

إيضاح الفوائد الجزء: ٢

ابن العلامة

الكتاب: إيضاح الفوائد

المؤلف: ابن العلامة

الجزء: ٢

الوفاة: ٧٧٠

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: تعليق: السيد حسين الموسوي الكرماني ، الشيخ علي پناه الاشتهاردي

، الشيخ عبد الرحيم البروجردي

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٣٨٨

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٢	كتاب الدين وتوابعه
٢	كراهة الاستدانة
(٢)ش	مطالبة المديون إذا التجأ إلى الحرم
٣	وجوب الاجتهاد في طلب المديون
٣	حكم بيع الدين على من هو عليه
٤	في القرض
٤	حكم اشتراط الرهن في القرض
٥	حكم رد المقترض العين في المثلى
٥	بعض فروع القرض
٧	حكم ما لو اسقط السلطان الدراهم المقترضة
٩	في الرهن
٩	هل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول
١١	ما يجوز رهنه
١٤	جملة من فروعه واحكامه
١٨	شروط العاقد
٢٢	الحق المرهون به
٢٥	قبض الرهن
٣٠	فروع قبضه
٣٥	اللواحق
٤٢	التنازع
٥٥	* في الحجر * حجر المجنون والسفيه
(٥٧)ش	حجر المملوك
٦٠	حجر المريض
٦٤	حجر المفلس
٦٥	منعه من التصرف
٦٩	بيع ماله
٧٢	اختصاص الغريم بعين ماله
٧٩	حبس المفلس
٧٩	بقايا مباحث الباب
٨٦	* في الضمان * احكامه
٩٦	* في الحوالة * فروعها
١٠٠	* في الكفالة * فروعها
١٠٨	* في الصلح * فروعها

١٠٩	التنازع
١١٣	* كتاب الأمانات وتوابعها * في الوديعة
١١٤	موجبات الضمان
١٢٠	احكام الوديعة
١٢٤	في العارية
١٢٦	احكامها
١٢٨	بعض فروعها
١٣٥	في اللقطة
١٤٠	احكامها
١٤٧	لقطة الحيوان
١٥٠	لقطة الأموال
١٥٥	احكامها
١٦١	في الجعالة
١٦٣	احكام الجعالة
١٦٥	* كتاب الغصب وتوابعه * تعريف الغصب
١٦٥	ضمان المغصوب
١٨٦	فيما لو غير المغصوب
١٨٨	حرمة سائر تصرفات الغاصب
١٩٧	في الشفعة
٢٠١	الاخذ والمأخوذ منه
٢٠٣	جملة من فروعها
٢٠٨	كيفية الاخذ
٢١٧	مسقطات الشفعة
٢٢٣	في التنازع
٢٣١	* كتاب احياء الموات * أقسام المشتركة أحدها العمارة
٢٣٥	ثانيها المنافع
٢٣٧	ثالثها المعادن
٢٣٩	رابعها المياه
٢٤٢	* كتاب الإجارة وتوابعها * ماهية الإجارة
٢٤٣	أركانها أحدها المحل
٢٤٧	ثانيها العوض
٢٥١	ثالثها المنفعة
٢٥٨	إجارة الأدمي
٢٦٨	إجارة الأرض
(٢٧٣)ش	الاحكام
٢٧٥	عدم ضمان العين
٢٨٠	التنازع

٢٨٤	* في المزارعة * أركانها
٢٨٧	احكامها
(٢٩٠)ش	* في المساقاة * أركانها
٢٩٦	احكامها
٢٩٨	* في الشركة * ماهيتها
٣٠٠	احكامها
٣٠٤	* في القراض * أركانه وهي خمسة أحدها العقد
٣٠٥	ثانيها المتعاقدان
(٣٠٨)ش	ثالثها رأس المال
٣٠٩	رابعها العمل
٣١٠	خامسها الربح
٣١١	احكامه
٣٢٦	التفاسخ والتنازع
٣٣٤	* في الوكالة * الموكل
٣٣٦	الوكيل
٣٣٨	متعلق الوكالة
(٣٤٢)ش	احكامها
٣٤٧	حكم المخالفة
٣٥٠	ان الوكيل امين
٣٥٢	ان الوكالة عقد جائز
٣٥٥	التنازع
٣٦٢	* في السبق والرمي * في السبق
٣٦٧	في احكامه
٣٧٠	في الرمي وشروطه
٣٧٢	احكامه
٣٧٧	* كتاب الوقوف والهدايا * صيغة الوقف وكيهيتها
٣٧٨	شروط الواقف والموقوف عليه
٣٨٨	شروط الموقوف
٣٩٠	احكام الوقف
٣٩٩	اللواحق
٤٠٧	* في السكنى والصدقة والهبة * السكنى
٤٠٩	الصدقة
٤١٠	الهبة
٤١٥	احكام الهبة
٤٢٣	* في الاقرار * صيغة الاقرار
٤٢٦	المقر
٤٣٢	المقر له

٤٣٩	الأقارير المجهولة
٤٥١	تعقيب الاقرار بما ينافيه
٤٥٩	ما عدا الاستثناء
٤٦٣	الاقرار بالنسب
٤٧٠	* في الوصايا * الوصية من العقود
٤٧٨	شروط الموصى
٤٨١	شروط الموصى له
٥٠٤	شروط الموصى به
٥١١	احكام الموصى به
٥١٧	احكام الموصى له
٥٢١	الاحكام المعنوية
٥٣٠	الوصية بالعتق وعليه دين
٥٣١	الوصية بعتق مماليكه
٥٣٣	الوصية بالمبهمات
٥٣٥	الوصية باخراج بعض الورثة من الإرث
٥٤١)ش	الاحكام المتعلقة بالحساب مع خلوها عن الاستثناء
٥٧٣	فيما اشتمل على الاستثناء
٥٨٠	فيما إذا كثر الاستثناء
٥٩٢	تصرفات المريض
٥٩٣)ش	الفرق بين المنجزات والوصايا
٥٩٦	حقيقة التبرع
٦٠٠	كيفية التنفيذ
٦٠٥	المسائل الدورية
٦٢٢	الموصى فيه
٦٢٢	الصيغة
٦٢٣	الموصى
٦٢٥	في الوصي وشروطه
٦٢٨	احكام الوصية
٦٢٩	الوصية إلى متعدد
٦٣٤	فيما به تثبت الوصية
٦٣٦	ان الوصية عقد جائز وبيان الرجوع
٦٤١	خاتمة تشتمل الخ

إيضاح الفوائد
في شرح إشكالات القواعد
لمؤلفه:

الفقيه الأعظم والهامم المعظم فخر المحققين الشيخ
أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي
قدس سره ٦٨٢ / ٧٧١
وفي أعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور
الجزء الثاني

نمقه وعلق عليه وأشرف على طبعه (السيد حسين الموسوي الكرمانلي)
و (الشيخ علي پناه الاشتهاردي) و (الشيخ عبد الرحيم البروجردي) عفي عنهم
طبع بأمر آية الله العظمى السيد محمود الشاهرودي مد ظله
على نفقة المحتاج إلى عفو ربه الغفور
الحاج محمد حسين كوشانپور زيد توفيقه
الطبعة الأولى - ١٣٨٧ هـ ق - حقوق الطبع محفوظة للمصححين المطبعة العلمية بقم

(١)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحسين بن محمد، عن علي بن محمد بن سعد رفعه عن أبي حمزة عن
علي بن الحسين عليهما السلام قال: لو يعلم الناس ما في طلب العلم لطلبوه ولو بسفك
المهج وخوض اللجج، إن الله تبارك وتعالى أوحى إلى دانيال، إن
أمقت عبيدي إلي الجاهل المستخف بحق أهل العلم التارك للاقتداء بهم و
إن أحب عبيدي إلي التقي الطالب للثواب الجزيل اللازم للعلماء التابع
للعلماء القابل عن الحكماء (١).

محمد بن إسماعيل، عن الفضل بن شانان، عن ابن أبي عمير،
عن جميل بن دارج، عن أبان بن تغلب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لوددت
إن أصحابي ضربت رؤسهم بالسياط حتى يتفقهوا (٢).

-
- (١) أصول الكافي باب ثواب العلم والمتعلم خير - ٥ - .
(٢) أصول الكافي باب فرض العلم ووجوب طلبه والحث عليه خير - ٨ - .

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

لئن شكرتم لأزيدنكم

نشكر الله تعالى على ما وفقنا بأن أهدى إلينا من كتاب (الإيضاح) و (القواعد)
(مضافا إلى النسخ التي كانت بأيدينا حين الاشتغال بتصحيح الجزء الأول وتعليقه
وقد عددناها في مقدمته) نسخ أخرى خطية جيدة ثمينة مصححة بحيث تطمئن
إليها النفس.

وإليك تلك النسخ

الإيضاح

١ نسخة خطية من أول كتاب الفراق إلى أواخر الديات لسيدنا الأستاذ (آية الله
النجفي المرعشي) مد ظله.

٢ نسخة خطية جيدة الخط من أوائل كتاب الرهن إلى آخر الوصية للفاضل

المتتبع (الحاج السيد مهدي اللاجوردي القمي دام توفيقه) تاريخ كتابتها (١٨٩٣ هـ)

٣ نسخة خطية مصححة ثمينة جدا جيدة الخط من أول كتاب الطهارة إلى

آخر كتاب الشهادات.

تاريخ كتابتها (٩٦٦) له أيضا (دام توفيقه).

القواعد

١ - ٢ - نسختان عتيقتان من مكتبة سماحة الأستاذ آية الله (النجفي المرعشي دام ظله)

وفي آخر إحداهما ما هذا لفظه: فرغ مصنفه من تسويده ليلة رابع عشر ذي الحجة سنة

تسع وتسعين وستمأة قدس الله روحه كذا نقلت من خط الشيخ حسين بن عبد الصمد على

قواعده وهو ناقل من خط الشهيد محمد بن مكي على قواعده قدس الله أرواحهم، وكتب

إبراهيم بن عفى على عنهما.

٣ - ٤ - نسختان خطيتان جيدتا الخط لنجله الأجد (الحاج آقا محمود

المرعشي زيدت محامده) على ظهر إحداهما إجازة المحقق الثاني الشيخ علي بن

(مقدمة التحقيق ٣)

عبد العالي الكركي بخطه الشريف لبعض تلاميذه تاريخ كتابة تلك النسخة (٩٠٥ - ٥)
٥ - نسخة مصححة ثمينة جدا جيدة الخط تامة للفاضل الخبير (اللاجوردي)
دام أفضاله.

الحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا وصلى الله على محمد
وآله الطاهرين

(الأحقر السيد حسين الموسوي الكرمانى) (والشيخ على پناه الاشتهاردى)
(والشيخ عبد الرحيم البروجردى) عفى عنهم عشية رابع عشر
من شهر ذي الحجة سنة ١٣٨٨

(مقدمة التحقيق ٤)

(نشكر) من منن الله تعالى علينا - إن هياً لنا الساعي في أحياء آثار العلماء
الماضين - عماد الأعلام (الحاج آقا محمود المرعشي دام توفيقه)
مجموعة خطية نفيسة مشتملة على ثلاث كتب (١) مبادئ الأصول
(٢) نهج المسترشدين للعلامة أعلى الله مقامه (٣) كتاب في
أصول العقائد للمحقق ميثم بن علي بن ميثم البحراني. وفيما إجازتان
من العلامة ووالده المعظم قدس سرهما (بخطهما الشريف) لبعض
أعظم عصرهما. فجعلناهما بمنظر منك تيمنا وتبركا. فشكر الله سعيه
الشريف (كتبه الأحقر موسوي الكرمانى)
الشيخ على پناه الاشتهاردي

(مقدمة التحقيق ٥)

صورة إجازة العلامة أعلى الله مقامه (بخطه الشريف)
لبعض أعظم تلامذته

(صورة الإجازة ٦)

صورة إجازة فخر المحققين قدس سره (بخطه الشريف
لبعض أعظم تلامذة والله العلامة أعلى الله مقامه

(صورة الإجازة ٧)

أنموذج من خط المحقق الثاني قدس سره إجازة بعض
تلاميذه في نقل القواعد وبعض التحرير بعد قرائتهما عليه

(نسخ منخطوة ٩)

أ نموذج من نسخة نفيسة مصححة مقررة من القواعد والإيضاح
(نسخ مخطوطة ١٠)

أنموذج من نسخة أخرى عتيقة ثمينة جدا من القواعد وعلى حواشيها الإيضاح
(نسخ مخطوطة ١١)

أ نموذج من نسخة مصححة ثمينة عتيقة من الإيضاح
(نسخ مخطوطة ١٢)

إيضاح الفوائد
في شرح إشكالات القواعد
لمؤلفه

الفقيه الأعظم والهامم المعظم فخر المحققين الشيخ
أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلبي
قدس سره ٦٨٢ / ٧٧١
وفي أعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور
الجزء الثاني

نمقه وعلق عليه وأشرف على طبعه (السيد حسين الموسوي الكرمانلي)
و (الشيخ علي پناه الاشتهاردي) و (الشيخ عبد الرحيم البروجردي) عفى عنهم
طبع بأمر آية الله العظمى السيد محمود الشاهرودي مد ظله
على نفقة المحتاج إلى عفو ربه الغفور
الحاج محمد حسين كوشانپور زيد توفيقه
الطبعة الأولى - ١٣٨٧ هـ ق - حقوق الطبع محفوظة للمصححين المطبعة العلمية بقم

(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد الأول في الدين وفيه مطلبان

(الأول) يكره الاستدانة اختياراً وتخف الكراهية لو كان له ما يرجع إليه لقضائه ويزول مع الاضطرار به فيقتصر على كفايته ومؤنة عائلته على الاقتصاد ويجب العزم على القضاء ويكره لصاحب الدين النزول عليه فإن فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام وينبغي له احتساب ما يهديه إليه - مما لم يجر له به عادة من الدين والأفضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين ولو التجأ المديون إلى الحرم لم يجز مطالبته أما لو استدان فيه فالوجه الجواز، ويجب على المديون السعي في قضاء الدين

(١) آل عمران - ٩٥

(٢) ثل ب ٢٤ خبر ١ من كتاب الدين.

(٢)

وترك الإسراف في النفقة بل يقنع بالقليل ولا يجب أن يضيق على نفسه، ولو طولب
وجب دفع ما يملكه أجمع عدا دار السكنى وعبد الخدمة وفرس الركوب وقوت يوم
وليلة له ولعياله إن كان حالا وعند حلول الأجل مع المطالبة إن كان مؤجلا، ولا
تصح صلاته في أول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في أول أوقاتها قبل
القضاء مع المطالبة، وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس، ويبيع دار
الغلة وفاضل دار السكنى ودار السكنى إن كانت رهنا ولو غاب المدين وجب على
المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل إلى مالكة أو وارثه
ولو جهله اجتهد في طلبه فإن آيس منه (قيل) يتصدق به عنه. والمعسر لا يحل مطالبته
ولا حبسه ويجوز له الإنكار والحلف إن خشي الحبس مع الاعتراف ويورى (١) و
ينوي القضاء مع المكنة، ولو استدان الزوج النفقة الواجبة وجب على الزوج
دفع عوضه ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لأن تعيينه بقبضه فإن فعل فالربح بأجمعه
للمديون إن كان هو العامل وإلا فللمالك وعليه الأجرة

ويصح بيع الدين على من

هو عليه وعلى غيره فيجب على المديون دفع الجميع إلى المشتري وإن كان الثمن
أقل على رأي، ولو باع الذمي على مثله خمرا أو خنزيرا جاز أخذ الثمن في الجزية

قال دام ظله: ولو جهله اجتهد في طلبه فإن آيس منه قيل يتصدق به عنه.
أقول: هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وقال ابن إدريس يدفعه إلى
الحاكم إذا لم يعرف له وارثا فإن قطع بأنه لا وارث له كان لإمام المسلمين لاستحقاقه
ميراث من لا وارث له وهذا هو الصحيح عندي لأن مع وجود الوارث يكون له ووليه
الحاكم مع غيبته وإلا فهو للإمام.

قال دام ظله: ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره فيجب على
المديون دفع الجميع إلى المشتري وإن كان الثمن أقل على رأي.
أقول: هنا حكمان (١) جواز بيع الدين بأقل منه قاله الشيخ وابن البراج
ورد عليه ابن إدريس (واحتج) بأنه إذا كان ذميا فباعه بجنسه لم يجز التفاضل وإن باعه
بفضة وجب التقابض وهو في غاية الرذالة فإن الشيخ لم يحصر الدين في النقدين ولا ثمنه

(١) ورى الشيء - أراده وأظهر غيره.

والدين: ولو كان البايع مسلما لم يحل، ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسما ما في الذمم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته وقبل المدينان صح، ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا بيعه نسيئة، ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدرا والحلول وأرزاق السلطان لا يصح بيعها إلا بعد قبضها وكذا السهم من الزكاة والخمس:

المطلب الثاني في القرض

وفيه فضل كثير وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب ولا بد فيه من (إيجاب) صادر عن أهله كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه و شبهه (وقبول) وهو ما يدل على الرضا قولاً أو فعلاً وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة فلو شرطها فسد ولم يفد جواز التصرف وإن لم يكن ربويا ولو تبرع المقرض بالزيادة جاز ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة أو الأنقص أو تأخير القضا لغى الشرط وصح القرض لأنه عليه لا له - ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لأنه أحكام (١) ماله أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز، وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه

فيهما وإنما أطلقها هنا اعتمادا على ما قرره في موضع آخر من منع التفاضل في الربويات ووجوب التقابض في الصرف (ب) إلزام المديون بجميع الدين وإن كان الثمن أقل منه وهذا قول ابن إدريس على تقدير صحة البيع ولزومه واختيار أكثر الأصحاب وقال الشيخ لا يلزم المديون أكثر مما وزن المشتري، لما رواه محمد بن فضيل قال قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين

فقال له ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال تدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه (٢) وصحة السند ممنوعة (٣) قال دام ظله: أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز أقول: وجه القرب أنه شرط لا ينافي القرض وهو سائغ (ويحتمل) عدمه لأنه قرض جر نفعاً ولأنه كزيادة الصفة والحق عندي اختيار المصنف هنا.

(١) بكسر الهمزة

(٢) ثل ب ١٣ خبر ٢ من كتاب الدين

(٣) فإن محمد بن فضيل غير موثق.

آخر أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه، ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فإن كان مثليا يثبت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزنا والحنطة والشعير كيلا ووزنا والخبز وزنا وعددا للعرف، وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة، ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة، ويجوز اقتراض الجواري و اللآلي لما قلناه من ضمان القيمة، ويملك المقترض القرض بالقبض فليس للمقرض ارتجاعه بل للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل فلو اقترض من ينعق عليه انعتق بالقبض، ولو شرط الأجل في القرض لم يلزم لكن يصح أن يجعل أجله شرطا في عقد لازم فيلزم، وكذا لا يلزم لو أجل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل بإسقاط بعضه مع التراضي.

فروع

- (أ) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملكتك وأطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة فإن اختلفا (احتمل) تقديم قول الواهب لأنه أبصر بنيته (وتقديم) قول المتهب قضية للظاهر من أن التمليك من غير عوض هبة
- (ب) لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وإن رخصت وكذا غير المثلي على إشكال (منشأه) إيجاب قرضه القيمة (ج) للمقرض مطالبة المقترض حالا بالجميع و أن أقرضه تفاريق ولو أقرضه جملة فدفع إليه تفاريق وجب القبول
- (د) لو اقترض جارية كان له وطؤها وردها إذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها فإن دفعها جاهلا بحملها ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها

قال دام ظلّه: لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وإن رخصت وكذا غير المثلي على إشكال منشأه إيجاب قرضه القيمة.
أقول: وجه احتمال وجوب القبول أنه إذا وجد له مساو ودفعه وجب القبول و لا مساواة أعظم من مساواة الشيء لنفسه والأقوى عدم وجوب القبول بل له الإلزام بالقيمة قال دام ظلّه: وفي الرجوع بمنافعها إشكال.

إشكال ويدفع قيمتها يوم القبض (القرض - خ ل) لا يوم الاسترجاع (ه) لو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن أو قبة من طعام غير معلومة الكيل أو قدرها بمكيال معين أو صنحة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (و) ينصرف إطلاق القرض إلى أداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد آخر جاز سواء كان في حمله مؤنة أو لا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقرض ولو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (ز) لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه أمانة جاز ولم

يجب القبول أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (ح) لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فإن كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع وعلى المقرض رد مثل الزيوف وإن كان في الذمة طالبه بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمنا عن القرض ولو لم يكن عالما وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع (ط) لو قال المقرض إذا مت فأنت في حل كان وصية، ولو قال (١) إن مت كان إبراء باطلا لتعلقه على الشرط (ي) لو اقترض ذمي من مثله خمرا ثم أسلم أحدهما سقط القرض ولو كان خنزيرا فالقيمة (يا) لو دفع المديون

أعواضا على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الأسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وإن كان مثليا ولو كان الدفع قرضا لا قضاء كان له المثل إن كان مثليا وإلا فالقيمة

وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معا (يب) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بحاضر أو مضمون حال لا بمؤجل (يج) لا يجب دفع المؤجل سواء كان دينا أو ثمنا أو قرضا أو غيرها قبل الأجل فإن تبرء لم يجب أخذه وإن انتفى الضرر

أقول: منشأه (من) إن إباحة المنافع بغير عوض هنا معلول للدفع للتملك لانتفاء جميع أنواعه إلا هذا وقد انتفى وانتفاء العلة يقتضي انتقال المعلول (ومن) إذنه في استيفاء المنافع بغير عوض ولأنه المفرد.

(١) الظاهر أن وجه الفرق دلالة لفظة إذا على تنجز الحكم ولفظة أن على تعليقه كما أشار إليه المصنف قده.

بأخذه ومع الحلول يجب قبضه فإن امتنع دفعه إلى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه، وكذا البايع سلماً يدفع إلى الحاكم مع الحلول ويبرء هو من ضمان المشتري، وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل فحل وامتنع صاحبه من أخذه، ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون (يد) لو أسقط المديون أجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (يه) لو اقترض دراهم

ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر (ويحتمل) وقت القرض من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا

قال دام ظله: ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالأقرب أن هلاكه منه لا من المديون.

أقول: وجه القرب أنه لولا ذلك للزم الضرر على المديون. وقال عليه السلام ولا ضرار ولا إضرار والصغرى ظاهرة والكبرى (مبينة) (يقينية خ ل) (ولأنه) يجب عليه قبول المدفوع سليماً وليس له طلب غيره ولا نعني بالتعيين إلا ذلك فالتعيين مستند إلى الدفع ويحتمل عدمه لأنه لا يتعين إلا بقبض المديون وإلا لم يشاركه باقي الديان لو حجر عليه للفلس بعد ذلك قبل القبض ولكان النماء له (ولأنه) لم يخرج عن ملكه بذلك والألم يجز إبداله ومنع من التصرف فيه ويستحيل ضمان مال الغير في يد مالكة بلا جناية ولا يد ولأنه لو دخل في ملك المدفوع إليه لوجب عليه زكاته ووجوب القبض لا من حيث التعيين بل لاشتماله على الماهية الكلية المستحقة له والأصح عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: ولو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم الأولى فإن تعذرت فقيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد.

أقول: الأول قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن إدريس في موضع من كتابه، والثاني قول ابن إدريس في موضع آخر (ووجه الأول) كونها من ذوات الأمثال

من التفاضل في الجنس المتحد، وكذا لو جعل قيمتها أقل ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح، ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبايع إلا النقد الأول، ولو تعاملنا بعد النقص والعلم فلا خيار، وإن كان قبل العلم فالأقرب (فالوجه - خ ل) ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره.

وحكم المثل ما قلناه ولأنه وقت التعذر لو وجد مثل الدراهم الأولى لوجب دفعها وإن نقصت قيمتها عن وقت القرض (ولأنه) وقت وجوبها (ووجه الثاني) إنه من معلولات القرض وأحكامه فيثبت وقته ولأن التعذر كاشف لأنه تعالى علم في الأزل تعذره ويستحيل التكليف بالمحال فقد علم الله تعالى انتفاء شرط التكليف فيستحيل تكليفه بالمثل ولأنه بتعذر المثل صارت كذوات القيم فيضمن قيمتها وقت القرض (وفيه نظر) لتأخر التعذر عن وقت القرض فيلزم تقدم المسبب على سببه.

قال دام ظلّه: ولو ضارب فالأقرب أن رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح.

أقول: وجه القرب أنه هو رأس المال ولا يطالب بغيره كما لو دفع فضة لم يكن له المطالبة بذهب ولأنه نقص لم يحصل بالتجارة (ووجه الثاني) أنه نقص حصل بعد دورانه في التجارة والأصل في ذلك أن يقال ما معنى الخسران هل هو النقص بعد الدوران في التجارة مطلقاً أو بسببها لا من خارج كحكم السلطان (فعلى الأول) هذان خسران (وعلى الثاني) لا والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظلّه: ولو تعاملنا بعد النقص والعلم فلا خيار وإن كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبايع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره.

أقول: وجه الثبوت أنه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو نقص المالية ولم تفرق الأمة بينهما (ووجه) الثاني أنه لم يزد فيه صفة ولا نقص منه صفة هي زيادة أو نقيصة عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيباً وقد وقع عليه العقد والأقوى ثبوت الخيار.

المقصد الثاني في الرهن وهو وثيقة لدين المرتهن وأركانها أربعة، الصيغة، والمحل، والعاقدة، والحق (فهنا) فصول (الأول) الصيغة ولا بد فيها من (إيجاب) كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا وما أدى معناه من الألفاظ ويكفي الإشارة مع العجز كالكتابة وشبهها (وقبول) كقوله قبلت أو ما يدل على الرضا وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر وشرط ما هو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على أن يباع في الدين أو يتقدم به على الغرماء، ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالممنوع من بيعه في حقه أما لو شرط في البيع إذن فلان أو بكذا فالوجه الصحة وكذا يصح لو شرط أن ينتفع به المرتهن أو يكون النماء المتجدد

المقصد الثاني في الرهن وفيه فصول الأول في الصيغة قال دام ظله: وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر. أقول: ينشأ (من) أنه لفظ دال على الرضا ويصح تقديمه إن قلنا به فيصح (ومن) أن القبول متأخر عن القابل والمقبول بالذات واشترطه موجب فيتقدم فلو اتحد لكان الشيء الواحد متأخرا عن الآخر بالذات ومتقدما عليه بالذات فيدور ولأن القبول لا يكون موجبا للإيجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولا بالضرورة والشرط موجب والأقوى عندي أن القبول لا يصح تقدمه على الإيجاب مطلقا. قال دام ظله: أما لو شرط في البيع إذن فلان أو يبيعه بكذا فالوجه الصحة أقول: وجه الصحة في اشتراط إذن فلان أنه يشترط وكالته في البيع عن الراهن فيصح لأن مقتضى الرهن توقف بيعه على إذن المالك أو وكيله أو الحاكم واشترط إذن الغير إذن له في الإذن في البيع وأما بيعه بكذا فإنه ممكن لا ينافي المشروع والأصل الصحة (ويحتمل) البطلان فيهما لأنه قد تعذر الشرط فإن أجاز البيع خرج الشرط عن كونه شرطا وإن لم يخرج خرج عن الوثيقة (والتحقيق) أن نقول هنا مقدمتان (أ) إنه هل يشترط في الرهن جواز بيع المرهون أم يكفي ملكية الراهن

رهننا ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد (فظن) اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن سفرا وحضرا وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة فإن أدى أو أبرئ أو أسقط المرتهن حقه من الرهن كان له أخذه ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة إلا بعد المطالبة به ويبقى أمانة في يده (الثاني) المحل وشروطه أربعة أن يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن بيعه (فلا يصح) رهن المنافع، ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي، فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي (ولا رهن) الدين (ولا) ما لا يملك فيقف على الإجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على إجازة المالك (ولا) رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات (ولا) ما لا يملكه المسلم إن كان أحدهما

وكونه وثيقة لمنعه من التصرف خاصة: الأصح الأول (ويحتمل) ضعيفا الثاني ويأتي (ب) إن شرط إذن الغير هل هو توكيل له في الأذن الأقوى ذلك، لأنه لو أذن في بيع ما علق جواز بيعه بإذن فلان صح ولم يعتبر إذنه (ويحتمل) لعدم لعدم دلالة اللفظ عليه إذا تقرر ذلك (فنقول) على الاحتمال الثاني من المقدمة الأولى يصح مطلقا وعلى الأول منها يصح على الأول من الثانية (ويحتمل) على الثاني منها البطلان لجواز تعذره، والحق عندي جواز اشتراط إذن الغير لأنه غير مخالف للكتاب والسنة ولا لعقد الرهن لأنه مع امتناع الإذن المشروط يقوم مقامه الحاكم وعند تعذره المرتهن والشيخ الطوسي رحمه الله أبطل هذا الشرط فيهما لما تقدم، والأقوى عندي البطلان في اشتراط بيعه بكذا.

قال دام ظله: ورهن المدبر إبطال للتدبير على رأي فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط لأن التدبير وصية ورهنه رجوع عنها قال وإن قلنا أن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا لأنه لا دليل على بطلانه - وقال في الخلاف يبطل إن قصد بالرهن فسخه وإن لم يقصد فسخه بطل الرهن: قال وإن قلنا أنه يصح التدبير والرهن معا لأنه لا دليل على بطلان أحدهما كان قويا وقال ابن إدريس يبطل التدبير قال وإن قلنا أن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا إذا تقرر

مسلمًا كالخمر وإن كان المرتهن ذمياً أو الرهن عبداً لمسلم وإن وضعها على يد ذمي على رأي

(ولا) الأرض المفتوحة عنوة

ويصح رهن الأبنية والأشجار فيها (ولا) رهن الطير في الهواء

(ولا) السمك في الماء (ولا) العبد المسلم أو المصحف عند الكافر، فإن وضعهما على يد مسلم فالأقرب الجواز، وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره (ولا) رهن

ذلك (فنقول) ذهب الشيخ في النهاية إلى انصراف البيع أو الرهن إلى منافعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ ولم يصح عند الباقيين، والأقوى عندي اختيار المصنف في المسألتين.

قال دام ظله: أو الرهن عند المسلم وإن وضعها على يد ذمي على رأي.

أقول: ذهب الشيخ في الخلاف إلى الجواز وليس بجيد لأن الذمي نائب المسلم والحق المتعلق بها له.

قال دام ظله: ولا العبد المسلم أو المصحف عند الكافر فإن وضعها على يد مسلم فالأقرب الجواز.

أقول: وجه القرب وجود المقتضي وزوال المانع أما الأول فلأن المقتضي ملك

الراهن وثبوت الدين ورشد المتعاقدين وتكليفهما والإيجاب والقبول وأما الثاني

فلأنه لا مانع إلا الكفر وهو لا يمنع إلا إذا استلزم ثبوت سبيل الكافر على المسلم أو

المصحف وهو ظاهر لكنه لا يستلزم ذلك إذ الرهن ليس بتملك ولا باستحقاق تملك بل

يستلزم أشياء (أ) منع المالك من التصرف وذلك ليس بسبيل للغير لأنه ممنوع أيضاً

وليس بمالك (ب) تعيين جهة إيفاء دينه من ثمنه ويجوز إيفاء دين الكافر من ثمن المصحف

والمسلم (ج) استحقاق أن يباع في دينه والبايع هو الوكيل والحاكم وعلى كلا

التقديرين هو ليس بسبيل كما لو مات ولم يخلف غيرهما أو حجر عليه لدين الكافر

وليس له سواهما، ويحتمل ضعيفا عدمه (لأن) الرهن إثبات حق المرتهن على

المرهون وهو سبيل ولا شيء من السبيل بثابت وهو اختيار ابن الجنييد والأقوى عندي الأول.

الوقف (ولا) المكاتب وإن كان مشروطاً، وفي رهن أم الولد في ثمن رقبته مع إعسار المولى إشكال، ومع يساره أشكل، وفي غير الثمن أشد إشكالا ويصح رهن ذي

قال دام ظله: وفي رهن أم الولد في ثمن رقبته مع إعسار المولى إشكال. أقول: ينشأ (من) منع الأصحاب رهن أمهات الأولاد ويجوز يساره فيمنع البيع فتنفي فائدة الرهن (ومن) جواز البيع في ثمن رقبته فالرهن عليه أولى. قال دام ظله ومع يساره أشكل.

أقول: مبني هذه المسألة على أنه هل يشترط في الرهن التمكن من البيع بالفعل دائماً أو إمكانه في الجملة (ويحتمل) الأول لأن الغاية منه استيفاء الدين من الثمن ولأن الوثيقة لا تحصل إلا به (ويحتمل) الثاني لأن منع المالك من التصرف في ملكه وإمكان البيع في الجملة يدعو المالك إلى القضاء وإمكان البيع في الجملة هنا حاصل لجواز زوال المانع وإنما شرطنا الإمكان ليخرج الوقف لأنه لا يمكن بيعه دائماً أي ما دام موجوداً والحق عندي الأول (فعلى الأول) لا يجوز رهن أم الولد هنا قطعاً (وعلى الثاني) وهو مراد المصنف (١) (ومنشأ) الإشكال أن الرهن ليس باخراج عن الملك و لجواز الإعسار وجواز موت الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعاً (ومن) حيث إن الرهن أثره إمكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه ولا يمكن إلا بالنقل عن ملك الراهن إلى غيره وكونها أم ولد مضاد له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع الاجتماع مع اللازم يستلزم امتناعه مع الملزوم وكونها أم ولد ثابت فينتفي أثر الرهن ولا يترتب عليه وهذا معنى البطلان ووجه قوه الإشكال أنه ثم يجوز بيعها في الحال والرهن أضعف وهنا لا يجوز بيعها.

قال دام ظله: وغير الثمن أشد إشكالا.

أقول: وجه الإشكال ما تقدم ووجه شدته أن إمكان البيع ثم أقرب، واعلم أن ابن الجنيد ذهب إلى جواز رهن أم الولد مطلقاً والأصح عندي أنه لا يجوز مطلقاً.

(١) هكذا في النسخ.

الخيار لأيهما كان، ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة وحينئذ إما أن يبيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية أو نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم فتقوم منفردة فإذا قيل مئة ومنظمة فيقال مئة وعشرون فقيمة الولد السدس (ويحتمل) تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر.

قال دام ظلّه: ورهن الأم دون ولدها الصغير وإن حرمتا التفرقة و حينئذ إما أن تبيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية أو نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم فتقوم منفردة فإذا قيل مئة ومنظمة فيقال مئة وعشرون فقيمة الولد السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر.

أقول: هنا أحكام ثلاثة (أ) رهن الأم دون ولدها الصغير وهو جائز إجماعا (ب) البيع في الرهن فنقول إما أن يحرم التفرقة أو لا (وعلى الثاني) إذا باعها المالك فالأفضل جمعها في البيع ويجوز أفرادها وإن بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير إذنه لتعذره منه مثلا ببيعها منفردة قطعا (وعلى الأول) وهو تحريم الأفراد إن باع المالك فلا إشكال في وجوب الضم وإن بيعت عليه جبرا احتمل أن يقال تفرقة ضرورية لأن علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها (ويحتمل) أن يبيعهما الحاكم أما هي فبالرهن أما الولد فلتوقف صحة البيع عليه (ج) التقويم وقد ذكر فيه وجهين (وجه الأول) أن الرهن إنما يقوم بصفاته التي رهن عليها وهي إنما رهنت منفردة وجمع بينهما في البيع كما لو ضم المالك إلى الرهن شيئا آخر وباعهما والجمع بينهما في البيع لازم للنهي عن التفريق لا لزيادة القيمة (ووجه الثاني) إنه إنما ارتهنها والولد منفرد عنها عن مستحق التريبة فيقوم الولد وحده فيكون ضايعا محتاجا إلى من يربيه فتقل قيمته فيقسم الزيادة على القيمتين فيكون الولد في الفرض المذكور جزءا من أحد عشر وهو الأصح عندي.

فروع

(أ) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره ويكون على المهابة كالشركاء
(ب) يصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على إشكال والجاني عمداً أو خطأ ولا تبطل
الحقوق بل تقدم على الرهن فإن كان عالماً بالعيب أو تاب أو فداه مولاة ثم علم فلا خيار
لزوال العيب وإلا تخير في فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاه سليماً فإن اختار
إمساكه فليس له أرش وكذا لا أرش لو قتل قبل علمه ولا يجبر السيد على فداء الجاني
وإن رهنه أو باعه بل يتسلط المجني عليه فإن استوعب الأرش القيمة بطل الرهن و
إلا ففي المقابل (ج) لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فإن شرط بيعه وجعل
الثلث رهناً صح وإن شرط منعه بطل وإن أطلق فالأقرب الجواز فيباع ويجعل الثلث
رهناً ولو طرء ما عرضه للفساد فكذلك (د) لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنة قبله

قال دام ظلّه: ويصح رهن المرتد وإن كان عن فطرة على إشكال.
أقول: هذا الإشكال مبني على الإشكال السابق في بيعه فإن قلنا بالصحة احتمل
هنا المنع أيضاً لجواز الانتفاع به في البيع منفعة خالية بخلافه هنا والأصح عندي
أنه لا يصح.

قال دام ظلّه: ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فإن شرط بيعه وجعل
الثلث رهناً صح وإن شرط منعه بطل وإن أطلق فالأقرب الجواز فيباع ويجعل
الثلث رهناً ولو طرأ ما عرضه للفساد فكذلك.
أقول: وجه القرب أن الإذن في البيع معلوم بقريئة الظاهر وهو قصد كل أحد
حفظ ماله (ويحتمل) عدمه لأن البيع قبل الأجل ليس من مقتضى الرهن ولم يأذن فيه
فلا يجوز البيع فلا يصح ولو طرء على الرهن ما عرضه للفساد كتعفن الحنطة وجب بيعه
وجعل الثلث رهناً قطعاً والأقوى عندي ما هو الأقرب عند والدي.
قال دام ظلّه: لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر.
أقول: ينشأ (من) أنه مملوك والأصل الصحة (ومن) أن كل رهن وثيقة لقوله
عليه السلام الرهن وثيقة لدين المرتهن (١) وهذا ليس وثيقة بالضرورة لأنه يترقب الخروج

(١) لم نعثر على الخبر بهذا اللفظ نعم هو مذكور في السنة الفقهاء في مقام التعريف.

نظر (هـ) لو رهن عصيرا فصار خمرا في يد المرتهن زال الملك فإن أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده فإن عاد خلا عاد الملك والرهن ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في المبيع المشروط فيه فإن عاد خلا تعلق حق المرتهن به إن لم نشترط القبض في الرهن، ولو جمع خمرا مرقا فتخلل في يده ملكه ولو غصب خمرا فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك، أما لو غصبه عصيرا فصار خمرا في يده ثم تخلل فإنه يرجع إلى ملكه (و) يجوز أن يستعير ما لا ليرهنه فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن فإن خالف فللمالك فسخه وإلا فلا، ولو رهن على أقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد ولو لم يعين تخير الراهن في رهنه بما شاء عند من شاء

عن الرهنية في كل وقت وهو ينافي الوثيقة (ولأن) مقتضى الرهن وجوب دوامه بدوام العين إلى الاستيفاء لأنه معنى الوثيقة والنذر يقتضي إمكان زوال الملك والرهن في بعض أوقات الوصف وتناقض المعلولات يقتضي امتناع اجتماع العلل والنذر ثابت فينتفي الرهن (واعلم) أن هذه المسألة تبنى على مسألتين (أ) إنه هل يجوز بيع هذا أم لا (ب) هل يشترط إمكان البيع في صحة الرهن أم لا وكلاهما قد تقدمتا. قال دام ظله: ولو جمع خمرا مرقا فتخلل في يده ملكه ولو غصب خمرا فتخلل في يده فالأقرب أنه كذلك.

أقول: وجه القرب زوال ملك الأول عنها فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات التي لا ملك ولا يد لأحد عليها (ويحتمل) عود الملك إلى المغصوب منه لأن له عليها حقا ولهذا له إثبات يده وهو يد أولى للتخليل والحق عندي الأول. قال دام ظله: ويجوز أن يستعير ما لا ليرهنه فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن فإن خالف فللمالك فسخه وإلا فلا ولو رهن على أقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا، وفيما زاد. أقول: وجه الأول أنه خالف المنصوص عليه فيبطل (ووجه الثاني) أنه بمنزلة ما إذا رهن ما يملك وما لا يملك وهو ظاهر.

إلى أي وقت شاء وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله إشكال وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالأكثر من القيمة وما بيعت به وللمالك الرجوع في الإذن قبل العقد وبعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً، ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه ويضمنه المستعير وإن لم يفرض بقيمته وكذا

قال دام ظلّه: وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله إشكال. أقول: ينشأ (من) أنه عارية فله المطالبة متى شاء ومقتضى العارية عدم اللزوم (ومن) أنه أذن في عقد لازم فلزم (واعلم) أن هذا البحث على تقدير أحد أمرين (أ) أن يبذل المرتهن ملتتمسه من قبول قبض الدين والفك قبل الأجل (ب) أن نقول أنها عارية لا تلزم بالرهن لأن ماهية العارية تقتضي عدم اللزوم أما على تقدير كون ذلك ضمان دين في عين بأذنه فلا مطالبة له قبل الأجل (واعلم) أن بعضهم جعلها عارية و استيثاقاً لأن الصيغة عقد العارية وهو مغاير لعقد الضمان ومباين له وبعضهم جعلها ضمان دين في عين خاصة من غير تعلق بالذمة لأن العارية تقتضي استيفاء المنفعة مع بقاء العين ولا يقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعته بيع العين وإخراجها عن الملك فباين العارية وإن شابهه صورة ولا استبعاد في استعمال الشارع صيغة عقد في آخر مجازاً قال دام ظلّه: وللمالك الرجوع في الإذن قبل العقد وبعده قبل القبض إن جعلنا القبض شرطاً ولو تلف في يد المرتهن فالأقرب سقوط الضمان عنه أقول: هذه المسألة موضع اشتباه، قال المصنف دام ظلّه لي في الدرس حيث حققت البحث عليه أن هذه المسألة فرع على قوله (وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله إشكال) (وتقريره) إن بعد الحلول إذا كان الراهن موسراً بالدين فللمالك إلزامه بالافتكاك فإذا جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كاختيار والدي والمحققين (فهل) له الرجوع فيها قبل الافتكاك (قيل) نعم لأن العارية ماهيتها تقتضي عدم اللزوم فإذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله أو يرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله إذ قبض المرتهن مبني على العارية وقد بطلت فإذا أهمل المرتهن وأمسك الرهن في يده ضمن، والأقوى أنه ليس له ذلك لأنه أذن في عقد لازم فيلزم

إن تعذر إعادته. ولو لم يرهن ففي الضمان إشكال (ز) لو قال أذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (ح) لا يصح رهن المجهول (ط) لو غصب عينا

ثم باعها أو رهنها أو وهبها أو آجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث أو شراء وكيل وشبهه صح التصرف (ي) لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على إشكال

فلا يضمن المرتهن (وقت قبض الرهن خ) وهو الأقرب بل هو الأصح فهذا وجه قول المصنف (فالأقرب سقوط الضمان عنه) وأما قبل الحلول فعلى تقدير أن يدفع الراهن (هل) يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لأنها عارية لا تلزم فلا يلزم المبنى عليها، والأصح أنه لا يجب (فعلى) الأول إذا لم يأخذ المرتهن فتلف في يده ضمن (وعلى الثاني) لا يضمن وهو الأصح: قال المصنف والدي دام ظله ويمكن توجيه هذه المسألة بأن نقول على القول بأنها عارية له الرجوع فيها مطلقا فلا يبطل الرهن فلا يجوز للمرتهن إمساك العين بل يجعلها بقول الحاكم أو باتفاقهما عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فإن لم يفعل المرتهن كان ضامنا، والأقوى أنه ليس له الرجوع لأنها لازمة للزوم ملزومها وهو الرهن فلا يضمن.

قال دام ظله: ولو لم يرهن ففي الضمان إشكال.

أقول: منشأه نص الأصحاب على أنها عارية مضمونة وهو يقتضي الضمان بالقبض في الابتداء (ولأنه) قبضها للاتلاف في دينه فصارت كالمقبوض بالسوم ومن حيث أن العارية أمانة فلا يضمن إلا بالرهن (ولأنه) إنما يضمن هنا بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يتقدم على السبب، والأقوى عندي ضمان المستعير بمجرد القبض قبل الرهن وبعده لأنه يقضي به دينه بأذنه فيدخله في ملكه بعوض فصار كالمعاوضة.

قال دام ظله: لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه ليس ملكه قبل الرجوع فيه كالغانم قبل القسمة وإن ملك أن يملك والرهن لا يصح لسببية الملك لأنه مشروط به فيتأخر عنه فلو كان علة

كموهوب له الرجوع فيه وكالبايع مع إفلاس المشتري أما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فإنه باطل (يا) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب ثم إن قضى الحق والأقدم حق الديان.

الفصل الثالث في العاقد

ويشترط كمالية الموجب والقابل وتملك الموجب أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو إصلاح عقاره، ولو استداننا ورهنا ثم قضى

فيه لتقدم عليه فيلزم الدور (ويحتمل) الصحة لأنه يصدق كل ملك يمنع غير من هو له من التصرف فيه فهو ملك لازم ويلزمه كلما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف وهذا الملك ليس بلازم فلا يمنع ولا مانع غيره (والجواب) عن الأول أن الجزء الأول من عقد الرهن علة في الرجوع والملك ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور وهو الأصح عندي.

قال دام ظله: لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالأقرب الصحة وإن استوعب ثم إن قضى الحق والأقدم حق الديان.

أقول: وجه القرب أنه تصرف صادق ملكه وله أداء الدين من غير التركة فصح كالعبد الجاني خطأ (ويحتمل) عدمه لأنه ليس بمالك لما يأتي إلا بعد أداء الدين ولو سلم فهو ممنوع منه كما منع الراهن فمبناها على هاتين المسألتين (وعلى القول) بالصحة فإن لم يؤد الدين قدم حق الديان على تصرفه وأبطل والأقرب عندي عدم الصحة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) فالمعلق إما الملك أو جواز التصرف أو هما أو لا واحد منهما والأخير باطل ويستحيل تعلق الملك مع بقاء جواز التصرف مطلقاً وهو ظاهر فيتعين أحد القسمين الباقيين وأياً ما كان امتنع صحة التصرف قبله (ولأن) التقدم في قوله (من بعد) هو التقدم الذي زاده المتكلمون وهو أن المتقدم لا يجامع المتأخر كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض أجزاء

(١) النساء - ١١.

أحدهما صارت حصته طلقاً إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين، ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة، وفي التقسيط مع اختلاف الدين إشكال. فإن وفي أحدهما صار النصف طلقاً فإن طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر أجيب وإلا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهناً ونصفه أمانة، والراهن والمرتهن ليس لأحدهما التصرف إلا بإذن الآخر فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلاً بل موقوفاً إلا عتق المرتهن فإنه يبطل وإن أجازه الراهن ولو سبق إذنه صح، فلو افتك الراهن ففي لزوم العقود نظر والأقرب للزوم من جهة

الزمان على بعض فلا يثبت جواز تصرفه حتى ينتفي المتقدم وهو المطلوب.
الفصل الثالث في العاقد

قال دام ظله: ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة وفي التقسيط مع اختلاف الدين إشكال.
أقول: ينشأ (من) أنه شرك بينهما فيقتضي التنصيف كما لو شرك بينهما في الملكية (ومن) أن الرهن يقتضي قضاء الدين المرهون عليه من ثمنه من غير إيفاء شيء من الدين مع الوفاء وإذا رهن على دينهما اقتضى إيفائهما من ثمنه وإلا لم يكن رهناً على كل الدين فمع الوفاء تصرف في الدين الأكثر وأكثر وكلما لم يجب صرف ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقاً به ويلزمه قولنا كلما صرف ثمنه في الدين مع بيعه تعلق به وأكثر الثمن ثمن الأكثر مع تساوي الأجزاء فيكون الدين الأكثر متعلقاً بالأكثر وهو المطلوب فإن أحداً من الفقهاء لم يفرق بين متساوي الأجزاء ومختلفها.

قال دام ظله: فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر والأقرب للزوم من جهة الراهن قبل الفك.

أقول: منشأ (من) أنها لم تكن لازمة من أصلها (ومن) وجود المقتضي وهو العقد وزوال المانع وهو حق المرتهن أو الرهن وهذا هو وجه قرب لزومها من جهة الراهن حال الرهن لأن المانع هو حق المرتهن لأجله (ويحتمل) عدمه لأن الرهن يمنع اللزوم وهو متحقق والأقوى عندي للزوم من جهة الراهن مطلقاً.

الراهن قبل الفك، ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لرهنه مطلقا أو فيما قابل الدين الثاني أو العدم مطلقا نظر، ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه، ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال، ولا حكم لإجازة الأول ولا فسخه بعد موت الراهن ولو أعتق الراهن بإذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم ولو أذن في الهبة فوهب فرجع قبل الإقباض صح الرجوع

قال دام ظله: ولو أجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لرهنه مطلقا أو فيما قابل الدين الثاني أو العدم مطلقا نظر.

أقول: (وجه الأول) تنافي الرهنين لاقتضاء الرهن اختصاص المرتهن وتقديمه وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات والمرتهن الأول قد أجاز الرهن الثاني فرضى به فيبطل رهنه (ووجه الثاني) أن المقصود استيفاء الدين وهو ممكن هنا فلا منافاة ولا مزاحمة (ووجه الثالث) انتفاء دلالة المطابقة والتضمن وهو ظاهر والالتزام لأنه لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة وتقدم أحدهما على الآخر ويكون الفائدة في أنه لو قضى المرتهن الثاني حقه بقي حق المرتهن الأول وكذا لو أسقط الثاني حقه. قال دام ظله: ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه لم يقع باطلا في أصله بل وقع موقوفا على زوال مزاحمة الأول وقد زال في الفاضل فيقدم لسبق تعلقه على تعلق الديون الآخر (ولأنه) كان لازما من جهة الراهن على ما تقدم من أقوى الاحتمالين (ومن) أنه لم يكن عقدا لازما ولأنه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحالة لا يعتبر تصرفه فيمنع لحق الديان.

قال دام ظله: ولو أذن في الهبة فرجع قبل الإقباض صح الرجوع على إشكال ينشأ من سقوط حقه بالإذن وعدمه.

أقول: وجه سقوط حقه بالإذن أن الرهن يمنع المالك من التصرفات الناقلة وغير الناقلة والثاني قد يجمع الرهن بأذن المرتهن فلا يسقط حقه فأما الأول فلا

على إشكال ينشأ من سقوط حقه بالإذن وعدمه، ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن و إن كان بإذن المرتهن وإن صارت أم ولده، وفي بيعها إشكال، ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة وكذا لو وطئ أمة غيره بشبهة، ولا يضمن زوجته ولا المزني بها الحرة المختارة لأن الاستيلاء إثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد، وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو الإحبال أو الأعلى نظر، ولو باع الراهن بإذن المرتهن صح ولا يجب رهنية الثمن إلا أن يشترط، ولو قال أردت بالإطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل، ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في

يجامعه فإذا فوض الراهن فقد لازم الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع المذموم و وجه عدمه أن المسقط للرهن النقل بالفعل فهو المنافي لإمكان النقل والإذن يفيد الثاني لا الأول.

قال دام ظله: ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن وإن كان بإذن المرتهن وإن صارت أم ولده وفي بيعها إشكال.

أقول: ينشأ (من) تعلق حق المرتهن ببيعها قبل الاستيلاء والأصل بقائه فصار تعلق الدين بها أعظم من تعلق ثمنها برقبته مع إفلاسه به (ومن) النهي عن بيع أم الولد وهذه أم ولد ونفوذ الاستيلاء أولى من نفوذ الإعتاق لأنه فعل والأفعال أولى وأشد نفوذاً لأن كليهما سبب والفعل أقل شرطاً ولهذا ينفذ استيلاء المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ اعتقاقهما وينفذ استيلاء المريض من الأصل واعتاقه من الثلث والفائدة حينئذ منعه من التصرف حتى يؤدي الدين.

قال دام ظله: وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو الإحبال أو الأعلى نظر. أقول: (وجه الأول) أنه إنما ضمن القيمة عوض العين لتعذرها فيضمنها وقته وهو يوم التلف (وجه الثاني) أنه سبب للتلف فصار كما لو جرح عبداً قيمته مئة وبقي ضمناً (١) حتى مات وقيمته عشرة فإنه يضمن المئة (وجه الثالث) أنه ممنوع من التصرف فينزل منزلة الغصب.

(١) ضمناً بفتح الضاد وكسر الميم - أي أصابه مرض يلازمه ويشتد عليه وقتاً بعد وقت م.

التمن قبل الأجل، ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال فإن قلنا به فلا شفعة ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم العقد، ويجوز أن يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضعه على يد عدل وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ نعم لو مات بطلت دون الرهانة ولو مات المرتهن فإن شرط في العقد انتقال الوكالة إلى الوارث لزم وإلا لم ينتقل، أما الرهينة فينتقل بالميراث كالمال بين الورثة، ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهينة دون الوكالة والوصية فإذا امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلا وإلا فالحاكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه.

الفصل الرابع في الحق وشروطه ثلاثة أن يكون دينا لازما أو آيلا إليه يمكن استيفائه منه فلا يصح

قال دام ظله: ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة إشكال.

أقول: منشأه (من) أن الشفعة مترتبة على البيع وطلب المعلول والرضاء به من دون الرضاء بالعلة لا يمكن فطلبه لها رضا بالبيع (ومن) أن طلب ثبوت ملكه و إزالة ملك المشتري هو طلب مساو للفسخ في إزالة ملك المشتري الذي هو المقصود بالفسخ بل هنا أقوى فلا يثبت عليه ضده لأنه إنما صدر عنه المساوي (والتحقيق) أن هذه المسألة تبنى على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم بلزومه (فإن قلنا) بالأول لم يكن إجازة فلم يسقط الشفعة به لأن الرضا بالبيع الذي يتضمنه طلب الشفعة لا يسقط الشفعة وإلا لم يثبت شفعة أصلا وإنما لم يكن إجازة لأنه لا يدل عليها بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام لجواز الغفلة عن كونه رهنا وهو أعم ولا دلالة للعام على الخاص (وإن قلنا) بالثاني كان إجازة فيبطل الشفعة لأن طلبها يدل على إجازته فيلزم الشفعة وإلا لم يصح الطلب.

الفصل الرابع في الحق
قال دام ظله: فلا يصح الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كالغصب

الرهن على الأعيان وإن كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على إشكال وعلى ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصير بذلك رهناً، ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ينشأ (من) جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه أكد (ومن) توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت، ولو قدم الارتهان لم يصح

والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه يصدق كل مرهون به يمكن استيفائه من ثمن المرهون لأن المقصود الذاتي من الرهن ذلك ولا شيء من الأعيان يمكن استيفائها من ثمن المرهون بالضرورة فلا شيء من المرهون به بعين بالضرورة ويلزمه عكسه إلى المطلوب ولو رهن على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ما لم يجب ولا نعلم إفضائه إلى الوجوب (ومن) أن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق ومنع الراهن من التصرف حيث يؤدي المرهون به فيضر به المنع من ملكه كما يضر صاحب الحق منعه من المرهون به فيتوصل إلى إزالة ضرره بإزالة ضرر المالك (ولأن) الرهن يقتضي تعلق الدين أو بدله عند تعذره بالعين المرهونة أو بدله عند تعذرها والثاني هنا متحقق (ولصحة) ضمانها على أحد الاحتمالين (ولأنه) يستحيل استيفاء غير الحق الثابت في ذمة المديون من الرهن بل مثله أو بدله عند تعذره فكذا هنا والأصح عندي الصحة.

قال دام ظلّه: ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ينشأ (من) جواز اشتراطه في العقد فتشريكه في متنه أكد (ومن) توقف الرهن على تمامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف و ارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت.

أقول: قال الشيخ في هذه المسألة بالصحة واستشكله والذي هنا، والأقوى عندي عدم الصحة (لأن) استحقاق الدين شرط لصلاحية عقد الرهن وكل جزء منه للصحة كعقد المتعاقدين لأنه لا يمكن أن يقع عقد الرهن على شيء قبل استحقاقه و

ولو رهن على الثمن في مدة الخيار أو على مال الجعالة بعد الرد أو على نفقة الماضية أو الحاضرة صح لا على المستقبلة، والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة ولا يصح على مال الجعالة قبل الرد ولا على الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد

يكون موقوفا على الاستحقاق بإجماع المسلمين فتشريكه مع سبب الدين في عقد يستلزم وقوع أحد جزئي عقد الرهن قبل تمام سبب استحقاق الدين فلا يصلح للصحة وإلا لتقدم المشروط على الشرط فيدور وهو معنى وقوعه باطلا وكما وقع أحد جزئي العقد باطلا كان باطلا وهو المطلوب وكذا لو قال بعتك هذا وارتهنته بكذا (قيل) لا يصح وهو اختيار الشيخ في المبسوط لأن الرهن ينفي الضمان وكونه مبيعا يثبتته وهو تناقض وليس بجيد لاختلاف الاعتبار (وقيل) يصح لأنه لا أقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بحصول شرط الصحة وهو الأقوى عندي.
قال دام ظله: والأقرب جواز الرهن على مال الكتابة.

أقول: أما الكتابة المطلقة فلا كلام في جواز الرهن على مالها وأما المشروطة فمنعه الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج وابن إدريس، والوجه الجواز لأنها دين ثابت في الذمة فيجوز أخذ الرهن عليه كالمطلق (احتج) الشيخ بأن مال الكتابة المكاتب مخير في أدائه وعدمه وكما كان كذلك لم يكن ثابتا في الذمة ينتج أن مال الكتابة ليس بثابت في الذمة (أما الصغرى) فلأن له تعجيز نفسه متى شاء فليس للمكاتب حينئذ إلا الفسخ (وأما الكبرى) فظاهرة وإلا لم يبق فرق بين الثابت في الذمة وغير الثابت (ولأنه) كلما كان مخيرا في أدائه أو عدمه لم يجب عليه أدائه (ولأن) الوجوب يستلزم المنع من النقيض وكما لم يجب أدائه فليس بثابت في الذمة وكما كان مخيرا في أدائه وعدمه لا يكون ثابتا في الذمة وكما ليس بثابت في الذمة لا يصح الرهن عليه ينتج كبرى كنتيجة الأول أن مال الكتابة لا يصح الرهن عليه (والجواب) المنع من الصغرى في الأول للزوم الكتابة سلمنا لكن نمنع كلية الكبرى فإنما يكون مخيرا في أدائه بإبطال عقد اقتضاه بمنع كونه ليس بثابت قبله ونمنع كونه مخيرا مطلقا بل قبل الفسخ لو حصل له مال أخذ المولى.

حلولة في الخطأ على العاقلة ومطلقا في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن إن جوزناه، ولو رهن على الإجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة، ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد، وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد

الفصل الخامس في القبض
وليس شرطا على رأي، وهل له المطالبة به إشكال (وقيل) يشترط فيجب

الفصل الخامس في القبض

قال دام ظلّه: وليس شرطا على رأي

أقول: هذا قول ابن إدريس والشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط، و قال في النهاية وموضع من المبسوط أنه شرط وهو اختيار المفيد، وابن الجنيد، وأبي الصلاح، وابن حمزة، وابن البراج وسلار، وأبي منصور الطبرسي (لنا) الأصل عدم الاشتراط وعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود (١) (واحتج) المشترطون بقوله تعالى فرهان مقبوضة (٢) وبرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال لا رهن إلا مقبوضا (٣) (والجواب) الآية تدل من حيث دليل الخطاب وليس بحجة على أنها دليل لنا (أما أولا) فلأن القبض لو كان شرطا كالإيجاب والقبول لكان قوله (مقبوضة) تكرارا لا فائدة فيه وكما لا يحسن قوله (مقبولة) كذا (مقبوضة) (وأما ثانيا) فلأن الآية سيقت لبيان الإرشاد إلى حفظ المال وذلك لا يتم إلا بالإقباض كما لا يتم إلا بالارتهان والاحتفاظ يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن فكما أن الرهن ليس شرطا في الدين فكذا القبض ليس شرطا في الرهن والرواية ضعيفة السند والأصح عندي عدم اشتراط القبض.

قال دام ظلّه: وهل له المطالبة به إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه للاستيثاق ولا يتم إلا به (ومن) أنه يحصل بمنع

(١) المائدة - ١.

(٢) البقرة - ٢٨٢.

(٣) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الرهن.

إذن الرهن فيه ولو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغمي عليه أو مات قبله بطل، ولا يشترط الاستدامة فلو استرجعه صح ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر إلى تحديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع، والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا (ويحتمل) الضمان لأن الابتداء أضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى

المالك منه وبيعه له أما لو قلنا باشرطه لم يكن له إلزام المالك بالإقباض لأنه موقوف على لزوم الرهن الموقوف على القبض فيدور وهو باطل، وقال في المبسوط في فصل بيع الخيار يلزم الرهن إقباضه.

قال دام ظله: والأقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لأن الابتداء أضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه (فلأن) (١) لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى. أقول: وجه القرب أن سبب الضمان الغصب وقد زال بالإذن في إبقائه في يده فيزول المسبب وهو للضمان وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يزول الضمان وقد ذكر المصنف وجهه وفي توجيهه نظر (والتحقيق) أن نقول اختلف المتكلمون في احتياج الباقي إلى المؤثر على قولين (أحدهما) أن الباقي محتاج إلى المؤثر فعلى هذا القول نقول ذهب كثير من الفقهاء إلى اشتراط القبض في صحة الرهن وأجمع الكل على أن كلما يشترط في صحته القبض فلا يصح القبض ولا يعتبر إلا بإذن المالك فإذا أقبض المالك زال الغصب وعدم السبب يستلزم عدم المسبب ولم يوجد سبب آخر للضمان فلا يتحقق (واعلم) أن استدامة القبض كافية في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة (٢) والمشتق يصدق مع بقاء المعنى (وأما) على القول بأن الباقي مستغن عن المؤثر يحتمل زوال الضمان بالرهن لدلالته على الإذن في إبقائه في يده فزال كونه ظلما وهو سبب الضمان (ويحتمل) أن لا يزول لأن الباقي على القول باستغنائه لا يزول إلا بصد ولم يوجد وعلى قول من لم يشترط القبض

(١) الفاء للتفريع - واللام للتأكيد - وأن شرطية.

(٢) البقرة - ٢٨٢.

المرتهن فيه، فلأن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولى، ولو أودع الغاصب أو أجره فالأقرب زوال الضمان، وفي العارية والتوكيل بالبيع والإعتاق نظر، ولو أبرئ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فإشكال منشأ الإبراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف، والأقرب أنه

في الرهن لا يزول الضمان إلا بالإقباض المبتدأ إن قلنا باستغناء الباقي أو بالإذن إن قلنا باحتياجه.

قال دام ظله: ولو أودع الغاصب أو أجره فالأقرب زوال الضمان. أقول: وجه القرب أنه جعله وديعة وهي أمانة (ويحتمل) عدمه كما ذكر في الرهن (والتحقيق) هنا أن الضمان يزول لأنه إما أن يصح الوديعة أو لا فإن صحت فهي منافية للغصب ووجود أحد المتنافيين يستلزم نفي الآخر وهي أقوى في الاستيمان من الرهن لأن المستودع نائب المالك في الحفظ ويقبل قوله عليه في الرد من غير بينة لأن يده يده ولدلالة الإيداع على الاستيمان والاستنابة في اليد وهما منافيان للغصب. والأقوى عندي زوال الضمان هنا وفي العارية لأنه مأذون للمستأجر والمستعير في التصرف في العين وفي استيفاء المنافع. قال دام ظله: وفي العارية والتوكيل بالبيع والإعتاق نظر. أقول: ينشأ في العارية من أنه مأذون في القبض صريحا فزالت اليد العارية (ومن) الذي مر في الرهن ولأن العارية لم يناف الضمان لاجتماعها معه كالمضمونة (و أما في التوكيل) فمن أنه جعل يده كيده (ومن) حيث إنه لا يدل على التسليط على القبض والإمساك فالعارية أولى بالسقوط ولأن التوكيل قد يكون بعوض فلا يكون يده للمالك مطلقا والأقوى عندي أنه لا يسقط الضمان بمجرد الإذن فيهما بل ولا في كل ما لا يستلزم المأذون فيه إثبات اليد: قال دام ظله: ولو أبرئ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فإشكال منشأ الإبراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والأقرب أنه لا يبرء ولا يصير يده يد أمانة.

لا يبرء ولا يصير يده يد أمانة، أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب، ولا يجبر الرهن على الإقباض فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطا في بيع فللبايع الخيار وكيفيته كما تقدم، وإنما يصح القبض من كامل التصرف وتجزئي (تجري خ ل) فيه النيابة كالعقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الرهن، وهل له استنابة عبد الرهن ومستولده إشكال ينشأ (من) أن أيديهم يده ويستنيب مكاتبه، وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع

أقول: ينشأ (من) أن الإبراء عما لم يجب فلا يصح (ومن) وجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف ووجود السبب كوجود المسبب، والأقوى الأول لأن إزالة ما لم يوجد لا يمكن ولا يمكن أن يكون المراد أن الإبراء للمرتهن الغاصب لأنه يكون منافيا لما ذكره فيما سبق وإن جعل المراد للرهن فيكون تفريفا على أن مجرد الرهن لا يبرء لأنه لو برئ بالرهن لكان الإبراء بعده لغوا فذكر أنه لو أبرئه أيضا لم يبرء بالإبراء لوجود سبب الضمان. قال دام ظله: وأما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو الشراء الفاسد فالأقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لأن ضمانهم أخف من ضمان الغاصب.

أقول: يحتمل عدمه لما ذكر في الغصب، والأقوى عندي زوال الضمان بالتفريط بالإقباض بالرهن، وأما العارية المقتضية للضمان فتبقى ما دامت باقية وسقوط الضمان في المقبوض بالسوم والبيع الفاسد.

قال دام ظله: وتجري فيه النيابة كالعقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الرهن وهل له استنابة عبد الرهن ومستولده إشكال ينشأ من أن أيديهم يده. أقول: بهذا وجه عدم الجواز (ووجه) الجواز أن توكيله ليس توكيلا لمولاه وله أهلية التوكيل بإذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا يلزم من توكيله تولى طرفي القبض بخلاف المولى.

والعتق والإصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة، ويلحق به الإحبال وإن لم يزل فلا كالوطني من دون إحبال والتزويج والإجارة والتدبير ولو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج ولو عاد افتقر إلى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرا بعد القبض فإنه يخرج عن الرهن ثم يعود إليه عند العود خلا، ولا يجوز إقباضه وهو خمير ولا يحرم الإمساك ولا العلاج ولا النقل إلى الشمس، ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله ويحكم على الراهن لو أقر بالإقباض ما لم يعلم كذبه فإن ادعى المواطاة فله الإحلاف، ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك، فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر أقربه ذلك للقبض وإن تعدى في غير الرهن، ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن، ولو تنازع الشريك والمرتهن في إمساكه انتزعه الحاكم وآجره إن كان له أجرة ثم قسمها وإلا استأمن من شاء ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الإقباض

قال دام ظله: فلو انقلب خمرا قبل القبض فالأقرب الخروج. أقول: وجه القرب أن ما بقي ركن من أركان العقد يكون في حكم ابتداء التصرف ويشترط شروطه فإذا كان القبض شرطا في صحته كان ركنًا من أركانه فيشترط في حال ثبوته شرائط صحته ابتداء التصرف ويمنعه مانعه والخمر لا يصح ابتداء التصرف عليه فيبطل لأنه متى تخلل بين أركان العقد مبطل الملك بطل هذا مذهب الشيخ وأبي الصلاح ويحتمل عود الرهن لعود الملك لأنه تابع له وقد عاد فيعود والأصح عندي البطلان!

قال دام ظله: ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر أقربه ذلك للقبض وإن تعدى في غير الرهن. أقول: ويحتمل عدمه لأن شرط البايع سايع وهذا غير سائغ والتحقيق أن هذا الخلاف راجع إلى أن النهي في غير العبادات هل يدل على الفساد أم لا والأصح عندي على القول باشتراط القبض الصحة هنا:

لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء، ولو كانا ساكنين في الرهن فحلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن، ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده. و لو اختلفا في الإذن احتل ذلك وتصديق الراهن مع اليمين ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع تخير البايع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقي رهنا بجميع الثمن ولا خيار لو تلف بعد القبض، وكذا يتخير البايع لو تعيبت العين قبل القبض كأنهدام الدار وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لو شرطه وجب.

فروع

(أ) لو شرطا وضعه على يد غيرهما لزم ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله وهو الجائز التصرف وإن كان كافرا أو فاسقا أو مكاتبا لكن بجعل لا صبيا ولا عبدا إلا بإذن

مولاه (ب) لو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه، ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما إشكال (ج) ليس لأحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه ما دام

قال دام ظله: ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده ولو اختلفا في الإذن احتل ذلك وتصديق قول الراهن مع اليمين. أقول: أشار بقوله ذلك إلى تقديم قول من هو في يده ووجهه أنه إن كان في يد الراهن فالأصل عدم الإذن وإن كان في يد المرتهن فالأصل صحة العقد والقبض ووجه الثاني أصالة عدم الإذن!

قال دام ظله: ولو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لأحدهما التفرد به ولا ببعضه ولو سلمه أحدهما إلى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما إشكال.

