» من أبواب أحكام الصلح ح ٢. و في المصادر: على بن أبي حمزة.

و هو لازم من الطرفين، مع استكمال شرائطه، (١) إلا أن يتفقا على فسخه. (٢) الصلح، لحصول الرضا الباطني. قطع به في التذكرة (١).

و لو انعكس الفرض بأن كان المستحق عالما بالتقدر و الغريم جاهلا و يريد التخلص منه، لم يصح الصلح بزياده عن الحق، بل بقدره فما دون، عكس الأول.

و اعلم أن تقييد الأقسام بكون المصالح عليه متنازعا فيه غير لازم، بل الحكم آت في مطلق التصالح و إن لم يكن منازعه، مع علمهما بما يتصالحان عليه و جهلها به، كوارث تعدد علمه بمقدار حصته، و شريك امتزج ماله بالآخر بحيث لا يتميز و لا يعلمان قدر ما لكل منهما، و نحو ذلك. و لو علم أحدهما و جب إعلام الآخر، أو إيصال حقه إليه، كما قررناه. و لو كان جهلها بقدره لتعدد المكيال و الميزان و مسّت الحاجه إلى نقل الملك فالأقرب جوازه. و هو خيره الدروس (٢).

قوله: «و هو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه».

هذا مبني على ما سلف (٣) من كونه أصلا بنفسه، فيكون لازما، لعموم الأمر بالإيفاء بالعقود (٤) المقتضى لذلك إلا ما أخرجه دليل خارجي. و يجيء على قول الشيخ (٥) أنه جائز في بعض موارد، كما إذا كان فرع العاريه، أو الهبه على بعض الوجوه، أو السكنى كذلك، كما إذا لم يقيد بوقت. و بالجملة: فإنه عنده (٦) يلحقه حكم ما أفاده فائدته من تلك العقود.

قوله: «إلا أن يتفقا على فسخه».

بمعنى دخول الإقالة فيه كما تدخل في البيع. فإذا اتفقا على التقايل و أوقعا

ص: ٢٦٤

١-١) التذكرة ١٧٨: ٢.

٢-٢) الدروس: ٣٧٨.

٣-٣) في ص: ٢٦٠.

٤-٤) المائدة: ١.

٥-٥) المبسوط ٢٨٨: ٢.

٦-٦) في «و»: عقد خ ل.

و إذا اصطّح الشريكان، على أن يكون الربح و الخسران على أحدهما، و للآخر رأس ماله، صحّ. (١) و لو كان معهما درهمان، فأدّعهما أحدهما، و ادّعى الآخر أحدهما، كان لمدّعيهما درهم و نصف، و للآخر ما بقى. (٢) صيغته انفسخ. بإطلاق استثناء «اتّفاقهما على فسخه» من «لزومه» محمول على ما ذكرناه، لا أنّهما إذا اتّفقا عليه صار العقد جائزاً، بل في قوّته، حيث إنّ أمره بيدهما، كما أنّ البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتّفاقهما على التقايل.

قوله: «و إذا اصطّح الشريكان - إلى قوله - صحّ».

هذا إذا كان عند انتهاء الشركة و إرادته فسخها، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، و الخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء، أمّا قبله فلا، لمنافاته وضع الشركة شرعاً. و المستند صحيحه أبو الصباح، عن الصادق عليه السلام: «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا، و كان من المال دين و عين، و قال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و الربح لك و ما توى (١) عليك. فقال: لا بأس إذا شرط» (٢). و هذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما أطلق المصنّف.

قوله: «و لو كان معهما درهمان - إلى قوله - و للآخر ما بقى».

المراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما ليتساويا في الدعوى، إذ لو كانا في يد مدّعي الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه، و لو كانا في يد مدّعي الدرهم لقدم فيه بيمينه. و أمّا إذا كانا تحت أيديهما فإنّه يقضى لمدّعيهما بدرهم، لعدم منازعه الآخر فيه، و يتساويان في الدرهم الآخر، لأنّ كلّ واحد منهما صاحب يد و دعوى لجميعه، فيقسّم بينهما. و المستند مع ذلك روايه عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد، عن

ص: ٢٤٥

١-١) توى المال: هلك.

٢-٢) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٠٧ ح ٤٧٦، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب «٤» من أبواب أحكام الصلح ح ١.

و كذا لو أودعه إنسان درهمين، و آخر درهما، و امتزج الجميع، ثم تلف درهم. (١) الصادق عليه السلام (١).

قال في الدروس: و يشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا، فإنه يقوى القسمة نصفين، و يحلف الثاني للأول، و كذا في كل مشاع. قال: و لم يذكر الأصحاب هنا يمينا، و ذكروها- أى المسألة- فى باب الصلح، فجاز أن يكون ذلك الصلح قهريا و جاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا فاليمين (٢). مع أن العلامة قال فى التذكرة: «و الأقرب أنه لا- بد من اليمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذى تصادمت دعواهما فيه و هو ما فى يده، فمن نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا معا قسّم بينهما نصفين» (٣). و ما قرّبه حسن، لعموم «و اليمين على من أنكر» (٤).

قوله: «و كذا لو أودعه- إلى قوله- ثم تلف درهم».

أى تلف بغير تفريط لينحصر حقهما فى الدرهمين الباقيين. و إلحاق هذه بالسابقة هو المشهور بين الأصحاب. و مستنده روايه السكونى، عن الصادق عليه السلام (٥).

و يشكل الحكم- مع ضعف المستند- بأن التالف لا- يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصه، لامتناع الإشاعه هنا. و الموافق للقواعد الشرعيه هنا القول بالقرعه، و مال إليه فى الدروس (٦)، إلا أنه تحاشى عن مخالفه الأصحاب.

ص: ٢٦٦

- 
- ١- ١) الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨١، الوسائل ١٣: ١٦٩ ب «٩» من أبواب أحكام الصلح ح ١.
  - ٢- ٢) الدروس: ٣٧٩-٣٨٠.
  - ٣- ٣) التذكرة ٢: ١٩٥.
  - ٤- ٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
  - ٥- ٥) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٣، الوسائل ١٣: ١٧١ ب «١٢» من أبواب أحكام الصلح ح ١.
  - ٦- ٦) الدروس: ٣٨٠.

و لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما، و لآخر ثوب بثلاثين درهما، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، و إن تعاسرا بيعا، و قسّم ثمنهما بينهما، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسه، و للآخر ثلاثه. (١) و مقتضى الروايه أنه يقسّم كذلك و إن لم تتصادم دعواهما فى الدينار، و أنه لا يمين. و كذا لم يذكر الأصحاب هنا يمينا، بناء على كون الحكم المذكور قهريًا، كما ذكر فى الدروس فى المسأله السابقه. و ربّما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كلّ منهما بعين حقّه.

و لو كان بدل الدراهم مال تمترج أجزاءه بحيث لا تتميز، و هو متساويها، كالحنطه و الشعير، و كان لأحدهما قفيزان مثلا و للآخر قفيز، و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره، فالتالف على نسبه المالين، و كذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز. و الفرق: أنّ الذاهب هنا عليهما معا، بخلاف الدرهم، لأنّه حقّ لأحدهما خاصّه قطعاً.

قوله: «و لو كان لواحد- إلى قوله- و للآخر ثلاثه».

هذا الحكم كالسابق مشهور بين الأصحاب، و مستنده روايه إسحاق بن عمّار، عن الصادق عليه السلام، أنّه قال فى ثوبين أحدهما بعشرين و الآخر بثلاثين فاشتبها: «يباعان، فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثه أخماس الثمن، و الآخر خمسى الثمن، و إن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه (١)». و المصنّف- رحمه الله- عمل بمقتضى الروايه من غير تصرّف، و قبله الشيخ (٢) و جماعه (٣).

ص: ٢٦٧

١- (١) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٢، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٢، الوسائل ١٣: ١٧٠ ب «١١» من أبواب أحكام الصلح ح ١.

٢- (٢) النهايه: ٣١٤.

٣- (٣) راجع إصباح الشيعه ضمن سلسله الينايع الفقيهيه ١٥: ٣٢٢، تحرير الأحكام ١: ٢٣١، و الدروس: ٣٧٩.



و إذا بان أحد العوضين مستحقًا، بطل الصلح. (١) و فضيل العلامة (١) فقال: إن أمكن بيعهما منفردين وجب، ثم إن تساويا فلكل واحد ثمن ثوب و لا- إشكال، و إن اختلفاه فالأكثر لصاحبه. و كذا الأقل، بناء على الغالب و إن أمكن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعا. و إن لم يمكن صارا كالمال المشترك شرکه إجباريّه، كما لو امتزج الطعامان، فيقسّم الثمن على رأس المال. و عليه تنزل الروايه.

و أنكر ابن إدريس ذلك كله و حكم بالقرعه (٢)، لأنها لكل أمر ملتبس، و هو هنا حاصل. و هو أوجه من الجميع لو لا مخالفه المشهور و ظاهر النصّ، مع أنه قضيه في واقعه يمكن قصره عليها و الرجوع إلى الأصول الشرعيّه. و ما ذكره المصنّف من البناء على الغالب [١] ليس أولى من القرعه، لأنها دليل شرعيّ على هذا المورد، و من الجائز اختلاف الأثمان و القيم بالزيادة و النقصان، لاختلاف الناس في المساهله و المماكسه.

و على تقدير العمل بالروايه يقصّر حكمها على موردها، فلا يتعدّى إلى الثياب المتعدّده، و لا إلى غيرها من الأمتعه و الأثمان، مع احتماله، لتساوى الطريق.

و استقرب في الدروس القرعه في غير مورد النصّ (٣)، و هو حسن. و لو قيل به فيه- كما اختاره ابن إدريس- كان حسنا أيضا.

قوله: «و إذا بان أحد العوضين مستحقًا بطل الصلح».

المراد به المعين في العقد، لأنه المتبادر من العوض في المعاوضه، فلو كان مطلقا رجع ببده كالباع. و لو ظهر فيه عيب فله الفسخ، و في تخيره بينه و بين الأرش وجه.

و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان أجودهما ذلك، دفعا

ص: ٢٤٨

١- (١) المختلف: ٤٧٥-٤٧٦، و القواعد ١٨٦: ١.

٢- (٢) السرائر ٦٩: ٢.

٣- (٣) الدروس: ٣٧٩.

و يصحّ الصلح على عين بعين أو منفعه، و على منفعه بعين أو منفعه. (١) و لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صحّ، و لم يكن فرعا للبيع. و لا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف، على الأ شبه. (٢) و لو أ تلف على رجل ثوبا قيمته درهم، فصالحه عنه على درهمين صحّ، على الأ شبه، لأنّ الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم. (٣) للإضرار، و إن لم يحكم بالفرعيّه. و هو خيرّه الدروس (١). و قد تقدّم في خيار الغبن من البيع أنّه لا نصّ عليه بالخصوص، فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدلّه العامّه.

قوله: «و يصحّ الصلح على عين بعين أو منفعه، و على منفعه بعين أو منفعه».

حيث كان الصلح مفيدا لفائده العقود المتقدّمه، و متعلّق بعضها العين و بعضها المنفعه، لم يمنع من صحّحه ما ذكر هنا. و لا يختصّ جوازه بما ذكر، بل لو صالح على مثل إسقاط خيار، أو على حقّ أولويّه في تحجير و سوق و مسجد، صحّ أيضا، للعموم.

قوله: «و لو صالحه- إلى قوله- على الأ شبه».

الخلافاً في ذلك مع الشيخ (٢) حيث جعله فرعا على البيع في نقل الأعيان بعوض، فيلحقه حكمه، فلو كان العوضان من الأثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس، و لمّا كان الأصحّ استقلاله بنفسه لم يترتّب عليه حكم البيع هنا، لاختصاص حكم الصرف به. هذا من حيث الصرف، أمّا من حيث الربا فإنّ الأقوى ثبوته في كلّ معاوضه، و الصلح أحدها، فلا بدّ من استثنائه من قوله: «على دراهم بدراهم صحّ».

قوله: «و لو أ تلف على رجل- إلى قوله- لا عن الدرهم».

هذا إنّما يتمّ على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمّه ثوبا،

ص: ٢٤٩

١- ١) الدروس: ٣٧٩.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

و لو ادعى دارا، فأنكر من هي في يده، ثم صالحه المنكر على سكنى سنه صح، ولم يكن لأحدهما الرجوع. وكذا لو أقر له بالدار، ثم صالح.

وقيل: له الرجوع، لأنه هنا فرع العاربه. والأول أشبه. (١) و لو ادعى اثنان، دارا (٢) في يد ثالث، بسبب موجب للشركه كالميراث، فصدق المدعى عليه أحدهما، و صالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه، صح الصلح في النصف أجمع، و كان العوض بينهما، و إن كان بغير إذنه صح في حقه و هو الربع، و بطل في حصه الشريك، و هو الربع الآخر.

و يكون هو متعلق الصلح. أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمه المتلف إنما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل. و هو الأقوى.

قوله: «و لو ادعى دارا- إلى قوله- الأول أشبه».

الخلافا هنا مع الشيخ كما تقدم (١) حيث جعله- مع كون متعلقه المنفعه بغير عوض- فرع العاربه، فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه. و الأقوى عدمه، للزومه و أصالته.

و إنما قيد المصنف بإنكار من هي في يده، مع جواز الصلح مع الإقرار و الإنكار، ليتصور كون الصلح المذكور عاربه عند الشيخ، لأنه إباحه منفعه بغير عوض. أما لو أقر له بها فإن الصلح و إن جاز إلا أن المنفعه يقابلها عوض و هو العين، فلا تتحقق العاربه. مع أن الشافعي (٢) لما شرط في صحه الصلح الإقرار، و جعله فرعا على العقود الخمسه، مثل للعاربه بما ذكر هنا، مع كون المدعى عليه مقرا بها. و وجهه: أن العوضين من واحد فكان الحكم راجعا إلى العاربه.

قوله: «و لو ادعى اثنان دارا. إلخ».

إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركه فإقرار المتشبه

ص: ٢٧٠

(١-١) في ص: ٢٦٩.

(٢-٢) راجع المذهب (ضمن المجموع ٣٨٣:١٣) و فتح العزيز ٣٠١:١٠.

أما لو ادعى كل واحد منهما (١) النصف، من غير سبب موجب للشركة، لم يشتركا فيما يقرب به لأحدهما.

لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به، وإن لم يصدقهما على السبب الذى ادعيا به، لأن مقتضى السبب - كالميراث - ذلك، لا تفاهما على أن البعض كالكل يستوى ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفائت يكون ذاهبا عليهما بمقتضى إقرارهما.

و الحاصل: أن اشتراكهما فى المقر به يثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك. و حينئذ فإذا صالح المقر له المتشبه على النصف المقر به، فإن كان الصلح بإذن شريكه صح فى جميعه بجميع العوض، و إلا ففى حصه المصالح خاصه بنسبتها من العوض، و بقى باقى النصف ملكا للشريك الآخر.

قوله: «أما لو ادعى كل واحد منهما. إلخ».

كما لو ادعى أحدهما النصف بسبب الإرث مثلا و الآخر بالشراء، فإن ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضى الإقرار لأحدهما بما يدعيه مشاركه الآخر إياه. و مثله ما لو ادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير تقييد بالمعته.

نعم، لو قالوا: اشتريناها معا، أو اتهبناها و قبضنا معا، و نحو ذلك، فقد قرب فى التذكرة (١) أن الحكم فيه كأول، لا اعتراف المقر له (٢) بأن السبب المقتضى لتملكه قد اقتضى تملك الآخر. و يحتمل العدم، لأن نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزله الصفقتين. هذا تقرير ما ذكره المصنف و جماعه فى القسمين.

و فيه بحث، لأن هذا لا يتم إلا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الإشاعه كالإقرار، و هم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع و المصالح، حتى

ص: ٢٧١

١ - ١) التذكرة ١٨٩: ٢.

٢ - ٢) فى ما لدينا من النسخ: لاعتراض المقر. و فى هامش «و» المقر له (ظاهرا). و هو الصحيح.

لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف إلى نصيبه. ووجهه: بأن اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبه إلى النصفين إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع، نظرا إلى أن إطلاق البيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال، وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، ولا يجرى ذلك إلا في المملوك، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن ملك الغير بشيء، فيستوى فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصه، فيصح في جميع الحصه بجميع العوض، و تبقى المنازعه بين الآخر و المتشبهت.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقا، أو النصف الذي هو ملك المقر له، أما لو وقع على النصف الذي أقر به المتشبهت توجه قول الجماعة، لأن الإقرار منزّل على الإشاعه، و الصلح وقع على المقر به، فيكون تابعا له فيها، و على هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلا ينافى ما ذكره من القاعده التي ذكرناها.

و هذا توجيه حسن لم يتبها عليه، و إنما ذكر الشهيد -رحمه الله- في بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصه المقر له من غير مشاركه الآخر مطلقا، و تبعه عليه الشيخ على (1) (رحمه الله).

و ربّما فرّق في مسأله الإرث بين كون الصلح قبل قبض التركة و بعده، لأنّ الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبه إلى الورثه، و التالف لا- يحسب عليهم، و كأنه لم يكن، و امتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم. و هذا الفرق إنما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئا من أعيان التركة أو باعه. أمّا الصلح فيني على ما لو صالح أحد الشريكين في الدين على حقّه فيه هل يختصّ بالعوض أم لا-؟ و الظاهر الاختصاص، لأنّ الذاهب لا- يخرج عن كونه حقّا له، و الصلح لم يقع على عين خاصه حتى يشتركا في عوضها، و إنما وقع على حقّه، و هو أمر يمكن نقله

ص: ٢٧٢

و لو ادعى عليه فأنكر، فصالحه المدعى عليه على سقى زرعه أو شجره بمائه، قيل: لا يجوز، لأنّ العوض هو الماء و هو مجهول، و فيه وجه آخر، مأخذه جواز بيع ماء الشرب. (١) أمّا لو صالحه، على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحتها، صحّ، بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه. (٢) بعوض و غير عوض، فالبحث السابق آت فى مسأله الإرث قبل القبض و بعده.

و ممّا ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذى قد صولح على بعضه لو كان ديناً، فإنّ قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين فى الدين حصّته بالصلح.

و قد تقدّم (١) الكلام فيه باب القرض، و يأتى فيه فى كتاب الشركه (٢) مزيد بحث.

قوله: «و لو ادعى عليه فأنكر- إلى قوله- ماء الشرب».

القول بالمنع للشيخ- رحمه الله- محتجاً بجهاله الماء (٣). و الجواز أقوى مع ضبطه بمدّه معلومه، و مثله ما لو كان الماء معوّضاً. مع أنّ الشيخ جوز بيع ماء العين و البئر، و بيع جزء مشاع منه، و جوز جعله عوضاً للصلح (٤). و يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور مطلقاً، كما يدلّ عليه الإطلاق، و الماء فيه مجهول لا يدخل فى أحد الأقسام، لأنّه لم يستحقّ جميع الماء و لا بعضاً منه معيّنًا، إنّما استحقّ سقياً لا يعرف قدره و لا مدّه انتهائه، و من ثمّ شرطنا فى الجواز ضبط المدّه، و هو لم يصرّح بالمنع حينئذ. و لو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصخه، لأنّ جهاله مثل ذلك يتسامح فيها فى باب الصلح.

قوله: «أمّا لو صالحه- إلى قوله- يجرى الماء منه».

المراد بعلم الموضع الذى يجرى منه أن يقدر مجراه طولاً- و عرضاً، لترتفع الجهاله عن المحلّ المصالح عليه. و لا- يعتبر تعيين العمق، لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى

ص: ٢٧٣

١- ١) فى ج ٣: ٤٦٠- ٤٦١.

٢- ٢) فى ص: ٣٣٥.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٣١٠. إلّا أنّه فرض المسأله مع إقرار المدعى عليه.

٤- ٤) المبسوط ٢: ٣١١. إلّا أنّه فرض المسأله مع إقرار المدعى عليه.

و إذا قال المدعى عليه: صالحنى عليه، لم يكن إقراراً، لأنه قد يصحّ مع الإنكار. (١) أمّا لو قال: بعنى أو ملكنى، كان إقراراً. (٢) تخوم الأرض. و لا فرق فى صحّ ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعه و بين إيقاعه ابتداءً.

و قد أطلق المصنّف و غيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر. و لا بأس باعتباره، لاختلاف الأغراض بقلته و كثرتة.

و لو كان ماء مطر اختلف بكبر محلّه و صغره، فمعرفة تكون بمعرفة محلّه.

و حيث يقع السطح أو يحتاج الساقية إلى إصلاح و جب على المالك الإصلاح، لتوقّف الحقّ عليه، و ليس على المصالح مساعدته.

قوله: «و إذا قال المدعى عليه - إلى قوله - مع الإنكار».

أشار بالتعليل إلى الردّ على بعض العامّة (١)، حيث زعم أنّ الصلح لا يصحّ إلاّ مع الإقرار، و فرع عليه أنّ المدعى عليه قبل الإقرار لو قال: صالحنى على العين التى ادّعتها يكون ذلك منه إقراراً، لأنه طلب منه التملك، و ذلك يتضمّن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: ملكنى. و لما كان عندنا الأصل ممنوعاً، لجواز الصلح مع الإقرار و الإنكار، لم يكن طلبه إقراراً.

قوله: «أمّا لو قال: بعنى أو ملكنى كان إقراراً».

لأنّ صريح فى التماس التملك، و هو ينافى كونه ملكاً له، لاستحاله تحصيل الحاصل. و لا شبهه فى كونه إقراراً بعدم ملك المقرّ، و كونه ملكاً لغيره فى الجملة، أمّا كونه ملكاً لمن طلب منه البيع و التملك ففيه نظر، من كونه أعمّ من ملكه، إذ قد يكون و كيلاً، و إذا احتمل اللفظ الأمرين لم يحصل المقتضى للملك الذى كان منتفياً، لأصالة عدمه. و بالجملة: فمرجع الإقرار إلى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع، لأنه أخصّ، فلا يدلّ عليه العامّ.

نعم، لو اقترن بذلك كون المطلوب يبعه تحت يد المخاطب ترجّح جانب

ص: ٢٧٤

و يلحق بذلك أحكام النزاع فى الأملاك و هى مسائل:

### الأولى: يجوز إخراج الرواشن و الأجنحه إلى الطرق النافذه

الأولى: يجوز إخراج الرواشن و الأجنحه إلى الطرق النافذه، إذا كانت عالية لا تضرّ بالمارّه، (١) ملكه، لدلاله اليد على الملكيه، و الأصل عدم مالك آخر. و قد تنبّه لذلك (١) العلامه فى المختلف، و الشهيد فى الدروس. و هو قوئى و يتفرّع عليه ما لو عاد و أقرّ به لآخر ثبت له و لم يغرم للأول، إذ لم يحكم له به.

قوله: «يجوز إخراج الرواشن - إلى قوله - بالمارّه».

الرواشن و الجناح يشتركان فى إخراج خشب من حائط المالك إلى الطريق بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل و بينى عليها، و لو وصلت فهو الساباط. و ربّما فرّق بينهما بأنّ الأجنحه ينضمّ إليها مع ما ذكر أن توضع لها أعمده من الطريق.

و المرجع فى التضرّر و عدمه إلى العرف. و يعتبر فى المارّه ما يليق بتلك الطريق عادة، فإن كانت ممّا يمرّ عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه مما لا عادة. و اعتبر فى التذكرة مروره ناصبا رمحه، لأنّه قد يزدحم الفرسان فيحتاج إلى نصب الرماح (٢). و نفاه فى الدروس (٣) لندوره، و لإمكان اجتماعهم مع إماتته على وجه لا يبلغهم. و هو أقوى. و إن كانت ممّا يمرّ فيها الإبل اعتبر فيها مروره محمّلا و مركوبا، و على ظهره محمّلا إن أمكن مرور مثل ذلك عادة. و هكذا يعتبر ما تجرى العاده بمروره على تلك الطريق.

و تقييده بتضرّر المارّه يدلّ بمفهومه على عدم اعتبار تضرّر غيرهم، كما لو تضرّر

ص: ٢٧٥

١-١) المشار إليه بذلك ما قبل الاستدراك بقوله: (نعم). راجع المختلف: ٤٧٧ و الدروس: ٣٧٨.

٢-٢) التذكرة ١٨٢: ٢.

٣-٣) الدروس: ٣٨٠.



و لو عارض فيها مسلم، على الأصح. (١) جاره بالإشراف عليه، فإنه لا يمنع لأجله، كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه و استلزم الإشراف عليه، خلافا للتذكرة حيث الحق الأول بتضرر المازة، و فرق بينه و بين وضعه في ملكه، بأنّ الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر، لأنّ الهواء ليس ملكه، بخلاف الموضوع في ملكه، لأنّ للإنسان التصرف في ملكه كيف شاء، و إن استلزم الإشراف على الجار أو الظلمه عليه، و إنّما يمنع من الإشراف لا- من التعلية المقتضيه لإمكانه. قال: و لست أعرف في هذه المسألة بالخصوصيّة نصّا من الخاصّه و لا من العامّة، و إنّما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد (١).

و فيه نظر، لأنّ المعتر في الموضوع في الطريق عدم الإضرار بأهل الطريق، لأنّ موضوع للاستطراق، فيمنع ممّا ينافيه. أمّا اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قد تقدّم أنّه لا يمنع ممّا يضرب بغير من يعتاد سلوكه خاصّه فضلا عن غير المازة، و الجار خارج عن ذلك كلّ، فلا- وجه للمنع ممّا يقتضى إضراره، كما لو أحدث بناء في مباح يقابله و استلزم الإشراف عليه. و كلام العلّامة و غيره حيث قيّدوا الضرر بالمازة دليل عليه، و إنّما عمّم هو الضرر في فرعه خاصّه.

قوله: «و لو عارض فيها مسلم على الأصح».

تبه بالأصحّ على خلاف الشيخ (٢)-رحمه الله- حيث شرط في جواز وضعه عدم معارضة أحد من المسلمين له، لأنّ حقّ لجميع المسلمين فيمنع بمعارضه واحد منهم له فيه. و لأنّ لو سقط منه شيء ضمن به بلا خلاف، و هو يدلّ على عدم جوازه إلا بشرط الضمان. و لأنّ لا يملك القرار، و إنّما يملك الهواء، فلما لك القرار المعارضه.

و هو مذهب أبي حنيفة أيضا (٣).

و أوجب بأنّ الغرض عدم التضرر به للمازة، فالمانع منهم معاند و من غيرهم

ص: ٢٧٦

١- (١) التذكرة ١٨٢: ٢.

٢- (٢) المبسوط ٢٩١: ٢، الخلاف ٢٩٤: ٣ مسألة ٢ كتاب الصلح.

٣- (٣) المبسوط للرخسى ١٤٤: ٢٠، المغنى لابن قدامة ٣٤: ٥، الشرح الكبير ٢٧: ٥-٢٨.

و لو كانت مضرّه وجب إزالتها.(١) و لو أظلم بها الطريق، قيل: لا يجب إزالتها،(٢) و يجوز فتح الأبواب المستجدّه فيها.(٣) لا حقّ له، و لا تفاق الناس عليه في جميع الأعصار و الأمصار من غير نكير، و سقيفه بنى ساعده و بنى النجار أشهر من الشمس في رابعه النهار، و قد كانتا بالمدينه في زمن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم.

و يدخل في عدم اعتبار معارضه المسلم جاره، فليس له منعه ليخرج هواء، و ليكون الهواء بينهما، بل أيهما سبق استحقّ و للآخر إخراج روشن فيما بقي من الهواء، و ليس للأوّل منعه و إن استلزم الإشراف عليه إلّا- على الفرع السابق. و كذا يجوز للثاني الإخراج فوقه و تحته إذا لم يضرّ به. و حدّه في العلوّ أن لا يضرّ بالمارّ في الأوّل إن لم يكن له سقف، أو على سقفه إن كان. و لو أظلم الطريق بوضع الثاني أزيل خاصّه و إن كان لكلّ واحد أثر في الظلمه، لأن الضرر إنّما حصل بالثاني، و إن كان لو لا الأوّل لم يحصل.

قوله: «و لو كانت مضرّه وجب إزالتها».

وجوب إزالتها لا- يختصّ بوضعها، و إن كان الأمر فيه آكد، لكونه غاصبا، فإنّ إزالتها رفع لمنكر، فيجب على كلّ قادر المعاونه عليه بالقول و الفعل. و يآثم تارك السعي مع قدرته، كما في كلّ منكر.

قوله: «و لو أظلم بها الطريق قيل: لا يجب إزالتها».

القائل بذلك الشيخ في المبسوط (١). و موضع الخلاف ما إذا لم يذهب الضياء بالكليّه و إلّا منع إجماعا. و الضابط فيما عداه حصول التضرّر بالمارّه و لو لضعيف البصر، لأنّ جواز وضعه مشروط بعدم ضرر المارّه. و على هذا فالمنع إنّما يتوجّه إلى إطلاق الشيخ عدم تأثير الظلمه، لا إلى وجودها مطلقا. و لا فرق في التضرّر بين وقوعه ليلا و نهارا.

قوله: «و يجوز فتح الأبواب المستجدّه فيها».

أى في الطرق النافذه، لأنّ المسلمين فيها شرع، فيجوز إحداث الأبواب إليها

ص: ٢٧٧

أمّا الطرق المرفوعة فلا يجوز إحداث باب فيها، ولا جناح ولا غيره، إلا بإذن أربابه، سواء كان مضرًا أو لم يكن، لأنّه مختصّ بهم. (١) لمجاورها، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم إلى غيرها من الطرق النافذه أو المرفوعة. ولا يقدح في ذلك صيوره المرفوعة نافذه بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذه، لأنّ ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه، تحقّق فلا يتحقّق نفوذ الطريق.

قوله: «أمّا الطرق المرفوعة- إلى قوله- لأنّه مختص بهم».

الطريق المرفوع ملك لأربابه كسائر أملا- كههم، فيكون كالمال المشترك لا- يصح لأحد من أربابه التصرف فيه إلا- بإذن الباقين، سواء كان التصرف بإحداث الباب و الساباط و الروشن أم غيرها، و سواء أضرّ بهم أم لم يضرّ. وكذا لا يجوز ذلك لغير أربابه بطريق أولى.

و تبّه بقوله: «سواء كان مضرًا أو لم يكن» على خلاف بعض العامّه (١) حيث جوّز لأهل السكّه إحداث ذلك إذا لم يضرّ بالمارّه.

و المراد بالمرفوعة المسدوده التي لا تنتهي إلى طريق آخر و لا مباح، بل إلى ملك الغير، و بأربابها من له باب نافذ إليها، دون من تلاصق داره و يكون حائطه إليها من غير نفوذ.

و ممّا يترتب على ملكهم لها جواز سدّها عن السكّه، و الانتفاع بها كغيرها من أملاكهم، مع اتّفاقهم على ذلك، و لو اختلفوا لم يكن لمن أراده ذلك. و إنّما يجوز ذلك إذا لم يكن فيها مسجداً أو رباط أو مطهره موقوفه على العموم، قديمه أو حديثه، فإنّه حينئذ لا يجوز لهم المنع من الممرّ إليها، و لا إحداث ساباط و نحوه ممّا يتضرّر منه المارّه، و إن رضى أهل السكّه، لأنّها صارت حقًا لسائر الناس. و في حكمه ما لو جعل بعضهم داره أحد تلك الأمور.

و ممّا يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أربابها المرور فيها. و الوجه

ص: ٢٧٨

١- (١) المغنى لابن قدامه ٥:٣٥ و راجع فتح العزيز ٣١٠:١٠-٣١٣.

و كذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه، دفعا للشبهه. (١) و يجوز فتح الروازن و الشباييك، (٢) و مع إذنهم فلا اعتراض لغيرهم. (٣) فيه ما تقدّم من الملك. و الأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أمّا الجلوس فيها، و إدخال الدواب إليها، و نحو ذلك، فلا إلّا مع إذن الجميع، لأصالة حرمه مال الغير بغير إذنه، و انتفاء شاهد الحال فيه غالبا. نعم، لو كان الجلوس خفيفا غير مضرّ تناوله شاهد الحال.

قوله: «و كذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهه».

أى لشبهه استحقاقه المرور فيه بعد تناول الزمان، فإنّه إذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور، لأنّه وضع له. و بهذا حصل الفرق بين فتح الباب و رفع الحائط جملة، فإنّ الثانى جائز دون الأوّل، لأنّ رفع الحائط لا يستدعى استحقاق المرور بوقت من الأوقات، إذ ليس فيه دلالة عليه، بخلاف الباب.

و لا فرق فى هذا الحكم بين الذى لا حقّ له فى الطريق المذكور، كالجار الملاصق لها بحائطه، و بين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه، لا شترأكهما فى عدم استحقاق المرور فى المحلّ الذى فتح فيه الباب. و يحتمل ضعيفا الجواز، لما سيأتى.

قوله: «و يجوز فتح الروازن و الشباييك».

لأنّ الإنسان مسلّط على التصرّف فى ملكه بما شاء، و الشبهه المتطرّقه من الباب منتفيه هنا. و كما يجوز فتحهما إلى الدرب المرفوعه يجوز إلى غيرها من الأملاك و الدور، و إن استلزم الإشراف على الجار، لأنّ المحرّم هو التطلّع لا التصرّف فى الملك، فيستفيد بذلك الاستضاءه فى بيته، و ليس للجار سدّ ذلك. نعم، له وضع شىء فى ملكه يمنع الإشراف و إن منع الضوء.

قوله: «و معه إذنهم فلا اعتراض لغيرهم».

إذنهم فى ذلك تفيد جواز التصرّف كالعاريه، يجوز لهم و لكلّ واحد منهم الرجوع فيها، و تبطل بموته و خروجه عن التكليف بجنون و إغماء و نحوهما. و حينئذ فالمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق، إذ لا حقّ لهم فيها، و إن أمكن

و لو صالحهم (١) على إحداث روشن، قيل: لا يجوز، لأنه لا يصح إفراد الهواء بالبيع. وفيه تردد.

و لو كان لإنسان داران باب كل واحد إلى زقاق غير نافذ، جاز أن يفتح بينهما بابا. (٢) استطراقهم و تضرّهم. و ليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم، لبطان الإذن بموتهم، كما ذكرناه.

قوله: «و لو صالحهم. إلخ».

القول للشيخ (١) (رحمه الله) بناء على ما ذكره من المنع من إفراد الهواء بالبيع، و فرعیه الصلح له في ذلك. و المقدمتان ممنوعتان. و أدله شرعيه الصلح تناوله. و ضمير «صالحهم» يعود إلى أهل الدرب المرفوعه، و هو يقتضى بإطلاقه استحقاق الجميع لذلك، و هو مخالف لما سيأتى من اختصاص الداخل بما بين البابين. و الذى يلزم من التفريع على ذلك أنّ الروشن المحدث إن كان خارجا عن جميع الأبواب فهو حقّ لهم أجمع، و إن كان داخلا عن بعضها لم يتوقّف على إذن الخارج. و قيل: يتوقّف على رضا الجميع كأوّل، للاحتياج إليه عند ازدحام الدوابّ و الأحمال. و قواه في الدروس (٢). و الأوّل أشهر.

قوله: «و لو كان لإنسان- إلى قوله- بينهما بابا».

لأنّ له حقّ السلوك في كلّ واحد و رفع الجدار الحائل بين الدارين و جعلهما واحده، ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى أولى. و منع منه بعض العامه (٣)، لأنّه يثبت له حقّ الاستطراق في درب مملوكه لدار لا- حقّ لها فيه، و لأنّه ربّما أدى إلى إثبات الشفعه لو بيعت بعض دور إحدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكلّ واحد من الدارين في زقاق الأخرى، على تقدير القول بشبوتها مع الكثره.

ص: ٢٨٠

١- (١) المبسوط ٢: ٢٩٢.

٢- (٢) الدروس: ٣٨١.

٣- (٣) راجع المغنى لابن قدامه ٥١: ٥١. المهذب (ضمن المجموع ٤١٢: ١٣).

و لو أحدث فى الطريق (١) المرفوع حدثا، جاز إزالته لكل من له عليه استطراق.

و لو كان فى زقاق بابان (٢) أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأوّل يشارك الآخر فى مجازة، و ينفرد الأدخل بما بين البابين.

و الأقوى أنّ كلّ دار على ما كانت عليه فى استحقاق الشفعه بالشركه فى الطريق، و لا- يتعدّى إلى الأخرى و إن جاز الاستطراق، لأنّ ذلك الفتح لم يوجب حقًا للدار فى الطريق الأخرى، و إنّما أباح الانتقال من داره إلى داره الأخرى. و متى صار فيها استحقّ المرور فى طريقها تبعا للكون الثانى و الدار التى هو فيها لا للأولى.

قوله: «و لو أحدث فى الطريق. إلخ».

لا فرق فى الحدث بين كونه مضرا و غيره، و لا بين كونه فى الهواء كالروشن، أو فى الأرض كعمل دكّه و وضع خشبه و حجاره و نحو ذلك، و لا- بين كونه من أهل تلك الطريق و خارجه، لا شراك الجميع فى كون ذلك تصرفا فى ملكهم بغير إذنهم، فكان لهم إزالته. و كذا لا فرق بين وقوعه بإذن بعضهم و عدمه، بل لو بقى واحد بغير إذنه فله المنع و الإزاله. و الكلام فى إذن الجميع و البعض بالنسبه إلى كون الحدث داخلا أو خارجا ما تقدّم.

قوله: «و لو كان فى زقاق بابان. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و وجهه: أنّ المقتضى لاستحقاق كلّ واحد هو الاستطراق، و نهايته بابه، فلا يشارك فى الداخل. و قيل: يشترك الجميع فى الجميع، حتى فى الفضله الداخلة فى صدرها، لا احتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحمال و وضع الأثقال، و لأنّ اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد، بل متعسر، و المتعارف الاحتياج حوله إلى جمله من الداخل و إن قلت، فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب و ما خرج ليس بجيد. و قوى فى الدروس (١) الاشتراك فى الجميع.

ص: ٢٨١

و لو كان فى الزقاق فاضل (١) إلى صدرها، و تداعياها، فهما فيه سواء.

و يجوز للدخل أن يقدم (٢) بابه، و كذا الخارج. و لا يجوز للخارج أن يدخل بابه و كذا الداخل.

قوله: «و لو كان فى الزقاق فاضل. إلخ».

لاستوائهم فى الارتفاق بها، فلا أولوية لواحد على غيره، بخلاف ما بين البابين، لأنّ أدخليه الباب تقتضى الاستطراق، و هو مختصّ بالمستطرق، فيتحقّق الترجيح.

و يشكّل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين، لتوقّف الانتفاع حينئذ بالفضله على استحقاق السلوك إليها، فإذا لم يكن للخارج حقّ السلوك لا يترتب على تصرّفه الفاسد ثبوت يد على الداخل.

و يندفع بأنّ ثبوت ملك شىء لا يتوقّف على مسلك له، و مع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضله بشاهد الحال، كسلوك غيره ممن لا حقّ له فى تلك الطريق به، فإذا انضمّ إلى ذلك اشتراكهم جميعا فى التصرف فى الفضله حكم باشتراكها بينهم.

و لا يرد مثله فى المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك، لأنّ الداخل له عليه يد بالسلوك المستمرّ عليه، الذى لا يتمّ الانتفاع بداره إلاّ به، بخلاف الفضله، فإنّ يدهم فيها سواء، إذ لا- تصرّف لهم فيها إلاّ- بالارتفاق، و هو مشترك. و لو قلنا باشتراكهم فى جميع الطرق- كما اختاره الشهيد (١)- فالحكم فى الفضله أولى.

قوله: «و يجوز للدخل أن يقدم. إلخ».

الوجه فى ذلك كلّ ما تقدّم من اختصاص كلّ داخل عن الخارج بما دخل عنه و مشاركته فيما خرج، فيجوز للدخل إخراج بابه، لثبوت حقّ الاستطراق له فى جميع الطريق إلى بابه، فكّل ما خرج عنه له فيه حقّ. و له حقّ التصرف فى جداره برفعه

ص: ٢٨٢

و لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشنًا، لم يكن لمقابله معارضته، و لو استوعب عرض الدرب. (١) و لو سقط ذلك (٢) الروشن فسبق جاره إلى عمل روشن، لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق إلى القعود في المسجد.

أجمع، فبعضه أولى. و لا فرق في ذلك بين أن يسدّ الأول - كما يقتضيه ظاهر العبارة - و يبقى. و لا يمنع تكثّر الأبواب، لعدم تفاوت الحال. و ربّما قيل باشتراط سدّ الأول.

و أمّا الخارج فلما لم يكن له حقّ فيما جاوز مجازه إلى داخل لم يكن له الدخول إلاّ بإذن الداخل إلاّ على القول السابق. و ربّما احتتمل جواز دخوله و إن لم نقل بمشاركته في الداخل، نظرًا إلى أنّه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار و رفع الحائط أجمع فيستصحب. و يضعّف بأن تملك المباح إنّما يقع على الوجه الذي اتّفق، فإنّه كان له فتح بابه ابتداء إلى أيّ الجهات شاء، فلما أحيا ما حوله منع من ذلك، لسبق من حوله بالإحياء على فتحه. و مثله القول في الجزء الداخل من الطريق، فإنّه بوضع بابه خارجه رفع عنه يده و أحياءه، و انفرد به الداخل فقدم. و أمّا رفع جميع الحائط فلا يتطرّق إليه شبهه، بخلاف الباب كما تقدّم.

قوله: «و لو أخرج بعض أهل الدرب - إلى قوله - عرض الدرب».

لمّا كان حقّ الطريق النافذ غير مختصّ بدوى الدور لم يكن للجدار المقابل و لا - غيره الاعتراض على واضع الروشن فيه، و إن استوعب الدرب، إذا لم يكن ضارًا بالمازّه. نعم، لو وضع شيئًا منه على جدار المقابل فله المنع منه.

قوله: «و لو سقط ذلك. إلخ».

لأنّ الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، و إنّما اكتسب أولويّه، فإذا زال زالت، كالقعود في المسجد و السوق، حتى لو فرض أنّ الثانی أخرج روشن الأول و وضع روشنه لم يكن للأول أن يزيل الثانی، و إن كان الثانی قد ضمن أرش الأول و اكتسب الإثم، لزوال الأولويّه. و مثله القول في المشبه به.



## الثانية: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره

الثانية: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبه واحده، لكن يستحب (١) و لو أذن، جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً، و بعد الوضع لا يجوز، لأن المراد به التأيد.

و الجواز حسن مع الضمان (٢) قوله: «إذا التمس -إلى قوله- لكن يستحب».

هذا عندنا موضع وفاق، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» (١) و لقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير.

نعم، يستحب استحباباً مؤكداً، لما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم: «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبه على جداره» (٢). و هو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكد. و ذهب بعض العامه إلى جوازه بغير إذنه، عملاً بالحديث.

قوله: «و لو أذن جاز له الرجوع -إلى قوله- مع الضمان».

الكلام هنا في مواضع:

أحدها: في جواز الرجوع بعد الوضع. و قد منع منه الشيخ (٣) و من تبعه (٤)، لاقتضاء الإذن في مثل ذلك الدوام، كالإذن في دفن الميت في الأرض، و للضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضى إلى خراب ملك المأذون. و الأقوى الجواز (٥)، لأنه عاريه، و لأن الأصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء. و إلحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون إخراج البناء.

الثاني: على تقدير الجواز هل ينقض مجاناً أو مع الأرض؟ وجهان مبناهما على

ص: ٢٨٤

١- ١) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلّى ح ١ و ٣.

٢- ٢) مسند أحمد ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، السنن الكبرى ٦: ٦٨. و ليس فيهما «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر».

٣- ٣) المبسوط ٢: ٢٩٧.

٤- ٤) منهم ابن البراج على ما في جامع المقاصد ٥: ٤٢٢، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٤٣٣.

٥- ٥) في إحدى الحجريتين: (الجواز مطلقاً). و لم ترد في ما لدينا من النسخ الخطية.

أمّا لو انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف. وفيه قول آخر. (١) أنّ الإذن إنّما أفادت العارِيه، ولازمها الرجوع متى أراد، مع أصاله براءه ذمّه المالك من ثبوت مال لغيره على تخلص ملكه منه، بل أصاله البراءه مطلقا. و أنّه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه (١). ولأنّ فيه جمعا بين الحقّين. ولأنّه سبب الإتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف، لأنّه بالأمر الشرعيّ. و هو أقوى.

الثالث: على تقدير ثبوت الأرش فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم، أو تفاوت ما بين العامر و الخراب؟ وجهان مبناهما على أنّ البناء إذا كان محترما فهو بهيئته حقّ لبانيه، فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا و خرابا، لأنّ ذلك هو نقص المائيه، و من أنّ نقص هذه المائيه مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمّنه، إنّما يضمّن نقصان مال الغير الذي كان سبب إتلافه و فواته. و الأوّل أقوى، لأنّ جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعا على ملك الغير، و ذلك إنّما أثر جواز النقض لا المشاركه في المائيه. و لو اتّفقا على إبقائه بالأجره فلا إشكال في جوازه.

قوله: «أمّا لو انهدم- إلى قوله- وفيه قول آخر».

القول الآخر للشيخ في المبسوط (٢)، و هو أنّه إن أعاده بآلته الأولى لم يكن له منعه من ردّ الخشب و السقف عليه، و إن أعاده بغيرها كان له منعه. و الأقوى الأوّل، لأنّ المأذون فيه و هو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن. و لأنّها عاريه فيجوز الرجوع فيها و إن استلزم الضرر كما مرّ، فهنا أولى، غايته أنّه مع الضرر جبر بالأرش، و هنا لا ضرر فلا أرش.

و كثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافا، و يمكن أن يكون سببه أنّ الشيخ كان ذكر أولا في الكتاب (٣) أنّه لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادته إلا بإذن مستأنف، و لم يتردّد في ذلك، فأطرحوا قوله الآخر، و هو قول لبعض الشافعيّه (٤)، كما أنّ القول (٥) الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن

ص: ٢٨٥

١-١) في ما عدا «ه» و «م»: نقضه.

٢-٢) المبسوط ٢: ٢٩٧.

٣-٣) المبسوط ٢: ٢٩٨.

٤-٤) المغنى لابن قدامه ٥: ٤٠.

٥-٥) المغنى لابن قدامه ٥: ٤٠.

و لو صالحه (١) على الوضع ابتداء، جاز بعد أن يذكر عدد الخشب و وزنها و طولها.

### الثالثه: إذا تداعيا جدارا مطلقا، و لا بينه

الثالثه: إذا تداعيا جدارا مطلقا، و لا بينه، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضى له. و إن حلفا أو نكلا، قضى به بينهما. (٢) قرب.  
قوله: «و لو صالحه. إلخ».

إنما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطول و إن اتفق وزنه. و الضابط: ذكر ما يرفع الجهاله، و لا بدّ مع ذلك من ذكر المدّه المضبوطة. و لو كانت الآلات مشاهده استغنى عن اعتبارها بذلك، و اكتفى بتعيين المدّه.

و احترز بقوله: «ابتداء» عمّا لو وقع الصلح بعد البناء، فإنّه لا يعتبر حينئذ إلاّ تعيين المدّه، لصيروره الباقي معلوما، بخلاف ما إذا لم يبين (١)، لتفاوت الضرر، و لا- ضابط يرجع إليه عند الإطلاق. و هذا في الخشب. أمّا الآجرّ و اللبن في الحائط فيكفي فيهما العاده. نعم، لو كان الصلح على البناء على حائط زياده عليه افتقر إلى ذكر الطول و سمك اللبن، لاختلاف ضرره باختلافهما. هذا كلّه في الوضع على حائط مملوك للغير.

أمّا لو كان موقوفا على مصالح عامّه بحيث لا يكون له مالك على الخصوص، كالمسجد و شبهه، لم يجز لأحد البناء عليه و لا الوضع بغير إذن الحاكم قطعا، و ليس له الإذن بغير عوض. و في جوازه به و لا- ضرر على الموقوف، نظرا إلى المصلحه بفائده العوض، و عدمه، لأنّه تصرف في الوقف بغير موضوعه، و لأنّه يثمر شبهه على تطاول الأزمان، و جهان أجودهما الأخير. و قواه في الدروس (٢).

قوله: «إذا تداعيا جدارا مطلقا- إلى قوله- قضى به بينهما».

المراد بالإطلاق هنا أن لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لأحدهما شرعا،

ص: ٢٨٤

١- ١) في «ن» و «س»: يتبين، و في الحجرية: يبين.

٢- ٢) الدروس: ٣٨٢.

و لو كان متصلا ببناء أحدهما، كان القول قوله مع يمينه، (١) وإن كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضى بها، و قيل: يقضى مع اليمين. و هو الأشبه. (٢) كاتصاله ببناء أحدهما أو ما فى حكمه ممّا سيأتى. و من جملة القيود كونه فى أرض أحدهما، فإذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لأحدهما عليه يد. أو يكون لهما بأن يكون بين ملكيهما و لا مرجح. و حكمه حينئذ أن يستوى نسبتها إليه، فمن أقام بينه حكم له به، و إن فقداها حلف كل واحد لصاحبه، و كان بينهما نصفين. و كذا لو نكلا عن اليمين. و لو حلف أحدهما و نكل الآخر ثبت للحالف. و هو واضح.

قوله: «و لو كان متصلا ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه».

أى متصلا به اتصال ترصيف، و هو تداخل الأحجار و اللبن على وجه يبعد كونه محدثا. و مثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفه أو ستره، لأنه يصير بجميع ذلك صاحب يد، فعليه اليمين مع فقد اليئنه. و لو اتصل بهما كذلك، أو كان البناء لهما، أو اختص أحدهما بصفه و الآخر بأخرى، فاليد لهما. و كذا لو كان لأحدهما واحده و الباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزياده اليد فى الترجيح، فيحلفان و يقسم بينهما، كما يقسم لو نكلا، إلى تمام ما تقدم.

قوله: «و لو كان لأحدهما جذع- إلى قوله- و هو الأشبه».

القول بعدم القضاء بذلك للشيخ (١)، محتجاً بأن كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهره على أنه فى أيديهما، و وضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع، كاختصاص أحد الساكنين (٢) بزياده الأمتعه.

و يضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من

ص: ٢٨٧

١- (١) المبسوط ٢: ٢٩٦، الخلاف ٣: ٢٩٦. و ليس فيهما هذا الاحتجاج، و انما احتج له بذلك الشهيد فى الدروس: ٣٨٤.

٢- (٢) فى «س»: الشريكين.

و لا- ترجیح دعوى أحدهما، بالخوارج التى فى الحيطان، و لا- الروازن. (١) و لو اختلفا فى خصّ (٢) قضى لمن إليه معاهد القمط، عملا بالروايه.

#### الرابعه: لا يجوز للشريك فى الحائط، التصرف فيه

الرابعه: لا- يجوز للشريك فى الحائط، التصرف فيه ببناء، و لا تسقيف و لا إدخال خشبه، إلا بإذن شريكه. (٣) الوجوه السابقه. و حينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، و يبقى الآخر خاليا، و يكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات. و لو جامعها اعتبر ما فصلناه.

قوله: «و لا ترجح- إلى قوله- و لا الروازن».

المراد بالخوارج كلّمًا خرج عن وجه الحائط من نقش و وتد و رفّ و نحو ذلك، فإنّه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار. و مثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذه و الروازن النافذه، لما ذكر.

قوله: «و لو اختلفا فى خصّ الخ».

الخصّ- بالضمّ- البيت الذى يعمل من القصب (١)، و القمط- بالكسر- جبل يشدّ به الخصّ، و- بالضم- جمع قماط و هى شداد الخصّ من ليف و خوص و غيرهما (٢).

و الروايه رواها عمرو بن شمر، عن جابر، عن الباقر عليه السلام، عن أبيه، عن على عليه السلام: «أنّه قضى فى رجلين اختصما فى خصّ أنّ الخصّ للذى إليه القمط» (٣). و مثله روى العامّه عن النبى (٤) صلّى الله عليه و آله و سلّم. و الطريق ضعيف إلا- أنّ الأصحاب تلقّوها بالقبول. و ردّها بعضهم و منهم المصنّف فى النافع (٥) و قال: إنّها قضيه فى واقعه فلا تتعدى. و حينئذ فحكم الخصّ حكم الجدار بين الملكين.

قوله: «و لا يجوز للشريك- إلى قوله- إلا بإذن شريكه».

الحكم فيه كغيره من الأموال المشتركه لا يجوز لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن

ص: ٢٨٨

١- ١) لسان العرب ٢٦: ٧.

٢- ٢) لسان العرب ٣٨٥: ٧.

٣- ٣) الفقيه ٥٧: ٣ ح ١٩٧، الوسائل ١٧٣: ١٣ ب «١٤» من أبواب الصلح ح ٢.

٤- ٤) سنن البيهقى ٦٧: ٦٦-٦٨.

٥- ٥) المختصر النافع: ٢٨٥.

و لو انهدم، لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته. (١) الجميع و إن قلّ الانتفاع، كضرب الوند و فتح الكوه.

قال في التذكرة: «و كذلك أخذ أقلّ ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب» (١).

و استثنى من ذلك الاستناد إليه، و إسناد المتاع مع انتفاء الضرر، لأنه بمنزلة الاستضاءه بسراج الغير و الاستظلال بجداره.

نعم، لو منع المالك و الشريك من ذلك كله حرم، وفاقا للتذكرة (٢)، لأنه نوع تصرف بإيجاد الاعتماد عليه. و استقرب في الدروس عدم المنع، لانتفاء الضرر (٣).

و موضوع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند و إلا لم يجز إجماعا.

و لو بنى الشريك في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك أو المختصّ بالجدار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، و لم يكن للآخر الاعتراض. و لو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه.

قوله: «و لو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته».

إذا لا- يجب على الشخص عماره جداره المنهدم، ففي المشترك أولى. و هذا لا- كلام فيه، لكن هل تتوقف العماره على إذن الشريك أم يجوز له البناء و إن نهاه؟ قولان، أحدهما: توقف العماره على إذنه، لأنه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون إذن الشريك، كما سلف. و الثاني: عدم الاشتراط، لأنه نفع و إحسان في حقّ الشريك حيث يعمر له حائطه و لا يغرمه في نفقته، و لا ضرر فيه عليه بوجه. و هو قول الشيخ (٤). و الأوّل أقوى. و ربّما فرّق بين إعادته بالآله المشتركه فلا يشترط رضاه، و بين إعادته بآله من عنده فيشترط، لأنه على الأوّل يبقى شريكا كما كان، بخلاف الثاني.

ثمّ على القول باعتبار إذنه لو خالف و عمّره فهل للشريك نقضه؟ احتمال من

ص: ٢٨٩

١- ١) التذكرة ١٨٥: ٢.

٢- ٢) التذكرة ١٨٥: ٢.

٣- ٣) الدروس: ٣٨٢. و لكن فيه: مع عدم الضرر.

٤- ٤) المبسوط ٣٠١: ٢.

و كذا لو كانت الشركه، في دولاب أو بئر أو نهر. (١) حيث تصرفه في ملك غيره، و تغيير هيئته و وضعه الذي كان عليه، فصارت الكيفيه الثانيه كأنها مغصوبه، فله إزالتها. و الأقوى العدم إن كان بناه بالاله المشتركه، لأن هدمه أيضا تصرف في مال الغير، و هو الشريك الذي بنى، فلا يصح كالأول. و إنما تظهر الفائده في الإثم و الجواز إن كان بناؤه بغير آله، لأنه عدوان محض، و تصرف في أرض الغير، فيجوز تغييره.

ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزمه الأرش كما لو هدمه ابتداء. ثم على تقدير إعادته بآله مختصه بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الأول، للاشتراك فيه دونه. و خير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته بهدمه و إعطائه نصف قيمه الحائط و يضع عليه (١). و الأقوى أن التخيير في ذلك للبانى لا للشريك.

و حيث يتوقف البناء على إذن الشريك و يمتنع يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم. و هل له الإذن فيه بأجره يرجع بها على الشريك، أو مجاناً؟ الأقوى الثاني، لأن الشريك إذا لم يجبر على العماره لا يجبر على الإنفاق، فإن اختار الشريك بناءه مجاناً فعل و إلا تركه.

قوله: «و كذا لو كانت الشركه في دولاب أو بئر أو نهر».

الحكم هنا كما سلف في الجدار. و لا فرق بين كون المشترك ذا غلّه تفي غلّته بعمارته و غيره عند الأصحاب. و إنما خالف فيه بعض العامه (٢) فحكم بإجبار الشريك على المساعدة على العماره في هذه المذكورات دون الحائط، فارقاً بينهما بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمه فيضّر به، بخلاف الحائط، فإنه يمكنه قسمته مع شريكه و قسمه عرصته. و ردّ بأن قسمه العرصه و الحائط قد يكون أكثر ضرراً، فكانا سواء.

ص: ٢٩٠

١-١) المبسوط ٣٠١:٢.

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٥٠:٥.

و كذا لا يجبر صاحب السفلى و لا العلوّ، على بناء الجدار الذى يحمل العلوّ. (١) و لو هدمه (٢) بغير إذن شريكه، و جب عليه إعادته. و كذا لو هدمه بإذنه، و شرط إعادته.

قوله: «و كذا لا يجبر - إلى قوله - يحمل العلوّ».

لأنّه لا - يجب على الإنسان عماره ملكه لأجل الغير. و لكن يجب تقييده بما إذا لم يكن حمل جدار العلوّ أو سقفه واجبا على صاحب السفلى بعقد لازم، فإن و جب كذلك لزم البناء. نبه عليه فى الدروس (١). و سبق مثله فى عماره الساقية و المجرى.

و لو طلب صاحب العلوّ بناء جدران السفلى تبرّعا فهل له منعه؟ فيه الوجهان السابقان. و أطلق فى التحرير أنّه ليس له منعه (٢). و فى حكم العلوّ ما لو كان له سباط استحقّ وضعه على حائط غيره فانهدم. هذا كلّه إذا انهدم الحائط بنفسه أو هدمناه معا.

قوله: «و لو هدمه. إلخ».

أطلق المصنّف و جوب الإعادة تبعا للشيخ (٣) (رحمه الله). و يشكل بأنّ النقصان الفائت بالهدم غير مثلى فينبغى المصير إلى القيمة و هو الأرش، و هو اختيار العلّامة فى القواعد (٤)، مع أنّه قطع فى التذكرة بوجوب الإعادة [١]. و فضل الشهيد رحمه الله فى الدروس (٥)، فأوجب إعادته إن أمكنت المماثلة، كما فى جدران بعض البساتين و المزارع، و إلّا فالأرش. و فيه مناسبة إلّا أنّه خارج عن القواعد الشرعيّة،

ص: ٢٩١

١- (١) الدروس ٣٨٣.

٢- (٢) تحرير الأحكام ١٣٦: ٢.

٣- (٣) المبسوط ٣٠٣: ٢.

٤- (٤) قواعد الأحكام ١٨٥: ١.

٥- (٥) الدروس: ٣٨٣.



## الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى و العلوى فى جدران البيت

الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى و العلوى فى جدران البيت، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه. (١) و لو كان فى جدران الغرفة، فالقول قول صاحبها مع يمينه. و لو تنازعا فى السقف (٢)، قيل: إن حلفا قضى به لهما. و قيل: لصاحب العلوى. و قيل: يقرع بينهما، و هو حسن.

لانتفاء المثليته فى الفائت، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقيه، و المماثلة فى الصفة بعيدة، فالقول بالأرش مطلقا أوضح.

قوله: «إذا تنازع- إلى قوله- صاحبها مع يمينه».

هذا هو المشهور، و يعضده أن جدران البيت جزؤه و جدران الغرفة جزؤها، فيحكم بها لصاحب الجملة. و قال ابن الجنييد: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده، بخلاف جدار الغرفة، إذ لا تعلق لصاحب البيت به إلا كونه موضوعا على ملكه. و ارتضاه فى المختلف (١). و هو قول جيد، لكن الأول أجود.

قوله: «و لو تنازعا فى السقف. إلخ».

المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينهما و بين البيت. و القول باستوائهما فيه للشيخ فى المبسوط (٢)، و قواه فى الدروس (٣)، لأنه سقف لصاحب البيت و أرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزم من كل منهما.

و القول الثانى لابن إدريس (٤)، و رجحه العلامة (٥) فى كثير من كتبه، لأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل، لأنه أرضها، و البيت قد يكون بغير سقف، و هما متصادقان على أن هنا غرفة، فلا بد من تحققها. و لأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى.

ص: ٢٩٢

١- ١) المختلف: ٤٧٨.

٢- ٢) المبسوط ٣٠٠: ٢.

٣- ٣) الدروس: ٣٨٥.

٤- ٤) السرائر ٦٧: ٢.

٥- ٥) تحرير الأحكام ١٣٥: ٢، المختلف: ٤٧٧.

## السادسه: إذا خرجت أغصان شجره إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن

السادسه: إذا خرجت أغصان شجره إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن، وإلا قطعت من حدّ ملكه. وإن امتنع صاحبها قطعها الجار. ولا يتوقف على إذن الحاكم. (١) والقول بالقرعه للشيخ أيضا، لأنها لكل أمر مشتبه (١)، واستحسنه المصنّف.

و ربما منع الاشتباه هنا، لأنّ رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبه إلى الحكم. والأوسط أوسط.

و موضع الخلاف السقف الذى يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أمّا ما لا يمكن كالأزج (٢) الذى لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد، فيحصل به الترصيف بين السقف و الجدران، وهو دخول آلايت البناء من كلّ منهما فى الآخر، فإنّ ذلك دليل على أنّه لصاحب السفلى، فيقدّم قوله فيه بيمينه.

قوله: «إذا خرجت - إلى قوله - إذن الحاكم».

يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف، و يكون المحكوم عليه به مالك الشجره. و وجه الوجوب عليه ظاهر، لأنّ دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرّف فيه و شغله بملكه. و هو غير جائز، فيجب التخلّص منه. و قد صرح العلامة فى التحرير بوجوب ذلك عليه (٣). و هو حسن.

لكن يبقى فى العبارة [إشكال] (٤) اشتراط وجوب العطف بالإمكان و ترتيب القطع على عدمه، مع أنّ للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب، فبه أولى (٥)، و إنّما يليق ترتّب الأمرين المذكورين بالنسبه إلى مالك الأرض، إلا أنّ الوجوب فيه لا يتمّ بالمعنى المتعارف منه. و يمكن كونه بمعنى الثبوت، لأنّه أحد معانيه لغه. و هذا

ص: ٢٩٣

١- (١) الخلاف ٣: ٢٩٨ مسألة ٨.

٢- (٢) بيت بينى طولا و يقال له بالفارسيه أوستان. لسان العرب ٢: ٢٠٨.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

٤- (٤) وردت فى «و» فقط و فى الهامش: ليس فى أكثر النسخ لفظ الإشكال.

٥- (٥) فى «س» فهنا.

الحكم ثابت له، لكن ينافره قوله بعد ذلك: «و إن امتنع صاحبها قطعها الجار» لأن مقتضاه أن المأمور بالسابق هو مالك الشجرة.

و يمكن الاعتذار عن الترتيب بأن قطع الشجرة مع إمكان عطفها إتلاف للمال، و هو منهي عنه، و يمنع من جواز قطع المالك كيف أتفق، بل لا بد من غايه مقصوده به، للنهي عن إضاعه المال بغير وجه. ثم قوله: «قطعها الجار» لا بد من تقييده أيضا بعدم إمكان عطفها بطريق أولى، فالعبارة في الجملة ليست بجيدة.

و الحاصل: أن الواجب على مالك الشجرة تفرغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما أمكن، فإن امتنع منه فلمالك الأرض و الهواء تولى ذلك، مقدما للعطف على القطع مع إمكانه. و كما يثبت الحكم المذكور في الأغصان كذا في العروق. و لا يتوقف مالك الأرض على إذن الحاكم حيث يمنع صاحب الشجرة، كما له إخراج بهيمه تدخل إلى ملكه بدون إذنه.

و ربما قيل بجواز إزاله مالك الأرض لها من دون مراجعه المالك، لأن إزاله العدوان عليه أمر ثابت له، و توقفه على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه. و ظاهر التذكرة (١) أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها و إن جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله. و الأول أجود.

و لو قطعها مالك الأرض مع إمكان العطف ضمن. لكن هل يضمن جميع ما يقطع، أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف؟ وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه، و من أن العطف حق له، و ما يفوت به في حكم التالف شرعا. و لو مضت مدّه طويله عليها كذلك مع علم المالك [به] (٢) و تفریطه ضمن أجره الأرض و الهواء. و ليس لمالك

ص: ٢٩٤

١-١) التذكرة ١٨٩: ٢.

٢-٢) من «و» فقط.

و لو صالحه (١) على إبقائه في الهواء، لم يصح، على تردد. أمّا لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها.

### السابعه: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، و لآخر بيوته العليا، و تداعيا الدرجه

السابعه: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، و لآخر بيوته العليا، و تداعيا الدرجه قضى بها لصاحب العلو مع يمينه. (٢) الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحترق حيث يجوز القطع، لأنّه أشدّ ضرراً، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زياده على حقّه.

و في حكم الشجره التراب المنتقل إلى ملك الغير، و الحائط المائل كذلك، فيجب المبادره إلى تخلص الأرض منه. و لو ملكه التراب و قبله سلم من حقّه، لا مع امتناعه منه و إن شقّ نقله.

قوله: «و لو صالحه. إلخ».

منع الشيخ من الصلح على إبقائها في الهواء، بناء على أصله السابق من عدم جواز إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع (١). و هذا هو الفارق بين الصلح على إبقائها في الهواء و على الجدار، لأنّ منفعة الجدار يمكن إفرادها بالمعاوضه كالإجاره. و الأصحّ جواز الأمرين.

و المراد بقوله: «مع تقدير الزيادة أو انتهائها» أنّ الأغصان إن كانت قد انتهت في الزيادة بحسب ظنّ أهل الخبره صحّ الصلح على إبقائها مطلقاً، و إن كانت آخذة في الزيادة فلا بدّ من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطاً. و لا بدّ مع ذلك من تقدير مدّه الإقامه، فلا يصحّ المؤبّد على ما ذكره الجماعة. و لو فرض زياده ما حكم بانتهائه على خلاف العاده كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدّى إلى الملك قبل الصلح.

قوله: «إذا كان لإنسان - إلى قوله - مع يمينه».

لاختصاصه بالتصرّف فيها بالسلوك و إن كانت موضوعه في الأرض التي هي لصاحب السفلى، لأنّ مجرّد ذلك لا يوجب اليد. و كما يحكم بها لصاحب العليا فكذا

ص: ٢٩٥

و لو كان تحت الدرجة خزانه كانا في دعواهما سواء.(١)و لو تداعيا الصحن، قضى منه بما يسلك فيه إلى العلوّ بينهما،و ما خرج عنه لصاحب السفلى.(٢) محلّها.هذا مع اختلافهما في الخزانه تحتها،أمّا لو اتّفقا على أنّ الخزانه لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى و الأسفل،فيجرى فيها الخلاف السابق.و على ما اخترناه يقضى بها للأعلى على التقديرين.و إنّما يختلف الحكم عند القائل بالاشتراك كالشهيد (١) (رحمه الله)فإنّه يجعلها هنا مشتركه بينهما أيضا.