أقول: وجه الأول وجوب عوض واحد له وهما متساويان في سبب الضمان لأن كلا منهما مفرد ومتعد فعلى كل واحد منهما النصف مستقرا عليه (ووجه الثاني) إن كلا منهما مستودع للجميع ولكل جزء منضمنا إلى الآخر ولهذا لا يصح الاقتسام فإذا

على العدالة ولم يحدث له عداوة، ولو اتفقا على النقل جاز فإن تغيرت حاله أوجب طالب النقل فإن اتفقا على غيره وإلا وضعه الحاكم عند ثقة، ولو اختلفا في التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث، ولو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في النفقة أو الحفظ نقله الحاكم إلى ثقة، ولو مات العدل نقله إلى من يتفقا عليه فإن اختلفا نقله الحاكم ولو كان المرتهن اثنين فمات أحدهما ضم الحاكم إلى الآخر عدلا للحفظ (د) للعدل رده عليهما لا على أحدهما إلا باتفاق الآخر أو إلى من يتفقا عليه ويجب عليهما قبوله ولو سلمه إلى الحاكم أو إلى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير إذن ضمن فإن اختفيا عنه سلمه إلى الحاكم ولو كانا غاييين أو أحدهما لم يجز له تسليمه إلى الحاكم ولا غيره من غير ضرورة فيضمن ومع الحاجة يسلمه

إلى الحاكم أو إلى من يأذن له فإن سلمه إلى الثقة من غير إذن الحاكم ضمن ولو تعذر الحاكم وافتقر إلى الإيداع أودع من ثقة ولا ضمان (ه) لو لم يمتنع من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن ولو أذن له الحاكم ضمن أيضا لانتفاء ولايته عن غير الممتنع ويضمن القابض أيضا، ولو امتنع لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن، والفرق أن العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه (و) لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة إلا أن يكون شرطا في عقد الرهن، وليس للمرتهن عزله لأن العدل وكيل الراهن لكن ليس له البيع إلا بإذنه ولو لم يعزلاه لم يبيع عند الحلول إلا بتجديد إذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه، ولا يفتقر إلى تجديد إذن الراهن

سلم أحدهما فرط في الجميع من حيث إخلاء نظره، ومنشأ الإشكال في الاستقرار أن يد مثبت اليد عادية والآخر تارك للحفظ ومتعد بالتسليم إلى الثاني واليد العادية أقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الأول كالمباشر والثاني كالسبب (لأن) الشارع ساواهما في سببية الضمان مع المباشرة والسببية للاتلاف والأول أقوى فيساوي الأقوى (ولأن) الضمان وإثبات اليد وجوديان وترك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية العدمي له، وأما تسليمه اليد

ولو أتلّف الرهن أجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل وله المطالبة بها وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل الأقرب المنع (ز) لو عينا له ثمنا لم يجز له التعدي فإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن حق ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أولا فإن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فبمساوي الحق وإن باينهما عين له الحاكم، ولو باعه نسية لم يصح إلا بإذن (ح) كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع فإن تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري بالأقل من الدين والقيمة لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا فإن فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري، ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على

فاليد العادية سبب سببية التضمين بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمين فكانت أقوى وأولى في التضمين من التسليم (ولأن) الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لأن يد المستودع ليست عادية بالنسبة إليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فإنه أزال تمكينه من الدفع إلى المالك والمشتري العالم من الغاصب فإنه إنما أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له وغير ذلك ويده مساوية ليده لأنها استنابة في الحفظ ف ضمان تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع إليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس (ولأن) كل واحد منها سبب تام في التفريط والضمان من غير التفاوت إلى الآخر فإن المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أو لا وإثبات الآخر يده منفردة سبب تام في التضمين سواء فرض كون الآخر مسلما أو لا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما وهو الأصح عندي. قال دام ظلّه: ولو أتلّف الرهن أجنبي فعليه القيمة يكون رهنا في يد العدل وله المطالبة بها وهل له بيعها بالإذن في بيع الأصل الأقرب المنع. أقول: وجه القرب أن المأذون في بيعه قد تلف فيبطل الإذن لأن الوكالة تبطل بتلف متعلقها وقيمة غيره ويحتمل الجواز لأنه إنما أذن في الحقيقة في قضاء دينه بما يتعلق الرهن به وخصوصية العين تابعة والأقوى المنع.

من شاء ومتى ضمن العدل رجوع به على المشتري ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن (ط) لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل، ولو أطلقا باع بثمن المثل أو بزيادة خاصة ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان (ي) لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان، والأقرب أنه من ضمان الراهن لأنه وكيه (ويحتمل) المرتهن لأن البيع لأجله ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف، ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لأنه أمين فيبرء بيمينه دون المشتري وتقديم قولهما لأنهما منكران (يا) لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل إن علم المشتري بوكالته فإن علم بعد تلف الثمن في يده رجوع على الراهن، ولو علم بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجوع المشتري عليه لا على العدل، ولو رده بعيب رجوع على

الراهن خاصة لأن العدل وكيه والمرتهن قبض بحق، ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ويرجع العدل على الراهن إن اعترف بالعيب أو قامت به بينة فإن أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل فحلف المشتري رجوع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم (يب) لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجوع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري، ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده، ولو لم يعلم بالغصب

قال دام ظله: ولو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والأقرب أنه من ضمان الراهن لأنه وكيه ويحتمل المرتهن لأن البيع لأجله. أقول: العدل أمين لا ضمان عليه وهل التلف من الراهن أو المرتهن يحتمل الأول لأنه وكيه في البيع والقبض ويحتمل المرتهن لأن البيع لأجله فيكون وكيه في قبض الثمن وفيه نظر والأصح الأول لأنه لا يلزم من كون البيع لأجله كونه وكيه في القبض.

قال دام ظله: ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفه احتمل المساواة لأنه أمين فيبرء بيمينه دون المشتري وتقديم قولهما لأنهما منكران (أقول) الحق الأول.

استقر الضمان على الغاصب (يج) لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لأنه وكيهه على إشكال ولا يقبل في حق المرتهن لأنه وكيهه في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين (ويحتمل) قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره فعلى هذا لو حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه (وعلى الأول) يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته أو بيينة ماتت أو غابت لعدم التفريط في القضاء وإلا رجع على إشكال منشأه التفريط

قال دام ظله: لو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لأنه وكيهه على إشكال.

أقول: هذا الإشكال راجع إلى مسألتين (إحديهما) إن الوكيل إذا ادعى الدفع إلى من أذن له في الدفع إليه (فهل) يكون القول قوله (أم لا) وسيأتي (الثانية) إن الوكيل في الدفع إذا دفع من غير إيشهاد هل يكون ضامنا أم لا هذا إذا لم يشهد ولو ادعى إيشهاد من مات أو غاب أو فسق فالبناء على المسألة الأولى لا غير، والأصح عندي تقديم قوله لأنه أمين.

قال دام ظله: ولا يقبل في حق المرتهن لأنه وكيهه في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه إلى صاحب الدين ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره فعلى هذا إن حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه.

أقول: وجه هذا الاحتمال أنه أمين فيقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه كالمودع في رد الوديعة وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظله: وعلى الأول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وإن رجع على

وكونه أمينا له (و - خ) اليمين عليه إن كذبه (يد) لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه.

الفصل السادس في اللواحق

لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فإن كان وكيلا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل وحق المرتهن أقدم في حق الحي والميت، فإن قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء، و الرهن أمانة في يده لا يضمن إلا بالتفريط، ولا يسقط من دينه شيء فإن تصرف بركوب أو سكنى أو لبن وشبهه فعليه الأجرة والمثل (١) ويقاص في المؤنة فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا (قيل) يوم قبضه (وقيل) يوم هلاكه (وقيل) إلا رفع ولو علم

الراهن لم يرجع على العدل وإن كان دفعه بحضرته أو بينة ماتت أو غابت لعدم التفريط في القضاء وإلا رجع على إشكال منشأه التفريط وكونه أمينا له اليمين عليه إن كذبه.

أقول: هذا الإشكال يرجع إلى أن وكيل القضاء إذا لم يشهد هل يكون مفرطا لكونه وكيلا في الإبراء ظاهرا وباطنا بحيث ينقطع عنه الدعوى أو لا يكون مفرطا لأنه وكيله في الإبراء وقد فعل والأقوى عندي الأول فيكون ضامنا. قال دام ظله: فإن كان وكيلا فالأقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل. أقول: يأتي في جواز بيع الوكيل من نفسه. قال دام ظله: فإن تلف ضمن قيمته إن لم يكن مثليا (قيل) يوم قبضة (وقيل) يوم هلاكه و (قيل) إلا رفع.

أقول: الأول اختيار المصنف وأبي القاسم ابن سعيد والثاني قول الشيخين في النهاية والمقنعة وسالار في الرسالة. والثالث قول الشيخ في المبسوط، وهو الأقوى عندي: ولا بن الجنيد قول رابع أنه يضمن أعلى القيم من يوم هلاكه إلى يوم يحكم عليه بقيمته.

(١) النشر على ترتيب اللف.

جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين إلا بالبينة وله إخلاف الوارث على عدم العلم، ويجب على المرتهن بالوطني العشر أو نصفه ولو طاوعت فلا شيء، ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الأداء بعد الحلول بطلاً فإن تلف قبل مدة الحلول لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن وفوائد الرهن للراهن ولا تدخل فيه إن كانت موجودة، والأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط أو كانت متصلة، ولو أدى ما يخص أحد الرهنيين لم يحجز إمساكه بالآخر ولا بالخالي، ويقدم قول الدافع ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة ولا الشجر في رهن الأرض وإن قال بحقوقها إلا مع الشرط وكذا ما ينبت بعد رهنها سواء أنبتته الله تعالى أو الراهن أو أجنبي إلا أن يكون الغرس من الشجر المرهون، وفي دخول الأس تحت الجدار والمغرس تحت الشجر و

قال دام ظله: والأقرب عدم دخول المتجددة إلا مع الشرط أو كانت متصلة.

أقول: هذا قول الشيخ في الخلاف والمبسوط للأصل ولما رواه إسحاق بن عمار في الصحيح عن أبي إبراهيم عليه السلام قال قلت له فإن رهن داراً لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار. (١) ولقائل أن يقول لا دلالة فيه لأن كونه لصاحب الدار لا ينافي كونه رهناً، وقال الشيخ في النهاية بدخوله، وبه قال المفيد وابن الجنيد وأبو الصلاح وابن إدريس وابن البراج وابن حمزة، وادعى ابن إدريس الاجماع ولم يثبت والأقوى عندي أنه لا يدخل إلا بالشرط.

قال دام ظله: وفي دخول الأس تحت الجدار والمغرس تحت الشجر واللبن في الضرع والصوف المستجز على ظهر الحيوان وأغصان الشجر نظر.

أقول: أما الآس والمغرس فمنشأ النظر فيهما من حيث إن منفعتهما لا يتم إلا بهما (ومن) أنه ليس (ليساً - خ) جزء منهما والأصل عدمه ولأنه لا يدخل في البيع فلا يدخل في الرهن لأنه أضعف من البيع وأما اللبّن في الضرع فمنشأ النظر فيه من حيث إنه

(١) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب الرهن

اللبن في الضرع والصوف المستحز على ظهر الحيوان وأغصان الشجر نظر، والأقرب جواز إجبار الرهن على الإزالة، ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من البادنجان صح إن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وإن لم يتميز على رأي، ويقدم حق المجني

في حكم الثمرة (ومن) أنه من الفضلات غير المنفصلة الباطنة فيكون تابعا، وأما الصوف المستحز بكسر الجيم فمنشأ النظر فيه من حيث إنه من الأجزاء فكان كالأغصان لأنه كالأغصان والأوراق فيكون تابعا (ومن) حيث إنه كالثمار لأن العادة فيه الجز للانتفاع، وأما أغصان الشجر فالمراد منها هنا الأغصان التي تفصل غالبا كاليابس من سعف النخل وأغصان الخلاف، ومنشأ النظر فيها (من) حيث اعتياد قطعها فصارت كالثمرة (ومن) أنها جزء فيكون تابعة والضابط أنه يدخل في الرهن ما يدل عليه اللفظ بالمطابقة والتضمن من الأجزاء الحقيقية أو العرفية وما لا يمكن وجود المرهون إلا مصاحبا له وهو شرط وجوده فإن المرتهن يستحق مصاحبته وإن لم يقل بحقوقه ولا يدخل في الرهن لأن الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكا وإمكان بيعه ما دام الرهن ولا يتم إلا بذلك، والأصل فيه أن ما ينافي الشرط ينافي المشروط وإثبات أحد المتنافيين يوجب انتفاء الآخر: قال دام ظله: والأقرب جواز إجبار الرهن على الإزالة.

أقول: وجه القرب أن بقاء ماله على الرهن تصرف فيه وهو ممنوع منه كالمتاع الذي وضعه في الدار ولتضرر الأصل بالثمرة (ويحتمل) عدمه للأصل ولأنه تصرف في المنافع وهي لم تدخل في الرهن ويفرق بينه وبين المتاع بأن أصل كون المتاع منه فهو سبب في بقائه فإن فاعل الحدوث سبب ما للبقاء فهذا البقاء منه وله بخلاف الثمرة فإنه إبقاء له وليس منه ونمنع تساويهما فلا يلزم من وجوب إزالة الأول وجوب إزالة الثاني، والحق عندي وجوب إزالتها عند انتهائها عادة. قال دام ظله: ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من البادنجان صح إن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وإن لم يتميز على رأي. أقول: قال الشيخ في المبسوط إن كان الحق متأخرا إلى أجل يحصل معه

عليه وإن تأخر على حق المرتهن فيقترض في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه فالباقي رهن، وفي الخطأ إن فكه مولاه فالرهن بحاله وإن سلمه فللمجني عليه استرقاقه وبيعه أو بيع مساوي حقه فالباقي رهن، ولو جرح مولاه عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وإن قتله فللورثة قتله والعفو فيبقى رهنا، ولو جرح خطأ ولم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله، ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه، وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقي رهن، ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه إلا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويظل حق المرتهن والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفى بغير مال فكعفو المحجور، ولو أوجبت أرشا فللثاني ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر، وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقي رهن ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي ولا يتعلق بها الوكالة، ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعاً فالرهن بحاله وإذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامة اليد وعلى الراهن مؤنة المرهون، وأجرة الإصطبل وعلف الدابة وسقى الأشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله، ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (١)، ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر على الغاصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير

من الغاصب: هذا إن جهلوا ولو علموا لم يرجعوا عليه وأحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون والخصم في بدل الرهن الراهن،

اختلاط الرهن بغيره بحيث لا يتميز بطل لتعذر الاستيفاء منه لجهله ولأنه يصدق كلما صح رهنه صح بيعه عند الأجل ويلزمه كلما لم يصح بيعه عند الأجل لم يصح رهنه وهذا لا يصح بيعه عند الأجل لجهله واختار المصنف الصحة ويكون حكمه حكم الأملاك الممتزجة وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: والخصم في بدل الرهن الراهن فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم.

(١) السلع بكسر السين وفتح اللام زيادة تحدث في الجسد كالغدة - صحاح.

فإن امتنع فالأقرب أن للمرتهن أن يخاصم، ولو نكل الغريم حلف الراهن فإن نكل ففي إحلاف المرتهن نظر، فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن

أقول: وجه القرب تعلق حقه بها فكان له المطالبة بها ولأنه لو لم يكن له المطالبة لم يكن له المطالبة إذا كان الجاني سيده والتالي باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة أنه لو لم يكن المطالبة إلا للمالك لا المرتهن لم يكن له مطالبة المالك إذا كان جانياً لأنه لا يستحق على نفسه فلا يطالب نفسه ولأن حقه إما أن يتوقف تعلقه واستحقاق مطالبته بها على قبض المالك واستحقاق المالك لها أولاً والأول يستلزم عدم مطالبة المالك لعدم استحقاق المالك على نفسه وإن كان الثاني فهو المطلوب وبيان بطلان التالي الاجماع (ويحتمل) ضعيفا عدمه لأنه إثبات لحق غيره والأقوى عندي الأول.

قال دام ظله: ولو نكل الغريم حلف الراهن فإن نكل ففي إحلاف المرتهن نظر.

أقول: ينشأ (من) أن إثبات حق المرتهن مع عدم ملكية المالك هنا مما لا يجتمعان والثاني ثابت فينتفي الأول، وأما الثاني فلأن الرهن هنا تابع لملكية الراهن لا يمكن ثبوته بدونها وكل تابع كذلك فوجوده مع عدم المتبوع لا يجتمعان صدقا ضرورة، وأما ثبوت الثاني وهو عدم ملكية الراهن فلأنه لو ثبت لملك يمينه غيره وهو محال لما تقرر عندهم (ومن) حيث إن له حقا لا يمكن إثباته إلا بيمينه ولا يجوز إبطال الحق، والأقوى الأول لأن الرهن متأخر عن ملكية الراهن فلا يمكن تقدمه عليه.

قال دام ظله: فإن عفا الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن فإن انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا.

أقول: وجه القرب أنه جمع بين الحقيين ولأنه لا مانع إلا حق المرتهن فإذا انفك انتفى المانع (والتحقيق) أن الأمور العدمية لا توصف بأنها موقوفة بل يكون مراعاة وما يدل على صحتها كاشف والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة

فإن انفك ظهر صحة العفو وإلا فلا ولو أبرأ المرتهن لم يصح، والأقرب بقاء حقه فإن الإبراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن، ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على إشكال أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه، ولو رهن عبيدين فكل

وأما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعني علة الصحة أو اللزوم ولهذا قال المصنف ظهر صحة العفو (ويحتمل) بطلانه (لأن) الراهن ممنوع من التصرف في الرهن شرعا ومعنى المنع بطلان تصرفه لأنه لا يتم فائدة المنع إلا به (ولأن) حق المرتهن وصحة تصرف الراهن بغير إذنه متنافيان وحق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كهبه الرهن نفسه قال المصنف ويحتمل صحة العفو ويضمن الراهن للجاني مع عدم الفك لأن ماله ذهب في قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو استعاره للرهن. قال دام ظله: ولو أبرأ المرتهن لم يصح والأقرب بقاء حقه إلى آخره أقول: وجه القرب أن ثبوت الحكم إما بالنص عليه أو بإثبات علته أو ملزومه والكل منتف (أما الأول) فلأنه لم يصرح بإسقاط حقه (وأما الثاني) فلأن إبراء المرتهن لا ينفذ لأنه تصرف في ملك الغير فلم يثبت العلة فلم يقع نفيه (وأما الثالث) فظاهر إذ لا ملزوم هنا (ويحتمل) السقوط لأن إبرائه أبلغ في إسقاط حقه من الصيغة المصرحة به لأنه حكم بنفي العلة التي هي استحقاق المال في ذمته والحكم بانتفاء العلة أبلغ في نفي المعلول وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة من دون الحكم بنفي علته لأن الأول لمى.

قال دام ظله: ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على إشكال أقربه ذلك إن كان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه. أقول: ينشأ من أن كل واحد من الأجزاء إما أن يكون مرهونا أو لا، والثاني محال قطعاً، والأول إما على جزء يقتضيه التقسيط من الدين خاصة أو على كل الدين، والأول باطل وإلا لكان إذا تلف جزء من المرهون لا يبقى الباقي رهنا إلا على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعاً فتعين الثاني وهو المطلوب (ويحتمل) عدمه لأنه إنما

منهما رهن بالجميع إلا أن يتعدد العقد والصفقة أو مستحق الدين أو المستحق عليه ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين، ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكك حصته إذ لا رهن حقيقي هنا، وإذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد إذن الشريك سواء كان مما يقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون أو لا كالعبيد، وإذا قال المالك بع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم اقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الإمساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لأن قوله ثم استوف لنفسك يقتضي

نص في الرهن بالمجموع على المجموع والأصل عدمه في الأجزاء ولم ينص عليها فلا يثبت على المجموع ولا بد وأن تكون مرهونة فتكون بالأجزاء على حسب ما يقتضيه الحساب، والأقوى عندي اختيار المصنف وهو أنه إن شرط رهنه على كل جزء في العقد كان كذلك وإلا فالتقسيم.

قال دام ظله: ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على إشكال.

أقول: منشأه انفراد كل بملكه وحصته من الدين (ومن) أنه لم يكن قبل ذلك كذلك وهذه المسألة مبنية على المتقدمة والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالأقرب انفكك حصته إذ لا رهن حقيقي هنا.

أقول: ويحتمل عدمه لأنه لا ميراث إلا بعد أداء الدين كله.

قال دام ظله: وإذا قال المالك بع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم اقبضه لنفسك فالأقرب صحة الجميع إلى آخره.

أقول: وجه القرب ما تقدم في جواز تولى طرفي القبض في البيع وهذه المسألة قد تقدمت.

الأمر بتجديد فعل ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لأنه لم يصح قبض الرهن لكن ما قبضه يكون مضمونا عليه فإن القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان، ولو قال بعه لنفسك بطل الإذن لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه، ولو قال بع مطلقا صح:

الفصل السابع في التنازع

لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه ولو ادعى دخول النخل في رهن الأرض قدم قول الراهن في إنكار الدخول والوجود عند الرهن فإن كذبه الحس وأصر جعل ناكلا وردت اليمين على المرتهن وإن عدل إلى نفي الرهن حلف، ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلأحدهما إذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعاً بأن يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم يقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان إلا أن نقول الصغيرة لا تطعن في العدالة والكذب منها، ولو ادعى على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد الآخر فإشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولا فإن قلنا بالتشريك لم يقبل وإلا قبلت، ولو اختلفا في متاع فادعى أحدهما أنه رهن وقال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على

الفصل السابع في التنازع

قال دام ظله: ولو ادعى على واحد رهن عبده (إلى قوله) وإلا قبلت. أقول: هذا يأتي في باب الدعاوي فنقول ها هنا أنهما متساويان في كل جزء يفرض ليس أحدهما أولى به من الآخر ولاستحقاق كل منهما النصف مشاعا من غير مشاركة لسماح دعواه وحده وبينته فيه والحق الأول. قال دام ظله: ولو اختلفا في متاع فادعى أحدهما أنه رهن وقال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على رأي. أقول: ما اختاره هنا مذهب الشيخ في النهاية والخلاف والمبسوط وابن البراج وابن إدريس للأصل وقال الصدوق في المقنع والشيخ في الاستبصار على

رأي، ولو قال الرهن (هو خ) العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن و
حلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن، أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد
على الثمن فقال المشتري بل الجارية (احتمل) تقديم قول الراهن، وهو الأقوى (و
التحالف) وفسخ البيع، ولو قال رهن العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن
ولو قال دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه، أما لو أنكر
الغريم القبض قدم قوله ولا فرق بين الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ولو قال لم أنو
عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع وأن يقال له اصرف الأداء الآن إلى ما شئت

صاحب الوديعة البينة فإن لم يكن له بينة حلف صاحب الرهن، لقول أبي عبد الله
عليه السلام لما سئل عن متاع في يد رجلين يقول أحدهما استودعتك والآخر يقول هو
رهن القول قول الذي يقول إنه رهن عندي إلا أن يأتي الذي ادعاه أنه أودعه
بشهود، (١) والأقوى الأول لعموم قوله عليه السلام واليمين على من أنكر (٢) (ولأن)
الرهن خلاف الأصل لأنه حادث والأصل بقاء العدم الأزلي.
قال دام ظله: أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن
فقال المشتري بل الجارية احتمال تقديم قول الراهن وهو الأقوى والتحالف
وفسخ البيع.

أقول: وجه القوة خروج الجارية بإنكار المرتهن وبقاء التداعي في العبد
والقول قول منكر الرهن (ولأنه) لا يمين على منكر رهن الجارية لأنه لا يعقل يمين على
ما يكفي في تحقق مقتضى الإنكار نفس الإنكار فيبقى العبد والقول قول الراهن
فيه (ووجه) التحالف أن الثمن يختلف باختلاف الشرط فكان كالاختلاف فيه و
الأصح الأول.

قال دام ظله: ولو قال له أنو عند التسليم أحد الدينين احتمال التوزيع
وأن يقال له اصرف الأداء الآن إلى ما شئت.

(١) ثل ب ١٦ خبر ٣ من كتاب الرهن.
(٢) ثل ب ٢٤ خبر ٣ من أبواب كيفية الحكم.

وكذا نظائره كما لو تباع مشر كان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم درهما ثم أسلما فإن قصد تسليمه عن الفضل فعليه الأصل وإن قصد عن الأصل فلا شيء عليه وإن قصدهما وزع و (يسقط) (سقط خ ل) ما بقي من الفضل وإن لم يقصد فالوجهان، ولو كان

لزيد عليه مئة ولعمرو مثلها وو كلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك وإلا فالوجهان، ولو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل (بنية خ)

أقول: وجه الأول أنه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر ولأنه قد ملكه ملكا تاما فإما عنهما أو عن أحدهما بعينه أو لا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه والكل باطل إلا الأول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضي عن الذمة ولأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال وإلا كان هو المقضي عنه (ووجه) الثاني إنه تصرف اختياري له من غير توقف على اختيار أحد له وهو غير موقوف على غير الاختيار والدفع فيفعله متى شاء وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: وكذا نظائره كما لو تباع مشر كان درهما بدرهمين (إلى قوله) وإن لم يقصد فالوجهان:

أقول: الوجهان احتمال التوزيع وأن يقال له اصرف الأداء إلى ما شئت كما تقدم.

قال دام ظله: ولو كان لزيد عليه مئة ولعمرو مثلها وو كلا من يقبض لهما فدفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك وإلا فالوجهان.

أقول: الوجهان احتمال التوزيع وأن يقال له اصرف الأداء إلى ما شئت كما تقدم.

قال دام ظله: ولو أخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل القابض ولو فقدت فالوجهان.

أقول: وجه الأول (١) إن تعيين الجهة إليه لا إلى القابض (ووجه الثاني) (٢)

(١) يعني كون الاعتبار بنية الدافع

(٢) يعني ويحتمل القابض.

القابض ولو فقدت فالوجهان، ولو كان التداعي في الإبراء قدم قول المرتهن ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين وفي قدر الدين علي رأي، وفي أن الرهن على نصف الدين لا كله وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة وفي أن رجوعه عن إذنه للراهن في البيع قبله ترجيحاً للوثيقة (ولأن) الأصل عدم بيع الرهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل

استمرار الرهن (ويحتمل) تقديم قول الراهن عملاً بصحة العقد، ولو ادعى الراهن الغلط في إقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلاً على كتاب وكيله فخرج مزوراً أو قال أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء قدم قول المرتهن مع اليمين وكذا لو قال تعمدت الكذب إقامة لرسم

إنه بالمنع والإجبار لم يعتبر قصده فكان الاعتبار بقصد القابض كنية الزكاة والخمس لعدم خروج الحق عنهما (وجه الثالث) (١) إن القابض لا اعتبار بنيته لأنه ليس له التعيين والقهر أسقط اعتبار المقبوض منه فيبقى بلا نية فيحتمل التوزيع وأن يقال له اصرف الأداء إلى ما شئت لما تقدم.

قال دام ظله: ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين وفي قدر الدين على رأي.

أقول: الخلاف في الاختلاف في قدر الدين وما اختاره هنا قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق وأبي الصلاح وابن حمزة وابن إدريس وابن البراج للأصل وقال ابن الجنيد يقدم قول المرتهن ما لم تزد دعواه عن القيمة ولقول علي عليه السلام لما سئل عن المرتهن إذا ادعى زيادة الدين يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن

لأنه أمينه (٢) وفي المستند ضعف والأول أقوى.

(١) يعني قوله ولو فقدت الخ.

(٢) ثل ب ١٧ خبر ١ من كتاب الرهن - وصدره هنا منقول إلى المعنى وهو هكذا عن علي (ع) في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن هو بكذا وكذا وقال المرتهن هو ما كثر قال علي عليه السلام يصدق الخ.

القبالة أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه وكذا لو شهدت

البينة بمشاهدة القبض، ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الرهن خاصة أخذ الأرش ولم يتعلق به المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الأرش وكان رهنا إلى قضاء الدين فإذا قضى (الدين - خ) من مال آخر فهو مال ضايع لا يدعيه أحد ولو جنى

العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الرهن مع اليمين، ولو اعترف الرهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الرهن

قال دام ظله: أما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه أنه لا يلتفت إليه.

أقول: إذا أقر الرهن بالإقباض ثم خطر وادعى الغلط في أخباره بالقبض (فإما) أن يكون إقراره في غير مجلس القضاء أو فيه، فإن كان الأول سمعت دعواه و كان القول قول المرتهن مع اليمين وإن كان الثاني (فإما) أن يكون إقراره جوابا بعد توجه الدعوى عليه (أو لا) فإن كان الثاني سمعت دعواه وكان القول قول المرتهن، وإن كان الأول فالوجه أنه لا يسمع وإلا لم يستقر حكم بالإقرار لاحتمال التأويل (و لانتفاء) وجه سماع الدعوى وهو احتمال المواطاة والعادة فإن إقراره في جواب الدعوى عند الحاكم لا يحتمل كونه مواطاة ولا العادة في رسم القبالة ذلك ولا شك في انحصار سبب القبول فيهما إذ الأصل أن لا يسمع بعد الإقرار الانكار بل الدليل قائم على امتناعه لأنه أثبت بأحد النقيضين فيمتنع الآخر وإنما يسمع خلافه مع سبب والإجماع على انحصاره في المواطاة والعادة برسم القبالة (ويحتمل) ضعيفا السماع لامكان النسيان وليس بجيد.

قال دام ظله: ولو اعترف الرهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين فإن بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الرهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من فكه.

ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفلك لقضاء ثمنه في دينه، ولو قال الراهن أعتقته أو أو عصيته أو جنى على فلان قبل إن رهنهت حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة ولو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن أو العبد فيعتق، ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة و عدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره والمرتهن بنكوله وغرامته للعبد بفكه من الرهن عند الحلول فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل وبالأزيد على إشكال فإن أعتق فلا ضمان إلا في المنافع التي استوفاه المشتري لا غيرها إذ

أقول: (١) إذا اعترف الراهن بجناية العبد المتأخرة عن الرهن وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع اليمين فيباع في الدين ولا ضمان على الراهن لأنه لم يفوته على المجني عليه ويحتمل ضمانه لأنه قد تآدى به دينه مع استحقاق المجني عليه والأول عندي أقوى.

قال دام ظله: ولو قال الراهن أعتقته إلى قوله ولو نكل فالأقرب إحلاف المقر له لا الراهن.

أقول: وجه القرب أن الحق له والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً وقد تقرر أنه لا يجوز للإنسان أن يحلف لا ثبات حق لغيره (ويحتمل) الراهن ليخلص من الضمان. قال دام ظله: ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بإقراره والمرتهن بنكوله وغرامته للعبد بفكه من الرهن فإن تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل وبالأزيد على إشكال أقول: إذا رهن عبداً ولزمه الرهن ثم أقر بعتقه أو بغصبه أو بجنايته فإن صدقه

(١) وفي نسخة بعد قوله إذا اعترف الراهن بجناية الخ هكذا - أما عدم الضمان فظاهر لأن المولى لا يعقل عبده وأما الضمان فلما ذكره المصنف وهو صغرى حذف كبراه وصورة القياس - أن هذا مال للمجني عليه قضى في دين المقر بأذن شرعي وكلمة كان كذلك فهو مضمون على المديون (والصغرى) بينة فإن الإذن الشرعي كأذن المقضى عنه (والكبرى) إجماعية هذا إذا كانت الجناية متأخرة عن الرهن فلو أقر بجناية متقدمة عليه ضمن قطعاً انتهى.

منافع الحر لا تضمن بالفوات وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية، وإن كوتب بالقيمة أو بالأدون أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به وجب على المقر تخليصه به فإن

المرتهن فلا بحث وإن تعذر جوابه كأن مات ووارثه يتيم أغرم المقر قطعاً للمقر له فإن كذبه المرتهن فادعى المقر له علمه أحلف المرتهن فإن نكل حلف المقر له على ما اخترناه في المسألة السابقة فإن نكل فهل يغرم المقر للمقر له فيه احتمالان ذكر المصنف وجههما (والحق) عندي الغرامة لأن اليمين محذورة فلم يمكنه إلا بارتكاب محذور لا يلزم فعلى القول بالغرم نقول له صور (أحدها) الغصب فيضمن القيمة ولو عانده المغصوب منه وقال يضمن لي كل منفعة يتجدد للعبد وهكذا إلى أن يفكه أو يموت العبد كان له ذلك (وثانيها) الجناية فيغرم أقل الأمرين من القيمة والأرش عندنا وعند الشيخ الأرش (وثالثها) العتق (فنقول) يجب عليه فك الرهن بأداء الدين فإذا تعذر وبيع في الرهن وجب افتكاكه فإن بذله المشتري بقيمته أو بأقل وجب فكه ولو بذله بالأزيد ولو بأضعاف قيمته فالأصح وجوب فكه عليه لوجوب تخليص الحر فإنه لا عوض له إلا التخليص

ولا يمكن إلا بالأزيد من القيمة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (وا احتمال) عدمه لإمكان استلزامه الضرر بأن يحيط بمال الراهن والضرر منفي بالحديث المتواتر (ضعيف) ولا وجه له عندي ويتفرع على هذا أنه لو أعتق لم يضمن إلا المنافع التي استوفاه المشتري لا الرقبة لأن رقبة الحر لا تضمن إلا بإتلافه، والمنافع التي لم يستوفها لا يضمن لأن منافع الحر لا يضمن بالفوات (وأوردت على المصنف دام ظله) أن ضمان منفعه لا يحكم شرعاً بملك العبد لها وإلا لزم أحد الأمرين إما تملك العبد شيئاً وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل إجماعاً وإما أن يملكها المشتري فإن غرمننا المقر تسلسل وإلا انتفت فائدة الغرم (أجاب دام ظله) بأنه يغرمها وتعد عند الحاكم لأحد أمور ثلاثة إما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجناية أو حتى يعتق العبد أو يموت ليرثها الإمام أو وارثه الحر إن كان لأن الإقرار بالملزوم إقرار باللائم. قال دام ظله: وإن كوتب بالقيمة أو بالأدون أو بالأزيد مع عدم التخلص إلا به وجب على المقر تخليصه به فإن سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على

سعى العبد ضمن الأجرة خاصة على الأقوى بخلاف الميراث وإن (أعتق) (أعين - خ) من الزكاة فلا ضمان فيه وكذا لو أبرأه السيد ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه، ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص، ولو جنى على عبدا لمقر أو نفسه أو مورثه وكان عبدا أو مكاتبا خلص منه بقدرها ولو أوصى لشخص بخدمته دائما ولآخر برقبته فأعتق ضمن له أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبدا ضمن لو ارثه الحر أجرة منافعه

الأقوى بخلاف الميراث.

أقول وجه القوة أن الأجرة قيمة المنفعة المستوفاة وكل منفعة مستوفاة من الحر تضمن ولا يضمن ما أدى من مال الكتابة لأنه دفعه بغير إذنه في فك رقبة لم تدخل تحت ضمانه فإن رقبة الحر لا تضمن (ويحتمل) ضمان أكثر الأمرين من الأجرة ومما أدى في مال الكتابة لأنه سبب في إتلافه والمباشر هنا ضعيف والسبب أقوى كما لو قدم الغاصب إلى المغضوب منه طعامه مع جهله فأكله وفرق بين ما أخذه مولاه من كسبه وبين ما دفع في مال الكتابة، لأن ما أخذه مولاه من كسبه قهره مولاه عليه بسبب منه شرعي ظاهرا لأنه موجب بغير اختيار العبد والسبب الشرعي ظاهر كالمباشر في الإتلاف كالشهود في القتل فإنهم يقتلون لا الحداد (١) ومال الكتابة العبد قرره (فوته - خ ل) فلم يكن المولى سببا تاما فيه (ويحتمل) أقل الأمرين لأنه إن كان المدفوع أقل فهو الذي تلف بفعله لا غير وإن كانت الأجرة أقل فهي المنفعة المستوفاة ولا يضمن الحر باليد عليه ولا ما أدى فداء عن رقبته كما لو سلمه إلى غاصب غيره فأفتك نفسه من الثاني - قوله (بخلاف الميراث) يريد بذلك أن يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ما أدى في فك رقبته لو مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركة فإنه يضمن العين لأنه أداه الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه ولم يتحقق فيه تبرع أصلا ولا يتصور الأجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع.

(١) يعني إذا ظهر الخطأ في الشهادة يقتل الشاهد إذا شهد بالقتل ولا يقتل مجرى الحد كالحاكم مثلا وإن كان مباشرا.

المستوفاة وما وصل إلى مولاه من كسبه، ولو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمنه للإمام ولو انتقل إلى مورث المقر فأعتقه في كفارة أو نذر غير معين وحاز المقر التركة أو بعضها أخرج الكفارة أو النذر ولا يزاحم الديون والوصايا مع التكذيب، ولو استولدها المشتري لم يحتسب (يحسب - خ ل) على الولد نصيب المقر لو كان وارثا ولا تحتسب (يحسب - خ ل)

من مال المشتري بالنسبة إلى المقر فلا يخرج ما أوصى له المشتري به منه إلا في أخذه في دينه لو دفع إليه فيعتق (فينعتق - خ ل) عليه ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر إنكاره في

اللزوم أن شرطناه، ولو اعترف أحدهما خاصة فالقول قول المنكر ولا تقبل شهادة العدل عليه ولو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين ويأخذ المالك سلعته.

المقصد الثالث في الحجر

وهو المنع عن التصرف وأسبابه ستة الصغر والجنون والرق والمرض والسفه و الفلاس فهنا فصول (الأول) الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات ويعتد بإخباره عن الإذن في فتح الباب والملك عند إيصال الهدية وإنما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد (أما البلوغ) فيحصل بأمور (١) إنبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما أو كافرا ذكرا أو أنثى، والأقرب أنه إمارة ولا اعتبار بالزغب (١) ولا الشعر الضعيف ولا شعر

المقصد الثالث في الحجر

قال دام ظله: الإنبات بالشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما أو كافرا ذكرا أو أنثى والأقرب أنه إمارة.

أقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط قال من الناس من قال أنه بلوغ (احتج) المصنف بقوله تعالى وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا (٢) وقوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم (٣) وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم رفع القلم عن

ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم (٤) (ولأن) البلوغ غير مكتسب والإنبات يستعجل بالمعالجة

(١) الزغب بفتحيتين الشعيرات الصفر على ريش الفرخ (صحاح)

(٢) الفرقان - ٥٨.

(٣) الفرقان - ٥٧.

(٤) مستدرک ب - ٣ - خبر - ١٠ - من أبواب مقدمات

العبادات و (جامع الأحاديث) ب - ١٠ - خبر ١٦ - من أبواب المقدمات.

الإبط (ب) خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والأنثى (ج) السن وهو بلوغ خمس عشر سنة هلالية في الذكر وتسع في الأنثى (وفي رواية) إذا بلغ الصبي عشرا بصيرا جازت وصيته وصدقته وأقيمت عليه الحدود التامة وفي أخرى خمسة أشبار (د) الحيض والحمل دليلان على سبقه ولا يعرف الحمل إلا بالوضع فيحكم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشئ والخشى المشكل إن أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حكم ببلوغه وإلا فلا وأما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللايقة بأفعال العقلاء ولا تعتبر العدالة ويعلم باختياره بما يناسبه من التصرفات فإذا عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجرا والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة إن كان صانعا وأشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستنساج في الأنثى إن كانت من أهلها و

فهو مكتسب وقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (١)، جعل غاية المنع بلوغ النكاح، وعلق دفع المال على بلوغ النكاح والرشد ولحصوله على التدريج والبلوغ آني وما هو على التدريج لا يكون علة للآني.

قال دام ظلّه: وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية و تسع في الأنثى (وفي رواية) إذا بلغ الصبي عشرا بصيرا جازت وصيته وصدقته وأقيمت عليه الحدود التامة (وفي أخرى) خمسة أشبار. أقول: رواية بلوغ العشر بصيرا هي رواية الصدوق الصحيحة، عن عبد الرحمن ابن أبي عبد الله، عن الصادق عليه السلام: إنه قال إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته. (٢)

وروى زرارة عن الباقر عليه السلام أنه قال إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله إذا أعتق أو تصدق أو أوصي على حد معروف أو حد ما هو جائز (٣)، وعمل كثير من

(١) النساء - ٥٠.

(٢) ثل ب ٤٤ خبر ٣ من كتاب الوصية.

(٣) ثل ب ٤٤ خبر ٤ من كتاب الوصية.

أشباهه حكم بالرشد وفي صحة العقد حينئذ إشكال، ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وإن طعن في السن، ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها وبشهادتين، وصرف المال إلى وجوه الخيرات ليس بتبذير وصرفه إلى الأغذية النفيسة التي لا يليق بحاله تبذير - وولي الطفل أبوه أو جده لأبيه وإن علا ويشتركان في الولاية فإن فقدوا فالوصي فإن فقد فالحاكم، ولا ولاية للأم ولا لغيرها من الأخوة والأعمام وغيرهم عدا من ذكرنا، وإنما يتصرف الولي بالغبطة فلو اشترى لا معها لم يصح ويكون الملك باقيا للبايع، والوجه أن له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا ولا يعتق عنه إلا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ولا يطلق عنه

الأصحاب بهاتين الروايتين وابن إدريس منع الجميع وهو الصحيح قوله (وفي أخرى خمسة أشبار) أقول هذه رواية السكوني، عن الصادق عليه السلام، في رجل وغلام اشتركا في

قتل رجل فقتلاه: فقال أمير المؤمنين عليه السلام إذا بلغ الغلام خمس أشبار اقتص منه وإن لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالدية (١) قال دام ظله: وفي صحة العقد حينئذ إشكال.

أقول: إن ظهر رشده خال العقود صحت العقود قطعا وإن ظهر سفهه أو لم يتبين شيء بعد (فهل) يحكم بصحة العقود أو لا والإشكال في هذين الموضوعين لا غير ومنشأه أن السفية يصح تصرفه بإذن الولي وهذه العقود مأذون فيها شرعا (ومن) حيث بطلان تصرفات السفية وهذا سفية. وإليه ذهب الشيخ وابن البراج ومنعوا صغرى الأول وفي المجهول الحال أنه كان محجورا عليه شرعا ولم يعلم المزيل للحجر والأصل بقاء ما كان على ما كان فالمقتضي للبطلان موجود والمانع لم يتحقق.

قال دام ظله: والوجه أن له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا. أقول: قال الشيخ ليس له القصاص (واحتج) المصنف بأنه قائم مقامه ولأنه منصوب لاستيفاء حقه (واحتج) الشيخ بأن القصاص للثفتي وهو لا يحصل حال الصغر ولأنه ربما يرغب في العفو أو الاستيفاء والوجه اختيار المصنف.

(١) ثل ب ٣٤ خبر ١ من أبواب القصاص في النفس.

بعوض ولا غيره ولا يعفو عن الشفعة إلا لمصلحة ولا يسقط مالا في ذمة الغير وله أن يأكل بالمعروف مع فقره وأن يستعفف مع الغناء والوجه إنه لا يتجاوز أجره المثل، ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على إشكال، فإن تبرم (١) الولي به فله أن يستأجر من يعمل، ويستحب له البيع إذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة، وكذا يستحب الشراء للرخيص، وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ

الأجرة على إشكال وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ما شرط

له (وهل) للوصي أن يتجر لنفسه (بنفسه - خ ل) مضاربة فيه إشكال ينشأ (من) أن له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه (ومن) أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه إلا

قال دام ظله: وله أن يأكل بالمعروف مع فقره وأن يستعفف مع الغناء والوجه إنه لا يتجاوز أجره المثل.

أقول: الأول قول الشيخ للآية (واحتج) المصنف بأنه عوض عمل غير متبرع به فيستحق أجره المثل مطلقا وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على إشكال.

أقول: ينشأ من أنه اكتساب لا يجب (ومن) أنه منصوب للمصلحة وهذه من أتم المصالح ولأنه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب المولى لدفعها وبهذا بينى على أن هذا هل هو مصلحة أو أصلح (وعلى الثاني) هل يجب أم لا وقد حقق ذلك في علم الكلام.

قال دام ظله: وإذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الأجرة على إشكال.

أقول: ينشأ من وجود المتبرع فيمكن توليته فيحصل الحفظ المطلوب من الولي شرعا بغير أجره فلا يجوز له أخذ الأجرة لامكان بدونها (ومن) زيادة شفقة الأب وجعل الولاية له شرعا فله أخذ الأجرة وهو الأقوى عندي.

(١) تضرر وسئم - م.

بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ويجوز إبطاع ماله وهو أن يدفع إلى غيره والربح كله لليتيم وأن يئني له عقارا ويشتره ولا يجوز له بيع عقاره إلا للحاجة ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة وخلطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل وجعله في المكتب بأجرة أو في صنعة وقرض ماله إذا خشي تلفه من غرق أو نهب

وشبهه فيأخذ عليه رهنا بحفظ قيمته فإن تعذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن، ولو احتاج إلى نقله جاز إقرضه خوفا من الطريق وكذا لو خاف تلفه بتناول مدته ولم يتمكن من بيعه أو تعيبه كتسويس التمر وعفن الحنطة، ولو أراد الولي السفر كان له إقرضه فإن تمكن من أخذ الرهن وجب وإلا فلا وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله، والأقرب في الوصي ذلك ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان

قال دام ظله: وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والأقرب في الوصي ذلك:

أقول: وجه القرب أن الأب قد أقامه مقام نفسه ويحتمل عدمه لأصالة عدمه والأقوى عندي اختيار المصنف.

قال دام ظله: ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي أو ماله والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان أبا أو غيره على إشكال.

أقول: لا شك أن القول قوله في الانفاق بالمعروف لعسر إقامة البينة في كل وقت على الانفاق وعسر ضبطه ولا في أن القول قوله في التلف من غير تفريط للأصل (ولأنه) أقوى من الودعي ولا في أن القول قول الأب في أن القرض أو البيع للمصلحة لأنه غير متهم في حق ابنه وعليه الانفاق، والإشكال في غيره ومنشأه أصالة صحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولأنه موضوع لفعل ما يعتقد أنه مصلحة فلا يمكن إقامة البينة عليه (ولأن) دعواه بصلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الأصل والقول قوله فيه وأصالة بقاء الملك على مالكه إلى أن يثبت الناقل (ولأصالة) عدم

أبا أو غيره على إشكال، وهل يصح بيع المميز وشرائه مع إذن الولي نظر.
الفصل الثاني في المجنون والسفيه

أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات جمع المالية وغيرها وأمره إلى الأب والجد له وإن علا فإن فقد فالوصي فإن فقد فالحاكم وللولي التصرف في ماله بالغبطة وحكمه حكم الصبي فيما تقدم إلا الطلاق فإن للولي أن يطلق عنه وإلا البيع فإنه لا ينفذ وإن أذن له الولي وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها (وأما السفيه) فهو الذي يصرف أمواله على غير الوجه الملايم لأفعال العقلاء ويمنع من التصرفات المالية وإن ناسبت أفعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والإقرار بالدين والعيان والنكاح فإن عقد لم يمض، وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الأقرب الأول ولا يزول إلا بحكمه فإن اشترى بعد

الحاجة إلى البيع (ولعدم) خفاء المصالح، والأقوى أن كل من يلزم فعله أو إنشائه غيره يمضي إقراره بذلك عليه كبيع الولي.

قال دام ظله: وهل يصح بيع المميز وشرائه مع إذن الولي نظر.
أقول: ينشأ من أن البلوغ شرط إجماعاً قيل في اعتبار الصيغة وصلاحيته لترتب الحكم عليها لمساواته النائم والمجنون في رفع القلم للحديث وهو نفي نكرة فيعم (ومن) وقوعها بأذن الولي فصار كما لو صدرا منه، والأقوى عدم الصحة.

الفصل الثاني في المجنون والسفيه

قال دام ظله: وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الأقرب الأول ولا يزول إلا بحكمه.

أقول: هذا مذهب الشيخ في المبسوط وقال ابن البراج بزواله برشده من غير توقف على حكم الحاكم (ووجه) اختيار المصنف أنها مسألة اجتهادية إلا ما رأيت فيها مختلفة فيناط بنظر الحاكم (احتج) الآخرون بأن العلة السفه ووجود العلة يستلزم وجود المعلول ولاشترط جواز التصرف بالرشد وزوال الشرط يستلزم زوال المشروط ولأن مع وجود السفه وعدم حكم الحاكم إن جاز التصرف لم يكن الرشده شرطاً وهو

الحجر فهو باطل ويسترد البائع سلعته إن وجدها وإلا فهي ضايعة إن قبضها بإذنه عالما كان البائع أو جاهلا وإن فك حجره وكذا لو اقترض وأتلف المال ولو أذن له الولي صح إن عين وإلا فلغو وكذا يجوز لو باع فأجاز الولي ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن ولو أقر بدين لم ينفذ سواء أسنده إلى ما قبل الحجر أو لا. وكذا لو أقر بإتلاف مال أو بجناية توجب مالا ويصح طلاقه وظهاره ولعانه ورجعته وخلعه ولا يسلم مال الخلع إليه وإقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال، ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء أهلية التصرف، وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فإن تبرم بها أبدلت وهو في العبادات كالرشيد إلا أنه لا يفرق الزكاة بنفسه وينعقد إحرامه في الواجب مطلقا وفي التطوع إن استوت نفقته سفرا وحضرا أو أمكنه تكسب الزائد وإلا حلله الولي بالصوم، وينعقد يمينه فإن حنث كفر بالصوم وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والأرش والولاية في ماله للحاكم خاصة ولو فك حجره ثم عاد التبذير أعيد الحجر وهكذا.

الفصل الثالث في المملوك

المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع وإجارة واستدانة وغير ذلك

باطل بالآية وإن لم يجز فهو المطلوب والأولى عندي ما هو الأقرب عند المصنف. قال دام ظله: ولو صولح فيه على مال فالأقرب ثبوت المال أقول: إقراره بموجب القصاص تصرف في غير المال وهو عاقل وكل عاقل يقبل إقراره بما يوجب القصاص لعموم إقرار العقلاء (١) فيلزم وله خلاص نفسه بالمال إذا توقف عليه لأن حفظ النفس أولى فجاز له الصلح (ويحتمل) لعدم لأنه يرجع على الأصل بالإبطال لأن أصل الحجر على السفية لحفظ ماله فلو جاز تصرفه بواسطة منه باختياره لانتفت الغاية التي شرع الحجر لأجلها وكل حكم رجع على أصله بالإبطال كان باطلا، والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

(١) مستدرک باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

من جميع العقود إلا بإذن مولاه عدا الطلاق فإن له إيقاعه وإن كره المولى، والأقرب إنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة وأرشد الجناية على رأي أو غيرهما وسواء ملكه مولاه على رأي أو لا ولا يصح له الاستدانة فإن استدان بدون إذن مولاه استعيد فإن تلف فهو في ذمته إن عتق أداه وإلا ضاع سواء كان المدين جاهلاً بعبوديته أو لا ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى ويتشارك غرمائه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة، ولو أذن له في التجارة لم يجز التعدي فيما حده وينصرف الإذن في الابتياح إلى النقد وله النسبة إن أذن فيها فثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه وليس له الاستدانة إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره

الفصل الثالث في المملوك

قال دام ظله: والأقرب أنه لا يملك شيئاً سواء كان فاضل الضريبة وأرشد الجناية أو غيرها على رأي وسواء ملكه مولاه على رأي أو لا أقول: الخلاف في هاتين المسألتين قد تقدم (١).

قال دام ظله: ولو أذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى إن استبقاه أو باعه ولو أعتقه فالأقوى إلزام المولى.

أقول: هذا مذهب الشيخ في الاستبصار وابن إدريس وابن حمزة لقول الباقر عليه السلام إن كان السيد أذن له أن يستدين فالدين على مولاه (٢)، وقال الشيخ في النهاية وابن البراج والمصنف في المختلف يلزم العبد لرواية عجلان عن الصادق عليه السلام في رجل أعتق عبداً له وعليه دين قال دينه عليه لم يزد العتق إلا خيراً (٣)

والأقوى الأول.

قال دام ظله: وليس له الاستدانة إلا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع به بعد العتق وإلا ضاع ولا يستسعى

(١) يعني في بيع الحيوان.

(٢) ثل ب ٢٩ خبر ١ من كتاب الدين.

(٣) ثل ب ٥٤ خبر ١ من كتاب العتق.

يتبع به بعد العتق وإلا ضاع ولا يستسعى على رأي، ولا يتعدى الإذن إلى مملوك المأذون ولو أخذ المولى ما استدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق وإلزام المولى معجلاً ويستعيد المقرض والبايع العين لو لم يأذن المولى فيهما فإن تلفت طولب به بعد العتق، ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه إشكال (وهل) يستبيح العبد البضع الأقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن وإذا أذن له في التجارة جاز كلما يندرج تحت اسمها أو استلزمته كحمل المتاع إلى المحرز والرد بالعيب وليس له أن ينكح ولا أن يواجر نفسه والأقرب أن له أن يواجر أموال التجارة ولو قصر الإذن

على رأي.

أقول: ما اختاره هنا مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن إدريس وأبي الصلاح للأصل وقال الشيخ في النهاية يستسعى وقال ابن حمزة إن علم المدين عدم الإذن له تبع به بعد العتق وإلا استسعى والأقوى أنه لا يستسعى مطلقاً. قال دام ظله: ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه إشكال. أقول: الضمير في تملكه يعود إلى المولى ومنشأه أنه أذن له في فعل محال وإن تمليك العبد تمليك المولى والأصل فيه أن بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين والإذن في الخاص يستلزم الإذن في المطلق اللازم له فقد أذن في شرائه لنفسه فقد أذن في الشراء المطلق وبطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام المطلق للقاعدة المذكورة ومن أن الكلي لا يوجد إلا في أحد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فلم يأذن في غير هذا الباطل فلا يتحقق والباطل غير متحقق فلا يتحقق الكلي. قال دام ظله: وهل يستبيح العبد البضع الأقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن

أقول: لأنه إذن في سائر التصرفات لأن التمليك أبلغ ويحتمل عدمه لعدم محله ويرد بأنه إذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي المثلن بعد ذلك وهو صحيح. قال دام ظله: والأقرب أن له أن يواجر أموال التجارة. أقول: وجه القرب أن المقصود بالإذن الاكتساب وهو هنا أبلغ (ولأن) له

في نوع أو مدة لم يعم ولا يتصدق ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ولا يعامل سيده
بيعا ولا شراء خلافا للمكاتب ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد إلى مال التجارة
(وهل) ينعزل بالإباق نظر، ولا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشراؤه
وإذا ركبته الديون لم يزل ملك سيده عما في يده ويقبل إقراره بديون المعاملة في
قدر ما أذن له لا أزيد سواء أقر لأجنبي أو لابنه أو لأبيه، ولا يجوز معاملته بمجرد دعواه
الإذن ما لم يسمع من السيد أو يقوم به بينة عادلة، والأقرب قبول الشيعاء ولو عرف
كونه مأذونا ثم قال حجر على السيد لم يعامل فإن قال السيد لم احجر عليه احتمل أن
لا يعامل لأنه العاقد والعقد باطل بزعمه والمعاملة أخذا بقول السيد، ولو ظهر استحقاق
ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ولا يقبل إقرار غير
المأذون بمال ولا حد (وهل) يتعلق بدمته نظر، ولا يقبل إقرار المأذون وغيره بالجناية

التصرف في الأعيان والمنافع تابعة لها ولجواز تملكها بغير عوض تبعا للأعيان
فهنا أولى وهو الحق (ويحتمل) عدمه لعدم دلالة اللفظ عليه مطابقة وتضمنا وهو
ظاهر والتزاما لعدم استلزام البيع الإجارة بل هنا متنافيان والأمر بالشئ يستلزم
النهي عن منافيه.

قال دام ظلّه: وهل ينعزل بالإباق نظر.

أقول: ينشأ من أن الشارع نزل الإباق منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه
عن امرأته والموت موجب للبطلان (ولأن) الأصل بقاء ما كان على ما كان.

قال دام ظلّه: والأقرب قبول الشيعاء.

أقول: وجه القرب أنه مما يتعذر إقامة البينة عليه عند كل معاملة أو سؤال
الحاكم (ويحتمل) عدم القبول لأن تملك ملك الغير يحتاج إلى ثبوت الإذن بالبينة
و (لأنه) لو ثبت الإذن بالشيعاء لثبت في الحر لاتحاد طريقهما فإن العبودية لا تزيده إلا منعا
من التصرف، والأقوى عندي ما استقر به المصنف.

قال دام ظلّه: ولا يقبل إقرار غير المأذون بمال ولا حد وهل يتعلق
بدمته نظر:

سواء أوجبت قصاصاً أو مالا ولا بالحد ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ.
الفصل الرابع في المريض
ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضي
إلا من ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي بشرط موته في ذلك المرض وإقراره

أقول: ينشأ من أنه هل هو مسلوب أهلية الإقرار (أو) الرقية مانعة لحق الغير و
هو غير الملك (ويحتمل) الأول لأن أهلية وجوب المال عليه موقوفة على أهليته للملك
وإلا لزم التكليف بالمحال ويحتمل الثاني لأنه لو أذن له المالك صح والأقوى عندي أنه
يتبع به بعد العتق:

قال دام ظله: ولو صدقه المولى في ذلك فالأقرب النفوذ.
أقول: وجه القرب أن العبد إنما منع إقراره لحق المولى وقد صدق (ويحتمل)
عدمه لأنه قد سلب أهلية هذا الإقرار ولا حق للمولى في نفسه والأصح عندي القبول.

الفصل الرابع في المريض

قال دام ظله: ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة
والمحاباة فلا يمضي إلا في ثلث تركته وإن كانت منجزة على رأي.
أقول: هذا قول الصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ في الخلاف وقال
في النهاية، والمفيد في المقنعة، وابن البراج، وابن إدريس أنها تصح من الأصل (لنا)
ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت
فماله من

ماله قال له ثلث ماله والمرأة أيضا (١) (وما) في الاستفهام للعموم (ولعدم) اجتماع خروج
الوصايا من الثلث لحق الورثة مع خروج المنجزة من الأصل على الصدق لاشتراكهما
في الموجب وهو عموم قوله عليه السلام المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله، (٢)
وحفظ

المال على الورثة ولجواز أن يعدل إلى المنجزة فيختل حكمه حصر الوصية في الثلث
والمقدم حق بالإجماع والأخبار المتواترة فالتالي باطل (واحتجوا) بأنه مالك تصرف
في ملكه فصح (والجواب) منع كلية الكبرى وجزئيتها لا تنتج في الأول.

(١) ثل ب ١٠ - خبر ٢ في كتاب الوصية.

(٢) لم نعر عليه في كتب الأحاديث بهذا اللفظ نعم مضمونه مذكور في كتب الفريقين.

كذلك إن كان متهما وإلا فمن الأصل سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي، وإذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي، والأقرب إلحاق مال السلم والجناية به،

قال دام ظله: وإقراره كذلك إن كان متهما وإلا فمن الأصل سواء كان لأجنبي أو لوارث على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج ورواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه، وقال في المقنع أنه يمضي في حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وقال المفيد يمضي من الأصل مطلقا وهو اختيار سلار وابن إدريس وجعله ابن حمزة من الأصل في حق الأجنبي ومن الثلث في حق الوارث مع التهمة إلا أن يقيم الوارث البينة على صحة مدعاه (احتج) المصنف برواية العلا ببيع السابري قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا ما لا فلما حضرها الموت قالت له أن المال الذي دفعت

إليك لفلانة وماتت المرأة فأتى أولادها الرجل وقالوا إنه كان لصاحبتنا ما لا لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء أفيحلف لهم فقال إن كانت مأمونة عنده فيحلف وإن كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها الثلث (١) (احتج) ابن

بابويه على قوله في المقنع برواية إسماعيل بن جابر الصحيحة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال يجوز إذا كان الذي أقر به دون الثلث (٢) (والجواب) المراد إذا كان متهما للجمع بين الأخبار. قال دام ظله وإذا مات حل ما عليه من الديون دون ماله على رأي.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وقال في النهاية يحل ماله وبه قال أبو الصلاح وابن البراج والطبرسي (لنا) الأصل بقاء الأجل احتج الشيخ بما رواه أبو بصير قال قال أبو عبد الله عليه السلام إذا مات الميت حل ماله وما عليه من الديون (٣) والأصح الأول.

قال دام ظله: والأقرب إلحاق مال السلم والجناية من الديون.

(١) ثل ب ١٦ خبر ٢ من كتاب الوصية.
(٢) ثل ب ١٦ خبر ٤ من كتاب الوصية.
(٣) ثل ب ١١ - خبر ١ - من كتاب الدين.

ولا يحل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته (وهل) هو كتعلق الأرش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال ويظهر الخلاف فيما لو أعتق الوارث أو باع نفذ على الأول دون الثاني (وهل) يشترط استغراق الدين إشكال أقر به ذلك فينفذ

أقول: وجه القرب النص على أنه إذا مات حل ما عليه و (ما) للعموم ولأنه دين وكل دين يحل بموت من هو عليه والأولى ضرورة فإن الدين هو المال الثابت في الذمة والثانية لعموم النص على أنه يحل الديون التي عليه (ويحتمل) العدم أما في السلم فلأن الأجل جزء من الثمن يتفاوت بتفاوتته ولهذا كان من أسباب الربا فلو حل بموته لاستحق زيادة ليست له وأما في الجناية فلأن الدية هي المقدار المؤجل فلا يجب الحال لأنه غير الدية ولتعارض العمومين والمراد بالجناية هنا ما يجب على الجاني لا العاقلة لأن من سبب الوجوب على العاقلة مضي السنة ولهذا لو مات قبله لم يجب عليه والأصح عندي أنه لا يحل مال السلم.
قال دام ظله: وهل هو كتعلق الأرش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال.

أقول: وجهه وجود خواص كل منهما فيهما لثبوته من غير اختيار المالك وسقوطه بتلف المتعلق بغير سببه وليس لصاحب الحق إلا أقل الأمرين من قيمته وحقه ولا شيء من الرهن كذلك وإنه سبب دين في ذمة المالك الحر فإن التركة باقية على حكم مال الميت ما دام الدين لم يقض ولبراءة المديون بالأداء منه ولا شيء من أرش الجناية كذلك، والأصح عندي أنه تعلق برأسه مغاير لهما ولا يلزم من الاشتراك في صفة الاشتراك في الماهية.

قال دام ظله: وهل يشترط استغراق الدين إشكال أقر به ذلك.
أقول: وجه القرب إنا إنما منعه حفظاً لمال الديان وهو يحصل بمنعه من قدر الدين (ولأنه) إنما يمنع في قدر ما يجب اخراجه من التركة (ويحتمل) عدمه لجواز تلف ما زاد على قدر الدين ولقوله تعال من بعد وصية يوصي بها أو دين (١)

تصرف الولي في الزائد عن الدين فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث، فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ وعلى القول ببطلان تصرف الوارث (لو لم يكن) في التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعاً وأكل ثمنه فرد بالعيب أو تردى في بئر حفرها عدواناً أو سرت جنايته بعد موته (احتمل) فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبهه الدين المقارن وعدمه فإن أدى الوارث الدين وإلا فسخ التصرف وعلى كل حال فللوارث إمساك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله (وهل) يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة الأقرب

فلا ميراث إلا بعد أدائه والأصح عندي أنه يمنع مطلقاً لأن الدين متعلق بكل التركة وبكل جزء منها.

قال دام ظله: فإن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فإن أعسر فالوجه أن للمدين الفسخ.

أقول: وجه ذلك أن تصرفه إنما جاز بشرط الأداء (ويحتمل) عدمه لتسويغه والصحيح الأول على تقدير الجواز والحق عندي المنع من التصرف مطلقاً والضمان بالتصرف لم يكن ناقلاً.

قال دام ظله: وعلى القول ببطلان تصرف الوارث (إلى قوله) وإلا فسخ التصرف.

أقول: وجه العدم أنه حال التصرف لم يكن الدين ثابتاً بالفعل وسبب منع التصرف ومنع ملك الوارث التام هو الدين حقيقة بالفعل ولم يحصل وإمكان السبب لا يكفي في وجوب المسبب بالفعل وفي تجدد الدين على الميت منع وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: وهل يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة إشكال أقربه المنع.

أقول: وجه القرب أنه بالموت ينتقل إلى ملك الوارث فيكون له أما الأول فلأنه من حين الموت إما أن لا يبقى مملوكه أصلاً وهو محال أو مملوكه للديان و

المنع ويحتسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي.

الفصل الخامس في المفلس

وفيه مطالب (الأول) المفلس (لغة خ) من ذهب جيد ماله وبقي رديه وصار ماله فلوسا وزيوفا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة، المديونية، وثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده

هو محال إجماعا أو للميت وهو محال لعدم قبوله للملك فيتعين الوارث وهو المطلوب والقائل بأن تعلقه كتعلق الرهن وإن نماء الرهن يدخل فيه يتعلق هنا عنده به (و) (يحتمل) التعلق لأنها على حكم مال الميت لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) ولتبعية النمء الأصل والأصح الأول.

قال دام ظله: ويحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد إن قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وإن لم يضمن الدين على رأي.

أقول: هذا قول ابن إدريس، ومنع الشيخ في النهاية من استيفاء القود إلا بعد ضمان الورثة الدية وجوز العفو وهو اختيار أبي الصلاح وابن البراج وقال الطبرسي إن بذل الجاني الدية لم يكن لهم القود إلا بعد ضمان الدين وإلا جاز من غير ضمان (لنا) إن موجب العمد القصاص وإنما يثبت الدية صلحا ولا يجب على الورثة (احتج) الشيخ برواية عبد الحميد بن سعيد قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله فعليهم أن يقضوا الدين قال نعم - قلت وهو لم يترك شيئا قال إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين (٢) وهو غير دال على محل النزاع لاحتمال أن يكون القتل خطأ (ولأن) السؤال وقع عن أخذ الدية لا مطلقا.

(١) النساء - ١١.

(٢) ثل ب ٢٢ - خبر ١ - من كتاب الدين.

عنها، والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم، ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ولو حجر الحاكم تبرعا لظهور إماره الفلاس أو لسؤال المديون لم ينفذ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والأيتام دون الغياب. ولو كان بعض الديون مؤجلا فإن كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها وإلا فلا ثم يقسم في أرباب الحالة خاصة ولا يدخر للمؤجلة شئ ولا يدام الحجر عليه لأربابها كما لا يحجر بها ابتداء، أما لو سئل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه إن كانت ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب (١) ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فإن امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه وكذا غير الكسوب إلى أن يقصر المال وإن قل التفاوت ويستحب إظهار الحجر لئلا يستضر معاملوه ثم للحجر أحكام أربعة، منعه من التصرف، ويبيع ماله للقسمة، والاختصاص، والحبس.

المطلب الثاني في المنع من التصرف

ويمنع من كل تصرف مبتدء في المال الموجود عند الحجر بعوض أو بغيره ساوى العوض أو زاد أو قصر ولا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع، وكذا ما يصادف المال بالتحصيل كالاختطاب والانتهاج وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالإتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية إذ لا ضرر فيه على الغرماء، أما لو صادف المال في الحال فإن كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق (احتمل) البطلان من رأس والإيقاف فإن

الفصل الخامس المفلس وفيه مطالب

المطلب الثاني في المنع من التصرف

قال دام ظله: أما لو صادف المال في الحال فإن كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والإيقاف:

أقول: اختار ابن الجنيد الأول ونقل الشيخ القولين في المبسوط وقوى الأول لأنه منع من التصرف بالحجر (ووجه) الثاني أنه لا أقل من الفضولي والراهن و

(١) على وزن فعول.

فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فإن قصر الباقي أبطل الأضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق (وإن) كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلماً أو اقترض وليس للبايع الفسخ وإن كان جاهلاً ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع والمتهب وغيرها الحجر، ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الإعتاق فإن أبطلنا التصرفات، فالأقوى بطلان البيع وإلا جاز العتق ويكون موقوفاً فإن قصر المال احتمال صرفه في الدين لا رجوعه إلى البايع، والأقوى صحة عتقه في المال ولو وهب بشرط الثواب

الأصح الأول.

قال دام ظلّه: ولو باعه عبداً بثمن في ذمته بشرط الإعتاق فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع

أقول: وجه القوة أنه موقوف على شرط لا يمكن حصوله منه (ويحتمل) الصحة لعدم استلزام بطلان الشرط بطلان البيع عند الشيخ الطوسي رحمه الله، وعلى مذهبننا لا يمنع إلا من التصرف في ملكه الذي لم يتعلق به حق شرعي يقتضي تجويز صرفه فيه وهو إنما ملكه على هذا الشرط (ولأن) نسبة عتقه إلى حق الديان كنسبة عدمه إليه فإنه مع العتق لا يتعلق حقهم به، وكذا مع عدمه لاسترجاع البايع إياه فهما سواء في النسبة (فلو نافى) حقهم العتق (لنافى) عدمه لكن حقهم ثابت فينتفي النقيضان والأقوى عندي ما هو الأقوى عند المصنف.

قال دام ظلّه: وإلا جاز العتق ويكون موقوفاً فإن قصر المال احتمال صرفه في الدين لا رجوعه إلى البايع والأقوى صحة عتقه في الحال.

أقول: وجه احتمال الأول أنه ملكه ولا يصح عتقه لأنه إزالة ملك بغير عوض ولا يصح منه ولا يرجع إلى البايع باعتبار اختلال الشرط لأن المشتري غير متمكن منه وبيعه إياه حالة الحجر (ووجه القوة) أنه من حين ملكه إنما ملكه بشرط الإعتاق فهو في التحقيق غير مصادف للمال والمراد بقوله ويكون العتق موقوفاً أي مراعى والأصح عندي ما قواه المصنف.

ثم أفلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو أقر بدين سابق لزمه (وهل) ينفذ على الغرماء إشكال ينشأ (من) تعلق حقهم بماله كالمرتهن (ومن) مساواة الإقرار للبينة ولا تهمة فيه ولو أسنده إلى ما بعد الحجر فإن قال عن معاملة لزمه خاصة لا في حق الغرماء وإن قال عن إتلاف مال أو جنابة فكالسابق، وكذا الإشكال لو أقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي، ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً بخلاف المبيع فإن فيه إشكالا، وكذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب

قال دام ظله: وكذا الإشكال لو أقر بعين لكن هنا مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي.

أقول: قوله وكذا الإشكال عطف على قوله (ولو أقر بدين سابق لزمه وهل يقدم على الغرماء إشكال ينشأ (من) تعلق حقهم بماله كالمرتهن (ومن) مساواة الإقرار البينة ولا تهمة فيه) هذا لفظ المصنف فالإشكال في إقراره بالعين هل يقبل في حق الغرماء ينشأ أيضا مما ذكر وعموم النص يدل على القبول لقوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١): ويمكن أن يفرق بين الدين والعين لأن الحجر تعلق بماله بإقراره بدين لو قبل في حق الغرماء لساوى الغرماء لكن إقراره بإقرار الراهن بعد الرهن برهن سابق فإنه لا يقبل وأما العين فلم يثبت أنها ماله.

قال دام ظله: ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً بخلاف المبيع فإن فيه إشكالا.

أقول: الإشكال كما تقدم من أن تصرفاته هل تقع باطلة من الأصل أو موقوفة. قال دام ظله: وكذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر فصدقه.

أقول: منشأ الإشكال كما تقدم.

قال دام ظله: ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر

(١) مستدرک ب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع إليه وإلا قسم ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً (ويحتمل) في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا المقرض ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالأرش وقيمة المتلف وأجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدم على سائر الديون وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والإمضاء من غير تقييد بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولا يمنع من وطئ مستولدته، وفي وطئ غيرها من إمامته نظر فإن أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له الغرماء لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب، ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله (فإن) نكل ففي إحلاف الغرماء

وصدقه دفع إليه وإلا قسم.

أقول: قال الشيخ في المبسوط يقبل إقراره مع اليمين فإذا حلف تقرر في يده للغايب والغرماء لا تعلق لهم بها وفيه نظر لأنه يمين لإثبات مال الغير وهو إقرار في حق الغرماء.

قال دام ظله: ويصبر من باعه بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا المقرض. أقول: وجه الأول أنه أدخل في مقابله ما لا فلم يكن فيه إضاعة بل في التحقيق لا يكون إخراجاً (ووجه الثاني) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله كان أحق بها (١)

(وجه الثالث) إنه دين حدث بعد الحجر برضاء مستحقه والأقوى عندي اختصاصه بعين ماله.

قال دام ظله: وفي وطئ غيرها من إمامته نظر.

أقول: ينشأ من أنه تصرف معرض للاتلاف (ومن) أنه لا يقتضي إخراج الملك قال دام ظله: فإن نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال وكذا لو كان الدين

(١) سنن الدارمي ج ٢ باب فيمن وجد متاعه الخ وفيه لفظ الحديث هكذا قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس أو عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره.

إشكال وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الإيفاء لا المؤجل، ولا يطالبه بكفيل ولا إشهاد وإن كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الأجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب. المطلب الثالث في بيع ماله وقسمته

ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لثلا تطول مدة الحجر، وإحضار كل متاع إلى سوقه وإحضار الغرماء، والبداة بالمخوف تلفه ثم بالرهن والجاني، و التعويل على مناد مرضى عند الغرماء والمفلس فإن تعاسروا عين الحاكم وأجرته على المفلس، ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخرا أو معا وإنما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالا فإن خالف جنس الحق صرف إليه ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة لا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفي بإشاعة حاله بحيث لو كان لظهر فإن اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فإن تعذر أودع (ولا) يباع دار السكنى (ولا) خادمه ويبيع فاضلهما ويجري عليه نفقة مدة الحجر ونفقة من يجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة أمثاله إلى يوم القسمة فيعطي نفقتهم ذلك اليوم خاصة، ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى يوم وصوله، ويقدم كفنه الواجب فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة

لميت ونكل الوارث.

أقول: قال الشيخ لا يحلف الغرماء لأنه لا يمين لإثبات حق الغير وقال ابن الجنيد يحلفون لتعلق حقهم به والأقوى قول الشيخ رحمه الله المطلب الثالث في بيع ماله وقسمته

قال دام ظله: ولو اتفقت في طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى يوم وصوله أقول: وجه القرب الضرورة الداعية المؤدي إحلالها إلى الهلاك (ويحتمل) ضعيفا لعدم النص عليه والصحيح الأول.

قال دام ظله: فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض.

يقتضيها الحساب (ويحتمل) النقص ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال، ولو تلف المال بعد النقص ففي احتسابه على الغرماء إشكال، ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف (ويحتمل) الضرب لأنه دين لزم المفلس، والأقرب التقديم لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء ولو

أقول: منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دين ومبني ذلك على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقبة العبد، فإن قلنا أنه تعلق الدين بالرهن كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لأنه يكون بمنزله صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع بالزائد خاصة، وإن قلنا بتعلق الجناية برقبة العبد فهي قسمة حقيقية فيبطل لأنها قسمة الكل بين بعض المستحقين وفائدة الخلاف تظهر في مسائل (منها) أنه إذا تصرف أحدهما في نصيبه (ومنها) وجوب الزكاة على القابض إذا بلغ ما بعد الحصة التي يقتضيها الحساب النصاب (ومنها) أنه إذا أئلف أحدهم ما أخذه وكان معسراً لا يمكن الرجوع عليه بشئ البتة فإن قلنا يرجع بحصة يقتضيها الحساب رجع على الموسر بذلك القدر لا غير وإن قلنا بالنقص جعل ما في يد الآخر كل المال ويقتسماه دون المعسر (ومنها) لو زادت القيمة الآن

فإن قلنا بالنقص صرف الزيادة في باقي الديون وإلا أخذ ما يصيبه من القسمة الأولى وغير ذلك من المسائل، والأصح عندي رجوعه بحصة يقتضيها الحساب لا غير. قال دام ظلّه: ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال. أقول: هذا فرع على النقص وعدمه فإن قلنا بالنقص شارك وإلا فلا ومنشأ الإشكال من أنه هل هو رفع القسمة من أصلها أو فسخ متجدد. قال دام ظلّه: ولو تلف المال بعد النقص ففي احتسابه على الغرماء إشكال. أقول: ينشأ من الضمان لصحيحه والأصل.

قال دام ظلّه: ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بجزء من الثمن إن كان قد تلف (ويحتمل) الضرب لأنه دين لزم المفلس والأقرب التقديم لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء.

بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فإن بقي من الدين شيء لم يستكسب وهل يباع أم ولده من غير رهن نظر فإن منعناه ففي مواجرتها ومواجرة الضيعة الموقوفة إشكال ينشأ (من) كون المنافع أموالاً كالأعيان (ومن) كونها لا تعد مالا ظاهراً والأول أقوى فإذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج إلى إذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره، ولو باع من غير الغرماء بإذن فالأقرب الصحة، ولو باع من الغريم بالدين ولا دين سواه صح على الأقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر

أقول: قوله (والأقرب) ترجيح الوجه الأول وهو الأقوى.

قال دام ظلّه: وهل تباع أم ولده من غير رهن نظر فإن منعناه ففي مواجرتها ومواجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالاً كالأعيان ومن كونها لا تعد مالا ظاهراً والأول أقوى.

أقول: منشأ النظر في بيع أم الولد تعارض عمومي - تباع أمواله - ولا تباع أم الولد إلا في ثمن رقبته على ما قرر والأقوى عدم جواز بيعها والأقوى عندي مواجرتها جاري عادة أمثالها بمثله وكذا مواجرة الموقوفة لأن المنافع أموال ولهذا تؤجر العين المستأجرة معه.

قال دام ظلّه: ولو باع من غير الغرماء بالإذن فالأقرب الصحة.

أقول: لأنه لحقهم ولصحة بيع الراهن مع إذن المرتهن فهنا أولى ويحتمل العدم لأن الحجر من الحاكم وهو حكم شرعي فلا يرتفع إلا بحكمه والتحقيق أن الحجر إن كان لسلب الأهلية لم يصح كالصبي وإن كان لسلب الولاية صح والأقرب صحة بيعه بإذن الغرماء كلهم.

قال دام ظلّه: ولو باع من الغريم بالدين ولا لدين سواه صح على الأقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر.

أقول: هذا مبني على أن زوال الحجر لا يتوقف على حكم الحاكم بل يزول بزوال الديون وعلى صحة البيع منه بإذن الغرماء وسقوط الدين معلول صحة البيع وهو مشروط بصحة البيع فيدور.

والمجني عليه أولى بعبده من الغريم فإن طلب فكه فللغريم منعه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين.
المطلب الرابع في الاختصاص

ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره وإن لم يكن سواها، وله الضرب بالدين والخيار على الفور على إشكال سواء كان هناك وفاء أو لا ويفتقر الرجوع إلى أركان ثلاثة العوض والمعوض والمعاوضة أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالإفلاس

فلو وفي المال به فلا رجوع ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم ولو امتنع المشتري المومر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي (الثاني) الحلول فلا رجوع لو كان مؤجلاً ولو حل الأجل قبل فك الحجر ففي الرجوع إشكال (وأما) المعاوضة فلها شرطان

المطلب الرابع في الاختصاص

قال دام ظله: والخيار على الفور على إشكال سواء كان هناك وفاء أم لا أقول: قال الشيخ في المبسوط فيه قولان وجعل الفور أحوط (احتج) القائلون بالفور بأن تأخيره يفضي إلى الضرر بالغرماء لإفضائه إلى تأخير حقوقهم فأشبهه الشفعة ولأنه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب وهو الأقوى عندي (احتج) الآخرون بأنه حق ثبت في الزمان الأول والأصل بقاء ما كان على ما كان.

قال دام ظله: ولو حل الأجل قبل فك الحجر ففي الرجوع إشكال.

أقول: ينشأ من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله.

قال دام ظله: أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على إشكال لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم.

أقول: الإشكال راجع إلى مسألتين (أ) ضربه بقيمة المسلم فيه مع تلفه و

منشأه (من) حيث إنه دين مستحق في ذمة المحجور عليه فيضرب بقيمته كغيره من الديون (ومن) حيث إنه معاوضة على المسلم فيه قبل قبضه وهو ممنوع منه كالبيع وبه قال بعض الفقهاء (ب) فسخ السلم والضرب بقيمة رأس المال، ومنشأه (من)

كونها معاوضة محضة فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعتق عن القصاص على مال (فليس)

للزوجة فسخ النكاح (ولا) للزوج فسخ الخلع (ولا) للعافي فسخ العفو بتعذر الأعواض ويثبت في الإجارة والسلم فيرجع إلى رأس المال مع بقاءه أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على إشكال لتعذر الوصول إلى حقه فيتمكن من فسخ السلم، ولو أفلس مستأجر الدابة أو الأرض قبل المدة فللمؤجر فسخ الإجارة تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الأرض ويدفع إلى الغرماء ولو بذلوا له الأجرة لم يجب عليه الإمضاء، ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين إلى مأمّن بأجرة المثل مقدمة على حق الغرماء ولو كان قد زرع الأرض ترك زرعه بعد الفسخ بأجرة مقدمة على الغرماء إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء، ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن ولو كانت الإجارة على الذمة فله الرجوع إلى الأجرة إن كانت باقية أو الضرب بقيمة المنفعة (الثاني) سبق المعاوضة على الحجر فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده إلى عقد سابق على الحجر والمنع لأنه دين حدث بعد القسمة، ولو باع عينا بأخرى وتقابضا

ثم أفلس المشتري وتلفت العين في يده ثم وجد البائع بعينه عينا فردها فله قيمة ما باعه ويضرب مع الغرماء (ويحتمل) التقديم لأنه أدخل في مقابلتها عينا في مال المفلس

تعذر الوصول إلى حقه كما ذكره المصنف ومن حيث إنه عقد لازم والمسلم فيه موجود وإنما تعذر لعسره، والأقوى عندي جواز الفسخ والضرب برأس المال. قال دام ظلّه: الثاني سبق المعاوضة على الحجر فالأقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر.

أقول: وجه القرب أنه لا يستحق أخذ الثمن الآن فكان كالمؤجل ويحتمل التعلق لعموم الخبر والأول أقوى.

قال دام ظلّه: ولو باع عينا بأخرى وتقابضا ثم أفلس المشتري و تلفت العين في يده ثم وجد البائع بعينه عينا فرده فله قيمة ما باعه ويضرب

(وأما) المعوض فله شرطان، بقائه في ملكه فلو تلف أو باعه أو وهبه (رهنه - خ) أو أعتقه أو كاتبه ضارب بالثمن سواء زادت القيمة عن الثمن أو لا، ولو عاد إلى ملكه بلا عوض كالهبة والوصية (احتمل) الرجوع لأنه وجد متاعه وعدمه لتلقى الملك من غيره ومعه (فإن) عاد بعوض كالشراء فإن وفي البايع الثاني الثمن فكالأول (وإلا) احتمال عوده إلى الأول لسبق حقه وإلا الثاني لقرب حقه وتساويهما فيضرب كل بنصف الثمن (الثاني) عدم التغير فإن طرء عيب بفعله أو من قبله تعالى فليس له إلا الرضاء به أو يضارب بالثمن إن كان العيب لا يفرد بالعقد ولا يتوسط عليه الثمن وهو نقصان الصفة وإن كان بجناية أجنبي أخذه البايع وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرش الجناية إذ قد يكون كل الثمن كما لو اشترى عبدا بمئة يساوي مأتين فقطعت يده فيأخذ العبد والثمن وهو باطل هذا إن نقص الثمن عن القيمة وإلا فنقصان القيمة ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبيدين فللبايع أخذ الباقي بحصته

مع الغرماء (ويحتمل) التقديم لأنه أدخل في مقابلها عينا في مال المفلس.

أقول: وجه الأول أنه دين ثابت في الذمة ولم يجد عين ماله ولا هو من مصالح الحجر فكان له أسوة الغرماء لعموم النص بقسمة ماله بين أرباب الديون (و وجه) الثاني ما ذكره المصنف (وفيه) نظر لأن قوله (لأنه أدخل في مقابلها عينا) صغرى لكبرى محذوفة فإن أخذت كلية منعت في نقض المشتري في الذمة بعد الحجر مع علم المشتري والجزئية لا تنتج والأصح عندي الأول. قال دام ظله: فإن عاد بعوض كالشراء فإن وفي البايع الثاني الثمن فكالأول وإلا احتمال عوده إلى الأول لسبق حقه وإلى الثاني لقرب حقه وتساويهما فيضرب كل بنصف الثمن. أقول: إن كل واحد منهما قد وجد عين ماله فيتساويان فيه على قدر المالين (وفيه) نظر لأن الأول قد انقطع حقه بالبيع الثاني.

من الثمن والضرب بثمان التالف ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما (احتمل) جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي وعدم الرجوع أصلا بل يضرب بالباقي خاصة لا التقسيط للتضرر بالشركة، ولو تغير بالزيادة المتصلة كالسمن والنمو وتعلم الصنعة فللبايع الرجوع مجانا وبالمنفصلة كالولد والثمرة يرجع في الأصل خاصة بجميع الثمن ولو صار الحب زرعاً والبيضة فرخاً لم يرجع في العين ولو حبلت بعد البيع أو حملت النخلة بعده لم يكن له الرجوع في الثمرة وإن لم يؤبر ولا في الولد وإن كان جنينا، وعلى البايع إبقائها إلى الجذاذ وكذا إبقاء زرعه من غير أجرة لو فسخ بيع الأرض وقد شغلها أما لو آجر أرضاً فزرع المستأجر وأفلس ففسخ المؤجر ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل لأن مورد المعاوضة هناك الرقبة وقد أخذها وهنا المنفعة ولم يتمكن من استيفائها و

قال دام ظلّه: ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما احتمل جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي أو يأخذ العبد الباقي وعدم الرجوع أصلا بل يضرب بالباقي خاصة لا التقسيط للتضرر بالشركة.

أقول: الأول اختيار ابن الجنيد فإنه قال ولو كان المبيع عبيدين متساوي القيمة كعشرين دينارا فقبض عشرة ووجد أحد الغلامين وقيّمته يوم التفليس كقيّمته يوم البيع عشرة كان مخيرا في أخذ العبد بما بقي له أو أن يدعه ويكون أسوة الغرماء لأن له التعلق بكل العين إذا بقي كل الحق فيثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق وعموم الخبر (ووجه الثاني) ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال أيما رجل ابتاع متاعا ولم يقبض البايع من ثمنه شيئا فوجده فهو أحق به وإن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء (١) والمقبوض إنما هو عين المجموع فيصرف بعضه إلى التالف وبعضه إلى الباقي لاستحالة الترجيح من غير مرجح - وقال ابن البراج يأخذ نصف العبد الموجود ويضرب بربع الثمن مع باقي الغرماء.

(١) لم نجده فيما بأيدينا من الكتب.

لو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبايع الإزالة ولا مع الأرش على رأي بل يباعان فللبايع مقابل الأرض، ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة، ولو أفلس بثمرن الغرس فلصاحبه قلعه مع عدم الزيادة وعليه تسوية الحفر ولو أفلس بثمرن الغرس وثمرن الأرض فلكل منهما قلع الغرس إذا لم يزد لكن لو قلع صاحب الأرض لم يكن عليه أرش لأن صاحب الغرس دفعه مقلوعا وإن قلع صاحب الغرس ضمن طم الحفر لأنه لتخليص ماله ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله أو أردى لا بالأجود (ويحتمل) الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما والممزوج بها درهمين يبعثا وأخذ ثلث الثمن، ولو كانت الزيادة صفة محضة كطحن الحنطة و

قال دام ظله: ولو أفلس بعد الغرس أو البناء فليس للبايع الإزالة ولا مع الأرش على رأي بل يباعان فللبايع مقابل الأرض ولو امتنع بيعت الغروس والأبنية منفردة.

أقول: هذا اختيار الفقيه أبي القاسم بن سعيد وهو الأقوى عندي لأنه وضع بحق وقال في المبسوط له الإزالة مع الأرش لا بدونه.

قال دام ظله: ولصاحب الزيت الرجوع وإن خلطه بمثله أو أردى لا بالأجود (ويحتمل) الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة عينه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما والممتزج بها درهمين يبعثا وأخذ ثلث الثمن.

أقول: حكى الشيخ في المبسوط ثلاثة أقوال: اثنان منها الاحتمالان المذكوران هنا والثالث أنه يدفع عن عين الزيت بقدر ما يخصه فلو كان له جرة تساوي دينارين واختلطت بجرة تساوي أربعة يدفع إليه ثلث الزيت، ورده الشيخ فيه رحمه الله بأنه إن أخذه عوضا عن ماله لزم الربا وإن دفع بإزاء الحق وسئل ترك الباقي لم يجب الإجابة ثم اختار الأول، وقال ابن الجنيد يقدم بالثمن على الغرماء (ووجه) الأول أن العين ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم لاستحالة مطالبتة بالقسمة فكانت بمنزلة التالفة (ووجه) الثاني وجود عين ماله وإمكان التوصل إليها بما ذكر كالصبغ في الثوب وكما لو اختلط زيت اثنين بغير اختيارهما.

خبز الطحين وقصارة الثوب ورياضة (١) الدابة وما يستأجر على تحصيله سلمت إلى البايع مجاناً لأنها كالممتصلة من السمن وغيره (ويحتمل) الشركة لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم محترم فلا يضيع عليه بخلاف الغاصب فإنه عدوان محض ويباع المقصور فللمفلس من الثمن بنسبة ما زاد من قيمته، فلو كانت قيمة الثوب خمسة وبلغ بالقصارة ستة فله سدس الثمن ولو لم تزد القيمة فلا شركة، فإن ألحقنا الصفة بالأعيان كان للأجير على الطحن والقصارة حبس الثوب والدقيق لاستيفاء الأجرة كما أن للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن وإلا فلا، فإن تلف الثوب في يده فإن ألحقنا الصفة بالعين لم يستحق الأجرة قبل التسليم كالبايع بتلف العين في يده قبل التسليم فإنه يسقط ثمنه وإلا استحق كأنه صار مسلماً بالفراغ، ولو كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من وجه كصبغ الثوب فإن لم تزد القيمة فلا شركة وإن زادت بقدر قيمة الصبغ كما لو كانت قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمين والمصبوغ ستة فللمفلس ثلث الثمن وإن زادت أقل كما لو كان مصبوغاً بخمسة فالنقصان على الصبغ لهلاكه وقيام الثوب، ولو ساوى ثمانية (فإن) ألحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان (وإلا) احتمل تخصيص البايع كالسمن فالثمن أرباعاً أو البسط فالثمن أثلاثاً، ولا

قال دام ظله: ولو لم تزد القيمة فلا شركة فإن ألحقنا الصفة بالأعيان كان للأجير على القصارة والطحن حبس الثوب والدقيق لاستيفاء الأجرة كما أن للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن وإلا فلا. أقول: وجه إلحاق الصفة بالأعيان أنه تصح المعاوضة عليها بانفرادها عن العين في الإجارة ولأن الأصل المالية وهي موجودة فيها (ووجه) العدم أنه لا يتناولها اسم العين حقيقة.

قال دام ظله: ولو ساوى ثمانية فإن ألحقنا الصفة بالأعيان فالزيادة للمفلس فالثمن نصفان وإلا احتمل تخصيص البايع كالسمن فالثمن أرباعاً أو البسط فالثمن أثلاثاً:

(١) راض المهر أي ذلله وطوعه وعلمه السير - م.

فرق بين عمل المفلس بنفسه أو بالأجرة في الشركة، ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القسارة فإن ألحقناها بالأعيان فإن لم تزد قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ماله وإن زادت فلكل من البايع والأجير الرجوع إلى عين ماله فلو ساوى قبل القسارة عشرة والقسارة خمسة والأجرة درهم قدم الأجير بدرهم والبايع بعشرة وأربعة للغرماء ولبايع الجارية انتزاعها وإن حبلت منه مع الإفلاس بالثمن لا الولد ويتعلق حق الغرما بعوض الجناية خطأ لا عمدا إلا إذا رضي به ولا يجب عليه، ويجب أن يواجر الدابة والدار والمملوك وإن كانت أم ولد لا نفسه ويتساوى غرماء الميت مع عدم الوفاء ومعه لصاحب العين الاختصاص.

أقول: وجه إلحاقها بالأعيان أنها لو لم تلحق بالأعيان لم تجز الرجوع بها ولأنها كانت عينا فإن بقيت كذلك فالمطلوب وإلا لم يجد عين ماله لأنها ليست بعين ولأن

لها قيمة فلا يضيع (ووجه عدم الإلحاق أنها صفات وآثار (ووجه) اختصاص البايع أنها من الزيادات المتصلة كالسمن (ووجه) البسط أن الزيادة في المجموع. قال دام ظله: ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القسارة فإن ألحقناها بالأعيان فإن لم تزد قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ماله وإن زادت فلكل من البايع والأجير الرجوع إلى عين ماله.

أقول: وجه إلحاقها بالأعيان لأنها تقوم وجعل الشارع له الرجوع فيها لقوله عليه السلام من وجد عين ماله (١) فلو لم يكن المراد العين حقيقة أو حكما لم يصح استدلال

الفقهاء عليه بهذا الخبر لكن وقع الاتفاق عليه ولا يلزم استعمال المشترك في كلا معنييه أو استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه لأن المراد بالعين هنا موجود مشخص متقوم فيكون استعمال اللفظ في مجازه (ووجه) عدم إلحاقها أنها ليست بعين حقيقة والأصل عدم الاشتراك والمجاز.

(١) سنن الدارمي ج ٢ باب فيمن وجد متاعه الخ وقد تقدم أنفا نقله بلفظ آخر فلاحظ.

المطلب الخامس في حبسه

ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره ويثبت بإقرار الغريم أو البينة المطلعة على باطنه فلو فقد الأمران فإن عرف له مال ظاهر ألزم التسليم أو الحبس أو يبيع الحاكم عنه و يوفي وإن لم يظهر له مال ولا بينة على دعوى الإعسار حبس حتى يظهر إعساره إن عرف له

أصل مال أو كان أصل الدعوى مالا وإلا قبل قوله ولا يكلف البينة بعد اليمين، ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين وإن لم تكن مطلعة على باطنه ولو شهدا بالإعسار مطلقا لم يقبل إلا مع الصحبة المؤكدة، وللغرماء إحلافه مع البينة ومع قسمة ماله يجب إطلاقه ويزول الحجر عنه بالأداء لا بحكم الحاكم ويجوز الحبس في دين الولد ولا تمنع الإجارة المتعلقة بعين المؤجر من حبسه.

المطلب السادس في بقايا مباحث هذا الباب

لو أفلس المشتري بعد جنابة العبد فالأقرب أن للبايع الرجوع ناقصا بأرش الجنابة أو الضرب بثمانه مع الغرماء ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين، والأقرب تقديم حق الشفيع على البايع لتأكد حقه حيث يأخذ من المشتري وممن نقله إليه وسبقه (ويحتمل) تقديم البايع لانتفاء الضرر بالشفعة لعود الحق كما كان وأخذ الثمن من الشفيع فيختص به البايع جمعا بين الحقين وليس للمحرم الرجوع في الصيد والرجوع

المطلب السادس في بقايا مباحث هذا الباب

قال دام ظله: لو أفلس المشتري بعد جنابة العبد فالأقرب أن للبايع الرجوع ناقصا بأرش الجنابة أو الضرب بثمانه مع الغرماء ولا يسقط حق المجني عليه من أخذ العين.

أقول: أرش الجنابة حق لا يمنع الملك فلم يمنع الرجوع فيه كالدين في ذمته وإنما يرجع ناقصا لأن حق الجنابة مقدم ولا يمنع المجني عليه من أخذه لأن حقه مقدم (ويحتمل) عدم الرجوع لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع وهذا أقوى فهو بالمنع أولى والأقوى عندي الأول.

قال دام ظله: والأقرب تقديم حق الشفيع على البايع لتأكد حقه حيث يأخذ من المشتري وممن نقله إليه وسبقه (ويحتمل) تقديم البايع

فسخ فلا يفتقر إلى معرفة المبيع ولا القدرة على التسليم فلو رجع في الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجدته على حاله صح وإن تغير فله الخيار، ولو رجع في العبد بعد إباقه صح فإن قدر عليه وإلا تلف منه، ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع وبعده أمانة على إشكال، ولو تنازعا في تعيين المبيع بعد الرجوع قدم المفلس لأنه منكر فيضرب بالثمن خاصة وكل ما يفعله قبل الحجر ماض.

المقصد الرابع في الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه مثله أولا فهنا فصول ثلاثة (الأول) الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق وفيه مطلبان (الأول) في

لانتفاء الضرر بالشفعة لعود الحق كما كان وأخذ الثمن من الشفيع فيختص به البايع جمعا بين الحقين.

أقول: في هذه المسألة احتمالات ثلاثة (أ) تقديم حق الشفيع ويستوي البايع و الغرماء في الثمن وهو اختيار الشيخ في الخلاف وعلله المصنف بوجهين (أحدهما) إنه أقوى في حق الشفيع لأنه لا يزيله نقل الملك عن المشتري ويزيل حق البايع (وثانيهما) إن حق الشفيع أسبق من حق البايع لأنه لا حق للبيع لذاته، وحق البايع لاحق للبيع لغيره لأنه بواسطة الإفلاس وما هو بالذات أسبق مما هو بالغير (ب) تقديم حق البايع و ذكر المصنف وجهه ونقله قولاً في المبسوط وقوى الأول (ج) تقديم الشفيع بالعين و البايع بالثمن لأن النظر في تقديم أحد الحقين إنما هو مع التعارض وهو إنما يتحقق مع امتناع الجميع وهي هنا يمكن فلا تعارض فيعمل بهما وحكاه قولاً في المبسوط و الأقوى عندي الأول.

قال دام ظله: ولو رجع في العبد بعد إباقه فإن قدر عليه وإلا تلف منه ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع وبعده أمانة على إشكال. أقول: ينشأ (من) أنه مقبوض بالبيع الفاسد (ومن) أنه فسخ لئلا يطالبه بعوضه

المقصد الرابع في الضمان

مقدمتان (أ) عرف جمهور الأصحاب الضمان بأنه نقل المال من ذمة إلى ذمة وعرفه

أركانها وهي خمسة، الصيغة، وهي ضمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ولو قال
أودي

أو أحضر لم يكن ضامنا ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الإشارة
الدالة على الرضا لإمكان العبث، وشرطه التنجيز فلو علقه بمجئ الشهر أو شرط الخيار
في الضمان فسد، والإبراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح

آخرون بأنه ضم ذمة إلى ذمة (فعلى الأول) ببراء المضمون عنه (وعلى الثاني) لا، بل
يتخير المضمون له في الرجوع على من شاء منهما ولا يطرد الأول لأن ضمان العهدة ضم
عندهم أيضا فالأصل الأصل (ب) الاجماع على صحة الضمان وكان في الملل السالفة،
لقوله تعالى وأنا به زعيم (١)، وقال النبي صلى الله عليه وآله الأمانة مؤداة والدين مقضي
والزعيم غارم (٢)، ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم حضرته جنازة فقال عليه السلام هل
على صاحبكم دين قالوا

نعم در همان فقال صلى الله عليه وآله صلوا على صاحبكم فقال علي عليه السلام هما علي يا
رسول الله وأنا

لهما ضامن فصلى عليه النبي صلى الله عليه وآله ثم أقبل على علي عليه السلام فقال جزاك
الله عن الاسلام

خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك (٣)، وهذا الحكم كان في صدر الاسلام
أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يصل على من لم يخلف وفاء دينه ثم نسخ بقوله تعالى:
النبي أولى

بالمؤمنين من أنفسهم (٤) وهذه الرواية تدل على أن الضمان ناقل.

قال دام ظله: ولو شرط تأجيل الحال صح والأقرب جواز العكس
أقول: وجه القرب الأصل (ولأنه) بدل عن الأداء وحكم البديل حكم المبدل
لتساويهما وإلا لم يكن بدلا ويجوز في الأداء التعجيل فكذا في بدله (ولأن)
الضمان علة في الاستحقاق ووجوب الدفع فاعلية (٥) يجتمع معه في الزمان فلا ينافيه
في زمان من الأزمان ولأن أداء المؤجل معجلا سايغ فقد شرط شيئا سايغا لا ينافي العقد
فيصح، وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه لا يصح لأن الفرع لا يجوز أن يكون أقوى
من الأصل ولأن الحلول زيادة في الحق ولهذا يختلف الأثمان به وهذه الزيادة غير

(١) سورة يوسف - ٧١

(٢) سنن أبي داود الجزء الثالث باب تضمين العارية - وفيه هكذا - العارية مؤداة و

المنحة مردودة والدين الخ

(٣) ثل ب ٢ - خبر ٢ - من كتاب الضمان

(٤) الأحزاب آية (٥)

(٥) صفة أي علة فاعلية

والأقرب جواز العكس فيحل مع السؤال على إشكال (الثاني) الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملائة حين الضمان أو علم المستحق بالإعسار ولا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان أما لو لم يعلم كان له الفسخ ويصح ضمان الزوجة بدون إذن الزوج، وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد إشكال ينشأ (من) أنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه فإن جوزناه يتبع به بعد العتق ولو أذن احتمال تعلقه بكسبه وبذمته فيتبع به بعد العتق، أما لو شرطه في الضمان بإذن السيد صح كما لو شرط الأداء من مال بعينه و

واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا والأقوى عندي اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله.

قال دام ظله: فيحل مع السؤال على إشكال.

أقول: هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وهو إنما يتأتى إذا كان الضمان بسؤال فلا يخلو (إما) أن يسأله الضمان حالا (أو) الضمان مطلقا ولا إشكال في الأول، وإنما الإشكال في الثاني وينشأ (من) أنه أذن له في التزام الأداء في الحال فإذا أدى كان له الرجوع به في الحال لأن الأداء الآن بأمره ولا نعني بالحلول إلا ذلك ولأن أداء الضامن بسؤال هو الموجب لثبوت المال في ذمة المضمون عنه لبرائته من المضمون له بمجرد الضمان فيكون أداء الضمان بمنزلة الاستدانة فلا يكون مؤجلا (ومن) أنه مؤجل عليه ولم يشرط حله في عقد لازم إذ الضمان حالا لا يستلزم حلول الأصل فتنتفي الدلالات الثلث والأصل بقاء الأجل.

قال دام ظله: ولو أذن احتمال تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق

أقول: إذا أذن المولى لعبده في الضمان فضمن بإذنه ذكر المصنف فيه هذين الاحتمالين (ووجه الأول) أنه تحمل دين مأذون فيه ولا يمكن ثبوته في ذمة المولى وإلا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه (ووجه الثاني) أنه أذن في إثباته في الذمة والإثبات في الذمة أعم من الأداء في الحال أو بعد العتق والإذن في

السفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر وكذا المفلس كالحر لكن لا يشارك، ولا يصح من الصبي وإن أذن الولي فإن اختلفا قدم قول الضامن (لأصالة) براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الأهلية أصل يستند إليه ولا ظاهر يرجع إليه بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا (لأن) الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث والأخرس إن عرفت إشارته صح ضمانه وإلا فلا (الثالث) المضمون عنه وهو الأصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان لأنه كالأداء فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي، ويصح الضمان عن الميت وإن كان مفلسا ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتياز عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه (الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه، وفي اشتراط قبوله احتمال فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود (الخامس) الحق

الكلي لا يستلزم الإذن في الجزئي المعين، وقال الشيخ في المبسوط (١) قيل أنه يتعلق بكسبه (وقيل) إنه يتعلق بذمته مع الإطلاق وعدم الإذن له في التجارة، ومعه يتعلق بما في يده على الأول لأنه من كسبه، ولم يختر شيئا، وقال ابن الجنيد يؤدي السيد فإن أعسر بيع العبد وأدى ثمنه في قضاء دينه عن المعسر قال وإن أعتق وأعسر الأصيل وجب على السيد.

قال دام ظله: ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على رأي. أقول: قال الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج وابن حمزة يبطل وقال ابن إدريس لا يبطل وهو اختيار جدي ووالدي وهو الصحيح عندي لعموم قوله عليه السلام الزعيم غارم (٢) ولأنه كالقضاء. قال دام ظله: (الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه وفي اشتراط قبوله احتمال فإن شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول في العقود.

(١) مقول قال الشيخ
(٢) تقدم آنفا

المضمون به وشرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول أو لم يكن لازما لكن يؤل إليه كمال الجعالة قبل الفعل ومال السبق والرماية، والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلية والحاضرة للقريب دونهما ولو ضمن ما سيلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح (ولا) ضمان الأمانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان أرش الحناية وإن كان حيوانا ومال السلم والأعيان المضمونة كالغصب

أقول: وجه الاحتمال أنه معاوضة حكومية فإنه يلتزم بدين في ذمته عن الدين الذي في ذمة المضمون عنه (ولأن) نقل المال المستحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمته لا يمكن إلا بفعلهما لتساوي نسبتها إليه فاشتراط القبول (ولأنه) إن كان بإذن المضمون عنه فهو تمليك في مقابلة تمليك الضامن عوضا عما يؤدي فيتعين فيه القبول كسائر التمليكات وكلما شرط القبول مع الإذن شرط مع عدمه لعدم القائل بالفرق ولا يصح إحداث قول ثالث والأولى عدمه لأنه التزام وإعانة المضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات ولقوله تعالى وأنا به زعيم (١) وللرواية المتقدمة عن علي عليه السلام أنه ضمن ديننا عن ميت حتى صلى النبي صلى الله عليه وآله (٢)، ولم ينقل أن المضمون له قبل ولأن النبي صلى الله عليه وآله سأل مع عموم البلوى به (وفيه نظر) فإن عدم العلم بالنقل أو

السؤال لا يدل على عدمه ولمعارضته برضاء المضمون له فإنه لم ينقل أنه رضي (قالوا) فعل النبي صلى الله عليه وآله يدل على وجود الشرط وهو الرضاء (قلنا) فعلى القول باشتراط

القبول يدل على وجوده ولأنه حكاية حال فلا تعم.

قال دام ظلّه: والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وإن كانت مشروطة.

أقول: منع الشيخ في المبسوط منه لأن للمكاتب تعجيز نفسه فليس للمولى حينئذ إلا الفسخ قال المصنف بل هو لازم وتجدد الفسخ كما في الخيار ونمنع أن للمكاتب

تعجيز نفسه وقد تقدم البحث فيه والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظلّه: والأعيان المضمونة كالغصب والعارية المضمونة والأمانة

(١) تقدم آنفا

(٢) تقدم آنفا

والعارية المضمونة والأمانة مع التعدي على إشكال وضمن العهدة للبائع عن المشتري بأن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وضمن عهده إن ظهر عيب أو استحق وللمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً أو رد بعيب على إشكال أو أرش العيب ويصح ضمان نقصان الصنعة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري وردائه الجنس في الثمن والمثمن، والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً وورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به، والأقوى صحة ضمان المجهول

مع التعدي على إشكال.

أقول: ينشأ من أنها مضمونة ولوجود سبب ضمان القيمة (ومن) أنها لا تثبت في الذمة (والتحقيق) أن الضمان هل هو نقل المال من ذمة إلى ذمة بحيث يبرء المضمون عنه لا غير ويمكن أن يكون على غير هذا الوجه والأصح أنه لا يصح وقد تقدم مثله في الرهن عليها.

قال دام ظلّه: وللمشتري عن البائع بأن يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقاً أو رد بعيب على إشكال أو أرش العيب.

أقول: الإشكال في الرد بالعيب من حيث إنه متجدد فيكون ضمان ما لم يجب (ومن) تقدم سبب الفسخ ولدعاء الحاجة إليه (والحق) الصحة لأن العذر الغالب مع الحاجة أولى بالرخصة من النادر وألق متاعك في البحر وعلى ضمانه أقل وقوعاً من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى.

قال دام ظلّه: والأقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً وورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به.

أقول: الفرق استحقاقه حال الضمان في الثاني ووجود سببه في الأول ووجه الاحتمال ما تقدم.

قال دام ظلّه: والأقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته فيلزمه ما يقوم

كما في ذمته فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان (لا) ما يتجدد (ولا) ما يوجد في دفتر وكتاب أو يقر به المضمون عنه (أو) يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون، ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ولا ضمنت شيئاً مما لك عليه ويصح الإبراء من المجهول ولو قال ضمنت من واحد إلى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين.

المطلب الثاني في الأحكام

الضمان ناقل وإن لم يرض المديون فلو أبرئه المستحق بعده لم يبرء الضامن ولو أبرء الضامن برياً معاً ولو ضمن الحال مؤجلاً تأجل وليس للضامن مطالبة المديون قبل الأداء فإن مات الضامن حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ولو كان الأصل مؤجلاً لم يكن لهم ذلك، ولو مات الأصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين، فإن تلف فممن الوارث كما أن النماء له، ثم الضامن إن تبرء لم يرجع على المديون، وإن أذن له في الأداء وإلا رجع بالأقل من الحق وما أداه وإن أبرئ ولو أبرئ من الجميع فلا رجوع وإن لم يأذن له في الأداء

به البينة على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب أو يقربه المضمون عنه أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون.

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية، والمفيد، وابن الجنيدي، وسالار، وأبي الصلاح وابن زهرة، وابن البراج (للأصل) ولقوله تعالى وأنا به زعيم (١) (ويحتمل) عدمه للجهالة المستلزمة لتكليف ما لا يطاق والأقوى الصحة فيلزمه ما تقوم به البينة لسبقه على الضمان.

قال دام ظلّه: ولو قال ضمنت من واحد إلى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين.

أقول: منشأ الاحتمالات أن ابتداء الغاية وانتهائها هل يدخلان أو يخرجان أو يدخل أحدهما دون الآخر وقد حقق في الأصول.

(١) تقدم

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الأداء من مال بعينه فإن تلف من غير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان إشكال، ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الأرش بالجاني فيرجع الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه، وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال، ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجوع الضامن بتمام القيمة لأنه يرجع بما أدى (ويحتمل) بالثمن خاصة لأنه الذي قضاه وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب كما أنه يغرمه إذا غرم على إشكال وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا إذن لم يرجع وإن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجوع، ولو لم يشترط الرجوع احتل عدمه إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوتة للعادة، ولو صالح المأذون في الأداء بشرط

قال دام ظله: فإن تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان إشكال. أقول: ينشأ من أن تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لأنه نقل المال من ذمة إلى ذمة أو كتعلق الجناية برقبة العبد لأنه إنما يجب الأداء من هذا المال لصحة الشرط وقد فات والأقوى عدم البطلان.

قال دام ظله: وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسراً على إشكال. أقول: ينشأ من انتقال المال إلى ذمة الضامن (ومن) أنه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم والأقوى الأول لأن الضمان يستلزم براءة ذمة المضمون عنه.

قال دام ظله: وللضامن مطالبة الأصيل إن طولب كما أنه يغرمه إذا غرم على إشكال.

أقول: ينشأ مما ذكره المصنف (ومن) أن استحقاق المطالبة بعد استحقاق الاستيفاء وهو متأخر عن الأداء والأصح أنه لا مطالبة له لأن استحقاق المطالبة متأخر عن استحقاق مال في الذمة بالفعل لا بالقوة واستحقاق الضامن المال في ذمة المضمون عنه متأخر عن الأداء فلو تقدم استحقاق المطالبة عليه لدار. قال دام ظله: ولو صالح المأذون في الأداء بشرط الرجوع على غير

الرجوع على غير جنس الدين احتمال الرجوع إن قال أد ديني أو ما على بخلاف أد ما علي من الدراهم إن علق بالأداء وعدمه لأنه أذن في الأداء لا الصلح، ولو صلح الضامن عن مئة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين وكذا لو صلح بحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالأزيد رجع بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع، ولو طالب بالأرث فالأقرب مطالبة الضامن، ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر ولو أخذ بالشفعة

جنس الدين (احتمل) (الرجوع) إن قال أد ديني أو ما علي بخلاف أد ما علي من الدراهم إن علق بالأداء (وعدمه) لأنه إذن في الأداء لا الصلح. أقول: وجه الاحتمال أن القصد براءة الذمة وقد حصلت والخصوصيات لا اعتبار بها ولتضمن هذا الصلح شيئين (أحدهما) أداء غير الجنس (الثاني) براءة ذمته مما عليه والإذن شامل لهما أما الأول دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه أنه أداء ولهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع وإن كان مثليا من غير احتياج إلى عقد معاوضة و أما الثاني فظاهر (ويحتمل) عدمه لأن الأداء غير الصلح وغير مستلزم له فلا يستلزم الإذن فيه (والتحقيق) أنه إن علق حرف الجر بقوله (أد) (١) لم يرجع لأنه خالف الإذن وإن علقه بمتعلق (على) ففيه الاحتمالات والأقوى الرجوع بأقل الأمرين من قيمته ومن الدين.

قال دام ظله: ولو طالب بالأرث فالأقرب مطالبة الضامن. أقول: وجه القرب أنه عوض جزء فائت حال العقد فهو مستحق في الأصل وإنما يسقط ماله بالرضاء بالعيب المستلزم لإسقاطه (ومن) أنه عوض صفة أو ما في حكمها وهو جزء لا يفرد بالبيع فلا يتقسط الثمن عليه ابتداء بل بعد طلبه والمتقدم إنما هو السبب المعد للاستحقاق والمنشأ أن طلب الأرث هل هو كاشف أو سبب الأصح الأول ولهذا كان

رأس المال ما بعد الأرث وبه يخبر في المرابحة ولا يبطل البيع في مقابله من أصله بخلاف جزء يفرد بالبيع.

(١) جواب لقوله إن علق.

رجع على الشفيع دون الضامن والبايع ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقاً
فضمن تسليم الرهن لم يصح لأن الأصيل لا يلزمه ذلك ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري
من بناء أو غرس لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب، وفي ضمان البايع ذلك إشكال، ولو
ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران إشكال، ولو ضمن كل من المديونين ما على
صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيهما إن أجازهما ويتساقطان فلو شرط أحدهما
الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفسد قبل الأداء رجوع على الموسر بما أدى ويضرب
الموسر مع الغرماء وإلا طولب من أجزى ضمانه بالجميع خاصة فإن دفع النصف انصرف

قال دام ظلّه: وفي ضمان البايع ذلك إشكال.

أقول: منشأه دعاء الضرورة إليه كألقت متاعك وعلي ضمانه (ومن) أنه ضمان
ما لم يجب ولم يوجد سببه والأقوى عدم الصحة.

قال دام ظلّه: ولو ضمن اثنان طولب السابق منهما ومع الاقتران إشكال.

أقول: قال ابن حمزة له مطالبة من شاء منهما على الاجتماع والانفراد، وقال

ابن الجنيد يرجع على كل واحد بحصته على عدد رؤسهم، والمصنف استشكل هذه
المسألة (فيحتمل) عنده البطلان لأن عند معظم الأصحاب يمتنع انتقال كل المال الواحد
إلى كل واحد واحد من ذمم متعددة على سبيل البدل دفعة بالضمان فيبطل هنا لاستحالة
الترجيح من غير مرجح (ويحتمل) ثبوت النصف في ذمة كل واحد لارتفاع التصادم به
كاختيار ابن الجنيد وقال المصنف في درسه في امتناع الأول نظر لأنه واقع في العبادات
كالواجب على الكفاية وفي الأموال كالغاصب من الغاصب فلا ينافي الضمان وقد ضمن
كل واحد فيثبت في ذمته ويتخير المضمون له (قالوا) يلزم اجتماع العلل على معلول
واحد إذ العلة في براءة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (وأجيب) بأنها معرفات وبان
براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الأداء به مع عدم ضمان غيره وانتفاء عدم الكلي
بوجود جزئيات كثيرة جائز.

إلى ما قصده ويقبل قوله مع اليمين فإن أطلق فالوجه التقسيط، وينصرف الإبراء إلى ما قصده المبرئ فإن أطلق فالتقسيط، ولو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال ينشأ (من) عدم توجه اليمين لحق الغير (و) خفاء القصد، ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الأصيل وإن أذن له الأصيل في الضمان والأداء ولو دفع الأصيل إلى الضامن أو المستحق فقد برئ وإن لم يأذن الضامن في الدفع، وعلى الضامن البينة بالإذن لو أنكره الأصيل أو أنكر الدين، ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى المستحق بالبينة لم يرجع على الأصيل إن أنكر الدين أيضا

قال دام ظله: ويقبل قوله مع اليمين فإن أطلق فالوجه التقسيط. أقول: إذا كان لواحد على اثنين ديناً فضمن كل واحد منهما الآخر بإذنه فرضي بضمان أحدهما دون الآخر اجتمع الدينان على من رضي بضمانه فإذا دفع نصف الدينين ولم يقصد عن أحدهما بل أطلق قال المصنف الوجه التقسيط أي توزيع المدفوع على الدينين على نسبة قدرهما لامتناع صرف الجميع إلى كل منهما وعدم صرفه إلى شيء وإلى أحدهما لاستحالة الترجيح من غير مرجح (ويحتمل) صرفه إلى ما شاء لتساويه بالنسبة إليهما وهو الأصح.

قال دام ظله: وينصرف الإبراء إلى قصد المبرئ فإن أطلق فالتقسيط فلو ادعى الأصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن إشكال ينشأ من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد. أقول: المسألة بحالها لكن إبراء المضمون له الضامن من نصف الدينين فالوجه التقسيط بالنسبة لما ذكرنا فلو ادعى المضمون عنه أن المبرئ قصده (احتمل) توجه اليمين على المبرئ لأنه منكر والدعوى على قصده والأصح أنه لا يتوجه عليه لأن الغريم في الحقيقة

الضامن لأنه لو اعترف لم يرجع على الأصيل وإن لم يثبت رجع عليه فلو حلف المبرئ لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا أثبت شيئاً له بل لو أثرت فإنما يؤثر في رجوع الضامن بما يؤدي فيكون لإثبات حق الغير لا غير ولا يجوز (ويحتمل) عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرئ فيقسط.

أو الإذن وإلا رجع اقتصاصا إلا أن ينكر الأصيل الإذن ولا بينة، ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم إنكاره، فإن شهد الأصيل ولا تهمة قبلت ومعها يغرم ثانيا ويرجع على الأصيل بالأول مع مساواته الحق أو قصوره، ولو لم يشهد يرجع بالأقل من الثاني والأول والحق ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فأنكر المستحق فإن كان في غيبة الإذن فهو مقصر بترك الإشهاد إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات فلا يرجع عليه إن كذبه، وإن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الأصيل والرجوع لاعترافه ببرائة ذمته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق، وهل له إحلاف الأصيل لو كذبه إن قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالأداء وإن قلنا بعدمه فإن قلنا اليمين المردودة كالإقرار لم يحلفه لأن غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الأصيل وإن قلنا كالبينة حلف فعله ينكل فيحلف ولو جحد الأصيل وصدقه المستحق احتمل الرجوع لسقوط المطالبة بإقراره الذي هو أقوى من البينة وعدمه إذ قول المستحق ليس حجة على الأصيل، ولو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان إذ التقصير ينسب إليه ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين، وفي رجل واحد ليحلف معه نظر، ولو اتفقا على الإشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ولو ادعاه الدافع فأنكر الأصيل الإشهاد تعارض أصلا (١) عدم الإشهاد وعدم التقصير لكن يؤيد الأول بأصالة براءة ذمته عن حق الدافع.

الفصل الثاني في الحوالة

وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى وشروطها ثلاثة، رضا

قال دام ظله: ولو ادعى القضاء المأذون فيه فأنكر المستحق إلى قوله إن قلنا المردودة كالإقرار إلى قوله وإن قلنا كالبينة حلف فعله ينكل فيحلف. أقول: سيأتي في كتاب القضاء.

قال دام ظله: وفي رجل واحد ليحلف معه نظر. أقول: منشأه الاكتفاء بذلك في الإثبات وترك الإشهاد المثبت.

(١) بالإضافة.

الثلاثة، وعلمهم بالقدر، ولزوم الدين أو كونه صائرا إليه وعلم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به بشرط اللزوم وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الأقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان ولا يجب قبولها، وإن كانت على ملي فإن قبل لزم وليس له الرجوع وإن افتقر ولو ظهر له فقره حال الحوالة تخير في الفسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر إشكال وهي ناقلة فيبرء المحيل عن دين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على رأي ويتحول حقه إلى ذمة المحال عليه

الفصل الثاني في الحوالة

قال دام ظله: وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الأقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان.

أقول: وجه القرب الأصل لكنه أشبه بالضمان ولأنها أداء وذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن حمزة إلى الاشتراط لأنها معاوضة عندهم والحق الأول.

قال دام ظله: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر إشكال.

أقول: ينشأ من زوال الموجب وعدم العلة علة العدم (ومن) أصالة بقاء الخيار ولأن الزائل ليس علة ولا شرطا بل إمارة ولا يلزم من عدم إمارة الشيء بعد ثبوته عدمه إلا أن يثبت بالنص أنها مساوية ولأن العسر في الزمان المستقبل لا تأثير له في جواز الفسخ وليس بشرط في الفسخ وإلا لم يجز في الزمان الأول فلا يلزم من عدمه عدم جواز الفسخ فيبقى الجواز للأصل (والتحقيق) أنه يبيّن على أن علل الشرع هل هي معارف أو علل حقيقية وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج. قال دام ظله: وهي ناقلة فيبرء المحيل عن دين المحتال وإن لم يبرئه المحتال على رأي.

أقول: هذا مذهب محمد بن إدريس لأنها تحويل المال من ذمة إلى ذمة فيبرء الأول، وما رواه عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على صيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي قال لا (١)، وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم

(١) ثل - ب ١١ خبر ٤ - من كتاب الضمان.

ويبرء المحال عليه عن دين المحيل وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي، ويصح ترامي الحوالات ودورها والحوالة بما لا مثل له وبالثلثين في

في المقال، واشترط الشيخ في النهاية، والمفيد، وابن البراج، وابن حمزة في براءة ذمة المحيل إبراء المحتال إياه فإن لم يبرئه كان له الرجوع أي وقت شاء، وقال ابن الجنيد له الرجوع عليه إن أعسر أو مات المحال عليه مقدما إلا إذا أبرئه فلا رجوع له (احتج) الشيخ برواية زرارة، في الحسن، عن أحدهما عليهما السلام. في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال برئت من مالي عليك قال إذا أبرئه فليس له أن يرجع عليه وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله (١) -، قال ابن الجنيد (ولأنها) معاوضة ومع تعذر العوض يرجع مستحق استيفائه إلى عوضه كالبيع (والجواب) إن قول المحتال برئت من مالي عليك هو القبول ونمنع كونها معاوضة وإلا لم تصح كالبيع والأصح عندي اختيار والدي.

قال دام ظله: ويصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي. أقول: الكلام هنا فيما إذا كان على المحال عليه مخالف لمال المحتال على المحيل والخلاف فيه مع الشيخ رحمه الله في قول له: فإنه قال في المبسوط لا يصح الحوالة إلا بشرطين اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة وكون الحق مما يصح فيه أخذ البدل قبل قبضه لأننا لو لم نراع اتفاق الحقين أدى إلى أن يلزم المحال عليه أداء الحق من غير الجنس الذي عليه ومن غير نوعه وعلى غير صفته وذلك لا يجوز وإنما شرطنا أن يكون الحق مما يقبل أخذ البدل فيه قبل قبضه لأنه لا يجوز الحوالة بالمسلم فيه قبل قبضه إذ الحوالة ضرب من المعاوضة والمعاوضة لا تصح في المسلم فيه قبل قبضه، وبه (٢) قال ابن البراج وابن حمزة، ثم قال الشيخ في المبسوط بعد ذلك قال قوم الحوالة بيع إلا أنه غير مبني على المكايسة والمغابنة وطلب الفضل والربح وإنما هو مبني على الإرفاق فلا تجوز إلا في دينين متفقين في الجنس و الصفة فيجب أن يكون حالين أو مؤجلين أجلا واحدا ولا يكون أحدهما صحيحا و

(١) ثل - ب ١١ خبر ١ - من كتاب الضمان.

(٢) من كلام المؤلف.

مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على إشكال. ولو أحال المكاتب سيده بثمان ما باعه جاز، ولو كان له على أجنبي دين فأحال عليه بمال الكتابة صح لأنه يجب تسليمه، ولو قضى المحيل الدين بمسألة المحال عليه رجع عليه وإن تبرع لم يرجع ويبرء المحال عليه، ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب

الآخر مكسورا ولا يكون أحدهما أكثر، ثم قال بعد ذلك ويقوى في نفسي أنها ليست بيعا بل هي عقد منفرد ويجوز خلاف جميع ذلك إلا زيادة أحد النقدين على صاحبه لأنه رباء ولا يمنع أن نقول إن الحوالة يجوز فيما له مثل وفيما يثبت في الذمة بعد أن يكون معلوما فإذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل أرش الموضحة وما أشبهها صح فيه الحوالة، وهذا الأخير مخالف للكلام السابق وموافق لاختيار المصنف وهو الأصح عندي لأن الأصل الصحة ولعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود (١) (ولأنه) يجوز على من ليس عليه حق فعلى من عليه أولى وهو الرأي (الزامي خ ل).

قال دام ظله: وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على إشكال. أقول: منع الشيخ من الحوالة بمال الكتابة على العبد المكاتب وتبعه ابن البراج لجواز تعجيز نفسه والمصنف جوز بعد حلول النجم لأن لزوم الحوالة (الكتابة - خ ل) يبساره أو ما يقوم مقامه وقبوله فلا يتحقق التعجيز عنه حينئذ ولصحة المعاوضة عليه وأما قبله فلا إمكان تعجيز نفسه عند الحلول كما قال الشيخ فظهر عدم استحقيقه (لأن) شرط استحقيق كل نجم عند الشيخ بقاء الكتابة وعدم تعجيز نفسه عند حلوله (ولإمكان) موته قبله فتبطل الكتابة فيظهر عدم استحقيقه فبالنظر إلى هذا القول وإلى قول الآخرين باستحقيق مال الكتابة بالعقد ولزومها منشأ الإشكال هكذا قال المصنف دام ظله في الدرس.

(١) المائدة - آية ء (١).

سابق فإن قلنا الحوالة استيفاء بطلت لأنها نوع إرفاق فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا أنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب فللمشتري الرجوع على البائع خاصة إن قبض ولا يتعين المقبوض وإن لم يقبضه فله قبضه، وهل للمشتري الرجوع قبل قبضه فيه إشكال ينشأ (من) أن الحوالة كالتبضع ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة (ومن) أن التبريم للمقبوض ولم تحصل حقيقته فإن منعنا الرجوع (فهل) للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع إشكال وعلى تقدير البطلان لا يرد البائع إلى المحال عليه بل إلى المشتري ويتعين

قال دام ظله: فإن قلنا الحوالة استيفاء (إلى قوله) وإن قلنا أنها اعتياض لم تبطل.

أقول: وجه كونها استيفاء أنها لو كانت اعتياضا لكانت اعتياض الدين بالدين ولما جازت في النقود إلا أن يتقابضا قبل التفرق ولو كان (١) بيعا لكان على المحيل تسليمه إلى المحال عليه لأنه عوض من جهته كما إذا باع شيئا في يد غيره فإنه يطالبهما به المشتري فكان قد استحق بالحوالة زيادة في حق المطالبة ولا يستحق بها إلا مثل ما كان يستحقه قبلها (ووجه) كونها معاوضة أنه يملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما في ذمة المحيل وهذا معنى المعاوضة واختاره الشيخ في المبسوط وهي علة بطلان الحوالة بالمسلم فيه قبل القبض والأقوى عندي أنها استيفاء مطلقا. قال دام ظله: فإن منعنا الرجوع فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة ليرجع إشكال.

أقول: يحتمل ذلك لأنه إذا بطل ملك المشتري للمبيع وعاد إلى البائع فإما أن يستحق عليه العوض الذي ملكه في مقابله أو لا والثاني باطل لاستحالة أن يملك العوض والمعوض فيتعين الأول فإن توقف استحقاق مطالبته على قبضه وهو غير واجب على البائع جاز تأخيره دائما فلا يستحق عليه المطالبة بشيء دائما فلا يستحق عليه شيء

(١) كانت ظ

حقه فيما قبضه فإن تلف فعليه بدله وإن لم يقبضه فلا يقبضه فإن قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك لأنه كان مأذونا في القبض بجهة فإذا بطلت بقي أصل الإذن، والأصح العدم لأن الإذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فإن الإذن الضمني يبقى ويصح التصرف لأن المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالإذن وهما مختلفان فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالإذن فإذا بطل خصوص الإذن بقي عمومه، ولو

أحال البايع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أو لا، ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين ويرجع المشتري على من شاء من المحتال والبايع.

فروع

(أ) لو أحال بثمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة ويرد المحتال ما أخذه على المشتري ويبقى حقه على البايع وإن كذبهما

حينئذ وإن وجب استحقاق المطالبة به وهو المطلوب (ومن) أن استحقاق المطالبة موقوف على وجوب التغريم واستحقاق الرجوع عليه وهو ظاهر وهو موقوف على القبض، لأن المصنف إنما فرع على هذا التقدير فلا يتقدم عليه وإلا دار (وجه) الدور أن استحقاق التغريم موقوف على القبض لأننا نبحت على هذا التقدير فيتأخر عنه، واستحقاق المطالبة موقوف على استحقاق التغريم لأن استحقاق المطالبة بأي شيء فرض متأخر عن استحقاق المطالبة فيتأخر استحقاق المطالبة عن القبض لأن المتأخر عن المتأخر عن الشيء متأخر عن ذلك الشيء فلو استحق المطالبة قبل القبض لزم الدور، وهو محال. قال دام ظله: ولو أحال البايع رجلا على المشتري فالأقرب عدم بطلان الحوالة.

أقول: وجه القرب تعلق حق الغير بالثمن كما لو باعه من آخر (ويحتمل) البطلان لأن استحقاق المحتال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولأن الإحالة إنما هي بالثمن وقال الشيخ الطوسي رحمه الله إن عدم الرجوع إجماعي هنا، والحق عندي عدم البطلان لأن الاجماع المنقول بنخبر الواحد حجة.

المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بينة الحسبة فكذلك وليس للمتبايعين إقامتها لتكذيبهما بالمبايعة إلا مع إمكان الجمع كادعاء البايع عتق وكيهه وادعاء المشتري عتق البايع مع جهله به ولو فقدت البينة فلهما إحلافه على نفي العلم فيأخذ المال من المشتري وفي رجوع المشتري على البايع إشكال ينشأ (من) أن المظلوم يرجع على من ظلمه (ومن) أنه قضى دينه - بإذنه ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لأن الأصل صحة الحوالة فإن أقاما بينة أن الحوالة بالثمن قبلت لأنهما لم يكذباها (ب) لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاهما المحتال وادعى

المحيل قصد الوكالة فالأقرب تقديم قول المحيل لأنه أعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق لشهادة اللفظ له ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلطني وقال المديون وكلتني في استيفاء ديني صدق المديون فإن لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بإنكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لثلاثي يضيع حقه (ويحتمل) العدم لاعترافه ببرائته بدعوى الحوالة (أما) لو قال المستحق وكلتني فقال لا بل أحلتك صدق منكر الحوالة باليمين وليس للمستحق القبض لأن إنكار الوكالة يتضمن العزل، وإن كان قبض فالأقرب أنه يتملكه لأنه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه وإن تلف (احتمل) عدم الضمان لأن الوكيل أمين (وثبوتة) لأن الأصل ضمان مال الغير في يد آخر ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان (ج) لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً (د) لو أحال البرئ على مشغول الذمة فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وجازت بلفظ الحوالة

قال دام ظله: لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر مثلاً فالأقرب الصحة وإن كان حالاً.

أقول: وجهه أنه شرط سايق (ويحتمل) عدمه لأن الحوالة إنما هي لما عليه وهو حال والأصح الصحة لأنه إسقاط لبعض حقه.

لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة، ولو انعكس الفرض فإن شرطنا الشغل فهو اقتراض فإن قبض المحتال رجع على المحيل وإن أبرأه لم يصح، لأنه إبراء لمن لا دين عليه وإن قبض منه ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل لأنه غرم عنه، ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض.

الفصل الثالث في الكفالة

وهي عقد شرع للتعهد بالنفس، ويعتبر فيها رضى الكفيل والمكفول له دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فإن لم آت به فبعمرو أو يزيد أو عمرو بطلت وتنجز الكفالة فلو قال إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على إشكال ولو قال

الفصل الثالث في الكفالة

قال دام ظله: وتنجز الكفالة فلو قال إن جئت فأنا كفيل به لم يصح على إشكال.

أقول: يحتمل الصحة، لرواية أحمد بن الحسن الميثمي، عن أبان بن عثمان، عن أبي العباس، قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام - رجل تكفل لرجل بنفس رجل: فقال إن جئت وإلا فعلي خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه فقال لزمته الدراهم إن لم يدفعه (١) ويلزمه منه أنه يلزمه دفعه إن لم يدفع الدراهم لأنها في تقدير منع الخلو عن دفعه وثبوت خمسمائة درهم عليه وعدم أحد طرفي مانعة الخلو يستلزم الآخر فيصدق ما ادعينا فقد تعلق على شرط، وقال الشيخ في المبسوط لا يجوز تعليق الكفالة بشرط لأنه جعل هنا (هذا - خ ل) العقد غير موجب وإنما الموجب هو مع الشرط الذي لم يجعل له الشارع في أصل الشرع تأثيرا أصلا والموجبات إنما هي بوضع الشارع فما جعله مؤثرا بقي تأثيره وما لم يجعله مؤثرا جعله شيئا مؤثرا غلط فلا يصح وهو الأصح عندي.

(١) ثل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الضمان وفيه بعد قوله خمسمائة درهم هكذا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فإن قال على خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه قال تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه.

أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم تكن كفالة، وتصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعي عليه الكفالة، أو صبي، أو محنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف وبدن المحبوس لإمكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس أو عبد آبق أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص ولا يشترط العلم بقدر المال فإن الكفالة بالبدن لا به ولا تصح على حد الله تعالى، والأقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام، وضمن عين المغصوب والمستام ليردها على مالكها فإن رد برئ من الضمان وإن تلفت ففي إلزامه بالقيمة وجهان الأقرب لعدم كموت المكفول دون الوديعة والأمانة وتصح كفالة من ادعى عليه وإن لم تقم البيينة عليه بالدين وإن جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة ببدن الميت إذ قد يستحق إحضاره لأداء الشهادة على صورته والإطلاق يقتضي التعجيل فإن شرطاً أجلاً وجب ضبطه والتسليم الكامل

قال دام ظله: والأقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام.

أقول: منع الشيخ في المبسوط وابن البراج منه بناء على مذهبه وجوزه المصنف بناء على مذهبه (ولأنه) إما عبد أو مديون والأول أدخل في استحقاق الإحضار والثاني ظاهر، والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: فإن رد برئ من الضمان وإن تلفت ففي إلزامه بالقيمة وجهان الأقرب لعدم كموت المكفول دون الوديعة والأمانة:

أقول: وجه القرب أن ضمان الأعيان لا ينقل من ذمة إلى ذمة إذ العين لا تنقل من ذمة إلى ذمة والقيمة غير واجبة مع وجود العين وإنما يعتبر (تعهد - خ ل) ردها وإحضارها كالكفالة بالبدن فيسقط مع التلف كسقوط الكفالة بموت المكفول (ويحتمل) الصحة لأن الأعيان المضمونة لا بد أن تثبت مالية ما في الذمة فيتعلق تلك المالية بالضامن وإلا لم يصح ضمانها ويكون منزلته منزلة الأصيل فالتلف يؤكد تلك المالية وكما يضمنها الأصيل يضمنها هو والأصح عندي بطلان الكفالة بتلف العين فلا يلزمه شيء.

قال دام ظله: ولا بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشروط وإن انتفى فيهما الضرر على رأي.

في بلد العقد ولو عين غيره لزم وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والإطلاق وعند الأجل في المؤجلة ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق إرادة المستحق أو كرهه وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أو فيها بعد الدفن إن حرمتا النيش لأخذ المال وبتسليمه نفسه وبإبراء المستحق لأحدهما ولا يبرء بالتسليم ودونه يد غالبية مانعة ولا بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشروط وإن انتفى الضرر فيهما على رأي ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف حبس الحاكم ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته إن عرف مكانه وينظر في إحضاره بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به ولو كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك ولو امتنع الكفيل من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه ولو قال إن لم أحضره كان على كذا لزمه الإحضار خاصة لو قال على كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته ولو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه ولو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الدية فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص.

فروع

(١) لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (فإن) أخذ منه المال لتعذر المكفول (لم يكن) له الرجوع لاعترافه

أقول: قال الشيخ في المبسوط وابن البراج يبرء بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المشروط مع انتفاء الضرر وليس بجيد لأن قضية الأجل والشرط بخلاف ما ذكر

قال دام ظلّه: ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته. أقول: وجه القرب أنها حق للميت فيورث كسائر الحقوق لعموم الآية (ويحتمل) العدم لضعفها ولاقتضائها الإحضار إليه وتعذره والأقوى عندي الأول.

بالظلم (ب) لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر ولو تكفل لاثنتين فسلمه إلى أحدهما لم يبرء من الآخر (ج) لو ادعى إبراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرئ من الكفالة دون المكفول من المال (د) لو ترامت الكفالات صح فإن أبرء الأصيل برؤا أجمع (ه) لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه أو برأسه صح إذ قد يعبر به عن الجملة أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لا يمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ (من) عدم السريان كالبيع (ومن) عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجملة فيسري وكذا لو كان جزء يمكن الحياة مع انفصاله كيداه ورجله (و) لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر (ز) يجب على المكفول الحضور مع الكفيل أن طلبه المكفول له منه وإلا فلا إن كان متبرعا وإلا فكالأول (ح) لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفالة، ولو أسلم أحد الغريمين برئ

قال دام ظله: لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر.
أقول: قال الشيخ في المبسوط إذا تكفل رجلان (ببدن رجل) (لرجل خ) فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر لأنه لا دليل عليه وتابعه ابن حمزة وابن البراج والأجود البراءة لأن المكفول لو سلم نفسه برئ الكفيل فكذا لو سلمه أحد الكفيلين والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: لو هرب المكفول أو غاب غيبة (منقطعة) فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر.
أقول: وجه القرب أن الكفيل وثيقة على الحق فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة كالرهن (ووجه الثاني) أنه لم يلتزم به كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع لا يطالب برد رأس المال ولأن الحضور سقط عن المكفول به فيبرء الكفيل كما لو برئ المكفول من الدين (ووجه الثالث) أصالة بقاء الكفالة ولا يتناول المال فيتوقع المكنة وإلا لزم تكليف ما لا يطاق والأقوى الثالث.
قال دام ظله: ولو أسلم أحد الغريمين برئ الكفيل والمكفول على

الكفيل والمكفول على إشكال فيهما أما لو كان ضمانا فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه، وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر (ط) لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وإن قصد الرجوع به أو قال له بعضهم ألقه فألقاه أما لو قال له القه وعلى ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة ولو قال

علي وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فإن قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه، ولو قال علي ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا إلي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين

إشكال فيهما.

أقول: المسألة الأولى تبني على الثانية (ووجه الإشكال) في الثانية أن المسلم لا يجب له الخمر ولا عليه (ومن) أنه إذا سلم من عليه لم يسقط كالاتلاف قال المصنف و إذا أسلم من له فلا شيء له لأن المسلم لا يملك الخمر ولا عوض له عنه (فعلى هذا) إذا أسلم من له برئ الكفيل وإذا أسلم من عليه (فإن قلنا) برئ برئ الكفيل (وإن قلنا) يجب القيمة احتمال براءته لأنه إنما كفل على حق خاص وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد (ويحتمل) عدمه لأن الكفالة على الإحضار إلى الغريم المستحق للحق وهو هنا أكد لأن إيجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر فحق الإحضار قد تأكد. قال دام ظله: أما لو كان ضمانا فإنه لا يسقط بإسلام المضمون عنه وفي رجوع الضامن المأذون عليه بالقيمة نظر.

أقول: ينشأ (من) أنه أدى دينه بإذنه فيرجع عليه بالقيمة لتعذر المثل ولأنه متلف للخمر على الذمي بإسلامه فيضمنه (ومن) أن المضمون عنه إنما يجب عليه عند الأداء أقل الأمرين مما أدى الضامن والدين وعين الخمر لم يكن ديننا وأي شيء فرض من المال فهو أكثر من الخمر ولم يكن ديننا فلا يجب عليه القيمة ولا الخمر لأن المسلم لا يجب عليه الخمر.

قال دام ظله: ولو قال علي ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء ضمن الجميع بعد اليمين على إشكال ينشأ (من) استناد التفريط إلى المالك.

على إشكال ينشأ (من) استناد التفريط إلى المالك، ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان وكذا مزق ثوبك وعلي ضمانه أو اجرح نفسك وعلي ضمانه بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا (ى) الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء (يا) لو أدى الكفيل لتعذر إحضار المكفول كان له مطالبته المكفول بما أداه عنه سواء كفل بإذنه أو لا ولو ظهر بعد الأداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له.

أقول: (ومن) أنه غره فكان كما لو قدم طعام المغصوب منه إلى المالك والحق الأول لتفريط المالك بترك السؤال.

قال دام ظله ولو لم يكن خوف فالأقرب بطلان الضمان.

أقول: وجه القرب قيام المانع وهو كونه ضمان ما لم يجب والمقتضي للصحة الضرورة وهي منفية هنا (ويحتمل) الصحة للانتفاع بالإلقاء لخفة السفينة وليس بجيد.

قال دام ظله: الأقرب انتقال حق الكفالة إلى الوارث.

أقول: هذه المسألة قد تقدمت وإنما ذكرها هنا لفائدة هي الفرق (بين) ما إذا انتقل الدين المكفول عليه بالإرث إلى الوارث (وبين) ما إذا انتقل بغير الإرث كالبيع فإنه في الثاني يبرئ الكفيل لأنه لم يضمن الدين وإنما كفل منه للإحضار إليه والكفالة لا يلزم من انتقال الدين انتقالها وإليه أشار المصنف بقوله (١) (ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها برئ الكفيل) وأما في الإرث فإنه ينتقل نفس حق الكفالة إلى الوارث والوارث منزل منزلة الميت ويقوم مقامه كأنه هو وإنما قلنا بانتقال نفس حق الكفالة لأنه حق للميت يتعلق بالمال فدخل تحت عموم آية الإرث كالشفعة فإنها للوارث وإن تأخر ملكه عن شراء المشتري فظهر الفرق بين الرهن والكفالة (لأن) الرهن تابع لاستحقاق الدين لتعلق نفس الدين بالرهن فإلى

(١) يعني فيما يأتي.

المقصد الخامس في الصلح
وفصوله ثلاثة (الأول) الصلح عقد سائغ شرع لقطع التجاذب إلا ما أحل حراما
أو حرم حلالا كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو
صالحه مع إنكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أو لا فإن الصلح
في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا إبراء إلا أن يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا
لو كان المدعي كاذبا فصالحه المنكر فإنه غير مباح إلا مع الرضاء الباطن وهو أصل في
نفسه ليس فرعا على غيره وإن أفاد فائدته ويصح على الإقرار والإنكار من غير سبق
خصومة ومع سبقها سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاء دينا كان أو عينا وهو لازم
من الطرفين لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه ولا بد من متعاقدين كاملين وما يتصلحان
به وعليه ويشترط فيهما التملك ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه

من انتقل الدين انتقل الرهن بأي وجه كان، ففي الوارث انتقل بشيئين بانتقال نفس
الرهن بالإرث وانتقال الدين إلى مشتري الدين بسبب واحد وهو انتقال الدين.

المقصد الخامس في الصلح
قال دام ظله: ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي إلحاقه
بالبيع نظر.

أقول: ألحقه الشيخ بالربويات، وهو اختيار ابن البراج وهو يبنى على إحدى
قاعدتين (أ) هل الصلح فرع البيع أم لا (قيل) نعم لأن البيع انتقال عين مملوكة من
شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي والصلح كذلك (وقيل) لا لأنه عقد
منفرد برأسه ولو صيغة مخصوصة (ب) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم هو مختص
بالبيع وقد مضى ذلك فعلى القول بأحديهما لا يصح والأصح عندي شمول الربا
لكل المعاوضات.