قوله:«و لو كان تحت الدرجة خزانه كانا في دعواهما سواء».

لأنّ لكلّ واحد منهما شاهدا بملكها،لأنّ الظاهر أنّ الدرجة لصاحب العلوّ، فيكون مكانها كذلك،لأنّ الهواء كالقرار،و كذلك هي متّصلة بملك الأسفل،بل من جمله البيوت السفلى،و حينئذ فيقضى بها بينهما بعد التحالف أو النكول.قال في الدروس:و لا عبره بوضع الأسفل آلاته و كيزانه تحتها (٢).و الخزانه-بالكسر- ككتابه.قاله في القاموس (٣).

قوله:«و لو تداعيا-إلى قوله-لصاحب السفلى».

لأنّ صاحب العلوّ لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرّف من الصحن في قدر الممرّ كان له عليه يد دون باقى الصحن،و صاحب السفلى يشاركه في التصرّف في ذلك و ينفرد بالباقي،فيكون قدر المسلك بينهما.

ثمّ إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركا في الممرّ إليه،و إن كان المرقى في دهليزه خارجا لم يشارك الأسفل في شيء من العرصه،إذ لا- يدلّه على شيء منها إلاّ- أن نقول في السكّه المرفوعه باشتراكها بين الجميع.و لو كان المرقى في ظهره اختصّ صاحب الأسفل بالعرصه و الدهليز أجمع.

و المراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كلّ لصاحبه أو نكولهما معا عن اليمين،

ص:٢٩٦

١-١) الدروس:٣٨٥.

٢-٢) الدروس:٣٨٥.

٣-٣) القاموس المحيط ٢١٩:٤ ماده(خزن).

تتمه إذا تنازع راكب الدابّة وقابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه.

وقيل: هما سواء في الدعوى. والأول أقوى. (١) أمّا لو تنازعا ثوبا و في يد أحدهما أكثره فهما سواء. (٢) وكذا لو تنازعا عبدا، ولأحدهما عليه ثياب. (٣) كما قد علم غير مرّه.

قوله: «إذا تنازع -إلى قوله- أقوى».

وجه القوّه: قوّه يد الراكب و شدّه تصرّفه بالنسبه إلى القابض. و وجه التسويه:

لاشتراكهما في اليد، وقوّتها لا مدخل لها في الترجيح، ولهذا لم يؤثّر في ثوب بيد أحدهما أكثره، كما سيأتى. نعم، مع الراكب زياده التصرّف إلاّ أنّه لم يثبت شرعا كونه مرجحا. و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما بتفسيراته. و حينئذ فالقول بالتساوى أقوى بعد أن يحلف كلّ منهما لصاحبه إذا لم يكن بينه. و لا- عبره عندنا بكون الراكب غير معتاد قنيه الدوابّ و المتشبهت معتادا لذلك. و ما ذكر حكم الدابّة، أمّا اللجام فلمن في يده، و السرج لراكبه.

قوله: «أمّا لو تنازعا ثوبا و في يد أحدهما أكثره فهما سواء».

لاشتراكهما في مسمى اليد و لا ترجيح لقوّتها، و التصرّف الذى كان مع الراكب زائدا على اليد منتف هنا. و هذا هو الفارق بين المسألتين عند المصنّف، و أوجب اختلاف الحكم.

نعم، لو كان أحدهما متمسكا له و الآخر لابسا فكمسأله الراكب و القابض، لزياده تصرّف اللابس على اليد. و ربّما قيل هنا بتقديم اللابس، لأنّ الظاهر أنّه لم يتمكّن من لبسه إلاّ و هو غالب مستقلّ باليد.

قوله: «و كذا لو تنازعا عبدا أو لأحدهما عليه ثياب».

بمعنى أنّ لبسها لا يرجح يد أحدهما إذا كان لهما عليه يد، إذ لا دخل لها في

أما لو تداعيا (١) جملا، ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه.

و لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما. و بابها إلى غرفه الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت. (٢) الملك، لأنه (١) قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعاريه، فإذا كان لهما عليه يد تساويا فى الدعوى. و منه يعلم أنه لو كان لأحدهما خاصه يد و للآخر ثياب فالعبره بصاحب اليد.

قوله: «أما لو تداعيا. إلخ».

لأنّ وضع الحمل على الدابّه يستدعى كمال الاستيلاء، فيرجح صاحبه. و المراد أنّ لكلّ واحد منهما مع ذلك عليه يد، بأن كانا قابضين بزمامه، و نحو ذلك، ليحصل الترجيح. أما لو كان لأحدهما حمل و لا يد للآخر فلا شبهه فى الترجيح.

و يمكن أن يكون المراد أنّ أحدهما قابض بزمامه و للآخر عليه حمل، ليكون معادلا لمسأله الراكب و قابض اللجام، فإنّهما و إن استويا فى الحكم عنده إلاّ- أنّ مسأله الحمل أقوى، و لهذا لم يذكر فيها خلافا. و وجهه: أنّ الحمل أقوى دليلا- على كمال الاستيلاء، فإنّ الركوب أسهل تعلّقا من الحمل.

و فى الدروس (٢) جعل الراكب و لابس الثوب و ذا الحمل سواء فى الحكم. و هو كذلك.

قوله: «و لو تداعيا غرفه- إلى قوله- صاحب البيت».

لأنّها موضوعه فى ملكه، لأنّ هواء بيته ملكه، لأنّ تاجع للقرار، و مجرّد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد و لا الملك، فيقدّم صاحب البيت يمينه. هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرّفا فيها بسكنى أو غيره و إلاّ قدّم، لأنّ يده عليها بالذات، لأنّ التصرف مقتضى له، و ثبوت يد مالك الهواء بالتبعيه ليدته التى هى على القرار، و اليد الفعلية أقوى و أولى من التابعه. و يحتمل التساوى حينئذ، لثبوت اليد من الجانبين فى الجملة، و عدم تأثير قوّه اليد كما سلف.

ص: ٢٩٨

١- ١) فى «س» و لأنّه.

٢- ٢) الدروس: ٣٨٥.

كتاب الشركه

اشاره

كتاب الشركه

ص: ٢٩٩





## الأول: فى أقسامها

الأول: فى أقسامها.

الشركه اجتماع حقوق الملاك، فى الشىء الواحد، على سبيل الشيع. (١) قوله: «الشركه اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد على سبيل الشيع».

الشركه بكسر الشين و إسكان الراء، و بفتحها فكسرها. و هى تطلق على معينين:

أحدهما: ما ذكر المصنّف فى تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور. و هذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركه لغه (١) و عرفاً، إلاّ أنّه لا مدخل له فى الحكم الشرعى المترتب على الشركه من كونها من جمله العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول و الحكم عليها بالصحة و البطلان، فإنّ هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لا يتميّز أن تحققّت الشركه بهذا المعنى. و مع ذلك لا ترتبط الشركه به بما قبلها و بعدها، لأنّ هذا معنى من المعانى دخوله فى باب الأحكام أولى.

و ثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيع فيه.

و هذا هو المعنى الذى به تندرج الشركه فى جمله العقود، و يلحقها الحكم بالصحة

ص: ٣٠١

و البطلان. و إليه يشير المصنّف فيما بعد (1) بقوله: «قيل: تبطل الشركة -أعنى:

الشرط و التصرف -و قيل: تصح».

و لقد كان على المصنّف أن يقدّم تعريفها على ما ذكره لأنّها المقصود بالذات هنا، أو يتبّه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما و أحكامهما، و لكنّه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأوّل. فقوله: «اجتماع حقوق الملاك» كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز، كما لو جمعوا مالهم مع تميّز بعضه عن بعض و وضعوه فى مكان واحد مثلا.

و المراد ب«الشيء الواحد» الواحد بالشخص، لأنّ ذلك هو المتبادر إلى الأفهام، لا الواحد بالجنس و لا النوع و لا الصنف، إذ لا تتحقّق الشركة فى شيء مع تعدّد الشخص. و المراد بالواحد ما (2) هو متعلّق الشركة و إن تعدّد، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور فى كلّ فرد من أفراد المتعدّد.

و قوله: «على سبيل الشيع» خرج به اجتماع حقوقهم فى الشيء الواحد المركّب من أجزاء متعدّده، كالبيت -مثلا- إذا كان خشبه لواحد و حائطه لآخر و أرضه لثالث، فإنّه لا شركة هنا، إذ لا شيع مع صدق اجتماع حقوقهم فى الشيء الواحد.

و فى بعض تحقيقات الشهيد -رحمه الله- أنّ قيد الشيع لإخراج اجتماع الحقوق فى الشيء الواحد بالشخص على البدل، كمستحقّ الزكاه و الخمس و المجتمعين على معدن أو مسجد أو مباح يتعدّد فيه الاجتماع، فإنّ ذلك اجتماع لا على سبيل الشيع. ثمّ أورد على نفسه بأنّ هذه خرجت بالملاك (3). و أجاب بأنّ المراد بالملك الاستحقاق حذرا من المجاز و الاشتراك، و هو حاصل فى الكلّ (4).

و فيه نظر، لأن الملك أخصّ من الاستحقاق مطلقا، و لو حمل على معناه

ص: ٣٠٢

١- ١) فى ص: ٣١١.

٢- ٢) كذا فى «س». و فى غيرها: «فيما».

٣- ٣) فى «س»: بالملك.

٤- ٤) حكاه المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٧: ٨.

الخاص المتعارف لخرجت هذه الأقسام بالقيود المذكور، و خرج بقيد «الشياع» ما ذكرناه سابقا، و حينئذ فلا مجاز و لا اشتراك. و يمكن أن يكون (رحمه الله) إنما حاول بحمل الملك على الاستحقاق-الذى هو أعم منه-إدخال الشركة فى مثل القصاص و الخيار و الشفعة و حد القذف مما لا ملك فيه، و إنما هو محض استحقاق.

فلو حمل الملك على معناه الخاص لا- تنقض التعريف فى عكسه إن أريد به المعنى الخاص، و لو جعل مشتركا بينه و بين الاستحقاق أو مجازا فى الاستحقاق لزم الاشتراك و المجاز، فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الأقسام و يسلم من محذور المجاز و الاشتراك كما ذكر، لكن يبقى فيه أن إطلاق الخاص و إرادته العام مجاز يجب صون التعريف عن استعماله، و لا يمكن دعوى شيوعه فيه، بل هو معنى خفى يعيب التعريف، و يوقع فيما هرب منه.

و قد يجاب بأن إطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه متبادر من قولك: فلان يملك الشفعة على فلان و يملك الحد و نحوه، أو أنه مجاز و لكن استعماله شائع و إن كان مطلق إطلاق الخاص على العام ليس شائعا. و العبره فى رخصه التعريف إنما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله لا بنوع ذلك الفرد. و هذا هو الظاهر هنا. و يتب عليه أن المصنف بعده بلا فصل ذكر حكم الاشتراك فى الحق المذكور، فليس بغافل عن دخوله فى التعريف. و حينئذ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته قرينه، أو المشترك اشتراكا معنويا إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقه، و الاشتراك المعنوى لا يضرب دخوله فى التعريف. و لو أبدل لفظ الملك بالاستحقاق فى التعريف لشمّل الجميع، و خرج الاشتراك فى استحقاق الزكاه و نحوه ب«الشياع» كما ذكره المصنف رحمه الله.

و اعلم أن المراد ب«الملاك» هنا ما فوق الواحد بطريق الحقيقه أو المجاز على الخلاف، لئلا ينتقض بالاثنين، و أن هذا التعريف لا ينطبق من الشركات المائيه إلا على شركه العنان دون أخواتها من شركه الأبدان و غيرها، فهو تعريف للشركه

ثمَّ المشترك قد يكون عيناً، وقد يكون منفعه، وقد يكون حقاً. (١) و سبب الشركة قد يكون إرثاً، وقد يكون عقداً، وقد يكون مزجاً، (٢) وقد يكون حيازته. والأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه. (٣) الصحيحه عندنا.

قوله: «ثمَّ المشترك قد يكون عيناً، وقد يكون منفعه، وقد يكون حقاً».

الاشتراك في العين ظاهر، وفي المنفعة يتحقق بالإجاره و الحبس و السكنى، لا الوقف، لأنه إن كان على محصورين فالاشتراك في العين و إلا فلا اشتراك. و الاشتراك في الحق كما ذكرناه سابقاً من الخيار و الشفعه بالنسبه إلى الورثه و القصاص و الحدّ و الرهن.

قوله: «و سبب الشركة قد يكون إرثاً، وقد يكون عقداً، وقد يكون مزجاً».

الإرث يجرى في الأقسام الثلاثة السابقه، كما إذا أورثا مالا، أو منفعه دار استأجرها مورّثهم أو عبد موصى بخدمته، أو حقّ شفعه و خيار و رهن. و كذلك العقد، فجريانه في العين بأن يشتريا داراً، و في المنفعه بأن يستأجراها، و في الحقّ بأن يشتريا بخيار، فإنّ سبب الشركة العقد. و في هذا الأخير نظر. و أمّا المزج فيتصوّر في العين. و قد يفرض في المنفعه، كما إذا استأجرا دراهم للتزيّن بها—إذا جوّزناه—و حقّ كل واحد منهما منفرد، ثمّ امتزجت بحيث لا يتميّز.

قوله: «و قد يكون حيازته. و الأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه».

من الحيازة أن يشتركا في نصب حباله الصيد المشتركه، و رمى السهم المثبت له، و حينئذ فيشتركان في ملكه. و ما اختاره من الاختصاص لا يتناوله. و القول باختصاص كل واحد بما حازه هو الأجود مع تميّزه، لأنه في معنى شركة الأبدان، أمّا مع امتزاجه فيكون مشتركاً، لكن لا من حيث الحيازة، بل من جهة المزج الطارئ، كما لو امتزج المالان. و هو خارج عن الفرض.

نعم، لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماء دفعه، تحققت الشركة. (١) و كل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا- يتميزان، تحققت فيهما الشركة. اختيارا كان المزج أو اتفاقا. (٢) و يثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس و الصفه، (٣) و ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل واحد منهما بتيه الوكاله لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك، لأن ذلك مما يقبل النيابة، فإذا نوى أن يكون بينه و بين شريكه ملك شريكه نصفه و إن لم يعمل، فإذا عمل كذلك أولى، إلا أنه سيأتي (١) اختيار المصنّف لعدم استثناء ذلك أيضا، و أن لكل واحد ما حازه مطلقا.

و التنبيه بالخلاف المذكور إمّا على عدم اشتراط التيه فلا يتحقق الشركة، أو على خلاف ابن الجنيّد المجوّز لشركة الأبدان (٢). و الأوّل أولى. و سيأتي البحث فيه (٣).

قوله: «نعم لو اقتلعا شجره، أو اغترفا ماء دفعه، تحققت الشركة».

أى تحققت الشركة في الجملة، لكن يكون لكل واحد من المجاز بنسبه عمله، و يختلف ذلك بالقوه و الضعف. و لو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح، أو تملك كل واحد ما بقى له عند الآخر، بناء على جواز هبه المجهول.

قوله: «و كل مالين- إلى قوله- أو اتفاقا».

المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط أحدهما على الآخر، أو غيره، بأن ورثا معا مالا و نحو ذلك، فإنه في حكم المزج بالاختيار.

قوله: «و يثبت في المالين المتماثلين في الجنس و الصفه».

لما كان ضابط الامتزاج عدم التميز اعتبر الاتفاق في الجنس و الصفه، فلو تخلف أحدهما تحقّق الامتياز، فلا شركة. فلا يكفي مزج الحنطه بالشعير، و الدخن بالسّمسم، و إن عسر التخليص، و الدراهم بالدنانير، و نحو ذلك. و كذا لو اتّحد الجنس- أعنى النوع الخاصّ- مع اختلاف الوصف، كما لو مزجت الحبه الحمراء من

ص: ٣٠٥

١- ١) في ص: ٣٢٤.

٢- ٢) نقله العلامة في المختلف: ٤٧٩.

٣- ٣) في ص: ٣٢٥.

سواء كانا أثمانا أو عروضاً. (١) أمّا ما لا مثل له كالثبو و الخشب و العبد، فلا يتحقّق فيه بالمزج، بل قد يحصل بالإرث، أو أحد العقود الناقله (٢) كالاتباع و الاستيهاب. و لو أراد الشركه فيما لا مثل له، باع كلّ واحد منهما حصّه ممّا في يده، بحصّه ممّا في يد الآخر. (١). (٣) الحنطه بغيرها، أو الكبيره بالصغيره، و نحو ذلك، لإمكان التخليص و إن عسر.

قوله: «سواء كانا أثمانا أو عروضاً».

أى عروضاً مثليّه كالحنطه و غيرها من الحبوب، أمّا غير المثليّه فسيأتى الكلام فيها. و نبه بالتسويه على خلاف بعض العامّه (٢) حيث شرط فى الشركه الاختياريه - أعنى ما يترتب عليها جواز التصرف و التجاره بالعقد - أن يكون المالان من النقدين كالمضاربه. أمّا الشركه بمعنى اجتماع الحقوق فى المال الواحد فلا خلاف فى تحقّقه كيف اتّفق الامتراج.

قوله: «أمّا ما لا مثل له - إلى قوله - أو أحد العقود الناقله».

فى عدم تحقّقه بالمزج مطلقاً منع بين، بل قد يتحقّق كالثياب المتعدّده المتقاربه فى الأوصاف، و الخشب كذلك، فتحقّق الشركه فيه. و الضابط عدم الامتياز، و لا - خصوصيه للمثلى و القيميّ فى ذلك. و متى تحقّقت فى ذلك فإن علمت قيمه ما لكلّ واحد منهما كان الاشتراك على نسبه قيمه، و إلاّ - فى الحكم بالتساوى، لأنّه الأصل، أو يرجع إلى الصلح و جهان. و بالأول قطع فى التذكره (٣). و عليه يترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتها فى مثل قلع الشجره، فإنّهما يستويان على ما اختاره فى التذكره، لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر. و الأقوى الصلح.

قوله: «و لو أراد الشركه - إلى قوله - فى يد الآخر».

بناء على أنّ الشركه فيه لا تتحقّق بالامتراج، و مثله المثلى مع اختلاف الجنس

ص: ٣٠٦

١ - ١) كذا فى الشرائع الحجرية و متن نسخ المسالك المخطوطه. و لكن فى الشرائع المطبوعه حديثنا و متن الجواهر: حصته ممّا فى يده بحصّته ممّا فى يد الآخر.

٢ - ٢) راجع المغنى لابن قدامه ١٢٤: ٥ - ١٢٦ و حليه العلماء ٥: ٩٣.

٣ - ٣) التذكره ٢: ٢٢٢.

و لا تصحّ الشركه بالأعمال، كالخياطه و النساجه. (١) أو الوصف. و ما ذكره من الحيله أحد الأمثله. و مثله ما لو وهب أحدهما صاحبه حصّه من ماله و وهبه الآخر كذلك، أو باعه حصّه بثمن معيّن ثمّ اشترى به حصّه من الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه الناقله.

و المراد بالشركه فى جميع هذه الموارد الشركه المعرفه، لا الشركه بالمعنى الخاصّ، و هى الإذن فى التصرف. و الحكم فيما عدا الأخير واضح، إذ لم يحصل من ذلك سوى الامتراج، و أمّا الابتياح و نحوه فلعدم دلالاته على الإذن فى التصرف، خلافا لبعض العامّه (١) حيث سوّغها به، كما لو قالوا: اشترى كذا و نحوه.

قوله: «و لا تصحّ الشركه بالأعمال كالخياطه و النساجه».

لا- فرق فى ذلك بين أن يتفق عملهما بأن يكون كلّ واحد منهما خياطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خياطاً و الآخر نجّاراً، و يعمل كلّ واحد منهما فى صنعته، و لا- بين كون الشركه البدئيه فى مال مملوك أو تحصيل مال مباح كالاصطياد و الاحتطاب، لأنّ كلّ واحد متميّز ببدنه و منافعه، فيختصّ بفوائده كما لو اشترى كذا فى مالين و هما متميّزان.

و لا- خلاف عندنا فى بطلان شركه الأعمال إلّا من ابن الجنيد (٢) حيث أجازها مع تشاركهما (٣) الفضل، أو عمل أحدهما و قسمته على الآخر من غير شركه، مع أنّه راجع إلى بطلانها، لأنّ تشاركهما (٤) الفضل بعد مزج الأجرتين و تحاللهما أمر خارج عن صحّه هذه الشركه، و كذا تبرّع أحدهما على الآخر بمشاركته فى علمه.

و أمّا العامّه فمنهم من وافقنا على بطلانها، و منهم من أجازها مطلقاً، و منهم من أجازها مع اتّفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، و منهم من أجازها فى غير اكتساب المباح [١].

ص: ٣٠٧

١- ١) حليه العلماء ٩٧: ٥.

٢- ٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

٣- ٣) فى «ه» و «و» و «ب»: تتار كهما. و فى المختلف «فإن يشاركا الفضل أو تحاللاً».

٤- ٤) فى «ه» و «و» و «ب»: تتار كهما. و فى المختلف «فإن يشاركا الفضل أو تحاللاً».



نعم، لو عملا معا لواحد بأجره، و دفع إليهما شيئا واحدا عوضا عن أجرتهما، تحققت الشركة (١) في ذلك الشيء. و لا بالوجه (٢).  
قوله: «نعم لو عملا-إلى قوله-تحققت الشركة».

إنما تتحقق في الأعمال بهذه الجهة لو آجرا أنفسهما (١) في عقد واحد لتشبه شركة الأبدان بحسب الصورة و إن كان في المعنى راجعا إلى شركة الأموال، أما إذا آجر كل واحد نفسه منفردا و استحق أجره منفردا ثم أدى إليهما مالا مشتركا فالشركة في المال خاصه صورته و معنى.

و لا- فرق في جوازها بالمعنى الأول بين أن يكون عملهما مختلفا و متفقا، و لا- بين أن يعلما نسبه أحد العلمين إلى الآخر و عدمه، لأن الاعتبار في الصفقة المتعدده بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء، و أجره المجموع هنا معلومه، و حينئذ فتقسم عليهما على نسبه العمل. و طريقه معرفته: أن تنسب أجره مثل عمل أحدهما إلى أجره مثل العملين، و يؤخذ من المسمى بتلك النسبه. هذا مع العلم بالنسبه، و مع الجهل يحتمل ما تقدم من التساوى و الصلح. و الثاني أقوى. و كذا القول في كل مالين امتزجا و جهل قدر كل منهما.

قوله: «و لا بالوجه».

لشركة الوجه تفسيرات:

أشهرها: أن يشترك اثنان و جيهان 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 فهو بينهما.

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

و قيل أن يشترك و جيه 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.

ص: ٣٠٨

١- ١) في «٥»: نفسيهما.

و لا شركة المفوضه (١)، (١) و إنما تصحّ بالأموال. (٢) و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له.

و الكلّ عندنا باطل، خلافا لابن الجنيّد (٢) فإنّه جوّزها بالمعنى الأوّل، و لأبى حنيفه (٣) مطلقا. و حينئذ فإذا أذن أحدهما للآخر فى الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما، و كانا شريكين، لأنّه بمنزله الوكيل و قد اشترى بإذنه، فيشترط شروط الوكاله.

و إذا كان المال لأحدهما و باع الآخر، سواء كان حاملا أم لا، صحّ البيع بوكاله المالك، و للمباشر أجره المثل لعمله، و لا شىء له فى الربح.

قوله: «و لا بشركه المفوضه».

هى أن يشترك شخصان فصاعدا على أن يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلزم كلّ واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنايه و ضمان غصب و قيمه متلف و غرامه بضمان و كفاله، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، و يجده من ركاز و لقطه، و يكتسبه فى تجارته بماله المختصّ به. و لا- يستثنى من ذلك إلا قوت يومه و ثياب بدنه و جاريه يتسرّاه، فإنّه لا يشاركه الآخر فيها. و كذا يستثنى من الغرم الجنايه على الحرّ و بدل (٤) الخلع و الصداق إذا لزم أحدهما.

و قال صاحب إصلاح المنطق (٥): شركة المفوضه أن يكون مالهما من كلّ شىء يملكانه بينهما. و هو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها ذلك. و هى باطله إلا عند أبى حنيفه و من شدّ (٦).

قوله: «و إنما تصحّ بالأموال».

لا خلاف بين المسلمين فى صحّحه الشركة بالأموال، و هى المعبر عنها بشركه

ص: ٣٠٩

١- ١) كذا فى الشرائع الحجرية. و فى المطبوعه حديثا: و لا شركة بالمفوضه. و فى متن الجواهر: و لا شركة فى المفوضه. و فى متن أكثر نسخ المسالك: و لا بشركه المفوضه.

٢- ٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

٣- ٣) راجع حليه العلماء ٥: ١٠٢ و روضه القضاء و طريق النجاه ٥٧١: ٢-٥٧٢.

٤- ٤) فى «و» و «ن»: بذل.

٥- ٥) راجع ترتيب إصلاح المنطق: ٣٦٠ ماده (مفوضه).

٦- ٦) فى هامش «و» و «ن»: «و تبعه على ذلك الأوزاعى و الثورى. منه رحمه الله». راجع حليه العلماء ٥: ١٠٠.

العنان، بكسر العين ككتاب، وهو سير اللجام الذى تمسك به الدابة.

و اختلفوا فيما أخذت منه هذه اللفظه، فقيل: من عنان الدابة، إما لاستواء الشريكين فى ولايه الفسخ و التصرف و استحقاق الربح على قدر رأس المال، كاستواء طرفى العنان، أو تساوى الفارسين إذا سويًا بين فرسيهما و تساويا فى السير يكونان سواء. و إما لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهى و يريد، كما يمنع العنان الدابة. و إما لأن الآخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان و يده الأخرى مطلقه يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك منع بالشركه نفسه عن التصرف فى المشترك كما يشتهى و هو مطلق اليد و التصرف فى سائر أمواله.

و قيل: من «عن» إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكل منهما مال صاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركه، و لذلك أجمع على صحتها.

و قيل: من المعانه، و هى المعارضه، فإن كل واحد منهما عارض بما أخرجه الآخر.

إذا تقرّر ذلك، فالمراد بصحة الشركه بالأموال يحتمل كونه فى الشركه بالمعنى الأول، كما يقتضيه السياق، و كونه فيها بالمعنى الآخر، لأنه الغرض الذاتى منها، و لدلاله تعريفها عليه. قال فى التذكرة: «شركه العنان- و هى شركه الأموال- هى أن يخرج كل مالا و يمزجها و يشترط العمل بأبدانها» (١). و يتبته عليه أيضا قول المصنّف عقيبه: «و يتساوى الشريكان فى الربح. إلخ»، فيكون هذا أول الشروع فى الشركه بالمعنى الثانى. و حينئذ فلا بدّ لها بهذا المعنى- مع اشتراكهما فى المالين- من صيغه تدلّ على الإذن فى التصرف، لأنهما ممنوعان منه كسائر الأموال المشتركه، و هى كل لفظ يدلّ على الإذن فيه على وجه التجاره، سواء كان قبل الامتزاز أم بعده، و سواء وقع من كل منهما للآخر أم اختصّ بأحدهما. و بهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضا، ثمّ ترتب عليها أحكام يذكرها المصنّف بعد هذا.

ص: ٣١٠

و يتساوى الشريكان في الربح و الخسران مع تساويه، و لو كان لأحدهما زياده كان له من الربح بقدر رأس ماله. و كذا عليه من الخساره. (١) و لو شرط لأحدهما زياده في الربح، مع تساوى المالين، أو التساوى في الربح و الخسران مع تفاوت المالين، قيل: تبطل الشركه، أعنى الشرط و التصرف الموقوف عليه، و يأخذ كل منهما ربح ماله، و لكل منهما أجره مثل عمله، بعد وضع ما قابل عمله في ماله، و قيل: تصح الشركه و الشرط.

و الأول أظهر. (٢) قوله: «و يتساوى الشريكان- إلى قوله- و كذا عليه من الخساره».

لا- شبهه في كون الربح تابعا للمال، لأنه نماؤه، فإذا كان مال أحدهما أزيد من مال الآخر فله من الربح بنسبه ماله و إن عملا معا، لثراضيتهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع، حيث جعل الربح تابعا للأصل. و خالف في ذلك بعض العامه (١)، فمنع من الشركه مع عدم استواء المالين في القدر، لا اتفاقهما في العمل، كما لا يجوز أن يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال. و يندفع بأن المعبر في الربح المال، و العمل تابع، فلا يضر اختلافه، كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكل و إن عمل أحدهما أكثر.

قوله: «و لو شرط لأحدهما زياده في الربح- إلى قوله- و الأول أظهر».

إذا شرطا تساوى الربح مع تفاوت المالين أو تفاوته مع تساويهما فللأصحاب فيه أقوال:

أحدها: الصحه، ذهب إليه المرتضى مدعيا عليه الإجماع (٢)، و تبعه جماعه منهم العلامه (٣) و والده (٤) و ولده (٥)، لعموم «أوفوا بالعقود ٤» و «إلا أن تكون تجارة

ص: ٣١١

١- ١) حليه العلماء ٩٥: ٥.

٢- ٢) الانتصار: ٢٢٧-٢٢٨.

٣- ٣) راجع المختلف: ٤٧٩.

٤- ٤) راجع المختلف: ٤٧٩.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٣٠١: ٢.

عَيْنُ تَرَاضٍ» (١) وقد وقع على ما اشترطاه، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، ودلاله الإجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الأدلة به، ولأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق بكل منهما، ومن جملته موضع النزاع.

و الثاني: البطلان، ذهب إليه الشيخ (٣) وابن إدريس (٤) والمصنّف و جماعه آخرون (٥)، لانتفاء دليل يدلّ على الصّحّ، ولأنّه أكل مال بالباطل، لأنّ الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأنّ الفرض أنّها ليست في مقابلة عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضه لتضمّن إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبه، والأسباب المثمره للملك معدوده و ليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابّه يحمل عليها و الحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمّن له، إذا (٦) لم يقع التراضي بالشركة و الإذن في التصرف إلّا على ذلك التقدير و قد تبين فساده، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، ولا في «المؤمنون عند شروطهم»، و ليست الشركة تجاره إلّا أن يكون الشرط للعامل، و جوازه مسلم، فلا تناوله آيه التراضي. و هذا يتم مع عدم زياده عمل مّتن شرطت له الزيادة و إلّا لكان معاوضه و تجاره، و لم يرد عليه ما ذكر، فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك.

و الثالث: قول أبي الصلاح (٧) بصحّ الشركة دون الشرط، و جعل شرط

ص: ٣١٢

١- (١) النساء: ٢٩.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٣- (٣) المبسوط ٢: ٣٤٩، و الخلاف ٣: ٣٣٢ مسألة ٩.

٤- (٤) السرائر ٢: ٤٠٠.

٥- (٥) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٤، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٢٥.

٦- (٦) في «ب»: إذ لم.

٧- (٧) الكافي في الفقه: ٣٤٣.

هذا إذا عملا في المال، أمّا لو كان العامل أحدهما، وشرطت الزيادة للعامل، صحّح و يكون بالقراض أشبهه. (١) الزيادة أباحه لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية. و هو مبنّى على أنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد، و قد تقدّم ضعفه.

إذا تقرّر ذلك، فمعنى بطلان الشركه على القول به الشركه بالمعنى الثانى، و هى العقد الدالّ على الإذن فى التصرف، لا الشركه المعنونه ابتداء، لأنّ امتزاج المالىين متحقّق، و إليه أشار المصنّف بقوله: «أعنى: الشرط و التصرف».

و قال الشهيد (١) (رحمه الله) فى شرح الإرشاد: «إنّ الموصوف بالصّحّه و البطلان ليس نفس الشركه العنائيه، إذ لا يمكن وقوعها على وجهين، بل المراد به نفس الشرط و ما توقّف عليه كالإذن فى التصرف».

و فيه نظر، لأنّ الشركه العنائيه بالمعنى الذى ذكرناه توصف بالصّحّه و البطلان، بل ليس الغرض من الشركه فى الأموال إلاّ الشرط المدلول عليه بالصيغه و ما يلزمه، اللهمّ إلاّ أن يمنع من كون الشركه بمعنى العقد المذكور هى العنائيه، كما يظهر من التذكره (٢) أنّها مركّبه من مزج المالىين و العقد. و لكن يشكّل بأنّها إذا لم تكن شركه العنان فهى أحد الأقسام الأخر، لا تفاق الفقهاء على انحصار الشركه الصحيحه فى شركه العنان و انحصار مطلق الشركه فى المذكورات، و غايه ما ينزل أنّها تطلق على المعنيين معا لكنّها فى الثانى أظهر. و كيف كان فالباطل هو الشركه بمعنى العقد المذكور.

ثمّ على القول بالبطلان إمّا مطلقا أو على بعض الوجوه يثبت لكلّ واحد أجره مثله، و يقتسمان الربح على نسبه المالىين و يتقاصان. و لو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما شرطاه أوّلا أو على غيره صحّح، على ما سلف فى الصلح (٣).

قوله: «هذا إذا عملا فى المال - إلى قوله - و يكون بالقراض أشبهه».

صّحه الفرض (٤) المذكور واضح، لكون الربح فى مقابله عمل، فيكون

ص: ٣١٣

١ - ١) غايه المراد: ١٣٠.

٢ - ٢) مرّ نقل عبارته فى ص ٣١٠.

٣ - ٣) فى ص: ٢٦٥.

٤ - ٤) فى «٥»: القراض.