بالبيع نظر وكذا في الدين بمثله فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمس مئة
حال ولو صالح من ألف حال بخمس مئة مؤجلا فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل و
ليس طلب الصلح إقرارا بخلاف بعني أو ملكني ولو اصطاح الشريكان على أن
لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو
بالعكس صح ولم يكن صرفا ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح ويصح على
كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ولو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين
لزم

(الفصل الثاني) في تزامم الحقوق يجوز اخراج الروشن والجناح ووضع
السباب واستجداد الأبواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وإن
عارض مسلم أما لو كانت مضرة أو اظلم بها الدرب على الأقوى أو كانت في المرفوعة
فإنه لا يجوز
ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنة أو شباكا جاز وإذنه إعاره يجوز الرجوع

قال دام ظله: وكذا في الدين بمثله فإن ألحقناه فسد لو صالح من ألف
مؤجل بخمس مئة حال.

أقول: ذكر هنا فرعين على كون الصلح بيعا أم لا (أ) لو صالح على دين بمثله
فعلى كون الصلح بيعا لا يصح وعلى كونه ليس ببيع يصح (ب) لو صالح على ألف
حال بخمس مئة فعلى إحدى القاعدتين تبطل وعلى بطلانهما يصح
قال دام ظله: ولو صالح من ألف حال بخمس مئة مؤجل فهو إبراء
على إشكال

أقول: (يحتمل) أن يكون معاوضة لمغايرة الحال والمؤجل والزائد
والناقص (ويحتمل) الإبراء لأنه ليس إلا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي
والأصح الأول.

قال دام ظله: إما لو كانت مضرة أو اظلم بها الدرب على الأقوى.
أقول: قال الشيخ في المبسوط ظلة الطريق بالرواشن في النافذة ليس إضرارا
قال المصنف في المختلف والأجود أنه إضرار فإن ضعيف البصر يتعذر عليه المشي فيه
فيجب المنع منه وهذا هو الأصح عندي.

فيه ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق ففيه إزالة ما أحدثه بغير إذن ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما، وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر، وينفرد الأدخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الأول وعدمه فإن سده فله العود إليه وليس لأحدهما الدخول ويحتمله إذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وإن استوعب الدرب فإن خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للأول منعه ويجوز جعل

قال دام ظله: ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأي.

أقول: هذا مذهب ابن إدريس للأصل، وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج لا يجوز (لأن) فيه إفرادا للهواء بالبيع ومبني على أن الصلح فرع البيع، وقال الشيخ في المبسوط أنه فرع لغيره لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (١) والتجارة هي البيع فسمى ما عدا البيع باطلا فلو كان الصلح ليس فرعا على البيع لدخل في الباطل وهو محال ثم قال فيه أنه ليس فرعا للبيع وإنما هو عقد قائم بنفسه، والأقوى عندي عدم الفرعية. قال دام ظله: ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر.

أقول: (من حيث) أنه يستحق الجواز منها إلى الدار الأخرى ويستحق الجواز من الدار الأخرى إلى الدرب فيستحق الجواز منها إلى الدرب ولا نعني بالمجاز إلا ذلك (ومن حيث) أنه لا باب فيه لها والاستحقاق فيه إنما هو للدار الأخرى لا لها وهذا هو الأصح عندي ولا وجه عندي للأول.

(١) النساء - آية ٢٨.

الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراره وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس إلا على الاحتمال، والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ولا يجب عليه الإعارة لو استعاره الجار بل يستحب ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى لكن مع الأرش على إشكال، ولو انهدم افتقر في تجديد الوضع إلى تجديد الإذن ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب (١) ووزنه ووقته ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره إلا بإذن شريكه ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالأقوى الأرش وكذا لا يجبر على الشرك في عمارة الدولاب والبئر وغيرهما

قال دام ظله: وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس إلا على الاحتمال.

أقول: الاحتمال الذي ذكره المصنف في احتمال فتح باب في المرفوع حيث قال له يرفع كل الحائط فجاز بعضه، (وأنا) أقول هذا الاحتمال ذكره على سبيل البحث لا أنه يحتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه ولا وجه لهذا الاحتمال عندي.

قال دام ظله: ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الأقوى. أقول: لأن العارية غير لازمة والتفريط منه، وقال الشيخ، وابن البراج ليس له الرجوع بعده لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع إضرار به فلا يملك المعير ذلك كما لو أعاره أرضاً للدفن، والأقوى عندي اختيار المصنف. قال دام ظله: لكن مع الأرش على إشكال.

أقول: ينشأ من أن العارية لا تستعقب الضمان (ومن) أنه سبب الإتلاف فيضمن وهو الأصح عندي.

قال دام ظله: ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالأقوى الأرش.

أقول: لوجود العين والزائد الصفة (وقيل) يجبر على بنائه والأول أقوى.

(١) أي بشرط تعيين عدد الخشب الخ.

ولو انفرد بها أحدهما لم يمنع ولا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ولو طلبا قسمته طولاً أو عرضاً جاز ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول وكل العرض وتصح القرعة في الثانية دون الأولى بل يختص كل وجه بصاحبه ولو تعاونا على إعادة المشترك أو إعادة أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة ولو طلب صاحب العلو عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له المنع ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك والمعاد ملكه ولا يمنع صاحب السفلى من الانتفاع بسفله لكن يمنع من فتح كوة أو ضرب وتد ولو انفرد أحد الشريكين بالإنفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء ولا يجب على مستحق إجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وإن خرب من الماء ولا على المالك إصلاح القناة لو خربت بغير سببه ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفلى وإن كان مشتركاً ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة ولصاحب السفلى الاستئذان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب التودد في السقف فلا.

فروع

(أ) إذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الإعارة ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر (ب) لو وجد بنائه أو خشبه على مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق (ج) لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل

قال دام ظله: ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الإبقاء نظر. أقول: ينشأ من أن له حق الإبقاء (ومن) أنه ضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار (أ).

قال دام ظله: لو وجد بنائه أو خشبه أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار في عدم الاستحقاق:

(١) ثل ب ١٢ خبر ٣ من كتاب إحياء الموات.

الماء ولا الاستطراق.

الفصل الثالث في التنازع

لو صالح المتشبه المصدق لأحد المدعين بسبب يوجب التشريك كالإرث على شيء شاركه الآخر إن كان بإذنه والأصح في الربع ولا شركة ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة ويعطي مدعى الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعى أحدهما الباقي مع التشبه وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الأجزاء وبيع الثوبان مع الاشتباه معا إن لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فإن يباع منفردين فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وإن تفاوتت فالأقل لصاحبه ولو كان عوض الصلح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لو صالحه على إجراء الماء على سطحه صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فإن أعتقه صح وفي رجوع العبد إشكال ينشأ (من) أن إعتاقه لم يصادف للمالك سوى الرقبة فلا يؤثر إلا فيه كما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بخدمته فأعتق الأول (ومن) اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد، والراكب أولى من قابض اللجام على رأي، وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ويتساويان في الثوب في أيديهما و

أقول: وجه القرب أصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير (ومن) ثبوت اليد والمالك يدعي استحقاق إزالتها، والأصل عدمه والأقوى الأول.
قال دام ظله: ولو كان عوض الصلح سقي الزرع أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء.
أقول: وجه القرب أنه منفعة مقصودة فيصح الصلح مع ضبطه (وقيل) بالمنع لأنه فرع البيع ولا يصح بيع الماء والمقدمتان ممنوعتان.
قال دام ظله: والراكب أولى من قابض اللجام على رأي.
أقول: قال الشيخ في الخلاف إذا لم يكن مع أحدهما بينة جعلت بينهما نصفين

إن كان في يد أحدهما أكثره وفي العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب، والأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه ومع التصرف إشكال، ولو صالح أجنبي عن المنكر صح فإن كان عن دين بإذنه كان توكيلاً وإلا تبرعاً في القضاء وإن كان عن عين بإذنه فكالأول وبغير إذنه افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى ويرجع بما أداه إن صالح بإذنه ولو صالح الأجنبي المدعي لنفسه ليكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا ولو خرجت أغصان الجار إليه فله قطعها من حد ملكه إن لم يمكن العطف وإن لم يأذن الحاكم فإن صالحه على الإبقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدة وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن المجهول دينا كان أو عينا إذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح إلا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ

وقال في المبسوط يحكم بها لأقويهما يدا وأكدهما تصرفاً وهو الراكب (وقيل) إنه يجعل بينهما نصفين وهو الأحوط، وابن إدريس قال بالأول وهو التساوي، والوجه ما قاله في المبسوط من ترجيح الراكب لكثرة تصرفه وقوة يده قال دام ظله: والأسفل أولى من مدعى الغرفة بسبب فتح الباب إليه ومع التصرف إشكال أقول: ينشأ من تعارض اليد وقولهم إن الهواء تابع للأرض في الملك. قال دام ظله: وكذا على الإبقاء في الهواء على الأقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل إلى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره.

أقول: قال الشيخ لو صالحه على بقاء الغصن البارز إلى ملك الغير في الهواء لم يصح إن كان رطباً لأنه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره، وكذا إن كان يابساً لأنه يبيع الهواء من غير قرار وذلك لا يجوز، والوجه الصحة ونمنع كونه يباع لما بينا أن الصلح عقد مستقل بنفسه ومنه يظهر حكم الباقي.

العوض عنه وإن لم يجر بيعه كدم العمد وسكنى الدار ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع بالقصاص ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حرته أو بعبد يعلمان استحقيقه ففي بطلان القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر، ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجة أو مع شاهد ليمتنع من إقامة الشهادة أو عن حد القذف ولو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في أيديهما فيحكم لذي البينة فإن فقدت فلمن اتصل به بنائه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي

قال دام ظله: ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً أو حراً فالأقرب الرجوع بالقصاص.

أقول: وجه القرب بطلان الصلح الموجب لسقوطه (ويحتمل) القيمة لاشتماله على إسقاط القصاص على مال فلا يعود استحقاق القصاص بتعذره، وعلى القول بأن الصلح فرع الإبراء يسقط قطعاً ويرجع إلى الدية والأصح عندي ما هو الأقرب عند المصنف

قال دام ظله: ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حرته أو بعبد يعلمان استحقيقه (ففي بطلان) استحقاق القصاص ووجوب الانتقال إلى الدية نظر.

أقول: ينشأ من بطلان الصلح لبطلان عوضه فيبقى الحق كما كان (ومن) أنه إسقاط قصاص بعوض مقدر فينتقل إلى الدية لأن سقوط القصاص مبني على التغليب وهو الأقوى عندي (واعلم) أنه قد وقع الاتفاق على أنه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجاناً.

قال دام ظله: ولو تداعيا جدارا بين ملكيهما وهو في أيديهما فيحكم لذي البينة فإن فقدت فلمن اتصل به بنائه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط وقال فيه أيضاً وإن استعمل القرعة على ما روي في الأمور المشككة من هذه المسائل كان قويا والحق ما فصله أولاً ولا قرعة مع ثبوت اليد.

أو بناؤه أو عقده أو قبه أو سترته ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لأحدهما

ولا غيره فمن حلف فهو له مع نكول صاحبه فإن حلفا أو نكلا قضى لهما به ولا يرجح بالدواخل كالطاقات والمحاريب ولا بالخوارج كالصور والكتابات بخص أو آجر ولا بالروازن والشبايك وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه ولو شهدت البينة لأحدهما بالملك صار صاحب يد في الأس ويحكم لصاحب الأسفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفة أما السقف فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفلى لاتصاله ببنائه على الترصيف وإن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لأنه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفلى واختصاص الأول والثاني ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك إلى العلو

قال دام ظله: وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه (١):
أقول: هذه الرواية التي رواها الشيخ في النهاية، عن عمرو بن شمر، عن جابر، عن أبي جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام: إنه قضى في رجلين اختصما في خص

فقال إن الخص للذي إليه القمط (٢)، قال في النهاية أيضا القمط هو الحبل والخص هو الطن الذي يكون في السواد بين الدور فكان من إليه الحبل هو أولى من صاحبه، والأصح عندي أنه لا يرجح بذلك لعدم الدلالة عليه بل حكمه كالجدار بين اثنين.
قال دام ظله: أما السقف فإن لم يكن إحداثه بعد بناء العلو إلى قوله وإن كان بحيث يمكن إحداثه إلى قوله واختصاص الأول والثاني.
أقول: وجه الشركة تساوي نسبه إليهما (ووجه الثاني) أن الهواء تابع للسفل لأنه متوقف عليه (ووجه الثالث) شدة احتياج الثاني إليه وكونها أكثر من حاجة الآخر.

(١) القمط بالكسر ما شد به الاخصاص ومنه معاقد القمط صحاح

(٢) ثل ب ١٤ خبر ٢ من كتاب الصلح

واختص الأسفل بالباقي ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالعرضة بأجمعها للأسفل ويقضي بالدرجة لصاحب العلو ويتساويان في الخزانة تحتها كل ذلك مع اليمين والمسناة بين الملكين كالجدار.

كتاب الأمانات وتوابعها

وفيه مقاصد (الأول) الوديعة وفيه فصول (الأول) في حقيقتها وهي عقد يفيد الاستنابة في الحفظ وهي جائزة من الطرفين ولا بد فيها من (إيجاب) وهو كل لفظ دال على الاستنابة بأي عبارة كان (وقبول) فعلا أو قولا دالا على الرضا ولا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ولا يبرء بالرد إليهما في الصورتين بل إلى الولي ولا يصح أن يستودعا فإن أودعا لم يضمننا بالإهمال أما لو أكلها الصبي أو أتلفها فالأقرب الضمان ولو استودع العبد فأتلف

كتاب الأمانات

وفيه مقاصد: الأول في الوديعة

قال دام ظله: فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان.

أقول: لأنه محسن لا سبيل عليه والضمان سبيل (ومن) أنه استولى على مال الغير بغير إذنه والأقرب الأول لأنه معروف فيكون مأمورا به. قال دام ظله: أما لو أكلها الصبي أو أتلفها فالأقرب الضمان.

أقول: لأن الإتلاف سبب الضمان ولأنه مباشر (ومن) أنه بتسليطه فالسبب هنا أقوى، وقال الشيخ في المبسوط قيل فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه الضمان، وهو الأقوى لأنه باختياره سلطه على إتلافها وهلاكها والثاني أنه يضمن، واختيار ابن إدريس الأول.

قال دام ظله: ولو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق.

فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها وكذا ولو أكره على قبضها ولا يضمن لو تلفت وإن أهمل، أما لو استودع مختاراً فإنه يجب

عليه الحفظ وتبطل بموت كل واحد منهما وبعونه وإغمائه وبعزله نفسه وإذا انفسخت بقيمت أمانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب يطيره الريح إلى داره يجب عليه إعلام صاحبه به فإن آخر متمكنا ضمن.

الفصل الثاني

في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير وأسبابه ستة (الأول) الانتفاع فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي أو يلبس لدفع الدود عند الحر وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها وإن كان الكيس ملكه وأعادها إليه ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لأن سبب أمانته مجرد النية وكذا لو جدد الإمساك لنفسه أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة فلو رد الوديعة إلى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستيمان ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد أو بعض الثوب ولو كان منفصلاً أو المودع مخطياً ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك ولو أعاد مثلها

أقول: قال الشيخ في المبسوط إن علمنا الجناية تعلق الضمان برقبته وإن لم نعلم الجناية فالضمان يتعلق بذمته، فإن شئت قلت إن قلنا في الصبي يضمن فضمان العبد يتعلق برقبته وإن قلنا الصبي لا يضمن فالضمان في العبد يتعلق بذمته وهذا الأقوى هذا آخر كلامه في المبسوط، وهذا هو الصحيح لأنه إما أن يكون الاستيداع بإذن مولاه أو لا والثاني يتعلق بذمته لأن إتلاف العبد يتعلق بذمته خاصة والأول كذلك (لأن) الإذن في الاستيداع لا يستلزم الإذن في الإتلاف ولا في الضمان (وقيل) الإذن في الشيء إذن في توابعه ومن حملتها الضمان عند الإتلاف فيتعلق بكسبه (قلنا) التوابع اللازمة فيه وهذا ليس منها.

ومزجها ضمن الجميع وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم سواء أخذ منه شيئاً أو لا بخلاف ما لو ختمه هو ولو مزج الوديعتين بحيث لا يميز ضمن الجميع وإن اتحد المالك ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى ولو مزج غيره ضمنهما المازج والشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله بنفس الحل وإن لم يتصرف وإلا ضمن بالأخذ ولو أذن له المالك في أخذ البعض ولم يأذن في رد البديل فرده ومزجه ضمن الجميع (الثاني) الإيداع فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن وكذا لو أودعه حالة السفر وإذا أراد السفر ردها على المالك فإن تعذر فعلى الحاكم فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان وكذا لو تعذر ردها على مالكها فإنه يعيدها إلى الحاكم فإن تعذر فالثقة مع الحاجة وإذا خالف هذا الترتيب في الموضوعين مع القدرة ضمن، والأقرب وجوب القبض على الحاكم وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه ولو أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخاف المعالجة ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن إلا أن يموت فجأة على إشكال ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل كقوله عندي

قال دام ظله: والأقرب وجوب القبض على الحاكم وكذا المديون و الغاصب إذا حمل الدين أو الغصب إليه.

أقول: وجه القرب أنه من المصالح وهو منصوب لها (ويحتمل) عدمه للأصل و الأقوى الأول لأنه ولي المالك.

قال دام ظله: ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن إلا أن يموت فجأة على إشكال

أقول: ينشأ من التفريط بترك الإشهاد لأنه نوع حفظ من الوارث لو مات ولم يعلم وهو معرض للموت (ومن الأصل) وإن مبني الوديعة على الإخفاء والأقوى الضمان لأن الوصية بها والإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها وفي نفس الأمر إن لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا

ثوب وله أثواب ضمن أما لو قال عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال ولو وجد على كيس مختوم أنه وديعة فلان لم يسلم إليه وكذا لو وجد في دستوره إلا بالبينة (الثالث) التقصير في دفع المهلكات فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن سواء أمره المالك أو لا ويرجع على المالك وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع أما لو نهاه عن العلف أو السقي فتركه عصي ولا ضمان ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه أو طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها أو لم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ولو لم يندفع إلا باللبس

معنى للتفريط إلا ذلك.

قال دام ظله: ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال.

أقول: قال أكثر علمائنا يضمن لأنه يجب عليه الرد لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وإنما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم فلا يسقط الضمان بالشك ولعلمنا الوديعة وجهل عينها فيكون كما لو كان عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها أحد فإنه يضمنها في ماله فكذا هنا لأن السفر والموت في هذا المعنى واحد وهذا قول الشيخ في المبسوط واستدل بهذين ويحتمل العدم لأن الوديعة ليست سببا للضمان بل سببه التفريط ولم يعلم والحكم بوجود الضمان مع الجهل بسببه محال ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد والأصح الثاني.

قال دام ظله: ويرجع على المالك وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع.

أقول: ينشأ من التبرع للنهي ومن أمر الشارع فإنه حق لله تعالى فصار كما لو أطلق (والتحقيق) إن نهى المالك منهي عنه شرعا والنهي في غير العبادات إذا اقتضى الفساد بطل نهى المالك فصار وجوده كعدمه وإلا فالأقوى هنا البطلان لأن حكمة النهي إذا لم يتم إلا باقتضائه الفساد وجب القول به وهو هنا كذلك لأن النهي عن نهى المالك لغرض حفظ الحيوان ولا يتم إلا بفساده وحفظ مال المنفق فوجب القول به.

(١) سنن الدارمي ج ٢ باب في العارية مؤداة وفيه (تؤديه).

وجب إلا مع نهى المالك ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن لاعتياده ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن إلا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها وعلفها فيه وشبهه (الرابع) المخالفة في كيفية الحفظ فلو عين له موضعاً للاحتفاظ ووجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل إلا إلى ما هو أحرز أو مساو على رأي، فإن تلفت بالنقل كأنهدامه ضمن ولا يجوز نقلها إلى الأدون وإن كان حرزاً إلا مع الخوف في إبقائها في الأول وعدم تمكنه من المساوي ولو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل إلى الأحرز والمساوي إلا أن يخاف تلفها فيه ولو قال وإن تلفت ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة فإن أحرزاً متمكناً ضمن ولو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق أو حرق ووجب نقلها إلى حرز غيره فإن تركها والحال هذه ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره ولو قال لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غير خوف ضمن

ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال أتلفها ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة وقول الودعي لأنه أمينه ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ولو قال وضعها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمن لأنه أحرز ويضمن بالعكس ولو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمال الضمان لكثرة السقوط من اليد وعدمه لأنها أحفظ من الطرار (١) بالبط أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن فإن ربطه امثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه إغراء للطرار ولا يضمن

قال دام ظله: ويضمن لو نقل إلا إلى ما هو أحرز أو مساو على رأي. أقول: الخلاف في المساوي قال الشيخ في المبسوط لا يضمن لأن المقصود الحرز ولو نهاه فأخرجها لغير عذر ضمن والأولى الضمان لأنه خالف وهو اختيار والدي المصنف في المختلف لأن الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضده والأكوان متضادة فلا فرق بين نهيه عن إخراجها وعدمه:

(١) الطر الشق والقطع والجلس.

لو جعله من داخل ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن ولو كانت للمودع فهي كالبوت ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل ففعل عليها لم يضمن ولو قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحدا فأدخل قوما ضمن سواء سرقت حال الإدخال أو بعده سرقها من دخل البيت أو غيره ولو قال اجعل الخاتم في الخنصر (١) فجعله في البنصر لم يضمن بخلاف العكس ولو لم يعين موضعا وجب حفظها في حرز مثلها أو أعلى ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان أدون ولو كانت في بيت صاحبها فقال له احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه (الخامس) التضييع بأن يلقها في مضيعة (٢) أو يدل (٣) سارقا أو يقر بها لظالم أو يسعى بها إلى من يصادر المالك فيضمن ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان ولو سلمها إلى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم

قال دام ظله: ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان.
أقول: وجه القرب أنه فرط بنسيانه لقدرته على التكرار، وقال الجبائيان السهو ضد العلم والعلم مقدور فيكون النسيان مقدورا (ويحتمل) عدمه لقوله عليه السلام رفع
عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٤) والمراد الحكم والأقرب الأول.
قال دام ظله: ولو سلمها إلى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم والأقرب انتفائه عنه.

أقول: هذا هو المشهور وقال أبو الصلاح يضمن إذا سلمها بيده (لنا) إن ترك التسليم ضرر وهو منفي فساغ التسليم فلا يستعقب الضمان (واحتج) أبو الصلاح بأنه متلف بالتسليم إلى الظالم فكان ضامنا ولأنه دفع الضرر عن نفسه كما يتسلم مال غيره فكان عليه ضمانه (والجواب) الضرر أسقط الضمان والأول أقوى.

(١) الخنصر الإصبع الصغيرة والبنصر ما قبلها المتصلة وما قبلها الوسطى وما قبلها السبابة وما قبلها الإبهام.

(٢) أي ما يكثر فيه أسباب الضياع

(٣) من باب الأفعال.

(٤) ثل ب ٢٤ خبر ١ من أبواب الخلل.

والأقرب انتفاؤه عنه (وهل) يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الأقرب ذلك ويجوز الحلف كاذبا للمصلحة ويجب التورية على العارف ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن ولو أكره على التسليم لم يضمن به فإن تمكن من الدفع وجب فإن أهمل ضمن ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع (السادس) الجحود وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره، وفي سؤال المالك إشكال فإن لم يقم بينة ولم يعترف فالقول قوله مع اليمين فإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه وإن كانت صيغة الجحود (لا يلزمني شيء) قبل قوله في الرد و

قال دام ظله: وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الأقرب ذلك. أقول: وجه القرب أن الحفظ واجب ولا يتم إلا به وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ولأنه متمكن من الحفظ بالاختفاء فإذا ترك وتلف ضمن (ويحتمل) عدمه لأنه ضرر عليه والأول أقوى.

قال دام ظله: الجحود وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره وفي سؤال المالك إشكال.

أقول: ينشأ من أنه بإنكاره منع المالك عن طلبه فكان كمنعه (ومن) أنه لم يطلب فلم يمنعها والأقوى الضمان

قال دام ظله: فإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى لتناقض كلاميه

أقول: جزم الشيخ بعدم سماع دعواه بغير بينة وقوى عدم سماع بينته أيضا وقال ابن الجنيد تسمع دعواه من غير بينة فإذا حلف يسقط الضمان لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان لها (والحق) أنه كلما تنافى كلاماه لم تسمع دعواه ولا بينته كإنكار الإيداع والاستيداع وإلا سمعت كقوله لا يستحق عندي شيئا. قال دام ظله: وإن كان صيغة الجحود (لا يلزمني شيء) (١) قبل

(١) هذه الجملة منصوبة محلا خبر لكان.

التلف مع البينة وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي ولو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك إشكال نعم تقبل لو شهدت بالإقرار.
الفصل الثالث في الأحكام

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق و الدابة في الإصطبل والشاة في المراح ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافرا فإن أضر لغير عذر ضمن ومعه لا ضمان وليس استتمام غرض النفس كمن كان

قوله في الرد والتلف مع البينة وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي.
أقول: أشار بقوله الأول إلى الرد لأصالة عدمه وذهب الشيخ في المبسوط إلى أن القول قوله في الأول لأنه أمين ولا بدل له على حفظها وهذا هو الأصح عندي وهو المشهور ولأن قبول الوديعة إحسان محض لا في مقابله عوض دنياوي والضمان سبيل وقال تعالى ما على المحسنين من سبيل (١) ولأن المالك يجعله بدعواه مفرطاً بل متعدياً والأصل عدمه ولأن عدم قبول قوله يناهض ما فعل من الإحسان المحض وهو ضد اللطف وأحكام الشرع إطفاف وأصالة عدم الرد معارض بأصالة عدم الضمان وبقاء الأمانة.

قال دام ظله: ولو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك إشكال نعم يقبل لو شهدت بالإقرار.
أقول: قوله بذلك إن كان راجعاً إلى الإقرار أي لو ادعى إقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود وأقام بينة على الإقرار فيكون منشأه (من) أنه لا تسمع بينته به فلا تسمع الإقرار به (ومن) أن الإقرار موجب لزوال الضمان ولم ينكر الإقرار أولاً لكن ذلك يناهض ظاهر قوله (نعم يقبل لو شهدت بالإقرار) وإن كان قوله (بذلك) راجعاً إلى التلف يكون تكريراً للمسألة المتقدمة، والظاهر أنه تكرير لها وإنما ذكرها هنا لأنه في الأول قد قوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلها هنا فلا

(١) التوبة - آية ٩٠.

في حمام أو على طعام عذرا ولو قال رد على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان إشكال وكذا كل أمانة كالثوب تصيره الريح في داره فإن رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكروا بخلاف التقصير في ترك الإشهاد على

قضاء الدين لأن مبني الوديعة على الإخفاء وأجرة المسكن إن احتاجت ومؤنة الرد على المالك وإن قلت نعم لو سافر بها بغير إذنه أو بغير ضرورة كانت مؤنة الرد عليه ولو كان المودع غاصبا لم يجوز رد الوديعة إليه بل إلى مالكيها إن عرف ولو جهل عرفت سنة ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان وإن شاء أبقاها أمانة أبدا من غير ضمان وليس

منافاة، ومنشأ الإشكال حينئذ (من) حيث إن البينة حجة شرعية يثبت بها ما يثبت بالإقرار وسقوط الضمان هنا يثبت بالإقرار (ومن) حيث إن قبول البينة متفرع على سماع الدعوى المطابقة لها وهنا لا تسمع لتكذيب المدعي إياها وهو يستلزم تكذيب البينة لاتحاد المنخبر عنه فيهما والفرق بين البينة بالتلف وبين إقرار المالك به الاتفاق على نفوذ الإقرار في حق المقر هنا بخلاف البينة.

قال دام ظله ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان إشكال وكذا كل أمانة كالثوب تصيره الريح في داره

أقول: ينشأ (من) أنه أمره بالرد ولم يرد فقد خالف فيضمن (ويحتمل) عدمه لأنه لا يجب على المستودع تكلف الرد ولا تحمل مؤنته بل الواجب التخلية بين المالك وبينها وتمكنه من أخذها وهذا لم يمنع وقال المصنف في منشأ الإشكال أنه لما أمره بالدفع إلى وكيله فكأنه عزله فيصير ما في يده كالأمانات الشرعية كالثوب تطيره الريح إلى داره وفيه وجهان (أحدهما) أنه يمتد إلى المطالبة كالودائع وأظهرهما أنه ينتهي بالتمكن من الرد فمبني هذا على أن هذا الأمر هل هو عزل أم طلب فينزل بمنزلة قوله (أعطني) والوجه الأول وهو الضمان وأما الثوب تطيره الريح إلى داره فيجب عليه إعلام المالك أو وكيله على الفور بقدر الإمكان وتمكين المالك من أخذه.

قال دام ظله: ولو كان المودع غاصبا إلى قوله وليس له التملك مع

له التملك مع الضمان على إشكال، ولو مزجها الغاصب بماله فإن تميزت وجب ردها على مالکها دون المودع وإلا رد الجميع على المودع على إشكال، ولا يبرء المفرد

الضمان على إشكال

أقول: فرض المسألة إذا كان المستودع جاهلاً بالغصب والمالك، والإشكال ينشأ (من) حيث إنه مال في يده لا مالك معروف عنده ولم يأخذه بسبب محرم فكان حكمه حكم اللقطة (وللأصحاب) فيه ثلاثة أقوال (أ) قال الشيخ في النهاية يعرفها حولاً كما تعرف اللقطة فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها عنه وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لما رواه حفص بن غياث، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل من المسلمين أودعه

رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهو يردّه عليه: قال لا يردّه فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها فإن جاء بعد ذلك خيره بين الغرم والأجر فإن اختار الأجر فله وإن اختار الغرم غرم له وكان الأجر له (ب) قول المفيد أنه يتصدق بها إذا جهل أربابها يخرج منها الخمس إلى فقراء آل محمد وأيتامهم وأبناء سبيلهم وصرف منها الباقي إلى فقراء المؤمنين ولم يشترط التعريف حولاً ويقرب منه قول سائر (ج) إنه يدفعها إلى الإمام العادل لأنه ولي الغياب فإن لم يتمكن منه حفظها فأوصى بها عند وفاته وهو قول أبي الصلاح وابن إدريس والمصنف في المختلف وهو الأقوى لعصمة مال الغير.

قال دام ظله: ولو مزجها الغاصب بماله فإن تميزت وجب ردها على مالکها دون المودع وإلا رد الجميع على المودع على إشكال. أقول: منشأ قول الأصحاب، قال ابن إدريس يجب عليه ردها على المودع بدليل إجماع أصحابنا، والإجماع المنقول بخبر الواحد حجة وإنه رد الغصب إلى الغاصب وهو لا يجوز والأولى إلى الحاكم.

(١) ثل ب ١٨ خبر ١ من كتاب اللقطة.

بالرد إلى الحرز بل إلى المالك أو بإبرائه ولو أنكر الوديعة أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر أو نقص القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر، أما لو ادعى الإذن في التسليم إلى غير المالك فالمصدق (١) المالك مع اليمين فإن صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد، ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على إشكال هذا إن أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت أنه

مات وعنده وديعة أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال ويصدق المستودع مع اليمين في تعيين المدعين فإن نكل غرم للآخر

قال دام ظله: ولو أنكر الوديعة وادعى التلف فإن كان بسبب ظاهر أو نقص القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر. أقول: قال الشيخ القول قول المستودع لأنه أمينه ولا بدل له على حفظها ويحتمل أن يكون القول قول المالك لأنه منكر والأقوى عندي قول الشيخ فهو من خواص اجتماع الوديعة والأمانة.

قال دام ظله: فإن صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد.

أقول: قد تقدم البحث في دعوى الرد.

قال دام ظله: ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على إشكال هذا إن أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت إنه مات وعنده وديعة.

أقول: الإشكال السابق (٢) في أصل الضمان وهذا في كفيته فنقول كفيته يحتمل تقديم صاحب الوديعة لحصولها لأصالة البقاء واشتباها عينها ويحتمل التحاص كالديون والأصح الأول لأن حق الوديعة متعلق بعين التركة كالرهن. قال دام ظله: أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقائها ففي الضمان إشكال.

(١) بفتح الدال.

(٢) قلت صوابه اللاحق لقول المصنف فيما يأتي (ففي الضمان إشكال).

وفي نفي العلم وتقر في يده حتى يثبت المالك فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحدة ويحتمل التعدد فإن نكل أحلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما وإن سلم العين بحجة إلى أحدهما رد نصف القيمة إلى المودع ولم يجب على الثاني الرد لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل ولو مات المالك سلمهما إلى الورثة أجمع من غير تخصيص فيضمن معه.

المقصد الثاني في العارية

وفيه فصلان (الأول) في الأركان وهي خمسة (أ) (العقد) وهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقا أو مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة ولا يختص لفظا ولا يشترط القبول نطقا (ب) (المعير)، ويشترط كونه مالكا للمنفعة جازي التصرف فلا يصح عارية الغاصب ولا المستعير ولا الصبي ولا المجنون ولا المحجور عليه لسفه أو فلس وتصح من المستأجر ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو بوكيله (ج) (المستعير) وشرطه أن تكون معينة أهلا للتبرع عليه بعقد يشتمل على

أقول: ينشأ من قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (أ) وسببه سقوط الوجوب عند التلف بلا تفريط ولم يعلم لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان (ومن) أن هذا اليد لا يقتضي الضمان وسببه التفريط والأصل عدمه وأصل البقاء معارضة بأصالة البراءة.

قال دام ظله: فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحدة و يحتمل التعدد.

أقول: وجه الأول وهو قول الشيخ في الخلاف إنا نعلم أن إحدى الدعويين كاذبة قطعاً لاستحالة اجتماعهما فلا يتوجه عليهما يمين فلا يتوجه إلا لأحدهما وليست معلومة فيحلف لهما (ووجه التعدد) وهو اختياره في المبسوط أن كل واحد منهما مدع بالنظر إليه دعوى يجوز سماعها وامتناع صدق المجموع من حيث هو مجموع لا يستلزم امتناع صدق كل واحد بانفراده والمنظور في الدعوى الثاني خاصة ولجواز كونه بينهما.

(١) سنن الدارمي باب في العارية مؤداة.

إيجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون (د) (المستعار) وشرطه أن يكون منتفعا به مع بقاءه كالثوب للبس والدابة للركوب والأرض للزرع والغرس والبناء دون الأطعمة فإن منفعتها في استهلاكها والأقرب جواز إعاره الدراهم والدنانير إن فرضت لها منفعة حكومية كالترزين بها والضرب على طبعها (هـ) إباحة المنفعة فليس للمحرم

استعارة الصيد من محرم ولا محل فإن أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك ولا يجوز استعارة الجوازي للاستمتاع ويجوز للخدمة وإن كان المستعير أجنبيا ويكره استعارة الأبوين للخدمة ويستحب للترفه ويحرم إعاره العبد المسلم من الكافر.

فروع

(أ) لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمه المحل لزوال ملك المحرم بالإحرام وعلى المحرم الضمان لأنه تعدى بالإعارة لما يجب إرساله (ب) لو قال

أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز لكن لا يجب وليس على واحد منهما أجرة

المقصد الثاني في العارية

قال دام ظله: والأقرب جواز إعاره الدراهم والدنانير إن فرض لها منفعة حكومية كالترزين والضرب على طبعها.

أقول: وجه القرب وجود المنفعة مع بقائها (ومن) عدم قصدتها عادة (واعلم) أن الشيخ في المبسوط والخلاف جوز إجازة الدراهم وعلل بجواز الانتفاع بها مع بقاء عينها ويلزم من قوله وتعليله هذا جواز إعارتها ومنع ابن إدريس من إيجارتها قال لأنه لا منفعة لها إلا استهلاك عينها ويلزم من تعليله منع العارية والأصح عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: لو قال أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز لكن لا يجب وليس على واحد منهما أجرة.

أقول: وجه القرب الأصل (ومن) أنها بعوض والعارية بغير عوض والأقوى

أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجرة ولو قال أعرتك الدابة بعلفها فهي إجارة فاسدة تقتضي أجرة المثل وكذا أعرتك الدابة بعشرة دراهم (ج) لو أذن الولي (للصبي) (الطفل - خ) في الإعارة جاز مع المصلحة (د) تجوز استعارة الفحل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده وكذا غيرها.

الفصل الثاني في الأحكام

وهي أربعة (الأول) الرجوع، العارية عقد جاز من الطرفين إلا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون فلو رجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالأجرة وطم الحفر ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس والزرع ولو قبل إدراكه.

الأول لأنه شرط لا يخالف الشرع والأصل الجواز وليس بعوض لأن المقتضي للعوضين عقد واحد وهنا ليس كذلك.

قال دام ظله: أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجرة.

أقول: وجهه تعذر الشرط (ويحتمل) عدمه لأن العارية لا يستعقب العوض والأصح الأول لأن كل شرط صح في عقد ثبت الفسخ بفواته فإذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض فوجب الأجرة.

قال دام ظله: ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب إجابته لكن بشرط دفع أرش الغرس والزرع ولو قبل إدراكه.

أقول: القرب هنا في موضعين (أ) جواز القلع لإعارته (لأنها عارية - خ ل) فلا يجب للأصل والخلاف هنا في مسألتين (إحديهما) في الغرس والبناء فإن العارية فيهما إن لم يكن إلى مدة معينة جاز إجماعاً وإن كانت إلى مدة معينة قال ابن الجنيد لا يجوز قبل انقضائها لثبوت الضرر على الغير و (الثانية) في الزرع قال الشيخ وابن إدريس له قلعة قبل إدراكه وإن دفع الأرش لأن له وقتاً ينتهي إليه والأقوى عندي إجابته (ب) في دفع الأرش ومنعه قوم (لأنه) غير مستحق البقاء ولا الكون وإنما هو عارية والعارية

والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأجرة على التراضي منهما، ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الأقوى فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضاء المستعير (وبين) القلع مع دفع أرش النقصان وإن أدى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على إشكال ولو انهدم الحائط أو أزال المستعير الخشب باختياره أو بإكراه أو انقلعت الشجرة لم يملك إعادته سواء بنى الحائط بآلته أو غيرها ما لم يجدد له الإذن.

لا تستعقب الضمان (ولأن) له المطالبة بتفريغ ملكه متى شاء وقال الشيخ وابن الجنيد يضمن الأرش لأنه وضع مأذون فيه وإزالته لتفريغ ملكه يستلزم نقصه فيضمنه وهو الأقوى عندي والأقرب عند المصنف
قال دام ظله: والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأجرة على التراضي منهما.

أقول: الأقرب في توقف تملك الغرس بالقيمة على التراضي للأصل وقال الشيخ وابن الجنيد إذا دفع صاحب الأرض قيمة الغرس أجبر المستعير على أخذها ويملك صاحب الأرض الغرس لأنه لا ضرر عليه فيها والأقوى الأول لعصمة مال المحترم وأما توقف الإبقاء بالأجرة على التراضي فإجماعي.

قال دام ظله: ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز وبعده على الأقوى فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضاء المستعير وبين القلع مع دفع أرش النقص.

أقول: وجه القوة أنها عارية فلا يلزم (دفع أرش النقص - خ) وللأصل (ويحتمل) عدمه كما مر في الغرس والأقوى الأول.

قال دام ظله: وإن أدى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على إشكال.

أقول: قال الشيخ ليس له الإزالة بعد الوضع وإن ضمن الأرش فإنه يؤدي

فروع

(أ) لو رجع في الإعارة للدفع بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز (ب)
لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجانا على إشكال، وفي
استحقاق الأجرة قبله نظر، ولو حمل السيل (نواه) (نواة - خ) (١) فنبتت في أرض غيره
أجبر

المالك على القلع والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه ولصاحب الأرض
الإزالة مجانا (ج) لو رجع في إذن الزرع وقد بلغ القصيل وجب قصله مجانا لانتفاء
الضرر ومع الضرر الأرش (د) لو شرط القلع عند الرجوع مجانا وتسوية الحفر ألزم
الوفاء ولا أرش وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسوية (هـ) لو لم يشترط القلع فأراد
المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية إشكال ينشأ (من) أنه كالمأذون في القلع بأصل

إلى قلع جذعه عن ملكه منخيرا بخلاف الغرس لأنه في ملك غيره، وتبعه ابن إدريس
واختار المصنف في المختلف جوازه لأنها عارية فللمالك الرجوع فيها وإن أدى إلى
تخريب ملك الغير لانجباره بالأرش، وهذا هو الأصح عندي.
قال دام ظله: لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع
مجانا على إشكال.

أقول: ينشأ من أن المأذون له في أمر إذا رجع الإذن ولم يعلم المأذون له هل
يبطل إذنه أم لا وسيأتي في الوكالة:
قال دام ظله: وفي استحقاق الأجرة قبله نظر.
أقول: ينشأ (من) أنه تصرف في ملك الغير مع زوال الإذن (ومن) عدم بطلان
إذنه كما تقدم والتفريط منه حيث غره فضعفت المباشرة فكان السبب أقوى.
قال دام ظله ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على
القلع والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه.
أقول: (ويحتمل) عدمه لأن الفائدة في تخليص ملك صاحب الأرض أعظم من
فائدة مالك النواة والأول أقوى.

(١) الظاهر صحته مضافا كما لا يخفى وقوله أجبر المالك يعني مالك النواة.

الإعارة (ومن) أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت (و) يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستغلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر البناء والغرس وللمستعير الدخول لسقى الشجر وممرمة البناء دون التفرح (ز) لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن أجنبي (ح) لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الأرش وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة ومقلوعة قبل انقضائها وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع مجانا ولا فرق بين الغرس والزرع على إشكال ينشأ (من) أن الغرس والبناء للتأيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها (الثاني) الضمان: العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا (بالتفريط) في الحفظ (أو) التعدي (أو) اشتراط الضمان (أو) كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان إلا أن يشترط سقوطه وفي دخول المصوغ نظر (أو) استعار من المستعير (أو) صيدا) في الحرم

قال دام ظله: ولا فرق بين الغرس والزرع على إشكال ينشأ من أن الغرس والبناء للتأيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها.
أقول: ومن أن العارية غير لازمة وقد تقدمت هذه المسألة.
قال دام ظله: وفي دخول المصوغ نظر.

أقول: ينشأ من رواية زرارة في الحسن قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرت فتوى (١) فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة فإنهما يلزمان إلا أن يشترط أنه متى توى يلزمك تواه وكذا جميع ما استعرت واشترط عليك يلزمك والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك (٢) وهذا عام في المصوغ وغيره (ومن) رواية الحلبي الصحيحة، عن الصادق عليه السلام: ليس على العارية ضمان وصاحب

العارية والوديعة مؤتمن (٣)، خرج الدراهم والدنانير بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل والقائل بأن العام المخصوص لا يبقى حجة في الباقي لا يتم هذا الاستدلال عنده، وما رواه الحسين بن سعيد، في الصحيح، عن صفوان، عن ابن مسكان، قال قال

(١) أي هلك.

(٢) ثل ب ٣ خبر ٢ من كتاب العارية.

(٣) ثل ب ٣ خبر ٥ من كتاب العارية.

(أو كان) محرماً فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً وإلا فالقيمة يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف ويجب رد العين مع الطلب

أبو عبد الله عليه السلام لا تضمن العارية إلا أنه يكون اشترط فيها ضماناً إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً (١) وما رواه أحمد بن محمد، عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن صالح، عن عبد الملك بن عمرو، في الحسن، عن أبي عبد الله عليه السلام: قال

ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط (٢)، ففي هاتين الروايتين حكم بعدم ضمان العارية وهو عام لأن النكرة في النفي عام إلا في الدراهم والدنانير واشترط الضمان فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان لأنه ليس بدراهم ولا دنانير وهذا مخصص للاستثناء الأول لأن الأول أعم من هذا لاستواء القضيتين في الحكم الأول وخصوص الاستثناء في الثاني وعمومه في الأول فكانت هاتان الروايتان أخص من الأول والعام بينى على الخاص مع جهل التاريخ، ولا تظن رجوع هذه إلى أن ذكر بعض العام هل يخص العام أم لا (لأن) هذه في قوة قضيتين (إحديهما) جميع ما عدا الدنانير والدراهم لا يضمن في العارية والدراهم والدنانير يضمن بالعارية والمصوغ ليس بدراهم ولا دنانير (فنقول) المصوغ هو ليس بدراهم ولا دنانير وكلما ليس بدراهم ولا دنانير لا يضمن بالعارية ينتج المصوغ لا يضمن بالعارية وهو المطلوب وفائدة قوله عليه السلام (إنها مضمونة شرط صاحبها أو لم

يشترط) شيئان (١) لينتفي هنا ظن من توهم أن الاستثناء من النفي ليس بإثبات (ب) ليعلم أنه ليس استثناء من الاستثناء خاصة وإلا لم تكن مضمونة أصلاً (لأن) الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي، بل تكون مستثناة من عدم الضمان في العارية ومن اشتراطه بالاشتراط، وقال الشيخ في المبسوط والذهب والفضة مضمونان شرط فيهما ذلك أو لم يشترط والأقوى عندي أنه لا يضمن إلا الدراهم والدنانير. قال دام ظله: فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً وإلا فالقيمة

(١) ثل ب ٣ - خبر ١ - من كتاب العارية وفيه عن عبد الله بن سنان بدل ابن مسكان.

(٢) ثل ب ٣ - خبر ٣ من كتاب العارية.

والممكنة فإن أهمل معهما ضمن ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فأشكال ينشأ (من) أن استناد التلف إلى مأذون فيه (ومن) انصراف الإذن غالباً إلى استعمال غير متلف فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت أو استعمالها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف لأن النقص غير مضمون على إشكال وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيء أو تلف بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك في العارية، والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب

يوم التلف (ويحتمل) أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف. أقول: وجه الأول أنه ما دامت العين باقية يجب ردها ولا اعتبار بالقيمة وإنما يجب بالتلف فيجب وقته (ووجه الثاني) إنه إذا فرط صار قبضاً مضموناً فكان كالغاصب ولأن القيمة مضمونة ولا يزول ضمانها إلا برد العين ولم يحصل، وقال ابن حمزة إن هلك مضموناً لزمته قيمته يوم القبض، وإن هلك غير مضمون بالتفريط لزمه قيمته يوم التلف والأقوى يوم التلف.

قال دام ظله: وكذا لو شرط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت أو استعمالها ثم فرط فإن يضمن بالقيمة يوم التلف لأن النقص غير مضمون على إشكال أقول: البحث هنا في النقص بالاستعمال وضمن القيمة يوم التلف وهو عدم ضمان النقص وهذا قول الشيخ في المبسوط قال لأن ما ذهب من الأجزاء بالاستعمال مأذون في إذهابها بمجرى العادة: وفي رواية وهب، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام إن علياً عليه السلام قال من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن الحديث (١) فجعل نفس

الأجزاء مضموناً ولأن مقتضى الضمان مع عدم رد العين بأجزائها وصفاتها يضمن ما فات ونمنع صحة السند (وعلى احتمال) ضمان أعلى القيم مع التعدي يضمن هنا الأعلى لأن تنقص السوق ثم (٢) مضمون فنقص الضمان أولى والأصح الضمان وهو اختيار ابن الجنييد وأبي الصلاح.

(١) ثل ب ١ - خبر ١٠ - من كتاب العارية.

(٢) بفتح التاء.

فللمالك الرجوع على من شاء بالأجرة وأرشد النقص والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع إلا أن يكون ذهباً أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة ولو جحد العارية بطل استيمانه وضمن ولو

تجاوز المأذون ضمن، ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية فكذب الرسول وأخبر المعير فطلب المستعير إلى أخرى فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن لأن صاحبها أعارها إليه، ولو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول وإنما يبرء الضامن إذا رد على المالك أو وكيله لا إلى الحرز ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرء بالرد إليها (الثالث) التسليط على الانتفاع ويتقدر بقدر التسليط وينتفع به بما جرت العادة به فلو أعاره الدابة لحمل معين لم

قال دام ظله: ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع إلا أن يكون ذهباً أو فضة فإن الأقرب أن الضمان على المستعير خاصة. أقول: أما القيمة (فلأنه) دخل على أن يضمنها فإذا كانت لم تتغير بزيادة ونقصان من حين الغصب إلى حين التلف فلا بحث (وإن) كانت في يد الغاصب أزيد من حين قبضها المستعير إلى حين التلف ولم ترد (١) ضمن الغاصب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه وإنما يزول ضمان زيادة السوقية برد العين ولم ترد دون المستعير (وإن) نقصت في يد المستعير للصفة (فهو) يستقر ضمانها على المستعير فإن قلنا يستقر ضمان الأجزاء عليه مع بقاء العين فهنا أولى (وإن) لم نقل باستقرار ضمانها عليه فمع التلف (إن) قلنا بضمانه أعلى القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيم (وإلا) استقر عليه قيمته يوم التلف، وعلى الغاصب الفاضل وإن زادت للسوق ابتنى على ضمانه من المالك أعلى القيم وعدمه (وأما) الأجرة فلأنه ضمن ما أتلفه فلا يرجع به على غيره (ويحتمل) عدمه لأنه غره لأنه دخل في العارية على أن لا ضمان عليه في المنافع (وأما) أرش النقص بالاستعمال المأذون فيه (فإن) قلنا بضمانه من المالك ضمن واستقر عليه قطعاً لأنه أولى (وإن) قلنا بعدمه أو كان بغير الاستعمال جاء احتمالاً الأجرة والتقدير

(١) مبنياً للمفعول.

يجز له الزيادة ويجوز النقصان ولو أطلق فله حمل للمعتاد على مثلها ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المتساوي والأدون لا الأضر ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والأقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق بخلاف حمل الأكثر وليس للمستعير أن يعير ولا أن يؤجر ولو أعار للغراس لم يكن له البناء وبالعكس وله الزرع ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت دلو استعار الدابة ركب أو حمل ولو استعار أرضا فله البناء أو الغرس أو الزرع وكذا لو قال انتفع كيف شئت ولو استعار للزرع وأطلق زرع مهما شاء (الرابع) التنازع فلو ادعى العارية والمالك الإجارة في الابتداء صدق المستعير ولو انتفع جميع المدة أو بعضها (احتمل) تصديقه بيمينه لاتفاقهما

كما مر فهذا فرض هذه المسألة إملاءه على المصنف دام ظله (والضابط) أن كل يد تتعقب يد الغاصب بغير إذن المالك جهلا يد ضمان فكلما ضمنت على تقدير أن الغاصب مالك استقر ضمانه عليها وإلا على الغاصب وهذا هو الصحيح عندي.

قال دام ظله: ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأضر ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والأقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا مع الإطلاق بخلاف حمل الأكثر.

أقول: القرب هنا في موضعين (أ) عدم اسقاط التفاوت وهو أجرة الحنطة من أجرة الأضر مع النهي لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فوجب عليه الأجرة هذا في الأضر وأما المساوي والأدون فيجب تمام أجرتهما أيضا كملا (ويحتمل) ضعيفا السقوط لأنه أسقط عنه تلف المنافع الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض فالزائد هو المضمون خاصة لأنه غير المأذون فيه فيلزم على هذا التقدير أن المساوي والأدون إذا تساوت أجرة غير المأذون أجرة المأذون أو نقصت عنها أن لا شيء فيهما وليس بجيد لأنه تصرف متقوم بغير إذن المالك (ب) إسقاطه مع الإطلاق لأنه أذن له في استيفاء هذه المنافع فلا يجب عليه أجرتهما (ويحتمل) عدمه لأنه أذن له في استيفائها في شيء خاص لا مطلقا وثبوت الحكم للخاص لا يستلزم ثبوته لكل أفراد كليه والأقوى اختيار المصنف في الموضوعين.

على إباحة المنفعة والأصل براءة الذمة من الأجرة (وتصديق) المالك بيمينه لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقل من أجرة المثل والمدعي، ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين ويثبت له أجرة المثل، و لو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد (١) التلف وادعى المالك الإعارة فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين وإن زادت القيمة أخذها باليمين وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ويصدق المستعير في ادعاء التلف لا الرد وفي القيمة مع التفريط أو التضمن على رأي وفي عدم التفريط.

فروع

(أ) ولد العارية المضمونة غير مضمون (ب) مؤنة الرد على المستعير (ج) لو رد إلى من جرت العادة بالقبض كالدابة إلى سايسها لم يبرء (د) لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني مطلقا على

قال دام ظلّه: وفي القيمة مع التفريط أو التضمن على رأي أقول: هذا اختيار ابن إدريس في الموضوعين، وقال الشيخان، وسالار، وابن حمزة، وابن البراج، وأبو الصلاح القول قول المالك مع اليمين مع التفريط لبطلان الأمانة بالخيانة (ولأن) المالك يدعي بقاء ماله في ذمته وأنه لا يبرء بهذا القدر والضامن يدعي زوال ما في ذمته بدفع هذا القدر أعني الذي زعم أنه قيمته وإنه برئ بدفعه والأصل البقاء وعدم تجدد البراءة والأقوى الأول لأصالة برائته من الزائد. قال دام ظلّه: لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني مطلقا على إشكال وكذا العين. أقول: الإشكال في استقرار الضمان على الثاني إذا كان جاهلا وينشأ (من) أنه ضمن ما أتلفه فلا يرجع به على غيره لأنه المباشر (ومن) غروره فصار السبب وهو المعير أقوى (وأما) العين فلأن التلف في يده كعارية مضمونة فيستقر الضمان عليه، والأقوى عندي عدمه لأنه مغرور والمغرور إذا باشر الإتلاف بالإذن لم

(١) ظرف لقوله ولو ادعى - وقوله سوغناه جملة معترضة فلا تغفل.

إشكال وكذا العين (ه) لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء
المدة على إشكال فيقدر المدة في الإجارة ويضمن المستعير في المضمونة دون
المستأجر والمرتهن.
المقصد الثالث في اللقطة

وفيه فصول (الأول) في اللقيط وفيه مطلبان (الأول) الملقوط إما انسان أو حيوان
أو غيرهما ويسمى الأول لقيطا وملقوطا ومنبوذا وهو كل صبي ضايع لا كافل له وإن
كان مميزا فإن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه ولو تعاقب الالتقاط أجبر

يضمن فهنا أولى.

قال دام ظله: ولو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى
انقضاء المدة على إشكال فيقدر المدة في الإجارة ويضمن المستعير في
المضمونة دون المستأجر والمرتهن.

أقول: ينشأ (من) إذنه في عقد لازم فيلزم (ومن) أن العارية ليست بلازمة
ولرواية الحسين بن سعيد، في الحسن، عن فضالة، عن أبان، عن حذيفة، عن
أبي عبد الله عليه السلام: في رجل استعار ثوبا فرهنه فجاء أهل المتاع إلى متاعهم قال
يأخذون متاعهم (١) وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على
العموم في المقال، والأقوى عندي وجوب الصبر لأنه أذن في عقد لازم له.
المقصد الثالث في اللقطة

مقدمتان

(١) اختلف أهل اللغة في اللقطة بضم اللام وفتح القاف فقال الفراء والأصمعي
هي اسم المال الملقوط وقال الخليل بن أحمد اسم الملتقط لأن ما جاء على وزن فعلة
فهو اسم كلفظة همزة ولمزة أما اللقطة بتسكين القاف فهو المال وفي حديث زيد بن

(١) ثل ب ٧ خبر ١ من كتاب العارية وفيه - استعار ثوبا ثم عمد إليه فرهنه الخ.

الأول والتقاطه واجب على الكفاية ولا يجب الإشهاد ولا يلتقط العاقل البالغ ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق، فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر، فإن تساويا أقرع أو شركا (أو يشتركا - خ ل) في الحضانة ولو ترك أحدهما للآخر صح سواء كانا موسرين أو أحدهما حاضرين أو أحدهما أو كان أحدهما كافرا مع كفر اللقيط و لا يحكم لأحدهما بوصف العلايم ولو تداعيا بنوته ولا بينة أقرع ولا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر في النسب وكذا لو أقاما بينة ويحكم للمختص بها، وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر، ولو انفردت دعوى النبوة (١)

خالد الجهني أجمعت الرواة على روايته بالتحريك (ب) هل اللقطة حقيقة شرعية يبحث الفقيه عن أحكامها أو هو مقرر على وضع أهل اللغة وإنما يبحث الفقيه عن التقاط مشروط بشروط فهو يبحث عن نوع خاص من الالتقاط فيه قولان وليس هنا موضع بحثه قال دام ظله: ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق فإن تساويا ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر.

أقول: ينشأ من صلاحية كل للالتقاط وإلا فلا بحث ولكل ولايته وقد تعارضا فلا ترجيح (ومن) أنها شرعت لحفظ الطفل وكل من كان منه هذا أكد وأولى كان أولى بها والبلدي احفظ لنسبه ثم القروي والغني أقوم بأوده (٢) والعدل محل الأمانة واللقطة أمانة وإنما وجب الترجيح لاستحالة انتزاعه منهما لاستلزامه اسقاط حق لزم له وعليه وتشريك الحضانة حرج والتناوب قاطع للأنس مغير للأخلاق والأولى عندي القرعة.

قال دام ظله: وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر.

(١) بتقديم الباء.

(٢) أي احتياجه.

حكم بها من غير بينة حرا كان المدعي للنبوة أو عبدا مسلما أو كافرا ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا إلا مع بينة النبوة، والأقرب افتقار الأم إلى البينة أو التصديق بعد بلوغه ولو كان اللقيط مملوكا وجب إيصاله إلى مالكة فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان ويصدق في عدم التفريط مع اليمين ويبيعه في النفقة

أقول: قال الشيخ في الخلاف الحر والعبد والمسلم والكافر في دعوى النسب سواء لا مزية لأحدهم على الآخر، وقال في المبسوط الحر أولى من العبد والمسلم أولى من الكافر، وقال ابن الجنيد لو ادعاه حر وعبد ألحقناه بالحر فإن قامت البينة بأنه ولد العبد ألحقنا نسبه به وأقررناه على الحرية إلا أن يكون البينة قامت بأنه ولد من أمته و تردد المصنف (من) حيث صلوح كل واحد للأبوة (ومن) حيث إن المسلم والحر أقوى من الكافر والعبد (وأنا أقول) إذا التقط في دار الإسلام يقدم المسلم أو الحر لأننا حكمنا بإسلامه وبحريته وذلك مستلزم للحكم بإسلام أحد أبويه وبحريته لأن تبعية الدار إنما هي بواسطة تبعة النسب لأن المولود من كافرين لا يتبع الدار في الإسلام بل إنما يتبع الدار مجهول النسب فلا بد وأن يحكم بإسلام أحد أبويه لكن نسبة الأب والأم في هذا الحكم واحدة فيحكم بإسلامهما وإلا لزم الترجيح بلا مرجح (ولأننا) نحكم بوجودهما في دار الإسلام وتولده فيها وبحريتهما لأن الكافر والرق مجلوبان إليها والأصل عدم الجلب وإذا حكم الشارع بإسلام أبويه لم يحكم بكفر أحدهما فلا نلحقه بالكافر (لمنافاة) الحكم بالإسلام وكذا في الرق (ولأن) المسلم يركن إليه في النسب ولهذا يقبل دعواه مع عدم المعارض من غير بينة والكافر لا يركن إليه في شيء لقوله تعالى ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار (١) نهى عن إدخال ماهية الركون في الوجود فيعم (ولأنه) علق إمساس النار بمجرد الركون مطلقا فيحرم ولما كان المحكوم بابويه مركونا إليه ترجح المسلم على الكافر.

قال دام ظله: والأقرب افتقار الأم إلى البينة أو التصديق بعد بلوغه

أقول: قال الشيخ في المبسوط يقبل دعواها كالأب (ووجه) القرب أن الأب

(١) سورة هود آية ١١٣.

بالإذن مع تعذر استيفائها فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه لأنه كالضالة الممتعة وإن كان صغيراً كان له التملك بعد التعريف،

وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل فلا يصح التقاط العبد فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه ولا المكاتب ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المجنون بل ينتزع من يديهما ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لأن الحضانة استيمان فلا يليق به، والأقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنشئ السفر

خرج بالإجماع فبقي غيره على الأصل والأصح الثاني.
قال دام ظلّه: فإن اعترف المولى بعقته فالوجه القبول فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع.
أقول: إذا كان الملتقط مملوكاً وأنفق عليه الملتقط غير متبرع فله الرجوع على الرجوع على المالك ومع التعذر يتعلق برقبته فإذا تعلق بها فاعترف المولى بعقته قال المصنف الوجه القبول (ووجهه) القرب أن الأصل في اللقيط الحرية وقد عارضه إقراره الأصل فصار أقوى من الحكم بالرقيّة ولأنه لم يوجد ما ينافي هذا الإقرار (لأن) الحاكم إنما بنى على أصل البقاء (وهو ضعيف) لإقرار المالك بحريته والعتق مبني على التغليب (ويحتمل) عدمه لتعلق حق الغير به، والأصح الأول إن كان الإقرار قبل بيعه في النفقة لأنه يصح منه إنشاء العتق الآن فقبل إقراره فيه (فعلى هذا) يرجع بالنفقة على المالك إن كان الانفاق قبل العتق والبيع.
قال دام ظلّه: ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه لأنه كالضالة الممتعة.

أقول: ويحتمل الجواز لأنه مال ضائع والأصح الأول.
قال دام ظلّه: والأقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنشئ السفر
أقول: وجه القرب أنه تعاون على البر والتقوى فهو من باب العبادات وهو الأصح عندي (ويحتمل) العدم لأنه يستتبع تصرفاً في المال للنفقة عليه (المنفق عليه - خ ل)

ويجب على الملتقط الحضانة فإن عجز سلمه إلى القاضي (وهل) له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ (من) شروعه في فرض كفاية فلزمه، والأقرب أن له السفر والاستيطان به في غير بلد الالتقاط فلا يجب انتزاعه منه ح ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء (١) أو

وهب منهم أو أوصى لهم ويقبله القاضي أو ما يده عليه عند الالتقاط كالمفوف عليه والمشدود

على ثوبه والموضوع تحته والدابة تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الأقمشة ولا يحكم له بما يوجد قريبا منه أو بين يديه أو على دكة

وربما ضاع نسبه ولأنه ولاية فلا يثبت للمبذر.

قال دام ظلّه: ويجب على الملتقط الحضانة فإن عجز سلمه إلى القاضي وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلزمه. أقول: الحضانة ولاية التربية والحفظ والرعاية (إذا) تقرر ذلك فنقول الملتقط يلزمه الحضانة بالمعنى المذكور فإن عجز سلمه إلى الحاكم وهل له مع القدرة والتبرم التبري منه وتسليمه إلى القاضي ذكر المصنف فيه إشكالا (ومنشأه) أن الشروع في فرض كفاية هل يوجب إتمامه ويصير الشارع فيه متعينا عليه أم لا (يحتمل) الأول لقوله تعالى: ولا تبطلوا أعمالكم (٢) (ويحتمل) الثاني للأصل وترجح جواز تسليمه إلى الحاكم ولي الضايغ، والأصح عندي عدم جواز التسليم إلى الحاكم إلا لضرورة لأنه قد ثبت عليه حق الحفظ والحضانة والأصل البقاء.

قال دام ظلّه: والأقرب أن له السفر والاستيطان به في غير بلد الالتقاط. أقول: ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه لا يمنع إن كان أمينا ظاهرا وباطنا وإن كان أمينا ظاهرا خاصة منع لأنه يخاف أن يسترقه (ووجه) القرب أنه سبق إليه وقال النبي (ص) من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به ولعدم المانع و البلد الثاني كالأول (ويحتمل) العدم لثلا يضيع نسبه لأنه إنما يطلب في البلد الذي ضاع فيه والصحيح عندي مذهب الشيخ في المبسوط.

(١) بضم اللام وفتح القاف جمع اللقيط،

(٢) سورة محمد - آية ٣٣.

هو عليها ولا بالكنز تحته وإن كان معه رقعة أنه له على إشكال، فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان فإن تعذر استعان بالمسلمين ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية فإن تعذر أنفق الملتقط فإن نوى الرجوع رجع وإلا فلا ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين وليس للملتقط الانفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم فإن بادر بدون ضمن إلا مع التعذر ولا يفتقر في احتفاظه إلى إذن ولو اختلفا في قدر الانفاق قدم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف وكذا في أصل الانفاق وإن كان للملقوط مال.

المطلب الثاني في الأحكام وهي أربعة

(الأول) النسب فإن استلحقه الملتقط وغيره ألحق به ولا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه وإن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت (الثاني) الإسلام وإنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وإن كان مميزاً لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستزلال (١) وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية وهي تحصل بأمر ثلاثة (١) إسلام أحد الأبوين فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم ولو طرد إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام في الحال وكذا أحد الأجداد والجدة وإن كان

قال دام ظلّه: ولا بالكنز تحته وإن كان معه رقعة أنه له على إشكال.
أقول: ينشأ من أنه في الأمانة والدلالة على تخصيص اللقيط أكد من الموضوع تحته (ويحتمل) عدمه لأنها ليست بيد وهو الأقوى.
قال دام ظلّه: وكذا أحد الأجداد والجدة وإن كان الأقرب حياً على إشكال

أقول: قال المصنف في التذكرة ينشأ (من) أن سبب التبعية القرابة لأنها لا يختلف بحياة الأب وموته كسقوط القصاص وحد القذف ولأن التبعية إنما هي للأصالة وهي ثابتة للجد لقوله تعالى والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم

(١) من الزلة.

الأقرب حيا على إشكال (ب) تبعية السابي المسلم على رأي إن سبى منفردا ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه ولو سباه الذمي لم يحكم بإسلامه وإن باعه من مسلم (ج) تبعية الدار وهي المراد فيحكم بإسلام كل لقيط في دار الاسلام إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره وبكفر كل لقيط في دار الحرب

ذريتهم (١) وابن الابن ذرية لقوله تعالى ومن ذريته الآية (٢) (ومن) أن علة التبعية القرابة وكلما كان أقرب كان المتصف بها أولى (ولأن) الشارع علق التبعية بالأبوة وهي في

الجد مجاز وفي الأب أولى وأقدم لأنه العلة القريبة والجد علة بعيدة فكان الأب أولى وقوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه (٣) فحصر السبب في الأبوين وهما حقيقة في الأبوين بلا واسطة لا في الجددين واللفظ إنما يحمل على حقيقته وتركناه في موت الأب لأنه كالمعدوم فبقي في حياته.

قال دام ظله: الثاني تبعية السابي المسلم على رأي إن سبى منفردا. أقول: في المسلم إذا سبى صبيا كافرا دون البلوغ منفردا عمن تبعه بالأبوة قال الشيخ في المبسوط يتبع السابي في الاسلام لأن المسبى أبطل حرите فيبطل تبعية الأبوة وتبعية الدار هنا منفية عنه ولا بد من طريق إلى إسلام الطفل لأنه لطف به فلا يمنعه فيتعين السابي فيه واستشكله المصنف لحصره عليه السلام سبب كفره في كفر أبويه في قوله

عليه السلام، وإنما أبواه يهودانه الحديث (٤) وحصر علة الوجود في الشيء يقتضي حصر علة العدم فيه أيضا لأن علة الوجود هي علة العدم لكن الأولى بوجودها والثانية بعدمها ولأنه قد ثبت كفره (لقوله تعالى) ولا يلدوا إلا فاجرا كفارا (٥) (والحديث) و الأصل البقاء والأقوى عندي ما اختاره والذي المصنف في آخر عمره (٦) وهو أنه يتبعه في الاسلام بالنسبة إلى الطهارة لا إلى غيرها.

(١) سورة الطور آية ٢١.

(٢) سورة إنعام - ٨٣.

(٣) ثل ب ٤٨ خبر ٣ من كتاب الجهاد.

(٤) ثل ب ٤٨ خبر ٣ من كتاب الجهاد.

(٥) سورة النوح آية ٢٦.

(٦) هذه الجملة تدل على أن تأليف هذا الكتاب بعد رحلة أبيه لكنه مناف لما في النسخ إلى أول كتاب النكاح من قوله قده قال دام ظله فتفتن:

إلا إذا كان فيها مسلم ساكن ولو واجد تاجر أو أسير فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم برده تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار (الثالث) الجناية وعاقلة اللقيط الإمام إذا فقد النسب ولم يتوال على أحد دون الملتقط فإن جنى عمدا اقتص منه وخطأ يعقله الإمام وشبيهه العمدة في ماله وإن قتل عمدا فلإمام القصاص وخطأ الدية، ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية ولا يتولى الملتقط ذلك

قال دام ظله: فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم برده تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار.

أقول: الحكم بإسلام اللقيط إنما يحصل من تبعية الدار لامتناع المباشرة و جهل السبب في تبعية النسب والسابي عند من يثبتها والضابط في تبعية الدار أن كل صغير مجهول وجد في دار الإسلام أو دار فيها مسلم واحد ساكن ولو كان تاجرا أو أسيرا يحكم

بإسلامه (إذا) عرفت ذلك (فنقول) إذا بلغ من حكم بإسلامه بتبعية الدار وأعرب عن نفسه الكفر هل يحكم برده تردد والذي المصنف دام ظله فيه من حيث ضعف تبعية الدار لأنها إمارة يمكن خلافها وحكم الشارع بها تغليبا لحرمة الإسلام فالاستدلال بالنعوين الأولين برهان لمي يفيد العلم وبالدار استدلال بإمارة تفيد الظن ومن حيث الحكم بإسلامه فهو مسلم كفر بعد إسلامه وكل من كان كذلك فهو مرتد، وقال الشيخ في المبسوط

والأقوى أنه لا يقبل بل يفزع ويهدد ويقال حكمننا بإسلامك ترجع إلى الإسلام فعلى هذا لم يجزم برده والأقوى عندي قول الشيخ وإن إعرابه عن الكفر كاشف عن كفره الأصلي.

قال دام ظله: ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية.

أقول: وجه القرب أنه مسلم حر معصوم وكل من كان كذلك أو جب قطع طرفه عمدا عدوانا القصاص، والأولى ظاهرة لأننا حكمننا بإسلامه وحرية وعصمته، والثانية لآية وكل من وجب له القصاص جاز لوليه استيفائه لأن العلة الغائية في شرع القصاص إنما هو حقن الدماء من التجري عليها لقوله تعالى ولكم في القصاص حياة (١)

(١) البقرة آية ١٧٩.

بل الحاكم ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد فبلغ وطلب القصاص فإشكال ينشأ (من) إن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص (الرابع) الحرية فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحرية ويحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً فيملكه المال ويغرم من أتلف عليه شيئاً وميراثه لبيت المال وإن قتله عبد قتل وإن قتله حر فالأقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ يجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال

وهذه الغاية لا تتوقف على بلوغ المقتص له وتأخيرها ربما يفوتها وولى اللقيط (الملتقط - خ ل) الإمام أو نائبه فله استيفاء القصاص فإذا كانت الدية أصلح والولي له عمل الأصلح كان له استيفاءها ومنع الشيخ في المبسوط من استيفاء القصاص والدية له مع كونه مميزاً عاقلاً أو معتوها موسراً إلى بلوغه فإن بقي معتوها استوفى الحاكم فإن كان معتوها معسراً جاز أخذ المال، ومنع من انحصار علة القصاص الغائية في ما ذكرنا بل التشفي غاية أخرى أيضاً، والفرق بين الصبي والمجنون أن الصبي غايته معلومة ينتظر التأخير فليس التأخير إليها تفويتاً وليس للمجنون غاية معلومة تنتظر والتأخير إلى غاية غير معلومة تفويت والتفويت لا يجوز.

(فرع) إن جوزنا أخذ الدية في العمد (فهل) للمولى عليه إذا كمل ردها واستيفاء القصاص (قيل) نعم لأنها ليست بواجبة بالأصالة وإنما هي بدل عن القصاص لتعذره فكانت للحيلولة (ورد) بأن الحيلولة إنما هي تعذر من جانب الجاني وليست كذا هنا بل هي من المجني عليه ولو كانت للحيلولة لجاز أخذها للصبي المميز فهي عفو كلي وإسقاط للقصاص.

قال دام ظله: وإن قتله عبد قتل به وإن قتله حر فالأقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق حينئذ بحسب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال.

أقول: إذا قتله حر فإما أن يكون عمداً أو خطأً فإن كان الأول (قيل) يقتص له من الحر (وقيل) لا وهو اختيار المصنف ومأخذ القولين أن الحكم بالحرية هل هو جزم مطلقاً أو فيما لا يثبت حرته شيئاً على غيره لولا الحرية لما ثبت له عليه كضمان

وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال فإن بلغ وأنكر ففي زوال الرق إشكال ولو أقام بينة

ما في يده له إذا أتلغه متلف لأن المال المعصوم مضمون على المتلف فليس الضمان بسبب الحرية فإذا خسر المتلف فلا عوض له فيمن تصل إليه (يحتمل) الأول لأن الأصل الحرية ولأن الدار في المجهول لو لم يكن سبباً ولا مستلزماً للسبب لم يصح جعلها دليلاً لكن التالي باطل لأن الشارع جعلها دليلاً (ويحتمل) الثاني لتعارض أصل الحرية وبرائة ذمته من مستلزم حرته ثبوت شيء في ذمته وليس تقديم الحرية أولى من العكس (فعلى الأول) يقتض ويدل عليه قوله تعالى النفس بالنفس وهو عام خص بمن علم عبوديته أو كفره والعام المخصوص حجة في الباقي والمصنف رجع الثاني بمأخذ ثالث وهو (أن) دم المسلم المعصوم مبني على الاحتياط التام فلا يقع فيه بالظن بل اليقين ولا يقين مع قيام الشبهة واحتمال الرق (وإن) سبب القود في الحرية المجني عليه ولم يعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب، (وعلى) سقوط القود هل يجب دية الحر المسلم أولاً أو الأقل منهما ومن القيمة استشكله المصنف و سيأتي تقريره في الخطأ (وإن كان) الثاني وهو أن يكون القتل خطأ ففيه الإشكال كما استشكله المصنف (فعلى الأول) يجب الدية كاملة (وعلى الثاني) يجب أقل الأمرين من الدية والقيمة لأنه المتيقن والزائد مشكوك والأصل عدمه والأقوى عندي وجوب كمال الدية للحكم بحرته فالمقتضي لكامل الدية موجود والمانع وهو التجري على الدم وهو يقتضي تقرير النصيب الثابت في القصاص منتف (فائدة) إنما قدر هذه المسألة في احتمال الرق ولم يقدرها في احتمال الكفر لأن الإسلام أغلب وأقوى ولهذا يستتبع الحمل بعد وجوده بل وبعد انفصاله قبل بلوغه بخلاف الحرية قال دام ظله: وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولأنها إذا استندت إلى الالتقاط وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال. أقول الضمير في قوله (استندت) في الموضوعين راجع إلى اليد (وتقرير) المسألة أن الملتقط في دار الإسلام الأصل فيه الحرية لأن لآدميين خلقوا ليسخروا (١)

(١) الأول معلوم والثاني مجهول وكذا في ليملكوا.

لا ليسخروا وليملكوا لقوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا لا يملكوا إلا عقوبة عن الكفر (ولأن) أهل الدار هم الأحرار والأرقاء مجلوبون إليها والأصل عدم الجلب (إذا) تقرر ذلك (فنقول) من ادعى رقية صغير حكم بحريته لتبعية الدار سمعت لإمكانها، ثم لا يخلو إما أن لا يكون الصغير في يده أو يكون فإن كان الأول لم يقبل واحتاج إلى البينة وإن كان الثاني فاليد إما التي عرفنا استنادها إلى الالتقاط المنبوذ أو لا بل غيرها فإن كان الأول لم يقبل لأن الأصل الحرية فلا يترك بمجرد الدعوى وإلا لزم ترجيح المرجوح بلا مرجح وهو أولى بالاستحالة من ترجيح المساوي والفرق بينه وبين المال أن المال مملوك وليس في دعواه تغيير لصفة أثبتها الشارع واللقيط حرته حكم بها الشارع وفي دعوى ملكيته تغيير لهذه الصفة وإن كان الثاني وهو أن لا يكون اليد مستندة إلى الالتقاط وإليه أشار بقوله (وإن استندت إلى غيره) ففي القبول منه بغير بينة قولان، قال الشيخ في المبسوط يحكم له بشهادة اليد مع اليمين واستشكله المصنف لأن اليد (إما) سبب تام للملك كما في تملك المباحات وشرط السببية قبول المحل للتمليك (١) وهو في الآدمي بالكفر وقد حكم الشارع بإسلام هذا الطفل فانتفى شرط السببية (وإما) علامة دالة على خصوصية المالك وتعيينه وشرط الدلالة العلم بكون ما فيها مملوكا لشخص ما والأصل الحرية فانتفى شرط العلامة ولا حالة ثالثة لليد يتعلق بالملكية غير ما ذكرنا فلا يحكم برقه بها (واعلم) أن قول المصنف (فإن ادعى رقه) لا يمكن رجوع الضمير إلى الملتقط لأنه (٢) يحيل التفصيل وهو قولنا (إما أن يكون اليد عن الالتقاط أو لا عن التقاط) بل الضمير في (ادعى) راجع إلى مدع كامل مسلم والضمير في (رقه) راجع إلى الصغير المجهول في دار الإسلام الذي الأصل فيه الحرية والإسلام. قال دام ظله: فإن بلغه وأنكر ففي زوال الرق إشكال. أقول: هذا فرع على الحكم برقه لذي اليد مطلقا أو مع اليمين كما قال

(١) يعني قبوله للتملك في الآدمي بسبب الكفر والمفروض كونه محكوما بالإسلام.

(٢) يعني رجوعه إليه يجعل التفصيل المذكور محالا.

حكم بها سواء أطلقت أو استندت إلى سبب كإرث أو شراء ولو شهدت بأنه ولد مملوكته
فإشكال ينشأ (من) أنها قد تلد حراً، ولو بلغ وأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت
حرية ولم يقر بها أولاً، ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول، ولو أقر
بالعبودية أولاً لوأحد فأنكر فأقر لغيره فإشكال ينشأ (من) أن الحكم بحريته برد
الأول إقراره (ومن) عموم قبول إقرار العاقل، ولو سبق منه تصرف فإن أقيم بينة

الشيخ (وتقريره) أنه إذا حكم عليه بالرق حال الطفولية ثم بلغ وادعى الحرية و
أنكر الرق (يحتمل) عدم القبول منه لأنه قد حكم برقه فلا يزول إلا بحجة هي البينة
أو إقرار من هو في يده كغيره من العبيد إذا ادعى الحرية (ويحتمل) القبول لأن الأصل
الحرية وإنما جرى الحكم بالرق ظاهراً لأنه لم يكن له قول معتبر ذلك الوقت فإذا
صار له وقت معتبر فلا بد من إقراره أو البينة، والأصح عندي وعند والدي عدم قبول
دعوى ذي اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية فلا يرد هذا الفرع عندنا وإنما يتفرع
على مذهب الشيخ خاصة.

قال دام ظلّه: ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فإشكال ينشأ من أنها قد تلد حراً.
أقول: ومن أنه نماء جاريته وأصالة تبعيته لها قال الشيخ في المبسوط الذي
يقتضيه مذهبنا أنه لا يكون رقا لأنها شهدت بالأعم من رقيته والعام لا دلالة له على الخاص
وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظلّه: ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول.
أقول: قال الشيخ في المبسوط لا يقبل لأننا حكمنا بحريته وألزمناه
أحكامها من الحج والجهاد والطلاق ويريد بهذا الإقرار إسقاط ذلك عن نفسه
فلا يقبل والمصنف رجح القبول ومنشأ القولين قوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم
جائز (١) فعند الشيخ مع التضاد يحكم بالسابق وهو الحرية هنا للأصل ولأنها حق لله
تعالى ثبت فلا يزول بإقراره وعند المصنف أنه يحكم بالرقية بالنسبة إليه بالخبر والأقوى
عندي اختيار والدي (دام ظلّه - خ).

(١) مستدرک باب ٣ - خبر - ١ من أبواب بيع الحيوان.

على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون ولو عرف رقه بإقراره لم يقبل فيما يضر بالغير فيستمر النكاح لو كانت امرأة ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل والأولاد أحرار وعدتها ثلاثة أقراء وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام ولو قذفه قاذف فادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل أصلا براءة الذمة و الحرية فيثبت التعزير ولو قطع حر يده تقابلا أيضا لكن الأقرب هنا القصاص (لأن) العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء.

الفصل الثاني في الحيوان

ويسمى ضالة ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية إلا مع تحقق تلفه وإن كان عبدا أو كافرا أو فاسقا التقاط كل حيوان مملوك ضايع لا يد لأحد عليه في الفلاة فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحا أو كان في كلاء وماء فإن أخذه حينئذ ضمنه ويبرء بتسليمه إلى المالك أو الحاكم مع فقدته لا بإرساله في موضعه ويرسله الحاكم في الحمى فإن

قال دام ظله: ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل أصلا (١) براءة الذمة والحرية فثبت التعزير ولو قطع حر يده تقابلا أيضا لكن الأقرب هنا القصاص لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضا بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن.

أقول: لما كان التعزير جزء من الحد ووجوب الكل يستلزم وجوب الجزء فكلما وجب الحد فالتعزير ثابت وكلما لم يجب الحد فالتعزير ثابت لعدم خلو الأمر عنهما فالعدول من الحد إلى التعزير عدول من ظاهر لأن الظاهر الحرية شرعا إلى متيقن (وأما) العدول من القصاص إلى القيمة (فعدول) من ظاهر وهو الحرية إلى مشكوك فيه (وأیضا) فإن العدول من الحد إلى التعزير عدول من محتمل للنقيض لأن الحرية

ليست منتفية إلى ما لا يحتمل النقيض لأن وجوبه تعيني (وأما) العدول من القصاص إلى القيمة (فعدول) من ظاهر حكم الشارع به وهو الحرية إلى مرجوح لأن وجوب القيمة تابع للرقية وهي مرجوحة والأصح عندي اختيار المصنف.

(١) بالإضافة.

لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكة ولو تركه من جهد في غير كلاء ولا ماء جاز أخذه و يملكه الواجد ولا ضمان وفي رد العين مع طلب المالك إشكال وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار أما الشاة فتؤخذ ويتخير الآخذ (بين) حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما (وبين) تملكها فالضمان على إشكال وكذا صغار الإبل و

الفصل الثاني في الحيوان

قال دام ظله: وفي رد العين مع طلب المالك إشكال وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار.

أقول: يجوز لأهل التكسب أخذ البعير الضال المجهول المالك في فلاة مع فقد الكلاء والماء معا يملكه هو أو مالكة ولا ضمان فلو جاء المالك وطلبه ففي وجوب رد العين إشكال ينشأ (من) عموم قول أبي جعفر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه (١) ولأنه كان مستحقا له قبل الالتقاط و الأصل البقاء وملك الآخذ إنما يمنع لو كان مستقرا لازما وهو ممنوع فإن التملك الطاري أعم من ذلك كالهبة للأجنبي بغير عوض (ومن) عموم قول أبي عبد الله عليه السلام من

أصاب مالا أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت وقامت ونسيها صاحبها لما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال أو الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنما هي مثل الشيء المباح (٢)، ولثبوت ملك الثاني شرعا ولزوال ملك الأول والأصل بقاء زوال الملك، والأقوى عندي أن لمالكها أخذها.

قال دام ظله: أما الشاة فتؤخذ ويتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملكها والضمان على إشكال. أقول: إذا أخذ الشاة الضايعة في الفلاة تخير بين حفظها لمالكها وبين دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما إجماعا وبين تملكها (وهل) يضمن فيه إشكال ينشأ من إطلاق الأصحاب أنه يملكها من غير تقييد بضمن والأصل عدمه (ومن) عموم الرواية الأولى ووجوب صيانة مال الغير، والأقوى الغرامة إذا وجد المالك وطلب.

(١) ثل ب ٤ - خبر ٢ - من كتاب اللقطة.

(٢) ثل ب ١٣ - خبر ٢ - من كتاب اللقطة.

البقر وغيرهما ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعدوه وأما العمران فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع وبين دفعها إلى الحاكم فإن تعذر أنفق ولم يرجع ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك وإلا باعها وفي اشتراط الحاكم إشكال ويتصدق بثمانها وضمن أو احتفظه ولا ضمان، وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمانها إشكال، ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم

قال دام ظله: ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك وإلا باعها وفي اشتراط إذن الحاكم إشكال ويتصدق بثمانها وضمن أو احتفظه ولا ضمان. أقول: إذا أخذ شاة من العمران حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك سلمها إليه وإلا باعها (وهل) يشترط في البيع إذن الحاكم إشكال ينشأ (من) عموم إطلاق الأصحاب إذن البيع (ومن) وجود قائم مقام المالك وهو الحاكم لأنه ولي الغياب و هذا هو الأصح عندي فإن أمكنه استأذن الحاكم قوله (أو احتفظه ولا ضمان) راجع إلى الاحتفاظ خاصة.

قال دام ظله: وفي الصدقة بعينها أو بالثمن قبل الحول إشكال. أقول: هنا مسألتان (أ) هل يجوز الصدقة بعينها استشكله المصنف من حيث أن هذا التصرف على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع النص (ومن) حيث إنه إذا جاز صرفها في الصدقة بواسطة فليجز بغير واسطة (ولأن) البيع إثبات ولاية له في تصرف وهو على خلاف الأصل أيضا ففي جواز الصدقة بها تعليل بخلاف الأصل والأقرب عندي الاقتصار على محل النص (ب) هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدق بثمانها أو يجب تعريفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بثمانها (يحتمل) الأول لعموم الإذن في بيعها من غير شرط فلو كان مشروطا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأنه إغراء بالجهل ولأنه جعل السبب غير التام تاما (ويحتمل) الثاني لعموم الأمر بالتعريف حولا وللاحتياط فإنه يجوز في أثناء السنة ظهور المالك وتعلق غرضه

ينتفع بها إن شاء ويضمن القيمة السوقية، ويستحب الإشهاد على أخذ الضالة ولو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعه الولي وعرفه سنة فإن لم يأت المالك تخير مع الغبطة في إبقائها أمانة وتمليكه مع التضمين وإذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق أنفق ورجع على إشكال ويتناقص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه والضالة أمانة مدة حول التعريف فإن قصد بعده التملك ملك وضمن وإلا فلا إلا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ أو قصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيها.

الفصل الثالث في لقطة الأموال

وفيه مطلبان (الأول) في الأركان وهي ثلاثة (الالتقاط) وهو عبارة عن أخذ مال ضايع للتملك بعد التعريف حولا أو للحفظ على المالك وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن كان في غير الحرم وفيه يحرم على رأي، ولا يحل تملكه وإن عرف طويلا ويستحب

بعين ماله والأصح الجواز لإطلاق قول الأصحاب.
قال دام ظله: وإذا لم يجد الآخذ سلطانا ينفق أنفق ورجع على إشكال.
أقول: ينشأ (من) أنه تبرع بالنفقة وهو قول ابن إدريس (ومن) وجوب الحفظ ولا يتم إلا بالنفقة فيجب والوجوب إذن شرعي في الانفاق فيرجع مع عدم قصد التبرع وهو الأقوى عندي.
قال دام ظله: وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن كان في غير الحرم وفيه يحرم على رأي.

أقول: هذا هو المشهور ويظهر من عبارة ابن البراج جواز ما نقص عن الدرهم في الحرم والأول هو الصحيح عندي لقوله تعالى أو لم يروا أنا جعلناه حرما آمنا (١) وما رواه إبراهيم بن أبي البلاد عن بعض أصحابه عن الماضي عليه السلام قال لقطة الحرم لا يمس بيد ولا رجل ولو أن الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها (٢)

(١) العنكبوت - ٦٧.

(٢) لعله موسى بن جعفر عليهما السلام فإنه المعروف بأبي الحسن الماضي وفي حاشية بعض النسخ أن المراد العسكري (ع).

الإشهاد فيعرف الشهود بعض الأوصاف ليحصل فائدة الإشهاد ولو علم الخيانة حرم الالتقاط

ولو خاف ففي الجواز نظر، ويحصل الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها ولو قال ناولنيها فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له وإلا (فهي - خ) فللأمر

على إشكال (الثاني) الملتقط وهو كل من له أهلية التكسب وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة ثم للعدل أن يحفظ

وما رواه علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه الحديث. (١)

قال دام ظله: ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ولو خاف ففي الجواز نظر. أقول: ينشأ من عموم النص ومن أنها أمانة فلا يليها إلا الواثق من نفسه والأصح التحريم.

قال دام ظله ولو قال ناولنيها فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له وإلا فللأمر على إشكال.

أقول: هذه المسألة مبنية على أن الالتقاط هل يقبل النيابة أم لا وهو مذکور في كتاب الوكالة فنقول هنا (يحتمل) ثبوتها للأخذ لثبوت أحكامها الملزومة لها وكما ثبت له الأحكام الملزومة يثبت له السبب اللازم (أما الأولى) فلأن أبا عبد الله عليه السلام سئل عن اللقطة يجدها الرجل فيأخذها قال يعرفها سنة فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل ماله: (٢) أثبت هذه الأحكام بمجرد الأخذ ولأن مجرد الأخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير اعتبار القصد (وأما الثانية) فظاهرة (و) (يحتمل) ثبوتها للأمر لأن السبب في ملك المباحات (إما) مجرد الأخذ بلا شرط (وإما) القصد خاصة (وإما) المجموع، والأولان باطلان فيتعين الثالث، أما الحصر فإجماعي، وأما بطلان الأول فلأنه لولاه لملك الصياد الدرّة في جوف السمكة مع الجهل بها، وأما الثاني فظاهر البطلان، والثالث يستلزم المطلوب.

(١) ثل ب ١ خبر ٤ - من كتاب اللقطة.

(٢) ثل ب ٢ - خبر ١ - من كتاب اللقطة.

اللقطة بنفسه أو يدفع إلى الحاكم وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب إلى أن تمضي مدة التعريف ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه وإلا فالخيار للملتقط حينئذ إن شاء أبقاه أمانة في يد الحاكم أو غيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل أما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما وتمليكهما إياه بعد مدة التعريف ويتولاه الولي أو أحدهما ولو أتلفه ضمن ولو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه

ليس أهلا للأمانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي وللعبد أخذ اللقطتين فإن عرف حولا

قال دام ظله: أما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما وتمليكهما إياه بعد مدة التعريف ويتولاه الولي أو أحدهما ولو أتلفه ضمن ولو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس أهلا للأمانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع.

أقول: ويحتمل عدم الضمان لأن الشارع سلطه على أخذه وهو كتسليط المالك والأصل عدم الضمان (واعلم) أن الأصول التي تبنى عليها مسائل هذا الباب أن كل لقطة أخذها في الابتداء هو الالتقاط وهو سبب ثبوت الأحكام ففي غير الحرم ليست مضمونة وكل لقطة يصح تملكها ويجب تعريفها ففيها معنى الأمانة والولاية في الابتداء أو الاكتساب في الانتهاء وهو الأغلب والأقوى لأنه غايتها ولاستقلال الملتقط بالتملك اختيارا لا بحق سبق على المالك أولا وله ولاية التصرفات وهذا خاصة الاكتساب فمن ثم كان للصبي والمجنون أهلية الالتقاط وكان الأقرب ضمانه بعد الأخذ إذا تلف وهو الأصح عندي وأشار بقوله (لأنه ليس أهلا للأمانة) إلى أن الالتقاط اكتساب محض بخلاف الكبير.

قال دام ظله: ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي.

أقول: وجه القرب أن هذا اكتساب الطفل فلا يجوز للولي جعله في يده ويجب عليها أخذه كما لو احتطب الطفل أو احتش فعليه الحفظ فله الولاية والأمانة وتركها

ثم أتلّفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد العتق وكذا لو لم يعرف ولو علم المولى و لم ينتزعها ففي تضمينه إشكال ينشأ (من) تفريطه بالإهمال إذا لم يكن أميناً (ومن) عدم الوجوب بالأصل ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف أو انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله فإن تملك أو تصدق ضمن وإن حفظها لمالكها فلا ضمان ولو أعتقه المولى قال الشيخ للسيد أخذها لأنه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول (الثالث) اللقطة وهي كل مال ضايع أخذ و

في يده إهمال لها فيضمن ولأن استدامة يد الطفل يصيرها يد ضمان إذا تلف على ما ذكرنا أنه ليس بأهل للأمانة لأن كل أهل للأمانة مكلف والصبي ليس بمكلف ولأنها معرضة لأن يتلفها الصبي بإهمال الولي وهو ينافي حفظ مال الطفل الواجب عليه فيجب أخذها منه وإذا أهمل الواجب ضمن (ويحتمل) عدمه لأنه لم يدخل في يده والأصل البراءة من الضمان والأقوى الضمان.

قال دام ظله: ولو أعتقه المولى قال الشيخ للسيد أخذها لأنه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول.

أقول: إذا التقط العبد لقطة وصح التقاطه كان يأذن له المولى في الالتقاط و الاكتساب ثم أعتقه المولى قال الشيخ للمولى أخذها لأنها كسب عبده حال عبوديته وكل كسب عبده حال عبوديته فله أخذه (أما الأولى) فلأن علة صحة التقاط العبد كونها اكتساباً ولأنه يجوز أن يأذن السيد في الاكتساب (وأما الثانية) فظاهرة وقال المصنف الوجه ذلك بعد الحول (اللام) في الحول للعهد أي بعد الحول الذي عرف فيه تعريفاً صحيحاً لأن الملقوط في هذا الوقت كسب لما تقدم ولأنه بعد الحول إن لم يتوقف تملك اللقطة على البينة بل يملكها بمضي الحول وعدم قصد إبقائها أمانة فالملك حينئذ للسيد وإن توقف التملك على البينة يثبت للسيد ملك إن يملك فلا يزول بالعتق وأما قبل الحول فهي أمانة وولاية وليس للسيد بعد العتق أخذ الأمانات التي في يد العبد بعد العتق (والتحقيق) أن هذه المسألة تبنى عن أن الالتقاط هل هو للسيد ابتداءً أولاً بل هي ولاية للعبد وأمانة في يده (فعلى الأول) للسيد أخذها مطلقاً

لا يد لأحد عليه فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولا فإن لم يوجد المالك تخير (بين) الصدقة به وفي الضمان قولان (وبين) الاحتفاظ ولا ضمان وإن كان في غير الحرم فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف ولو وجد المالك فالأقرب الضمان وإن كان

(وعلى الثاني) ليس له أخذها إذا كان العتق قبل الحول.
قال دام ظله: فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولا فإن لم يوجد المالك تخير (بين) الصدقة به وفي الضمان قولان (وبين) الاحتفاظ ولا ضمان أقول: قال الشيخ في النهاية في باب آخر من فقه الحج والمبسوط والخلاف يضمن وبه قال ابن الحنيد وابن إدريس، وقال في النهاية في باب اللقطة لا ضمان عليه، وهو قول المفيد، وابن البراج، وسلا، وابن حمزة، وجددي رحمه الله: واختار المصنف في المختلف الأول لأنه إتلاف مال الغير بغير إذنه، وما رواه علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم عليهما السلام قال سألته عن رجل وجد دينارا في الحرم فأخذه قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه قال قلت له ابتلى بذلك قال يعرفه قلت قد عرفه فلم يجد باغيا قال يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين فإذا جاء طالبه فهو له ضامن (١) (احتج الآخرون بأنه فعل ما أمر به من الصدقة فلا يجب عليه عقوبة الضمان (والجواب) لا منافاة بين الأمر بالصدقة والضمان كلقطة غير الحرم إجماعا.

قال دام ظله: وإن كان في غير الحرم فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف ولو وجد المالك فالأقرب المالك فالأقرب الضمان.
أقول: وجه القرب أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فاستعقب الضمان (أما الأولى) فلتبوت الملك للمالك قطعا، والأصل البقاء ولأن الضياع غير ناقل للملك عن مالكه وتجويز الشارع التملك له لا يعطل غاية خلقه (وأما الثانية) فلقول الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه (٢)، خرج رد العين بالإجماع فبقي القيمة وليس ذلك عن غير الدرهم لأن الفاء

(١) ثل ب ١ - خبر ٤ من كتاب اللقطة.

(٢) ثل ب ٤ - خبر ٢ - من كتاب اللقطة.

أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً ثم إن شاء تملك أو تصدق وضمن فيهما وإن شاء احتفظها للمالك ولا ضمان ويكره التقاط ما تقل قيمته ويكثر منفعته كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وشبهها وأخذ اللقطة مطلقاً مكروه ويتأكد للفاسق وأكد منه المعسر ويستحب الإشهاد.

المطلب الثاني في الأحكام

وهي أربعة (الأول) التعريف وهو واجب وإن لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط وزمانه النهار دون الليل ولا يجب التوالي بل يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى وإيقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وأيام المواسم والمجتمعات كالأعياد وأيام الجمع ودخول القوافل ومكانه الأسواق وأبواب المساجد والجوامع ومجامع الناس ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيريه والأجرة عليه وإن نوى الحفظ والأقرب

للتعقيب من غير تراخ وإنما يتعقب التملك والانتفاع الوجدان بلا فصل في الدرهم فما دون أما ما زاد فلا يتحقق فيه ذلك لتخلل التعريف سنة والنية فهو تراخ عنه فلو كان ذلك شرطاً في الدرهم لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الإغراء بالجهل وتقديم ما يجب تأخيره (واعلم) أن وجوب الضمان هو قول ابن إدريس وقال الشيخ في النهاية وأبو الصلاح لا يضمن وأما المفيد والشيخ في الخلاف والمبسوط وسالار فلم يحكموا بضمن ولا بعدمه بل جوزوا أخذه والانتفاع به من غير تعريف (إذا تقرر) ذلك فنقول سبب الضمان في اللقطة هو تملك ملك الغير فعلى قول ابن إدريس والمصنف هو سبب مطلقاً وأما على قول الشيخ في النهاية هو مشروط ببلوغ الدرهم والزيادة. قال دام ظلّه: والأقرب الاكتفاء بقول العدل ففي وجوب الأجرة حينئذ نظر أقول: هنا مسئلتان (أ) يجوز التعريف بنائب إجماعاً وهل يكتفى بقوله في التعريف لو قال أني عرفت، حكم المصنف بأن الأقرب القبول إن كان عدلاً لأن الأصل صيانة العدل عن الكذب ولعسر إقامة البينة عليه ولأنها ولاية له (ويحتمل) عدمه للأصل

الاكتفاء بقول العدل ففي وجوب الأجرة ح نظر ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة وإن أو غل في الإبهام كان أحوط بأن يقول من ضاع له مال أو شئ وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط ولا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر ولو التقط في بلد الغربة جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحول في بلده ولو التقط في الصحراء عرف في أي بلد شاء وما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه وينتفع به مع الضمان وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان أو يدفع إلى الحاكم ولو افتقر بقائها إلى العلاج الرطب المفتقر إلى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي ولو أخرج الحول الأول عرف في الثاني وله التملك بعده على إشكال (الثاني) الضمان وهي أمانة في يد الملتقط أبدا ما لم ينو التملك أو

(ب) لو استأجر العدل في التعريف فعلى قبول قوله في التملك هل يجب الأجرة فيه نظر منشأه أن التملك معلول لوجود التعريف وثبوت الأجرة معلول له والحكم بثبوت أحد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر وإنه إيجاب مال على الغير بمجرد الدعوى والأقوى عندي عدم وجوب الأجرة. قال دام ظله: ولو أخرج الحول الأول عرف في الثاني وله التملك بعده على إشكال.

أقول: ينشأ (من) رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن اللقطة قال لا تقربوها فإن ابتليت فعرفها سنة فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليه ما يجري على مالك إلى أن يجيء له طالب (١)، و الفاء للتعقيب بحسب ما يمكن فشرط في التملك التعريف سنة عقيب الالتقاط بلا فصل وعدم مجيء المالك والمجموع ينتفي بانتفاء جزء من أجزائه ولأن التعريف لإمكان لقاء المالك وإنما يمكن في وقت طلبه والظاهر أنه بعد الحول ييأس منها فينتفي فائدة التعريف (ومن) عموم رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في الصحيح في اللقطة يجدها الرجل الفقير أهو فيها بمنزلة الغني قال نعم قال واللقطة يجدها الرجل وأخذها قال يعرفها سنة فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل ماله (٢)، فلو

(١) ثل ب ٢ - خبر ٣ من كتاب اللقطة.

(٢) ثل ب ٢ - خبر ١ من كتاب اللقطة و ب ١٦ خبر ١.

يفرط ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده و لو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يخن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالأقرب جواز التملك وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي (الثالث) التملك وإنما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك، على رأي ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد

كان الفور معتبرا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولعدم جواز جعل الأعم من السبب مكانه وهو الأقوى عندي.

قال دام ظلّه: ولو نوى التملك ثم عرف السنة فالأقرب جواز التملك. أقول: لبطلان النية فكان وجودها كعدمها ولأن جزء العلة لا يصلح أن يكون مانعا (ويحتمل) عدمه لأن أخذ مال غيره على وجه لا يجوز له أخذه فأشبهه الغاصب والأقوى عندي الأول.

قال دام ظلّه: وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي.

أقول: قال الشيخ في المبسوط يلزم الملتقط وقت مطالبة صاحبها لقوله عليه السلام من وجد لقطه فليشهد ذا عدل ولا يكتم ولا يغيب فإن جاء صاحبها فليردها وإلا فهو مال الله يؤتاه من يشاء (١)، والأقوى الضمان بالتملك (لنا أنه يتملك لمال الغير بغير إذنه فيضمن).

قال دام ظلّه: وإنما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك على رأي. أقول: فيه ثلاثة أقوال (أ) ذهب ابن إدريس إلى أنه يدخل في ملكه بغير اختياره وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية وابن بابويه (ب) قال الشيخ في المبسوط لا يدخل في ملكه إلا باختياره ويكفي فيه النية فلا بد منها وإن لم تتلفظ واختاره المصنف في المختلف وهو الصحيح عندي (ج) إنه لا يدخل في ملكه إلا باختياره بأن يقول اخترت ملكها وهو قول الشيخ في الخلاف وابن حمزة وأبي الصلاح (احتج) الأولون بقول الصادق

(١) سنن أبي داود الجزء الثاني - كتاب اللقطة.

قصدا ولا يفتقر إلى اللفظ ولا إلى التصرف سواء كان غينا أو فقيرا مسلما أو كافرا أما العبد فيتملك المولى ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي ولو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه (وهل) يملكها مجانا ويتجدد وجوب العوض بمجئ مالكتها أو بعوض يثبت في ذمته إشكال، والفائدة وجوب عزلها من تركته و استحقاق الزكاة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني ويملك العروض كالأثمان ولا يجوز التملك إلا بعد التعريف وإن

عليه السلام يعرفها سنة فإن جاء لها طالب وإلا فهي كسبيل ماله (١)، رواه الحلبي في الصحيح

عقيب التعريف وعدم مجئ المالك بكونها كسبيل ماله لأن الفاء للتعقيب من غير تراخ، فلا يكون معلقا على غيره وإلا لتراخى عنه (واحتجت) الفرقة الثانية بقول أحدهما عليهما السلام وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك (٢)، والفاء

للتعقيب وصيغة أفعل للأمر ولا أقل من أن يكون للإباحة لأنه ليس للتهديد قطعا فيستدعي أن يكون المأمور به مقدورا بعد التعريف وعدم مجئ المالك لأنه عقب أمره بالجعل بعدم مجئ المالك والتعريف سنة ولم يذكر اللفظ فلو شرط لتأخر البيان عن وقت الحاجة (وفيه) منع بل هو متأخر عن وقت السؤال وهو محذور أيضا فلا يشترط اللفظ وهو المطلوب (واحتجت) الفرقة الثالثة بأن ما قلناه مجمع على تملكه به وغيره ليس عليه دليل.

قال دام ظله: وهل يملكها مجانا ويتجدد وجوب العوض بمجئ مالكتها أو بعوض ثبت في ذمته إشكال.

أقول: قد تقدم البحث في ذلك ومنشأه قول النبي صلى الله عليه وآله فإن جاء صاحبها وإلا فهي

مال الله يؤتیه من يشاء (٣) فجعلها من المباحات وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى

(١) ثل ب ٢ - خبر ١ من كتاب اللقطة.
(٢) ثل ب ٢ - خبر ٣ - من كتاب اللقطة.
(٣) سنن أبي داود - الجزء الثاني كتاب اللقطة.

بقيت في يده أحوالا ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراده وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا فلقطة

على إشكال، وكذا المدفون في أرض لا مالك لها ولو كان لها مالك فهو له ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرفه فإن عرفه فهو أحق به وإلا فهو لواجده (وهل) يجب تتبع من سبقه من الملاك إشكال، وكذا التفصيل لو وجدته في جوف دابة، أما لو وجدته في جوف سمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة، ولو وجد في صندوقه أو داره مالا ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه

تؤدي (١) ويمكن الجمع بينهما بتملكه مجاناً ثم يتجدد وجوب أداء العوض بمجيء المالك كما ذكر.

قال دام ظله: وما يوجد في المفاوز أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا فلقطة على إشكال.
أقول: قال الشيخ في النهاية وابن إدريس ما يجده في موضع حرب لا يجب تعريفه وأطلقا لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الورق يوجد في دار فقال إن كانت الدار معمورة فهي لأهلها وإن كانت خربة فأنت أحق بما وجدت (٢)، (وما) في الاستفهام والمجازات للعموم (وأجاب) عنه المصنف بحمله على انتفاء سكة الاسلام أو بعد التعريف حولا وذهب في المبسوط إلى أنه يكون لقطة مع أثر الاسلام عليه لدلالته على سبق ملك المسلمين له وهو الأقوى عندي.
قال دام ظله: ولو كان لها مالك فهو له ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرفه فإن عرفه فهو أحق به وإلا فهو لواجده وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك إشكال.

أقول: منشأه من وجود المقتضي وعدم النص فإنه جاء بتعريف البائع إياه فإن عرفه فهو للبائع وإلا فهو له.

قال دام ظله: أما لو وجدته في جوف سمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة
أقول: الفرض أن ذلك الشيء الموجود في جوف السمكة مباح في الأصل

(١) سنن الدارمي ج ٢ باب العارية ترد.

(٢) ثل ب ٥ - خبر ١ من كتاب اللقطة.

في الدخول غيره وإلا فلقطة ولو دفع اللقطة إلى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط لأن له التملك والصدقة لو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه فإن أخذه عرفه سنة ثم يملكه إن شاء إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضاً فيجوز أخذه من غير تعريف ولو مات الملتقط عرف الوارث حولا وملكها والبحث فيه كالموروث ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي مورثة ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمال الرجوع في مال الميت وعدمه (الرابع) الرد ويجب مع قيام البينة ولا يكفي الواحد ولا الوصف وإن ظن صدقه للإطناب فيه نعم يجوز فإن امتنع لم يجبر عليه ولو دفع إلى الواصف فظهرت البينة لغيره انتزعتها الغير فإن تلفت رجع على من شاء ويستقر الضمان على الواصف إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع إلى الأول ولا ترجيح أقرع فإن خرج الثاني انتزعت من الأول ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم وإن دفع باجتهاده ضمن ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل أو القيمة إن لم يكن مثلية فإن رد العين وجب

(والدقيقة) هي افتقار تملك المباحات إلى النية لأنه لو كان المباح يمكن بمجرد دخوله في يد من له أهلية التملك وكان الصيد كذلك لملك الصياد ذلك الشيء لكن التالي باطل بالرواية فالمقدم مثله.

قال دام ظله: ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمال الرجوع في مال الميت وعدمه.

أقول: ينشأ (من) قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) (وإنها) أمانة والأصح عدم الرجوع.

قال دام ظله: فإن رد العين وجب على المالك القبول وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على إشكال.

(١) سنن الدارمي ج ٢ - باب العارية ترد.

على المالك القبول وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على إشكال، والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطعة نظر أقربه ذلك وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك وإلا فكالأول، ولو رد العين لم يجب رد النماء فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لأن المدفوع ليس نفس العين ويرجع على الأول لتحقق بطلان الحكم.

المقصد الرابع في الجعالة
وفيه مطلبان

(الأول) في الأركان وهي أربعة (الأول) الصيغة كقوله من رد عبدي أو ضالتي أو فعل كذا وما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا فلو رد انسان ابتداء فهو

أقول: ينشأ من وجوب القيمة وجود العيب (ومن) أن مناسبتها مع الأرش للصحيحة وسدها معه مسدها أكثر من القيمة فوجب قبولها، والأصح الأول لأن التملك المضمون بغير عقد في غير المثلي بالقيمة فوجب بالتملك بها القيمة لأنها من ذوات القيم لأنه التقدير وإذا كان كذلك فالأصل بقاء وجوب القيمة وزواله يحتاج إلى دليل وليس يمنع اعتبار المناسبة وإنما المعتبر المثلي أو ما يقوم مقامها على اختلاف الرأيين ولم يحصل.

قال دام ظله: والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطعة نظر أقربه ذلك وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك وإلا فكالأول.

أقول: ينشأ من جهالة المالك وكون سبب اليد الالتقاط لأنه سبب الأصل الذي هو سبب النماء وسبب السبب سبب (ومن) أنه لم يوجد بعد ضياعه وعله العلة علة مجازا واللفظ يحمل على الحقيقة والأصح عندي أنها لقطعة.

متبرع لا شيء له وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع وإلا فإشكال، ولو كذب المخبر فقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لأنه لم يضمن ولو تبرع المخبر وقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لأنه ضامن ولو قال من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا أو من خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا صح بخلاف الأجرة للزومها بخلاف الجعالة (الثاني) الجاعل وشرطه أن يكون أهلاً للاستيجار وفي العامل إمكان تحصيل العمل فلا يشترط تعيينه ولا القبول نطقاً ولو عين فرده غيره فهو متبرع (الثالث) العمل وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبي أو حج عني فله دينار صح لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العلم

المقصد الرابع في الجعالة

مقدمتان (أ) الجعالة لغة ما يجعل على ما يفعل وشرعا الصيغة الدالة على الإذن في عمل بعوض التزمه به (ب) لما احتيج إلى هذا العقد لرد الضوال والإباق (١) ذكره المصنف عقيب اللقطة فغايتها صحة التزام الأعواض على الأعمال المجهولة لأن الحاجة ماسة إليها.

قال دام ظله: وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع وإلا فإشكال أقول: إذا جعل على رد ضالة بلفظ عام كمن رد عبدي فرد من لم يسمع الجعل لا على قصد التبرع بل على قصد أخذ عوض استشكله المصنف ومنشأ الإشكال (من) عدم قصد التبرع وسبق الجعل من المالك وعموم اللفظ له ولأن الاعتبار إنما هو بصيغة المالك وهي ضم قوله من فعل كذا فله كذا لأنه قد فعل ما جعل عليه و (من) أنه لم يثبت حكمه في الجاهل به لاستحالة خطاب الغافل قالوا لم يقصد به جواباً لإيجابه وبه يستحق وغيره متبرع قلنا ممنوعان بل سبب الاستحقاق صدور الإيجاب من الموجب والفعل من القابل والأصح عندي الأول.

(١) كطلاب جمع أبق.

(الرابع) الجعل وشرطه أن يكون معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد ولو كان مجهولا كثوب غير معين أو دابة مطلقة ثبت بالرد أجره المثل ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم يمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن رد ثوبي فله ثلثه. المطلب الثاني في الأحكام

الجعالة جائزة من الطرفين فللعامل الفسخ قبل إتمام العمل ولا شيء له لأنه أسقط حقه وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقا وبعده فيدفع أجره ما عمل و يستحق العامل الجعل بالتسليم فلو جاء به إلى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئا (ويحتمل) الاستحقاق مع الموت بالنسبة ويعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس وإلا فبالنسبة ولو حصلت الضالة في يد إنسان قبل الجعل وجب دفعها إلى مالكها ولا شيء له وكذا المتبرع سواء عرف برد الإباق أو لا وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع ولو بذل جعلًا غير معين كقوله من رد عبدي فله شيء لزمه أجره المثل إلا في رد الأبق أو البعير ففي رده من

قال دام ظله: ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن رد ثوبي فله ثلثه.

أقول: شرط الأصحاب في الجعل العلم لنهييه عليه السلام عن الغرر ووجه الحسن أن الجهل يمنع منه لمنعه التسليم أو أدائه إلى المنازعة وكلاهما منتف هنا ولأن العمل وهو أحد العوضين جازت جهالته فليجز في الآخر وإنما لم يجزم به لأن بالعوض يحصل الرضا فجاز توهمه كثيرا فرضى به وكان في نفسه الأمر قليلا والأصح عندي الصحة قال دام ظله: فلو جاء به إلى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئا ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة.

أقول: لأنه فعل بعض الأمور به ووجه العدم عدم الفائدة لأن استحقاق الجعل موقوف على تمام العمل وهو إنما يتحقق برده إلى الجاعل وتسليمه إليه لأنه هو فائدته بخلاف الإجارة والأولى هو الاستحقاق مع الموت خاصة وهو أقوى عندي.

المصر دينار ومن غير مصره أربعة دنائير وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فإشكال، ولو استدعى الرد ولم يبذل أجره فالراد متبرع على إشكال أقربه ذلك إن استدعى مجاناً، ولو جعل لفعل فصدر عن الجماعة تشاركوا فيه ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عينه له ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله وكذا لو عين لأحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللآخر بنسبة عمله من أجره المثل ولو عين لواحد فتبرع آخر معه فللمعين النصف ولا شيء للمتبرع، ولو قصد الثاني إعانة العامل فللعامل الجميع ولو قصد أجره لنفسه فهو متبرع ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ولو رد من أبعد لم يستحق أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى ولو لم يجده في المعين فإشكال

قال دام ظله: وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فإشكال.
أقول: ينشأ من عموم النص ومن عدم الفائدة ولأنه خلاف الظاهر والأولى أقل الأمرين من أجره المثل ومما نص الشارع عليه.
قال دام ظله: ولو استدعى الرد ولم يبذل أجره فالراد متبرع على إشكال أقربه ذلك إن استدعى مجاناً.
أقول: ينشأ من أنه فعل مأمور به ومن أن الأمر لا يستلزم ضمان الأجرة ووجه الأقربية ظاهر لأنه إذا استدعى مجاناً فتبرعه ظاهر وإلا لكان على الأمر لعدم تبرعه.
قال دام ظله: ولو رد من أبعد لم يستحق أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى.
أقول: وجه القوة أنه متبرع بالنسبة إلى هذه الجهة وهو الأمر بالرد فيكون له أجره المثل والأقوى الأول.
قال دام ظله: ولو لم يجده في المعين فإشكال.
أقول: ينشأ من عدم الفعل المجعول عليه ومن أنه فعل غير متبرع به محترم، والأقوى أنه لا شيء له.

والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل وشرطه في عبد معين وسعى العامل في الرد بأن قال المالك حصل العبد في يدك قبل الجعالة تمسكاً بالأصل ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فيثبت الزيادة ويحتمل تقديم قول المالك كأصل ولو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك ولو قال من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان وإلا فالنسبة ولو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطل وكذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله.

كتاب الغصب وتوابعه

وفيه مقاصد الأول في الغصب وفيه مطلبان

الأول في الضمان وأركانه ثلاثة الأول الموجب وهو ثلاثة الأول التفويت بالمباشرة وهو إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق الثاني التسبب وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر

قال دام ظله: ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فثبت الزيادة و (يحتمل) تقديم قول المالك كأصل.

أقول: وجه الأول أن كلا منهما مدع ومنكر فثبت أقل الأمرين من الأجرة و المدعي لأنه إذا نقص المدعي عن الأجرة فهو معترف بعدم استحقاق الزائد وإن زاد فقد بطلت الزيادة بيمين الجاعل وأكثر الأمرين مما ادعاه الجاعل والأجرة لاعترافه باستحقاق الزائد إن زاد ففي هذه الصورة لا يحتاج إلى يمين المجعول له وإن نقص فقد بطل بيمين المجعول له (والاحتمال الثاني) قول الشيخ في الخلاف والمبسوط و تبعه ابن البراج لأن القول قوله في الأصل فكذا في قدره لأنه تابع له والأقوى عندي ثبوت أقل الأمرين مما ادعاه العامل والأجرة وأكثر الأمرين مما ادعاه المالك والأجرة

وفاتح رأس الظرف والمكره على الإلتلاف الثالث إثبات اليد إذا كان بغير حق فهو غصب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده، والمودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب، ويتحقق إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي الركوب والفراش بالجلوس عليه، وفي العقار بالدخول وإزعاج المالك فإن أزعج ولم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن فإن قصد فهو غاصب للنصف، ولو دخل الضعيف على القوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ويضمن، لو كان القوي نائيا والحوالة على المباشر لو جامع السبب إلا مع ضعفه بالتغريز كمن قدم طعام غيره إلى آكل جاهل فالضمان يستقر على الأمر، ولو دفع غيره في بئر حفرها فالضمان الدافع، ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط أو ذاب بالشمس ففي الضمان إشكال ينشأ (من) ضعف المباشر (ومن) أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب، (و لو فك) قيد الدابة فشردت أو عن المجنون فأبق أو فتح قفصا عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث أو أزال وكاء الظرف فسأل ما فيه ولا يحسبه إلا الوكاء أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل أسفله فسقط أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على إشكال أو استوفى منفعة الإجارة

كتاب الغصب وتوابعه

وفيه مقاصد

المقصد الأول في الغصب

(مقدمة) للأصحاب في تعريف الغصب عبارتان (أ) الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا وأخذ مال الغير على جهة التعدي (ب) الاستيلاء على مال الغير بغير حق وهذه أعم من الأولى لدخول أخذ المودع ثوب المودع مثلا في غيبته لظنه أنه ثوبه في الثانية وخروجه من الأولى وتشارك المقبوض بالسوم والبيع الفاسد في كونه مضمونا على ممسكه فلهذه المناسبة ذكرهما هنا. قال دام ظله: أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على إشكال.

الفاسدة أو ألقى صبيا في مسبعة أو حيوانا يضعف عن الفرار فقتله السبع (ضمن) (١) ولو فتح بابا على مال فسرق أو دل سارقا أو أزال قيда عن عبد عاقل فأبقر لم يضمن ولو حفر بئرا في غير ملكه أو طرح المعائر في المسالك أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وإن لم يكن

هناك غصب ضمن، ولو أرسل ماء في ملكه فأغرق مال غيره أو أجاج نارا فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختيارا مع علمه أو غلبة ظنه بالتعدي إلى الإضرار فيضمن، ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر، ولو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت أو من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن إلا أن يكون المالك راكبا قادرا ويضمن حمل الغصب

أقول: الإشكال في المقبوض بالسوم ومنشأه اختلاف الأصحاب والمشهور أنه مضمون وهو اختيار ابن إدريس في باب الغصب وقال في موضع آخر من كتابه لا يكون مضمونا وهو اختيار المصنف في المختلف (احتج) الأولون بقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٢) والآخرون بالأصل والأقوى عندي الأخير. قال دام ظله: ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر. أقول: ينشأ في الأول (من) أنه مات بسببه لصحة استناده إليه عرفا (ولأن) السبب هو فعل ما يحصل التلف عنده لعله سواه وهذا تفسير بعض الفقهاء وزاد آخرون، ولو لاه لما أثرت العلة وهذا التفسير أولى - فعلى هذا التفسير ليس هو بسبب ولأنه يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم فليس بسبب (ولأنه) لا يدل له عليه ولا مباشرة فلا ضمان وهذا هو منشأ النظر في

الباقيين (وأیضا) ينشأ في الباقي (من) أنه تصرف في المالك لا في المال (ومن) حيث إنه سبب عرفا (وأما في الثالث) فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسري لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً فهو سبب (ومن) الشك في كونه سببا شرعيا في الضمان والأصل

(١) جزاء شرط لقوله ولو فك.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ باب في تضمين العارية خبر ١.

لا حمل المبيع بالفساد والسوم، والحر لا يضمن بالغصب وإن كان صغيراً ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحايض ضمن على رأي ولو استخدم الحر فعلية الأجرة ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر ولو حبس صانعا ولم ينتفع به لم يضمن أجرته، ولو استأجر دابة أو عبداً فحبسه بقدر

البراءة (ولأنه) يدخل تحت اليد بذلك وهو ظاهر فإنه يصدق كلما صار به تحت اليد و الولد لا يكون مسروقاً لو وقع من الحرز خفية ويلزمه كلما لم يصير مسروقاً لو وقع من الحرز خفية لا يصير تحت اليد والولد لا يصير مسروقاً بذلك لو وقع من الحرز خفية فلا يصير تحت اليد.

قال دام ظله: ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ في كتاب الجراح من المبسوط لأنه قربه من سبب الإلتلاف على وجه لا يمكن الاحتراز منه فصار كاليد، وقال في موضع آخر من المبسوط والخلاف لا ضمان عليه لأصالة البراءة ولعدم دخول الحر تحت اليد والأقوى عندي عدم الضمان لانتفاء اليد والمباشرة لأنها فعل ما يضاف للإلتلاف إليه حقيقة. قال دام ظله: ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر.

أقول: ينشأ (من) أن الأجرة ملكها المؤجر بنفس العقد وقد مضى زمان يمكن العمل فيه وبدله المؤجر فاستقرت الإباحة (ومن) أن الحر لا يدخل تحت اليد ومنافعه تضمن بالتفويت لا بالفوات (والتحقيق) أن هذا هل هو تملك للمنافع فإذا أهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن أحداً وهو كالدين في ذمة الحر فلا يسقط إلا بالاستيفاء أو الإبراء والأشبه الثاني لأن الحر يستحق عليه في ذمته ولا يملك عينه ولا منافعه لأنها معدومة فيتبع الأصل في الملك واليد وهما منتفیان ويرد استحقاق المستأجر الأول أجرة المثل على من استعمل الأجير الخاص ثانياً.

الانتفاع ضمن، ولو غصب خمرا من مسلم أو متظاهر لم يضمن ولو كان كافرا ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلما بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على إشكال، ولو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافترسه السبع ففي الضمان إشكال ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني، والأيدي المرتبة على يد الغاصب أيدي ضمان فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده سواء علم الغصب أو لا وسواء كانت أيديهم يدا للغاصب أو لا وسواء

استعادته الغاصب غصبا أولا وللمالك الرجوع على الجميع ببديل واحد لكن الثاني إن علم بالغصب طوّل بكل ما يطالب به الغاصب ويستقر الضمان عليه إذا تلف عنده فلا يرجع على الأول لو رجع عليه ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول هذا إذا تساوت القيمة أو كانت في يد الثاني أكثر ولو زادت في يد الأول طوّل بالزيادة دون الثاني ولو جهل الثاني الغصب فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني وإلا فعلى الأول كالوديعة والرهن والوكالة ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه إلا مع الغرور كما لو أضافه به ولو

قال دام ظله: ولو غصب خمرا من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافرا ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلما بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على إشكال.

أقول: ينشأ (من) صحة بيعه وشرائه إياه عندهم وإقرارهم عليه ولأن كل مضمون مثلي إنما يضمن بمثله إلا لمانع وهو هنا إسلام أحدهما فمع عدمه يجب المثل وهو أحد قولي ابن البراج و (من) أن دين الاسلام لا يوجب خمرا وهو الحق. قال دام ظله: ولو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فافترسه سبع ففي الضمان إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه سبب (ومن) أن الحر لا يدخل تحت اليد وهو اختيار الشيخ في المبسوط والأقوى عندي الأول لأنه فعل يتوقع التلف عنده فيكون سببا للضمان فيضمن لأن السبب يوجب الضمان مع انفراده كالمباشرة.

كان الغرور للمالك فالضمان على الغار وكذا لو أودعه المالك أو آجره إياه، ولو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره وعدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبرء الغاصب وفي الأرش إشكال، وكذا لو وهب منه ولو قال هو عبدي فأعتقه فالأقوى النفوذ وفي الغرم إشكال ينشأ (من) الغرور (ومن) زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته ولو قال أعتقه عني ففعل ففي وقوعه من الغاصب إشكال،

قال دام ظله: ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبرئ الغاصب وفي الأرش إشكال وكذا لو وهبه منه. أقول: أما نفوذ الاستيلاء فلوجود المقتضي له وهو علوق المملوكة بولد من مالكة حين العلوق فلو شرط فيه العلم لكان جعل شرط ما ليس بشرط وهو من الأغلاط وإدخال في الدين ما ليس منه (وأما) الإشكال في الأرش ينشأ (من) غروره فكان كما لو قدم طعام الغير إليه فأمره بأكله (ومن) أنه المباشر للاتلاف واعتماده هنا على ما توهمه مستلزما للإباحة لأنه لم ينص عليه بخلاف الأمر بالأكل فهو كشراء الجاهل بالغصيبة للمغصوب فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا للأرش. قال دام ظله: ولو قال هو عبدي فأعتقه فالأقوى النفوذ وفي الغرم إشكال ينشأ (من) الغرور (ومن) زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته. أقول: المقصود فأعتقه عنك (ووجه) القوة أنه فعل صدر من أهله في محله (ومن) حيث إنه لم يقصد عتق عبده ولأنه قصد إيقاع الصيغة الموجبة للتمليك الضمني والعتق بعده ولم يقع والإيقاعات والعقود تابعة للمقصود والأقوى عندي الصحة لأن العتق مبني على التغليب ولأن العبد في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه على تقدير وهو هنا حاصل وإن الحاصل هنا أقوى من الضمني والأقرب عندي عدم الغرم هنا لثبوت الولاء للمعتق.

قال دام ظله: ولو قال أعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب إشكال أقول: ينشأ (من) أنه صدر من المالك (ومن) قصده لعتق عبد الغاصب لا عبد

ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب، ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على إشكال. الركن الثاني المحل المغصوب إما عين أو منفعة والأعيان إما حيوان أو غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية باليد العارية بأقصى القيمة وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص عن قيمته حصل بالجناية أو تحت اليد العادية من

نفسه ولأن عتق عبده عن غيره مقدمة نقله إليه باختياره فلا بد من قصد إليه فإذا لم نعلم أنه لم يحصل القصد فلم ينقل عنه لم يصح العتق وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ولو أمره بالأكل فباع أو بالعكس أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على إشكال.

أقول: (وجه القرب) في الأولين أنه لو كان مملوكا لغيره لضمنه له بالمخالفة وكلما ضمنه لغيره زال ضمان الغير بفعله إذا كان له ولأن المالك تصرف في ملك نفسه باختياره مخالفا لأمر الأمر بعد أن صار في يده وتمكن منه (ويحتمل) الضمان للغرور ولأنه أمره بالإتلاف في منفعته وخصوصية طريق الإتلاف غير مقصودة بالذات وهذا ضعيف والأصح الأول (ومنشأ الإشكال في الأخير الغرور) (ومن) أنه سلم ماله إليه ومكنه منه تمكينا تاما والأولى الضمان لضعف المباشرة بالغرور.

قال دام ظله: وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته حصل بالجناية أو تحت اليد المعدومة من أجنبي أو من قبله تعالى والمقدر الأقرب الأكثر من المقدر والأرش.

أقول: وجه القرب أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال (ولأنه) إن زاد الأرش على المقدر (قلنا) نقص حصل في يد الغاصب بنقص جزء أو صفة وكل نقص كذلك فهو مضمون عليه (ولأنه) لما كان ملحقا في ضمان اليد بالأموال دون الأحرار وجب أن يكون مضمونا بقدر النقص كالأموال لأنه إنما ضمن باعتبار إتلاف المنفعة المملوكة وضمنها بقيمتها ويفارق الجاني لأنه في الجناية ملحق بالأحرار فكلما لم يكن

أجنبي أو من قبله تعالى والمقدر الأقرب الأكثر من المقدر والأرش، ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزايد دون الجاني ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه من القيمة سواء باشر الأجنبي أو الغاصب بخلاف الجاني على غير المغصوب فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب وإن

مضمونا بالجناية على الحر لم يكن مضمونا على العبد ولو زاد المقدر دخل تحت عموم النص (ولأنه) كلما يضمن بالجناية فيضمنه الغاصب باليد وهذا الزائد يضمنه الجاني بالجناية فيضمنه الغاصب باليد (ويحتمل) المقدر خاصة لعموم التقدير ولأن الجناية أقوى من إثبات يد الغاصب والأقوى ضمان أكثر الأمرين من المقدر والأرش وهو تفاوت ما بين أقل قيمته معييا وأكثر قيمته صحيحا. قال دام ظله: ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني.

أقول: تقريره ما تقدم في السابقة. قال دام ظله: ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الغاصب أو الأجنبي بخلاف الجاني على غير المغصوب. أقول: وجه القوة أن ضمان الغاصب من حيث المالية وهذا عوض الجزء الفئات بخلاف الجاني غيره فإنه في المقدر ضامن باعتبار الجناية لا المالية المحضنة (ويحتمل) عدمه لأن مع تلف الكل لا يضمن أزيد من ذلك فلا يعقل وجوبه في البعض مجانا والأقوى الأول.

قال دام ظله: فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجانا.

أقول: وجه القوة قوله عليه السلام لا يطل دم امرء مسلم (١) فلا يعقل خلاص الجاني عن الضمان ويكون بمنزلة التالف (ويحتمل) وجوب دفع الغاصب إلى

(١) ثل ب ٤٦ خبر ٢ وفيه لا يطل دم الخ.

رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجانا وفي عين البقر والفرس وأطرفهما الأرش ولو مات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان عبدا وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثليا وهو ما تتساوى قيمة أجزائه فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الإعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الإعواز وغير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأي، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك وإذا كسرت الملاهي فلا

ضمان فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاض وكذا الصليب والصنم والمستولدة والمدبر والمكاتب

المشروط وغير المؤدى كالعبد في الضمان والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحايك لزم أجره أعلاها أجره ولا تجب أجره الكل، ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت فلو وطئ وجب مهر المثل

الجاني القيمة بعد الجنابة ويضمنه القيمة الأولى لاشتراط ضمانه بدفع العين إليه و لم يحصل وليس بجيد لأنه يشترط مع التمكن من دفعها ولم يتمكن وقد ضمن الغاصب ما باشر هو إتلافه (فعلى الأول) يضمن الغاصب قيمتين قيمة للمالك - وقيمة للجاني بعد الجنابة وله على الجاني قيمة قبل الجنابة فيتقاصان إن أمكن وهو الأقوى.

قال دام ظلّه: وغير المثلى يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأي.

أقول: الأول قول الشيخ في المبسوط - والثاني قوله في المبسوط أيضا و الخلاف واختاره ابن حمزة وابن إدريس، وقال ابن البراج والمصنف في المختلف يضمن القيمة يوم التلف والحق أعلى القيم لأن نقصان الصفة إنما يضمن بسبب نقص القيمة فيكون أولى بالضمان ولأنه مال تلف على المالك في يد الغاصب ولأنه مأخوذ بأشق الأحوال (ووجهه) يوم التلف أن المغصوب لم ينقص من عينه ولا صفاته الخارجية شيء فلا يضمن تفاوت الرغبات لأنه خارج عن المغصوب والأصح الأكثر.

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به الغاصب ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك وفي دخول الأجرة تحته نظر أقربه العدم ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بآفة سماوية ضمن الأرش والأجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيياً وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول فتثبت الأجرة والأرش (ويحتمل) وجوب الأكثر من الأرش والأجرة ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأجرة للمدة السابقة على الغرم وفي اللاحقة إشكال.

الركن الثالث الواجب وهو المثل في المثلى والقيمة العليا في غيره على رأي و

قال دام ظلّه: ولو اصاب (اصطاد خ) العبد المغصوب فهو للمالك و في دخول الأجرة تحته نظر أقربه العدم.

أقول: لأنه كسب العبد فيدخل في ملك مولاه وإثبات اليد عليه موجب للأجرة (ويحتمل) التداخل لأن المنفعة في الحقيقة حينئذ للسيد فيكون بمنزلة الرد لها إليه فلا يضمنها وإلا لجمع بين العوض والمعوض وهو باطل والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظلّه: ولو نقصت بسقوط عضو (إلى قوله) من الأرش والأجرة أقول: وجه القرب اختلاف الموجب وهو استهلاك الأجزاء والمنفعة (ووجه الثاني) إن إتلاف الأجزاء عوضه داخل في الأجرة ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى بالاستعمال لأنه في مقابلة ما قد يضمنه من الأجرة والأقوى وجوب الأجرة والأرش معاً.

قال دام ظلّه: ولو غرم قيمة العبد الآبق ضمن الأجرة للمدة السابقة على الغرم وفي اللاحقة إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه قد برئ من العبد فيبرأ من توابعه ومن أن القيمة للحيلولة في العين وهي ثابتة في المنافع والأقرب عدم ضمان أجرة اللاحقة.

قال دام ظلّه: الركن الثالث الواجب وهو المثل في المثلى والقيمة العليا في غيره على رأي.

لو تلف المثلى في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعتبرة احتمالات الأول أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال

أقول: قوله رأي ليس إشارة إلى الخلاف في القيمة العليا في غير المثلى لأنه قد سبق بل في المثلى يضمن بالمثل مع وجوده لا غير وهذا اختيار أكثر الأصحاب لأن مثل الشيء أخص به بدلا من القيمة لأنه مثل له في الشرع والحقيقة والقيمة مثل له في الشرع خاصة فالأول أولى ولأن خصوصية الأموال قد تكون مقصودة ولما تعذرت في ذوات القيم واستحال التكليف بالمحال لم يجب منه استدراكها بخلافه هنا وقال ابن الجنيدي يتخير المغصوب منه في القيمة والمثل لأن الضمان إنما هو باختيار المالية ويحتمل استدراكها بالقيمة من غير حيف والأقرب المثل والخلاف هنا في التفصيل وهو اختصاص المثلى بالمثل مع وجوده وغيره بالقيمة.

قال دام ظله: ولو تلف المثلى في يد الغاصب (إلى قوله) يوم الإقباض.

أقول: مأخذ الوجه الأول والثاني أن عند إغواز المثل هل الواجب قيمة المغصوب لأنه الذي تلف على المالك أو قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره قال المصنف كل منهما محتمل (فإن) قلنا بالأول اعتبرنا الأقصى من وقت الغصب إلى وقت تلف المغصوب (وإن) قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لأن المثل حينئذ يجب إلى وقت الانقطاع وكذا القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم من حين وجوب المتقوم وضمانه (ووجه) الثالث أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإغواز لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث أنه كان مأمورا بتسليم المثل كما كان مأمورا برد العين فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمته في المدتين كما أن المتقومات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر إلى ما بعد انقطاع

المثل كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب والمتقوم (ووجه) الرابع أن المثل لا يسقط بالإغواز ألا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به ولا فرق بين المسألتين فالقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم الواجب إلى الدفع (ووجه) الخامس أنه وقت وجوب القيمة والأصح الرابع.

الثاني أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز الثالث أقصى القيم من وقت الغصب إلى الإعواز الرابع أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة الخامس القيمة يوم الإقباض ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة بخلاف القدرة على العين ولو أتلف مثليا فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم بأن أتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر أو أتلف جمدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل

قال دام ظله: ولو أتلف مثليا فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل أقول: وجه القرب وجوب رد المظلمة أين طلبه ففي كل مكان هو مخاطب بذلك وإلا لجاز تأخير إلزام الغاصب بالحق بغير رضا المالك وهو محال إجماعا (وبهذا القول) أفتى ابن إدريس - وقال الشيخ في المبسوط إن كان في نقله مؤنة فإن اتفقت القيمتان في البلدين كان له المطالبة بالمثل لأنه لا ضرر عليه وإن اختلفا فالحكم فيما له مثل و فيما لا مثل له واحد فللمغصوب منه أن يأخذ من الغاصب في بلد المطالبة قيمته ببدل الغصب أو يدع حتى يستوفي ذلك في بلد الغصب لما في نقله من المؤنة والضرر - و قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار (١) - وقال رحمه الله وكذا القرض وأما السلم فليس له

أن يطالبه ببدل غير بلد السلم لأن عليه توفية المال في مكان العقد ولا له مطالبته بالبدل سواء كان لنقله مؤنة أو لا وإن اتفقا عليه لم يجوز لأن أخذ البدل عن السلم في الذمة لا يجوز لقوله عليه السلام من أسلم في شئ فلا يصرفه إلى غيره (٢) وتبعه ابن البراج، و الأصح عندي اختيار والدي (والجواب) عن حجة الشيخ باستلزامه الضرر أنه معارض بضرر المالك وكلما تعارض الضرران فالترجيح لنفي ضرر المالك لأن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال والضرر المنفي إنما هو من شرع الحكم وهنا الغاصب أدخل الضرر على نفسه.

قال دام ظله: ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم بأن أتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر أو أتلف جمدا في الصيف ثم

(١) قد تقدم من ثل في كتاب إحياء الموات.
(٢) سنن أبي داود (ج ٣) باب السلف لا يحول.

وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف، ولو أتلّف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال ينشأ (من) مساواة الغاصب غيره وعدمها فإن أوجبناه ففي التضمين بالمثل إشكال ينشأ (من) تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع ولو اتخذ من السمس الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم أو بالشيرج والكسب والأرش إن نقصت قيمته أو

اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف. أقول: - وجه الأول إطلاق النص بوجود المثل واختلاف الزمان والمكان اختلاف في أمور خارجة عن الماهية وصفاتها (ووجه الثاني) أنه خرج عن كونه مثلاً لأنه لا قيمة له والمالية وما تزيد به وتنقص معتبرة هنا (والتحقيق) أن المماثلة هل هي باعتبار اتحاد الماهية أو مع التساوي في المنافع والقيمة والمتعارف في الأصول الأول وباعتبار المالية الثاني وهو الأصح لأن الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك وضمن مالا قيمة له ولا تصح المعاملة عليه فتكون معتبرة في المماثلة من جهة المالية.

قال دام ظله: ولو أتلّف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها فإن أوجبناه ففي التضمين بالمثل إشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع. أقول: هنا مسألتان (أ) ضمان الزائد بالصنعة وهو مبني على تحليل اتخاذها وتحريمه (فعلى الأول) يضمه المتلف مطلقاً (وعلى الثاني) لا يضمه غير الغاصب و أما الغاصب ففيه إشكال ينشأ مما ذكره المصنف ومعنى المساواة هنا أن الغصب لا يصير ما لا قيمة له شرعاً له قيمة وما هو محرم غير محرم وعدم المساواة أنه يضمن بالغصب ماله قيمة سوقية في نفسه ونقصه في مال مملوك وإن حرم لأنه مأخوذ بأشق الأحوال وينشأ أيضاً من أنه محرم يجوز إتلافه (ومن) أن هذا الاستيلاء مضمون وجميع ما ينقص فيه مضمون والأول أولى (ب) يتفرع على القول بالضمان أنه هل يقوم بالجنس إشكال ينشأ مما ذكره المصنف.

بالشيرج والناقص من السمس، ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب
الشراء نظر ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فإن عاد ترادا
وللغاصب حبس العبد إلى أن يرد القيمة عليه على إشكال فإن تلف العبد محبوسا
فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأولى، ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة

قال دام ظله: ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب
الشراء نظر.

أقول: ينشأ (من) أنه لا يتم الواجب المطلق إلا به (ومن) أنه ضمان لأكثر
من القيمة إذ لا فرق بين أخذ المالك لها والبايع وهو ضرر وخرج ولأنه لو خاف اللص
على الزائد لم يجب المثل فكيف يوجبه وفرق بافتراق العوض والثواب، والأقوى
وجوب الشراء بالأكثر.

قال دام ظله: ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فإن عاد
ترادا وللغاصب حبس العبد إلى أن ترد القيمة عليه على إشكال.
أقول: ينشأ من عدم الجمع بين العوض، والمعوض فيترادان معا ووجوب رد
العين على الغاصب مع التمكن على الفور وهو الأولى.
قال دام ظله: فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و
استرجاع الأولى.

أقول: هذا إن قلنا أن له الحبس (ووجه القرب) أن حكم الغصب زال برد
القيمة وهذه اليد غير الأولى لاستحقاقها ووجوب رد المالك القيمة الأولى وأخذ العين
وهي قدر الثانية (ويحتمل) عدمه لأنه إنما يستحق رد الأولى بدفع العين ولم يحصل
ولأن الحصول في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده لأن
يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملك المالك على القيمة الأولى إن كانت أكثر وهو
الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو تنازعا في عيب مؤثر في القيمة ففي تقديم أحد
الأصليين نظر.

ففي تقديم أحد الأصلين نظر، والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي فإن تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به وإن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربا. المطلب الثاني في الأحكام وفصوله ثلاثة (الأول) في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحدا فلا شئ عليه فإن تلف وجبت العشرة ولو تلف بعضه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رد الأصل إلى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي ولو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي ولو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة لأن التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التالف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهو أقوى، و لو قطع الثوب قطعا لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش ولو كان العيب غير مستقر

أقول: منشأه تعارض الأصلين أعني أصل الصحة وأصل براءة الذمة من الزائد على قيمة المعيب والأقوى تقديم الأول.

قال دام ظله: والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي أقول: هذا قول ابن إدريس لأنهما مثليان لأن المثلي ما يماثل أجزائه المقدارية كله في الماهية وقال الشيخ في المبسوط يضمن بنقد البلد ثم فرع وقال إن كان نقد البلد من جنس المغصوب واختلف الوزن والقيمة قوم بغير الجنس ليسلم من الربا ويأخذ منه كمال حقه وأجاب ابن إدريس بمنع الربا هنا والأصح عندي اختيار ابن إدريس.

قال دام ظله: ولو كانت القيمة عشرة (إلى قوله) وهو أقوى.

أقول: وجه القوة ما ذكره المصنف هنا وهو الحق عندي.