و إذا اشترك المال، لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه، إلا- مع إذن الباقيين، (١) فإن حصل الإذن لأحدهم، تصرف هو دون الباقيين، و يقتصر من التصرف على ما أذن له، فإن أطلق له الإذن، تصرف كيف شاء. (٢) العقد شرکه و قراضا. و يلزم مثله فيما إذا عملا- معا و شرطت الزيادة لمن زاد في العمل، إمّا مع تساوى المالين و زياده عمله، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل أو زيادته بطريق أولى، لا اشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابله عمل، فكان العقد عقد معاوضه من الجانبين بالنظر إلى أنّ العمل متقوم بالمال، و لكنّ المصنّف أطلق المنع مع عملهما، كما أنّ العلامة (١) أطلق الجواز معه. و التفصيل حسن.

قوله: «و إذا اشترك المال لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين».

أراد الشركه بالمعنى الأول، و توقّف التصرف على إذن الشركاء واضح، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه. و لا فرق في ذلك بين كون الشركه بمزج و غيره، و لا- في المزج بين كونه بفعلهما و غيره، فإنّ الإذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركه بذلك المعنى.

قوله: «فإن أطلق له الإذن تصرف كيف شاء».

أى كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح، و ما فيه مصلحة الشريك من البيع و الشراء، مرابحه و مساومه و توليه و مواضعه، حيث يقتضيهما المصلحه، و قبض الثمن و إقباض المبيع، و الحواله و الاحتيال، و الردّ بالعيب و نحو ذلك، كما في الوكيل المطلق.

و هل يتناول إطلاق اللفظ السفر حيث شاء أم يمتنع مطلقا إلا بإذن خاصه (٢)؟ و جهان، من دخوله في الإطلاق، و اشتماله على مظنه الربح أكثرًا، و من كونه مظنه الخطر، فيخرج من الإطلاق بدليل منفصل.

ص: ٣١٤

(١-١) التذکره ٢٢٥:٢.

(٢-٢) في «س» و هامش «و»: «إلا بإذن صاحبه».

و إن عيّن له السفر في جهه، لم يجوز له الأخذ في غيرها، أو نوع من التجاره، لم يتعدّ إلى سواها. (١) و لو أذن كلّ واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف، و إن انفردا. و لو شرطا الاجتماع، لم يجوز الانفراد.

و لو تعدّى المتصرف ما حدّ له، ضمن. (٢) و لكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن، و المطالبه بالقسمه، لأنّها غير لازمه. (٣) و ليس لأحدهما المطالبه بإقامه رأس المال، بل يقتسمان العين الموجوده، ما لم يتفقا على البيع.

و لا- يجوز له إقراض شيء من المال إلّا مع المصلحه كمال اليتيم، و لا المحاباه في البيع، و لا المضاربه عليه، لأنّ ذلك ليس من توابع التجاره، و لا يتناوله الإطلاق.

قوله: «و لو عيّن له السفر في جهه لم يجوز له الأخذ في غيرها، أو نوعا من التجاره لم يتعدّ إلى ما سواها».

لا فرق مع تعيين الجهه و النوع بين أن ينهاه عن غيرهما و يسكت عنه، لبقاء المتروك على أصل المنع.

ثمّ لو خالف في جهه السفر ضمن و صحّت التجاره، لأنّ الإذن لم يبطل. و لو خالف في نوع التجاره كان فضوليا فيبطل مع ردّه. و كذا يضمن لو عيّن له جهه من السفر و غايه معيّنه فتجاوزها في تلك الجهه.

قوله: «و لو تعدّى المتصرف ما حدّ له ضمن».

لا- فرق في التحديد بين أن يدلّ عليه عموم اللفظ و خصوصه، فلو سافر اعتمادا على إطلاق الإذن، و قلنا إنّه لا يتناوله، ضمن. و المحدود قد يكون باعتبار نوع التجاره، و بزمانها و مكانها، و على كلّ تقدير يحصل بمخالفه المأذون، و لا تبطل الشركه بذلك.

قوله: «و لكلّ من الشركاء الرجوع في الإذن و المطالبه بالقسمه، لأنّها غير لازمه».

الشركه بمعنيها غير لازمه، و أشار إلى الأولى بقوله: «و المطالبه بالقسمه».



و لو شرطاً (١) التّأجيل في الشركة، لم يصحّ، و لكلّ منهما أن يرجع متى شاء. (١) و لا- يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنّه أمانه، إلّا مع التّعدّي (٢) أو التّفريط في الاحتفاظ. و يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادّعى سبباً ظاهراً كالحرق و الغرق، أو خفياً كالسرقة. (٣) و كذا القول قوله مع يمينه، لو ادّعى عليه الخيانه أو التّفريط.

و إلى الثانيه بقوله: «الرجوع في الإذن».

أمّا الأولى فظاهر، إذ لا يجب على الإنسان مخالطه غيره في ماله، و الأصل أن يتصرّف كلّ منهما في ماله كيف شاء، و من جملته إفرازه (٢).

و أمّا الثانيه فلا بدّ مرجعها إلى الإذن في التصرّف، و هو في معنى الوكاله، فتكون جائزه. و الأنسب في قوله: «غير لازمه» أن يكون إشاره إلى الثانيه، لأنّ الموصوف بالجواز و اللزوم هو العقد.

قوله: «و لو شرط التّأجيل- إلى قوله- متى شاء».

المراد بصحّه التّأجيل المنفيّه ترتّب أثرها بحيث تكون لازمه إلى الأجل. و إنّما لم تصحّ لأنّها عقد جائز، فلا يؤثّر شرط التّأجيل فيها، بل لكلّ منهما فسخها قبل الأجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرّفهما بعده إلّا بعده إلّا بإذن مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة.

قوله: «و لا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنّه أمانه، إلّا مع التّعدّي».

لما قد عرفت أنّه و كيل، فيكون أميناً من قبل المالك.

قوله: «و يقبل قوله مع يمينه- إلى قوله- كالسرق».

الحكم بأمانته يقتضى قبول قوله في التلف، و لأنّه لولاه لأمكن صدقه في نفس

ص: ٣١٦

١- ١) كذا في المطبوعه حديثاً. و في الحجرية و متن الجواهر و المسالك: شرط.

٢- ٢) في «س» و «ن»: أفراد.

و يبطل الإذن بالجنون و الموت.(١) الأمر،فلو لم يقبل منه لطولب بالعين و أدى إلى تخليده الحبس.و تَبَّه بالتسويه بين الأمرين على خلاف بعض العائمه (١)حيث فرق بينهما،فقبل فى الخفى دون الظاهر إلا بيئنه.

قوله:«و يبطل الإذن بالجنون و الموت».

لبطلان الوكاله بهما.و فى معناهما الإغماء و الحجر للسفه و الفلس.ثم فى صوره الموت تكون القسمه للوارث إن لم يكن دين و لا وصيته،و إلا بنى على الانتقال إليه و عدمه.

ص:٣١٧

---

١-١) المهذب(المطبوع مع المجموع)١٤:٨٠.

الفصل الثاني في القسمة و هي تمييز الحق (١) من غيره، و ليست بيعا، سواء كان فيها ردّ أو لم يكن.

قوله: «القسمة و هي تمييز الحق. إلخ».

ذكر في هذا الكتاب نبذة من أحكام القسمة لمناسبه المقام، و آخر باقي الأحكام إلى كتاب القضاء، و لو جمعه هنا لكان أنسب.

و اعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، و ليست بيعا و إن اشتملت على ردّ، لأنّها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإيجاب في غير تلك الأفراد التي يدخلها الجبر في البيع، و يتقدّر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم و الخواصّ المطلقة يدلّ على اختلاف الملزومات و المعروضات.

و خالف في ذلك بعض العامّة (١) مطلقا، و في قسمة الردّ (٢)، لشبهه أنّ كلّ جزء يفرض مشترك بينهما، فتخصيص كلّ واحد بجزء معيّن، و إزاله ملك الآخر عنه بعوض مقدّر - هو ملكه في الجزء الآخر - على جهه التراضي، يقتضى البيع، لأنّ ذلك حدّه. و هذا إنّما يتمّ على تقدير تسليم كون البيع كذلك. و منعه واضح، بل له صيغه خاصّه إيجابا و قبولا، بخلاف القسمة، و لا يلزم من المشاركة في بعض الأحكام الاتّحاد.

ص: ٣١٨

١-١) راجع حليه العلماء ٨:١٦٧ و جواهر العقود ٢:٤١٥.

٢-٢) التنبية في الفقه الشافعي: ٢٥٧، المغنى لابن قدامة ١١:٤٩٢، و بدائع الصنائع ٧:١٧.

و لا تصحّ إلاّ باتّفاق الشركاء. (١) ثمّ هي تنقسم فكلّ ما لا ضرر في قسمته، يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة. (٢) و تظهر الفائده في الشفعه، و في بطلانها بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله في البيع، و في قسمة الوقف من الطلق، و خيار المجلس، و غير ذلك.

قوله: «و لا تصحّ إلاّ باتّفاق الشركاء».

أى لا تصحّ مطلقاً، أو لا تصحّ من أحد الشركاء بدون مراجعه الشريك أو من يقوم مقامه، و إلاّ فسيأتى بعده بلا فصل أنّه يجبر الممتنع على بعض الوجوه، مع أنّ المجبر غير راض. و لقد كان يغنى عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الإبهام.

قوله: «فكلّ ما لا ضرر في قسمته يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة».

لا خلاف في إجبار الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة، و لكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الإيجاب- و منه يعرف قسيمه- على أقوال:

أحدها: نقصان قيمه نقصاناً لا يتسامح فيه عادة، لأنّ فوات المائيه مناط الضرر في الأموال، و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا ضرر و لا ضرار» (١)، و هو عامّ.

و ثانيها: عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً، لتضمنه الضرر و الحرج و إضاعه المال المنفئى و المنهئى عنه.

و ثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركه، مثل أن يكون بينهما دار صغيره إذا قسّمت أصاب كلّ واحد منهما موضع ضيق لا- ينتفع به في السكنى كالأوّل و إن أمكن الانتفاع به في غير ذلك. و هذا أعمّ من الثانى بحسب الحمل، و الثانى أعمّ بحسب الاستغراق. و الأقوى اعتبار الأوّل.

ص: ٣١٩

---

١ - ١) الوسائل ٣١٩: ١٧ ب «٥» من أبواب الشفعه ح ١٠٣٤٠، ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣، ٤، ٥، و ٣٧٦ ب «١» من أبواب موانع الإرث ح ١٠، و مسند أحمد ٣١٣: ١، و.

و تكون بتعديل السهام و القرعه (١). أما لو أراد أحد الشركاء التميّز فالقسمه جائزه، لكن لا يجبر الممتنع عنها. و كلّ ما فيه ضرر كالجوهر و السيف و العضائد الضيِّقه لا- يجوز قسمته، و لو اتَّفَق الشركاء على القسمه. (٢) إذا تقرّر ذلك، فمتساوى الأجزاء كالحبوب و الأدهان يقسّم قسمه إجبار على جميع الأقوال. و مثله الثياب المتعدّده المتّحده فى الجنس التى يمكن تعديلها بالقيمه.

و كذا الحيوان و العبيد على الأقوى. و الحمّام الضيِّق و الرّحا ذات المدار الواحد و نحوهما لا يجوز قسمته قسمه إجبار على الأوّل و الثالث. و الجوهره الواحده الصغيره لا تقسّم كذلك إجماعاً، لعدم الانتفاع بجزئها. نعم، لو كانت كبيره بحيث يعتد بدخولها فى بعض المركّبات من المعاجين المفرّحه و الأكحال خرجت من الثانى.

و المراد بالمجبر للممتنع فى هذا و نظائره الحاكم الشرعى، و مع تعذّره ففى جواز استبداد الشريك بها وجه، لخبر الإضرار.

و اعلم أنّ ما لا ضرر فى قسمته أعمّ من كونه مشتملاً على ردّ و عدمه، و إنّما يجبر الممتنع ممّا (١) لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الردّ، لأنّه حينئذ يكون كبيع جزء من المال، و لا يجبر عليه أحدهما، و إدخاله فى قسم الضرر غير مصطلح هنا.

قوله: «و تكون بتعديل السهام و القرعه».

أى تكون القسمه الإجماعيه تامّه بذلك، فمتى حصلت القرعه لزمّت، سواء كان المتولّى لذلك قاسم الإمام أم المتقاسمين. و لو اشتملت على ردّ و كان القاسم منصوباً لزمّت بها أيضاً، و إلّا توقّفت على تراضيهما بعدها، لاشتغالها على المعاوضه، فلا بد من لفظ يدلّ عليها، و أقلّه ما دلّ على الرضا.

قوله: «و كلّ ما فيه ضرر- إلى قوله- و لو اتَّفَق الشركاء على القسمه».

قد عرفت معنى الضرر فى مثل ذلك. و أمثله المصنّف له لم تشمل الأقوال، فإنّ قسمه الجوهره تزيل قيمه غالباً، و السيف تنقصها، و العضائد تفوّت المنفعه بالجزء على الوجه الذى كان ينتفع بها فيه أولاً، فلا يعلم مختاره من الأقوال، و لكن

ص: ٣٢٠

و لا- يقسّم الوقف، لأنّ الحقّ ليس بمنحصر في المتقاسمين. (١) و لو كان الملك الواحد وقفا (٢) و طلقا، صحّ قسمته، لأنّه يميّز الوقف عن غيره.

سيأتي إن شاء الله في كتاب القضاء (١) أنّه يختار كون الضرر نقص القيمة.

و حكمه هنا بعدم جواز قسمه ما يشتمل على الضرر و إن اتّفا على قسمه غير معروف، و إنّما المعهود الذي ذكره هو في بابه (٢) و غيره أنّ القسمه المشتمله على ضرر لا- يجبر الممتنع عليها لكنّها تصحّ بالتراضي، خصوصا مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة، فإنّ مجرّد ذلك لا يبلغ حدّ المنع. نعم، لو فسّر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض (٣)، لأنّه إذا لم ينتفع بالأجزاء لا فائده في القسمه، بل هو محض الإتلاف.

قوله: «و لا يقسّم الوقف، لأنّ الحقّ ليس منحصرًا في المتقاسمين».

هذا إذا كان الواقف واحدا و إنّما التعدّد في الموقف عليه كالبطون المتعدّده، فإنّ الحقّ يتغيّر بزيادتها و نقصانها، فربّما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمه لمورثهم، و بالعكس. و كذا لو تعدّد الواقف و اتّحد الموقوف عليه، كما لو وقف جماعه على شخص و على ذريّته و أراد بعض الذريّه القسمه، لعين ما ذكر.

أمّا لو تعدّد الواقف و الموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عين على شخص و ذريّته، و آخر على غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقسام بحيث يميّزان كلّ وقف على حدّته، و كذا لذريّتهما دون الذريّه الواحد. و لو كان التعدّد فيهما على غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان على كلّ واحد من الاثنان، فحكمه حكم المتّحد. و الضابط أنّ الوقف الواحد لا تصحّ قسمته و إن تعدّد الواقف و المصرف، و هو المراد من العبارة.

قوله: «و لو كان الملك الواحد وقفا. إلخ».

هذا إذا لم تشتمل على ردّ، أو اشتملت و كان الردّ من الموقوف عليه، لأنّه زياده

ص: ٣٢١

١- ١) لاحظ الفصل الثاني من خاتمه كتاب القضاء.

٢- ٢) لاحظ الفصل الثاني من خاتمه كتاب القضاء.

٣- ٣) في «و» و «ن»: غرض.

فى الوقف. و لو انعكس الحال لم يصحّ، لأنّه كبيع جزء من الوقف. ثمّ على تقدير الردّ من الموقوف عليه هل يصير جميع حصّته وقفاً، أم يكون ما قابل الردّ من الحصّه ملكاً له، لأنّه معاوض عليها؟ احتمالان، والثانى أوجه. نعم، لو كان فى مقابله الردّ وصف محض كالجوده كان الجميع وقفاً، لعدم قبوله للانفصال. و لا فرق فى جواز قسمه الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد و لمختلف.

إشاره

الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب و هى مسائل:

**الأولى: لو دفع إنسان دابته، و آخر راويه إلى سقاء، على الاشتراك فى الحصول**

الأولى: لو دفع إنسان دابته، (١) و آخر راويه إلى سقاء، على الاشتراك فى الحصول، فلم تنعقد الشركه، و كان ما يحصل للسقاء، و عليه أجره مثل الدابته و الراويه.

قوله: «لو دفع إنسان دابته إلخ».

بطلان هذه الشركه ظاهر ممّا سبق، لأنها مركبه من شركه الأبدان و شركه الأموال مع عدم مزجه، فتقع باطله، و لا يكون من صاحب الدابته و الراويه إجاره، لأنّ الأجره غير معلومه، فالحاصل من العمل للسقاء [١] و للآخرين عليه أجره مثل ما لهما لذلك العمل.

و هذا يتم مع كون الماء ملكا للسقاء، أو مباحا و نوى الملك لنفسه، أو لم ينو شيئا. أمّا لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل، و الأقوى أنّهم يشتركون فيه، [حينئذ] (١) و تكون أجرته و أجره الراويه و الدابته عليهم أثلاثا، فيسقط عن كلّ واحد ثلث الأجره المنسوبه إليه، و يرجع على كلّ واحد بثلث، و يكون فى سقيه للماء بمنزله الوكيل، لإذّنه لهم فى التصرف إن قلنا ببقاء الإذن الضمنى مع فساد المطابقى، و إلا توقفت المعاوضه على الماء على إجازتهما، فإن أجازا أو قلنا بعدم الافتقار إليها فالحاصل من

ص: ٣٢٣



## الثانية: لو حاش صيدا، أو احتطب، أو احتش بتيه أنه له و لغيره

الثانية: لو حاش صيدا، أو احتطب، أو احتش بتيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك التيه، و كان بأجمعه له خاصه. (١) العمل بينهم أثلاثا، و يرجع كل واحد على الآخرين بثلث أجره نفسه أو ماله.

فلو فرضنا أن السقاء حصل أربعة و عشرين، و كانت أجره مثله خمسة عشر، و أجره الدابة اثني عشر، و الراويه ثلاثه، فلكل واحد منهم من الحاصل ثمانية، لأنه عوض ما لهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازه المباح، و سيأتي تحقيقه (١).

ثم يرجع السقاء على كل واحد منهما بخمسه، و يرجع صاحب الدابة على كل واحد بأربعة، و صاحب الراويه بدرهم. فيأخذان من السقاء خمسة، و يعطيانه عشره، يفضل له ثلاثه عشر. و يأخذان من صاحب الدابة سته، و يعطيانه ثمانية، تبقى معه عشره. و يأخذان من صاحب الراويه تسعه، و يعطيانه درهمن، يفضل له من المجموع درهم. فالمجتمع معهم أربعة و عشرون هي الحاصل من عوض الماء. و لو حكم بالمجموع للسقاء، و لم يف بأجره مثل ما لهما، غرم لهما الزائد.

و إنما حكم المصنّف هنا بلزوم الأجره خاصه لما سيأتي (٢) من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات.

قوله: «لو حاش صيدا أو احتطب- إلى قوله- و كان بأجمعه له خاصه».

هذا الجزم إنما يتم لو لم يكن و كيلا للغير في ذلك، و إلا أتى الإشكال الذي ذكره في توقف تملك المباح على التيه، فإننا لو قلنا بتوقفه و كان و كيلا ثبت الملك لهما، و لو قلنا بعدم توقفه ففي ثبوت الملك للمحيز نظر، من حصوله الملك و هي الحيازه فيثبت المعلول، و من وجود المانع للملك، و هو تيه عدمه، بل إثباته للغير.

و لا يلزم من القول بعدم توقف تملك المحاز على التيه عدم توقفه على عدم التيه الصارفه عن الملك، و إلا لكان الملك قهريًا و إن لم يرد كالإرث، و لا دليل عليه، و إلا لكان من نحي حجرة عن الطريق أو عطف غصن شجره أو حفر حفيره و شرب منها تملكها، و لا يجوز لأحد بعده التعرض له، و هو بعيد جدًا.

ص: ٣٢٤

١- ١) في المسأله التاليه.

٢- ٢) في المسأله التاليه.

و هل يفتقر المحيز(١) في تملك المباح إلى تيه التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.

و يمكن اندفاع ذلك على تقديره بأن يعدّ الإعراض عنه بعد ذلك إباحه له للغير، كما لو أعرض عن المال اليسير و بقايا الثمرات و السنبل و نحو ذلك، بل هنا أولى.

و بالجملة: ففي الحكم بملك المحيز بتيه أنه له و للغير أجمع نظر على القولين.

و لعلّ الأقوى أنه لا يملك إلا ما نواه لنفسه، و بقى في الباقي ما سيأتي.

قوله: «و هل يفتقر المحيز. إلخ».

منشأ التردد: أن اليد سبب للملك، و لهذا تجوز الشهاده به بمجردھا، و لأنها سبب في الجملة قطعاً، و إنما الشكّ في توقّفه على أمر آخر، و الأصل عدمه، و من أصله عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازه و التيه معا فيبقى الباقي، و لحكمهم بأنّ ما يوجد في جوف السمكه التي أصلها الإباحه يكون لواجده مع تحقّق الحيازه له تبعاً لها، و إنما تخلّفت التيه لعدم رؤيته.

و أجيب: بأنّ ما في بطن السمكه - ممّا لا يعدّ جزء لها مثل غذائها - لا يعدّ محوزاً بحيازتها، و لو سلّم فغايه ما يلزم القصد إلى المحوز أو الشعور به و لو تبعاً لا التيه.

و فيه نظر، لأنّ الأول مصادره محضه، إذ لا شكّ في حصول معنى الحيازه لجميع ما صار تحت يده، فكيف يدفع، و اشتراط العلم في تحقّق الحيازه غير واضح، لأنّ مرجعها إلى الاستيلاء و وضع اليد، فاعتبار أمر آخر لا دليل عليه، و لأنّ أجزاء السمكه الداخلة غير مشعور بها، و القصد إليها هو الذي نسّميه تيه، إذ لا يعتبر في التيه سوى قصد الحيازه لنفسه. و الفرق بين الأجزاء و ما في الأمعاء و إن حصل - بالقصد إلى الأجزاء إجمالاً بخلاف ما في الأمعاء - إلاّ أنّه محوز. و التيه و إن سلّم عدم تعلّقها به لكنّها لم تنصرف عنه بحيث يعدّ معرضاً عنه، فعدم ملك المحيز لم يبق له سبب لإفوات التيه.

قيل: لو اشترطت التيه في حصول الملك لم يصحّ البيع قبلها، لانتهاء الملك، و التالي باطل، لإطباق الناس على فعله من غير توقّف على العلم بحصول التيه، حتى

لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أ هو بيع، أم استنقاذ، لعدم نية الملك، قدم مدعى الملك.

قلنا: لا- يلزم من دلاله اليد على الملك ظاهرا، وجعل الشارع ذلك علامه عليه، كونها دليلا في الواقع، وإنما جعلت دليلا عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق، ومتى علم تخلف الملك عنها انتفى، حتى لو وضع المحيز يده على شيء غير ناو ملكه لم يكن فيما بينه وبين الله مالكا، لعدم حصول ما يوجب، فإنه لم يقصد الحيازه ولا الملك، وإنما اتفق له قبضه بيده، ومع هذا يحكم له ظاهرا بالملك، فلو قال: إنني ما نويت الملك ولا الحيازه، وإنما وضعت يدي عبثا، كيف يحكم له بالملك قهرا؟ هذا مما لا دليل عليه. وعلى هذا فالذي أطبق الناس على فعله البناء في اليد على ظاهر الملك، لا الحكم بالملك في نفس الأمر، والكلام إنما هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر، و فرق بين الأمرين.

وقد كان الإمام فخر الدين (1)أورد على والده مسأله بيع المحاز قبل نية التملك، فأجابه بأن نية البيع تستلزم نية التملك. وهو حق، لأن الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص، وإرادته البيع داله عليه.

ونقض بأن يبيعه لا ينحصر في المباشره، بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال.

و جوابه كما تقدم من أن حكم تصرفهم مبنى على الظاهر وإن كان في نفس الأمر لم يتحقق الملك، ومثله كثير.

وأورد أيضا حيازه الصبي والمجنون، فإنهما لا قصد لهما، ولا يعتد بأخبارهما.

و جوابه منع ذلك، فإن الصبي المميز يعتبر قصده وإخباره في كثير من الأحكام الشرعيه. وأما المجنون فأمره غير منضبط، فإن من المجانين من يقصد إلى

ص: ٣٢٤

الاختصاص بما يجوز، وهو عليه أشدّ حرصاً من كثير من العقلاء، ولا شكّ في حصول الملك لهذا النوع. ومنهم من لا قصد له، وهذا لا يصلح لتملك المباح بمجرد الحيازة.

و بالجمله: فالحكم في ذلك إن بنى على الحكم في نفس الأمر، فمتى لم يحصل القصد إلى الاختصاص بالمباح فالأصل يقتضى عدم الملك واستصحاب حكم المباح. هذا بالنظر إلى المحيز نفسه، وأما بالنظر إلى غيره، فإذا رأى تحت يده شيئاً من ذلك يحكم له به ظاهراً، ولا يجوز له تناوله بغير إذنه، لأنّ اليد جعلها الشارع دليلاً ظاهراً على الملك.

ومن هذا الباب ما نجده في الجبال من الحطب و الخشب و نحوهما من المباحات التي قد حصل عليها أثر اليد، فإنّه يحكم بها لهم عملاً بظاهر اليد، ولا يلتفت فيه إلى أصاله عدم التيه، لأنّ اليد شرعاً حجّه شرعيّه أقوى من هذه الأصاله و غيرها.

و إذا رأينا أشياء تشهد القرائن الحائيه على أنّ محيزها لم ينو التملك، كالمقطوع لغرض من الأغراض كإصلاح طريق و إطعام دابته، و ترك لعدم تعلق الغرض بالباقي، فالأصل فيه البقاء على الإباحه، مع احتمال المنع هنا عملاً بظاهر اليد، و إن كان الفاعل فيما بينه و بين الله تعالى لم يحصل له الملك. و تظهر الفائدة فيما لو رأى الفاعل أحداً قد حازه بعد ذلك، ففي ظاهر الشرع يقدم قوله عملاً بظاهر اليد، و فيما بينه و بين الله تعالى لا يجوز له أخذه منه، لعدم حصول ما يقتضى الملك.

و اعلم أنّ المسأله موضع تردّد لكثير من أكابر الفقهاء، كالمصنّف على ما رأيت، و الشيخ [١] -رحمه الله- و العلامه (١) في كثير من كتبه، و جماعه آخرين (٢). و جمله

ص: ٣٢٧

١- (٢) قواعد الأحكام ٢٤٤: ١، المختلف: ٤٨٠.

٢- (٣) ربّما يظهر ذلك من الجامع للشرائع: ٣١٣.

### الثالثة: لو كان بينهما مال بالسويّة، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف

الثالثة: لو كان بينهما مال (١) بالسويّة، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً، لأنّه لا شركة للعامل في مكسب مال الأمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

### الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً فادّعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر

الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً (٢)، فادّعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنّه أبصر بتبّيته. ولو ادّعى أنه اشترى لهما فأنكر الشريك، فالقول أيضاً قوله، لمثل ما قلناه.

الأقوال فيها ترجع إلى ثلاثة: الاكتفاء بمجرد الحيازة، والافتقار معها إلى التيه، والاكتفاء بالحيازة مع عدم تيه عدم التملك، فلو نوى عدمه أثرت ولم تثمر الملك.

وهذه المسألة لا تتعلّق بكتاب الشركة إلاّ بواسطة مسألة السقاء والصيّاد ونحوهما، لأنّها كالمقدّمه لهما، فلو ذكرها قبلهما ورّب حكمهما عليها كان أوفق للموضع.

قوله: «لو كان بينهما مال. إلخ».

المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليبتجر فيه تبرّعاً، قال في الصحاح (١): «البضاعة طائفه من مال يبعثها للتجاره، يقول: أبضعته و استبضعته جعلته بضاعة».

و إنّما كان هذا بضاعة لأنّه لم يشركه في الربح، فلا يكون قراضاً، ولا شركة، لأنّه لم يعمل معه، وبناء الشركة على عمل المشتركين، فإذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال، وعمله معه معونه و تبرّعاً، لأنّه لم يشرط لنفسه في مقابلته عوضاً.

قوله: «إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً. إلخ».

الوجه في الأولى أنّه وإن كان وكيلاً إلاّ أنّه لا يتعيّن عليه العمل بمقتضى الوكالة، لأنّها ليست بملازمه، فإذا نوى الشراء لنفسه وقع له، فيقبل قوله في دعواه تيه ذلك مع يمينه، لأنّه أبصر بتبّيته. و إنّما يتوجّه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموع بأن يدّعى إقراره بذلك ونحوه، أمّا لو ادّعى الإطلاع على تيه ذلك لم

ص: ٣٢٨

الخامسة: لو باع أحد الشريكين (١) سلعه بينهما، وهو وكيل في القبض، وأدعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع، وصدق الشريك، برئ المشتري من حقه، وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر - وهو حصه البائع - لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

يكن مسموعاً، لأنه محال، ولا يمكن معرفته إلا من قبله. نعم، لو جعلها تهمة أتجه فيها ما في دعوى التهمة، لأنها من الأمور الخفية. وأما الثانيه فإنه وكيل، والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكّل فيه كما سيأتي (١).

قوله: «لو باع أحد الشريكين. إلخ».

أما براءته من حق المقرّ فلاعترافه بوصول حقه إلى وكيله، وهو البائع. وأما قبول شهادته - أعنى المقرّ - على القابض - أي المدعى عليه القبض وهو البائع في النصف الآخر، وهو نصيب البائع، فلعدم التهمة في هذه الشهادة، لأنه لم يشهد لنفسه، بل على شريكه، والشهادة على الشريك مقبولة. هذا إذا كانت شهادته بقبضه لحصته خاصه. أما لو كانت الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر، من عدم سماعها في حصه الشاهد فتبعض، والشهادة إذا ردّت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا؟ وجهان.

واعلم أنّ هاهنا دعويين: إحداهما بين المشتري والبائع، والثانية بين الشريكين، والمصنّف ذكر حكم الأولى دون الثانية، مع أنّ الثانية بباب الشركه أولى.

أمّا الأولى فإن تقدّمت فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فأدعى وصوله إليه، فإن أقام البينه برئ من الحقّين، أمّا من حقّ البائع فبالبينه، وأمّا من حقّ الشريك فيها وبالإقرار. وتقبل هنا شهادة الشريك المقرّ على البائع بالأداء إليه إن كان عدلاً إذا شهد بحصه البائع خاصه، لانتفاء التهمة. وفي الشهادة بالجميع ما مرّ.

وإن لم يكن للمشتري بينه بالأداء فالقول قول البائع مع يمينه، فإن حلف

و لو ادعى تسليمه إلى الشريك، فصدقه البائع، لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن، لأن حصه البائع لم تسلم إليه و لا إلى وكيله، و الشريك ينكره، فالقول قوله مع يمينه. (١) استحق أخذ نصيبه خاصه، لاعتراف شريكه ببراءه المشتري من حقه قبض و كيله له، و بطلان و كالتة بفعل متعلق الوكاله، و لا يشارك الشريك البائع فيما يقبض و إن كان المال في أصله مشتركاً قد حصل بعضه و توى الباقي، لاعترافه بأن هذا المقبوض ظلم، و أن الحق في ذمه البائع بالقبض الأول. و لو نكل البائع عن اليمين ردّت على المشتري، فإن حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبه، و إن نكل ألزم بنصيب البائع، و إن لم نقض بالنكول، لأصالة بقاء الثمن في ذمته حيث لم يثبت الأداء لحصه البائع.

و حيث يثبت الأداء إلى البائع بالبينه للشريك المطالبه بحصه، لا أن يثبت (١) ذلك بشاهد و يمين، أو باليمين المردوده على المشتري، أو بنكول البائع إن قضينا به، لأن ذلك إنما يؤثر في حق المتخاصمين لا في حق غيرهما.

و أما الدعوى الثانيه بين الشريكين، فإن أقام الشريك البينه بقبض البائع طالبه بحقه كما مرّ، و إلا فالقول قوله في عدم القبض، فإن حلف انقطعت عنه الدعوى، و إن نكل أو ردّ اليمين حلف الشريك المقرّ و أخذ منه حصه، و لا يرجع البائع بذلك على المشتري، لاعترافه بظلم الشريك في فعله، و لانقطاع و كالتة بفعل متعلق الوكاله كما مرّ، و لبراءه المشتري من دين الآذان بإقراره، فلا يتحقق أن البائع أدى دين المشتري فيرجع به.

هذا حكم الخصومتين إذا تقدّمت الأولى. و لو تأخرت عن الثانيه فالحكم كما مرّ إلا أن الشريك المقرّ لا تقبل شهادته على البائع، لسبق خصومته. و أما المشتري فلا تقبل شهادته للمقرّ على التقديرين.

قوله: «و لو ادعى تسليمه - إلى قوله - فالقول قوله مع يمينه».

النزاع في هذه المسأله مع شريك البائع الآذن في قبض البائع، و هى في مقابله

ص: ٣٣٠

(١ - ١) في «ن»: لا إن ثبت. و لعله أولى.