قال دام ظله: ولو كان العيب غير مستقر (إلى قوله) وأرش النقص

كما لو بل الحنطة حتى تعفنت أو اتخذ منها هريسة أو من التمر والسمن حلواء فإن مصيره إلى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الأرش وكلما نقص شيئا ضمنه على إشكال ينشأ (من) حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص فيحوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف (ومن) استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب، ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة وهو قيمة التالف مجتمعا و نقصان الباقي وكذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما، أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعا خاصة وهي خمسة (ويحتمل) سبعة لأنه أتلف أحدهما فأدخل النقص على الباقي بتعديده (ويحتمل) ثلاثة لأنه قيمة المتلف ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء، و يجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية فإن تعذر دفع الغاصب البديل ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على إعادة البديل لو طلبه الغاصب إشكال لا على رد التمام المنفصل

أقول: وجه القوة أنها عين مغصوبة فيجب ردها والأرش لنقصها ووجود السبب كوجود المسبب فكلما نقص شيئا ضمنه ولا يسلم حصول البراءة والأصح عندي الضمان لكل ما يتجدد.

قال دام ظله: أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعا خاصة وهي خمسة ويحتمل سبعة لأنه أتلف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديده ويحتمل ثلثه لأنه قيمة المتلف. أقول: وجه هذا أنه إنما جنى على هذا أو غصبه خاصة والآخر لم يدخل تحت اليد ولا الجناية والأقوى عندي ضمان أرش الناقص منضمًا لأنه سبب فيه لترتب النقص عليه والترتيب هنا يعطي العلية. قال دام ظله: ولا يملك الغاصب العين المضمونة فإن عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على إعادة البديل لو طلب الغاصب إشكال.

وعلى الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين الغصب إلى حين دفع البدل والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال وكذا المتصل و المنفصل على إشكال إذا تجدد بعد دفع البدل ويضمن الأجرة وإن لم ينتفع بأجرة المثل عن عمل مطلقا مدة الغصب ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد ولو انتفع بالأنقص ضمن أجرة المطلق، ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب أعلى القيم ولو جنى على الطرف فاقتص منه ضمن الغاصب الأرش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد لأنها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل أرش اليد وأكثر الأمرين (و

أقول: ينشأ من أنه قد استقر ملكه عليه ولأنه ينافي البدلية إذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح أن يكون بدلا قهريا شرعا لما يستقر عليه الملك ولأنه قد لا يرغب المعاملون

فيه (ومن) أنه للحيلولة وقد زالت والأول أولى لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. قال دام ظله: وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال وكذا المتصل والمنفصل على إشكال إذا تجدد بعد دفع البدل.

أقول: ينشأ من أنه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان (ومن) برأئته من العين فأولى من النماء (ومن) أنه سبب تلفه على المالك ولأنه لو كان في يد الغاصب لضمنه وكلما يضمنه الغاصب باليد يضمنه إذا خرج المغصوب في يده لا إلى المالك أو من يقوم مقامه

قال دام ظله: ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصا (إلى قوله) ويحتمل أرش اليد وأكثر الأمرين.

أقول: ذكر المصنف وجه الأول وهو أن الطرف تلف بسبب غير مضمون فلا يضمن أما الأولى فلأنه بحق وجب شرعا وهو القصاص وأما الثانية فظاهرة لكن الغاصب يضمن نقص المالية باليد وهو ما زاد على مقدار (مقدر - خ) الطرف (ووجه الثاني) إن يد الغاصب في الضمان كالجناية بلا شك بل أشد (ووجه الثالث) إنه يضمن بها كضمان الأموال كما تقدم وهذا هو الأصح (والجواب) عن الأول بالمنع من غير كونه غير مضمون عليه لأنه تلف ملكه في يد الغاصب لا بحق سبق عليه.

كذا) لو اقتص منه بعد رده إلى السيد (وكذا) لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل وكذا الإشكال لو انعكس ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرش خاصة، وكذا لو اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر، ولو طلب الولي الدية في النفس أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل

قال دام ظله: ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل. أقول: ينشأ من وجود السبب في يد السيد فكان مستحقاً فكان كوجود المسبب (ومن) حيث إن التلف حصل في يد الغاصب فضمنه (والتحقيق) أن الردة إن كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لأنه في حكم الميت وإن كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل كما لا يخرج أملاك المرتد عنه قبله وسببه الردة وهي من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقاءه فمن منع منه يكون قد تجدد القتل وسببه في يده فيضمنه لأن الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم ولم يقتل به وهذا الآن موجود وهو صالح للعلية ومن قال ببقائه فأشكال كما تقدم ولأنه لا يضمن بالجناية ولا يضمن اليد ولا يضمن إزالة ملك المالك بالقتل فأولى أن لا يضمن إزالة يده قال المصنف فعلى المنع يضمن الزائد عن المقدر من القيمة لو حصل ويضمن المنافع في يده لأنه استقر ملك المالك عليها في علمه تعالى ويده عليها عادية والحق عندي ضمان الزائد والمنافع.

قال دام ظله: وكذا الإشكال لو انعكس.

أقول: (إن قلنا) ثمة بعدم ضمانه (قلنا) هنا بضمانه (وإن قلنا) ثمة بضمانه قلنا بعدم ضمانه القيمة لكن يضمن الأرش بين كونه مستحقاً وغيره. قال دام ظله: وكذا لو اشترى مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر.

الأمرين من قيمته ودية الجناية فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع إلى السيد فإذا أخذها السيد تعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى لاستحقاق المدفوعة أو لا بسبب في يده فضمنها ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أخرى على المستودع لأنه جنى وهو غير مضمون ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهما ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما لأن الجناية وقعت في يده وكان للمجني عليه أو لا أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته يقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه، ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على إشكال، ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة ورده على رأي.

أقول: تقريره ما مر.

قال دام ظله: ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على إشكال.

أقول: أما في العمد فيضمن الأرش بين كونه مستحقاً وغير مستحق فلو قطعه في يد الغاصب ينشأ الإشكال (من) مباشرة المالك الإلتلاف (ومن) أن الغاصب ضامن لما نقص بالجناية لاستحقاقها فلا فرق بين المالك وغيره بالنسبة إلى المستوفى وفي الخطأ ينشأ (من) أن الغاصب ضامن (ومن) أنه محتمل لما تعلق برقبة العبد بسبب الجناية لأنه غصبه ورقبته بريئة فيجب أن يرده كذلك فيضمن ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رقبة العبد بسبب الجناية، والأقوى ضمان الغاصب مع القصاص لتمام القيمة في النفس والأكثر في غيرها ولنقص القيمة في الخطأ إذا حصل.

قال دام ظله: ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة ورده على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ في موضع من المبسوط وابن إدريس وهو الأصح.

فإن سقط ذلك العضو بأفة فلا شيء عليه لأنه يزيد به قيمته على إشكال وكذا لو نقص السمن (١) المفرط ولم ينقص القيمة وكذا الإصبع الزائدة ولو مثل به لم ينعقد على رأي ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه ولو نقص الزائد ونصف الأصل وأوجبنا الأكثر لزمه المجموع وإلا الزائد وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع وإلا النصف ولو غصب عبدا فقطع آخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني

عندي وقال في موضع آخر من المبسوط له أخذ القيمة بعد أن يسلمه أو يصير مجاناً لئلا يجمع بين العوض والمعوض وليس بجيد لأنه عوض الفاتت والغاصب يلزم بأشق الأحوال.

قال دام ظله: فإن سقط ذلك العضو بأفة فلا شيء لأنه تزيد به قيمته على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه تلف حصل في يد الغاصب ولأنه يضمن بها كلما يضمن بالجناية (ومن) عدم حصول نقض المالية وهو ضامن لها والأولى الضمان. قال دام ظله: ولو مثل به لم ينعقد على رأي.

أقول: قال في المبسوط والخلاف وابن البراج يعتق وعليه القيمة ومنشأ الخلاف أن العتق هل هو لعدم قبول العبد المالية حينئذ أو لعدم قبول المثل المالكية أو عقوبة الأول أولى فينعقد ويضمن الغاصب أكثر الأمرين من القيمة ودية الجراحات. قال دام ظله: وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرش لزمه الربع وإلا النصف.

أقول: لا وجه لإيجاب الأرش خاصة هنا لأن الجاني غير الغاصب يضمن المقدر مع نقص الأرش عنه فالغاصب أولى لأنه مأخوذ بأشق الأحوال.

(١) بكسر السين مقابل الهزال.

ولو غصبه شابا ثم صار شيخا ضمن النقص وكذا لو كان أمرد فنبت له اللحية على إشكال
ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على إشكال ولو نقل التراب
رده بعينه فإن تعذر فالمثل وعليه الأرش وتسوية الحفر والبايع إذا قلع أحجاره فعليه
التسوية دون الأرش ولو حفر بئرا فله طمها إلا أن ينهأ المالك فيزول ضمان التردى
ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذهاب ولو لم تنقص القيمة وكذا في إغلاء
العصير على رأي، ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساويا
قيمة بخلاف ما لو اتفقا جنسا ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل وفي وجوب
الدفع إشكال فإن أوجبناه فصار خلا في يد المالك ففي وجوب رد المثل إشكال فإن

قال دام ظله: ولو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص وكذا لو كان أمرد
فنبت له اللحية على إشكال.

أقول: ينشأ من نقص المالية (ومن) أنه غير خارج عن المجرى الطبيعي و
الفرق نقصان القوي في الأول والأصح الضمان لأنه يضمن أعلى القيم.
قال دام ظله: ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن
على إشكال.

أقول: ينشأ من أن ترك زرعها واجب شرعا فلا يضمن بسببه والأصح عندي
الضمان لأنه نقص حصل في يد الغاصب فهو مضمون ولهذا يضمن أعلى القيم.
قال دام ظله: ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذهاب وإن
لم ينقص القيمة وكذا في إغلاء العصير على رأي.

أقول: قال الشيخ في المبسوط والخلاف لا يضمن لأن الذهاب أجزاء مائة
لا قيمة له وقال المصنف يضمن لأنه مال نقص في يد الغاصب والأولى الثاني
قال دام ظله: ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل وفي وجوب الدفع
إشكال فإن أوجبناه فصار خلا ففي وجوب رد المثل إشكال.

أقول: (منشأ الأول) أنه العين المغصوبة وللمالك أولوية اليد للتخليل (ومن)
أنه قد خرج عن ملكه و (منشأ الثاني) أنه إن قلنا بوجوب الرد حال كونه خمرا

صار خلا في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك.

الفصل الثاني في الزيادة لو غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة، ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته وللمالك إجباره على ردها نقرة ولا يضمن أرش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمة أصل

النقرة بالكسر، ولو صبغة بما يساوي قيمته تشاركها فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع أرش النقص وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب إلى إجانة صباغ أو غصب من آخر ولو قبل الصبغ الزوال أجبر الغاصب على فصله وإن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته ولو طلب الغاصب الإزالة أجيب إليها سواء هلك الصبغ بالقلع على إشكال أولا فإن تعيب الثوب ضمن أرشه،

وجب هنا وإلا احتمله إن زال المانع وهو الخمرية (ومن) أنه لما صار تالفا ضمن مثله وملك الثاني متجدد لصاحب اليد (والتحقيق) أن هذا يبنى على أن الذوات هل هي متساوية واختلافها بأعراض وأحوال كمذهب الجبائي أو متخالفة في الحقيقة كمذهب أبي الحسين (فعلى الأول) يجب رده لزوال المانع كما لو وجد المغصوب بعد أن ضاع (وعلى الثاني) لا يجب لأنه غير المغصوب. قال دام ظله: ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك.

أقول: وجه الأول أنها خرجت عن الملك بالكلية واستولى عليها هذا فصارت ملكه ولحصول الخلية واليد له فيما ليس بملك لأحد (ووجه الثاني) ثبوت الأولوية للمالك باليد للتخليل ورفعها تعد (بعد خ) فيد الغاصب عادية لا اعتبار بها لأنه مأخوذ بأشق الأحوال والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو طلب الغاصب الإزالة أجيب إليها سواء هلك الصبغ

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول وكذا لو وهبه إياه ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس ولو كان قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق إلى سبعة وانحطت قيمة الصبغ إلى ثلاثة فللمالك سبعة ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها

وبالعكس إذا نقص السوقي غير مضمون ولو مزج الزيت بزيتة المساوي أو للأجود تشاركاً وبالأردى يتخير المالك بالمثل والعين مع الأرش ولو مزجه بالشيرج فهو إتلاف فعليه المثل ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف بل يلزم بالانفصال وإن شق ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه ألزم بالعين وإن أدى إلى الهدم ولو رقع باللوح المغصوب سفينة وجب قلعها إن كانت على الساحل أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق

بقلعه ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب ولو كان له فالأقرب العين، ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان ولو خيف

بالقلع على إشكال أو لا.

أقول: لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها ولا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب أصلاً والإشكال في هلاك الصبغ (ومن) عدم نقص الثوب وينشأ (من) النهي عن إضاعة المال (ومن) أنه طلب عين ماله ولا ضرر على المالك فلا يمنع منه وهو الأقوى عندي أما لو طلب المالك الإزالة أجيب سواء هلك الصبغ أو لا قال دام ظله: ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن يخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة أو مال لغير الغاصب ولو كان له فالأقرب العين.

أقول: وجه القرب في الأول حرمة الحيوان ومال الغير فيجمع بين المصلحتين بالقيمة (ويحتمل) عدمه لأنها عين مغصوبة وضعت بغير إذن مالكها فكان للمالك أخذها وإلا لجاز دوام الغصب شرعاً وهو محال ووجه القرب في الثاني أنه يلزم بأشق الأحوال وذهاب حرمة بتعديده ويحتمل عدمه لإمكان التوصل إليه من غير استهلاك بخلاف

تلفها لضعفها فالقيمة وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة إلا مع أمن التلف والشين ولو مات المجروح أو ارتد ففي النزاع إشكال من حيث المثلة ولو أدخل فصيلاً

في بيته أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وإن نقصت قيمته عنها ولو لم يكن بفعله غرم صاحب التفصيل والدينار الأرش سواء كان بفعله أو لا ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره هو كسر ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج إلى الكسر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن وإن لم تكن يده عليها فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ولو انتقى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة لأن ذلك لمصلحته ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال

العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة.

الفصل الثالث في تصرفات الغاصب ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكارة ونصفه مع الثيوبة على الخلاف ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعشر ومع العقد جاهلين الأكثر من الأرش والعشر ومهر المثل ولو افتضاها بإصبعه فعليه دية البكارة فإن وطئها مع ذلك لزمه الأمان وعليه أجرة مثلها من حين غضبها إلى حين عودها فإن أحبلها لحق به الولد

البناء الذي لا يقدر على اللوح إلا باستهلاكه والأصح العين لوجوب دفعها وإزالة الغصب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

قال دام ظلّه: ولو مات المجروح أو ارتد ففي النزاع إشكال من حيث المثلة أقول: ومن حيث إنه مال مغضوب يجب رده إلى مالكه وهو الأولى.

قال دام ظلّه: فلو وطئ الجارية جاهلين بالتحريم (إلى قوله) ومهر المثل

أقول: قال الشيخ وابن إدريس عليه مهر أمثالها وأرش البكارة إن كانت بكراً

وذهب بعض أصحابنا إلى وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة وهو مروى

(ووجه) الاحتمال إن نقص المالية مضمون عليه وأرش البكارة أرش جنابة ومهر

البكر العشر عوضاً عن الوطي للرواية ومع فساد العقد يجب مهر المثل لأنه عوض منافع البضع.

وعليه قيمته يوم سقط حيا وأرش ما نقص من الأم بالولادة ولو سقط ميتا فإشكال ينشأ (من) عدم العلم بحياته (ومن) تضمين الأجنبي أما لو وقع بجنايته (ية - خ ل) فالأقوى الضمان، ولو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر وعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة ولو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها فللمولى المهر والولد والأرش بالولادة والأجرة وعلى الغاصب الحد ولو طاعته حدا وفي عوض الوطي إشكال ينشأ من النهي عن مهر البغي ومن كونه حقا للمالك أما لو كانت بكرًا فعليه أرش

قال دام ظله: ولو سقط ميتا فإشكال ينشأ من عدم العلم بحيوته ومن تضمين الأجنبي أما لو وقع بجناية فالأقوى الضمان. أقول: إذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة جاهلين وسقط الولد ميتا ففيه ثلاث مسائل (أ) أن يكون بغير جناية جان فيحتمل الضمان لأنه نماء الجارية وفوت رقبته على مالكه ولأنه كلما يضمنه الأجنبي بالجناية يضمنه الغاصب باليد على المغصوب وهذا يضمنه الأجنبي بالجناية (ويحتمل) عدم الضمان لأن الولد قد انعقد حرا فلا يدخل تحت اليد ولا قيمة له لعدم العلم بجناية ولا بدل له أيضا بجناية مضمونة والأقوى الضمان (ب) لو سقط بجناية الغاصب (فعلى القول) بضمانه لو سقط ميتا بغير جناية يضمنه هنا قطعا (وعلى القول) بعدم الضمان يحتمل الضمان هنا لأنها لو صدرت من الأجنبي ضمنها الغاصب وإن لم يحصل له مال فإذا ضمن جناية الغير فضمن جنايته أولى لأنه من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى (ويحتمل) ضعيفا عدمه لأنه قد انعقد حرا ولحق بالغاصب وإنما أوجب الشارع عليه قيمته يوم سقط حيا ولم يسقط حيا والأصل البراءة ويمكن الفرق بينه وبين الأجنبي بأن الأجنبي أوجب جنايته مالا للغاصب وهو بدل الولد فكان كوجوده حيا فمن هنا ضمنه للمالك فاستحقاق المالك هنا تابع لاستحقاق الغاصب الدية فيتعلق به قيمته لفرضه مملوكا وأما جناية الغاصب فلا يوجب للغاصب شيئا لاستحالة استحقاقه على نفسه فلم يكن هنا بدل قائم مقام المبدل والأصح عندي الضمان لما تقدم ولا وجه عندي لعدم الضمان فيضمن دية جنين حر، منها (أ) دية جنين أمة للمالك

(١) للتبعيض

البكارة ولا يلحق به الولد فإن مات في يد الغاصب ضمنه وإن وضعته ميتا فالإشكال كما تقدم ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على إشكال ويلحق به الولد، ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ (من) أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ولا يجب إلا مهر

والباقي للإمام كما لو جنى الحر على زوجته الأمة فأسقط جنينا منه فإنه يضمن الدية للإمام (ج) أن يكون السقوط بجناية أجنبي وقد ذكر المصنف حكمه.
قال دام ظله: فإن مات في يد الغاصب ضمنه وإن وضعته ميتا فالإشكال كما تقدم

أقول: قد تقدم البحث فيه.

قال دام ظله: ولو كان الغاصب عالما دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على إشكال.
أقول: ينشأ من كونها بغية والنبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن مهر البغي وهو الأصح ومن كونه حقا للمالك

قال دام ظله: ولو باعها الغاصب فوطئها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب أم لا

أقول: مراده بقوله ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب أي لو فوتها الغاصب بوطئها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ويكون بمنزلة غصب منفعة أو لا قد ذكر المصنف في الإشكال السابق (من) أنه حق للمالك أتلفه الغاصب فيضمنه ولأنه مأخوذ بأشق الأحوال (ومن) النهي عن مهر البغي فإن قلنا بضمائه إذا وطئها الغاصب عالمين يضمنه الغاصب هنا لأن ما يفوته غيره من يده كما يفوته هو وإن قلنا لا يضمنها الغاصب لم يضمن هنا.

قال دام ظله: ولا يجب إلا مهر واحد بوطئها إذا اتحدت الشبهة وفي تعدده

واحد بوطيات إذا اتحدت الشبهة وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر ومع الجهل
ينعقد حرا، ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان
الولد ويضمن المشتري أجرة المنفعة التي فاتت تحت يده ومهر المثل عند الوطي
وقيمة الولد عند انعقاده حرا ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله ويغرم قيمة
العين إذا تلفت ولا يرجع وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر وفي رجوع
المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف ولو بنى فقلع بناؤه فالأقرب الرجوع بأرش

بتعدده مع الاستكراه نظر.

أقول: ينشأ (من) تعدد السبب (ومن) أن الوطي المطلق هو السبب وهو صادق
على الوحدة والكثرة والأمر المعلق على شرط لا يلزم تعدده بتعدد الشرط والفرق
بينه وبين الشبهة أن الشبهة لولاها لانتفى المهر ولأنها كالنكاح وهنا الاعتبار بمجرد
الوطي والأقوى الأول لتعدده إذا كان المعلق عليه علة وهو هنا كذلك فإن الإكراه
الثاني غير الأول قطعا وكذا الوطي الثاني غير الأول والوطي هو العلة أو هو والإكراه
قال دام ظله: وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر وفي رجوع
المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف

أقول: يعني ما يحصل للمشتري في مقابلة نفع كسكنى الدار وثمره الشجرة
والصوف واللبن ففيه قولان أحدهما الضمان مستقر على الغاصب خاصة لأنه سبب و
المباشر ضعيف بالغرور والثاني على المباشر فإن رجوع على الغاصب لمكان الحيلولة
رجوع على المشتري وإن رجوع على المشتري لاستقرار التلف في يده لم يرجع على
الغاصب والأقوى الأول وكلا القولين للشيخ في المبسوط وقد مضى البحث في ذلك.
قال دام ظله: ولو بنى فقلع بناه فالأقرب الرجوع بأرش النقص

أقول: وجه القرب أن البائع سبب والمشتري ذو يد كالمباشر والسبب هنا
أقوى من المباشر وكلما كان السبب أقوى من المباشر فالضمان على السبب أما الأولى
فلأنه إنما شرع في العقد والتصرفات بظن السلامة وسبب هذا الظن تغيير البائع إياه
فصار هذا السبب أقوى وأما الثانية فإجماعية ولأنه لو قدم إليه طعاما فأكله مع جهله

النقص ولو تعيب في يده احتمال الرجوع لأن العقد لا يوجب ضمان الأجرة بخلاف الجملة وعدمه ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد لأنه زيادة جديدة.

ضمنه للتغيرير بالإباحة فهنا أولى لأنه تمليك والتملك أقوى من الإباحة ويحتمل عدمه لأنه بالبناء متلف ماله فلا يرجع كما لا يرجع بما أنفق على العمارة والأصح عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: ولو تعيب في يده احتمال الرجوع لأن العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه.

أقول: إذا اشترى من الغاصب جاهلا بالغصب وأقبض المشتري العين فتعيب في يده لا بسببه وغرمه المالك الأرش هل يرجع المشتري على الغاصب الباع بالأرش ذكر المصنف فيه احتمالين (١) الرجوع وقد نبي المصنف المسألة على أنه إذا تلف الكل لا يرجع بما زاد عن قيمته على الباع بل يكون من ضمانه وإليه أشار بقوله بخلاف الجملة ثم أشار إلى علة ضمان الجملة وإلى الفرق بين الجملة و الأجزاء التي هي صفات أو بمنزلة الصفات وهي مالا يفرد بالتقويم أما العلة فهي العقد لأن الشراء عقد ضمان شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان صحيحا وأما الفرق فلأن العقد يوجب ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الأجزاء بالأرش بالانفراد وذلك لصورتين (إحديهما) لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يجيز العقد ويطالبه بجزء من الثمن بل إما أن يفسخ أو يجيز بكل الثمن ولو تلف في يد الغاصب الباع استرد كل الثمن وهذا على قول الشيخ رحمه الله (الثانية) لو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد الباع بالجارية عيبا قديما فردها وقد تلف العبد فإنه يأخذ قيمة ولو لم يتلف وتعيب بعيب حادث لا بسببه لم يكن له المطالبة بالأرش مع العبد بل إما أن يفسخ أو يأخذ القيمة ومن هذا الفرق ظهر أنه يرجع على الباع بما ضمنه من الأرش لأنه لو لم يرجع عليه لكان قد استقر الضمان عليه فاستقراره إما بالعقد أو باليد والأول باطل لما تقدم من أنه لا يقتضي ضمان الأجزاء والثاني باطل لأنه مغرور باليد لأنه سلمه إليه وعقد له عقدا لا يوجب ضمان الأجزاء

ولو غصب فحلا فأنزاه على الأثني فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب وعليه الأجرة على رأي والأرش لو نقص بالضراب ولا تداخل الأجرة والأرش ولو هزلت الدابة لزمه الأمران وإن كان النقص بغير الاستعمال، وفوائد المغصوب للمالك أعيانا كانت كالثمرة والولد أو منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البايع أو علمه على

بانفرادها فصار السبب هو تغيير المالك أقوى من اليد (ب) عدم الرجوع لأنه لا يرجع بزائد القيمة عند تلف الكل كما قررتم فلا يرجع بالأجزاء للتسوية بين الكل والأجزاء في الضمان لأنه لو لم يكن كل جزء مضمونا لم يكن الكل مضمونا وأنا أقول الأصح عندي أنه يرجع بزيادة القيمة والأرش للتغيير لا لغيره (وقولكم) في الأولى أنه عقد ضمان إن كان المراد منه أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهو مسلم لكنه لم يعقد على أنه يضمن القيمة ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شئ بالتلف فكان الغاصب مغررا موقعا له في خطر الضمان لأن سبب الضمان من فعل الغاصب فكان أقوى من يد المشتري فليرجع عليه وإن كان المراد غير ذلك فبينوه حتى ننظر في صحته وفساده على إنا نمنع كونه عقد ضمان بغير ما فسرناه والصورتان المذكورتان في الفرق فيهما نظر فإن عدم طلب أرش العيب الحادث في يد البايع مع أخذ العين مع تسليمه لأنه تغيير للعقد ونقص من الثمن ولا يجوز إلا مع الضرورة والنص عليه فهذا لم يثبت الأرش.

قال دام ظله: ولو غصب فحلا فأنزاه على الأثني فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب وعليه الأجرة على رأي.

أقول: هذا قول ابن إدريس لأنها منفعة متلفة فكان عليه عوضها وهو الأقوى وقال الشيخ في المبسوط لا أجرة لأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن كسب الفحل (١).

قال دام ظله: ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البايع أو علمه مع الاستيفاء

(١) سنن أبي داود (ج ٣) باب في عسب الفحل وفيه نهى رسول الله (ص) عن عسب الفحل.

الاستيفاء وبدونه إشكال وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف إن لم يكن مثليا ولو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود العين بالثمن كان حسنا وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين ويستقر الضمان على المشتري ومع الجهل على الغاصب ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس في مقابله نفع كالنفقة والعمارة وقيمة الولد لو غرمه المالك، وفي رجوعه بما حصل له في مقابله نفع كسكنى الدار و ثمرة الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ (من) ضعف المباشرة بالغرور ومن أولوية المباشر، ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجانا وإن قرب الإحصاء ولا يملكه المالك بل هو للغاصب وكذا النماء وعليه أجرة الأرش وطم الحفر والأرش ولو بذل صاحب

وبدونه إشكال.

أقول: ينشأ من تبعية الأصل ولأن الأصل في قبض مال الغير الضمان إلا بسبب عدمه ولم يثبت (ومن) أنها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب والحق الثاني لأن مال الغير يجدد في يده بغير فعلها فكان كالثوب تطيره الريح.

قال دام ظله: ولو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين

لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا أقول: وجه الأول إطلاق كثير من الأصحاب (ووجه الثاني) أنه لم يزل عن ملكه وعينه باقية فكان له أخذه ولأنه لو ملك البائع فإما بمجرد الدفع أو بالبيع أو بقيام البيع مقام الهبة والأول باطل لعدم صلاحيته للتملك والثاني باطل لأن انتقال الثمن إلى البائع والعين إلى المشتري معلولا هذا العقد ونسبته إليهما متساوية وإذا بطل أحد المعلولين المتساويين بطل الآخر وإلا لاجتماع النقيضان ولاشترط كل منهما بالآخر معية لا دورا والثالث باطل لأن بطلان عقد لا يوجب صرفه إلى غيره لأن لكل عقد لفظا خاصا به والحق عندي رجوعه بعين الثمن مع وجوده وعدم رجوعه بشيء مع تلفه.

الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول وقيل لو خيف سقوط حايط أسند بجذع الغير ولو نقل المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أجرته أضعاف قيمته ولو طلب المالك أجره الرد لم يجب القبول ولو رضي المالك به في موضعه لم يحز النقل ولو بنى الأرض بتراب منها والآلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً، ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش و أجره دار إلى حين نقضها وأجره مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها وكذا لو بناها بآلته، أما لو بناها بآلتها فعليه أجرتها عرصه من حين النقض إلى حين البناء وأجرتها داراً قبل ذلك وبعده ولا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاء النابت في الأرض المغصوبة ولا الدفن فيها ولو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأجرة وعدمه، ولو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن أجاز البيع وإن اشترى في الذمة فللغاصب فإن ضارب به فالربح للمالك وعلى الغاصب أجره العامل الجاهل، ولو أقر بايع العبد بغضبه من آخر وكذبه المشتري أغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته

قال دام ظلّه: وقيل لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير.
أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط وفيه نظر لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه (واحتج) الشيخ بأن مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض وفي إسناد الحائط حفظ أنفس المارة وفي تركه حفظ بعض منافع جذع مع إمكان زواله سريعاً فكان الأول أولى ولوجوبه على صاحب الجذع كفاية وعينا بفقد سواه (تنبيه) يجب دفع القيمة إن تلف والأرش إن تعيب والأجرة من بيت المال على القول بالوجوب وهو الأقوى عندي.
قال دام ظلّه: فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والأجرة وعدمه.
أقول: وجه الرجوع الغرور والعدم لأن الهبة لا يستعقب الضمان.

به وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة والثلث فإن عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة واسترجع ما دفعه ولو كان إقراره في مدة خياره انفسخ البيع لأنه يملك فسخه فيقبل إقراره بما يفسخه، ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد إلى المقر له ويدفع الثمن إلى بايعه ولو أعتق المشتري العبد لم ينفذ إقرارهما عليه وكذا لو باعه على ثالث ولو صدقهما العبد فالأقرب القبول (ويحتمل) عدمه لأن العتق حق الله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد فيه عدلان بالعتق خاتمة في النزاع لو اختلفا في تلف المغضوب قدم قول الغاصب مع يمينه لأنه قد يصدق ولا بينة فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدراهم في قيمة العبد وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة أو تنازعا في الثوب الذي على العبد أو الخاتم الذي في أصبعه أما لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعور أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدم

قال دام ظله: ولو صدقهما العبد فالأقرب القبول ويحتمل عدمه لأن العتق حق لله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق. أقول: إذا باع زيد عبدا فأعتقه المشتري ثم أقر بغصب البائع العبد من عمرو وصدقهما العبد ففي القبول احتمالان (وجه الأول) قوله (ع) إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) والأقوى الثاني لأن العتق بالأصالة حق لله تعالى ولهذا لو أقر العبد لآخر بالرقية وشهد عدلان بالعتق وتعارضوا قدم شهادة العدلين إجماعا ولأنه مبني على التغليب ويقدم على غيره.

قال دام ظله: وكذا لو تبايعا في القيمة على رأي ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدراهم في قيمة العبد.

أقول: قال الشيخ في المبسوط والخلاف القول قول الغاصب مع يمينه لغرمه وإنكاره وتقييد المصنف حسن وقال في النهاية القول قول المالك والأصح الأول.

(١) مستدرک باب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

قول المالك مع اليمين، ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على إشكال أو غصبه خمرا وادعى المالك تخلله في يد (عند - خ ل) الغاصب وأنكر الغاصب قدم قول الغاصب، ولو باع الغاصب شيئا أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعثك ما لا أملك وأقام بينة فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته وإلا فلا كأن يقول: بعثك ملكي أو هذا ملكي أو قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي.

المقصد الثاني في الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع وليست يباع فلا يثبت خيار المجلس وفيه فصول الأول المحل وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة فلا تثبت في المنقولات على رأي ولا في البناء والغرس إذا بيعا منفردين

قال دام ظلّه: ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب (إلى قوله) قدم قول الغاصب أقول: ينشأ من أصالة عدم السبق (ومن) أصالة عدم البراءة والأقوى ترجيح أصل السلامة من العيب.

قال دام ظلّه: ولو باع الغاصب شيئا أو وهبه (إلى قوله) أو أقبضته ملكي أقول: وجه القرب أنه قد يبيع ما ليس بملكه ولم يوجد ما ينافي الدعوى مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما (ومن) حيث الظاهر والأصل أنه لا يبيع إلا ملكه فيحكم عليه بالظاهر والحق التفصيل وهو أنه إن ضم إليه ما يدل على أنه ملكه كقوله بعثك ملكي أو هذا ملكي فإنه لا يسمع لأنه تكذيب لما تقدم منه وإلا سمع.

المقصد الثاني في الشفعة

وفيه فصول: الأول في المحل

قال دام ظلّه: فلا يثبت في المنقولات على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة والطبرسي وجدي

ولو بيعاً منضمين إلى الأرض دخلاً في الشفعة تبعاً وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله ولا تدخل الحبال التي يتركب عليها الدلاء ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذا لا أرض لها ولو كان السقف لهما فأشكال من حيث إنه في الهواء فليس بثابت واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا تثبت بالجوار ولا فيما قسم وميز إلا مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والأماكن الضيقة وما أشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو إبطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي

للأصل ولقول الصادق عليه السلام ليس في الحيوان شفعة (١) وذهب السيد المرتضى و ابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس إلى ثبوتها في كل شيء من المبيعات سواء كان منقولاً أو لا - لقول الصادق عليه السلام الشفعة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع

الحديث (٢) ولم يثبت عندنا صحة سنده. قال دام ظلّه: وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله. أقول: (ومن) أنه منقول حقيقة والأصح أنه إن بيع مع الأرض المشفوعة ثبت فيه وإلا فلا.

قال دام ظلّه: واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها ولو كان السقف لهما فأشكال من حيث إنه في الهواء فليس بثابت. أقول: ومن ثبوته عادة والأولى عدم ثبوت الشفعة. قال دام ظلّه: واحترزنا بالمشترك عن غيره (إلى قوله) فلا شفعة فيها على رأي.

أقول: هنا مسائل (١) لا شفعة بالجوار وكلام ابن أبي عقيل يشعر بثبوتها للجار

(١) ثل ب ٧ خبر ٦ من كتاب الشفعة.

(٢) ثل ب ٧ خبر ٢ من كتاب الشفعة.

ولو انتفى الضرر بقسمة الحمام تثبت الشفعة وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لأحدهما أو كان في الرحي أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين أو كان الطريق واسعا لا تبطل منفعته بالقسمة ولو ضم المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة تثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن وإنما تثبت لو انتقلت الحصّة بالبيع فلو وهب الشقص بعوض أو جعله صداقا أو عوضا عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة ولو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان واحدا

(لنا) قول الصادق عليه السلام لا يكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يقاسما الحديث (١) - والأصل و (احتج) ابن أبي عقيل بوجود السبب وهو الخوف ممن عشرة الداخل لقول الصادق عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بين الشركاء في الأرض والمساكن وقال عليه السلام

لا ضرر ولا إضرار (٢) وهو من باب الإيماء والبدال على العلية كما تقرر في الأصول (والجواب) إنه لو سلم لكان الموجود هو الحكمة التي يشتمل عليها الوصف الذي جعله الشارع سببا للحكم وهو الشركة ولا يلزم من ثبوت الحكمة مجردة عن الوصف ثبوت الحكم المعلل بالوصف (ب) لا شفعة فيما قسم وميز خلافا لابن أبي عقيل والبحث فيه كالجار (ج) لا شفعة فيما لا يقبل القسمة وقد فسر المصنف عدم القبول وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وعلي بن بابويه وابن البراج وسالار وقال السيد المرتضى والمفيد وابن البراج وابن إدريس يثبت الشفعة وأقول كلما هو على خلاف الأصل يقتصر فيه على الدليل كالنص والإجماع وهو ثابت فيما يقبل القسمة فيبقى الباقي على الأصل.

قال دام ظله: ولو كان الشريك موقوفا عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان واحدا على رأي.

أقول: هذا اختيار ابن إدريس لأنه شريك واحد في مبيع واحد فكان له الشفعة كالطلق وذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم ثبوتها فيه لعدم انحصار الحق فيه أو عدم الشرط وهو الملك لعدم الانتقال إليه والمقدمتان ممنوعتان.

(١) ثل ب ٧ خبر ١ من كتاب الشفعة.

(٢) ثل ب ٥ خبر ١ من كتاب الشفعة.

على رأي والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما ولا يسقط خيار البايع حينئذ وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة وإن كان لبايعه خيار الفسخ فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري وإن فسخ قبله فلا حق للبايع وفي المشتري إشكال.

قال دام ظلّه: والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما.

أقول: هذا اختيار والدي المصنف هنا في المختلف وابن إدريس لحصول البيع الذي هو علة في الشفعة وانتقال الملك إلى المشتري عندهما بنفس العقد مطلقاً لا بمضي الخيار وانقضاء مدة الشرط واعتراض المصنف على نفسه في المختلف بأن ذلك يقتضي اسقاط حق البايع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حق الشفيع الثابت بعد تحققه وأجاب عنه فيه بأن حق البايع باق فإن فسخ البيع (البايع - خ ل) بطل البيع والشفعة وعاد الملك إليه وإن لم يفسخ حتى خرجت المدة تثبت الشفعة والبيع معا وقال الشيخ في المبسوط والخلاف إن كان الخيار للبايع أولاً والمشتري فلا شفعة للشفيع لعدم انتقال الملك بمجرد العقد إليه وإذا كان للمشتري وجبت الشفعة لانتقال الملك إليه بنفس العقد للزومه من جهة البايع لكن له المطالبة بعد انقضاء الخيار وتبعه ابن البراج وقال ابن الجنيد البيع إن كان على خيار المشتري وجبت الشفعة للشفيع وإن كان للبايع أو لهما لم يجب إلا بعد تمامه والأقوى عندي استحقاق الشفعة للشفيع لكن ليس له الأخذ إلا بعد انقضاء الخيار سواء كان للبايع أو للمشتري خاصة لسبق حقها لاقتضاء البيع إياه كخيار المجلس أو بعده في منته كخيار الشرط - والشفعة تثبت بالبيع وبأمر خارج عنه كالشركة وما بالذات أسبق مما بالغير ولما تقدم (ولأن) المشتري إنما رضي ببيع غير لازم مدة الخيار فلا يلزمه غيره وأخذ الشفيع إلزام له بالبيع وثبوت العهدة عليه في تلك المدة وهو غير البيع الواقع وليس للشفيع تغيير العقد.

قال دام ظلّه: وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة (إلى

الفصل الثاني في الآخذ والمأخوذ منه أما الآخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي ولا للعاجز ولا للمماطل والهارب فإن ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام فإن أحضره وإلا بطلت الشفعة بعدها ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي وإلا فلا

قوله) وفي المشتري إشكال.

أقول: ينشأ من ثبوته ابتداء (ومن) زوال العلة الموجبة واشتماله على نفي حكم السبب وكان مانعاً وهو الأقوى.

الفصل الثاني في الآخذ والمأخوذ منه

قال دام ظله: فلا يثبت لغير الشريك الواحد على رأي

أقول: هذا اختيار الشيخين وعلي بن بابويه والسيد المرتضى والسلار وأبي الصلاح والصدوق في المقنع وابن البراج وابن حمزة والطبرسي وابن زهرة وقطب الدين الكيدري وابن إدريس وجدي للأصل ولرواية يونس بن عبد الرحمن عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسماه فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (١) وذهب ابن الجنيد إلى ثبوتها مع الكثرة وذهب الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه إلى أنها لا يثبت مع الكثرة في الحيوان وثبتت مع الكثرة في غيره واحتج الصدوق بهذه الرواية وبرواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان قال سألته عن مملوك بين شركاء وأراد أحدهم أن يبيع نصيبه قال يبيعه قلت فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما يبيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه أعطني قال هو أحق به ثم قال عليه السلام لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً (٢) وهي ضعيفة السند - وأخطأ ابن إدريس هنا حيث ادعى الاجماع على انتفاء الشفعة مع الكثرة.

(١) ثل ب ٧ خبر ١ من كتاب الشفعة.

(٢) ثل ب ٧ خبر ٧ من كتاب الشفعة.

وللاب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما أو الباع
عنهما على إشكال وكذا الوصي على رأي والوكيل وتثبت للصغير والمجنون ويتولى
الأخذ عنهما الولي مع المصلحة فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة إلا أن يكون
الترك أصح ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح والملك باق للمشتري وتثبت
للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى ويملك صاحب مال القراض بالشراء
لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة وأما المأخوذ
منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع واحترزنا بالمتجدد عن شريكين اشترى
دفعة ولو باع المكاتب شقصا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل
الشفعة ولو اشترى الولي للطفل شقصا في شركته جاز أن يأخذ بالشفعة ولو حابي
في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى وإلا ما يخرج منه
بالنسبة وإن كان الوارث الشفيع وللولي الباع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر
وكذا الوكيل لهما ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد
أن يولد حيا ولو عفى ولي الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضا المطالبة على إشكال
ينشأ من أدائه إلى التراخي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ ولو ترك

قال دام ظله: وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان
هو المشتري لهما أو الباع عنهما على إشكال.
أقول: ينشأ من الرضا بالبيع وإلا لم يصح فتسقط (ومن) أن اتحاد العلة لا ينافي
طلب المعلول وهو الأصح.

قال دام ظله: وكذا الوصي على رأي
أقول: خالف الشيخ فيه في المبسوط لأن الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن
ولأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والأصح اختيار المصنف هنا.
قال دام ظله: ولو عفا ولي الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضا
المطالبة على إشكال ينشأ (من) أدائه إلى التراخي بخلاف الصبي عند بلوغه
لتجدد الحق له حينئذ.

لإعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا للصبي والمغمی علیه كالغایب، وللمفلس الأخذ بالشفعة وليس للغرماء الأخذ بها ولا إجباره علیه ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ نعم لهم منعه من دفع المال ثمنها فيها فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع وإلا كان للمشتري الانتزاع وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة ولا يصح عفوه ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح ومطلقا إن أثبتناها مع الكثرة فإن تركها فللمالك الأخذ وقيل تثبت مع الكثرة فقليل على عدد الرؤس وقيل على قدر السهام.

فروع
على القول بالثبوت مع الكثرة (الأول) لو كان لأحد الثلاثة النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت

أقول: (ومن) حيث إنه حق وهذا وليه وهذا هو الأصح عندي فإن الشفعة حق للصبي ولا يبطل بترك الولي وكل حق للصبي فللولي طلبه ولا استبعاد في استحقاق الولي المطالبة بعد إسقاطه لبطلان الإسقاط فلا يترتب عليه أثره. قال دام ظله: وقيل تثبت مع الكثرة فقليل على عدد الرؤس وقيل على قدر السهام.

أقول: الأول اختيار الصدوق والثاني اختيار بعض الفقهاء لأن المقتضي الملك ولأنها من مرافق الملك فيقدر بقدره كالنماء، وقال ابن الجنيد والشفعة على قدر السهام بين الشركة ولو حكم بها على عدد الشفعاء جاز (احتج) الصدوق بالرواية المنقولة عن علي عليه السلام إن الشفعة على عدد الرجال (١) ولأن من حصته أقل لو كان منفردا لأخذ المال بأجمعه كصاحب الأكثر ولأن المقتضي هو مطلق الشركة (احتج) ابن الجنيد بأن المقتضي للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته وينقص بنقصها إذا كانت قابلة للزيادة والنقصان وهاتان الحجتان احتج بهما والدي لهما.

(١) ثل ب ٧ خبر ٥ من كتاب الشفعة.

العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة، فلو كان الباع صاحب النصف فسهم الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلاث وللآخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلاث فالشفعة أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة

وللآخر سهمان وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين (الثاني) لو ورث أخوان أو اشتريا (فعة - خ) فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه (الثالث) لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة وحينئذ لو قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو أخذ بالشفعة ثم عفى أحدهما عن حقه (الرابع) لو عفى أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك سواء كان واحدا أو أكثر ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح ولو باع شقفا من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لأنه بمنزلة عقود متعددة فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق المالك على استحقاق الشفعة ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض فإن أخذ من السابق

قال دام ظله: ولو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة.

أقول: الأول قول الشيخ في الخلاف لأن الشفعة ولوازمها أمور إضافية لا تعقل إلا بين اثنين فإنها استحقاق قهري لنقل الملك من المشتري إلى غيره ولا يعقل ذلك بين الإنسان ونفسه والثاني قوله أيضا فيه واختاره في المبسوط والمصنف في المختلف على القول بالشفعة مع الكثرة لتساويهما في العلة الموجبة للشفعة ويكفي في التغير في الإضافة التغير الاعتباري ولو سلمنا لكن سبب الشفعة مع الكثرة يقتضي أثرين (أحدهما) استحقاق الأخذ (وثانيهما) دفع الشريك الآخر عنه والثاني لا مانع منه ولا يتوقف على المغايرة فيثبت هذا الأثر.

قال دام ظله: ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض (إلى

لم يكن للاحق المشاركة وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق (ويحتمل) عدم المشاركة لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد (ويحتمل) مشاركة الأول الشفيع في الشفعة الثاني و مشاركة الشفيع (و - خ) الأول والثاني في شفعة الثالث لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولهذا يستحق لو عفى عنه فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه فحينئذ للشفيع سدس الأول وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فيصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللأول تسعة وللثاني أربعة وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث فيصح من ستة و ثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللأول خمسة وللثاني اثنان (الخامس) لو باع أحد الأربعة وعفى آخر فلآخرين أخذ المبيع ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه

قوله) فلا يكون سببا في استحقاقها.

أقول: وجه الأول أن سبب الشفعة الملك السابق وقد حصل وهذا يبنى على أن الشفعة هل تتبع الملك اللازم أو مطلق الملك فعلى الثاني يشارك (وعلى الأول) فهل ترك الشفيع كاشف أو سبب اللزوم فعلى الأول يستحق لا الثاني. قال دام ظله: ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة الشفيع والأول والثاني في شفعة الثالث لأنه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث

أقول: وجه الأول أن سبب الشفعة قد زال ولأنها مبنية على الملك اللازم أو بشرط دوامه إلى الأخذ لأنها حال قوة المعلول فينافي عدم العلة. قال دام ظله: لو باع أحد الأربعة (إلى قوله) وجهان. أقول: من حيث ثبوت الملك حال البيع وزواله

الأول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه، الاستحقاق لأنهما مالكان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوتة للمعفو عنه خاصة فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبيع ثلث كل ربع لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فأكمل له النصف وللبيع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس لأنه شريك في شفعة مبيعين وللبيع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل منهما نصفه لأنه شريك في شفعة مبيع واحد ويصح من اثني عشر (السادس) لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلم كل الثمن أو ترك فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك ولو قيل أن الأول يأخذ الجميع أو يترك أما الثاني فله أخذ حقه خاصة لأن المفسدة وهي تبعض الصفة على المشتري منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجهها فإن امتنع الحاضر أو عفى لم تبطل الشفعة وكان للغائبين أخذ الجميع وكذا لو عفى ثلاثة أو امتنعوا فللرابع أخذ الجميع إن شاء ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة ولو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع لأن الرد كالعفو و

قال دام ظله: وفي استحقاق مشتري الربع الأول (إلى قوله) للمعفو عنه خاصة.

أقول: وجه الثالث استقرار ملكه (ويحتمل) عدمه لتأخر الاستقرار فإن جعلناه كاشفاً استحق وإن جعلناه شرطاً لم يستحق لاستحالة تأخير الشرط عن المشروط وإن قلنا بالاستحقاق بمجرد الملك أيضاً استحق أيضاً.

قال دام ظله: ولو كان الشفعاء الأربعة غيباً (إلى قوله) أو أخذ النصف كان وجهها.

أقول: وجه الأول أنه لم يوجد الآن غيره وجاز عفو الغائبين فبقي هو المستحق لجميع نصف الشفعة وليس له أخذ بعض حقه ولأن المطالبة وجدت منهما دون الثالث.

يحتمل سقوط حقه من المردود لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة ولو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على إشكال وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول لأنه كالنايب (السابع) لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين فيصح من ثمانية عشر لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس للبعة نصف فيضرب اثنين في تسعة للثاني أربعة ولكل من الباقيين سبعة لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما (الثامن) لو اشترى واحد من اثنين شقصاً للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري ولا خيار له ولو اشترى اثنان نصيب واحد للشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله ولو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما

قال دام ظله: ولو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب لم يبطل شفيعته على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه الآن المستحق فأشبهه المنفرد فإذا ترك مختاراً بطلت شفيعته (ومن) أنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه وقواه الشيخ في المبسوط.

قال دام ظله: ولو باع الشرك نصف الشقص لرجل (إلى قوله) احتمل مشاركة الأول.

أقول: وجه الاحتمال وجود الملك (ومن) استحقاق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً لها وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا فلماذا لم يرجح فيها شيئاً.

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني وأحدهما فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع أو تركه خاصة. الفصل الثالث في كيفية الأخذ

يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة الخيار على رأي وهو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ولفظا كقوله أخذته أو تملكته وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معا فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ وله المطالبة بالشفعة ولو قال أخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة ويجب تسليم الثمن أولا فلا يجب على المشتري الدفع قبله وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة ويجب الطلب

الفصل الثالث في كيفية الأخذ

قال دام ظله: يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة الخيار على رأي أقول: الخلاف هنا قد مضى.

قال دام ظله: فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة.

أقول: القائل بدلالة المفهوم تبطل الشفعة عنده لأن تقييد الأخذ بالنصف

يدل على نفي الأخذ عن النصف الآخر عنده فيسقط المسكوت عنه بالمفهوم والمفهوم باستلزامه تبعض الصفقة وغير القائل بدلالة المفهوم قوى الشفعة كالمصنف لأن الشفعة إنما

تطلب بالتصريح لا بالفحوى ولعدم دلالة قوله أخذت النصف على أخذ الباقي لأن اللزوم هنا

شرعي لا عقلي فجاز اختياره لأخذ النصف دون الباقي (ويحتمل) عدمه لأن أخذ النصف ملزوم

لأخذ الكل وتحقق الملزوم يستلزم تحقق اللازم فيرجع المنشأ إلى أن اللزوم الشرعي هل هو كاللزوم العقلي أم لا وإنه هل يشترط التصريح بالمطابقة أم لا والأصح السقوط في غير المنطوق لتأخر الطلب في غير المنطوق ويلزمه السقوط في الآخر لتبعض الصفقة لما مر.

قال دام ظله: ويجب الطلب على الفور فلو أخر مع إمكانه بطلت شفيعته

على الفور فلو أخر مع إمكانه بطلت شفيعته على رأي وإن لم يفارق المجلس ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة وإن كانت مندوبة ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها ولو أهمل المسافر بعد علمه السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت ولو عجز لم تسقط وإن لم يشهد على المطالبة ثم تجب المبادرة إلى أحدهما في أول وقت الإمكان وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب وإغلاق الباب و الخروج من الحمام والأذان والإقامة وسنن الصلاة وانتظار الجماعة أعمار إلا مع

على رأي وإن لم يفارق المجلس.

أقول: اختلف الأصحاب هنا فقال الشيخ في المبسوط والنهاية وولده أبو علي بالفورية وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة ووالدي وجددي لأنها خلاف الأصل إذ الأصل أن لا يملك ملك الغير إلا بإذنه ورضاه ليخرج المجمع عليه وقال السيد المرتضى وعلي بن بابويه، وابن الجنيد، وابن إدريس، أنها على التراخي لثبوتها والأصل البقاء (قلنا) فيما يقبله وهو هنا ممنوع (والحق) عندي أنها على الفور لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال الشفعة لمن واثبها ولأنها حق مبني على التضييق لأنها ضرر

لاشتمالها على أخذ مال الغير قهرا بغير رضاه والتراخي نوع توسيع فلا يناسبها و (لما) رواه علي بن مهزيار في الحسن قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يطلب شفعة أرض

فذهب على أن يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال إن كان معه في المصر فلينتظر به ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفيعته في الأرض وإن طلب الأجل إلى أن يحتمل المال فلينتظر مقدار ما سافر إلى تلك البلدة وينصرف زيادة ثلاثة أيام إذا قدم فإن وافاه وإلا فلا شفعة له (١) وجه الاستدلال أنه عليه السلام حكم ببطان الشفعة بعد مضي ثلاثة أيام آخرها للعدر فلو كان حق الشفعة لا على الفور لم تبطل شفيعته بالتأخير مطلقا لعدم القائل بالفرق فالقول به إحداث قول ثالث وهو باطل بإجماعنا.

(١) ثل ب ١٠ من كتاب الشفعة.

حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء ويبدء بالسلام والدعاء وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فإن كان مثليا فعلى الشفيع مثله وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة و إن كان في مدة الخيار على رأي ولا يسقط عنه ما يحطه البايع وإن كان في مدة الخيار

قال دام ظله: وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فإن كان مثليا فعلى الشفيع مثله وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا.

أقول: الاجماع على أن في الثمن المثل يأخذ الشفيع بمثله وإنما الخلاف في ذي القيمة فقال الشيخ تبطل الشفعة وقال المفيد ثبت ويأخذ بقيمة الثمن (احتج) الأولون بأن الشفعة خلاف الأصل فيقتصر على المجمع عليه (ولرواية) هارون بن حمزة في الحسن عن الصادق عليه السلام (إلى أن قال) فهو أحق بها من غيره بالثمن (١) والمراد الاتحاد في الماهية النوعية لانتفاء الشخصية بالإجماع (احتج) الآخرون بعموم ثبوت الشفعة وهو ممنوع (فرع) قال والدي المصنف يأخذ بقيمة يوم العقد في غير المثلي والأقوى عندي أن يأخذ بأعلى القيم من يوم العقد إلى وقت الدفع لأنه أخذ قهري كالغصب.

قال دام ظله: ولو زاد المشتري في الثمن بعد العتق في مدة الخيار لم يلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي

أقول: هنا مسألتان (١) إذا زاد المشتري بعد العقد في مدة الخيار لم يلحق الزيادة ويأخذ الشفيع بما وقع عليه العقد للرواية المتقدمة (وقيل) يلحق وليس بجيد (ب) إذا حط البايع شيئا من الثمن في مدة الخيار لم يسقط عن الشفيع عندنا، وقال الشيخ يسقط لأنه يأخذ الثمن الذي استقر عليه البيع وهذا ضعفه ظاهر واختار ابن إدريس ما اختاره هنا والأقوى عندي اختيار المصنف في المسألتين.

(١) ثل ب ٢ خبر ١ من كتاب الشفعة.

ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليا وليس له الأخذ عند الأجل على رأي ولو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا أو لتوهمه جنسا فبان غيره أو كان محبوبا بحق هو عاجز عنه أو يبطل مطلقا وعجز عن الوكالة أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة أو بالعكس أو إنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لشخص فبان لآخر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس لم تبطل شفيعته ولو أظهر له أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه بطل شفيعته وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح فإن أخذه الشفيع بطل فلو تصرف بما يجب به الشفعة تخير الشفيع في الأخذ

بالأول أو الثاني فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين ولو وقفه المشتري أو جعله مسجدا أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن

قال دام ظله: ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن مليا وليس له الأخذ عند الأجل على رأي أقول: هذا قول الشيخ في النهاية وقال في المبسوط والخلاف يتخير بين أخذه بالثمن حالا وبين الصبر إلى الأجل ثم يأخذ بالثمن والأول اختيار المفيد وابن إدريس وهو الأصح عندي لأن الأجل له حصة من الثمن. قال دام ظله: والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة وإلا فلا إشكال. أقول: ينشأ (من) أن الهبة قد لزم من جهة الواهب والجمع بين الحقين يقتضي ذلك وهو أن يكون العين للشفيع والثمن للموهوب له (ومن) حيث إن الأخذ

لازمة وإلا فإشكال فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا وإلا تخير بينه وبين الثمن فإن تقايل المتبايعان أوردته بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والدرك باق على المشتري فلو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البايع لأخذه منه هنا والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه ولو كان في يد البايع كلف الشفيع الأخذ منه أو الترك ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري والدرك مع ذلك على المشتري وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البايع ولا تصح الإقالة بين الشفيع والبايع ولو انهدم أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقا تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك والإنقاض للشفيع وإن كانت منقولة، ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي

إبطال لها والأصح الأول ولا يظن أن قوله وإن كنت الهبة لازمة إلى آخره - فيه تناقض لأن فرض لزومها يستلزم استقرار ملك المتهب المنافي لأخذ الشفع ففرض لزومها مع بقاء الشفعة تناقض، لأن المراد بلزوم الهبة كلزوم البيع المستحق به ويستقر ملك المتهب على العين أو ثمنها أو المراد باللزوم لولا الشفعة كهبة ذي الرحم المقارنة للإقباض.

قال دام ظله: فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا وإلا تخير بينه وبين الثمن.

أقول: إن قلنا أن الثمن للواهب فقد حكمنا ببطلان الهبة فيرجع المتهب بالعوض إن كان قد عوض (وإن) قلنا أن الثمن للمتهب تخير بينه وبين الثمن.

قال دام ظله: ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي.

أقول: إذا عيب المشتري المبيع بعد المطالبة بالشفعة قبل الأخذ كإزالة صورة البناء خاصة ففيه أقوال ثلاثة (أ) إنه يضمن وهو المشهور واختاره أبو القاسم ووالدي المصنف هنا وفي المختلف وهو الأقوى عندي لأن الشفيع استحق بالمطالبة أن يأخذ

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري، ولو

المبيع كاملاً وتعلق حقه به فإذا تبعض بفعل المشتري ضمنه له (ب) إنه لا يضمن ويظهر من كلام الشيخ في المبسوط لأن الشفيع لا يملك المطالبة بل بالأخذ فيتصرف المشتري

في ملكه تصرفاً سائغاً فلا يضمنه لغيره لأن الضامن لغيره لا يتحقق أن يكون مالكا لما ضمنه للغير فإن الضمان تابع لملك من له الضمان ولا يجمع لمن عليه ونقل هذا القول شيخنا ابن سعيد ووالدي (والجواب) إنا نمنع صدق أن المالك لا يضمن ما يملكه لغيره كلياً بل إذا لم يتعلق حق الغير بتملكه (بتملكه - خ ل) لازماً مع بقائه (تعلقه - خ ل) فالمنع متوجه ولا نسلم تنافي اجتماع الملك له والضمان عليه مطلقاً كالراهن إذا عيب الرهن فإنه يضمن الأرش ويكون رهناً بل ذلك في الملك المستقر وهنا ليس بمستقر ونمنع جواز هذا التصرف المعيب للمشتري بل هو منهي عنه لأنه إضرار بالشفيع ونقص فيما جعله الشارع حقاً له (ج) قول أبي الصلاح فإنه قال وإن استهدم المبيع أو هدمه المبتاع من غير علم بالمطالبة فليس للشفيع إلا الأرض والآلات وإن هدمه بعد المطالبة فعليه رده إلى أصله.

قال دام ظله: أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري.

أقول: الذي يظهر من كلام الشيخ في المبسوط أنه (إن كان) النقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمة والصواب بالحصة من الثمن لجواز كونها صنعة والظاهر أن مراد الشيخ ما صوبناه (وإن كان) بغير فعله يأخذه بجميع الثمن أو يترك لأنه لا يرجع النقص إلى المشتري بشئ فيكون الأخذ منه إضراراً به والضرر لا يزال بالضرر، وقال في الخلاف إن كان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن والأصح عندي ما هو الأقرب عند المصنف (ووجه القرب) أن الثمن في مقابلة الجميع فالباقي مقابله بعض الثمن هو ثمن له وهو إنما يأخذ بثمن ما يأخذه لا بأزيد ولا بأنقص ولأنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع و

بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائبا أو صغيرا وطلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر (ويحتمل) وجوبه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه أما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فإنه غير مضمون لأنه لم يصادف ملك الشفيع ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك ولو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع (بين) قلعه من دفع الأرش على إشكال (وبين)

قدر على أخذ البعض فكان له بالحصة بالثمن كما لو كان له شفيع آخر ولأنه أخذ بعض ما دخل معه في العقد فيأخذ بالحصة كما لو كان معه شيء لا شفعة فيه وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ولا منع للشفيع فيه والذي يأخذ الشفيع يؤدي ثمنه ولا يتضرر المشتري بأخذه.

قال دام ظله: ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائبا أو صغيرا وطلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر ويحتمل وجوبه لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه. أقول: صورة هذه المسألة أن زيدا مثلا اشترى من أحد الشريكين في أرض شقضا وكان الشريك الآخر غائبا أو صغيرا فطلب المشتري من الحاكم القسمة فقسم الحاكم الأرض ثم بعد القسمة بنى المشتري أو غرس حصته من الأرض فلما حضر الشريك أو بلغ طلب بالشفعة فأخذ الشقص المقسوم الذي في يد المشتري فللمشتري حينئذ أن يقلع غرسه أو بنائه (أم لا - خ) وله صورة أخرى وهو أن يكون الملك المشفوع مقسوما معينا وقد اشتركا في النهر والطريق وثبت بذلك الشفعة (إذا) عرفت ذلك فنقول الأول قول الشيخ في المبسوط لأنه تصرف في ملك نفسه والثاني قول ابن الجنيد لأنه يستحق أخذه مفرغا مثل ما كان والأقوى الأول.

قال دام ظله: ولو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري أقول: الإشكال هنا في موضعين (أ) القلع وينشأ من أن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالأستحقاق بالغصب (ومن) أن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص

بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر (وبين) النزول عن الشفعة فإن اتفقا على بذل القيمة أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الأرض ولا مقلوعا لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش بل إما أن تقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع أو يقوم الغرس مستحقا للترك بأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه ولو اختلف الوقت واختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في (وقت - خ) آخر فله ذلك ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه إبقاء الزرع إلى أوان الحصاد مجانا، والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلا لم يؤبر على رأي وعلى الشفيع التبقية إلى وقت أخذه مجانا، أما المتصل فللشفيع

ولهذا ملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه وجواز انتزاعه من يده ليس موجبا لتعديده ونقض بنائه وإلا لثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى ورجع الواهب على القول بالجواز ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر ولا يزال بضرر (ب) في وجوب الأرش مع القلع وينشأ (من) أنه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط (ومن) أن التفريط حصل من المشتري حيث زرع في الأرض متزلزلة الملك واختاره المصنف في المختلف. قال دام ظله: ومع عدمه نظر.

أقول: ينشأ من قول جمهور الأصحاب أن له الأخذ بالقيمة (ومن) أن تملك مال الغير بغير رضاه غير جائز عقلا ولقوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (١)

وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظله: والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلا لم يؤبر على رأي.

أقول: قال الشيخ الطوسي رحمه الله الثمرة للشفيع في النخل غير المؤبر لأنه يتبع الأصل في البيع فكذا هنا لوجود المقتضي وهو كونه جزء من المسمى وهو

ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري فإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معينا فالاستحقاق باق وإلا بطلت الشفعة ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقا، ولو

ظهر عيب في الثمن المعين فرده البايع قدم حق الشفيع فيطالب البايع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد وبالأرش إن حدث ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح، ولو عاد إلى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده على البايع ولو طلبه البايع لم تجب إجابته ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت ولو كان في يد المشتري فرد البايع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه ويأخذ بقيمة الثمن وللبايع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة (ويحتمل) تقديم حق البايع لأن حقه استند إلى وجود العيب الثابت حال البيع والشفعة تثبت بعده بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيبا لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد أما لو لم يرد البايع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البايع

ممنوع والفرق ظاهر ولأنه مخالف للأصل.

قال دام ظله: ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت.

أقول: إذا فسخ البايع البيع للعيب في الثمن المعين وأخذ قيمة الشقص بتقديم حق الشفيع ونقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فعلى قول الشيخ للشفيع الرجوع بالتفاوت لأن العقد قد بطل فلم يعتبر بما وقع عليه بل بما استقر وجوبه على المشتري ووجه القرب أن الشفيع قد ملكه بالعوض الذي وقع عليه العقد فلا تتغير حكمه بعد ذلك بالرد بالعيب ولأنه يأخذ بالعقد ولم يبطل في حق الشفيع له فلا يبطل عليه فالأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البايع بقيمته وإلا بطلت الشفعة على إشكال ولو ظهر العيب في الشقص فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما ولو كانا جاهلين فإن رده الشفيع تخير المشتري بين الرد والأرش وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ وهل له الأرش قيل لا لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فكان كالرد ويحتمل ثبوته لأنه عوض جزء فايت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره وكذا لو علم الشفيع خاصة ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الأرش ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب فإن علم الشفيع بالشرط فكالشفتري وإلا فله الرد.

الفصل الرابع في مسقطات الشفعة

وتسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا في الطلب على رأي فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة فإن

قال دام ظله: ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البايع بقيمته وإلا بطلت الشفعة على إشكال.

أقول: ينشأ (من) البطلان قهرا فعدمه شرط فيكون عدم التلف قبل القبض شرطا في صحة البيع وشرط السبب شرط المسبب فيكون شرطا في الشفعة فعاد الحق كما كان فانتفى الضرر (ومن) سبق الاستحقاق لأن عدم التلف قبل القبض شرط البقاء والسبب في الشفعة الحدوث وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظله: وهل له الأرش (قيل) لا، لأنه استدرك ظلامته (إلى قوله) من الثمن بقدره

أقول: قال الشيخ لا أرش وقد ذكر المصنف الوجهين فلا حاجة إلى إعادتهما

الفصل الرابع في مسقطات الشفعة

قال دام ظله: وتسقط بكل ما يعد تقصيرا أو توانيا في الطلب

أقول: الخلاف هنا قد مضى

لم يجد فليشهد فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان ولو بلغه متواترا أو بشهادة عدلين فقال لم أصدق بطلت شفيعته ويقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد ولو أخبره منخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلا لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفى أو أذن فالأقرب عدم السقوط وكذا لو كان وكيلا لأحدهما في البيع أو شهد على البيع أو بارك لأحدهما

قال دام ظله: فإن لم يجد فليشهد فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان أقول: وجه القرب أن الظاهر إنه ترك لعذر للمناسبة ولأنه ثبت له حق الشفعة والأصل البقاء (ويحتمل) عدمه لأن الإشهاد إذا كان قائما مقام الطلب وقد تركه فيكون بمنزلة من ترك الطلب ولأن الترك أعم من أن يكون للعذر أولا ولا نعلم الأول إلا بالإشهاد ولم يوجد وهذا هو الأصح عندي لأن الشفعة خلاف الأصل. قال دام ظله: ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو ترك عنها أو عفا أو إذن فالأقرب عدم السقوط

أقول: هذا اختيار ابن الجنيد وابن إدريس لأنه إنما يستحقها بالبيع فلا حق له قبل البيع فلا يصح عفوهم وقال الشيخان وابن حمزة يسقط لأنه تمكن من دفع الضرر فلم يفعل والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: وكذا لو كان وكيلا لأحدهما في البيع أو شهد على البيع أو بارك لأحدهما في عقده أو إذن للمشتري في الشراء أو ضمن العهدة للمشتري أقول: هنا مسائل (أ) لو كان الشفيع وكيلا لأحدهما في العقد فأوقعه قال الشيخ في المبسوط والخلاف لم تسقط شفيعته وتبعه ابن إدريس لأن إيجاد سبب الشفعة لا يوجب نفيها والأقوى عندي اختيار والدي في المختلف وهو عدم الشفعة لأن رضا المتعاقدين ثابت إلى تمام العقد فقارن رضاه بالبيع القبول والأصل بقاءه فبطلت (ب) إذا شهد على البيع قال الشيخ في النهاية بطلت شفيعته وتبعه ابن حمزة وقال ابن إدريس لا تبطل الشفعة وقال والدي في المختلف إن وجدت دلالة على الرضا بالبيع بطلت

في عقده أو أذن للمشتري في الشراء أو ضمن العهدة للمشتري أو شرطاً له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتبت على اللزوم ولو جهلاً قدر الثمن أو أحر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل إليه أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين أو تلفه قبل قبضه على إشكال

الشفعة (والتحقيق) أن مجرد سماعه العقد هو تحمل للشهادة فإن طلب بلا تراخ لم تبطل وإلا بطلت (ج) إذا بارك لهما أو لأحدهما قال الشيخ في النهاية بطلت شفעתه واختار الشيخ في المبسوط أنه إذا سلم وبارك وعقبه بالطلب بلا تأخير لم تبطل والأقوى سقوط الشفعة وهو اختيار والدي في المختلف لأنه يدل عرفاً على الرضا بالمبيع وقد وجد بعده فيسقط (د) إذا ضمن العهدة لأحدهما اختار الشيخ في المبسوط والخلاف عدم بطلان الشفعة وتبعه ابن إدريس واختار والدي في المختلف البطلان لدلالته على الرضا وهو الأقوى عندي ومتى تحقق التأخير مختاراً بطلت الشفعة قطعاً.

قال دام ظلّه: أو شرطاً له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتبت على اللزوم. أقول: إذا شرط المتبايعان للشفيع الخيار فاختار إمضاء البيع (هل) تسقط شفעתه أم لا قال في المبسوط لا يسقط لأن سبب الشفعة اللزوم واختيار السبب لا ينافي المسبب بل إذا كان السبب من فعل من يطلب المسبب وموقوفاً عليه فلا بد من إرادة السبب واتحاده حتى يثبت المسبب ولأن استحقاق الشفعة متأخر عن لزوم البيع فإجازته قبل اللزوم كاذبة في البيع (وعلى الثاني) تسقط لأن إجازة البيع بعده اسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول (وللنص) و (لتأخيرها) اختياراً فتبطل (بقي) علينا أن نبين الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم أو على العقد (يحتمل) الأول من حيث إنها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه (ومن) حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعة لعموم النص (والتحقيق) أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو الحكم. قال دام ظلّه: أو أتلفه قبل قبضه على إشكال.

أقول: إذا اعترف الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبضه قال الشيخ في المبسوط تبطل الشفعة لبطلان سببها ويحتمل عدمه لأن الشفيع قد تعلق حقه قبل تجدد الفسخ والفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة وهذا هو الأصح عندي وهذا فرع على

بطلت وتجاوز الحيلة على الإسقاط بأن يبيع بزيادة عن (على - خ ل) الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً أو يبرئه من الزائد أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة ولو قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد نظر ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت وللمشتري الأول الشفعة على الثاني ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً فله أخذ الشقص من المشتري الأول وهل للمشتري الأول شفعة على الثاني فيه إشكال ينشأ من ثبوت السبب وهو الملك ومن تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي الإبطال إشكال ينشأ من زوال السبب ومن ثبوته وقت البيع، والشفعة موروثه كالمال على رأي سواء طالب الموروث أو لا فللزوجة مع الولد الثمن ولو لم يكن وارث فهي للإمام فإن عفى أحد الوارث عن نصيبه لم تسقط وكان للباقيين

المسألة المتقدمة (من) أنه إذا تلف الثمن المعين قبل قبضه هل تبطل أم لا.
قال دام ظلّه: وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد نظر.

أقول: ينشأ (من) أنه لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن في يده فهو عذر في التأخير (ومن) أن التأخير للمنفعة لا يوجب تأخير الشفعة كما لو بيعت أرض للزرع في وقت لا ينتفع بها بل بعد شهر أو شهرين لا تؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع والأصح عندي أنه لا يجوز تأخيرها لأن الشفعة على خلاف الأصل وعموم أدلة فورية الشفعة.

قال دام ظلّه: والشفعة موروثه كالمال على رأي سواء طالب الموروث أو لا،
أقول: هذا اختيار المفيد والسيد المرتضى والشيخ في الخلاف وابن الجنيد لعموم آية الإرث وقال الشيخ في النهاية والخلاف وابن حمزة وابن البراج والطبرسي أنها لا تورث لقول علي عليه السلام لا تورث الشفعة (١) ولم يثبت.

(١) ثل ب ١٢ خبر ١ من كتاب الشفعة.

أخذ الجميع أو الترك أما لو عفى الميت أو أخرج الطلب مع إمكانه فإنها تبطل ولو عفى أحد الوارثين وطالب الآخر فمات الطالب فورثه العافي فله الأخذ بالشفعة على إشكال ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة وكذا لو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في الدين ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ويدفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة (ويحتمل) الموصى له إن قلنا أنه يملك بالموت فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا بنينا (تبينا - خ ل) أن الملك كان له ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد (ويحتمل) مطالبة الوارث لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق الطالب (ويحتمل) أن المشفوع للوارث لأن الموصى به

قال دام ظله: ولو عفى أحد الوارثين وطالب الآخر فمات الطالب فورثه العافي فله الأخذ بالشفعة على إشكال.

أقول: ينشأ (من) انتقال الشفعة المستحقة لغير العافي إليه لأن موروثه استحق حق الجميع بعد عفو العافي وهو حق موروث متجدد (ومن) سقوط شفيعته لعفوه وإنما يستحق غير ما عفى عنه باعتبار أنه غيره لعدم العفو فلا يستحق نصيب غيره لاستلزامه التشقيص لأنه كما يسقط حق الشريك في جزء سقط حقه في الكل ولأنه رضى بشركة الشريك بعد البيع.

قال دام ظله: ولو أوصى الإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له إن قلنا أنه يملك بالموت.

أقول: هذا بينى على وقت ملك الموصى له وعلى وقت انتقال التركة إلى الورثة وسيأتي.

إنما انتقل إليه بعد أخذ الشفعة ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع وعن غير فطرة تثبت الشفعة ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لأن أحدهما رب المال والآخر عامل فإن باع الثالث باقى نصيبه لأجنبي فالشفعة أحماسا لكل من المالك والعامل خمسان ولمال المضاربة خمس بالسدس الذي له إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويحتمل التسوية فإن باع المشتري على أجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه إذ لا شريك له في الشفعة وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه فيأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسما في أيديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشتري الثاني

قال دام ظله: ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخير ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان مبنيان على أن من باع قبل علمه ببيع شريكه.
أقول: يريد أن الوارث لم يطالب لعدم علمه وبالجملة لعذر يقتضي بقاء شفيعته مع التأخير ومنشأ الوجهين (من) زوال المقتضي (ومن) وجود الاستحقاق وإبقائه.
قال دام ظله: ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويحتمل التسوية.
أقول: وجه الأول عدم ثبوت الحق على نفسه للمستحق ولأنها إضافة (ووجه) الثاني استوائهما في الموجب ولأنه لما جاز للشريك أن يملك المبيع بالخلطة دون الشراء فأولى أن يملكه بالخلطة مع الشراء.

على الأول برقع الثمن وتكون المسألة من اثني عشر ثم يرجع إلى أربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول برقع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن كذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثمانه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن.

الفصل الخامس في التنازع

لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه ولو أقاما بينة فالأقرب الحكم ببينة الشفيع لأنه الخارج ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ويحتمل القبول على

الفصل الخامس في التنازع

قال دام ظله: لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه ولو أقاما بينة فالأقرب الحكم ببينة الشفيع لأنه الخارج. أقول: هذا قول ابن إدريس وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط البينة بينة المشتري وهو الأصح عندي وقال ابن الجنيد البينة على الشفيع في قدر الثمن إذا لم يقر له بالشفعة فإن أقر بها المشتري كانت البينة في قدر الثمن عليه وإلا كانت يمين الشفيع أنه لا يستحق عليه زيادة على ما يقر له به من الثمن (ووجه) القرب أنه الخارج ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة لأن الشفيع لو ترك فكان الملزوم أولى (واحتج) بأن بينة المشتري تثبت زيادة الثمن والبيانات ترجح بكثرة الإثبات ويحتمل التعارض لأن النزاع وقع فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه ولأنه نزاع في العقد وهو مبني على التحالف عند التحالف في كمية الثمن. قال دام ظله: ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ويحتمل القبول على

الشفيع مع القبض وله بدونه ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم بينة المشتري ويأخذ الشفيع به ولو لم تقم البينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الأخذ به والترك والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري وكذا لو أقام البائع البينة ولو قال المشتري لا أعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحا ولو قال أنسيته أو اشتراه

الشفيع مع القبض وله بدونه.

أقول: وجه عدم القبول مطلقا أن قلة الثمن يوجب قلة الدرك عليه وكثرته توجب بطلان البيع باستحقاق الزيادة مع الشراء بالعين ويرجع إلى عينه فالشفيع ينكره ففي الموضوعين يجر نفعاً (ووجه القبول) على الشفيع مع القبض إقراره بزيادة الدرك عليه فلا تهمة وما ذكره أولا لا يقصد عقلا في ضمن هذه الندورة واختاره بالنسبة إلى هذا المحذور (ووجه القبول له) مع عدمه لأنه مدخل للضرر على نفسه والدرك إنما هو للمقبوض.

قال دام ظله: ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم بينة المشتري ويأخذ الشفيع به.

أقول: قال الشيخ في المبسوط يحكم بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له وأخذ الشفيع بذلك الثمن ووجه القرب أما مع القول بأن القول قول البائع مع بقاء العين فظاهر وأما على التفاسخ مع اليمين وهو اختيار المصنف فلأنها مخالفة للأصلين انتقال الملك إليه ورضاء البائع بهذا العوض وبينه البائع يخالف أصلا واحدا وهو عدم رضاء المشتري بالزيادة ويأخذ الشفيع به لأنه إنما يأخذ من المشتري ويدفع إليه الثمن فيحكم عليه بإقراره وهو يدعي كذب بينة البائع.

قال دام ظله: ولو لم تقم بينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الأخذ و الترك والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري وكذا لو أقام البائع البينة أقول: وجه القرب أن المشتري اعترف بأن البائع بالزيادة ظلمه فلا يظلم بها (ويحتمل) ضعيفا أخذه بما حلف عليه البائع أو أقام عليه البينة لأنه قد ثبت شرعا أنه الثمن وإن العقد وقع عليه فلو أوجب الشارع غيره لتضاد الحكمان.

وكيلي ولا أعلم به حلف وبطلت الشفعة ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمنا عرض على المقومين فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري أنا أحدثته وأنكر الشفيع قدم قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه ولو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال وللشفيع دون الباع على إشكال إحلاف المشتري

قال دام ظله: ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمنا عرض على المقومين فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال.

أقول: ينشأ من أخذ الملك منه قهرا فلا يقهر على العوض أيضا (ومن) الأصل. قال دام ظله: ولو ادعى أنه باع نصيبه على أجنبي فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال.

أقول: قال الشيخ في الخلاف والمبسوط ثبتت الشفعة لقوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) وقد أقر باستحقاقها في ملكه وقال ابن إدريس لا تثبت الشفعة لعدم ثبوت البيع وهذا الاختلاف ثابت على تقدير ادعائه عدم قبض الثمن وعلى تقدير اعترافه بقبضه لكن مع اعترافه بقبض الثمن عدم الشفعة أظهر لاستحالة أخذه من غير ثمن والبايع لا يستحقه لاعترافه بقبضه والمشتري لا يستحقه لإنكاره البيع واستحالة استحقاق بيع غيرهما (ويحتمل) أن يقال يقبضه الحاكم ومع عدم اعترافه بقبض الثمن ثبوت الشفعة أظهر لاعترافه باستحقاق أخذ الملك من يده ودفع الثمن إليه قصاصا لأنه عوض ملكه.

قال دام ظله: وللشفيع دون الباع على إشكال إحلاف المشتري.

أقول: لا شك في إحلاف الشفيع للمشتري إما لإثبات الشفعة على قول ابن إدريس في المسألة المتقدمة أو الدرك على قول الشيخ وأما الباع فمنشأ الإشكال من حيث إن قصده حصول الثمن وهو يحصل من الشفيع بغير يمين فلا فائدة في إحلاف المشتري وكلما انتفت فائدة اليمين لم يجب الإحلاف أما الأولى فلأن البيع استحقاق المشتري العين واستحقاق الباع الثمن ولا يحلف الباع على نفي حق المشتري بل

(١) مستدرک ب ٣ خبر ١ من أبواب بيع الحيوان.

ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه

الشفعة ولو ادعى كل منها السابق تحالفا مع عدم البيعة ولا يكفي البيعة على الشراء المطلق فإن شهدت بتقدم أحدهما قبلت ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق (احتمل) التساقط والقرعة، ولو ادعى الابتاع وادعى الشريك الإرث وأقاما بيعة قيل يقرع والأقرب الحكم ببيعة الشفيع، ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت وكذا إن أقام الشفيع بيعة أنه كان للبائع ولم يقيم الشريك بيعة بالإرث لأنها لم تشهد بالبائع وإقرار البائع لا يقبل لأنه إقرار على الغير ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بيعة قدمت بيعة الشفيع لعدم التنافي بين الإيداع و

على نفي حقه وهو الثمن فلما حصل الثمن انتفت فائدة اليمين (وأما الكبرى فظاهرة (ومن) أنه ادعى على شخص حقا فيحتاج نفيه عنه إلى اليمين ولأنه يريد جعل درك الثمن عليه والمشتري ينفيه فلا بد من اليمين وهو اختيار الشيخ ولأنه لو دفع إليه ما دفع الشفيع إليه وجب قبضه (واعلم) أنه لا بد من اليمين على قول ابن إدريس لعدم ثبوت الشفعة فلا يحصل له الثمن وهذا البحث إنما يتأتى مع إطلاق الثمن وكونه مثليا إما مع تعيينه أو كونه من ذوات القيم فللبائع إحلاف المشتري قطعا وإنما جعل درك الشفيع على البائع هنا لأنه أخذ منه بسبه ولا تأثير للمدعى عليه بالشراء فيه. قال دام ظله: ولو شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة أقول: وجه الأول عدم أولوية التقديم واستحالة الترجيح من غير مرجح و امتناع العمل بهما (ووجه) الثاني أنه مشكل والأولى التساقط والتحالف. قال دام ظله: ولو ادعى الابتاع وادعى الشريك الإرث وأقاما بيعة قيل يقرع والأقرب الحكم ببيعة الشفيع. أقول: الأول قول بعض الفقهاء لاعتزادها بالأصل ولأنه ليس بمجرد إنكار بل هو دعوى زائدة ووجه القرب أنه تبرع الملك فهو مخالف للأصل فيكون أقرب إلى المدعى ومدعى الإرث أقرب إلى المنكر والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف

الابتياح نعم لو شهدت البينة بالابتياح مطلقا والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الإيداع لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع ولو شهدت بينة الشفيع أن البايع باع وهو (ما هو - خ ل)

ملكه وبينة الإيداع مطلقا قضى للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناه ويطلب مدعى الشفعة بالتحريير بأن يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن فإن قال الخصم اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبتت الشفعة عليه وإن قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة إليه وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال، وإن كان المنسوب

قال دام ظله: نعم لو شهدت البينة بالابتياح مطلقا والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قيل قدمت بينة الإيداع لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع.

أقول: قوله قيل إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط (ووجه) قوله إن ملكية البايع المتأخرة عن البيع منافية للحكم بالبيع الآن في ذلك التاريخ وقد ثبت بالبينة وملكه التي هي شرط في البيع حال البيع لم تثبت لأن التقدير أن البينة شهدت بالبيع مطلقا أي من غير تقييد بملكه فالشرط غير معلوم والمانع ثابت معلوم فلا يحكم بالبيع ولأن الشفعة ملك قهري يبنى على الاحتياط التام لأن الأصل أن ملك المسلم لا ينتقل عنه إلا بإخباره فهي على خلاف الأصل فلا يحكم بها إلا بتيقن ثبوت سببها ولم يحصل وقد استضعفه المصنف لأن الشهادة بالملك المتأخر تنفي البيع السابق ولجواز بنائهم على الظاهر وهو أصالة بقاء الملك لعدم علمهم بالبيع فإنه قد يخفى فيقدم بينة البيع ولأنها ناقلية عن الأصل وبينة الإيداع مقررة له والناقلة عن الأصل مقدمة على المقررة له كما تقرر في الأصول وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على إشكال
أقول: من حيث انتفائه عنه بإقراره (ومن) حيث اعترافه بالشراء وتكذيب المنسوب إليه والأقرب الأخذ بالشفعة لاعترافه باستحقاق الأخذ من يده وتسليم الثمن إلى الحاكم.

إليه غاييا انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب ويكون على حجته إذا قدم، وإن قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية (احتمل) ثبوت الشفعة لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه (والعدم) لثبوت الملك للطفل، والشفعة إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه فإن اعترف بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لأنه إقرار من ذي اليد وعدمه لأنه إقرار على الغير فإن قدم الغائب وأنكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالأجرة من شاء منهما ولا يرجع أحدهما على الآخر، ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة وفي القضاء له باليد إشكال فلو قضى له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعي الكل إلا بالبينة إن لم يقض باليد، ولو ادعى كل من الشريكين السابق في الشراء سمع من المدعي أولا فإن لم يكن بينة حلفنا المنكر فإن نكل حلفنا المدعي وقضى له ولم تسمع دعوى الآخر لأن خصمه قد استحق ملكه، ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبنا التحالف أخذ الشفيع بما حلف عليه البائع لا بما حلف المشتري لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري فإن عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه الأقرب ذلك ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو

قال دام ظله: ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة وفي القضاء له باليد إشكال.

أقول: ينشأ (من) وضع الشارع إياها علامة على الملكية وسببا أيضا (ومن) ضعفها فلا يؤخذ ملك الغير بها لافتقارها إلى عدم المعارض.

قال دام ظله: ولو اختلف المتبايعان في الثمن وأوجبنا التحالف (إلى قوله) الأقرب ذلك.

أقول: تقرير هذه المسألة أنه إذا اختلف البائع والمشتري في كمية الثمن

فشهد له الآخر لم يقبل فإن عفى وأعاد الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتهمة ولو شهد ابتداء بعد العفو قبلت ولو ادعى عليهما العفو فحلفا ثبتت الشفعة، ولو نكل أحدهما فإن

وقلنا بالتحالف وفسخ البيع بالتحالف لم تبطل الشفعة لأنه فسخ متجدد والاختلاف قبل أخذ الشفيع فيأخذ من البايع هنا ودركه عليه لأنه اعترف باستحقاق أخذه بذلك الثمن الذي ادعاه ولا يسقط حقه من العين بسقوط حق المشتري منها وإنما يأخذه بما حلف عليه البايع وإلا لم يكن في إحلافه فائدة لأن فائدته نفي الثمن الذي قاله المشتري فإذا لم يحصل له إلا هو انتفى تأثير يمين البايع فلا فسخ حينئذ هذا خلف - فإن رضي المشتري بأخذه لما قال البايع قبل تمام التحالف جاز ولا يمين حينئذ ويأخذه الشفيع هنا من المشتري بما قال المشتري أولاً لاعترافه بأن الثمن هو الناقص و البايع ظالم بأخذه الزيادة فإن عاد المشتري أي رجع عن دعواه وصدق البايع قبل حلف البايع حكم على المشتري باعترافه بصحة البيع للشفيع أخذه حينئذ بما حلف عليه المشتري أي بما ادعاه فهذا عندي لا يحتمل غيره وقال والدي إنه الأقرب (ووجه القرب)

قوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) وقول المشتري إقرار على الغير أعني الشفيع فلا يسمع ويحتمل بما قاله ثانياً لثبوته بإقراره ودعواه الغلط في الأولى وهو أمر ممكن فلا يدخل عليه ضرران - الشفعة ونقص الثمن مع إمكان صدقه ولأن الأصل أن لا ينتقل ملك

الشخص عنه إلا بقوله وعلى القول بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ يرجح بما قال ثانياً لأن قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة وثبوت الفرع ينافي نفي الأصل وإنما قال كنت غالطاً لأنه لو قال كذبت لم يسمع قطعاً وأخذ بما قال أولاً وقوله بما حلف عليه لا يوهم اشتراط

الحلف لأن عنوان الموضوع ليس بشرط في الحكم لأنه يصدق كل نائم مستيقظ في الجملة وإنما ذكروا تحالف البايع والمشتري ولم يذكروا تحالف المشتري والشفيع لأن كلا من البايع والمشتري مدع ومنكر فيحلف كل منهما من حيث هو مدعى عليه وليس كذلك المشتري والشفيع بل الشفيع مدع لا غير والمشتري مدعى عليه لا غير فاختص بالتحليف ولأن البايع والمشتري مباشران للعقد والاحتمال في قولهما على السواء

(١) مستدرک ب ٣ من أبواب بيع الحيوان.

صدق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما ويأخذ الناكل بالتصديق لا يمين غيره ودرکه على المشتري وإن كذبه أحلف الناكل له ولا يكون النكول مسقطا لأن ترك اليمين عذر على إشكال فإن نكل قضي للحالف بالجميع وإن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة وإلا أخذ الآخر الجميع، ولو شهد البايع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت، ولو قال أحد الوارثين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال إنما اتهمته أو ورثته وقال الآخر اشتريته، ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه العلم، ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص معه بزعم أنه للبايع ويدعى وجوب رد الثمن والبايع ينكرهما فيشتري الشقص منه اختيارا ويتباريان فللشفيع في الثاني الشفعة، ولو أقر الشفيع والبايع خاصة رد البايع الثمن على المالك وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة ولو ادعى ملكا على اثنين فصدقه أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة.

والشفيع أجنبي عن العقد فتصديق المباشر أولى ولرجوع المشتري مع التحالف إلى الثمن والبايع إلى المستحق ولو تحالف الشفيع والمشتري لم يرجع الشفيع إلى شئ فلا فائدة في تحليفه ولو اختلفا بعد قبض المشتري وأخذ الشفيع فإذا تحالفا أقرت العين في يد الشفيع ورجع البايع على المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه قال دام ظله: وإن كذبه أحلف الناكل له فلا يكون النكول مسقطا لأن ترك اليمين عذر على إشكال أقول: ينشأ (من) جوازها على الصدق - وكراهتها للحظر.

المقصد الثالث

في إحياء الموات

المشتركات أربعة ينظمها أربعة فصول (الأول) الأراضي والميت منها يملك بالإحياء ونعني بالميت ما خلا عن الاختصاص ولا ينتفع به إما لعطلته لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو لغير ذلك وهو للإمام عليه السلام خاصة لا يملكه الآخذ وإن أحياه ما لم يأذن له الإمام فيملكه إن كان مسلماً بالإحياء وإلا فلا وأسباب الاختصاص ستة

(الأول) العمارة فلا يملك معمور بل هو لمالكة وإن اندرست العمارة فإنها ملك لمعين أو للمسلمين إلا أن تكون عمارة جاهلية ولم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمة فإنه يصح تملكها بالإحياء، ولا فرق في ذلك بين الدارين إلا أن معمور دار الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم ومواتها التي لا يذب المسلمون عنها فإنها تملك

بالإحياء للمسلمين والكفار بخلاف موات الإسلام فإن الكافر لا يملكها بالإحياء، ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر ينشأ (من) انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك، وكل أرض لم يجر عليها ملك لمسلم فهي للإمام وما جرى عليها ملك مسلم فهي له وبعده لورثته وإن لم يكن لها مالك معين فهي للإمام ولا يجوز إحيائها إلا بإذنه فإن بادر وأحيائها بغير

المقصد الثالث في إحياء الموات

قال دام ظله: ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الإحياء نظر ينشأ (من) انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك.

أقول: (ومن) أن أراضيهم المحيية تملك بالاستيلاء فالموات أولى بأن تفيد الاختصاص فيها ولأن الاستيلاء أبلغ من التحجير والأصح الأول فإن الموات لا تملك إلا بالإحياء.

إذنه لم يملكها وإن كان غايها كان أحق بها ما دام قائما بعمارتها فإن تركها فبادت آثارها فأحيها غيره كان الثاني أحق (بها - خ) وللإمام بعد ظهوره رفع يده، وما هو بقرب العامر من الموات يصح إحياءه إذا لم يكن مرفقا للعامر ولا حرима (الثاني) اليد فكل أرض عليها يد مسلم لا تصح إحياءها لغير المتصرف (الثالث) حریم العمارة فإذا قرر البلد بالصلح لأربابه لم يصح إحياء ما حوالیه من الموات من مجتمع النادي ومرتكض الخيل ومناخ الإبل ومطرح القمامة وملقى التراب ومرعى الماشية وما يعد من حدود مرافقهم وكذا سائر القرى للمسلمين والطريق والشرب وحریم البئر والعين ويجوز إحياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته، وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة خمس أذرع وقيل سبع فيتباعد المقابل ذلك، وحریم الشرب مقدار مطرح ترابه والمجاز على طرفيه ولو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحریم قضي له مع يمينه على إشكال، وحریم بئر المعطن أربعون

قال دام ظله: وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة خمس أذرع وقيل سبع.

أقول: الأول قول كثير من الأصحاب واختاره المصنف هنا وأبو القاسم نجم الدين بن سعيد، وقال الشيخ في النهاية وهو سبع أذرع واختاره ابن إدريس والمصنف في المختلف وهو الأصح عندي (لنا) رواية مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال

قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (إلى أن قال) والطريق إذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع (١)

وكذا في حديث السكوني عن الصادق عليه السلام (٢) (احتج الأولون) بأصالة عدم الزائد قال دام ظله: ولو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحریم قضي له مع يمينه على إشكال.

أقول: معنى الحریم هو الموضع القريب من موضع معمور يتوقف الانتفاع بذلك المعمور عليه ولا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا فهو حریم لذلك الموضع المعمور، فإذا كان النهر في ملك الغير وتداعيا الحریم ففي تقديم أيهما إشكال ينشأ

(١) ثل ب ١٠ خبر ٥ من كتاب إحياء الموات.

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٤ من كتاب إحياء الموات.

ذراعا والناضح ستون والعين ألف في الرخوة وخمسائة في الصلبة، وحریم الحائط
في المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم وللدار مطرح ترابها ومصب الميزاب والثلج
والممر في صوب الباب هذا في الموات ولا حریم في الأملاك لتعارضها ولكل واحد أن
يتصرف
في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو
حمام

على خلاف العادة فلا منع ولو غرس في أرض أحيائها ما يبرز أغصانه أو عروقه إلى المباح
لم يكن لغيره إحياءه وللغرس منعه وإن كان في مبدء الغرس (الرابع) أن يكون مشعرا
للعادة كعرفة ومنى وجمع وإن كان يسيرا لا يمنع المتعبدين (الخامس) التحجير
وهو بنسب المروز أو التحويط بحائط أو بحفر ساقية محيطة أو إدارة التراب حول
الأرض أو أحجار ولا يفيد ملكا فإن الملك يحصل بالإحياء لا بالشروع فيه، والتحجير
شروع في الإحياء بل يفيد اختصاصا وألوية فإن نقله إلى غيره صار أحق به وكذا لو مات
فوارثه أحق به فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال ويملك به التصرف وله منع من يروم
إحياءه فإن قهره فأحيائها لم يملك ثم المحجر إن أهمل العمارة أجبره الإمام على
الإحياء أو التخلية عنها فإن امتنع أخرجها السلطان من يده فإن بادر إليها من أحيائها
لم يصح ما لم يرفع الإمام يده أو يأذن في الإحياء (السادس) اقطاع الإمام وهو متبع
في الموات فلا يجوز إحياءه وإن كان مواتا خاليا من التحجير كما أقطع النبي

(من) تعارض الحق والملك والملك أقوى (ومن) توقف غاية الملك على الحریم
فيساويه (ولأن) الأصل عدم استحقاق حق في ملك لغير مالكة وكلام مالك الملك يوافق
الأصل ودعوى مستحق النهر تخالف الأصل فهو المدعي والأول هو المنكر (ومن)
حيث إن الحریم لازم للنهر لا ينفك عنه غالبا وكلام مدعيه يوافق الظاهر لأن ثبوت
الملزوم يستلزم ثبوت اللازم فمالك الأرض يدعي خلاف الظاهر والإشكال هنا ينشأ
(من) تفسير المدعي من هو.، ولو كان الاختلاف بينهما في ملكية أرض الحریم فصاحب
النهر هو ذو اليد لأن اليد على ذي الحریم يد على الحریم ولأن بإحياء ذي الحریم يملك
الحریم على الأقوى فيقدم قول مدعي الحریم لأنه ذو يد.

صلى الله عليه وآله بلال بن الحرث العقيق فلما ولي عمر قال له ما أقطعت له لتحنجه (١)
(لتحنجه)

- خ ل) فاقطعه الناس (٣) وأقطع أرضاً بحضرموت وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى
فرسه حتى قام فرمى بسوطه (٢) وهو يفيد الاختصاص وليس للإمام إقطاع ما لا يجوز
إحياءه كالمعادن الظاهرة على إشكال وفي حكم الإقطاع الحمى وهو منع الإمام الناس
عن رعى كلاء ما حماه في الأرض المباحة ليختص به دونهم كما حمى النبي صلى الله
عليه وآله وسلم

قال دام ظله: وكذا لو مات فوارثه أحق فإن باعه لم يصح بيعه على إشكال.
أقول: أي لو باع المحجر ومنشأ الإشكال (من) أن الأرض المفتوحة عنوة
تباع بمجرد الأولوية تبعاً للآثار فكذا هنا (ومن) عدم الملك بل إنما هو ملك الملك
وليس حكمه حكمه والأقوى الثاني.

قال دام ظله: ولا يجوز للإمام (ع) إقطاع ما لا يجوز إحياءه كالمعادن
الظاهرة على إشكال.

أقول: ينشأ (من) وجوه (١) اختلاف الأصحاب هنا فقال بعضهم إنها مملوكة
للإمام عليه السلام، وهو اختيار المفيد، وسار وإذا كانت له فله أن يقطعها، وقال
آخرون المسلمون فيها مشتركون لا يجوز منع بعضهم عن حقه، وقال ابن إدريس
المعادن التي في ملكه عليه السلام له فله أن يقطعها وغيرها فلا (ب) قوله تعالى " خلق لكم
ما في الأرض جميعاً (٣) أضاف الكل إلى الكل بالاستحقاق ويقتضي الاشتراك
والأصل في المباحات الاشتراك فلا يجوز التخصيص إلا بنص وليس هنا وقيل بل أضاف
الكل إلى كل واحد والإمام عليه السلام هو ولي المسلمين ووالي المصالح فله التخصيص
كالحمى والاقطاع في الموات فهو بيان مصرف ومنع بل هو تراحم حقوق فلا تخصيص
(ج) من أن الاستحقاق بحسب المصلحة والاحتياج فهو منوط بنظر الإمام عليه السلام
فجاز له

(١) حجت الشيء واحتجنته إذ أجدبته بالمحجن إلى نفسك - المحجن كالصولجان - صحاح.
والحديث في سنن أبي داود (ج ٣) باب في قطاع الأرضين
(٢) المستدرک ب ١٢ خبر ٤ من كتاب إحياء الموات.
(٣) البقرة - ٢٧

النقيع وللإمام أن يحمي لنفسه ولنعم الصدقة والضوال، وليس لغيره ذلك ولا يجوز نقض ما حماه الإمام ولا تغييره ومن أحبب منه شيئاً لم يملكه ما دام الحمى مستمراً فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء.

الفصل الثاني

المنافع وهي الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والربط والمشاهد وفائدة الطرق الاستطراق والجلوس غير المضر بالماراة فإن قام بطل حقه وإن كان بينة العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق إلى مكانه ولو جلس للبيع والشراء في الأماكن المتسعة فالأقرب للجواز للعادة فإن قام ورحله باق فهو أحق به فإن رفعه بنية العود فالأقرب بطلان حقه وإن استضر بتفريق معامليه ولو

التخصيص (ومن) أن شخصاً طلب من النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يقطعه ملحا عينه بموضع شخصه

فقيل إنه كالماء العد (١) فقال عليه السلام فلا إذن فهذا هو الأقوى عندي. قال دام ظله: ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه ما دام الحمى مستمراً فإن كان الحمى لمصلحة فزالت فالوجه جواز الإحياء.

أقول: وجه الجواز زوال سبب المنع (ووجه المنع) أن التغير إنما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغير ما فعله الإمام بالاجتهاد ولأن الحمى لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الإمام فلا يزول إلا به لامتناع مناطية الأحكام بالمصالح. قال دام ظله: ولو جلس بالبيع والشراء في الأماكن المتسعة فالأقرب للجواز للعادة.

أقول: ويحتمل عدمه لأن شرع الطريق لمصلحة الاستطراق فلا تستعمل في غيرها والأقوى الأول.

قال دام ظله: فإن قام ورحله باق فهو أحق به فإن رفعه بنية العود فالأقرب بطلان حقه.

(١) العد بالعين المكسورة المهملة والبدال المسكورة المشددة قال الجوهري في الصحاح هو الماء الذي له مادة لا ينقطع كماء العين والبئر والجمع الاعداد - من حاشية بعض نسخ القواعد.

ضاق على المارة أو استضر به بعضهم منع من الجلوس، وليس للسلطان اقطاع ذلك ولا إحيائه ولا تحجيريه وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بادية وثوب وليس له بناء

دكة، ولو استبق اثنان فالأقرب القرعة، وأما المسجد فمن سبق إلى مكان فهو أحق به فإذا قام بطل حقه وإن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود إلا أن يكون رحله باقيا فيه، ولو استبق اثنان ولم يمكن الاجتماع أقرع ولا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءة القرآن أو لتدريس العلم أولا، أما المدارس والربط فمن سكن بيتا ممن له السكنى لم يجز إزعاجه وإن طال زمانه ما لم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها، ولو شرط على الساكن التشاغل بالعلم أو قراءة القرآن أو تدريسه فأهمل أخرج وله أن يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفة فإن فارق لعذر أو غيره بطل اختصاصه وهل يصير أولى ببقاء رحله إشكال.

أقول: وجه القرب أنه لا يملك وسبب الأولوية التصرف وقد زال (ومن) أنه ربما يتضرر بتفريق المعاملين والأول أقوى.

قال دام ظله: وليس له بناء دكة ولو استبق اثنان فالأقرب القرعة.

أقول: وجه القرب من حيث إنه أمر مشكل ولعدم الترجيح واستحالته بلا مرجح والمانع من كل منهما ثبوت حق الآخر فلو ارتفعا لثبنا ويستحيل اجتماعهما فتعينت القرعة (ومن) أنها لتعيين المعين في نفس الأمر المشتبه عندنا لأنها كاشفة وليس أحدهما متعينا في نفس الأمر والأقوى عندي القرعة ونمنع انحصارها في تعيين (تمييز - خ ل) المشتبه الثابت في نفس الأمر بل قد تكون للترجيح لرفع التنازع وهو المطلوب للشارع.

قال دام ظله: وهل يصير أولى ببقاء رحله إشكال.

أقول: البحث هنا في المدارس ومنشأ الإشكال (من) حيث إنه رحله قد وضع بحق فلا يزول و (من) أنه لم توضع المدرسة لوضع الرحل بل كون الرحل فيه تابع لكونه فيه فإذا زال المتبوع عادة لم يبق أثر للتابع.

الفصل الثالث

المعادن وهي قسمان ظاهرة وباطنة (أما الظاهرة) وهي التي لا يفتقر في
الوصلة إليها إلى مؤنة كالمح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام
والياقوت فهذه للإمام يختص بها عند بعض علمائنا، والأقرب اشتراك المسلمين فيها
فحينئذ لا يملك بالإحياء ولا يختص بها المحجر ولا يجوز إقطاعها ولا يختص المقطع بها
والسابق إلى موضع منه لا يزعم قبل قضاء وطره فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر
الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الأحوج ولو كان إلى جنب المملحة أرض موات فحفر

الفصل الثالث في المعادن

قال دام ظله: أما الظاهرة وهي التي لا تفتقر في الوصول إليها
إلى مؤنة كالمح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام (١)
والياقوت فهذه للإمام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا والأقرب
اشتراك المسلمين فيها.

أقول: (ذهب) ابن البراج في المذهب إلى أن جميع المعادن من الأنفال
وهي للإمام عليه السلام وذهب المفيد أيضا إلى أن المعادن مطلقا من الأنفال (وذهب)
ابن إدريس إلى أن المعادن التي في ملكه خاصة كبطون الأودية للإمام عليه السلام وما
هو في أرض المسلمين ويد مسلم عليه فلا يستحقه عليه السلام (وذهب) الشيخ في
المبسوط

إلى أن المعادن الظاهرة يشترك المسلمون فيها وليس للسلطان أن يقطعها بل الناس
كلهم فيها سواء ويأخذون منه قدر حاجتهم ولا خلاف في أن ذلك لا يملك وهو الذي
اختاره والذي هنا وهو الحق.

قال دام ظله: فإن تسابق اثنان أقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة
وتقديم الأحوج.

أقول إذا ازدحم اثنان في معدن ولم يمكن الجمع بينهما فلكل منهما حق
الانتفاع فإن سبق أحدهما قدم إجماعا والأقوى بقدر حاجته لقول النبي صلى الله عليه وآله
وسلم من

(١) البرام بضم الباء معدن يعمل منه الأواني والقدور.

فيها بئر أو سابق الماء إليها فصار ملحا صح ملكها ولم يكن لغيره المشاركة، ولو أقطع الإمام هذه الأرض جاز (وأما الباطنة) وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فقليل إنها للإمام أيضا خاصة والأقرب عدم الاختصاص فإن كانت ظاهرة لم يملك بالإحياء أيضا وإن لم تكن ظاهرة فحفرها انسان وأظهرها أحيائها فإن كانت في ملكه ملكها وكذا في الموات ولو لم يبلغ بالحفر إلى النيل فهو تحجير لا إحياء ويصير حينئذ أحق (أخص - خ ل) ولا يملكها بذلك فإن أهمل أجبر على إتمام العمل أو الترك وينظره السلطان إلى زوال عذره ثم يلزمه أحد الأمرين ويجوز للإمام إقطاعها قبل التحجير والإحياء ولا يقتصر ملك المحيي على محل النيل بل الحفر التي حوالية ويليق بحريمه يملكها أيضا ولو أحيى أرضا ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لها ظاهراً كان أو باطناً بخلاف ما لو كان ظاهراً قبل إحيائها ولو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية أخرى فإذا وصل إلى

سبق إلى ما لم يسبقه مسلم إليه فهو أحق به (١) ولو تساوى ففيه احتمالات (١) القرعة لأنه أمر مشكل (ب) القسمة بينهما لتساويهما في سبب الاستحقاق (ج) تقديم الأحوج لأن سبب الاستحقاق الاحتياج وكلما كان السبب أقوى قدم والأقوى عندي الثاني.

قال دام ظله: وأما الباطنة وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فقليل إنها للإمام (ع) أيضا خاصة والأقرب عدم الاختصاص. أقول: قد تقدم الخلاف في اختصاص الإمام وعدمه فيه (ووجه) القرب أن الأصل إباحة ذلك وعدم اختصاص الإمام عليه السلام به وإنما قال في الظاهرة أنها مشتركة وقال هنا

بعدم الاختصاص لأن هذه ملحقة بالموات فمن أحيى شيئاً منها فهو أحق به. قال دام ظله: ولو حفر كافر أرضاً فوصل إلى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمة أو للمسلمين إشكال.

(١) المستدرک ب ١ خبر ٤ من کتاب إحياء الموات.

ذلك العرق لم يكن له منعه منه لأنه يملك المكان الذي حفره وحرّمه ولو حفر كافر أرضاً فوصل إلى معدن فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمة أو للمسلمين إشكال ومن ملك معدناً فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك ولا أجره للغاصب ولو أباحه كان الخارج له ولو قال له اعمل ولك نصف الخارج بطل لجهالة العوض إجارة وجعالة فالحاصل للمالك وعليه الأجرة.

الفصل الرابع

في المياه وأقسامها سبعة (الأول) المحرز في الآنية أو الحوض أو المصنع وهو مملوك لمن أحرزه وإن أخذ من المباح ويصح بيعه (الثاني) البئر إن حفرت في ملك أو مباح للتملك اختص بها كالمحجر فإذا بلغ الماء ملكه ولا يحل لغيره الأخذ منه إلا بإذنه ويجوز بيعه كيلاً ووزناً ولا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه والبئر العادية إذا طمت وزهد مأوها فاستخرجه إنسان ملكها ولو حفر في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو أحق به مدة مقامه عليها وقيل يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته وفيه نظر فإذا

أقول: ينشأ (من) مشابهة الأرض فيثبت له حكمها (ومن) أنه يعد غيرها ويخالفها في الماهية وهو الأقوى.

قال دام ظله: ولو حفر في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو أحق به مدة مقامه عليها (وقيل) يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته وفيه نظر.

أقول: هذا قول الشيخ لرواية عباس عن النبي صلى الله عليه وآله قال الناس شركاء في ثلاث، النار، والماء والكلاء (١) وروى جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع فضل

الماء (٢) (ووجه) النظر أنه إن قلنا أن تملك المباحات لا يحتاج إلى نية فقد ملك بهذا الماء فلا يجب عليه بذل فاضله كسائر الأموال والمراد من الخبر بعد صحته

(١) سنن أبي داود (ج ٣) (باب في منع الماء) عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفيه المسلمون شركاء ورواه في ثل أيضاً مسنداً عن أبي الحسن (ع).
(٢) ثل باب ٤ خبر ٢ من كتاب إحياء الموات وفي سنن أبي داود (ج ٣) (باب في بيع فضل الماء) عن إياس بن عبد أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى الخ.

فارق فمن سبق فهو أحق بالانتفاع ولا يختص بها أحد ولو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج وإذا حفر بئرا في ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق في ملكه وإن كان يسري الماء إليها والملك في القناة المشتركة بحسب الاشتراك في العمل أو الخرج (الثالث) مياه العيون والغيوث والآبار في الأرض المباحة لا للملك شرع لا يختص بها أحد فمن انتزع منها شيئا في إناء وشبهه ملكه ويقدم السابق مع تعذر الجمع فإن اتفقا أقرع (الرابع) مياه الأنهار الكبار كالفرات ودجلة والناس فيها شرع (الخامس) الأنهار الصغار غير المملوكة تزدحم الناس فيها ويتشاحون في مائها أو مسيل يتشاح فيه أهل الأرض الشاربة منه ولا يفي بسقي ما عليه دفعة فإنه يبدأ بالأول وهو الذي يلي فوهته ويحبس على من دونه حتى ينتهي سقيه للزرع إلى الشراك وللشجر إلى القدم وللنخل إلى الساق ثم يرسله إلى من هو دونه ولا يجب الإرسال قبل ذلك وإن تلف الأخير فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني فلا شيء للباقيين، ولو كانت أرض الأعلى مختلفة في العلو والهبوط سقي كلا على حدته ولو تساوى اثنان في القرب من الرأس قسم بينهما فإن تعذر أقرع فإن لم يفضل عن أحدهما سقي من أخرجه القرعة بقدر حقه ثم يتركه للآخر وليس له السقي بجميع الماء لمساوات الآخر له في الاستحقاق والقرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الأسفل ولو كانت أرض أحدهما أكثر قسم على قدرها لأن الزائد مساو في القرب ولو أحياى انسان أرضا على هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم وإن كان الإحياء في رأس النهر وليس لهم منعه من الإحياء ولو سبق انسان إلى الإحياء في أسفله ثم أحيا آخر فوقه ثم ثالث فوق الثاني قدم الأسفل في السقي لتقدمه في الإحياء في ثم الثاني ثم الثالث (السادس) الجاري من نهر مملوك ينز من المباح بأن يحفر انسان نهرا في مباح يتصل بنهر كبير مباح فما لم يصل الحفر إلى الماء لا يملكه وإنما هو تحجير وشروع في الإحياء فإذا وصل فقد ملك

الماء المباح والنهي عن بيع فضل الماء لا يوجب البذل لجواز كونه للجهالة وعلى القول باحتياجه إلى النية فيكون هذا كالتحجير فيفيد الأولوية ونمنع وجوب بذل الفاضل منه.

بالإحياء سواء أجرى فيه الماء أو لا، لأن الإحياء هو التهيئة للانتفاع فإن كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم أو النفقة عليه ويملكون الماء الجاري فيه على رأي فإن وسعهم أو تراضوا وإلا قسم قدر الأنصباء فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم في مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فلو كان لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وثلث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب في ساقيته

ولصاحب الثلث ثقبان تصبان في أخرى ولصاحب السدس ثقبه ويصح المهياة وليست لازمة وإذا حصل نصيب انسان في ساقية سقى به ما شاء سواء كان له شرب من هذا النهر أو لا وكذا البحث في الدولاب له أن يسقي بنصيبه ما شاء ولكل واحد أن يتصرف في

ساقيته المختصة به بمهما شاء من إجراء غير هذا الماء أو عمل رحى أو دولاب أو عبارة وغير ذلك وليس له ذلك في المشترك ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعيش في ملك انسان (السابع) النهر المملوك الجاري من ماء مملوك بأن يشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة والعمل ويجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك في الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب ما لم يعلم كراهية المالك ولا يحرم على صاحبه المنع ولا يجب عليه بذل الفاضل ولا يحرم عليه البيع لكن يكره ولو احتاج النهر إلى حفر أو إصلاح أو سد بثق (١) فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله ثم لا شيء عليه ويشترك الباقون إلى أن يصلوا إلى الثاني وهكذا (ويحتمل) التشريك.

قال دام ظله: ويملكون الماء الجارية منه على رأي.

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم ملكهم الماء الجاري في النهر المملوك لهم بل يكونون أولى به والأولى الملك لأنه مباح قابل للتمليك يدهم عليه للتملك. قال دام ظله: ولو احتاج النهر إلى حفر أو إصلاح أو سد بثق (٢) (ثقب - خ) فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأدنى من أوله ثم لا شيء عليه ويشترك الباقون إلى أن يصلوا إلى الثاني وهكذا

(١) بثق النهر كسر سده ليفيض منه الماء.

(٢) البثق هو الفتحة الكبيرة.

تتمة

المرجع في الإحياء إلى العرف فقاصد السكنى يحصل إحياءه بالتحويط ولو
بخشب أو قصب والسقف والحظيرة يكفيه الحايط ولا يشترط تعليق الباب والزراعة
بالتحجير

بساقية أو مسناة أو مرز وسوق الماء ولا يشترط الحرث ولا الزرع لأنه انتفاع كالسكنى
والغرس به وسوق الماء إليه ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها أو قطع المياه الغالبة وهيئها
للعماره فقد أحيائها ولو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن إحياء وكذا
لو أحاط بشوك وشبهه ولا يفتقر في الإحياء إلى إذن الإمام ولا الاسلام إلا في أرض
المسلمين

وإحياء المعادن بلوغ نيلها.

كتاب الإجارة وتوابعها

وفيه مقاصد (الأول) في الإجارة وفيه فصول (الأول) في الماهية وهي عقد ثمرته
نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله ولا بد فيه من الإيجاب والقبول
الصادرين عن الكامل الجائز التصرف فلا ينعقد إجارة المجنون ولا الصبي غير المميز
ولا المميز وإن أذن له الولي على إشكال، والإيجاب آجرتك أو أكريتك والقبول كل

ويحتمل التشريك.

أقول: (وجه) الأول أن ما بعد موضعه لا ينتفع به (ومن) أنه ينتفع به لمصب
مائه والأقوى الأول لأن الباقيين يختصون بما بعد الأول فعليهم خاصة عمارته.

كتاب الإجارة وتوابعها

وفيه مقاصد الأول في الإجارة

وفيه فصول الأول في الماهية.

قال دام ظله: ولا الصبي غير المميز، ولا المميز وإن أذن له الولي

على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه مميز أذن له الولي فانجبر نقصه (ومن) عموم النص على
عدم اعتبار عبارة الصبي والأقوى الثاني لأن البلوغ سبب لا شرط.

لفظ يدل على الرضا ولا يكفي في الإيجاب ملكتك إلا أن يقول سكنى هذه الدار شهرا مثلا بكذا ولا تنعقد بلفظ العارية ولا البيع سواء نوى به الإجارة أو قال بعثك سكنها سنة لأنه موضوع لملك الأعيان وهو لازم من الطرفين ولا تبطل بالبيع ولا العذر إذا أمكن الانتفاع ولا بموت أحدهما على رأي إلا أن يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة، والأقرب البطلان في الباقي فيرجع المستأجر على ورثة المؤجر بباقي الأجرة ولا يتعلق به خيار المجلس ولو شرطا خيارا لهما أو لأحدهما أو لأجنبي صح سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو في الذمة كالبناء مطلقا.

الفصل الثاني

في أركانها وهي ثلاثة

المحل وهي العين التي تعلق الإجارة بها كالدار والدابة والأدمي وغيرها، و العوض، والمنفعة.

المطلب الأول

المحل كل عين تصح إعارتها تصح إيجارها وإجارة المشاع جائزة كالمقسوم وكذا إجارة العين المستأجرة إن لم يشترط المالك التخصيص ولا بد من مشاهدتها أو وصفها بما يرفع الجهالة إن أمكن فيها ذلك وإلا وجبت المشاهدة فإن باعها المالك

قال دام ظله: ولا بموت أحدهما على رأي إلا أن يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالأقرب البطلان في الباقي.

أقول هنا مستلтан (١) إذا كان الملك المؤجر طلقا هل تبطل الإجارة بموت أحدهما نقول، قال المفيد والشيخ في النهاية وسنار الموت يبطل الإجارة وقال الشيخ في الخلاف الموت يبطلها سواء كانت بموت المؤجر أو المستأجر وكذا قال في المبسوط واختاره ابن حمزة وابن البراج، وقال ابن الجنيد ولو مات المستأجر قام وارثه مقامه، وقال أبو الصلاح لا تبطل الإجارة بالموت ويقوم ورثة كل واحد من المالك والمستأجر مقام مورثه وبه قال ابن إدريس وهو الأصح عندي واختيار والدي (لنا) إن العقد وقع صحيحا فيستصحب حكمه للأصل ولأن العقد مملك فيملك

صح فإن لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى آخر المدة ولو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز ويجمع عليه الأجرة والضمن و

المستأجر المنافع والمؤجر مال الإجارة فينتقل حق كل إلى ورثته للآية واحتج المخالف بأن العقد إنما اقتضى تسلط المستأجر على ملك المؤجر فلا يقتضي تسليط غيره على ملك غيره وادعى الشيخ في الخلاف إجماع الفرقة على اختياره فيها ويطل بما قلناه والإجماع ممنوع (ب) إذا كان الملك المؤجر وقفاً ثم أجره الموقوف عليه، والمصنف قوى هنا أنه يبطل بموت المؤجر خاصة لأن البطن الثاني إنما يتلقى الوقف من الواقف فموت المؤجر هو بيان انتهاء مدة استحقاقه وابتداء ملك غيره لا عنه حتى يتأخر ملك الوارث عن حق المستأجر بل إنما استحققه تلك المدة لا غير أعني مدة حياته وللمصنف قول آخر إنه إن كان ناظراً في الوقف وأجره بنظره لم تبطل الإجارة وإلا بطلت والأقوى البطلان في الوقف مطلقاً لأن استحقاق النظر كاستحقاق المنافع.

قال دام ظله: ولو كان هو المستأجر فالأقرب الجواز.

أقول: وجه الجواز أنه ملك المنافع ملكاً مستقراً فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة وإن كانت المنافع يتبعها لولا الملك الأول كما إنه إذا ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى الشجرة فإنه لا يبطل ملك الثمرة وإن كانت تدخل تحت الشراء لو لم يملكها أولاً ويحتمل انفساخ الإجارة لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة وإذا كانت المنافع مملوكة له لم يبق عقد الإجارة عليها كما أنه لو كان المانع ثابتاً في الابتداء لم يصح منه الاستيجار كالنكاح فإنه كما لا يجوز أنه يتزوج أمته كذلك لو اشترى زوجته يفسخ النكاح (ولأن) الإجارة والملك لا يجتمعان والثاني قد ثبت فينتفي الأول والعكس باطل إجماعاً (ويمكن) الفرق بين النكاح وما نحن فيه بأن ملك الرقبة في النكاح يغلب ملك المنفعة به ألا ترى أن سيد الأمة إذا زوجها لا يجب عليه تسليمها وإن قبض الصداق وفي الإجارة ملك المنفعة يغلب ملك الرقبة فإن المؤجر إذا قبض الأجرة يجب عليه تسليم العين (وأيضاً) المؤجر لم

لو وجدها المستأجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ وإن استوفى بعض المنفعة ولو لم يفسخ لزمه جميع العوض ولو كانت العين مطلقة موصوفة لم يفسخ العقد وعلى المؤجر الإبدال ولو تعذر فله الفسخ فإن رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبايع ولو تلف العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين وإلا بطل في الباقي ويرجع من الأجرة بما قابل المتخلف وكذا لو ظهر استحقاتها ويستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر وفي الزائد من أجرة المثل إشكال، وتصح إجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة ويفتقر الحمام إلى مشاهدة البيوت والقدر والماء والأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف مائه أو وصف ذلك كله ويجب على المستأجر علف الدابة وسقيها فإن أهمل ضمن ولو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير فإن تشاحا في قدره فله أقل مطعوم مثل وملبوسه ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير كان وجهها فحينئذ إن شرطه على

يكن مالكا للمنفعة حين باع فلا تصير المنافع ملكا للمشتري بالشراء والسيد مالك لمنفعة بضع الأمة المزوجة ألا ترى أنها لو وطئت بالشبهة يكون المهر له لا للزوج فإذا باع تبعت منافع البضع المملوكة له رقيتها وملكها الزوج بالشراء فانفسخ النكاح والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: ويستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر وفي الزائد من أجرة المثل إشكال.

أقول: منشأه (من) أنه المباشر (ومن) أنه مغرور والإشكال هنا كما مر في المشتري.

قال دام ظله: ولو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير فإن تشاحا في قدره فله أقل مطعوم مثله وملبوسه ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير كان وجهها. أقول: الأول قول الشيخ لأنه استحق منفعه تلك المدة والنفقة للبقاء لاستيفاء المنافع فلا يجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره ولأنه بملكه للمنافع لم

المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر والوصف فإن استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه ولو احتاج إلى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر ولو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه منع منه إن كان قدر كفايته وينحشى الضعف عن العمل أو اللبن معه ولو آجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها أولا لكن اتفق (١) لزم الأجرة إلى وقت البلوغ ثم يتخير الصبي في الفسخ والإمضاء ولو مات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل به ولو آجر عبده ثم أعتقه في الأثناء لم تبطل الإجارة ويجب على العبد إيفاء المنافع باقي المدة والأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجرته ونفقته بعد العتق على المستأجر إن شرطت عليه وإلا فعلى المعتق لأنه كالباقي على ملكه حيث ملك عوض نفعه.

يبق له عوض يبذله ليحصلها ولما رواه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر شيئا على أن يبعثه في أرض فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من، قال على المستأجر (٢) (والجواب) إنه محمول على اشتراط النفقة (والثاني) قول ابن إدريس للأصل هو الحق لأن الإجارة معاوضة لا يقتضي خارجا عن العوضين بغير شرط (ولأنه) يتفاوت الرغبات والأجر باشتراط النفقة وعدمها ويقدر بها فيكون جزءا من العوض لكنها مجهولة وجهل الجزء يقتضي جهل الكل ولأن النفقة تابعة لملك الرقبة أو الحرية فأيجابها على غيرها تخصيص أو نسخ لم يثبت.

قال دام ظله: ولو آجر عبده ثم أعتقه في الأثناء لم تبطل الإجارة ويجب على العبد إيفاء المنافع باقي المدة والأقرب عدم رجوعه على مولاه بأجرته.

أقول: قال الشيخ في المبسوط فيه قولان (أحدهما) يرجع بأجرة المثل على السيد في تلك المدة والآخر لا يلزمه وهو الصحيح لأنه لا دليل عليه والأصل براءة

(١) كما لو آجره مدة لا يتيقن أنه يبلغ قبل مضيتها كما لو كان عمره عشرة وآجره سنتين ثم اتفق أنه بلغ بالاحتلام قبل مضي سنتين فإنه يبطل ويتخير فيما بعد البلوغ (مفتاح الكرامة)
(٢) ثل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الإجارة - وفيه على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما الخ.

المطلب الثاني في العوض
ويشترط أن يكون مال الإجارة معلوماً بالمشاهدة أو الوصف الراجع للجهالة ثم إن كان
مكيلاً أو موزوناً وجب معرفة مقداره بأحدهما، وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر، وكلما
جاز أن يكون ثمننا جاز أن يكون عوضاً عيناً كان أو منفعة ما ثلث أو خالفت ولو استأجر
داراً بعمارتها لم يصح للجهالة وكذا لو استأجر السلاح بالجلد وكذا الراعي باللبن
والصوف المتجدد أو النسل أو الطحان بالنخالة إما بصاع من الدقيق أو المرضعة بجزء
من المرتضع الرقيق فالأقرب الجواز وكذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع،

الذمة ويحتمل الرجوع وعلى ما حكاه الشيخ به قول (ووجهه) أن منافعه صرفها في
مصلحة بعد الحرية وملكية المنافع معلول لملك العين وقد زالت العلة فيزول المعلول
وقد أتلّفها فيضمنها.

قال دام ظلّه: وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر.

أقول: ينشأ (من) اختلاف الأصحاب فإن الشيخ ذهب إلى الاكتفاء بها
للأصل وانتفاء الغرر ومنعه ابن إدريس للغرر والحاصل أن الغرر الجهل فالشيخ
فسره بالجهل من كل وجه وابن إدريس فسره بالجهل بوجه ما والصحيح الثاني لأن
النهي عن الغرر الذي هو المؤدي إلى النزاع وهو هنا كذلك ولأنه ربما انفسخت
الإجارة في بعض المدة فيتعذر الرجوع بها.

قال دام ظلّه: إما بصاع من الدقيق أو المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق
فالأقرب الجواز.

أقول: وجه القرب وجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للأصل ولأن
أحد الشريكين لو ساقى صاحبه، وشرط له زيادة من الثمار يجوز وإن كان عليه نفع
في المشترك ويحتمل عدم الصحة لاستلزامها العمل في ملكه له بعوض على غيره ولأن
صحة الإجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه لأنه لزوم الإجارة بحالها يستلزم لزوم
الملك له المستلزم لعدم وجوب العمل فيما يخصه لأنه عمل في ملك نفسه له إذ منفعته
تعود إليه فلا يستحق للغير وذلك يستلزم لزوم ملكه المستلزم لعدم لزوم الإجارة بحالها

ولو قال إن خطته اليوم فلك درهمان وإن خطته غدا فدرهم احتتمل أجرة المثل والمسمى وكذا أن خطته روميا فدرهمان وفارسيا فدرهم، ولو استأجر لحمل متاع إلى مكان في وقت معلوم فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئاً معيناً صح ولو أحاط الشرط بجميع الأجرة لم تصح وتثبت له أجرة المثل ولو أجره كل شهر بدرهم ولم يعين أو استأجره لنقد الصبرة المجهولة وإن كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم أو استأجره مدة شهر بدرهم فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان إلا الأخير فإن الزائد باطل ويملك المؤجر الأجرة

واللازم باطل بالضرورة فكذا الملزوم، وهذا مبني على ملك مال الإجارة بنفس العقد أما على تقدير الملك بالعمل فلا استحالة قال دام ظله: ولو قال إن خطته اليوم فلك درهمان وإن خطته غدا فدرهم احتتمل أجرة المثل والمسمى.

أقول: الأول قول ابن إدريس لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح ولأن الإجارة لم توجب شيئاً معيناً والثاني قول الشيخ في الخلاف (ولأن) الأصل جواز ذلك والمنع يحتاج إلى دليل (وقوله عليه السلام) والمؤمنون عند شروطهم (١)، وقال الشيخ في المبسوط يصح العقد فإن خاطه في اليوم الأول فله درهم وإن خاطه في الغد كان له أجرة المثل إن لم تزد عن الدرهمين ولم ينقص عن الدرهم والأصح بطلان الأجرة فله أجرة المثل مطلقاً.

قال دام ظله: ولو أجره كل شهر بدرهم ولم يعين أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة وإن كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم أو استأجره مدة شهر بدرهم فإن زاد فبحسابه فالأقرب البطلان إلا الأخير فإن الزائد باطل.

أقول: هنا مسائل (١) إذا أجره الدار كل شهر بدرهم ولم يعين مجموع المدة اختار شيخنا المصنف البطلان وهو اختيار ابن إدريس لفقد شرط الصحة فإن العلم بقدر المنفعة شرط إجماعاً وهي هنا إنما يعلم بالمدة والمدة مجهولة ولا يلزم من مقابلة كل جزء

من أجزاء المدة المجهولة لعوض معلوم صيرورة المدة بأجمعها معلومة ولا العوض

(١) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ.

بنفس العقد فإن شرط الأجل لازم ويشترط فيه العلم سواء تعدد أو اتحد وسواء كانت معينة أو مطلقة ويجب تسليمها مع شرط التعجيل أو الإطلاق وإن وقعت الإجارة على عمل ملك العامل الأجرة بالعقد أيضا لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل، وهل يشترط تسليمه الأقرب ذلك فإذا استوفى المستأجر المنافع استقرت الأجرة فإن سلمت العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة وهي مقبوضة استقر الأجر وإن لم ينتفع، وإن كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها إلى المعين فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها استقر عليه الأجر وإن كانت الإجارة فاسدة وتجب أجرة المثل فيها، ولو بذل له العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه إن كانت الإجارة صحيحة وإلا فلا، ولو شرط ابتداء العمل في وقت ومضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين إليه صار غاصبا فإن عمل بعد ذلك لم يستحق

معلوماً، وقال الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد تصح الإجارة في شهر، وقال ابن الجنيد ولا بأس بأن يستأجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا يذكر نهاية الإجارة (احتج) الشيخان بأن التقدير آجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا ما بعده دائماً (والجواب) المنع من ذلك (ب) إذا استأجره لحمل صبرة مجهولة القدر مشاهدة كل قفيز بدرهم بطل لجهل العمل والأجرة وقال الشيخ في المبسوط إذا استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة مشاهدة كل قفيز بدرهم صح وكذا إذا قال بعتكها كل قفيز بدرهم صح، وفرق بين إجارة الدار كل شهر بدرهم عند من لا يجوز ذلك بأن المدة مجهولة وأما هنا الصبرة غير مجهولة لأنها معلومة بالمشاهدة (ج) إذا قال آجرتك الدار شهرا بدرهم فإن زاد فبحسابه اختار المصنف الصحة في شهره لأن المدة والأجرة معلومتان

ويحتمل البطلان لأنه شرط شرطاً مجهولاً والأصح البطلان في الكل. قال دام ظله: ويجب تسليمها مع شرط التعجيل إلى قوله الأقرب ذلك أقول: لأنها معاوضة فلا يستحق تسليم العوض إلا بتسليم المعوض وهذا قول الشيخ في المبسوط وهو الأصح عندي ويحتمل عدمه لأنه ملكه بنفس العقد فيجب عليه تسليمه إلى مالكه.

أجرة ولو ظهر عيب في الأجرة المعينة تخير المؤجر في الفسخ وفي الأرش وفي المضمونة له العوض فإن تعذر فالفسخ أو الرضا بالأرش، وللمؤجر الفسخ إن أفلس المستأجر، ويجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به وإن لم يحدث شيئاً مقوماً وكان الجنس واحداً على رأي وكذا لو سكن البعض وأجر الباقي بالمثل أو الزائد وكذا لو تقبل عملاً بشئ وقبله لغيره بأقل، واستيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجرة

قال دام ظلّه: ويجوز أن يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به وإن لم يحدث شيئاً مقوماً وكان الجنس واحداً على رأي.

أقول: هذا اختيار المصنف وابن إدريس وسالار وجدي وهو الأصح عندي لوجود المقتضي وهو ملك المنفعة وانتفاء المانع وهو الربا إذ المعاوضة الثانية لم تقع على مال الإجارة الأول وإلا لم يصح مطلقاً ولرواية أبي المعز في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستأجر الأرض ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها فقال لا بأس به الحديث (١) وقال الشيخان والسيد المرتضى وسالار والصدوق في المقنع وأبو الصلاح وابن البراج في المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس ومنع ابن الجنيد معه في الربوي (احتج) الشيخ بأنه ربا وبما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها قال لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً (٢)، وعن أبي بصير قال قال أبو عبد الله عليه السلام إني لأكره أن استأجر رحي وحدها ثم أو أجرها بأكثر

مما استأجرتها إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامة (٣) (والجواب) المنع من الربا وحمل الأحاديث على الكراهة

قال دام ظلّه: وكذا لو تقبل عملاً بشئ وقبله لغيره بأقل.

أقول: منع الشيخ من ذلك كله لأنه ربا وبالروايتين المتقدمتين في المسألة السابقة وبما رواه أبو المعز في الحسن عن الصادق عليه السلام (في حديث) إن فضل الحانوت

والأجير حرام (٤)، والحق جوازه لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام

(١) ثل ب ٢٠ خبر ٤ من كتاب الإجارة.

(٢) ثل ب ٢٢ خبر ٤ من كتاب الإجارة.

(٣) ثل ب ٢٢ خبر ٥ من كتاب الإجارة.

(٤) ثل ب ٢٠ خبر ٤ من كتاب الإجارة.

المثل سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه، ويكره استعمال الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة وأن يضمن مع انتفاء التهمة.
المطلب الثالث في المنفعة

وشروطها ثمانية

الأول أن تكون مباحة فلو استأجر بيتا ليحرز فيه خمرا أو دكانا لبيعه فيه أو أجيرا ليحمل عليه مسكرا سواء كان لمسلم أو لكافر أو جارية للغناء أو كلبا للصيد لهوا أو ناسخا ليكتب كفرا أو غناء أو استأجر الكافر مسلما للخدمة أو مصحفا للنظر فيه لم يصح.

الثاني أن تكون مملوكة إما بالتبعية كمالك العين أو بالاستقلال كالمستأجر فلا تصح إجارة الغاصب ولو عقد الفضولي وقف على الإجازة ولو شرط المالك المباشرة لم يكن له أن يؤجر فإن فعل وسلم العين حينئذ ضمن، ويجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو. أقل ضررا سواء كان قبل القبض أو بعده وسواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره ويضمن العين بالتسليم.

الثالث أن تكون مقومة فلو استأجر تفاحة للشم أو طعاما لتزيين المجلس أو الدراهم أو الدنانير أو الشمع لذلك أو الأشجار للوقوف في ظلها ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا يضمن منفعتها بالغصب وكذا لو استأجر

قال سألته عن الرجل يستكري الأرض بمئة دينار فيكون نصفها بخمسة وتسعين دينارا ويعمر هو نصفها قال لا بأس (١) ولما تقدم.

قال دام ظله: الثالث أن تكون مقومة فلو استأجر (إلى قوله) منفعتها بالغصب أقول: لا بد في المنفعة من أن تكون مقومة ليحسن بذل المال في مقابلها وإن لم يكن كذلك كان بذل المال لها سفها وتبذيرا فممنع منه كما منع من شراء ما لا ينتفع به (ووجه) الجواز فيما ذكر أنها منافع وقد تحتاج إليها وإنما قال تفاحة (لأن) الصحة في الكثير أظهر لصحة استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ما هو أطيب من

(١) ثل ب ٢٢ خبر ١ من كتاب الإجارة.

حائطاً مزوقاً للتنزه بالنظر إليه أما لو استأجر شجراً ليحفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز.

الرابع انفرادها بالتقويم فلو استأجر الكرام للثمرة أو الشاة لتناجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الأعيان قبل وجودها والاستيجار إنما يتعلق بالمنافع ولو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانة جاز. والأقرب جوازه مع عدمها للحاجة (وهل) يتعدى إلى الشاة لإرضاع السخلة الأقرب ذلك، وكذا

كثير من الرياحين أما التفاحة الواحدة فلا تقصد للشم كالكثير فيكون استيجارها كشراء الحبة من الحنطة والشعير والأصح عندي البطلان في التفاحة للشم. قال دام ظلّه: أما لو استأجر شجراً ليحفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز.

أقول: وجه الجواز دعاء الضرورة إليها وبه قال الشيخ (ويحتمل) عدمه لأن الأشجار لا يقصد لهذه الغراض ولعدم جعل الشارع لها قيمة على الغاصب مع ضمانه المنافع المتقومة والأقوى البطلان.

قال دام ظلّه: ولو استأجر الظئر لإرضاع الولد مع الحضانة جاز والأقرب جوازه مع عدمها للحاجة.

أقول: يحتمل المنع لعدم انضباطه ولتناولها الأعيان ولا شئ من الأجرة كذلك والأقوى الجواز وهو مذهب الشيخ الطوسي في المبسوط لما ذكر ولقوله تعالى "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" (١) جعل ذلك مقابلة الإرضاع، (والتحقيق) إن هذا العقد يتناول الفعل وهو جعل الثدي في فم الطفل وكون خصوص النسبة إليه و اللبن تابع للضرورة والآية يفهم منها ذلك لأنها دلت على الفعل ويتناول اللبن.

قال دام ظلّه: وهل يتعدى إلى الشاة لإرضاع السخلة الأقرب ذلك ء
أقول: وجه القرب الحاجة (ويحتمل) المنع لما تقدم ولعدم جريان العادة والأقوى الأول.

(١) الطلاق - ٦.

يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهية وفي جواز استئجار البئر للاستقاء منها إشكال، ويجوز استئجار الأطياب للشم وإن نقصت أعيانها بخلاف الشمع للإشعال والطعام للأكل والإجارة في الاستحمام للث فيه واستعمال الماء تابع للإذن. الخامس إمكان وجودها فلو استأجر الأرض للزراعة ولا ماء لها بطلت أما لو لم يعين الزرع انصرف إلى غيره من المنافع ولو كان نادرا وكذا لو استأجر عبدا مدة يعلم موته قبل انقضائها أو استأجر أعمى للحفاظ أو أخرس للتعليم أو استأجر حيوانا لعمل لم يخلق له ويمتنع حصوله منه كما لو استأجر شاة للحرث أو للحمل أما لو استأجر ما يمكن منه وإن لم يخلق له جاز كالإبل للحرث والبقر للحمل. السادس القدرة على تسليمها فلو استأجر الآبق منفردا لم يصح ولو آجر للسنة القابلة صح وكذا لو آجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له أو لغيره ولو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح واحتيج إلى المهياة إن قصد التراوح وإلا افتقر إلى تعيين أحد النصفين، والمنع الشرعي كالحسي فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحة أو استأجر جنبا أو حايبضا لكنس المسجد لم يصح ولو كانت السن وجعة أو اليد متأكلة صحت فإن زال الألم قبل القلع انفسخت الإجارة ولو استأجر منكوحة الغير بدون إذنه في ما يمنع حقوق الزوج لم يصح ولو كان للرضاع فإن منع بعض حقوقه بطل وإلا فلا ولو استأجرها الزوج أو غيره بإذنه صح وإن كان لإرضاع ولده منها في حباله ولو تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الإجارة وكذا بعده بلا فصل ولو تلفت في الأثناء انفسخت في الباقي فإن تساوت أجزاء المدة فعليه بقدر ما مضى والأقسط المسمى على النسبة ودفع ما قابل الماضي ولو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها في الأثناء فللمستأجر الفسخ فإن بادر المالك

قال دام ظلّه: وفي جواز استئجار البئر للاستقاء منها إشكال. أقول: ينشأ (من) أن الإجارة لا يتناول الأعيان (ومن) دعاء الضرورة إليه و الأقوى الجواز كالحمام. قال دام ظلّه: ولو انهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع مائها في الأثناء

إلى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار ولو شرط منفعة كالزرع فتلفت وبقي غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهي كالتالفة تنفسخ فيها الإجارة ولو أمكن الانتفاع بالعين في ما أكتراها له على نقص تخير المستأجر أيضا في الفسخ والإمضاء بالجميع، ولو غرق بعض الأرض بطلت الإجارة فيه ويتخير في الباقي بين الفسخ وإمساكه بالحصة ولو منعه المؤجر من التصرف في العين فالأقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الإمضاء فيطالب بأجرة المثل ولو غصبه أجنبي قبل القبض تخير المستأجر أيضا في

فللمستأجر الفسخ فإن بادر المالك إلى الإعادة فالأقرب بقاء الخيار.
أقول: لأصالة بقاء ما كان على ما كان (ويحتمل) عدمه لأنه حال وجود الموجب لم يفسخ وبعده قد زال فينتفي حكمها (واعلم) أنه إما أن يفوت شيء من المنافع على المستأجر أو لا فإن كان الأول فله الفسخ قطعا وإن لم يفت فهي المسألة لأن النص على أن الانهدام سبب الخيار والشارع إذا علق حكما بوصف لم يعتبر حصول الحكمة التي هي مظنتها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ (ومن) حيث إنه لم يفت شيء من المنافع وقع عليها العقد والأصح الأول.

قاد دام ظله: ولو منعه المؤجر من التصرف في العين فالأقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الإمضاء فيطالب بأجرة المثل.
أقول: قال الشيخ يكون كالمتلف للمعقود عليه (ووجه) القرب أنه ملك المنافع وأتلفها عليه المالك تعديا فيجب عليه قيمتها فله أخذ القيمة وهي أجرة المثل (ومن) حيث إنه لم يمكنه مما وقع عليه العقد فله الفسخ (احتج) الشيخ بأنه لا يعقل وجوب عوض

ما أتلفه هو على غيره له لأنه يلزم الجمع بين العوض والمعوض وهو محال (والجواب) أنه يجب عليه قيمته وله المسمى فلم يجمع بين العوض والمعوض ولهذا مثال في الشرع وهو أنه إذا جنى البائع فعيب المبيع بعد القبض ثم أفلس المشتري مع بقاء العين و الثمن في ذمته فللبائع الرجوع بالعين وللمشتري على البائع أرش جناية يسقط منه أرش العيب أرش معاوضة فقد ضمن المشتري للبائع أرش جنائته فهنا أولى.
قال دام ظله: ولو غصبه أجنبي قبل القبض تخير المستأجر (إلى قوله)

الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى وفي الإمضاء فيطالب الغاصب بأجرة المثل، ولو ردت العين في الأثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطالب الغاصب بأجرة مثل الماضي وهل له الفسخ فيه ومطالبة المؤجر نظر، ولو كانت الإجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب أو حمل شئ فغصب العبد الخياط أو الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب فإن تعذر البذل تخير في الفسخ والإمضاء ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الإجارة وطالب المستأجر الغاصب بأجرة المثل خاصة وإن كان في ابتداء المدة، ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر جملاً

ومطالبة المؤجر نظر.