وقيل: تقبل شهاده البائع. و المنع فى المسألتين أشبه. (١) الأولى. و جملة أحكامها: أنّ البائع إما أن يكون قد أذن للشريك فى قبض حصّته أولاً. و على التقديرين فإما أن يكون الشريك المدعى عليه أذن أيضاً للشريك فى القبض أو لا. فإن كان الشريك مأذوناً له فى القبض برئ المشتري من حصّته البائع، لا-عترفه بقبض و كيله. ثمّ يبقى هنا خصومتان كما تقدّم، إحداهما بين البائع، و الشريك، و الأخرى بين المشتري و الشريك، و المصنّف ترك حكم هذا القسم لإمكان استنباطه ممّا تقدّم. و إن لم يكن مأذوناً له فى القبض لم يبرأ المشتري من حصّته البائع، و لم يتوجّه بينهما خصومه، لأنّه لم يدفع حصّته إليه و لا إلى وكيله، و لا من حصّته الشريك لإنكاره، فيقدّم قوله بيمينه مع عدم البيّنه.

ثمّ إذا طالب البائع بحصّته للشريك مشاركته فيه، لإنكاره القبض، كما فى قبض كلّ مشترك، و له أن لا- يشاركه و يطالب المشتري بجميع حصّته. فإن شارك سلّم للبائع ربع الثمن خاصّه، و ليس للبائع مطالبه المشتري بعوضه، لا عترفه بظلم الشريك له فى المشاركة و براءة ذمّه المشتري و انزاله عن الوكالة بقبض الشريك. و أمّا الشريك فيستكمل حصّته من المشتري على تقدير المشاركة للبائع، لأنّ حصّته منحصر فيهما.

قوله: «وقيل: تقبل شهاده البائع. و المنع فى المسألتين أشبه».

أى تقبل شهاده البائع للمشتري فى قبض الشريك منه، لعدم التهمة، حيث إنّ الشريك ليس و كيلاً للبائع، و حقّ البائع باق على المشتري على التقديرين، فليست الشهاده متبعّضه كالأولى. نعم، لو كان الشريك مأذوناً فى القبض تبعّضت إلاّ أنّه غير مفروض المصنّف.

و وجه ما اختاره من المنع أنّه و إن لم يكن شريكاً له فيما قبضه إلاّ أنّ الشهاده تجرّ نفعا من حيث إنّّه إذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له، و لا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة إذا لم يثبت القبض. و هذا هو الأشهر (١). و لو قلنا بأنّ الشريك يتمكّن من قبض حصّته من المشترك (٢) بانفراده قبلت شهادته إذ لا تهمة حينئذ. و سيأتى

ص: ٣٣١

١-١) فى «س»: المشهور.

٢-٢) فى «ن» و «ب»: المشتري.



السادسه: لو باع اثنان عبدین كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده -صفقه بثمان واحد مع تفاوت قيمتهما، قيل: يصح، و قيل: يبطل، لأن الصفقه تجرى مجرى عقدين، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولا- (١) أمّا لو كان العبدان لهما، أو كانا لواحد، جاز. (٢) الكلام في ذلك (١).

و أشار بقوله: «في المسألتين» إلى شهاده البائع في هذه و الشريك في السابقه.

و قد تقدّم (٢) ما يدلّ على وجه المنع في السابقه و أنه يحتاج إلى تفصيل.

قوله: «لو باع اثنان عبدین - إلى قوله - مجهولا».

القول بالبطلان للشيخ (٣) -رحمه الله- لأنه مع تفاوت قيمتهما يصير ثمن كل واحد منهما مجهولا، إذ لا يعرف إلا بالتقسيط، و القسط لم يكن معلوما حال العقد، و حيث كانا لمالكين فهما بمنزله مبيعين في عقدين.

و يضعف بأن الثمن إنما وقع في مقابله المجموع و هو معلوم، و التقسيط الحكمي لا يقتضى التقسيط لفظا، و الجهالة إنما تنطرق بالاعتبار الثاني دون الأول.

و لهذا لو كان المبيع عبدا واحدا و لأحدهما فيه حصّه و الباقي للآخر، و لم يعلم حصّه كل واحد منهما، صحّ بيعه صفقه واحده و إن اختلف العوض و جهل ما يخصّ كل واحد منهما. و كونهما في حكم العقدين لا يقتضى كونهما عقدين حقيقه. و لهذا لو فسخ في أحدهما تعين عليه ردّ الآخر. و ليس كذلك لو كانا عقدين. فالقول بالصحّه أوضح. و قد تقدّم البحث (٤) في نظير ذلك من البيع فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك في عقد واحد.

قوله: «أمّا لو كان العبدان لهما أو كانا لواحد جاز».

لزوال المانع المذكور، حيث إنهما لا يحتاجان إلى تقسيط الثمن عليهما، بل

ص: ٣٣٢

١- ١) في ص: ٣٣٤-٣٣٨.

٢- ٢) في ص: ٣٢٩-٣٣٠.

٣- ٣) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣، و المبسوط ٢: ٣٥٦.

٤- ٤) في ج ٣: ١٦١-١٦٢.

و كذا لو كان لكل واحد قفيز (١) من حنطه على انفراده، فباعاهما صفقه، لانقسام الثمن عليهما بالسويّه.

### السابعه: قد بيّنّا أنّ شركه الأبدان باطله

السابعه: قد بيّنّا أنّ شركه الأبدان باطله، (٢) فإنّ تميّزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه اختصّ بها. وإن اشتبهت، قسّم حاصلهما على قدر أجره مثل عملهما، وأعطى كلّ واحد منهما ما قابل أجره مثل عمله.

يقتسمانه على نسبه الحصص. وكذا لو كانا لواحد مع أنّ ذلك التقسيط لو أثر لأمكن تطرّقه هنا لو عرض لأحدهما ما يبطل البيع، كما لو خرج مستحقاً أو حزاً، فإنّ البيع في نفس الأمر إنّما وقع على المملوك، ولا يعلم قسطه من الثمن. والوجه في الجميع أنّ ثمن المبيع عند العقد معلوم، والتوزيع لاحق، فلا يقدر.

قوله: «و كذا لو كان لكل واحد قفيز. إلخ».

و مثله ما لو كان العبدان متساويي قيمه، فإنّ الشيخ (رحمه الله) إنّما منع من المختلفين بسبب جهاله ثمن كلّ واحد منهما (١). وقد نبّه عليه المصنّف بقوله: «مع تفاوت قيمتهما».

قوله: «قد بيّنّا أنّ شركه الأبدان باطله. إلخ».

لا إشكال في اختصاص كلّ منهما بأجرته مع تميّزها أجمع، وكذا لو تميّز بعضها اختصّ به، وإنّما الإشكال مع اشتباه الحال، وقد اختار المصنّف هنا قسمه الحاصل على قدر أجره مثل عملهما، نظراً إلى أنّ الغالب العمل بأجره المثل و أنّ الأجره تابعه للعمل. و مثله قسمه ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكلّ منهما. وعلى هذا لو تميّز بعض حقّ كلّ واحد منهما أو أحدهما ضمّ إلى الباقي في اعتبار النسبه و إن اختصّ به مالكة.

و في المسأله وجهان آخران ذكرهما العلامة (٢):

أحدهما: تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل، لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر، ولأنّ الأصل مع الاشتراك التساوي، و لصدق العمل على كلّ

ص: ٣٣٣

١- (١) الخلاف ٣:٣٣٥ مسأله ١٣ كتاب الشركه.

٢- (٢) قواعد الأحكام ١:٢٤٢.

الثامنة: إذا باع الشريكان سلعه (١) صفقه، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

واحد منهما، والأصل عدم زياده أحد العاملين على الآخر، والحاصل تابع للعمل.

و يضعف بمنع كون الأصل في المال أو العمل التساوي، بل الأصل هنا يرجع إليه، لأن زياده مال شخص أو عمله على آخر و نقصانه و مساواته له ليس أصلاً، لا بحسب العاده و لا في نفس الأمر، وإنما يتم ذلك لو اشتركا في سبب مملوك كالإقرار و الوصية و الوقف و يشته الحال، فهنا يمكن الرجوع إلى الأصل، لاشتراكهما في أصل السبب، والأصل عدم التفاوت، لأن إثبات الزيادة لأحدهما يتوقف على أمر زائد في لفظ الإقرار أو الوصية أو الوقف و نحو ذلك، والأصل عدمه، بخلاف ما نحن فيه، لأن أحد العاملين غير الآخر، والاحتمال قائم في تفاوتهما و تساويهما على حد سواء.

و أيضاً ما ذكره من تعليله وارد فيما لو امتاز لأحدهما أكثر عمله و اشتبهه بعضه بمجموع مال الآخر، فإن أصاله عدم زياده أحد المالين على الآخر وارد فيه، فيلزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع و اشتباه جزء يسير منه، و هو باطل.

و الوجه الثاني: الرجوع إلى الصلح، لأنه طريق إلى تيقن البراءة، كما في كل مال مشتبه، و لا شبهه في أنه أولى مع اتفاقهما عليه، و إلا فما اختاره المصنف أعدل من التسويه.

قوله: «إذا باع الشريكان سلعه. إلخ».

موضع البحث ما إذا كان بين شريكين فصاعداً دين مشترك بسبب كون سببه واحداً، كبيع سلعه و ميراث و إتلاف و نحو ذلك. و المصنف فرضه في بيع الشريكين سلعه صفقه ليناسب باب الشركة بالمعنى الثاني، فإنها عقد يقتضى التصرف بالبيع و نحوه ممّا يستثمر الربح. و احترز بقوله: «صفقه» عمّا لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد، و إن كان العقدان لواحد، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما عن حقه إجماعاً. و لا فرق في الصفقه بين كون المشتري واحداً و متعدداً، لأن الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك.

إذا تقرّر ذلك، فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبه المشتري بحقه

من الدين، فإذا استوفاه شاركة الآخر فيه على ما اختاره المصنّف و الشيخ (1) و أكثر الأصحاب (2). و هو مروى من طرقهم فى عدّه أخبار (3)، إلا أنّها قاصره عن الاستدلال بها، لإرسال بعضها و ضعف الآخر، و عدم صراحه المطلوب فى بعضها.

و علّوه مع ذلك بأنّ كلّ جزء من الثمن مشترك بينهما، فكلّ ما حصل كان بينهما.

و ذهب ابن إدريس (4) إلى أنّ لكلّ واحد منهما أن يقبض حقّه و لا يشاركه الآخر فيه، محتجّاً بأنّ لكلّ واحد منهما أن يبرئ الغريم من حقّه و يهبه و يصلح على شىء منه دون الآخر، و متى أبرأه برئ من حقّه و إن بقى حقّ الآخر. و كذا إذا صالح عليه. فكما لا يشارك من وهب و صالح للمستوفى الآخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى. و لأن متعلّف الشركه بينهما كان هو العين و قد ذهبت و لم يبق عوضها إلاّ دين فى ذمّته، فإذا أخذ أحدهما حقّه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه، بل من أمر كلّى فى الذمّه لا يتعيّن إلاّ بقبض المالك أو وكيله، و هنا ليس كذلك، لأنّه إنّما قبض لنفسه. و لا يخفى ضعف الملازمه السابقه. و أما دليله الثانى فلا بأس به، و يعضده وجوه آخر:

منها: أنّه إن وجب الأداء بالمطالبه بحقه و جب أن لا يكون للشريك فيه حقّ، لكنّ المقدم حقّ اتّفاقا فالتالى مثله. بيان الملازمه: أنّ وجوب الأداء بالمطالبه بحصّه الشريك فرع التمكنّ من تسليمها، لاستحاله التكليف بالمتنع، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها على أنّها للشريك و دفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حقّ.

و منها: أنّه لو كان للشريك فى المدفوع حقّ لازم وجه قبح، و هو تسلّط

ص: ٣٣٥

١- (١) الخلاف ٣: ٣٣٦ مسألة ١٥ كتاب الشركه، المبسوط ٢: ٣٥٨.

٢- (٢) كالقاضى فى جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٥، و السيد ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٣٤، و ابن حمزه فى الوسيله ٢٦٣.

٣- (٣) الوسائل ١٣: ١٧٩ ب «٦» من أبواب أحكام الشركه، و ص ١٥٩ ب «١٣» من أبواب أحكام الضمان، و ١١٦ ب «٢٩» من أبواب

الدين ح ١.

٤- (٤) السرائر ٢: ٤٠٢.

الشخص على قبض مال غيره بغير إذنه.

و منها: أنه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقه من المدفوع، لاستحاله بقاء الدين في الذمه مع صحه قبض عوضه، لكن التالي باطل عندهم، لأنهم يحكمون بكونه مختيرا في الأخذ من أيهما شاء.

و منها: أنه لو نهى الشريك عن قبض حقه، فإن تمكن من المطالبة بحصته و جب أن لا يكون للشريك فيها حق، وإلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إياه.

و منها: أن المقبوض إمّا أن يكون مالا- مشتركا أو لا. فإن كان مشتركا و جب على تقدير تلفه أن يتلف منهما كسائر أموال الشركه، و تبرأ ذمه الغريم منه، وإلا لم يكن للشريك فيه حق.

و عندى فى هذه الوجوه كلها نظر، لأنها إنما ترد لو جعلنا حق الشريك متعينا فى المقبوض على جهه الشركه، و الأمر عند القائل به ليس كذلك.

و تحقيق الحال: أن حقهما لما كان فى الذمه أمرا كليًا لم ينحصر فى فرد من أفراد مال المديون إلا بقبض المستحق أو وكيله، فإذا طالب أحد الشركاء فلا شبهه فى استحقاقه ذلك، لأن الأصل فى مستحق الدين أن يتسلط على تحصيله. و من ثم أجمعوا هنا على أن له المطالبة منفردا، كما أجمعوا على أن الشريك إذا لم يختار مشاركته يختص بما قبض. و حينئذ فإذا أقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو و القابض على حصر بعض هذا الأمر الكلى فى الفرد المقبوض، و الحال أن ما فى الذمه و هو الأمر الكلى مشترك بين الشريكين، فللشريك الآخر إجازة هذا التخصيص فى الفرد المعين فيشارك فيه، و أن لا- يجيزه فطالب المديون بحقه، لأن حق التعيين لا يتم إلا برضاه، و حينئذ فيتعين المعين أولا لقبضه. و هذا هو الوجه فى تخييرهم بين المشاركة و مطالبه المديون بحقه.

فان قيل: إذا كان تعيين الكلى المشترك متوقفا على رضا الشريكين فيجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض أيضا، لأن الكلى لم يصح حصره فى المعين بسبب عدم رضا الشريك، فكيف يتعين بالنسبه إلى واحد دون واحد، مع استحاله

الترجيح بغير مرجح؟! قلنا: المرجح هنا موجود، وهو أنّ القابض قد رضی بتعيين حقه أجمع في المعين، لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته، والحال أنه ليس مجموع ما في الذمه حتى يحكم بطلانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين، وإنما هو بقدر حقه، فإذا لم يختر الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه، لقدومه على ذلك في ابتداء القبض، وإنما توقّف على أمر و قد حصل، وبقى القدر الآخر باقيا في ذمه المديون للشريك. و من هنا وجب على الغريم الدفع إليه، لأنه بقدر حقه، وأمره يؤول إلى انحصاره فيه أو فيه و في شريكه، وكلاهما يجب الدفع إليه. و الشريك و إن لم يجب الدفع إليه قبل المطالبة إلا أنّ هذا المدفوع لم يجب دفعه لأجله بل لأجل الشريك المطالب، وإنما يجب مشاركته الغريم الآخر بمطالبته.

و الحاصل: أنّ الحقّ لما كان قد تعيّن باختيار المالك و قبض الغريم، وإنما كان موقوفا على أمر الشريك، فإذا لم يرض به تحقّق شرط التعيين للقبض، واستقرّ ملكه على المقبوض. و بهذا يندفع جميع الوجوه المذكوره.

إذا تبين ذلك فنقول: هذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقباض تامّا، لتعيينه له على التقديرين، بل على القولين، فمماؤه قبل اختيار الشريك له، و تلفه عليه. و أمّا النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا مترلزلا. مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتمّ، أو مشاركته له فينتقل ملكه إليه، فإن اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض، و تبعه النماء، و إن اختار أخذه ففي ملكه له من حين قبضه أو قبض شريكه الأول احتمالا. و لعلّ الثاني أوجه، لأنه حينئذ يكون بمنزله عقد الفضولي فيتبين بإجازته انتقال الملك من حين العقد لا من حين الإجازة. و أمّا تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين، لقدومه على ضمانه، و لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (1) أو إطلاقها.

ص: ٣٣٧

## التاسعة: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدّة معيّنه

التاسعة: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدّة معيّنه، صحّت الإجاره، و يملك المستأجر ما يحصل من ذلك فى تلك المدّة. (١) و اعلم أنّ القابض لو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بضمن معيّن، فيختصّ به. و مثله الصلح عليه، بل أولى بالجواز. و كذا لو أبرأه من حقه و استوهب عوضه، أو أحال به على المديون بما عليه و كان كالقبض. و إنّما يأتى الخلاف فى ذلك مع حلول الحقيّن معا، فلو كان حقّ أحدهما مؤجّلا، إمّا بالعقد الأوّل أو باشرطه فى عقد لائزم، لم يشارك الآخر فيما قبض قبل حلول الأجل، لأنّه لا يستحقّ الآن شيئا. و تمكّنه من تأجيله يقتضى جواز قبض الحصة منفردة، لاستلزامه تميّز حصّته من حصّه الآخر. و كذا لو ضمن ضامن لأحد الشريكين حصّته، فإنّ الضمان صحيح لتناول الأدلّه له، فيختصّ بأخذ المال المضمون من الضامن. و هو يقتضى إمكان أخذ الحصة منفردة عن الأخرى، كما تقدّم.

و بالجمله: فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوّه، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى.

قوله: «إذا استأجر للاحتطاب- إلى قوله- فى تلك المدّة».

جواز الاستيجار على تحصيل ذلك و نحوه من المباحات يبنى على ما سلف (١) من أنّ تملكها هل يكفى فيه مجرد الحيازه، أم لا بدّ معها من تيه التملك؟ فإن اكتفينا بالحيازه لم يصحّ الاستيجار عليها و لا التوكيل فيها، لأنّ المستناب يملكها بمجرد الحيازه، فلا يتصوّر ملك المستأجر و الموكّل لها. و إن قلنا بافتقاره إلى التيه صحّ الاستيجار و التوكيل أيضا، لأنّ الملك لما كان تابعا للتيه فإذا نوى تملك غيره مع كونه نائبا له صحّ. و كذا يصحّ على القول بعدم اعتبار التيه، بل يعتبر أن لا ينوى ما ينافى الملك، كما اختاره بعض الأصحاب (٢). و حينئذ فإذا نوى بذلك المستأجر صحّ و ملك

ص: ٣٣٨

١- ١) فى ص: ٢٢٥.

٢- ٢) جامع المقاصد ٨: ٥٢.

و لو استأجره لصيد شيء بعينه، لم يصح، لعدم الثقة بحصوله غالباً. (١) المستأجر.

و المصنّف-رحمه الله-جزم هنا بالصحة مع تردده فيما سبق في اشتراط التيه، فهو إما رجوع إلى الجزم باعتبارها بعد التردد، أو اختيار للقول الأخير الذي حكيناه، فإنه لا ينافي عدم اشتراط التيه.

و بقى في المسألة بحث آخر: وهو أنه على القول بصحة الإجاره على أحد القولين إنما يقع الملك للمستأجر مع نية الأجير الملك له، أو مع الإطلاق على القول الآخر، أمّا مع نية الملك لنفسه فيجب أن يقع له، لحصول الشرط على جميع الأقوال، و استحقاق المستأجر منافعه تلك المدّة لا ينافي ذلك، فإنه لا يقصر عمّا لو عمل عملاً لغير المستأجر، فإنه يقع حسب ما أوقعه، و لكن يثبت للمستأجر عليه أجره تلك المدّة التي فوّت فيها العمل، على تفصيل يأتي (١) في ذلك إن شاء الله تعالى، فليكن هنا كذلك. و ربّما فوّق بين عمله لنفس ما استوجر على فعله و غيره، ففي الأوّل يكون الجميع للمستأجر، لاستحقاقه إيّاه بالعقد، بخلاف ما إذا عمل في مدّة الإجاره، غير ما استأجره عليه، فإنه حينئذ يتخبر كما فصل. و في الفرق نظر.

قوله: «و لو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح، لعدم الثقة بحصولها غالباً».

لمّا كان ضابط المستأجر عليه كونه مقدوراً للأجير حيث يقصد منه مباشرته، فلا يصح الاستيجار لتحصيل صيد معين مالك لأمره، لأنّ مثل ذلك لا يعدّ مقدوراً موثوقاً به عادة، بخلاف الصيد المطلق، فإنّ العادة قاضيه بإمكانه، إذ لا بد من قدره على شيء منه كيف اتّفق غالباً.

ص: ٣٣٩

١-١) في الفصل الثاني من كتاب الإجاره الشرط الرابع.





كتاب المضاربه

اشاره

كتاب المضاربه

ص: ٣٤١



كتاب المضاربه و هو يستدعى بيان أمور أربعة كتاب المضاربه هي مفاعله من الضرب فى الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعى على التجاره و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنّ الضرب مسبّب عنهما، طردا لباب المفاعله فى طرفى الفاعل، أو من ضرب كلّ منهما فى الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه. و يقال للعامل: مضارب- بكسر الراء- لأنه الذى يضرب فى الأرض و يقلّبه. و لم يشتقّ أهل اللغه لربّ المال من المضاربه اسما. و هذه لغه أهل العراق.

و أمّا أهل الحجاز فيستّمونه قراضا، إمّا من القرض و هو القطع، و منه المقراض، لأنه يقرض به، فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعه و سلّمها للعامل، أو اقتطع له قطعه من الربح. أو من المقارضه، و هي المساواه و الموازنه، يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كلّ منهما الآخر بشعره. و منه قيل: «قارض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك» (1) يريد: ساوهم فيما يقولون. و وجهه: أنّ المال هنا من جهه مالكه و العمل من جهه العامل، فقد تساويا فى قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما فى الربح و تساويهما فى أصل استحقاقه و إن اختلفا فى قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما فى الربح و تساويهما فى أصل استحقاق و إن اختلفا فى كميته. و يقال منه للمالك مقارض بالكسر، و للعامل مقارض بالفتح.

و اعلم أنّ من دفع إلى غيره مالا- ليّتجر به فلا- يخلو إمّا أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما، أو لا يشترط شيئا. فإن شرطاه بينهما فهو قراض، و إن شرطاه

ص: ٣٤٣

---

(١- ١) راجع النهايه لابن الأثير ٤:٤١ و جواهر العقود ١:٢٣٩.

الأول في العقد و هو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نضّ المال أو كان به عروض. (١) و لو اشترط فيه الأجل، لم يلزم. لكن، لو قال: إن مرّت بك سنه مثلاً، فلا تشتت بعدها و بع، صحّ، لأنّ ذلك من مقتضى العقد، (٢) للعامل فهو قرض، و إن شرطاه للمالك فهو بضاعة، و إن لم يشترط شيئاً فكذلك إلا أنّ للعامل أجره المثل. و عقد القراض مركّب من عقود كثيرة، لأنّ العامل مع صحّحه العقد و عدم ظهور ربح و دعى أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدّي غاصب، و فى تصرّفه و كيل، و مع فساد العقد أجبر.

قوله: «و هو جائز من الطرفين، سواء نضّ المال أو كان به عروض».

لا خلاف فى كون القراض من العقود الجائزه من الطرفين، و لأنّه و كاله فى الابتداء، ثمّ قد يصير شركه، و هما جائزان أيضاً.

و المراد بإنضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان أولاً. و تعلق العروض به بالنظر إلى أصله و إلاّ. فالعروض أيضاً مال، فلو قال: «أو كان عروضاً» كان أقعد.

قوله: «و لو اشترط فيه الأجل لم يلزم - إلى قوله - من مقتضى العقد».

أى لم يلزم العقد مدّه الأجل، بل يصحّ فسخها قبله، و لكن العقد و الشرط صحيحان، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأنّ التصرف تابع للإذن، و لا إذن بعده، و أمّا العقد فلأنّ الشرط المذكور لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه

و ليس كذلك لو قال: على أتى لا- أملك فيها منعك، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد. (١) و لو اشترط أن لا- يشتري إلا- من زيد، أو لا يبيع إلا على عمرو، صح. و كذا لو قال: على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني، أو ثمره البستان الفلاني، سواء كان وجود ما أشار إليه عامياً أو نادراً. (٢) الإطلاق. و كذا القول في قوله: «إن مرّت بك سنه فلا- تشتري» لأنّ أمر البيع و الشراء منوط بأمر المالك، فله المنع منهما بعد السنه، فمن أحدهما أولى. و مثله ما لو عكس بأن قال: «لا تبع و اشتر» و إنّما لم يذكره لأنّ البيع هو المقصود في هذا الباب لجلب الربح و تحصيل الإنضاض.

قوله: «و ليس كذلك لو قال: على أتى لا أملك فيها منعك، لأنّ ذلك مناف لمقتضى العقد».

لأنّ مقتضاه أنّ لكلّ من المتعاقدين فسخه، كما هو شأن العقود الجائزه، فإذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط.

قوله: «و لو شرط أن لا يشتري- إلى قوله- نادراً».

لا- خلاف عندنا في جواز هذه الشروط و لزومها، و إن ضاقت بسببها التجاره، و إطلاق النصوص دالّ عليه. و تبه به على خلاف بعض العامه (١) حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادراً أو مضيئاً. و حيث يقع التعيين على أحد الوجوه فخالف العامل ضمن المال، لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه، سواء في ذلك المخالفه في النوع و في السفر و في جهته، لصحيحه الحلبي و محمّد بن مسلم و غيرهما عن الباقر و الصادق عليهما السلام (٢). و لو لا النصّ لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفاً أو موقوفاً على الإجازة.

ص: ٣٤٥

١- ١) راجع المغني لابن قدامه ٥: ١٨٤، المهذب ضمن المجموع ١٤: ٣٦٩، و المنهاج ضمن مغني المحتاج ٢: ٣١١.

٢- ٢) الوسائل ١٣: ١٨١ ب «١» من أبواب أحكام المضاربه.

و لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم، قيل: يفسد، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال. وفيه تردد. (١) قوله: «و لو اشترط أن يشتري أصلا- إلى قوله- وفيه تردد».

أى مقتضى عقد المضاربه أو مقتضى القراض الذى هو رديفها التصرف في رأس المال بالبيع و الشراء و تحصيل الربح بالتجاره. و هذا ليس كذلك، لأن فوائده تحصل بغير تصرف، بل من عين المال.

و وجه الصيحه: أنه حصل بسعى العامل، إذ لو لا- شراؤه لم يحصل النماء، و ذلك من جملة الاسترباح بالتجاره. و يضعف بأن الحاصل بالتجاره هو زياده قيمه لما وقع عليه العقد، لا- نماؤه الحاصل مع بقاء عين المال، و بأن المضاربه تقتضى معاوضتين إحداهما بالشراء و الأخرى بالبيع، و أقل ما يتحققان بمزجه، و بهما يظهر الربح و الإنضاض، و المضاربه تدل على ملك العامل لهما بالمطابقه و على كل واحد بالتضمن، فمنعه من أحدهما مخالف لمقتضاها.

فإن قيل: هلا- كان ذلك كتقييد المالك عليه في الشراء المعين، أو من معين، أو البيع عليه، و نحو ذلك مما كان يدخل في إطلاقها و بالتقييد خرج، و لم يناف ذلك مقتضاها.

قلنا: الفرق بينهما حصول أصل المقتضى و هو البيع و الشراء و تحصيل الربح بما ذكره، و إنما قيد موضوعها، بخلاف المتنازع، فإن المقتضى لم يتحقق أصلا، كما بيناه.

و على القول بالفساد يصح الشراء المذكور بالإذن، و يكون النماء الحاصل بأجمعه للمالك، لأنه نماء ملكه، و عليه أجره المثل للعامل.

و اعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعامله، و إلا فلا يمتنع كون النماء بينهما، و يحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئا له غله فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها، لإمكان تحصيله من أصل المال أيضا.

و إذا أذن له في التصرف، تولّى بإطلاق الإذن ما يتولاه المالك، من عرض القماش و النشر و الطيّ، و إحرازه، و قبض الثمن، و إيداعه الصندوق، و استئجار من جرت العاده باستئجاره، كالدلال و الوزان و الحمّال، عملا بالعرف. و لو استأجر للأول، ضمن الأجره. و لو تولّى الأخير بنفسه، لم يستحقّ أجره. (١) قوله: «و لو أذن في التصرف -إلى قوله- لم يستحقّ أجره».

المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربه، إذ لا يفتقر العامل معها في جواز التصرف إلى إذن آخر، و كان حقّه أن يقول: و لو أطلق العقد تولّى العامل بالإطلاق ما ذكر.

و حاصل ذلك: أنّ المضاربه لما كانت معاملته على المال للاسترباح كان إطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجاره بنفسه، من عرض القماش على المشتري، و نشره، و طيّه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه، و إيداعه الصندوق، و نحو ذلك. و هذا النوع لو استأجر عليه فالأجره عليه خاصّه، حملا للإطلاق على المتعارف. أمّا ما جرت العاده بالاستئجار عليه، كالدلاله، و الحمل، و وزن الأمتعه الثقيله، التي لم تجر عاده التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجاره من مثل ذلك التاجر، فله الاستئجار عليه، حملا على المعتاد أيضا. و لو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحقّ أجره، لأنّه متبرّع في ذلك. و لو قصد بالعمل الأجره كما يأخذ غيره، توفيرا على نفسه و توسّعا في المكسب، ففي استحقاقه لها وجه، خصوصا على القول بأنّ للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه و في الشراء أن يشتري من نفسه، فيكون للوكيل في الاستئجار أن يستأجر نفسه. و لكن إطلاق المصنّف و الجماعه يقتضى العدم. و لو أذن له المالك في ذلك فلا إشكال.

و المراد بقوله: «و استئجار من جرت العاده باستئجاره» مثل الدلال و من ذكر معه، لأنّ «من» موضوعه لمن يعقل. و لو قال: «الاستئجار لما جرت العاده بالاستئجار له» كان أشمل، ليشمل مثل استئجار الدابّه، إذ لا يدخل في عموم «من» و يدخل فيما ذكرناه. و إطلاق الاستئجار على مالها مجاز بعيد.



و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال، على الأظهر. (١) قوله: «و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر».

المراد بـ «كمال النفقة» نفقه السفر أجمع. و احترز به عن القدر الزائد عن نفقه الحاضر، فإنّ القول الآخر أنّه لا ينفق من المال سواه، للإجماع على أنّ نفقه الحاضر على نفسه، فما سواه في السفر يحتسب عليه أيضا و الزائد على القراض. و قيل: إنّ جميع نفقه السفر على نفسه كنفقه الحاضر. و الأقوى الأوّل، لصحيحه على بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: «في المضاربه ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، و إذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» (١)، و «ما» للعموم.

و وجه الثاني: أنّه إنّما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أمّا غيرها فسواء كان مسافرا أم حاضرا لا بدّ منها، فلا يكون السفر علّه فيه.

و وجه الثالث: أنّ الربح مال المالك، و الأصل، أن لا يتصرّف فيه إلّا بما دلّ عليه الإذن، و لم يدلّ إلّا على الحصّه التي عينها له، و هو لم يدخل إلّا عليه، فلا يستحقّ سواه. و الأقوى الأوّل، عملا بالنصّ الدالّ عليه. و هو مع ذلك أشهر بين الأصحاب.

إذا تقرّر ذلك: فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي، و هو ما يجب فيه التقصير فلو كان قصيرا أو أقام في الطويل و أتمّ الصلاة فنفته تلك المدّه على المال. نعم، يجب الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجاره، فلو أقام زياده عنه فنفته عليه خاصّه.

و المراد بالنفقة ما يحتاج إليه فيه من مأكول و ملبوس و مشروب و مركوب، و آلات ذلك كالقربه و الجوالق، و أجره المسكن، و نحو ذلك، و يراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فإن أسرف حسب عليه، و إن قتر لم يحتسب له، لأنّه لم ينفق ذلك. و إذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقه و لو من الزاد يجب ردّه إلى التجاره، أو تكره وديعه إلى أن يسافر، إذا كان ممّن يتكرّر سفره و لم يكن يبعه أعود على التجاره من تركه.

ص: ٣٤٨

(١ - ١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٧، الوسائل ١٣: ١٨٧ ب «٦» من أبواب كتاب المضاربه ح ١.

و لو كان لنفسه مال غير مال القراض، فالوجه التقييط. (١) و لو شرط فيه عدم النفقه لزم الشرط للعامل، فلا ينفق. و لو أذن له بعد ذلك فهو تبرع محض. و لو شرطها فهو تأكيد على القول بثبوتها، و مخرج من الخلاف. و هل يشترط تعيينها حينئذ؟ وجه قوئى، حذرا من الجهالة فى الشرط الذى هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع، خصوصا على القول بعدمها. و يتبیه عليه اشتراط نفقه الأجير حيث لا يثبت على المستأجر. و يحتمل على القول بثبوتها عدم وجوب ضبطها، لثبوتها بدون الشرط، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل.

و لا يعتبر فى النفقه ثبوت ربح، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح، و إن قصر المال. نعم، لو كان ربح فهى منه مقدمه على حق العامل.

و إنما ينفق فى سفر مأذون فيه، فلو سافر إلى غيره، إما بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته، فلا نفقه له و إن كانت المضاربه ثابتة. و مثونه المرض و الموت فى السفر محسوبتان على العامل خاصه، لأنهما لم يتعلقا بالتجاره. قوله: «و لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقييط».

وجه التقييط ظاهر، لأن السفر لأجلهما، فنفقته عليهما. و هل التقييط على نسبه المالين، أو نسبه العاملين؟ وجهان، أجمدهما الأول، لأن استحقاق النفقه فى مال المضاربه منوط بالمال و لا نظر إلى العمل.

ثم إن قلنا بوجوب كمال النفقه على مال المضاربه فالتقييط كما ذكرناه، و إن قلنا إنما تجب النفقه الزائده فالتقييط لتلك الزيادة خاصه عليهما، و الباقي على ماله.

و ربما قيل هنا بعدم ثبوت شىء على مال المضاربه. و هو ضعيف، لوجود المقتضى فى الموضعين. و لو كان معه قراض آخر لغير صاحب الأول و زعت النفقه عليهما أيضا على قدر المالين أو العاملين كما مر. و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما و أطلق، بل له نفقه واحده عليهما على التقديرين، لأن ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل. هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر، أمّا لو علم صاحب القراض الأول بالثانى، و شرط على ماله كمال النفقه، جاز و اختصت به، و لا شىء على الثانى.

و لو أنفق صاحب المال (١) مسافراً، فانتزع المال منه، فنفقته عوده من خاصه (١).

و للعامل ابتياع المعيب، و الردّ بالمعيب، و الأخذ بالأرّش (٢). كلّ ذلك مع الغبطه. (٢) و يقتضى إطلاق الإذن، البيع نقداً، بثمن المثل، من نقد البلد. (٣) قوله: «و لو أنفق صاحب المال. إلخ».

لأنّ النفقه سفراً إنّما استحققت بالمضاربه و قد ارتفعت بالفسخ، و لا غرر عليه، لدخوله على عقد يجوز فسخه كلّ وقت. و نبه بذلك على خلاف بعض العامة (٣) حيث أثبت له نفقه الرجوع، لأنّه استحقّها حين السفر. و هو ممنوع.

قوله: «و للعامل ابتياع المعيب- إلى قوله- مع الغبطه».

الفرق بينه و بين الوكيل- حيث لا يسوغ له شراء المعيب- أنّ الغرض الذاتى هنا الاسترباح، و هو يحصل بالصحيح و المعيب، فلا يتقيّد بالصحيح. و على تقدير شرائه جاهلاً بالمعيب يتخيّر من (٤) الأمرين- بين الردّ و الإمساك بالأرّش- ما فيه الغبطه بالنظر إلى التجاره، فقد يكون الردّ أغبط و قد يكون أخذ الأرّش، فلذلك يتخيّر بينهما، بخلاف الوكيل، فإنّ شراءه ربما كان للقنيه، و المعيب لا يناسبها غالباً، فحمل الإطلاق على الصحيح عملاً بالمتعارف.

قوله: «و يقتضى الإطلاق، الإذن فى البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد».

لما كان إطلاق عقد المضاربه محمولاً على المتعارف فى التجاره و المحصّل للأرباح و جب قصر تصرف العامل على ما يحصل به الغايه، فله البيع نقداً لا نسيئته،

ص: ٣٥٠

١- ١) فى متن الجواهر: منه خاصه.

٢- ٢) فى الشرائع الحجرية و متن الجواهر و المسالك: و أخذ الأرّش.

٣- ٣) راجع المغنى لابن قدامه ١٥٣: ٥.

٤- ٤) فى «س» و «م» و «ب»: بين الأمرين. و الصحيح ما أثبتناه، و لكن الأولى إسقاط كلمه بين فى قوله: بين الردّ و الإمساك.

و لو خالف لم يمض، إلا مع إجازة المالك. (١) و كذا يجب أن يشتري بعين.

المال. (٢) لما فيها من التغرير بمال المالك، و بضمن المثل لا بدونه، للتضييع مع قدره على تحصيل الزائد، و الأمر فيهما واضح.

و أما البيع بنقد البلد فالإطلاق في الوكاله منصرف إليه، و هو في معنى الوكاله، فمن ثم أطلقه المصنف و قبله الشيخ (١) و جماعه (٢). لكن قد عرفت أن المضاربه تفارق الوكاله في بعض المطالب، لأن الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض. و الأقوى جوازه بها مع الغبطه. و احترز به عما لو أذن له في شيء من ذلك خصوصا أو عموما، ك«تصرف كيف شئت، أو بحسب رأيك و نظرك» و نحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعرض [١] قطعاً. أما النقد و ضمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح. نعم، يستثنى من ضمن المثل نقصان ما يتسامح الناس فيه عادة.

قوله: «و لو خالف لم يمض إلا مع إجازة المالك».

إذا خالف ما دلّ عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلا، بناء على جواز بيع الفضولي، لكن يقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، ثم إن قدر على تحصيل النسيئه، و إلا ضمن الثمن، لثبوتها بالبيع الصحيح، لا قيمه، و إلا وجب الاسترداد مع إمكانه، و لو تعدّر ضمن قيمه المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد، و لا التفاوت في صورته النقيصه، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلا، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدّى فيه و سلمه من غير إذن شرعي. و في المسألة احتمالات آخر مدخوله.

قوله: «و كذا يجب أن يشتري بعين المال».

لما في شرائه في الذمه من احتمال الضرر، إذ ربّما يتلف رأس المال فتبقى عهده

ص: ٣٥١

١- (١) الخلاف ٣: ٤٦٢ مسألة ٨ كتاب القراض، المبسوط ٣: ١٧٤.

٢- (٢) منهم ابن حمزه في الوسيله: ٢٦٤ و الحلّي في الجامع للشرائع: ٣١٧.

و لو اشترى فى الذمه، لم يصح البيع، إلا مع الإذن. (١) و لو اشترى فى الذمه لا معه، و لم يذكر المالك، تعلق الثمن بدمته ظاهرا. (٢)  
و لو أمره بالسفر إلى جهه، فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتاع شىء معين، فابتاع غيره، ضمن. و لو ربح و الحال هذه، كان الربح بينهما،  
بموجب الشرط. (٣) الثمن متعلقه بالمالك، و قد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض فى غير ما دفع. و لأن المقصود من العقد أن  
يكون ربح المال بينهما، و لا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء فى الذمه ليس ربح هذا المال.

قوله: «و لو اشترى فى الذمه لم يصح إلا مع الإذن».

أى لم يقع لازما-فأطلق الصحه على اللزوم-بل يقع موقوفا على إجازته.

و يمكن أن يريد بالإذن ما يشمل الإجازته، و يريد بالصحه معناها المتعارف. و الأول أعرف.

قوله: «و لو اشترى فى الذمه لا معه و لم يذكر المالك تعلق الثمن بدمته ظاهرا».

هذا إذا لم يذكر المالك فى الشراء لفظا، و إلا بطل العقد مع عدم إجازته. و لو ذكره نيه خاصه وقع للعامل ظاهرا كما ذكره، و  
وجب عليه التخلص باطنا من حقّ البائع. و سيأتى-إن شاء الله-فى الوكالة تحقيق ذلك (١). و لو لم يذكره لفظا و لا نيه وقع له  
ظاهرا و باطنا.

قوله: «و لو أمره بالسفر-إلى قوله-بموجب الشرط».

المراد أن المضاربه لا تبطل بهذه المخالفه، و إن وجب الضمان و الإثم فى التصرف غير المأذون. و الربح بينهما على حسب  
الشرط، للنصوص الصحيحه (٢)

ص: ٣٥٢

١- ١) فى الفصل الرابع من كتاب الوكالة.

٢- ٢) انظر الوسائل ١٨١: ١٣ ب «١» من أبواب كتاب المضاربه.

و بموت كل واحد منهما، تبطل المضاربه، لأنها في المعنى وكاله. (١) الدالّه عليه، وإلا- لتوجّه الإشكال إلى صحّه الابتياح المخالف، لوقوعه بغير إذن، فينبغي أن يكون فضولياً. وأنّ السبب في ذلك أنّ الغرض الذاتي في هذه المعامله هو الربح، وباقي التخصيصات (١) عرضيه لا تؤثر في فساد المعاوضه المخالفه، لحصول المقصود بالذات.

و بالجملة: فالمستند النصّ الصحيح، وعمل الأصحاب به. ويجب تقييد المخالفه في جهه السفر بما إذا بيع المتاع في تلك الجهه بما يوافق قيمته في الجهه المعينه أو يزيد، فلو كان ناقصاً بما لا يتغابن بمثله لم يصح، كما لو باع بدون ثمن المثل.

و اعلم أنّ العامل لا يجوز له السفر مطلقاً بدون إذن المالك عندنا، سواء كان الطريق مخوفاً أم آمناً، لما فيه من التغير في الجملة المنافي للاكتساب، لقول النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم: «المسافر و ماله لعلّ يقتل إلا ما وقى الله» (٢)، أي على هلاكه. و حيث يأذن له فيه فإن أطلق تخيير في الجهات، وإن عيّن له جهه تعيّن كما ذكر. و عبارته المصنّف خاليه عن تحريم السفر مطلقاً بغير إذنه، فلذلك تبهنا عليه.

قوله: «و موت كل منهما تبطل المضاربه، لأنها في معنى الوكاله».

لما كان هذا العقد من العقود الجائزه بطل بما يبطل به، من موت كل منهما، و جنونه، و إغمائه، و الحجر عليه للسفه، لأنّه متصرّف في مال غيره بإذنه: فهو كالوكيل. و لا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف و بعده، و لا بين أن يكون قد ظهر ربح و عدمه.

ثمّ إن كان الميت المالك، و كان المال ناصباً لا ربح فيه، أخذه الوارث. و إن كان فيه ربح اقتسماه. و تقدّم حصّه العامل على جميع الغرماء، لملكه لها بالظهور، فكان شريكاً للمالك، و لأنّ حقّه متعلّق بعين المال دون الذمّه. و إن كان المال عرضاً فللعامل بيعه إن رجبى الربح، و إلا فلا. و للوارث إلزامه بالانضاض إن شاء مطلقاً.

ص: ٣٥٣

١- ١) في «٥»: الخصوصيات.

٢- ٢) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٥١، و النهايه لابن الأثير ٤: ٩٨.

و سيأتي الكلام في ذلك في مسأله الفسخ. (١).

و إن كان الميِّت العامل، فإن كان المال ناضباً و لا ربح أخذه المالك. و إن كان فيه ربح دفع إلى الورثه حصّيتهم منه. و لو كان هناك متاع و احتيج إلى البيع و التنضيب، فإن أذن المالك للوارث فيه جاز. و إلاّ نصب له الحاكم أميناً يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّه الوارث إليه، و إلاّ سلّم الثمن إلى المالك. و حيث حكم ببطلان المضاربه بالموت و أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانيه شروط الأولى، من إنضاض المال و الصيغه و غيرهما.

ص: ٣٥٤

---

١- ١) في ص ٣٨٣-٣٨٥.

الثانى فى مال القراض و من شرطه أن يكون عيناً، و أن يكون دراهم أو دنانير. (١) و فى القراض بالنقره تردّد. (٢) قوله: «و من شرطه أن يكون عيناً، و أن يكون دراهم أو دنانير».

اشترط ذلك فى المال موضع وفاق، نقله فى التذكرة (١)، و هو العمده. و علّل مع ذلك بأنّ ما فى الذمّه لا بد من تحصيله أولاً، و لا يجوز ضمّ عمل إلى التجاره، و أنّ المضاربه معامله تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول، و الربح غير متيقّن الحصول. و إنّما سوغت هذه معامله مع ذلك للحاجه، فتختصّ بما تسهل التجاره به و ترويح فى كلّ وقت و حال، و هو النقدان. و لا يخفى أنّ إثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد، و العمده على نقل الإجماع.

قوله: «و فى القراض بالنقره تردّد».

النقره-بضمّ أوّله-القطعه المذابه من الذهب و الفضة. و منشأ التردّد فيها من عدم كونها دراهم و دنانير الذى هو موضع الوفاق، و من مساواتها لهما فى المعنى، حيث إنّها من النقدين و إنّما فاتها النقش و نحوه، و انضباط قيمتها بهما، و أصله الجواز.

و هذا كلّه مندفع بما ذكرناه من اتّفاقهم على اشتراط أحدهما. و مع ذلك لا نعلم قائلاً بجوازه بها، و إنّما ذكرها المصنّف متردداً فى حكمها، و لم ينقل غيره فيها خلافاً. و إذا كانت المضاربه حكماً شرعياً فلا بدّ من الوقوف على ما ثبت الإذن فيه شرعاً. و ربّما

ص: ٣٥٥



و لا- يصحّ بالفلوس، و لا- بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقلّ أو أكثر (١)، و لا بالعروض. (٢) و لو دفع آله الصيد كالشبكة بحصّه فاصطاد، كان الصيد للصائد، و عليه أجره الآله. (٣) أطلقت النقره على الدراهم المضروبه من غير سكّه، فإن صحّ هذا الاسم كان التردّد من حيث إنّها قد صارت دراهم و دنانير، و إنّما تخلّفت السكّه، و هي وصف في النقدين ربما لا يقدر، خصوصا إذا تعامل بها على ذلك الوجه، و ممّا تقدّم من وجوه المنع.

قوله: «و لا يصحّ بالفلوس، و لا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقلّ أو أكثر».

هذا إذا لم يكن متعاملا- بالمغشوش، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به معامله، و صحّ جعله مالا للقراض، سواء كان الغش أقلّ أم أكثر.

قوله: «و لا بالعروض».

العروض- بضمّ العين- جمع عرض- بفتحها ساكن الوسط و يحرك- و هو المتاع و كلّ شيء سوى النقدين، ذكره في القاموس (١). و على هذا كان يستغنى بذكرها عمّا تقدّم منعه، لدخوله فيها. و لكن حكى الجوهري (٢) عن أبي عبيد أنّ العروض هي الأمتعه التي لا- يدخلها كيل و لا- وزن، و لا يكون حيوانا، و لا عقارا. و حينئذ فلا يشمل الفلوس، و لا النقره، إلاّ أنّ المعنى الأوّل أنسب بالمقام، و يمكن أن يكون وجه تخصيص تلك الأفراد ما فيها من شبهه الجواز. و عدم جواز المضاربه بالعروض موضع وفاق. و علل مع ذلك بأنّه لا يتحقّق فيها الربح، لأنّه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في أصل المال أو يستغرقه، و ربّما نقصت قيمتها فيصير رأس المال ربحا. و الاعتماد على الاتّفاق.

قوله: «و لو دفع آله الصيد- إلى قوله- و عليه أجره الآله».

و ذلك لفساد المضاربه بمخالفه مقتضاها، فإنّ مقتضاها تصرّف العامل في رقبه المال، و هنا ليس كذلك، و ليس بشركه، لأنّه مركب من شركه الأبدان و غيرها،

ص: ٣٥٦

١- ١) القاموس ٢: ٣٣٤.

٢- ٢) الصحاح ٣: ١٠٨٣.

و يصحّ القراض بالمال المشاع،(١) ولا بدّ أن يكون معلوم المقدار، ولا يكفي المشاهدة. وقيل: يصحّ مع الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره.(٢) ولتميّز مال صاحب الشبكة، ولا يآجاره، وهو ظاهر. وحينئذ فالحكم بكون الصيد للصائد مبنى على عدم تصوّر التوكيل في تملك المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد. وقد سبق الكلام على نظيره (١)، ويعد بناءه على أنّ العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه، لأنّ ظاهر الحال دخوله على الشركة. وحيث يكون الصيد لهما فعلى كلّ منهما من أجره مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك.

ولو كان المدفوع إليه بدل الشبكة دابّة ليحمل عليها ويركب بالأجره والحاصل بينهما، فالحاصل بأجمعه لصاحب الدابّة، وعليه أجره مثل العامل، ولم تصحّ معامله أيضا لعين ما ذكر. والفرق بين الشبكة والدابّة في كون الحاصل لصاحب الدابّة دون مسأله الشبكة - أنّ الأجره تابعه للعمل، والعمل في الدابّة حاصل منها، وفي الصيد من الصائد، والشبكة تبع لعمله، كما أنّ التسبب بحمل الدابّة وعملها تابع لها، فيكون الحاصل للعامل. ولا مدخل هنا للتّيه كما في مسأله الصيد.

قوله: «و يصحّ القراض بالمال المشاع».

لأنّ المشاع معيّن في نفسه، وجامع لباقي الشرائط، فيصحّ القراض به. ولا فرق بين أن يكون عقده واقعا مع الشريك وغيره.

قوله: «و لا يكفي المشاهدة - إلى قوله - مع التنازع في قدره».

القولان للشيخ (رحمه الله) الأوّل في الخلاف (٢)، والثاني في المبسوط (٣). ومنشأ الاختلاف من زوال معظم الغرر بالمشاهدة، وبقاء الجهالة. والأصحّ الأوّل. وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربه بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. وقوّاه في المختلف (٤)، محتجّا بالأصل، وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «المؤمنون عند

ص: ٣٥٧

١- ١) في ص: ٣٢٣.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٧ كتاب القراض.

٣- ٣) المبسوط ١٩٩: ٣.

٤- ٤) المختلف: ٤٨٣.

و لو أحضر مالين و قال: قارضتكم بأيهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض. (١) و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه، ضمن. (٢) شروطهم» (١). و لا- إشكال في أنّ القول قول العامل مع يمينه في قدره، سواء صحّت معامله أم لا- لأنّه منكر. و حينئذ فتفريع قوله: «و يكون» على الصحّة مع المشاهدة باعتبار أنّه إذا لم يصحّ لا يدفع إليه المال غالبا، فلا يقع التنازع، لكن لو فرض كان حكمه كذلك.

و كذا لو اختلفا في قدره في غير هذه الصورة.

قوله: «و لو أحضر مالين- إلى قوله- لم ينعقد بذلك قراض».

لافتاء التعيين الذى هو شرط فى صحّة العقد. و لا فرق فى المالىين بين كونهما متساويين جنسا و قدرا و مختلفين خلافا لبعض العامّة (٢) حيث جوزه مع التساوى.

قوله: «و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن».

هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنّه مع عجزه يكون واضعا يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأنّ تسليمه إليه إنّما كان ليعمل فيه، فكان ضامنا. و هل يكون ضامنا للجميع، أو للقدر الزائد على مقدوره؟ قولان، من عدم التمييز، و النهى عن أخذه على هذا الوجه، و من أنّ التقصير بسبب الزائد فيختصّ به. و الأوّل أقوى.

و ربّما قيل: إنّ أخذ الجميع دفعه فالحكم كالأوّل، و إن أخذ مقدوره ثمّ أخذ الزائد و لم يمزجه به ضمن الزائد خاصّه.

و يشكل بأنّه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأوّل و أخذ الزيادة لم يعجز.

و لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن، إمّا لقدمه على الخطر، أو لأنّ علمه بذلك يقتضى الإذن له فى التوكيل. و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به، إذ لا منافاه بين الضمان و صحّة العقد. و المراد العجز عن التصرف فى المال و تقليبه فى التجاره، و هذا يحصل حال العقد، فمن ثمّ فرّق بين علم المالك و جهله. و لو كان

ص: ٣٥٨

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٢- (٢) المنهاج راجع مغنى المحتاج ٢: ٣١٠.

و لو كان له في يد غاصب مال، فقارضه عليه صحّ، و لم يبطل الضمان، فإذا اشترى به، و دفع المال إلى البائع، برئ، لأنه قضى دينه بإذنه. (١) قادرا فتجدد العجز وجب عليه ردّ الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه و هو عاجز عنه، و إمكان التخلّص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن و بقي العقد كما مرّ.

قوله: «و لو كان له في يد غاصب- إلى قوله- لأنه قضى دينه بإذنه».

قد تقدّم البحث في نظيره هذه المسألة في باب الرهن (١)، و أنّ وجه بقاء الضمان أنّه كان حاصلًا قبل و لم يحصل ما يزيله، لأنّ عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنّه قد يجمعه بأن يتعدّى، فلا ينافيه، و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي». (٢)، و «حتى» لانتهاه الغايه، فيبقى الضمان إلى الأداء، إمّا على المالك أو على من أذن له، و الدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغايه.

و استقرب العلامة (٣) زوال الضمان هنا، و تبعه ولده في الشرح (٤)، لأنّ القراض أمانه، فصحّه عقده يوجب كون المال أمانه، لأنّ معنى الصحّه ترتّب الأثر، و لانتفاء علّه الضمان، لزوال الغصب، و لأنه أذن في بقائه في يده.

و فيه نظر، لأنّ معنى كون القراض أمانه من حيث إنّه قراض، و ذلك لا- ينافي الضمان من حيثيه أخرى، كما لو كان غصبا، فإنّ الضمان قد يجمعه، كما إذا تعدّى العامل، و لا يلزم من انتفاء علّه الثبوت ثبوت علّه الزوال. و أمّا اقتضاء العقد الإذن في القبض فصعفه ظاهر، لأنّ مجرد العقد لا يقتضى ذلك، و إنّما يحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل سلّمنا زوال الضمان، كيف و العلامة قد صرّح في التذكرة (٥) بأنّ كون المال في يد العامل ليس شرطًا في صحّه القراض، فلو قال المالك: أنا أبقى المال في يدي و أدفع الثمن كلّما اشترت متاعا، صحّ.

ص: ٣٥٩

١-١) في ص: ١٥-١٧.

٢-٢) غوالي اللثالي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١، سنن الترمذى ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.

٣-٣) قواعد الأحكام ١: ٢٤٥.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٨.

٥-٥) التذكرة ٢: ٢٣٢.

و لو كان له دين، لم يجز أن يجعله مضاربه، إلا بعد قبضه. وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد. (١)

## فروع

فروع لو قال: بع هذه السلعة فإذا نضّ ثمنها فهو قراض، لم يصحّ، لأنّ المال ليس بمملوك عند العقد. (٢) و ربّما قيل بعدم زوال الضمان و إن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدّم من الأدلّة. و يضعّف بأنّه حينئذ و كيل محض و إن كان له في القبض مصلحة، لأنّه حينئذ كالوكيل بجعل. و لو أسقط عنه الضمان، أو قبضه ثمّ ردّه، فلا إشكال في الزوال، كما أنّه لو دفعه ثمنا إلى البائع زال إجماعا.

قوله: «و كذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد».

لأنّه لا يخرج بالإذن عن كونه ديناً، لكن يقع القبض عن المالك، فلو اشترى به بعد ذلك كان فضولياً، لفساد عقد القراض. و قوله: «ما لم يجدد العقد» أي بعد القبض، فإنّه حينئذ يقع صحيحاً. و فيه إشارة إلى صحّة القبض و إن كان مترتباً على عقد فاسد.

قوله: «لو قال بع هذه السلعة» - إلى قوله - عند العقد».

المراد بالمال الثمن الذي يصحّ به القراض، و عدم مملوكيته واضح، إذ لا يحصل إلا بعقد البيع، و لأنّه مجهول، و قد تقدّم (١) أنّ المال المجهول لا يصحّ به، و لأنّ العقد معلق على شرط فلا يصحّ كالبيع، خلافاً لبعض العامّة [١] حيث جوزه كذلك.

ص: ٣٦٠

و لو مات ربّ المال و بالمال متاع فأقرّه الوارث، لم يصحّ، لأنّ الأوّل بطل، و لا يصحّ ابتداء القراض بالعروض. (١) و لو اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنّه اختلف في المقبوض. (٢) قوله: «و لو مات ربّ المال-إلى قوله-بالعروض».

المراد: أقرّه بعقد مستأنف، سواء كان بلفظ التقرير أم غيره. و المانع من الصحّ كون المال عروضاً، و هذا التقرير قراض جديد، لبطلان الأوّل بالموت، حيث إنّ من العقود الجائزه، و المالك الآن غير العاقد. و لو كان المال نقداً صحّ تجديده قطعاً، لكن هل يصحّ بلفظ التقرير؟ قيل: لا، لأنّه يؤذن باستصحاب الأوّل و إمضائه، لأنّ ظاهره: تركتك و أقررتك على ما كنت عليه، و الحال أنّه قد بطل.

و الأقوى الصحّ إن استفاد من اللفظ معنى الإذن، لأنّ عقد القراض لا ينحصر في لفظ، كغيره من العقود الجائزه، و التقرير قد يدلّ عليه.

قوله: «و لو اختلفا في قدر رأس المال-إلى قوله-في المقبوض».

لا- فرق في ذلك بين كون المال باقياً و تالفاً بتفريط، لا اشتراك الجميع في المقتضى، و هو أصاله عدم الزائد، و براه ذمه العامل منه. و إليه أشار المصنّف بقوله:

«لأنّه اختلف في المقبوض»، لأنّ المالك يدعى أنّه أقبضه الزائد و هو ينكره، و الأصل عدمه. و أولى بالحكم ما لو كان تالفاً بتفريط، فإنّ العامل حينئذ غارم، و القول قوله في القدر.

هذا كلّه إذا لم يكن قد ظهر ربح، و إلا ففي قبول قوله إشكال، من جريان التعليل المذكور، و هو الظاهر من إطلاق المصنّف، و من اقتضاء إنكاره لزياده رأس المال توفير الربح، فتزيد حصّته منه، فيكون ذلك في قوه اختلافهما في قدر حصّته منه، مع أنّ القول قول المالك فيه بيمينه، و لأنّه مع بقاء المال الأصل يقتضى كون جميعه للمالك إلى أن يدلّ دليل على استحقاق الزائد، و مع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك، و إذا كان الأصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف إلا ما أقرّ به للعامل فالضمان تابع للاستحقاق. و هذا هو الأقوى.

و لو خلط العامل (١) مال القراض بماله بغير إذن المالك، خلطاً لا يتميز، ضمن، لأنه تصرف غير مشروع.

و ربّما قيل (١) بأنّ القول قول المالك إلّا مع التلف بتفريط مطلقاً. و هو ضعيف جدّاً.

قوله: «و لو خلط العامل. إلخ».

لأنّ مال القراض أمانه، و الأمانه لا يجوز خلطها كالوديعة، و لا يبطل العقد بذلك و إن أثم و ضمن، فيبقى الربح بينهما على نسبه المال. هذا مع إطلاق العقد، أمّا لو عمّم له لفظاً يتناوله، كما لو قال: افعل ما شئت، أو برأيك، و نحو ذلك، صحّ مع المصلحة لا بدونها، فإنّ الخلط قد يكون مصلحة في بعض الأحوال.

ص: ٣٤٢

---

١ - ١) في هامش «و» و «ه» و «ن»: القائل به الإمام فخر الدين رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله «لاحظ إيضاح الفوائد

.٢:٣٣١

الثالث فى الربح و يلزم الحصّه بالشرط دون الأجره، على الأصحّ. (١) قوله: «و يلزم الحصّه بالشرط دون الأجره على الأصحّ».

مرجع هذا النزاع إلى أنّ المضاربه هل هى من العقود الصحيحه المشروعه أم لا؟! و القول بكونها صحيحه يلزم فيها للعامل ما شرط له من الحصّه قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلا من أصحابنا. و الأخبار بها متظافره صحيحه من طرق أهل البيت عليهم السلام (١)، و من طرق غيرهم (٢).

و ذهب الشيخ فى النهايه (٣)، و قبله المفيد (٤)، و تبعهما جماعه (٥)، إلى أنّ الربح كلّ للمالك، و للعامل عليه الأجره، لأنّ النماء تابع للمال، و المعامله فاسده، لجهاله العوض. و الجواب المنع من فساد هذه المعامله بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحه (٦) و عموم الآيات (٧)، إن لم يحصل الإجماع. و الجهاله بالعوض لا- تضرّ فى كثير من العقود كالمزارعه و المساقاه. و تبعيته النماء للأصل مطلقا ممنوعه.

ص: ٣٦٣

١- ١) أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥، ب «٣» و غيره من أبواب أحكام المضاربه.

٢- ٢) سنن البيهقى ١١٠: ٦-١١١.

٣- ٣) النهايه: ٤٢٨.

٤- ٤) المقنعه: ٦٣٣.

٥- ٥) منهم سلار فى المراسم: ١٨٢، و أبو الصلاح فى الكافى: ٣٤٤ و ٣٤٧. و نسبه العلامه فى المختلف: ٤٨١ إلى ابن البراج، و عبارته فى المهذب ١: ٤٦٠ خلاف ذلك.

٦- ٦) أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥، ب «٣» و غيره من أبواب أحكام المضاربه.

٧- ٧) النساء: ٢٩، المائده: ١.



و لا بدّ أن يكون الربح مشاعا. فلو قال: خذه قراضا و الربح لى، فسد، و يمكن أن يجعل بضاعه، نظرا إلى المعنى. و فيه تردّد. (١) و كذا التردّد لو قال:

و الربح لك.

قوله: «و لا بدّ أن يكون الربح مشاعا- إلى قوله- و فيه تردّد».

المراد بالمشاع أن يكون بأجمعه مشتركا بينهما، و يخرج به أمور:

الأول: أن يجعل لأحدهما شيء معين و الباقي للآخر. و لم يذكره المصنّف.

و هو باطل اتّفاقا، و لأنّه ربّما لا يربح إلاّ ذلك القدر، فيلزم أن يختصّ به أحدها، و هو غير جائز. و قد ذكر المصنّف فيما يأتي ما يقرب منه، و هو أن يشرط لأحدهما شيء معين و الباقي بينهما.

الثاني: أن يقول المالك: خذه قراضا و الربح لى. و وجه الفساد: اختصاصه بالربح المنافي لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه الاشتراك فى الربح. و هل يكون بهذه الصيغة بضاعه بمعنى أنّ العامل لا يستحقّ على عمله أجره، أم يكون قراضا فاسدا، كما يقتضيه الإخلال بشرط القراض مع التصريح به؟ المشهور الثانى، فيكون الربح للمالك، و عليه للعامل الأجره.

و وجه الأوّل: النظر إلى المعنى، فإنّه دالّ على البضاعه و إن كان بلفظ القراض، و لأنّ البضاعه توكيل فى التجاره تبرّعا، و هى لا تختصّ بلفظ، و ما ذكر دالّ عليها، و لأنّه لا يحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحيح، و ذكر القراض و إن كان منافيا بحسب الظاهر إلاّ- أنّه يمكن أن يكون هنا مأخوذا من معنى المساواه التى هى من أحدهما المال و من الآخر العمل من غير التفات إلى أمر آخر، و هو أحد ما اشتقّ منه المعنى الشرعى، كما سبق (١). و لو قيل: إنّ ذلك بحسب اللغه، و الحقيقه الشرعيه تأباه، أمكن أن يتجوّز فيه، فإنّ الحقائق اللغويه تصير مجازات شرعيه، و هو أولى من الفساد.

و فى المختلف (٢)، اختار أنّه لا أجره للعامل، لأنّه دخل على ذلك، فكان

ص: ٣٦٤

١- ١) فى ص: ٣٤٣.

٢- ٢) المختلف: ٤٨٣.

أما لو قال: خذه فاتجر به و الربح لى، كان بضاعه. و لو قال:

و الربح لك كان قرضا (١). (١) و لو شرط أحدهما شيئا معينا، و الباقي بينهما، فسد، لعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة. (٢) متبرعا بالعمل. و هذا يحتمل بناؤه على البضاعه، و على القراض الفاسد، و إن زاد عليه بعدم الأجره نظرا إلى دخوله على التبرع، بل هذا أوضح. و هو قوَى (٢).

الثالث: أن يقول: خذه قراضا و الربح كله لك. و وجه فساده ما مرّ. و يحتمل كونه قرضا، لدلالته عليه معنى، كما تدلّ السابقة على البضاعه، و لأنّ القرض لا يختصّ بلفظ كما تقدّم (٣)، بل ما دلّ عليه، و هذا دالّ عليه. فعلى هذا يكون الربح كله للعامل، و المال مضمون عليه، و لا شيء للمالك، و على الأول للمالك، و عليه للعامل الأجره.

و محلّ الإشكال إذا لم يقصد القرض و لا القراض، إمّا بأن لم يقصد شيئا، أو لم يعلم ما قصد، و إلا كان قرضا فى الأول و قراضا فاسدا فى الثانى بغير إشكال.

قوله: «أما لو قال خذه فاتجر به- إلى قوله- كان قرضا».

الفرق بين الصيغتين اشتمال الأولى على ضميمه منافيه للقرض و البضاعه، و هى التصريح بالقراض، و هو حقيقه شرعيه فى العقد المخصوص، بخلاف الأخيره. هذا إذا أطلق اللفظ أو قصد القرض و البضاعه، فلو قصد القراض فيه ما سبق، لصلاحيه اللفظ لعقده، خصوصا مع انضمام قصده، فإنّ التصريح بالقراض و نحوه فى العقد ليس بشرط. و لو اختلفا فى القصد المبطل احتمل تقديم المالك، لأنّه أعرف به، و العامل نظرا إلى ظاهر اللفظ، و ترجيحا لجانب الصحه. و لو اختلفا فى ضميمه اللفظ قدّم قول مدعى ما يصحّ معه العقد، لأصاله الصحه و عدم الضميمه.

قوله: «و لو شرط أحدهما شيئا معينا- إلى قوله- فلا تتحقق الشركة».

عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلا على الفساد بانفراده، كما فى عدم الوثوق

ص: ٣٤٥

١- ١) فى المطبوعه حديثا: كان قراضا. و هو غير صحيح.

٢- ٢) فى «س»: أقوى.

٣- ٣) فى ج ٣: ٤٤٠.

و لو قال: خذه على النصف، (١) صحّ. وكذا لو قال: على أنّ الربح بيننا، و يقضى بالربح بينهما نصفين. (٢) بأصل الربح، وإنّما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربه الاشتراك في جميع الربح، كما تقدّم (١)، و لقول الصادق عليه السلام في صحيحه أبي بصير (٢): «الربح بينهما»، و مثله رواه إسحاق بن عمار عن الكاظم (٣) عليه السلام، و هنا الربح ليس بينهما و إنّ وثق بالزياده، بل بعضه على تقدير الزيادة و جميعه على تقدير عدمها لمن شرط له، فعلى هذا يفسد العقد و إنّ وثق بالزياده.

قوله: «و لو قال: خذه على النصف، صحّ».

وجه الصحّ: أنّ المتبادر من العبارة أنّ الربح بينهما نصفين، و هو تعيين، أو أنّ المالك لا يفتقر إلى تعيين حصّته، لأنّ نماء ماله تابع له، و إنّما يفتقر إليه العامل، فيكون المراد بالنصف أنّه للعامل، لأنّه المحتاج إلى الاشتراط.

و فيه نظر، لأنّ اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف للمالك، و الآخر لا يحتاج إلى ذكره، لتبعيته للمال، فيفسد، و افتقار العقد إلى تعيين حصّته العامل لا يقتضى كون اللفظ المشترك محمولاً عليه، و القول بالصحّ متّجه، لتبادر المعنى المصحّ من هذا اللفظ.

قوله: «و كذا لو قال على أنّ الربح بيننا، و يقضى بالربح بينهما نصفين».

لاستوائهما في السبب المقتضى للاستحقاق، و الأصل عدم التفاضل، كما لو أقرّ لهما بمال، و كما لو قال المقرّ: الشئ الفلاني بيني و بين زيد. و خالف في ذلك بعض الشافعيّين (٤) فحكم بطلان العقد، لأنّ البيّنه تصدق مع التفاوت، فحيث لم يبيّنها

ص: ٣٦٤

١-١) في ص: ٣٦٤.

٢-٢) التهذيب ٧: ١٨٧ ح ٨٢٧، الوسائل ١٣: ١٨٢ ب «١» من أبواب أحكام المضاربه ح ١٠.

٣-٣) التهذيب ٧: ١٨٨ ح ٨٢٩، الاستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٥٢، الوسائل ١٣: ١٨٦ ب «٣» من أبواب أحكام المضاربه ح ٥.

٤-٤) راجع مغنى المحتاج ٢: ٣١٣.

و لو قال: على أنّ لك النصف، صحّ. و لو قال: على أنّ لى النصف و اقتصر، لم يصحّ، لأنّه لم يعيّن للعامل حصّه. (١) و لو شرط لغلامه حصّه معهما، صحّ، عمل الغلام أم لم يعمل. و لو شرط لأجنبيّ و كان عاملا، صحّ. و إن لم يكن عاملا، فسد. و فيه وجه آخر. (٢) يتجهّل استحقاق الربح. و ردّ بمنع صدقها على غير المتساوى مع الإطلاق. نعم، لو انضمّ إليه قرينه صحّ حمله على غيره بواسطتها.

قوله: «و لو قال: على أنّ لك النصف صحّ - إلى قوله - للعامل حصّه».

الفرق بين الصيغتين أنّ الربح لما كان تابعا للمال، و الأصل كونه للمالك، لم يفتقر إلى تعيين حصّته، فإن عينها كان تأكيدا، و أمّا تعيين حصّه للعامل فلا. بدّ منه، لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك، كان تعيينا لحصّه للعامل، و بقى الباقي على حكم الأصل، و أمّا إذا قال: النصف لى، لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على حكم الأصل أيضا، فيبطل العقد.

و يحتمل الصحّ و حمل النصف الآخر على أنّه للعامل، نظرا إلى عدم الفرق بين الصيغتين عرفا، و عملا بمفهوم التخصيص. و يضعف بعدم استقرار العرف على ذلك، و ضعف دلالة المفهوم. و الأجود البطلان.

قوله: «و لو شرط لغلامه حصّه معهما صحّ - إلى قوله - و فيه وجه آخر».

الأصل فى الربح أن يكون بين العامل و المالك خاصّه على ما يشترطانه، فلا يصحّ جعله لأجنبيّ. و لو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدّد، فلا. يكون أجنبيّا. و أمّا شرط حصّه لغلام أحدهما الرقّ فهو كشرطه لمالكه، فيصحّ، لأنّ العبد لا يملك شيئا. و لو قلنا بملكه كان كالأجنبيّ.

و حيث يشترط لأجنبيّ بشرط عمل فلا بدّ من ضبط العمل بما يرفع الجهاله، و كونه من أعمال التجاره، لئلا يتجاوز مقتضاها.

و لو قال: لك نصف ربحه، صحّ. و كذا لو قال: لك ربح نصفه. (١) و إنّما وصفه بالأجنبيّه مع كونه عاملا لأنّ المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد، و هذا المشروط له ليس كذلك، بل إنّما شرط عليه عمل مخصوص، بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق، أو يدللّ عليه، و نحو ذلك من الأعمال الجزئية المضبوطة، فلو جعل عاملا في جميع الأعمال كان العامل-الذي هو أحد أركان العقد-متعدّدا، و هو غير محلّ الفرض. و بهذا يندفع ما قيل من أنّ شرط العمل ينافي كونه أجنبيّا.

و الوجه الآخر الذي أشار إليه المصنّف في الأجنبيّ قيل: إنّّه إذا شرط للأجنبيّ يصحّ الشرط و إن لم يعمل، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» (١) و «أوفوا بالعقود» (٢).

و قيل: إنّ المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعا إلى أصله، لئلاّ يخالف مقتضى العقد، و لقدوم العامل على أنّ له ما عيّن له خاصّه. و هذا الوجه لم يذكره غيره. و ليس بمعروف، فلذلك اختلف فيه (٣).

قوله: «و لو قال: لك نصف ربحه صحّ. و كذا لو قال: ربح نصفه».

المشهور صحّ القراض في صورتين، و أنّه لا- فرق بينهما من حيث المعنى، لأنّ النصف لما كان مشاعا فكلّ جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل و نصفه للمالك بمقتضى الشرط. و خالف في ذلك الشيخ في أحد قوليّه (٤)، فجعل الثاني باطلا، لمنافاته مقتضى القراض من أنّ ربح كلّ جزء بينهما. و هنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، و الآخر بالعكس، و ربّما ربح نصفه خاصّه فيختصّ به أحدهما، أو ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصّه معلومه.

ص: ٣٤٨

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، و الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٢- (٢) المائده ١.

٣- (٣) في «ن»: اختلف فيه في الترددات. و كذا في هامش «و» و الظاهر أنّ قوله (في الترددات) من التعليقه فيكون آخر العبارة كما أثبتناه. راجع إيضاح ترددات الشرائع ١: ٣١١.

٤- (٤) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٨.

و لو قال لاثنين: لكما نصف الربح صح، و كانا فيه سواء. و لو فضل أحدهما صح أيضا، و إن كان عملهما سواء. (١) و لو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه. (٢) و أجب بأنّ الإشاره ليست إلى نصف معين، بل مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذى ربح هو المال، و الذى لم يربح لا اعتداد به. و حيث كان النصف مشاعا فكلّ جزء منه له ربح نصفه.

قوله: «و لو قال لاثنين: لكما- إلى قوله- و إن كان عملهما سواء».

أما تساويهما مع الإطلاق فلاقتضائه الاشتراك، و الأصل عدم التفضيل، و لأنّ المتبادر منه عرفا، كما سبق في قوله: «بيننا» (١). و أما مع التفضيل، فهو صحيح عندنا و إن اختلف عملهما، لأنّ غايته اشتراط حصّه قليلا لصاحب العمل الكثير، و أمر الحصّه على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها، و لأنّ عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصحّ، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح و الآخر في نصفه الآخر بثلث الربح، فإنّه جائز اتفاقا، خلافا لبعض العامّه (٢) حيث اشترط التسويه بينهما في الربح مع استوائهما في العمل، قياسا على اقتضاء شركه الأبدان ذلك. و الأصل و الفرع عندنا باطلان.

قوله: «و لو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه».

لأنّ منكر للزائد، و لأنّ الاختلاف في فعله، و هو أبصر به، و لأنّ الأصل تبعيّة الربح للمال، فلا- يخرج عنه إلا- ما أقرّ المالك بخروجه. هذا مع عدم ظهور الربح، أمّا مه فظاهر المصنّف أنّه كذلك، لعين ما ذكر. و ربّما استوجه بعض المحقّقين (٣).

التحالف، لأنّ كلا- منهما مدّع و مدّعى عليه، فإنّ المالك يدّعى استحقاق العمل الصادر بالحصّه الدّنيا، و العامل ينكر ذلك، فيجىء القول بالتحالف، لأنّ ضابطه

ص: ٣٦٩

(١-١) في ص: ٣٦٦.

(٢-٢) راجع المدوّنه الكبرى ٥:٩٠، المغنى لابن قدامه ٥:١٤٥.

(٣-٣) جامع المقاصد ٨:١٦٧.

و لو دفع قراضا في مرض الموت، و شرط ربحا صحّ، و ملك العامل الحصّه. (١) و لو قال العامل: ربحت كذا و رجعت، لم يقبل رجوعه. و كذا لو ادعى الغلط. أمّا لو قال: ثمّ خسرت، أو قال: ثمّ تلف الربح، قبل. (٢) - كما سلف في البيع (١) - أن ينكر كلّ واحد ما يدعيه الآخر، بحيث لا يجتمعان على أمر و يختلفان فيما زاد عليه.

و هو ضعيف، لأنّ نفس العمل لا تتناول الدعوى، لأنّه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، و كذا قبله، لأنّ العقد الجائر لا يستحقّ به العمل، و إنّما المستحقّ المال الذي أصله للمالك، و حقيقه النزاع فيه، فيجىء فيه ما تقدّم من الأصول.

قوله: «و لو دفع قراضا - إلى قوله - و ملك العامل الحصّه».

لا فرق في ذلك بين كون الحصّه المشروطه للعامل بقدر أجره المثل و أزيد، إذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتّى يعتبر من الثلث، فإنّ المتوقّف على إجازته أو نفوذه من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حاله التبرّع، و هنا ليس كذلك، لأنّ الربح أمر معدوم متوقّع الحصول، و ليس مالا للمريض، و على تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعى العامل، و حدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوارث فيه اعتراض.

قوله: «و لو قال العامل: ربحت كذا ثمّ رجعت - إلى قوله - قبل».

إنّما لم يقبل قوله في الأوّلين لأنّ إنكاره مكذّب لإقراره الأوّل، فلا يسمع، كما في رجوع كلّ مقرّ و لا فرق بين أن يظهر لدعواه الكذب أو لا وجهها، كما لو قال:

«كذبت لتترك المال في يدي» أو لا، خلافا لبعض العامّه (٢) حيث قبل قوله في الأوّل، لأنّ ذلك واقع من بعض المعاملين لأجل هذا الغرض. و أمّا قبول قوله: «خسرت»،

ص: ٣٧٠

١ - ١) راجع ج ٣: ٢٦١ و ٢٦٧.

٢ - ٢) راجع عليه العلماء ٣: ٣٥٣ - ٥: ٣٥٤ و كذا فتح العزيز (ضمن المجموع) ٩١: ١٢.

و العامل يملك حصّته (١) من الربح بظهوره، و لا يتوقّف على وجوده ناصًا.

أو تلف الربح» فلائنه أمين. هذا إذا كانت دعوى الخسران في موضع يحتمل، بأن عرض في السوق كساد، و لو لم يحتمل لم يقبل، تبه عليه في التذكرة (١).

قوله: «و العامل يملك حصّته. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقّق فيه مخالف، و لا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه. و وجهه مع ذلك إطلاق النصوص (٢) بأنّ العامل يملك ما شرط له من الربح، و هو متحقّق قبل الإنضاض و قبل قسمه.

و لأنّ سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه متى وجد الربح، كما يملك عامل المساقاه حصّته من الثمره بظهورها. و لأنّ الربح مع ظهوره مملوك، فلا بدّ له من مالك، و ربّ المال لا يملكه اتفاقًا، و لا يثبت أحكام الملك في حقّه، فيلزم أن يكون للعامل، إذ لا مالك غيرهما اتفاقًا. و لأنّ العامل يملك المطالبه بالقسمه، فكان مالكا، لأنّها فرع الملك، و لا يكفي في استحقاقها مجرد العلاقة، لأنّها حينئذ ليست قسمه حقيقيه، و إطلاقهم يقتضى أنّها حقيقيه.

و لأنّه لو لم يكن مالكا بالظهور لم ينعق عليه نصيبه من أبيه لو اشتراه، و التالي باطل، لحديث محمّد بن قيس (٣) عن الصادق عليه السلام: «قال: قلت له: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم، قال: يقوم، فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى في مال الرجل»، و المقتضى للإعتاق إنّما هو دخوله في ملكه.

و نقل الإمام فخر الدّين عن والده (٤) أنّ في هذه المسأله أربعة أقوال، و لكن لم يذكر القائل بأحد منها:

ص: ٣٧١

١-١ (١) التذكرة ٢:٢٤٥.

١-٢ (٢) لاحظ الوسائل ١٣:١٨٠ الباب «١، ٢، ٣» من كتاب المضاربه.

١-٣ (٣) الكافي ٥:٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣:١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧:١٩٠ ح ٨٤١ و الوسائل ١٣:١٨٨ ب «٨» من كتاب المضاربه.

١-٤ (٤) إيضاح الفوائد ٢:٣٢٢.



أحدها: أنه يملك بمجرد الظهور.

و ثانيها: أنه يملك بالانقضاء، لأنه قبله غير موجود خارجا، بل مقدّر موهوم، والمملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقق، ولهذا يورث عنه، و يضمن حصته من ألتفها، سواء المالك و الأجنبي.

و ثالثها: أنه إنما يملك بالقسمه، لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا في المال كسائر الأموال المشترکه، و التالي باطل، لانحصاره في الربح، و لأنه لو ملكه لاخصّ بربحه، و لأنّ القراض معامله جائزه، و العمل فيها غير مضبوط، فلا يستحقّ العوض فيها إلاّ بتمامه كمال الجعاله.

و رابعها: أنّ القسمه كاشفه عن ملك العامل، لأنّ القسمه ليست من الأسباب المملكه، و المقتضى للملك إنما هو العمل، و هي داله على تمام العمل الموجب للملك.

و في التذکره (1) لم يذكر في المسأله عن سائر الفقهاء من العامه و الخاصه سوى القولين الأولين، و جعل الثاني للشافعي في أحد قوليّه، و لأحمد في إحدى الروايتين، و وافقا في الباقي على الأول، فلا ندرى لمن ينسب هذه الأقوال. و هي مع ذلك ضعيفه المأخذ، فإننا لا نسلم أنّ الربح قبل الإنقضاء غير موجود، لأنّ المال غير منحصر في النقد، فإذا ارتفعت قيمه العرض فرأس المال منه ما قابل قيمه رأس المال، و الزائد ربح، و هو محقق الوجود، و لو سلم أنه غير محقق الوجود لا يقدر في كونه مملوكا، فإنّ الدّين مملوك و هو غير موجود في الخارج، بل هو في الذمه أمر كلي.

هذا ما على الثاني.

و على الثالث: أنه لا ملازمه بين الملك و ضمان الحادث على الشيع، و يجوز أن

ص: ٣٧٢

يكون مالكا و يكون ما يملكه و قايه لرأس المال، فيكون الملك متزلزلا، و استقراره مشروط بالسلامه. و كذا لا منافاه بين ملك الحصه و عدم ملك ربها بسبب تزلزل الملك، و لأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. و لأن القسمه ليست من العمل فى شىء، فلا معنى لجعلها تمام السبب فى الملك، فلا وجه لإلحاقها بالجعله، و قد تبه عليه فى وجه الرابع. و من ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع، لأنه مرتب عليها.

إذا تقرّر ذلك فنقول: على تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تامّ و لا مستقرّ، لأنّ الربح و قايه لرأس المال، فلا بدّ لاستقراره من أمر آخر، و هو إمّا إنضاض جميع المال، أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمه أولا معها، على قول قوى، و بدونه يجبر ما يقع فى التجاره من تلف أو خسران، سواء كان الربح و الخسران فى مره واحده أم مرّتين، و فى صفقه أم اثنتين، و فى سفره أم سفرات، لأنّ معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فى زمن ذلك العقد، فإذا لم يفضل شىء فلا ربح.

و هو محلّ وفاق. و سيأتى (1) بعض أحكام ذلك.

ص: ٣٧٣

الرابع فى اللواحق و فىه مسائل:

### الأولى: العامل أمين

الأولى: العامل أمين، لا- يضمّن ما يتلف، إلا- عن تفريط أو خيانه (١). و قوله مقبول فى التلف (٢)، و هل يقبل فى الردّ؟ (٣) فىه تردّد، أظهره أنّه لا يقبل.

قوله: «العامل أمين، لا يضمّن ما يتلف، إلا عن تفريط أو خيانه».

المراد بالخيانه ما يعبّر عنه فى نظائره بالتعدّى، فإن استعمال شىء من أموال القراض و أكله على غير وجهه و إنفاقه كذلك يقال له خيانه للمالك و تعدّد للحدّ الذى قرره الشارع. و الفرق بينهما و بين التفريط أنّ التفريط عدمى، و هو ترك ما يجب فعله، و هما وجوديان، لا اشتراكهما فى فعل ما يجب تركه.

قوله: «و قوله مقبول فى التلف».

لا فرق فى ذلك بين دعواه تلفه بأمر خفى كالسرقة أو ظاهر كالحرق، و لا بين إمكان إقامه البيّنه عليه و عدمه عندنا، لكونه أمينا فيقبل قوله فىه كسائر الأماناء، بل يقبل من الغاصب كما سيأتى (١) إن شاء الله تعالى، فمنه أولى.

قوله: «و هل يقبل فى الردّ. إلخ».

وجه عدم القبول ظاهر، لأصالة عدمه، و لأنّ المالك منكر فيكون القول قوله،

ص: ٣٧٤

## الثانية: إذا اشترى من ينعق على ربّ المال

الثانية: إذا اشترى من ينعق على ربّ المال، فإن كان بإذنه صحّ.

و ينعق، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء، كان الفاضل قراضاً. ولو كان في العبد المذكور فضل، ضمن ربّ المال حصّه العامل من الزيادة، والوجه الأجره (١).

كما أنّ العامل في ذلك مدّع فعليه البيّنه، وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لأمر خارج لا يقتضى ثبوته مطلقاً.

و القول الآخر للشيخ (١) (رحمه الله) أنّ القول قول العامل، لأنه أمين كالمستودع، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر، لجواز كونه صادقاً، فتكليفه بالردّ ثانياً تكليف بما لا يطاق.

و أجيب بمنع كئيّه قبول قول كلّ أمين، وبالفرق بينه وبين المستودع، فإنه قبض لنفع نفسه، والمستودع قبض لنفع المالك، وهو محسن محض، فلا يناسب إثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله، لما فيه من الضرر. والضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستند إلى حكم الشرع، فلا يقدح. والتكليف بما لا يطاق ممنوع بما سيأتى.

لكن يبقى في المسألة بحث، وهو أنه إذا لم يقبل قوله في الردّ يلزم تخليده الحبس لو أصرّ على إنكاره، خصوصاً مع إمكان صدقه، وهم قد تحرّجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعى التلف فكيف يثبتونه في الأمين؟ إلا أن يحمل على مؤاخذته و مطالبته به و إن أدّت إلى الحبس، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة. إلا أنّ مثل هذا يأتي في دعوى التلف، خصوصاً من الغاصب. وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل، فينبغي النظر فيه.

قوله: «إذا اشترى من ينعق على ربّ المال - إلى قوله - والوجه الأجره».

لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكلّ تصرّف ينافيه يكون باطلاً،

ص: ٣٧٥

و من جملته شراء من ينعق على المالك، لأنه تخسير محض فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فإن أذن المالك في شرائه صح، كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، و عتق على المالك، و بطلت المضاربه في ثمنه، لأنه بمنزله التالف، و صار الباقي رأس المال إن كان، و إلا بطلت المضاربه كما لو تلف جميع مالها.

هذا إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء. فإن كان فيه ربح، فهل يستحق العامل حصته في العبد، أم تكون له الأجره؟ قولان مبتيان على وقت ملكه للحصه، فإن جعلناه بالظهور، كما هو المشهور المنصور، احتمال كونه كذلك - كما اختاره المصنف - لبطان المضاربه بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن، فإن شراء المضاربه ما اقتضى التقلب و البيع (1)، و طلب الربح مره بعد أخرى، و هو منفي هنا، لكونه مستعقبا للعتق، فإذا صرف الثمن فيه بطلت، و ضمن المالك للعامل أجره المثل، كما لو فسخ المالك بنفسه.

و يحتمل ثبوت حصه العامل في العبد، لتحقق الملك بالظهور، و لا يقدر فيه عتقه القهرى، لصدوره بإذن المالك، فكأنه استرد طائفه من المال بعد ظهور الربح و أتلفها، و حينئذ فيسرى على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسرايه في مثله من العتق القهرى، أو مع اختيار الشريك السبب، و يغرم له نصيبه مع يساره، و إلا استسعى العبد فيه [1]. و الأول أقوى، لأن هذا الشراء ليس من متعلق العقد كما قررناه.

فإن قيل: استحقاق العامل الأجره إنما هو في العمل المحسوب للمضاربه، فإذا قلت بأن هذا ليس من أعمالها، بل خلاف مقتضاها، يجب أن لا يستحق العامل

ص: ٣٧٦

و إن كان بغير إذنه، و كان الشراء بعين المال، بطل. (١) و إن كان فى الذمه، وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال.

شيئا.

قلنا: استحقاق الأجره ليس مقصورا على هذا العمل وحده، بل عليه و على ما تقدمه من الحركات و السفر و غيره من المقدمات من حين العقد إلى الآن، لأن ذلك كله من متعلقات العقد و قد فسخ باختيار المالك الذى هو فى قوه فسخه، فثبت للعامل عليه الأجره، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل و بعد أن يسعى و يسافر و يعمل ما شاكل ذلك من المقدمات.

و أما هذا العقد فإنه و إن لم يكن من مقتضيات العقد لكنته عمل مأمور به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعرض، فيجب أن يثبت له عليه أجره مثله مضافا إلى ما تقدم. و على تقدير انحصار العمل من حين العقد فيه ففيه الأجره إن كان مثله مما يحتمل الأجره، و إلا فلا. و حكم المصنف و غيره (١). بالأجره لا- يسع أزيد من ذلك، بل المراد إن كان العمل مما له أجره، فإن الإحاله على أجره المثل يقتضى أن للمثل أجره قطعاً، و بهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل و عمل الوكيل الذى مبنى عمله على التبرع و الأجره ليست من مقتضياته، بخلاف القراض، فإنه مبنى على طلب العوض على عمله من حصه أو أجره.

قوله: «و إن كان بغير إذنه و كان الشراء بعين المال بطل. إلخ».

إذا وقع الشراء المذكور بغير إذن المالك فلا يخلو: إما أن يكون الشراء بعين المال، أو فى الذمه. و على التقديرين: إما أن يكون عالما بالنسب و حكم الشراء المذكور، أو جاهلا بهما، أو بأحدهما خاصه. فالصور ثمان. و على تقدير الشراء فى الذمه: إما أن يذكر المالك للبائع لفظاً، أو ينوى الشراء له خاصه، أو يطلق [١]. و نيّه

ص: ٣٧٧

نفسه خارجه من هذا المقام.و المصنّف(رحمه الله)لم يفرّق في إطلاق كلامه بين العالم بالنسب و الحكم و الجاهل.

و خلاصه القول في ذلك:أنّه إن اشترى بعين المال بطل،أى لم يقع لازما، لكنّه يكون فضوليا يقف على الإجازة،مع احتمال أن يريد بالبطلان حقيقته،نظرا إلى النهى عن الشراء المذكور،من حيث منافاته لغرض القراض،و اشتماله على الإلتلاف المحض.و يضعّف بأنّ غايته التصرّف في مال المالك بغير إذنه،و ذلك هو الفضول بعينه،و النهى فيه لا يبلغ حدّ الفساد كظواهره.هذا مع علمه بالنسب و الحكم.

أمّا مع جهله فيحتمل كونه كذلك،لأنّ الإذن في هذا الباب إنّما ينصرف إلى ما يمكن بيعه و تقليبه في تجاره للاسترباح،و لا يتناول غير ذلك،فلا يكون ما سواه مأذونا فيه،و التباس الأمر ظاهرا لا يقتضى الإذن،غايته أنّه غير آثم لجهله.و هذا هو الذى دلّ عليه إطلاق المصنّف.

و يحتمل صحّحه البيع،و يحكم بعقده على المالك قهرا،و لا ضمان على العامل، لأنّ العقد المذكور إنّما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الأمر،لاستحاله توجّه الخطاب إلى الغافل،لاستلزامه تكليف ما لا يطاق،و كما لو اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب.

و الفرق بين المعيب و المتنازع بجواز شراء المعيب اختيارا دونه لا يدخل فيما نحن فيه،لأنّ الكلام في حاله لا ربح فيها،كالعيب المفروض الذى يأتى على النفس و الحال أنّه جاهل به،و افتراقه عنه في حاله أخرى لا دخل له في المطلوب.و كذا القول بأنّ تكليف الغافل و ما لا يطاق إنّما يقتضيان عدم الإثم لا صحّحه العقد،لحكمهم بصحّحه العقود التى يظنّ فيها الربح و إن ظهرت على خلاف ذلك،بل على ضدّه، فليكن هنا كذلك.فالحكم موضع إشكال.و يقوى الإشكال في جاهل أحدهما خصوصا جاهل الحكم،لأنّه غير معذور،لقدرته على التحفّظ،فإنّ العلم مقدور

## الثالثة: لو كان المال لامرأة، فاشتري زوجها

الثالثة: لو كان المال لامرأة، فاشتري زوجها (١)، فإن كان بإذنها، بطل النكاح. وإن كان بغير إذنها، قيل: يصحّ الشراء، وقيل: يبطل، لأنّ عليها في ذلك ضرراً، وهو أشبه.

لنا، أمّا جاهل النسب فمعدور بما تقدّم.

وإن اشترى في الذمّه لم يقع للمضاربه، لما تقدّم من عدم تناول الإذن لها، لكن إن كان ذكر المالك لفظاً فهو فضوليّ، وإن نواه خاصّه وقع للعامل ظاهراً و بطل باطناً، فلا يعتق، ويجب عليه التخلّص منه على وجه شرعيّ، إذ ليس ملكاً له في نفس الأمر، للتيه الصارفه عنه. وإن أطلق وقع له مطلقاً.

قوله: «إذا كان المال لامرأة، فاشتري زوجها. إلخ».

لا- شبهه في صحّه الشراء إذا كان بإذنها، لأنّ الضرر جاء من قبلها. ويبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك و النكاح، على ما هو محقّق في بابه. وإن كان بغير إذنها فقد نقل المصنّف فيه قولين:

أحدهما: الصحّه، والقائل به غير معلوم. ووجهه: أنّه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه، ولا يتلف به رأس المال، فجاز، كما لو اشترى ما ليس بزواج.

و الثاني: بطلان الشراء، لما ذكره المصنّف من العلّه، وهي حصول الضرر على المالكه به، فيكون ذلك دليلاً على عدم الرضا، و تقييداً لما أطلقت من الإذن بدليل منفصل عقليّ أو نحوه، و ينبغي على هذا أن يكون موقوفاً على إجازتها إذا قلنا بتوقّف عقد الفضوليّ عليها. و يحتمل أن يريد به قائله البطلان مطلقاً، لما ذكر من القرينه المقيده (١). و حينئذ تصير الأقوال ثلاثه، و قد نقلها العلّامه كذلك (٢)، و إن كان القائل بها غير محرّر. و الأقوى البطلان مع عدم الإجازة.

إذا تقرّر ذلك فعلى القول بالبطلان مطلقاً الحكم واضح. و على وقوفه إن أبطلته فكذلك، و إن أجازته بطل النكاح، و لم يضمن العامل ما فاتها من المهر

ص: ٣٧٩

١- ١) في «و» و«ب»: المفيدة.

٢- ٢) القواعد ٢٤٧: ١.



الرابعه: إذا اشترى العامل أباه، (١) فإن ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح، و يسعى المعتق فى باقى قيمته، موسرا كان العامل أو معسرا.

و النفقه، لأدّن فواته مستند إلى اختيارها. و على القول بالصّحّه يضمن ما فات بسببه مع علمه بالزوجيّة، لأدّن التفويت جاء من قبله، لكن ضمانه للمهر ظاهر، أمّا النفقه فمشكل، لأنها غير مقدّره بالنسبه إلى الزمان، و لا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصله، لأدّن من جملتها التمكين فى الزمن المستقبل، و هو غير واقع الآن، إلا أن يقال بأنه يضمنها على التدريج، و هو بعيد. و الظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول. و هو الذى ذكره جماعة [١].

قوله: «إذا اشترى العامل أباه. إلخ».

إذا اشترى العامل بمال القراض من ينعق عليه كأبيه— و خصّه المصنّف لأدّنّه مورد الروايه— فلا يخلو إمّا أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا. فإن لم يكن فإمّا أن يتجدّد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق و نحوه، أو لا. فإن لم يكن فيه ربح سابقا و لا لاحقا فالبيع صحيح، إذ لا ضرر فيه على أحدهما و لا عتق.

و إن كان فيه ربح من حين الشراء، فلا يخلو: إمّا أن نقول بأنّ العامل يملك حصّته من الربح من حين ظهوره، أو يتوقّف على أحد الأمور بعده، فإن قلنا بأحد الأمور لم يعتق أيضا، فلا مانع من شرائه. و إن قلنا بالأوّل ففيه أوجه، اختار المصنّف أصحّها، و هو صحّه البيع و انعتاق نصيب العامل، و لا يسرى إلى نصيب المالك، بل يستسعى العبد فى باقى قيمته للمالك، و إن كان العامل موسرا. أمّا صحّه البيع فلوجود المقتضى، و هو صدوره من جائز التصرّف على وجهه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلّا— حصول الضرر على المالك، و هو منتف هاهنا، لأنّ العتق إنّما هو على العامل دون المالك. و أمّا عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضى إليه كما لو اشتراه بماله.

و أمّا عدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحه محمّد بن أبي عمير، عن محمّد بن قيس (١)، عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه فاشترى أباه و هو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق، و استسعى فى مال الرجل» أطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر أو معسر؟ و ترك الاستفصال فى مثل ذلك دليل العموم. و ليس السؤال عن رجل معيّن ليحتمل كونه- عليه السلام- عالما بحاله، بل عن مطلق يحتمل الأمرين. و لأنّ التقويم عليه على خلاف الأصل، إذ هو شغل لذمه بريّه، فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

و الوجه الثانى: الحكم بحاله إلّا- أنه يقوم على العامل مع يساره، لاختياره السبب، و هو موجب للسرايه، لأنّ اختيار السبب اختيار للمسبّب، كما سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى. و حملت الروايه على إفسار العامل جمعا بين الأدلّه، أو على تجدد الربح بعد الشراء كما سيأتى.

و الثالث: بطلان البيع، لأنّه مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو السعى للتجاره التى تقبل التقليل للاسترباح، و هذا الشراء بتعقب العتق له ينافى ذلك، فيكون مخالفا للتجاره، فيكون باطلا، لعدم الإذن فيه، أو موقوفا على الإجازة.

و الوسط لا يخلو من قوه لو لا إطلاق الروايه.

و إن لم يكن فيه ربح حال الشراء ثمّ ظهر بارتفاع السوق بين على الأقوال كما مرّ. فإن قلنا بملكه بالظهور عتق نصيب العامل أيضا قطعا، لحصول المقتضى، لكن هل يسرى عليه لو قلنا به فى السابق؟ و جهان: أحدهما إلحاقه به، لاختياره السبب و هو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق، و هو اختيار للمسبّب. و فيه نظر،

ص: ٣٨١

١ - ١) الكافى ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١، و الوسائل ١٣: ١٨٨ ب «٨» من أحكام المضاربه. و فى بعض المصادر: ميسر بدل قيس.

٢ - ٢) فى الفصل الثالث من كتاب العتق.

الخامسة: إذا فسخ المالك صح، و كان للعامل (١) أجره المثل إلى ذلك الوقت. و لو كان بالمال عروض، قيل: كان له أن يبيع، و الوجه المنع. و لو ألزمه المالك، قيل: يجب عليه أن ينصّ المال. و الوجه أنّه لا يجب.

لأنّ الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه، و السبب القريب إنّما هو ارتفاع السوق، و لا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختارا للسبب، لأنّ جزؤه غير مقدور، و لكن إطلاق الرواية السابقة يتناوله، فإنّه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء و متجددا بعده، و قد ترك الاستفصال أيضا فيعمّ، كما مرّ.

و الوجه الثانى عدم السرايه، لعدم اختياره السبب، كما قد علم من مطاوى السابق. و الأوّل أقوى لو لا معارضته إطلاق الروايه. و هذا هو السرّ فى إطلاق المصنّف الحكم بالعتق من غير نظر إلى تجدد الربح و وجوده، و عدم السرايه على العامل مطلقا تقيدا بإطلاق النصّ، و إن كان منافيا لما سيأتى (١) من القواعد فى بابه.

قوله: «إذا فسخ المالك صح، و كان للعامل الخ».

إذا انفسخ عقد القراض، فلا يخلو: إمّا أن يكون فسخه من المالك، أو من العامل، أو منهما، أو من غيرهما، كعروض ما يقتضى الانفساخ من موت و جنون و غيرهما. و على كلّ تقدير: إمّا أن يكون المال ناضا كلّ، أو قدر رأس المال، أو بجميعة عروض، أو ببعضه دون ذلك. و على التقادير الستّه عشر: إمّا أن يكون قد ظهر ربح و لو بالقوّه، كوجود من يشتري بزياده عن قيمه، أو لا. فهذه أقسام المسأله، و هى اثنتان و ثلاثون. و أكثر حكمها مختلف يحتاج إلى التفصيل. و المصنّف ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض أقسامه كما ترى.

و جملة أحكامها: أنّ المال لو كان ناضا و لا ربح أخذه المالك، و لا شىء للعامل إلا أن يكون الفسخ من قبله، فعليه أجره العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه إطلاق المصنّف، لأنّ عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرّع بل فى مقابله الحصّه،

و قد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أجره المثل إلى حين الفسخ.

و يشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصه على تقدير وجودها، و لم توجد فلا شيء له، و المالك مسلط على الفسخ حيث شاء.

و يمكن دفعه بأنه إنما جعل له الحصه خاصه على تقدير استمراره إلى أن يحصل، و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوتها عليه، فيجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل.

و فيه نظر، لأن رضاهما بهذا العقد قدوم على مقتضياته، و منها جواز فسخه في كل وقت، و الأجره لا دليل عليها. و هذا البحث آت فيما لو فسخ المالك قبل الإنضاض أيضا.

و إن كان قد ظهر ربح و الحال أنه بعد الإنضاض، أخذ العامل حصته منه - و إن قل - خاصه اتفاقا.

و إن كان الفسخ قبل الإنضاض و لم يظهر ربح أخذه المالك إن شاء. و هل للعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك؟ قولان، مبناهما كونه ملك المالك، فلا يجبر على بيعه، و الفرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح، و من تعلق حق العامل به، و احتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح. و ضعف الأخير ظاهر. نعم، لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز، لأنه في قوه ظهور الربح.

و لو انعكس الحال، بأن طلب المالك منه إنضاض المال و لا ربح فيه، ففي إجبار العامل عليه قولان، من ظاهر قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)، و قد أخذه نقدا فيجب ردّه إليه، و لحدوث التغيير في المال بفعله فيجب ردّه، و من حدوث التغيير بإذن المالك، و أصاله البراءه من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد. و لعله أقوى.

ص: ٣٨٣

و إن كان قد ظهر ربح و الحال أنه قبل الإنضاض و قلنا بملكه بالظهور، فإن اتفقا على أخذ حقه منه بغير إنضاض فلا بحث، و إلا فإن طلب المالك إنضاضه و جب على العامل إجابهته، لأن استحقاقه الربح و إن كان ثابتا بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالإنضاض، فيحتمل عروض ما يقتضى سقوطه.

و إن طلب العامل البيع خاصه ففي وجوب إجابه المالك له وجهان، مأخذهما إمكان وصول العامل إلى حقه بقسمه العروض، و إسقاط باقى العمل عنه تخفيف من المالك، لأنه حقه، فلا يكلف الإجابه إلى بيع ماله بعد فسخ المعامله، و أن حال العامل لا يزيد على حال الشريك، و معلوم أنه لا يكلف شريكه إجابهته إلى البيع، و من وجوب تمكين العامل من الوصول إلى غرضه الحاصل بالإذن، و ربما لم يوجد راغب فى شراء بعض العروض، أو وجد لكن بنقصان، أو رجبى وجود زبون يشتري بأزيد فيزيد الربح، و لا ريب أن للعامل مزيه على الشريك من حيث إن حقه يظهر بالعمل، و الربح عوضه. و لو قلنا بتوقف ملكه على الإنضاض أو غيره فوجوب إجابهته أبعد. و موضع الإشكال ما إذا طلب العامل البيع فى الحال، أميا لو طلب تأخيره إلى وقت متأخر، كموسم متوقع، فليس له ذلك قطعاً، للضرر.

و لو كان الفسخ فى هذه الصور من العامل فالحكم كذلك، إلا أن استحقاقه الأجره لو كان ناضاً لا ربح فيه أبعد. و كذا وجوب إجابه المالك له إلى بيعه فى الحالين، لأن المانع من قبله. و فى التذكرة (١) أطلق الحكم بثبوت الأجره له لو فسخ العقد أو أحدهما و كان ناضاً و لا ربح.

و لو كان بعضه ناضاً فإن كان قدر رأس المال أتجه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقي، لرجوع المال إلى المالك كما كان. و أولى منه لو كان أزيد. و لو كان أقل توجه جواز اقتصاره على إنضاض قدره لو قلنا بإجباره على الإنضاض فيما سبق.

و فى أكثر هذه الفروع إشكال من عدم نص على التعيين، و تعارض الوجوه الدالّه

و إن كان سلفاً، كان عليه جبايته. (١) وكذا لو مات رب المال و هو عروض، (٢) كان له البيع، إلا أن يمنعه الوارث. و فيه قول آخر.

على الحكم. و جملتها ما قد رأيت.

قوله: «و إن كان سلفاً، كان عليه جبايته».

قد عرفت أن العامل ليس له البيع بالدين إلا- مع الإذن، وكذا الشراء نسيئه كالسلف، فمع عدم إذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل، و لا- كلام فيه هنا. و إنما الكلام فيما إذا أذن فيه. و قد أطلق المصنف و جماعه (١) وجوب جبايته على العامل، و كذا غيره من الدين المأذون فيه، لاقتضاء المضاربه رد رأس المال على صفته، و الديون لا تجرى مجرى المال، و لأن الدين ملك ناقص، و الذي أخذه كان ملكاً تاماً، فليؤد كما أخذ لظاهر «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢).

و ربما احتتمل عدم الوجوب، لمنع كون المضاربه كما ذكر، و الحال أن الإذانه بإذن المالك، و لأصالة براءة الذمه من وجوبه. و يضعف بأن إذن المالك فيه إنما كانت على طريق الاستيفاء، لا مطلقه، بدلاله القرائن، و لاقتضاء الخبر ذلك. و لو قلنا فيما سبق بجواز إجباره على بيع العروض فهنا أولى.

قوله: «و كذا لو مات رب المال و هو عروض. إلخ».

الحكم هنا مبنئ على ما سلف من الفسخ، فإن الموت من جملة أسبابه، فوجوب إجابه كل واحد من العامل و الوارث لو طلب الآخر، فيه ما سلف من التفصيل. و القول الآخر هنا أنه ليس للعامل البيع و إن لم يمنعه الوارث، لأن المال حق لغير من أذن فيه أولاً، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه، لبطلان العقد، و هو متجه.

ص: ٣٨٥

١- ١) كما في الجامع للشرائع: ٣١٥، و إرشاد الأذهان ٤٣٦: ١.

٢- ٢) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

السادسه: إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه، و شرط الربح بين العامل الثانى و المالك، صحّ. و لو شرط لنفسه لم يصحّ، لأنّه لا عمل له. (١) و إن كان بغير إذنه لم يصحّ (٢) القراض الثانى. فإن ربح، كان نصف الربح للمالك، و النصف الآخر للعامل الأوّل و عليه أجره الثانى، و قيل:

للمالك أيضا، لأنّ الأوّل لم يعمل، و قيل: بين العاملين، و يرجع الثانى على الأوّل بنصف الأجره. و الأوّل حسن.

قوله: «إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه- إلى قوله- لأنّه لا عمل له».

إذن المالك للعامل فى المضاربه قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثانى، و العامل الأوّل إذا أراد ذلك بمنزله و كيل المالك، و قد يكون بمعنى إدخال من شاء معه، و جعلهما عاملين، و قد يكون بالأعمّ منهما. و مراد المصنّف هنا الأوّل. و من ثمّ لم يصحّ أن يجعل له شيئا من الربح، لأنّه ليس بعامل. و قد تقدّم (١) أنّ مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك و العامل. و لا فرق فى هذه الصوره بين جعل الحصّه للعامل الثانى بقدر حصّه الأوّل و دونها، لأنّ النقصان هنا و إن كان بسعى العامل الأوّل فليس بعمل من أعمال التجاره التى يستحقّ به حصّه. و لو كانت الإذن بالمعنى الثانى أو بالأعمّ، و جعل الثانى شريكا له فى العمل و الحصّه بينهما، صحّ، لا تتفاء المانع فى الأوّل، و هو عدم العمل.

قوله: «و لو كان بغير إذنه لم يصحّ. إلخ».

إذا عامل العامل بغير إذن المالك و سلّمه المال، فلا يخلو: إمّا أن يبقى المال فى يد الثانى موجودا أو يتلف. و على التقديرين: إمّا أن يظهر ربح، أو لا. ثمّ إمّا أن يكون الثانى عالما بأنّ الأوّل غير مالك للمال، و لا مأذون له فى ذلك، أو لا. ثمّ إمّا أن يجيز المالك العقد الثانى، أو يردّه. فإن لم يجزه بطل، و رجع فى ماله إن وجده باقيا و لا

ربح فيه، وإن وجدته تالفاً تخيّر في الرجوع على أيهما شاء، لتعاقب أيديهما على ماله.

فإن رجع على الأول رجوعاً على الثاني مع علمه، لاستقرار التلف في يده، لا مع جهله على الأقوى، لغروره، ودخوله على أنه أمانه. وإن رجع على الثاني لم يرجع على الأول مع علمه، ويرجع مع جهله على الأقوى. وإن وجدته باقياً وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير إشكال. وأما النصف الآخر ففيه أقوال:

أحدها: ما اختاره المصنّف من أنه للعامل الأول، لوقوع العقد الصحيح معه، فيستحق ما شرط، وعقده مع الثاني فاسد، فلا يتبع شرطه. وعلى هذا فللثاني أجره مثل عمله على الأول، لأنه غرّه. وهذا يتم مع جهل الثاني لا مع علمه. وفيه مع ذلك أن الشراء إن كان بعين المال والحال أنه غير مأذون من المالك فهو فضولي، فينبغي أن يقف على إجازته، فإن أجاز فالجميع له، لأنّ العامل الأول لم يعمل شيئاً، والثاني غير مأذون. وإن كان في الذمه ونوى أو صرح بالمالك فكذلك، وإلا وقع لمن نواه، ولنفسه إن أطلق. فلا يتم ما أطلق في هذا القول.

و ثانيها: أن النصف الآخر للمالك أيضاً، لأنّ العامل الأول لم يعمل شيئاً، والثاني عقده فاسد. ولا بدّ من تقييده بما ذكرناه. وعلى هذا فأجره الثاني على الأول.

مع جهله لا على المالك، لعدم أمره.

و ثالثها: أن النصف بين العاملين بالسوية أتباعاً للشرط، خرج منه النصف الذي أخذه المالك، فكأنه تالف، وانحصر الربح في الباقي. وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الأول بنصف أجرته، لأنه دخل على نصف الربح بتمامه، ولم يسلم له إلا نصفه. و يحتمل هنا عدم الرجوع، لأنّ الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل، ولم يحصل إلا النصف. هذا كلّ مع جهل الثاني لتمام التوجيه.

و هذه الأقوال ليست لأصحابنا، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، وإن



السابعه: إذا قال: دفعت إليه مالا- قراضا، فأنكر، وأقام المدعى بينه، فادعى العامل التلف، قضى عليه بالضمان. وكذا لو ادعى عليه وديعه أو غيرها من الأمانات. (١) كان ظاهر العبارة بـ «قيل وقيل» يشعر به. وإنما هي وجوه للشافعية (١) موجهه، ذكرها المصنف و العلامه (٢) في كتبه، ونقل الشيخ في المبسوط (٣) قريبا منها بطريقه أخرى غير منقحه. ولهم وجه رابع: أنّ جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط، ولا شيء للأول، إذ لا ملك له ولا عمل.

و التحقيق في هذه المسأله المرتب على أصولنا: أنّ المالك إن أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط، وإن لم يجزه بطل. ثمّ الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالمالك له خاصه، ولا شيء لهما في الربح. أما الأول فلعدم العمل، وأمّا الثاني فلعدم الإذن له، وعدم وقوع العقد معه. وللثاني أجره مثل عمله على الأول مع جهله لا مع علمه. وإن كان الشراء في الدّمه و نوى صاحب المال فكذلك، وإن نوى من عامله وقع الشراء له، لأنّه وكيله، وإن لم ينو شيئا أو نوى نفسه فالعقد له، وضمان المال عليه، لتعدّيه بمخالفه مقتضى المضاربه. و حيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأجره على الأول مع جهله إن لم يتعدّ مقتضى المضاربه عمدا.

قوله: «إذا قال دفعت إليه مالا قراضا- إلى قوله- أو غيرها من الأمانات».

لأنّ دعواه التلف مكذّبه لإنكاره الأول، وموجه للإقرار به، وإنكاره الأول تعدّ في المال، فيكون ضامنا. وقوله: «قضى عليه بالضمان» معناه الحكم عليه بالبدل

ص: ٣٨٨

١- ١) راجع المغنى لابن قدامه ١٥٩: ٥-١٦١، المهذب راجع المجموع ٣٧٠: ١٤، والوجيز ١: ٢٢٤. ولم نجد القائل بثانيتها.

٢- ٢) التذكرة ٢٤٠: ٢، التحرير ٢٧٨: ١.

٣- ٣) المبسوط ١٨١: ٣-١٨٢.

أما لو كان جوابه: لا يستحق (١) قبلي شيئا، أو ما أشبهه، لم يضمن.

### الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعد دورانه في التجاره

الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه (٢)، بعد دورانه في التجاره، احتسب التالف من الربح. وكذا لو تلف قبل ذلك. وفي هذا تردّد.

مثلا- أو قيمه، لا- ضمان نفس الأصل، لئلا يلزم تخليده الحبس. وهذه العبارة أجود من قول العلامة: «لم تقبل دعواه» (١) لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، وقد تكون تالفه، إلا أن يتكلف نحو ما تقدّم (٢) من حبسه مدّة يظهر فيها اليأس من وجود العين. ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربه وغيره من الأمانات كما ذكر، لوجود المقتضى في الجميع.

قوله: «أما لو كان جوابه لا يستحقّ إلخ».

إذ ليس في ذلك تكذيب للبينه، ولا للدعوى الثانيه، فإنّ المال إذا تلف بغير تفريط لا يستحقّ عليه بسببه شيئا. وحينئذ فيقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه.

قوله: «إذا تلف مال القراض أو بعضه إلخ».

ظاهر العبارة أنّ جميع مال القراض تلف، وحينئذ فجزره بالربح بعد الدوران ممكن، أما قبله فإنّه يوجب بطلان العقد، فلا يمكن جزره (٣)، إلا أن يحمل على ما لو أذن له في الشراء في الذمه، فاشترى ثمّ تلف المال و نقد عنه الثمن، فإنّ القراض يستمرّ، ويمكن جزره حينئذ بالربح المتجدّد. ولو كان التالف بعض المال أمكن جزره على التقديرين.

ووجه التردّد فيما لو كان تلفه قبل الدوران: من أنّ وضع المضاربه على أنّ الربح وقايه لرأس المال، فلا يستحقّ العامل ربحا إلاّ بعد أن يبقى رأس المال بكامله، لدخوله على ذلك، وعدم دورانه لا دخل له في الحكم، بخلافه، ومن أنّ

ص: ٣٨٩

١- ١) التذكرة ٢: ٢٤٥، والقواعد ١: ٢٥٢. و عبارته: «لم يقبل قوله».

٢- ٢) في ص: ٣٧٥.

٣- ٣) في هامش «س»: «جزره حينئذ بالربح».

التاسعة: إذا قارض اثنان واحدا، وشرطا له النصف (1) منهما، و تفاضلا في النصف الآخر مع التساوى في المال، كان فاسدا لفساد الشرط. و فيه تردّد.

التلف قبل الشروع في التجاره يخرج التالف عن كونه مال قراض.

و الأقوى عدم الفرق، لأنّ المقتضى لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجاره، فمتى تصوّر بقاء العقد و ثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا. و المراد بدوران المال في التجاره التصرف فيه بالبيع و الشراء، لا مجرد السفر به قبل ذلك.

و إطلاق المصنّف الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بأفه سماويّه، و بغصب غاصب، و سرقة سارق، و غير ذلك. و وجه الإطلاق أنّ الربح وقايه لرأس المال، فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح. و ربّما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلّق فيه الضمان بذمه المتلف، لأنّه حينئذ بمنزله الموجود، فلا حاجه إلى جبره، و لأنّه نقصان لا يتعلّق بتصرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و نحوه. و المشهور عدم الفرق.

و لا يخفى أنّ الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف، و إلاّ كان العوض من جملة المال. و قد ظهر بذلك أنّ الخلاف واقع بعد الدوران و قبله، إلاّ أنّه ليس مطلقا، بل على بعض الوجوه.

قوله: «إذا قارض اثنان واحدا، و شرطا له النصف. إلخ».

وجه الفساد: أنّ الربح يجب أن يكون تابعا للمال، فإذا شرطا له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسويّه، فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل و لا مال.

و وجه التردّد: ممّا ذكر، و من أنّ مرجع ذلك إلى أنّ أخذ الفاضل يكون من حصّه العامل لا من حصّه الشريك، لأنّ الأصل لمّا اقتضى التساوى في الربح للشريكين مع التساوى في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا إلى حصّه العامل، بمعنى أنّ شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقلّ ممّا جعل له آخذ

## العاشرة: إذا اشترى عبدا للقراض، فتلف الثمن قبل قبضه

العاشرة: إذا اشترى عبدا للقراض، فتلف (١) الثمن قبل قبضه، قيل: يلزم صاحب المال ثمنه دائما، و يكون الجميع رأس ماله، و قيل: إن كان أذن له في الشراء في الذمه فكذلك، و إلا كان باطلا، و لا يلزم الثمن أحدهما.

النقيصه، و هو جائز. هذا مع إطلاقهما شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق على كل واحد، فإنه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه يحتمل البطلان، فيرجح جانب الصحة، لإمكان الحمل عليها، و لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١). و هذا هو الأقوى.

أما لو صرحا باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فإنه يجيء في صحة العقد و الشرط ما سبق في الشركه (٢) من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوى المالين و بالعكس. و حيث قيدنا الصحة بعمل طالب الزيادة بطل هنا، إذ لا عمل لهما.

قوله: «إذا اشترى عبدا للقراض فتلف. إلخ».

القول الأول للشيخ في المبسوط (٣)، و الثانى لابن إدريس (٤) و إن غيره فى شىء يسير. و الأقوى هنا ما أسلفناه (٥) سابقا من التفصيل، و هو أنه إن كان العامل اشتراه فى الذمه، و المالك أذن له فى الشراء فى الذمه، لزمه دفع الثمن ثانيا و ثالثا دائما، و إلا فإن صرح بكون الشراء له و وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، و إلا بطل البيع.

و إن لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل و الثمن عليه، و يبقى فيما لو نواه ما مر، و إن كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد. و حيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع رأس ماله، يجبر جميعه بالربح.

ص: ٣٩١

١- (١) المائده: ١.

٢- (٢) فى ص: ٣١١-٣١٤.

٣- (٣) المبسوط ١٩٤: ٣.

٤- (٤) السرائر ٤١٣: ٢.

٥- (٥) فى ص: ٣٧٧-٣٨٩.

## الحادي عشره: إذا نض قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة

الحادي عشره: إذا نض قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة، (١) فإن اتفقا صحّ. وإن امتنع المالك لم يجبر. فإن اقتسما وبقى رأس المال معه فخر، ردّ العامل أقلّ الأمرين و احتسب المالك.

قوله: «إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمة. إلخ».

قد عرفت أنّ ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقرّ، لجواز تجدد تلف أو خسران، وهو وقايه للمال، فمن ثمّ لا يجبر المالك على قسمته. فإن اتفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرّا أيضا، بل مراعى بعدم الحاجه إليها لجبر الخسران و ما فى معناه. و حينئذ فإن اتفق الخسران بعد القسمة ردّ العامل أقلّ الأمرين ممّا وصل إليه من الربح و ممّا يصيبه من الخسران، لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال و الفاضل له، و إن كان هو الربح فلا يلزمه الجبر إلّا به. و كذا يحتسب المالك أى يحتسب رجوع أقلّ الأمرين إليه من رأس المال فيكون رأس المال ما أخذه هو و العامل و ما بقى إن احتيج إليهما. هذا هو الظاهر من عبارته المصنّف و غيره (١)، و المناسب لوجه الحكم.

و للشهيد (٢) (رحمه الله) على هذا و نظائره من عبارات العلّامه (٣) توجيه آخر، و هو أن يكون المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائه و الربح عشرين، فاقسما العشرين، فالعشرون التى هى ربح مشاعه فى الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالعشرون المأخوذه سدس الجميع، فيكون خمس أسداسها من رأس المال و سدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر و من ثمانية و ثلث.

هذا خلاصه تقريره. و الحامل له عليه حكمهم بأنّ المالك إذا أخذ من المال

ص: ٣٩٢

١-١) القواعد ١:٢٥٠ و الإرشاد ١:٤٣٧.

٢-٢) حكاة عنه فى جامع المقاصد ٨:١٤٤.

٣-٣) القواعد ١:٢٥٠ و الإرشاد ١:٤٣٧.

## الثانيه عشره: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض

الثانيه عشره: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض، و لا أن يأخذ منه بالشفعه. (١) شيئاً و قد ظهر ربح يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبه. و سيأتي في الكتاب (١) إشاره إليه.

و هذا الوجه ضعيف، و الحمل على ما ذكر فاسد، لأنّ المأخوذ و إن كان مشاعاً إلاّ أنّ المالك و العامل إنّما أراد به الربح، و حيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما، و لو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه، لأنّ المالك لم يأذن إلاّ في التصرف في الربح، و لم تقع القسمة و الاتفاق إلاّ عليه.

و أيضاً فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع اتفاقهم على كونه وقايه و إن اقتسماه.

و أيضاً، فتوقف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له، لأنّه لا يملك شيئاً من رأس المال، و إنّما حقه في الربح. و أمّا حمله على أخذ المالك فليس بجيد، لأنّ المالك لا يأخذ على وجه القسمة، و إنّما يأخذ ما يعدّه ملكه، فلمّا كان فيه ربح و هو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبه المأخوذ، فيحتسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل و الربح. و أين هذا من أخذ العامل الذي لا يستحق إلاّ في الربح، و لا يقاسم المالك إلاّ عليه خاصّه؟ قوله: «لا يصح أن يشتري رب المال من العامل - إلى قوله - بالشفعه».

لأنّ مال العامل ماله، و لا يعقل أن يشتري الإنسان ماله. و هذا يتمّ مع عدم ظهور الربح، أمّا معه و قلنا بملكه به اتّجه جواز شرائه حقّ العامل و إن كان متزلزلاً، فلو ظهرت الحاجه إليه احتمل صحّه البيع، و لكن يلزم العامل ردّ قيمه ما أخذ كما لو كان قد باعها لغير المالك أو أ تلفها. و يحتمل بطلان البيع، لأنّ الملك غير تامّ، بل مراعى بعدم الحاجه إلى الجبر به، و قد ظهر. و مثله القول في الأخذ بالشفعه، لأنّه

ص: ٣٩٣

(١ - ١) في ص ٣٩٦.

و كذا لا يشتري من عبده القنّ. (١) و له الشراء من المكاتب. (٢)

### الثالثه عشره: إذا دفع مالا قراضا، و شرط أن يأخذ (٣) له بضاعه

الثالثه عشره: إذا دفع مالا قراضا، و شرط أن يأخذ (٣) له بضاعه، قيل: لا يصحّ، لأنّ العامل في القراض لا يعمل مالا يستحقّ عليه أجره.

و قيل: يصحّ القراض و يبطل الشرط. و لو قيل بصحّتهما كان حسنا.

مع عدم ظهور الربح لا يعقل أخذ ماله بالشفعه، و معه يصير شريكا، فيمكن أخذه على الوجه المذكور. و ليس في كلامهم تنقيح للمحلّ.

قوله: «و كذا لا يشتري من عبده القنّ».

الكلام فيه كما تقدّم، فإنّ ما بيده للسيد. و لا فرق بين المأذون له في تجاره و غيره. نعم، حكى الشيخ (١) (رحمه الله) قولا بأنّ المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه. و هو قول لبعض الشافعيّ (٢)، لأنّه لا حقّ للسيد فيه، و إنّما هو حقّ الغرماء. و فساده ظاهر، لأنّ استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضى خروجه عن ملك السيد، كتعلّق حقّ الغرماء بمال المفلس. نعم، للسيد أخذ ذلك بقيمته، لأنّه أحقّ بماله مع بذل العوض، إلّا أنّ ذلك لا يعدّ بيعا، كما يأخذ العبد الجاني خطأ و يبذل قيمته. و ذكر هذه المسأله في هذا الباب استطرادى. و كذا ما بعدها.

قوله: «و له الشراء من المكاتب».

لأنّ ما في يده ملك له، و سلطنه المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من الملاك. و لهذا لو انعتق لم يكن للمولى ممّا في يده شيء. و لا فرق في ذلك بين المطلق و المشروط، و إن كان الحكم في المشروط أضعف، من حيث إمكان ردّه في الرقّ أجمع، فيرجع ما في يده إلى ملك السيد. و ليس كذلك المطلق، لأنّ ما في يده يحسب من مال الكتابه لو احتيج إليه.

قوله: «إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ. إلخ».

القولان الأولان للشيخ

ص: ٣٩٤

١- (١) المبسوط ١٩٦: ٣-١٩٧.

٢- (٢) نسبه في التذكرة ٢٣٧: ٢ إلى بعضهم. و احتمله في المغنى ١٧٢: ٥.

فى المبسوط (١) و احتج على الأول بما أشار إليه المصنّف، من أنّ وضع القراض على أن يكون للعامل فى مقابله عمله جزء من الربح، و هذا العمل ليس فى مقابله شىء، فىفسد الشرط، و يتبعه العقد، لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً، لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح، و قد بطل فىبطل ما يقابله، فتتجهّل الحصّة.

و وجه الثانى أنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، فلا يفسد اشتراطها، بل تكون لاغية، لمنافاتها العقد، و يصحّ العقد.

و الأقوى ما اختاره المصنّف من الحكم بصحّتهما، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣). و يمنع من منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه أن يكون عمله فى مال القراض بجزء من الربح، أما غيره فلا، فإذا تناوله دليل مجوّز لزم القول بجوازه.

لكن يبقى فى المسألة بحث، و هو أنّ البضاعة لا يجب القيام بها، لأنّ مبناها على ذلك، و القراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به، فلا- يلزم الوفاء بما شرط فى عقده، لأنّ الشرط كالجاء من العقد فلا يزيد عليه، و الحال أنّ المالك ما جعل الحصّة المعيّنة للعامل إلاّ بسبب الشرط، فإن و فى به فلا بحث، و إلاّ أشكل الأمر.

و الذى تقتضيه القواعد أنّه لا يلزم العامل الوفاء به- و به صرح فى التحرير (٤)- فمتى أخلّ به تسلّط المالك على فسخ العقد، و إن كان ذلك له بدون الشرط، إذ لا يمكن هنا سوى ذلك، فإن فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الأجره كما مرّ (٥)،

ص: ٣٩٥

١- ١) المبسوط ١٩٧: ٣.

٢- ٢) سورة المائدة: ١.

٣- ٣) التهذيب ٣٧١: ٧ ح ٣. ١٥، الاستبصار ٢٣٢: ٣ ح ٨٣٥ و الوسائل ٣٠: ١٥ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢٧٩: ١.

٥- ٥) فى ص: ٣٨٢.



## الرابعة عشره: إذا كان مال القراض مائه، فخسر عشره، (١) وأخذ المالك عشره، ثم عمل بها الساعى فربح

الرابعة عشره: إذا كان مال القراض مائه، فخسر عشره، (١) وأخذ المالك عشره، ثم عمل بها الساعى فربح، كان رأس المال تسعه وثمانين إلا تسعا، لأنّ المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال فى تقدير تسعين. فإذا قسّم الخسران، وهو عشره على تسعين، كان حصّه العشره المأخوذه ديناراً و تسعا، فيوضع ذلك من رأس المال.

و إن فسح بعد ظهوره ففى كون جميع الربح للمالك نظر، من أنّه لم يبذله للعامل إلاّ بالشرط و قد فات، و من ملك العامل له قبل الفسخ و الأصل بقاؤه، و المالك قد قدم على ذلك، حيث اقتصر على شرط ذلك فى عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط. و ربّما قيل (١) هنا بأنّ للمالك الربح كلّه و عليه الأجره، لما ذكرناه. و لا يخلو من اشكال.

قوله: «إذا كان مال القراض مائه فخسر عشره. إلخ».

لما كان الربح إنّما يجبر خسران رأس المال الذى ربح لا مطلق الخسران، فإذا أخذ المالك بعد الخسران شيئاً كان من جملة رأس المال، فلا بدّ أن يخصّه من الخسران شىء، فيسقط من أصل الخسران، و يجبر الربح الباقي. فإذا فرض أنّ المال كان مائه، فخسر عشره، و أخذ المالك بعد الخسران عشره، ثمّ ربح المال الباقي، فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران، لأنّ الذى أخذه المالك من جملة المال الخاسر، و قد بطل القراض فيه بأخذه، فلا بدّ من إسقاط ما يخصّه من الخسران، ثمّ يجبر الباقي منه بالربح الجديد. و بالجملة: فإنّما يجبر الربح خسران المال الذى ربح.

و طريق معرفه ما يخصّ المأخوذ من الخسران أن يبسيط الخسران - و هو عشره - على المال و هو تسعون، فنصيب كلّ واحد تسع، فنصيب العشره المأخوذه دينار و تسع، فيوضع ذلك - أعنى: الدينار و التسع الذى أصاب العشره من الخسران - ممّا بقى من أصل رأس المال بعد العشره، و هو تسعون، لأنّه لما استردّ العشره فكأنّه استردّ نصيبها من الخسران. و الضابط: أن ينسب المأخوذ إلى الباقي، و يأخذ للمأخوذ من

ص: ٣٩٦

(١ - ١) فى هامش «ن»: «القائل الشيخ على رحمه الله فى الشرح. منه رحمه الله». راجع جامع المقاصد ٥٥: ٨-٥٦.

## الخامسة عشره: لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطاها،(١)و إن أذن له المالك

الخامسة عشره: لا- يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطاها،(١)و إن أذن له المالك. و قيل: يجوز مع الإذن. أمّا لو أحلّها بعد شرائها، صحّ.

## السادسة عشره: إذا مات و في يده أموال مضاربه

السادسة عشره: إذا مات و في يده أموال مضاربه، فإن علم مال أحدهم بعينه، كان أحقّ به، و إن جهل كانوا فيه سواء. (٢) الخسران بمثل تلك النسبه.

قوله: «لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطاها. إلخ».

لا إشكال في تحريم وطئه بدون الإذن، لأنّها مال الغير، فلو فعل كان زانيا يحدّ مع عدم الشبهه كاملا إن لم يكن ظهر ربح، و إلاّ فبقدر نصيب المالك. و أمّا إذا أذن له في شراء جاريه و وطئها فالحقّ أنّه كذلك، لأنّ الإذن قبل الشراء لا أثر له، لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد، و كلاهما لا- يصلحان قبل الشراء، فلا يتناوله الحصر في قوله: «إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم» (١). و القول بالجواز للشيخ في النهايه (٢)، استنادا إلى روايه (٣) ضعيفه السند، مضطربه المفهوم، قاصره الدلاله.

و أمّا إذا أذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب في جوازه، إن لم يكن ظهر فيها ربح.

و إلاّ بنى على تحليل أحد الشريكين لصاحبه. و الأقوى المنع.

قوله: «إذا مات و في يده أموال مضاربه- إلى قوله- كانوا فيه سواء».

ضمير «فيه» يعود إلى المال المجتمع من أموال المضاربه، و معنى استوائهم في ذلك المال أنّه يقسّم بينهم على نسبه أموالهم، لا أن يقسّم بالسويّه، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا إذا كانت أموالهم مجتمعه في يده على حده، و أمّا إذا كانت ممتزجه مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبه إلى جميع التركه كالشريك، إن وسعت التركه أموالهم أخذوها، و إن قصرت تحاصّوا.

ص: ٣٩٧

١- (١) المؤمنون: ٦.

٢- (٢) النهايه: ٤٣٠.

٣- (٣) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٥، و الوسائل ١٣: ١٩٠ ب «١١» من كتاب المضاربه.

فإن جهل كونه مضاربه، قضي به ميراثاً. (١) قوله: «وإن جهل كونه مضاربه قضي به ميراثاً».

المراد أن العامل كان بيده مضاربه في الجملة، و لكن لم يعلم بقاؤها و لا تلفها، و بواسطة ذلك جهل كون المال الذي بيده مضاربه، إذ كما يمكن أن يكون من مال المضاربه يمكن كونه ماله، فيحكم بكونه ميراثاً، عملاً بظاهر اليد. و لكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربه من حيث أصاله بقائه إلى أن يعلم تلفه بغير تفريط، و لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) أم لا، لأصاله براءه الذمه، و كونه أمانه غير مضمون، و أصاله بقائه لا يقتضى ثبوته في ذمته مع كونه أمانه؟ وجهان.

و يتخرج على الأول: أن أصاله بقائه يقتضى كون مالكة كالشريك في مال العامل حيث يشته ماله فيه، فيقدم على غيره من الغرماء، مع احتمال كونه أسوتهم، لأن العامل يصير ضامناً بترك تعيينه و الوصيه به، فإذا لم توجد العين كان بمنزله التلف.

و الأقوى ما اختاره المصنف من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا يعلم بقاؤه يقينا في يده إلى حين موته، لأصاله البراءة. و استحقاق شيء من التركة موقوف على وجود سببه، و مجرد المضاربه لا تصلح للسببيه، لأن ثبوته في الذمه موقوف على ثبوت التقصير، و في عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها، و الأصل عدمهما.

نعم، لو علم وجوده فيها باعتراف العامل في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة، أو بشهادة عدلين، فصاحبه كالشريك، أو علم تلفه بتقصير، أو بقاؤه إلى بعد الموت مع تقصير العامل في ترك الوصيه به، فصاحبه أسوه الغرماء. و قد مضى مثل هذا البحث في الرهن (٢).

تمَّ المجلد الرابع و لله الحمد، و يليه المجلد الخامس بإذنه تعالى

ص: ٣٩٨

١- ١) قد تقدّم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

٢- ٢) في ص ٣٧: ٥٤٦-٣٩.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