أقول: هذه المسألة كمسألة مضت في البيع وهي أنه إذا أتلّف غاصب أجنبي بعض المبيع كعبد من عبيدين قبل القبض، والكلام هنا في موضعين (أ) الفسخ وهو مخير فيه ولا يفسخ العقد بمجرد ذلك (بل) له إجازة الإجارة فله حينئذ استيفاء المنافع الباقية والرجوع على الغاصب بأجرة مثل الماضي وله الفسخ في الجميع لفوات المعقود عليه قبل قبضه لأن المعقود عليه هو المجموع ولم يحصل له بكماله وهل له الفسخ في الماضي خاصة ويستوفى المنافع في الباقي فيه نظر ينشأ (من) تبعض الصفقة وهو غير مقتضى العقد (ومن) اختصاصه بالمقتضي وهو فوات بعض المعقود عليه فيه لا في غيره والنقص الحاصل بالتبعض حصل في يد المؤجر ويده يد ضمان (ب) مطالبة المؤجر فإن كان قد قبض فله المطالبة بقسطه من المسمى وهو جزء منه نسبته إليه كنسبة أجرته إلى أجرة الكل وهذا لا إشكال فيه بل هل له مطالبته بأجرة المثل عن الماضي فيه نظر (من) حيث إنه مضمون في يده فيضمنه بقيمته (ومن) حيث إن العقد يقتضي ضمانه بما قبض عنه ولا نسلم أنه يقتضي ضمانه بالقيمة والأصل عدمه وهذا كإتلاف بعض المبيع والأصح عندي أنه لا يرجع عليه إلا بقسطه من المسمى فعلى هذا لو لم يقبض شيئاً من المسمى لم يكن له الرجوع عليه بشئ و يستقر الضمان على الغاصب، قال دام ظله: ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر

للحج فتنقطع السابلة فالأقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والإمضاء ولو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر

نظر ولو أخرج المالك في الأثناء لم تسقط عنه أجره السالف ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله.

السابع إمكان حصولها للمستأجر فلو أجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع وكذا لو أجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فإنها لا يقع

جملا للحج فينقطع السابلة فالأقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والإمضاء.

أقول: وجه القرب أنه قد حدث أمر يمنع استيفاء المنافع لأن الاحتراز عن الضرر المظنون واجب فكان للمستأجر الفسخ كما في الغصب قبل قبض المستأجر العين والمؤجر أيضا لحفظ عينه ويحتمل عدمه لأنه ملك المنافع ولم يتعذر عقلا استيفائها (ولأن) حكم الإجارة معلوم والخوف مظنون فلا يعارض المعلوم (والجواب) عن الأول أن الخوف رافع للقدرة الشرعية (وعن الثاني) أن وجوب العمل بالظن قطعي حاصل من مقدمتين قطعيتين هما أن المكلف العاقل حصل له ظن بحصول هذا الأمر المخوف وكل من حصل له ظن بمخوف وجب عليه اجتنابه والأولى وجدانية والثانية إجماعية ولقوله تعالى " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة " (١) واتفق الكل على أنه ما يظن به الهلاك غير الشرعي والإجماع على أن الضرر في مثل هذا الموضع جار مجراه والأقوى عندي الأول وهو تخير كل واحد منهما.

قال دام ظله: ولو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد ففي تخير المستأجر نظر.

أقول: ينشأ مما تقدم والأصح هو التخيير والفرق أن الأول نادر فالمنع جاء من أجل منفعة المستأجر خاصة.

قال دام ظله: فلو أجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن

(١) البقرة - ١٩١.

عن المستأجر وهل يقع عن الأجير الأقوى العدم ويصح الاستيجار للجهاد والحج والصلاة لمن لا تجب عليه ويقع عن المستأجر لكن يشترط في الصلاة الموت وكذا الصيام ولو استأجر ولي الميت عنه لصلاته الفايئة وجب على الأجير الإتيان بها على ترتيبها في الفوات فلو استأجر أجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب بين فعليهما فإن أوقعاه دفعة فإن علم كل واحد منهما بعقد الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وإن جهلا فكذلك وفي ضمان الولي إشكال، ويجوز الاستيجار

غيره لم يقع وكذا لو آجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فإنها لا تقع عن المستأجر وهل تقع عن الأجير الأقوى العدم.

أقول: حصول المنفعة للمستأجر لازم لصحة الإجارة لا يعقل انفكاكه عنه وإلا اجتمع العوضان لواحد فلا يتحقق المعاوضة هذا خلف إذا تقرر ذلك (فنقول) إذا استأجر انسان غيره لفعل عبادة لا يقبل النيابة في ذلك الوقت بطلت الإجارة قطعا فهنا مسئلتان (أ) مستطيع وجب عليه حج الاسلام وآجر نفسه ليحج نيابة عن غيره لم تقع الإجارة (ب) إذا آجر نفسه لغيره للصلاة الواجبة عليه أي على المؤجر لم تصح الإجارة فإذا أوقعها لم تقع عن المستأجر قطعا (وهل) تقع عن المؤجر قيل نعم (لأن) الإجارة علة في وجود الداعي إلى الصلاة بشرائطها وصفاتها فلا تبطل فإن علة الداعي لا تبطل الفعل كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فإنهما علتان للداعي ولا يبطلان الصلاة (ولأن) الإجارة والجماعة لو نافيا الإخلاص لم تصح الصلاة بهما عن الميت والأقوى البطلان لأن الفعل الواحد لا يكون له غايتان متنافيتان وغاية الصلاة التقرب والإخلاص لقوله تعالى: " وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين (١) وهذه الصيغة للحصر وهو مناف لكون حصول الأجرة غاية لكنه جعل الثاني غاية فينتفي الأول وانتفاء الإخلاص يوجب بطلان الصلاة والإجماع فرق بين هذه الصورة وبين الاستيجار عن الميت. قال دام ظلّه: ولو استأجر ولي الميت (إلى قوله) إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه الغار المفرط بعدم إعلامه (ومن) أنه سبب وهما مباشران

للزيارة عن الحي والميت وفي جواز الاستيجار على الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط أو الاحتياز نظر ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر أو المستأجر. الثامن أن تكون معلومة والإجارة إما أن تكون في الذمة أو على العين والعين إن لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الإطلاق وإلا وجب بيانها وعلى كل حال لا بد

من العلم بقدر المنفعة والأعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة ويحال غيرها عليها الأول الأدمي ويصح استيجاره (خاصا) وهو الذي يستأجر مدة معينة فلا يجوز له العمل لغيره فيها إلا بإذنه فإن عمل من دون الإذن فالأقرب تخيير المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأجرة المثل أو المسمى الثاني له أو لمستأجره (ومشتركا) وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة أو المدة، وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجرة به فإذا استؤجر لعمل قدر إما بالزمان كخياطة يوم أو بمحل العمل كان يستأجره لخياطة ثوب معين ويصح هذان في الذمة ومعينا فإذا عينه بالمحل وجب تعيين الثوب وطوله ونوع التفصيل ونوع الخياطة ولو جمع بين الزمان والمحل بطل للغرر ويعين في تعليم القرآن السور أو الزمان وفي الإرضاع يعين الصبي ومحل الإرضاع أهو بيتها فهو أسهل أو بيت الصبي فهو أوثق للولي في حفظه ومدته

(ولأنه) استأجرهما للفعل الصحيح ولم يوقعاه والعلم مقدور والتفريط منهما لأن ترك المقدور منسوب إلى القادر والأصح الأول لأن السبب هنا أقوى من المباشر لتغيره كمن قدم إلى غيره طعاما غصبه.

قال دام ظله: وفي جواز الاستيجار على الاحتطاب أو الاحتشاش أو الالتقاط أو الاحتياز نظر ينشأ (من) وقوع ذلك للمؤجر أو للمستأجر. أقول: بيني على أن تملك المباحات هل يحتاج إلى نية أم لا، والأقوى الأول لأنه إذا وجد في جوف السمكة شيئا كان له تملكه مع النية. قال دام ظله: ويصح استيجاره خاصا (إلى قوله) أو لمستأجره. أقول: على قول الشيخ تفسخ الإجارة (ووجه) القرب أنه ملك المنافع وهو أتلها عليه فيتخير (بين) الفسخ لفوات المنافع التي هي مملوكة له (وبين) الرجوع على المؤجر أو المستأجر الثاني بأجرة المثل أو بالمسمى الثاني وهو الأصح.

ولا تدخل الحضانة فيه وهل يتناول العقد اللبن أو الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبيغ في الصباغة وماء البئر في الدار الأقرب الأول لاستحقاق الأجرة به بانفراده دون الباقي بانفرادها والرخصة سوغت تناول الأعيان وعلى المرضعة تناول ما يدر به لبنها من المأكول والمشروب فإن أسقته لبن الغنم لم تستحق أجرا ولو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضا ويقدم قولها لو ادعته لأنها أمانة وله أن يؤجر أمته و

قال دام ظله: وهل يتناول العقد اللبن أو الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبيغ في الصباغة وماء البئر في الدار الأقرب الأول لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي (البواقي - خ ل) بانفرادها والرخصة سوغت تناول الأعيان.

أقول: يحتمل الثاني لأنه الإجارة موضوعة لاستحقاق المنافع فإن استحق بها عين للضرورة فهي تابعة ولقوله تعالى " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن (١) علق الإجارة بفعل الإرضاع لا باللبن وفائدة هذا أنه لو انقطع اللبن طول المدة فعلى الأول يفسخ وعلى الثاني وهي أن الإجارة وقعت للمنافع والأعيان تقع تابعة ويتخير المستأجر لأن انقطاع اللبن عيب ولو قيل بأن المعقود عليه كلاهما لأنهما جميعا مقصود إن كان حسنا فيفسخ العقد في الإرضاع ويسقط قسطه من الأجرة ويتخير المستأجر لتفريق الصفقة وإنما رخص في تناول الإجارة للأعيان هنا لأن الضرورة داعية إلى هذه العين ولا يجب على ربها بذلها مجانا والبيع لها ممتنع ويلزم الانتفاع بهذه العين المقصودة لوازم مضبوطة هي منافع فجعل الشارع الإجارة متناولة لهذه الأعيان ولأن الإجارة تتناول منافع معلومة فقد سومح فيها ما لا يتسامح في غيرها فلهذا عدل إليها.

قال دام ظله: فإن أسقته لبن الغنم لم يستحق أجرا ولو دفعته إلى خادمتها فالأقرب ذلك أيضا.

أقول: وجه القرب أن المقصود الرضاع ويختلف باختلاف المرضعات فيحمل مطلقه على المباشرة ولم يفعل المعقود عليه (ويحتمل) استحقاق الأجرة لوجود

مدبرته وأم ولده للإرضاع دون مكاتبته فإن كان لإحديهن ولد لم يجر له أن يوجرها إلا أن يفضل عن ولدها ولو كانت مزوجة افتقر المولى إلى إذن الزوج فإن تقدم الرضاع صح العقدان وللزوج وطبها وإن لم يرض المستأجر فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت الإجارة إن كانت معينة، ولو كانت مضمونة فالأقرب اخراج أجره المثل من تركتها ويكفي في العمل مسماه، ولو اختلف فالأقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها،

الإرضاع ولأن اللبن تابع لما تقدم والأصح عدم الاستحقاق أما المسمى فلأن المعقود عليه فعلها مباشرة وأما أجره المثل فلأنها متبرعة به.

قال دام ظله: فإن مات المرتضع أو المرضعة بطلت الإجارة إن كانت معينة ولو كانت مضمونة فالأقرب اخراج أجره المثل من تركتها.

أقول: وجه القرب أنه استحق هذه المنافع عليها وقد تعذر استيفاءها فيجب

قيمتها وهي أجره المثل وهو الأصح عندي (ويحتمل) انفساخ الإجارة أما في موت المرتضع فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يملك إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر وكان كانهدام الدار وأما المرضعة فلما قلنا من احتمال انصراف الإطلاق إليها وقال محمد بن إدريس يبطل بموت المرتضع أو المرضعة أو الأب لأنه المستأجر وقد اختار في موضع آخر من كتابه أن موت المستأجر غير مبطل للإجارة.

قال دام ظله: ويكفي في العمل مسماه ولو اختلف فالأقرب وجوب اشتراط الجودة وعدمها.

أقول: (وجه) القرب اختلاف الأغراض والأجر باختلافه فتركه غرر (ومن)

استحقاق المسمى وهو معلوم (والتحقيق) إن هذه المسألة راجعة إلى الاختلاف بالاشتداد والضعف في سببه وقد اختلف الناس على ثلاثة أقوال (أ) إنه اختلاف بالنوع وهو التحقيق (ب) إنه باعتبار اجتماع الأمثال (ج) إنه باعتبار اجتماع الأضداد (فعلى) الأول يجب اشتراط الجودة وعدمها وهذا اختيار المصنف وعلى الباقيين لا يشترط (فعلى الثاني) يجب مسمى العمل (وعلى الثالث) لا يكون الضد

ولو مرض الأجير فإن كانت مضمونة لم تبطل وألزم بالاستيجار للعمل وإن كانت معينة بطلت وكذا لو مات، ولو اختلف العمل باختلاف الأعيان فالأقرب أنه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الأغراض باختلاف الأعيان ويجوز الاستيجار لحفر الآبار والأنهار والعيون فيفتقر إلى معرفة الأرض بالمشاهدة وأن يقدر العمل بالمدة ولو قدر بتعين المحفور كالبئر وجب معرفة دورها وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه ويجب نقل التراب عن المحفور ولو تهور تراب من جانبه لم تجب إزالته كالدابة ولو وصل إلى صخرة لم يلزمه حفرها فله من الأجر بنسبة ما عمل وروي تقسيط أجر عشر قامات على خمسة وخمسين جزء فما أصاب واحدا فهو للأولى والاثنين للثانية وهكذا فإن عمل به احتمل تعديده فتقسم الخمسة على خمسة عشر ولو استأجره لعمل اللبن فإن قدره بالعمل

كالنوى في التمر وتراب العادة والشعير في الحنطة فيحمل على الجيد والأصح عندي ما جعله المصنف أقرب.

قال دام ظلّه: ولو مرض الأجير (إلى قوله) اختلاف الأعيان. أقول: الصحيح ما ذكره المصنف فإن الغرض لا يحصل من غير الناسخ فأشبهه ما لو أسلم إليه في نوع فسلم إليه غيره (ويحتمل) عدمه لأنه ثبت في ذمته النسخ مطلقا والأصح الأول لتعين كل ما تختلف الأغراض به وخصوصا الناسخ معتبر لاختلافهم في الجودة والصحة.

قال دام ظلّه: وروي تقسيط عشر قامات على خمسة وخمسين جزءا فما أصاب واحدا فهو للأولى والاثنين للثانية وهكذا فإن عمل به احتمل تعديده فيقسم الخمسة على خمسة عشر.

أقول: روى الشيخ في النهاية عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة

ثم عجز قال يقسم عشرة على خمسة وخمسين جزءا فما أصاب واحدا فهو للقائمة الأولى والاثنين

لاثنين، والثلاثة للثالثة وعلى هذا الحساب إلى عشرة ولم يتعرض الشيخ للإفتاء

(١) ثل ب ٣٥ خبر ٢ من كتاب الإجارة.

احتيج إلى عدده وموضع ضربه وذكر قلبه فإن قدره بقلب معروف وإلا احتيج إلى تقدير الطول والعرض والسلك ولا تكفي الحوالة على قلب مشاهد غير معروف ولو قدر البناء بالعمل وجب ذكر موضعه وطوله وعرضه وسلكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وجص فإن سقط بعد البناء استحق الأجر إن لم يكن لقصور في العمل كما لو بناه محلولا ولو شرط ارتفاع الحائط عشر أذرع فسقط قبلها لرداءة العمل وجب عليه الإعادة ولو استأجره لتطين السطح أو الحائط جاز وإن قدره بالعمل ويتقدر النسخ بالمدة والعمل فيفتقر في الثاني إلى عدد الورق والسطور والحواشي و دقة القلم فإن عرف وصف الخط وإلا وجبت المشاهدة، ويجوز تقدير الأجل بإجزاء الفرع أو الأصل والمقاطعة على الأصل ويعني عن الخطأ اليسير للعادة لا الكثير، و ليس له محادثة غيره وقت النسخ ويجوز على نسخ المصحف وعلى تعليم القرآن إلا مع الوجوب فيقدره بالعمل فيعدد السور أو بالزمان على إشكال ينشأ من تفاوت السور في سهولة الحفظ ولو قال عشر آيات ولم يعين السورة لم يصح ويكفي إطلاق الآيات

بها وعدمه وذهب في المبسوط وابن إدريس إلى تقسيط المسمى على أجرة المثل وهو الأقوى عندي (وتحمل) الرواية على أنه استأجره لاستيفاء التراب والحافر غيره والضابط فيما إذا أردنا أن نعلم من عدد أو مبدء عدد إلى عدد متكرر كم يكون أن يضرب ذلك العدد في نفسه وتزيد عليه جذره فما بلغ ن نصفه فالنصف هو المطلوب (مثاله) إذا أردنا أن نعلم من واحد إلى عشرة مكررا نضرب العشرة في نفسها تبلغ مئة وتزيد عشرة على المجموع ن نصفه صار خمسة وخمسين وهو المطلوب، أو نقول نزيد على العشرة واحدا ونضرب نصف العشرة في المجموع صار أيضا خمسة وخمسين ولو عملنا بالرواية هل يتعدى في غيره فيقسمه الخمسة على خمسة عشر فيه إشكال ينشأ (من) عدم النص ووجود العلة.

قال دام ظله: وعلى تعليم القرآن إلا مع الوجوب فيقدره بالعمل في عدد السور أو بالزمان على إشكال (ينشأ) من تفاوت السور في سهولة الحفظ أقول: (ومن) إطلاق الأصحاب على جواز تقدير العمل بالزمان وهو الأصح عندي

منها وحده الاستقلال بالتلاوة ولا يكفي تبعية (تتبع - خ ل) نطقه ولو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسي الأولى ففي وجوب إعادة التعليم نظر ويجوز جعله صداقا فلو استفادته من غيره كان لها أجر التعليم، ويجوز الاستيجار على تعليم الخط والحساب والآداب، وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه وعلى

قال دام ظلّه: ولو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسي الأولى ففي وجوب أعاد التعليم نظر.

أقول: ينشأ (من) أنه لا يصدق تعليم السورة أي حفظها إلا بحفظ آيها مجتمعة في القوة الحافظة لأن السورة هي جملة الآيات وإنما وقع العقد على المجموع ووجوب الأجزاء بالتبعية (ومن) أنه قد تعلم هذه الآية فيسقط عنه تعليمها فإذا نسيها لم يجب إعادة التعليم لأن الإجارة لا تقتضي التكرار (والتحقيق) إن هذه المسألة تبنى على مسألتين (أ) إن النسيان هل هو مقدور أم لا، ذهب الجبائيان إلى الأول لأنه عندهم ضد العلم والعلم مقدور وكلما كان أحد الضدين مقدورا كان الآخر مقدورا، وذهب القاضي عبد الجبار وأبو إسحاق إلى أنه غير مقدور لأنه عدم والعدم غير مقدور (فعلى الأول) لا تجب الإعادة لأنه بسبب المستأجر (وعلى الثاني) يبنى على الثانية وهي أنه هل السورة عبارة عن مجموع الآيات مع الهيئة الاجتماعية أو لا معها فإن كان الأول وجب

الإعادة وإن كان الثاني لم تجب لأن الجزء إذا لم نشترط في صحته اجتماعه مع باقي الأجزاء أجزاء والأقوى عندي أنه إن أمكن ولم يكن بتفريط المستأجر وجب الإعادة لأن الواجب هو فعل ما يوجب الحفظ عادة.

قال دام ظلّه: وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه.

أقول: البحث هنا في موضعين: (أ) من حيث الفرضية (ووجه) القرب أنه إذا تعين التعليم عليه كان من الواجبات المعينة فلا يجوز أن يأخذ الأجر عليها ولأن كلما هو في مقابله عوض لم يلزمه فعله عند عدم وصول العوض إليه وإلا لم يكن معاوضة ولم يكن العوض عوضا، ويلزمه كلما يلزمه فعله على تقدير عدم وصول

الختان والمداواة وقطع السلع والحجامة على كراهة أجره مع الشرط وعلى الكحل فيقدر بالمدة خاصة ويفتقر إلى تعيين المرة في اليوم أو المرتين والكحل على المريض ويجوز اشتراطه على الأجير، والأقرب جواز اشتراط الأجر على البناء ولو لم يحصل البرء في المدة استقر الأجر، ولو برء في الأثناء انفسخ العقد في الباقي فإن امتنع مع عدمه من الاكتحال استحق الأجير أجره بمضي المدة، ولو جعل له عن البرء صح

العوض فلا يكون في مقابلة عوض لكن هنا كذلك لأنه قد تعين عليه فلا تصح الإجارة ومع عدمه يجوز لوجود المقتضي وانتفاء المانع (أما الأول) فلأنه فعل مقصود (وأما الثاني) فلأنه لا مانع إلا وجوبه على الكفاية ولا يصلح للمانعية لأن جميع الصناعات واجبة على الكفاية فإن كلما تنتظم أمر النوع واجب على الكفاية (والحق عندي) أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أخذ الأجرة عليه والذي على الكفاية فإن كان لو أوقعه بغير نية لم يصح ولم يترك الوجوب به لا يجوز أخذ الأجرة عليه لأنه عبادة محضة وقال تعالى وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين (١) حصر غرض الأمر في انحصار غاية الفعل في الإخلاص وما يفعل بالعوض لا لذلك فلا يصح وغير ذلك يجوز أخذ الأجر عليه إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن (ب) في العمل وضبطه (فنقول) الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسبة عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال فيما أن يستأجره للتدريس فيه بتعيين المدة لا من يتعلم وما يتعلم فالأصح الصحة وجازت الجهالة للحاجة كالجهاد (ويحتمل) العدم لعدم الضبط وإما أن يستأجره مع تعيين من يتعلم أو ما يتعلم فلا بد من ضبط المسائل التي يتعلمها. قال دام ظله: والأقرب جواز اشتراط الأجر على البناء. أقول: (وجه) القرب أصالة الجواز ولأنه استأجر البناء على البناء وهو عمل وشرط عليه شيئاً آخر لا ينافي الكتاب والسنة ولقوله عليه السلام المؤمنين عند شروطهم (٢) (ومن) حيث إن الإجارة لا يتناول الأعيان والأصح الصحة.

(١) البينة - ٤ .

(٢) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ.

جعالة لا إجارة، ولو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز، ولو قدر الرعي بالعمل افتقر إلى تعيين الماشية فتبطل بموتها (ويحتمل) عدمه لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها وإن تلف بعضها بطل فيه ولو ولدت لم يجب عليه رعيها ولو قدره بالمدة افتقر إلى ذكر جنس الحيوان ولا تدخل الجواميس والبخاتي في إطلاق البقر والإبل لعدم تناول عرفا على إشكال ويذكر الكبر والصغر والعدد

قال دام ظله: ولو اشترط الدواء على الطبيب فالأقرب الجواز.
أقول: (وجه) القرب أنه شرط لا يخالف الكتاب والسنة ولما تقدم في اشتراط الأجير (ومن) حيث إنها لا تتناول الأعيان والفرق بينه وبين الكحال العادة.
قال دام ظله: ولو قدر الرعي بالعمل افتقر إلى تعيين الماشية فيبطل بموتها (ويحتمل) عدمه لأنها ليست المعقود عليها وإنما يستوفي المنفعة بها.
أقول: التقدير في الرعي بالعمل بأن يستأجره للرعي مدة معينة أو لرعي علف هذه الأرض المشاهدة المعينة بدوابه (فهل) يفتقر إلى تعيين الدواب التي يرعاها أم لا، قال شيخنا يفتقر وهو الأصح لاختلاف العمل باختلافها في النفور وعدمه والصعوبة والسهولة وكلما يختلف به يجب تعيينه، وقال الشيخ في المبسوط لا يجب التعيين لا في العدد ولا في الشخص بل له أن يسترعيه القدر الذي يرعاه مثله في العادة ويتفرع على ذلك أنه لو دفع إليه دواب فماتت، فإن قلنا التعيين شرط وعين بطلت الإجارة لأنها تناول عينا مخصوصة وقد تلفت فلا يتعدى إلى غيرها وإلا لم يتعين بالتعيين فلا يشترط التعيين لكنه شرط لما قلناه قوله رحمه الله ويحتمل عدمه أي عدم اشتراط التعيين هنا كما ذهب إليه الشيخ لأنها آلة يستوفي بها المنفعة وكانت كالقدوم في النجارة وآلة قطع الحشيش فعلى هذا لا يبطل بموت ما دفع إليه من الدواب أما لو عقد على أنه يرعى له هذه الدواب المعينة فهلكت بطلت الإجارة إجماعا.
قال دام ظله: ولا يدخل الجواميس والبخاتي في إطلاق البقر والإبل لعدم تناول عرفا على إشكال.
أقول: ينشأ (من) تعارض النقل والمجاز فإنه في العرف لا يستعمل فيهما غالبا

ويجوز الاستيجار للزرع ولحصاده وسقيه وحفظه ودياسه ونقله وعلى استيفاء القصاص في النفس والأعضاء وعلى الدلالة على الطريق وعلى البذرة فيجب تعيينها بالعمل ولا تكفي المدة وعلى الوكيل والوزن والعدد فيتعين بالعمل أو المدة وعلى ملازمة الغريم فتعين بالمدة وعلى الدلالة على بيع ثياب معينة وشرائها وعلى السمسرة (١) وعلى الاستخدام سواء كان الخادم رجلا أو امرأة حرا أو عبدا لكن يحرم عليه النظر إلى الأمة من دون إذن والي الحرية مطلقا.

الثاني الدواب فإذا استأجر للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظراً، ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج وأكاف وزاملة على ما يليق بالدابة فإن كان يركب على رحل للمستأجر وجب تعيينه فيجب أن يشاهد المؤجر الآلات فإن شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن وذكر الطول والعرض والغطا وجنسه أو عدمه، فإن عهد اتفاق المحامل كفي ذكر جنسها والوطاء وجنسه أو عدمه ووصف المعاليق إن شرط بما يرفع الجهالة والوزن أو المشاهدة.

(ومن) تعارض المجاز العرفي الغالب الذي لم يبلغ إلى حد الحقيقة والحقيقة اللغوية التي قل استعمالها ولم يبلغ إلى حد المجاز العرفي.
قال دام ظله: وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظراً.

أقول: معرفة الراكب شرط في إجارة الدواب للركوب وطرقها ثلاثة (ألف) وزن الراكب (ب) مشاهدته وتكفي إجماعاً (ج) وصفه فقيلاً يكفي وصفه في الضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً للاكتفاء بهما عادة ولأنه لولاه لزم الحرج وقيل الوصف التام كالمشاهدة في التخمين وهو الأصح عندي (وقيل) لا يكفي الوصف لأن الغرض يتعلق بنقل الراكب وخفته وضخامته ونحافته وكثرة حركاته وسكناته والوصف لا يفيد ذلك فيكون غرراً فلا يصح.

(١) جمع السمسار.

ولا بد من تعيين الراكبين في المحمل، ولا بد من مشاهدة الدابة المركوبة أو وصفها وذكر جنسها كالإبل ونوعها كالبخاتي أو العراب والذكورة والأنوثة فإن لم يكن السير إليهما لم يذكر، وكذا إذا كانت المنازل معروفة فإذا اختلفا فيه أو في السير ليلاً أو نهاراً حمل على العرف وإن لم تكن معروفة وجب ذكرها، وإذا شرط حمل الزاد وجب تقديره وليس له إبدال ما فنى بالأكل المعتاد إلا مع الشرط وإن ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله إبداله وإن شرط عدم الإبدال مع الأكل.

ويجب على المؤجر كل ما جرت العادة أن يوطي للركوب به للراكب من الحداجة (١) والقتب والزمام والسرّج واللجام والحذام أو البرذعة ورفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الأحمال وشدها وحطها والقياد والسابق إن شرط مصاحبته وإن أجره الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب وأجرة الدليل والحافظ على الراكب وعلى المؤجر إركاب المستأجر إما برفعه أو ببروك الجمل إن كان عاجزاً كالمرأة والكبير وإلا فلا، ولو انتقل إلى الطرفين تغير الحكم فيهما، وعلى المؤجر إيقاف الجمل للصلاة وقضاء الحاجة دون ما يمكن فعله عليه كصلاة النافلة والأكل والشرب، ولو استأجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب إلى العادة، وتقسم بالسوية إن اتفقا وإلا فعلى ما شرطاه وأن يستأجر نوباً مضبوطة أما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ، وأن استأجر للحمل فإن اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها وسرعتها وكثرة حركتها وجب ذكره فإن الفاكهة والزجاج تضره كثرة الحركة وبعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب وإلا فلا.

وأما الأحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة أو الوزن مع ذكر الجنس وذكر المكان المحمول إليه والطريق، ولو استأجر إلى مكة فليس له الإلزام بعرفة ومنى بخلاف ما لو استأجر للحج، ولو شرط أن يحمل ما شاء بطل ولو شرط حمل مئة رطل من (متن)

(١) الحدج بالكسر الحمل ومركب من مراكب النساء مجمع البحرين

الحنطة، فالظرف غيره فإن كان معروفا وإلا وجب تعيينه، ولو قال مئة رطل دخل
الظرف فيه، ولو استأجر للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف وتقدير
العمل بتعيينها أو بالمدة وتعيين البقر إن قدر العمل بالمدة، وإن استأجر للطحن وجب
تعيين الحجر بالمشاهدة أو الوصف وتقدير العمل بالزمان أو بالطعام ولا بد من مشاهدة
الدولاب إن استؤجر له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان أو بملاً البركة مثلاً
لا بسقي البستان لاختلاف العمل لقرب عهده بالماء وعطشه ولو كان لسقي الماشية
فالأقرب الجواز لقرب التفاوت ولو استأجر للاستقاء عليها وجب معرفة الآلة كالرواية
أو القربة بالمشاهدة أو الصفة وتقدير العمل بالزمان أو عدد المرات أو ملء معين، ويجوز
استيجار الدابة بآلاتها وبدونها ومع المالك وبدونه.

الثالث الأرض ويجب عليها وصفها أو مشاهدتها وتعيين المنفعة للزرع أو الغرس
أو البناء فإن أجرها لينتفع بها بمهما شاء فالأقرب الجواز ويتخير المستأجر في الثلاثة ولو
قال للزرع أو الغرس بطل لأنه لم يعين أحدهما ولو استأجر لهما صح واقتضى التنصيف
ويحتمل

قال دام ظله: ولو كان لسقي الماشية فالأقرب الجواز لقرب التفاوت.

أقول: ويحتمل عدمه للجهاالة والأصح عندي الجواز

قال دام ظله: وتعيين المنفعة للزرع أو الغرس أو البناء فإن أجرها

لينتفع بها بمهما شاء فالأقرب الجواز.

أقول: وجه القرب الأصل (ولأن) الإجارة عقد وضع لتمليك المنافع ففي أي

شئ شاء صرفها وإطلاق رواية محمد بن الحسن الصفار عن الحسن بن موسى الخشاب
عن غياث بن كلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام إن أباه كان
يقول

لا بأس بأن يستأجر الرجل الدابة والأرض والسفينة ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها

به إذا أصلح فيها شيئاً (١) ولم يشترط التعيين (وقيل) بوجوب التعيين أو النص على

التعميم وإلا لزم الغرر والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو قال للزرع أو الغرس بطل لأنه لم يعين أحدهما و

(١) ثل ب ٢٢ خبر ٢ من كتاب الإجارة.

التخيير، ولو آجرها لزرع ما شاء صح ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه أو يقصر عنه
في

الضرر على إشكال، ولو شرط الاقتصار على المعين لم يحز التخطي ولا إلى الأقل وكذا
التفصيل لو آجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس
ولا الزرع وإذا استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح
وإن كان نادرا فإن استأجرها بعد وجوده صح للعلم بالانتفاع وإلا فلا ولو آجرها على
أن لا ماء لها أو كان المستأجر عالما بحالها صح وكان له الانتفاع بالنزول فيها أو
وضع رحله وجمع حطبه وزرعها رجاء للماء وليس له البناء ولا الغرس.

ولو استأجر ما لا ينحسر عنه الماء غالبا للزرع بطل ولو كان ينحسر وقت الحاجة وكانت
الأرض معروفة أو كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها صح وإلا فلا، ولو استأجر ما لا
ينحسر عنه

الماء للزراعة لم يحز لعدم الانتفاع فإن علم المستأجر ورضي جاز إن كانت الأرض معلومة
وكذا إن كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع ولو كان الماء ينحسر على التدرج لم
يصح

لجهالة وقت الانتفاع إلا أن يرضى المستأجر، ولو أمكن الزرع إلا أن العادة قاضية بغرقها

لو استأجر لهما صح واقتضى التنصيف ويحتمل التخيير.

أقول: وجه الأول أنه استأجرها لمنفعتين والتشريك مع الإطلاق يحمل على
التساوي لاستحالة الترجيح من غير مرجح فعلى هذا له أن يزرع الكل لأن له العدول
من الغرس إلى الزرع لا العكس (ووجه) الثاني أنه ملك المنفعتين في كل جزء فیتخیر
والأول أقوى.

قال دام ظله: ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه أو يقصر عنه في
الضرر على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه شرط سائغ لا ينافي مقتضى العقد فلزم لقوله عليه السلام المؤمنون
عند شروطهم (١) (ومن) أن له استيفاء المنافع ولا فرق بين متساويين في استيفائها
وإلا نقص ضررا أنفع للمالك وهو استيفاء لدون حقه فجاز والأصح عندي الأول
للخبر المتقدم.

(١) ثل ب ٦ خبر ٥ ٢ ١ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ.

لم يجرز إجارتها لأنها كالغارقة ولو اتفق غرقه أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمستأجر إلا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق أو انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفي للزرع أو تفسد الأرض فيتخير في الإمضاء في الجميع ويحتمل بما بعد الأرش فإن فسخ رجوع إلى أجرة الباقي واستقر ما استوفاه، ويوزع على المدتين باعتبار القيمة وهي أجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة فإن تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضا، ويبقى الزرع إلى الحصاد وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ وأجرة المثل إلى الحصاد لأرض لها مثل ذلك الماء القليل، ويجب تعيين المدة في إجارة الأرض لأي منفعة كانت من زرع أو غرس أو بناء أو سكنى أو غير ذلك، ولا يتقدر بقدر ولا يجب اتصال المدة بالعقد فإن عين المبدء وإلا اقتضى الاتصال فإن استأجر لزرع فانقضت المدة قبل حصاده فإن كان لتفريط المستأجر كان يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب وإن كان لعروض برد أو شبهه فعلى المؤجر التبقية وله المسمى عن المدة وأجرة المثل عن الزائد وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على إشكال فإن زرع بغير إذنه لم يكن له المطالبة بإزالته إلا بعد المدة

قال دام ظله: ولا خيار للمستأجر إلا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق أو انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفي للزرع أو يفسد الأرض فيتخير في الإمضاء بالجمع ويحتمل ما بعد الأرش. أقول: وجه الأول أن إجازته هو تقرير للعقد الأول على ما بقي من المنافع كأنه كل المنافع (ووجه) الثاني أن الإجازة تقرير للعقد الأول ومقتضاه مقابلة الأجرة بجميع المنافع وهو يقتضي ملكية كل جزء منه في مقابلة كل منفعة منفعة منها فيلزم سقوط ما سقط عوضه وهو الأصح (واعلم) أن الأرش هنا هو أرش المعاوضة وهو جزء من المسمى نسبته إليه كنسبة نقص الأجرة عن المنافع الناقصة عن أجرة كمال المنافع.

قال دام ظله: وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على إشكال. أقول: يحتمل عدمه لأنه يملك المنافع هذه المدة وهو الأصح وذهب الشيخ في المبسوط إلى أن المالك يملك منعه لاحتياجه إلى المطالبة بالقلع والزرع ثابت

ولو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فإن شرط نقله بعد المدة لزم، وإن أطلق احتمال الصحة مطلقا وبقيد إمكان الانتفاع (فعلى الأول) احتمال وجوب الإبقاء بالأجرة ولو شرط

في ملكه ومثل ذلك يشق فجعل له المنع في الحال حتى يتخلص من ذلك ثم قال رحمه الله فإن زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع في الحال لأن له حق الانتفاع بالأرض في تلك المدة بالزراعة فهو مسبوق بمنفعته فلم يمنع من ذلك فإن انقضت كان له أن يطالب بالقلع لأن صاحب الأرض لم يأذن له في ذلك فهو في معنى الغاصب ولأنه لو لم يملك منعه لوجب إبقائه فيلزم قهر الغير على ملكه فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك (والجواب) المنع من الملازمة.

قال دام ظله: ولو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فإن شرط نقله بعد المدة لزم وإن أطلق احتمال الصحة مطلقا وبقيد إمكان الانتفاع (فعلى الأول) احتمال وجوب الإبقاء بالأجرة.

أقول: وجه الأول وجود المقتضي لصدور الإيجاب والقبول بالصيغة المعتبرة شرعا من مالكيهما الجائزي التصرف والمدة مضبوطة يمكن استيفاء منافعها وانتفاء المانع إذ ليس هنا إلا جواز القلع بعدها فلا يحصل الانتفاع معه وهذا لا يصلح للمناعية إذ ليس القلع بمتيقن لجواز الإبقاء بالأجرة شرعا أو صلحا، وعلم حصول استمرار الانتفاع إلى آخر المدة ليس بشرط في صحة الإجارة بل في انتفاء الخيار وليس بحثنا فيه وإلا لم يصح إجارته أصلا (ووجه الثاني) أنه لولا إمكان الانتفاع لكان قد استأجر عينا خالية عن المنافع فتبطل لأنه أولى من بطلان بيع عين لا ينتفع بها لأن الإجارة تمليك المنافع وإذا لم تكن منافع لم تصح وأما مع تحقق الانتفاع فكما لو حصل فصل فيها فلو جود المقتضي وانتفاء المانع (ووجه) وجوب الإبقاء أنه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل إدراكه ولأن عدم وجوب الإبقاء يستلزم عدم ملكية المستأجر منفعة متقومة مطلوبة بالإجارة فلا تصح (ويحتمل) عدمه وإلا لصح شرط الإبقاء بعد المدة لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق وهو يقتضي تجهيل العقد فلا يصح والأصح وجوب الإبقاء بأجرة المثل لأنه جمع بين الحقين لقوله عليه السلام ليس لعرق

التبقيّة إلى وقت البلوغ بجهل العقد ولو استأجرها للغرس سنة صح وله أن يغرس قبل الانقضاء فإن شرط القلع بعد المدة أو لم يشترطه جاز القلع ولا أُرش على أحدهما ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغراس فيتخير (بين) دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه (وبين) قلعهما مع أُرش النقص (وبين) إبقائهما بأجرة المثل، وإن استأجر للسكنى وجب مشاهدة الدار أو وصفها بما يرفع الجهالة وضبط مدة المنفعة والأجرة، ولو استأجر سنتين بأجرة معينة ولم يقدر لكل سنة قسطا صح ولو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أوفى قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى وفي إمضاء الجميع فيلزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك في ما سكن وله أن يسكن المساوي أو الأقل ضررا إلا مع التخصيص ويضع فيه ما جرت عادة الساكن من الرحل والطعام دون الدواب والسرجين والثقيل على السقف وله إدارة الرحى في الموضع المعتاد فإن لم يكن له التجديد ويجوز استيجار الدار ليعمل مسجدا يصلّي فيه

الفصل الثالث في الأحكام

إذا استأجر إلى العشاء أو إلى الليل فهو إلى غروب الشمس وكذا العشى إلا أن يتعارف الزوال ولو قال إلى النهار فهو إلى أوله ولو قال نهارا فهو من الفجر إلى الغروب

ظالم حق (١) واتفق الأصوليون على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث والملازمة ممنوعة.

قال دام ظله: ولو استأجرها للغرس سنة صح إلى قوله بأجرة المثل. أقول: وجه الاحتمال أنه وضع بإذن وهو غرس محترم ولقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم ليس

لعرق ظالم حق (٢) ومفهومه أن ما ليس بظالم له حق وهذا ليس بظالم (ويحتمل) عدمه وإلا لجاز اشتراطه في الإجارة فيتجهل ولأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها وإلا لم يكن له فائدة وهو الأصح.

(١) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الغصب.

(٢) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الغصب.

وليلا إلى طلوع الفجر وإذا نمت الأجرة المعينة في يد المستأجر فالنماء للمؤجر إن كان منفصلا فإن انفسخت الإجارة ففي التبعية إشكال بخلاف المتصلة وظهور البطلان فإنها تابعة فيهما والأقرب عدم إيجاب الخيوط على الخياط واستيجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر فإن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ لأنه المقصود و التقسيط والخيار، وفي إيجاب الحبر على الناسخ والكش (١) على الملقح والصبغ

الفصل الثالث في الأحكام

قال دام ظله: وإذا تمت الأجرة المعينة في يد المستأجر (إلى قوله) تابعة فيهما.

أقول: ينشأ (من) أنه نمي على ملكه (ومن) أنه تابع للأصل فلا يكون ملكه أقوى من ملكه وملك الأصل كان متزلزلا فكذا الفرع والأقوى الأول.

قال دام ظله: والأقرب عدم إيجاب الخيوط على الخياط.

أقول: وجه القرب أنها أعيان والإجارة إنما تتناول المنافع (ويحتمل) إيجابها عليه حملا للإطلاق على العادة والأقوى الأول.

قال دام ظله: واستيجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر و

إن ضمهما فانقطع اللبن احتمال الفسخ لأنه المقصود والتقسيط والخيار.

أقول: الحضانة هنا غير التي مرت وهي هنا عبارة عن حفظ الصبي وتعده بغسله

وغسل رأسه وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتكحيله وإضجاعه في المهد وربطه

وتحريكه في المهد لينام وحمله (ووجه) احتمال التقسيط أنه جعل العوض في مقابلة

شيئين قد فات أحدهما فيسقط قسطه ولأنهما جميعا مقصودان (ووجه) الاحتمال الآخر

أن الإجارة لا تتناول الأعيان إلا بالتبعية لأن الإجارة وضعت للمنافع فالأعيان تقع تابعة

فهي بمنزلة الصفات المكملة للمقصود ففقدتها عيب فيتخير في الفسخ والإمضاء بالجميع

لأن التابع لا يقابله جزء من العوض والأقوى الأول.

قال دام ظله: وفي إيجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ

(١) الكش بضم الكاف ما يلقح به النخل (المنجد).

على الصباغ إشكال ولو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه إذا كان الغصب بعد الإقباض ولا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستأجر خيار الفسخ وعلى المالك تسليم المفتاح دون القفل فإن ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر وليس له المطالبة ببدله، وعلى المالك تسليم الدار فارغة وكذا البالوعة والحش ومستنقع الحمام. فإن كانت مملوءة تخير فإن تجدد الامتلاء في دوام الإجارة احتمل وجوبه على المستأجر لأنه بفعله، وعلى المؤجر لتوقف الانتفاع عليه ولا يجب على المستأجر التنقية عند انتهاء المدة بل التنقية من الكناساة ورماد الأتون كالكناسة، ولو استأجر أرضاً للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل و لو اضطربت العادة بأن يستأجر مرة الأرض منفردة وتارة معه احتمل التبعية وعدمها ولو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى وأرش النقص والظرف على المستأجر وكذا الرشاء ودلو الاستقاء وينزع الثوب المستأجر ليلاً ووقت القيلولة ويجوز الارتداء به على إشكال دون الاتزار.

على الصباغ إشكال.

أقول: ينشأ من العادة وأن الإجارة لا تتناول الأعيان والأقوى الثاني. قال دام ظله: ولو استأجر أرضاً للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل ولو اضطربت العادة بأن يستأجر (مرة) الأرض منفردة (وتارة) معه احتمل التبعية وعدمها. أقول: وجه الأول أن الزراعة مفتقرة إليه والإجارة للزراعة كشرط الشرب وإلا لانتفت الغاية المقصودة (ووجه) الثاني الاقتصار على موجب اللفظ وإنما يزداد عليه لعرف مطرد وليس والأصح الأول. قال دام ظله: وينزع الثوب المستأجر ليلاً ووقت القيلولة ويجوز الارتداء به على إشكال دون الاتزار. أقول: ينشأ (من) انصراف العقد إلى اللبس المعهود لانصراف اللفظ إلى الحقيقة العرفية (ومن) أنه ملك منافعه ولأنه أخف، ومن ملك منفعة ملك الأخف

الفصل الرابع في الضمان

العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط في المدة وبعدها إذا لم يمنعها مع الطلب سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة ولو ضمنه المؤجر لم يصح فإن شرطه في العقد فالأقرب بطلان العقد فإذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة أو حملها الأزيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى وقت التلف وعليه أجره الزيادة ولا فرق في الضمان بعد أن تلف في الزيادة أو بعد ردها إلى المشترطة ولو تلفت بعد ردها إلى مالكها بسبب تعبها وشبهه ضمنها وإلا فلا ولا يسقط

الضمان بردها إلى المسافة ولو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الأجرة فإن تلفت فلا ضمان وإن انهدم الإصطبل إذا لم يكن مخوفا وكذا يد الأجير على الثوب الذي تراد خياطته أو صبغه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصا ولو تعدى في العين فغصبت ضمن وإن كانت أرضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره ولو سلك بالدابة الأشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الأجرتين ويحتمل أجره المثل وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا ولو شرط قدرا فبان الحمل أزيد

منها فالأضرار لا يجوز لأنه أضر.

قال دام ظله: ولو ضمنه المؤجر لم يصح فإن شرط في العقد فالأقرب بطلان العقد.

أقول: هذا كما ذكر في بطلان الشرط في البيع وقد مر.

قال دام ظله: وإذا تعدى الدابة المسافة المشترطة أو حملها الأزيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل أعلى القيم من وقت العدوان إلى التلف.

أقول: وجه الأول أنه وقت الضمان (ووجه الثاني) أنه كالغاصب ولأن نقصان القيمة السوقية إنما لم يضمن مع رد العين والأصح الثاني.

قال دام ظله: لو سلك بالدابة الأشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الأجرتين (ويحتمل) أجره المثل وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا.

فإن كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابة والزائد وإن كان المسمى والمؤجر فلا ضمان إلا في المسمى وعلى المؤجر رد الزائد ولا فرق بين أن يتولى الوضع من تولى الوكيل أو غيره وإن تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما ويضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقا كالقصار بخرق الثوب والحمال بسقط الحمل عن رأسه أو يتلف بعثرته والجمال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حملة، والملاح يضمن ما يتلف من يده أو جده (١) أو ما يعالج به السفينة والطبيب

والكحال والبيطار سواء كان مشتركا أو خاصا وسواء كان في ملكه أو ملك المستأجر وسواء كان رب المال حاضرا أو غائبا وسواء كان الحمل الساقط بالسوق أو القود آدميا أو غيره ولو أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه إياه غير معمول ولا أجر عليه وفي تضمينه إياه معمولا ويدفع إليه أجرته ولو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب خاصة للإذن في النقص ولا أجرة وكذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته في الموضوع الذي سلمه ولا أجر له

أقول: (وجه الأول) إنه استوفى المنافع المعقود عليها وزيادة فإن القصد الوصول إلى الغاية وقطع المسافة التي بين المبدء وبينها وشرط الأسهل فحصل الأشق فاشتركا في قطع المسافة وزاد هذا بالمشقة (ووجه) الثاني أن الزيادة غير متميزة وهو متعد بالجميع لأن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها. قال دام ظله: ولو استأجره لحياسة عشرة أذرع (إلى قوله) بنسبة الناقص. أقول: وجه الثاني أنه أتى بالمشترط وزيادة ولأنه إما أن يتسحق الأجرة بعدم الزيادة خاصة وهو محال بالضرورة أو بمجرد العمل وهو المطلوب أو بهما وهو محال أيضا (والجواب) إنه جاز أن يستحق بالعمل بشرط عدم الزيادة وهو الأصح.

(١) جدف الملاح السفينة - ساق السفينة بالمجداف - المجداف بالبدال المهملة وبالذال المعجمة خشبة طويلة مبسوطة أحد الطرفين تسيير بها القوارب - القارب السفينة الصغيرة ج قوارب (أقرب الموارد).

وتضمنينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجرة إلى ذلك المكان ولو استأجره لحياسة عشرة أذرع في عرض ذراع فنسجه زائدا في الطول أو العرض فلا أجر له على الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج فيها فإن كان حاكه زائدا في الطول خاصة فله المسمى وإن زاد فيهما أو في العرض احتمل عدم الأجر للمخالفة والمسمى وكذا لو نقص فيهما لكن هنا إن أوجبنا المسمى

أسقط بنسبة الناقص ولو قال إن كان يكفي قميصا فأقطعه فقطعه فلم يكف ضمن ولو قال هل يكفي قميصا فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه

قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا ومقطوعا وما بين القطعين ولا يبرء الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل في ملكه ولا يستحق الأجرة حتى يسلمه مفروغا فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق أجرة على إشكال ولو كان في ملك المستأجر برئ بالعمل واستحق الأجر به ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الأجرة ضمنها ولو اشتبه على القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه كان ضامنا وعلى المدفوع إليه الرد مع علمه فإن نقص بفعله ضمن ورجع على القصار ثم

قال دام ظله: ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا ومقطوعا وما بين القطعين.

أقول: وجه (الأول) أنه متعمد بهذا القطع ولم يحصل المأذون فيه (ووجه) الثاني إنه أذن في قطعه قميص رجل فقد أذن في القطع المطلق وقيده بهذا القيد فأوجده بقيد آخر فيضمن تفاوت ما بين القطعين والأصح الأول لأن القطع المأذون فيه لم يفعله وما فعله مضمون لأنه منهي عنه وكلما نهى من التصرفات في مال الغير فإنه يستعقب الضمان.

قال دام ظله: ولا يستحق الأجرة حتى يسلمه مفروغا فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق أجرة على إشكال.

أقول: (من) حيث إنها معاوضة تقتضي حصول العوضين معا ولم يحصل أحدهما فلا يحصل الآخر (ومن) حيث إنه استأجره على العمل وقد عمل والأقوى الأول.

طالبه بثوبه فإن هلك عند القصار احتمل الضمان لأنه أمسكه بغير إذن مالكه بعد طلبه وعدمه لعدم تمكنه من رده والشروط السايغة لازمة، فلو شرط أن لا يسير عليها ليلا أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها أو لا يسلك بها طريقا معيناً فخالف ضمن وإن تلفت لا بسبب فوات الشرط، وللمستأجر ضرب الدابة بما جرت العادة به وتكبيحها باللجام (١) وحثها على السير ولا ضمان، وللمعلم ضرب الصبيان للتأديب ويضمن لو جنى بتأديبه ولو ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة انسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت الجناية ضمن ولو أخذ البراءة ففي الضمان إشكال، ويضمن الراعي بتقصيره بأن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره أو يضربها بإسراف أو في غير موضع الضرب أو لا لحاجة أو يسلك بها موضعا يتعرض فيه للتلف ولو دفع إلى غيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع أجره مثل العمل إن كان ذا أجره عادة وإلا فلا ولو أجر مملوكة أو استأجر بإذنه فأفسد ضمن المولى في سعيه ولا يضمن الحمامي إلا مع الإيداع والتفريط ويصح إسقاط الأجرة المعينة بعد تحققها في الذمة والمنفعة الثابتة في الذمة ودون المنفعة المعينة ولو تسلم أجيرا ليعمل له صنعة فهلك لم يضمنه وإن

قال دام ظله: فإن هلك عند القصار احتمل (الضمان) لأنه أمسكه بغير إذن مالكه بعد طلبه (وعدمه) لعدم تمكنه من رده.

أقول: ذكر المصنف الوجهين والأصح عندي الأول والثاني ضعيف لا اعتبار به. قال دام ظله: ولو أخذ البراءة ففي الضمان إشكال.

أقول: إذا قطع سلعة صبي أو بالغ وأبرأه الولي أو البالغ مما يحصل من سرية القطع قبله فهل يؤثر الإبراء في عدم ضمانه أم لا قال المصنف فيه إشكال ومنشأه (من) أن الإبراء مما لم يجب لا يصح (ومن) أنه للضرورة (ومن) قول أمير المؤمنين عليه السلام من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو له ضامن.

(١) كبح الدابة باللجام جذبها به لتقف ولا تحري (المنجد).

(٢) ثل ب ٢٤ خبر ١ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات.

كان صغيراً أو عبداً ولو استأجر الدابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ولو سلم إلى المؤجر وقال إنه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصب ويحتمل بالنسبة ولو استأجر للقصاص ثم عفى سقط القصاص ولا أجره فإن اقتصر الأجير مع العلم ضمن ولا معه يستقر الضمان على المستأجر إن تمكن من الإعلام وإلا فإشكال.

قال دام ظله: ولو سلم إلى المؤجر وقال إنه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة.

أقول: إذا استأجره لحمل قفيز إلى مكان معين بأجرة مقدرة معلومة ثم سلم إليه المستأجر قدراً وقال له إنه قفيز وكذب في أخباره وكان المدفوع قفيزين مثلاً وتلفت الدابة بالحمل احتتمل ضمان النصف واحتمل التقسيط على الأصل والزيادة (ووجه) الأول أن التلف حصل من تغيره ومباشرة المؤجر ولأنها تلفت بسبب مضمون وغيره فكان كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة أو بالعكس (ووجه) الثاني إن كل قفيز مؤثر في التلف مثل الآخر فقسمت القيمة على الجميع لا متناع أن يجعل اثنان مؤثران ضعف تأثير الواحد قطعاً في مقابلة الواحد بخلاف الجراحات التي لا تنضب نكاياتها (مكاناتها - خ ل).

قال دام ظله: ولو استأجره للقصاص ثم عفا سقط القصاص ولا أجره فإن اقتصر الأجير مع العلم ضمن ولا معه يستقر الضمان على المستأجر إن تمكن من الإعلام وإلا فإشكال.

أقول: ينشأ (من) المباشرة والغرور وأيضا المستأجر لم يوجد منه إلا الاستيجار للقصاص والعفو وعدم الإعلام والأولان مباحان والثالث غير مقدور فلا يكلف به لاستحالة تكليف ما لا يطاق وإذا كان السبب مباحاً تعمدت للمكلف بأصل الشرع لا يتعقب الضمان والمؤجر فعل القتل وهو مباح له لاستحالة تكليف الغافل لكن هذه الإباحة حصلت بالجهل والغفلة لا بأصل الشرع ومثل هذه لا يسقط الضمان في قتل المعصوم الدم بخلاف إباحة أسباب المستأجر فإنها إباحة أصلية شرعية فكان المؤجر أقوى

الفصل الخامس في التنازع
لو اختلفا في أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع اليمين فإن وقع الاختلاف
بعد استيفاء المنافع وإتلاف الأجرة فإن كان المدعي المالك فله المطالبة بالمتخلف
من أجرة المثل وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان ولا ضمان في العين
وإن كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين إن أنكر المالك الأذن في التصرف ولم
يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل عن أجرة المثل إن كان، ولو اختلفا في قدر الأجرة
فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه، ولو اختلفا في
المدة فقال آجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه
ولو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فالأقرب التحالف فإذا
تخالفا قبل مضي شيء من المدة فسخ العقدان ويرجع كل منهما في ماله فإن رضي
أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد وإن كان بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى
ووجب أجرة المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك وتنقص عما يدعيه المستأجر (ويحتمل)

(ومن) أن هذه الإباحة في الحقيقة مستندة إلى المستأجر وهو علتها فكان أقوى من
المباشر لأن فعله أقوى وهو الصحيح.
قال دام ظله: ولو اختلفا في المدة فقال آجرتك سنة (إلى قوله)
بالنسبة من الدينار.

أقول: وجه القرب أن كل واحد منهما مدع منكر (ويحتمل) تقديم المالك
لأن المستأجر قد أقر باستحقاق الدينار وهو يدعي كونه في مقابلة شئيين واستحقاق
السنة الزائدة والمالك ينفيهما فكان القول قوله مع اليمين، وهذا قول ابن إدريس،
وقال الشيخ في باب المزارعة يستعمل القرعة (ووجه) احتمال استحقاق المنافع سنة
بالنسبة من الدينار اتفاقهما على استحقاق المستأجر منافع السنة والمالك يدعي الزيادة
على النسبة من الدينار وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز والقول قول المنكر مع
اليمين ولذلك حكمنا على المؤجر استحقاق المستأجر المنافع سنة وعدم ثبوت الزيادة
على نسبتها من الدينار.

مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار ولو قال المالك آجرتكها سنة
بدينار فقال بل استأجرتني لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك في ثبوت الأجرة
لأن السكنى قد وجدت من المستأجر فيفتقر إلى بينة تزيل عنه الضمان ولو اختلفا
في القدر المستأجر، فالقول قول المالك وكذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة،
ولو اختلفا في التعدي فالقول قول المستأجر وكذا لو ادعى الصانع أو الملاح أو
المكاري هلاك المتاع وأنكر المالك فالقول قولهم مع اليمين وكذا إن ادعى إباق
العبد من يده أو أن الدابة نفقت أو شردت وأنكر المالك ولا أجرة على المستأجر
مع اليمين ولو ادعى أن العبد مرض في يده وجاء به صحيحا قدم قول المالك ولو
جاء به مريضا قدم قوله ولو اختلفا في وقت الهلاك أو الإباق أو المرض فالقول قول
المستأجر لأن الأصل عدم العمل إن قدر به وقلنا يملك بالعمل وإلا فإشكال، وإن
قدر بالزمان قدم قول المالك فلو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول
المالك على رأي، فلو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط من

قال دام ظله: ولو اختلفا في وقت الهلاك أو الإباق أو المرض فالقول
قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل إن قدر به وقلنا يملك بالعمل وإلا فإشكال.
أقول: على القول بأن المؤجر يملك الأجرة ملكا تاما مستقرا بتسليم العين
الموضوعة للعمل لا بمجرد العمل لكن له مدخل في تلك الأجرة لانتفاء التمليك
بانتهائه إذا اختلف المتواجران في وقت الهلاك فقال المستأجر إن الهلاك في وقت
كذا وهو قبل العمل أو قبل القبض وقال المؤجر بل في وقت كذا وهو بعدهما (احتمل)
تقديم قول المستأجر لأن الأصل عدم العمل ولأنه ينكر وجوب العوض ولم يعترف
بوجود سببه التام (ويحتمل) تقديم قول المؤجر وهو مالك العبد أو الدابة لأن المستأجر
يدعي تقديم الهلاك أو الإباق على القبض والأصل عدمه.
قال دام ظله: ولو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول
المالك على رأي.
أقول: هذا اختيار الشيخ في كتاب الإجارة من الخلاف وابن إدريس لأن

الثوب أو المالك ولا أجره له وعليه الأرش ولو كانت الخيوط للخياط ففي أخذها نظر أقربه ذلك، فلو قال المالك أنا أشد في كل خيط خيطا حتى إذا سله عاد خيط المالك في مكانه لم يجب الإجابة وعلى رأي قدم قول الخياط فيسقط عنه الغرم و له أجره مثله بعد اليمين لا المسمى إن زاد لأنه لا يثبت بقوله، ولو غصبت العين فأقر المؤجر بالملكية له قبل في حقه دون المستأجر وللمستأجر مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة، ولو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعي الصحة، ولو قال آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر

الأصل عدم الإذن الذي يدعيه الخياط ولأنه أحدث فيه نقصا وهو يدعي أنه مأذون فيه والأصل عدمه ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قول المالك فكذا إذا اختلفا في صفة لأن عدم الموصوف علة لعدم الصفة وقال الشيخ في كتاب الوكالة من الخلاف القول قول الخياط لأن الأصل عدم تفريطه والأصح الأول.

قال دام ظلّه: ولو كانت الخيوط للخياط ففي أخذها نظر أقربه ذلك.

أقول: مبني هذه المسألة أن الخيوط على الخياط في استيجاره للخياطة مطلقا وقد تقدم الكلام فيها وقد قرر المصنف تقديم قول المالك ونفى الأجره عنه والخيوط تتبع الأجره على هذا التقدير فحيث لا أجره لا يملك المالك الخيوط فكان للخياط أخذها وهذا هو الأقرب عند المصنف والأصح عندي (ويحتمل) ضعيفا منعه لأنه أقر بكونها مستحقة للمالك والأجره مستحقة له والمالك ظالم في منعه الأجره فلا يقابل الظلم بالظلم وليس بجيد لأن أحد العوضين إذا منعه من هو عليه لم يستحق أخذ الأجره فلما حلف المالك تعذر أخذ الأجره فإنه يفسخ في الخيوط.

قال دام ظلّه: ولو قال آجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر.

أقول: منشأه (من) أنه يدعي الصحة والمالك يدعي البطلان فيقدم قول مدعي الصحة (ومن) أصالة عدم إجارة سنة والأصل في ذلك أنه إذا ادعى مدعي الصحة (الصحة - خ)

نظر فإن قدمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد في الشهر الأول

بزيادة يتضمنها والأصل (١) عدمها (هل) يكون القول قوله لإطلاق الأصحاب (أم لا) لأصالة العدم الأولى الثاني فيتعارضان فيقدم قول نافي الزيادة وإنما يقدم قول مدعي الصحة قطعاً فيما لم يشتمل الصحة على زيادة كما إذا ادعى أحدهما إجارة كل شهر

بدينار وادعى الآخر إجارة شهر واحد معين بدينار.

قال دام ظله: فإن قدمنا قول المالك فالأقوى صحة العقد في الشهر الأول.

أقول: هذا إذا كان قسط هذا الشهر درهما (ووجه القوة) اتفاهما على وقوع الإجارة في الشهر الأول بدرهم لكن أحدهما يدعي وقوعه على وجه يبطل والآخر يدعي وقوعه

على وجه يصح فكان القول قول الآخر (ويحتمل) ضعيفا البطلان لأنه مقتضى قول المالك وقد

قدمناه كما تقدم والأصح عندي الأول (لا يقال) إنهما لم يتفقا على صحة الإجارة في الشهر الأول

بل إنما يصح على قول المستأجر وتبطل على قول المؤجر فالقطع بثبوته في الشهر الأول. لا وجه له (لأننا نقول) هذا الكلام لا وجه له، والغلط ينشأ من عدم تحرير المبحث فإن البحث إنما هو فيما إذا اتفقا على وقوع عقد وعلى تناوله شيئاً معيناً ولو ضمنا من زمان أو غيره ثم اختلفا في صحة العقد وبطلانه فإن لم يشتمل دعوى الصحة على زيادة الأصل عدمها وكان المتفق عليه كل المراد كان القول قول مدعي الصحة إجماعاً وإن اشتملت على زيادة الأصل عدمها وكان المتفق عليه بعض المراد ففيه البحث والمسألة الأولى تقدمت وهذه المسألة الثانية فيحتمل الصحة في ما اتفقا عليه لا في الزيادة بمعنى تقديم قول مدعي الصحة فيه لوجود المقتضي وهو اتفاهما على وقوع عقد وعلى تناوله للشهر الأول وعدم المانع فيه لأن نفي الزيادة التي يدعيها، لا يقتضي البطلان فيه (ويحتمل) تقديم قول المالك في نفي العقد المقتضي لذلك لأنه منكر، وسبب الاشتباه أنهم قالوا يقدم قول مدعي الصحة في ما اتفقا على تناول العقد إياه فيوهم قولهم اتفقا على صحته

(١) الواو حالية.

وكذا الإشكال في تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره معلومة أو عوضا معيناً وأنكر المالك التعيين فيهما والأقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى المقصد الثاني في المزارعة وفيه فصلان

الأول في أركانها وهي أربعة الأول العقد، المزارعة مفاعلة من الزرع وهي معاملة على الأرض بالزراعة بحصة من نمائها ولا بد فيها (من إيجاب) كقوله زراعتك أو عاملتك أو ازرع هذه الأرض على إشكال أو سلمتها إليك للزرع وشبهه

قال دام ظلّه: وكذا الإشكال في تقديم قول المستأجر لو ادعى أجره مدة معلومة أو عوضا معيناً وأنكر المالك التعيين فيهما فالأقوى التقديم في ما لم يتضمن دعوى.

أقول: وجه القوة أنه مع تضمن الدعوى الزائدة يكون على خلاف الأصل ويكون الآخر منكراً فيلزم من تقديم قول المستأجر تقديم المرجوح وهو على خلاف الأصل على الراجح وإبطال الراجح وهو باطل (ويحتمل) التقديم مطلقاً لعموم الأصل المقدم وهو تقديم مدعي الصحة.

المقصد الثاني في المزارعة قال دام ظلّه: ولا بد فيها من إيجاب زراعتك أو عاملتك أو ازرع هذه الأرض على إشكال.

أقول: (من حيث) أن الشارع لم يضع للإنشاء إلا صيغة الماضي (ومن) دلالة على المقصود ولجواز جهالة العمل والعوض فهنا أول وللرواية الحسن بن محبوب عن جابر بن جرير (حريز - خ ل) عن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن

رجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر فقال لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الأرض ازرع لي أرضك ولك منها كذا و

مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها (ومن قبول) وهو كل لفظ أو فعل دل على الرضا، وهو عقد لازم من الطرفين لا يبطل إلا بالتقاييل لا بموت أحدهما ولا بد في العقد من صدوره عن مكلف جازي التصرف، ولو تضمن العقد شرطا سايغا لا يقتضي الجهالة لزم ولو عقد بلفظ الإجارة لم تنعقد وإن قصد الإجارة أو الزراعة نعم يجوز إجارة الأرض بكل ما يصح أن يكون عوضا في الإجارة وإن كان طعاما إذا لم يشترط أنه مما يخرج من الأرض ويكره أن يشترط مع الحصة شيئا من ذهب أو فضة. الثاني في تعيين المدة ولا بد من ضبطها بالشهور والأعوام ولا يكفي تعيين المزروع عنها ويجوز على أكثر من عام واحد من غير حصر إذا ضبط القدر ولو شرط مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح ولو علم القصور فإشكال، ولو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرض أو التبقية بالأجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه

كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط الحديث (١) فإذا جاز القبول بهذه الصيغة فجواز الإيجاب بالأمر أولى، وعن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان أنه قال في الرجل يزرع أرض غيره فيقول ثلث للبقر وثلث للبدر فقال لا يسمي شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول ازرع ولي فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً (٢) والأصح أنه لا يصح إلا بلفظ الماضي وكذا في كل عقد لازم. قال دام ظله: ولو شرط مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح ولو علم القصور فإشكال.

أقول: ينشأ (من) امتناع المنفعة المقصودة من العقد التي هي شرط (ومن) وجوب الإبقاء لأنه زرع بحق والأقوى بطلان العقد. قال دام ظله: فلو ذكر مدة يظن الإدراك (إلى قوله) وتأخير المياه. أقول: وجه القرب أن التصرف في ملك الغير بغير إذنه قبيح عقلاً فالإذن الأول

(١) ثل ب ٨ خبر ٨ من كتاب المزارعة.

(٢) ثل ب ٨ خبر ٥ من كتاب المزارعة.

ولو اتفقا على التبقية بعوض جاز إن كان معلوما، ولو شرط في العقد تأخيره عن المدة إن بقي بعدها فالأقرب البطلان، ولو ترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه أجره المثل ولو كان استأجرها لزمه المسمى ولا يشترط اتصال المدة بالعقد.

الثالث إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع بأن يكون لها ماء إما من بئرا ونهر أو عين أو مصنع وكذا إن أجرها للزرع ولو زارعا لها ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم لكن في الأجرة يثبت المسمى ولو استأجرها ولم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ وكذا لو شرط الزراعة وكانت في بلاد تشرب بالغيث غالبا ولو انقطع في الأثناء فللزراع الخيار إن زارع أو استأجر له وعليه أجره ما سلف.

الرابع الحصة ويشترط فيها أمران العلم بقدرها والشياع فلو أهمل ذكرها بطلت وكذا لو جهلا قدرها أو شرطا جزء غير مشاع بأن يشترط أحدهما النماء بأجمعه له أو يشترط أحدهما الهرف (١) والآخر الأفل أو ما يزرع على الجداول والآخر في غيرها أو يشترط أحدهما قدرا معلوما من الحاصل كعشرة أقفزة والباقي للآخر

لا يتناول ما بعد المدة المدة المشروطة فلا يجبر على التبقية (ويحتمل) الوجوب لإذنه في الشروع والقلع ضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ولأنه ليس لعرق ظالم (٢) وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو شرط في العقد تأخيره عن المدة إن بقي بعدها فالأقرب البطلان.

أقول: وجه القرب أنه يقتضي تجهيل المدة ولأن للشرط جزءا من أحد العوضين فيتجهل بجهله (ومن) حيث إنه قد شرط ما يقتضيه إن قلنا أنه مع الإطلاق يجب التبقية ولأصالة الجواز والأصح الأول.

(١) هرف الرجل نمى ماله - كأهرف (أقرب الموارد) والهرف هو المتقدم من الزرع والأفل بالفاء خلافه (في حاشية بعض نسخ القواعد).
(٢) هكذا في النسخ والظاهر سقوط لفظة (حق).

ولو شرطاً أن يكون الباقي بعد العشرة بينهما أو شرطاً اخراج البذر أولاً والباقي بينهما بطل على إشكال ويجوز التفاضل في الحصة والتساوي ولو شرط أحدهما شيئاً على الآخر يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة صح على رأي.

الفصل الثاني في الأحكام

إطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع أي نوع شاء ويتعين بالتعيين فإن زرع الأضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الأرش وبين أجره المثل، ولو زرع الأخف تخيير المالك بين الحصة مجاناً وأجره المثل ولو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر إلى تعيين كل منهما وللمزارع أن يشارك غيره وأن يزارع عليها غيره وإن لم يأذن المالك نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة وخراج الأرض ومؤنتها على المالك إلا أن يشترطه على العامل، وتصح المزارعة إذا كان من أحدهما الأرض خاصة ومن الآخر البذر والعمل والعوامل وكذا إن كان البذر لصاحب الأرض أو العمل منه أو كان البذر منهما سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا وسواء تساويا في البذر أو تفاوتاً، وفي صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل

قال دام ظلّه: ولو شرط أن يكون الباقي بعد العشرة بينهما أو شرطاً

اخراج البذر أولاً والباقي بينهما بطل على إشكال.

أقول: أما الإشكال في الأولى فينشأ (من) قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) (ومن) أنه يمكن أن لا يخرج إلا ذلك القدر فيختص الحاصل بأحدهما وهو غير جائز

إجماعاً وإذا تساوى احتمال الصحة واحتمال البطلان بطل العقد والأصح عندي البطلان وأما الإشكال في المسألة الثانية وهو البذر فممنشأه اختلاف الأصحاب فجوزه الشيخ

وابن إدريس ومنعه كثير من الأصحاب وهو الأصح عندي لما قلناه.

قال دام ظلّه: ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة صح على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ (وقيل) بالمنع والأول أقوى للأصل.

قال دام ظلّه: وفي صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لو كان البذر

(١) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار.

من رابع وكل مزارعة فاسدة فإن الزرع لصاحب البذر وعليه أجرة الأرض والفدان (١) ولو كان البذر من المالك فعليه أجرة العامل، والإطلاق يقتضي كون البذر على العامل ويحتمل البطلان، ولو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر ولو كان من مال المزارعة فهو لهما ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فإن قبل كان استقراره مشروطاً بالسلامة فلو تلف بآفة سماوية أو أرضية أو نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فإباحة على إشكال.

من ثالث والعوامل من رابع.

أقول: ينشأ من أصالة الصحة (ومن) عدم وروده في الشرع والأسباب متلقاة من الشرع.

قال دام ظله: والإطلاق يقتضي كون البذر على العامل (ويحتمل) البطلان.

أقول: وجه الأول أنه الغالب من عادة المزارعين والإطلاق يحمل على الغالب ولقول أبي عبد الله عليه السلام لما سئل عن المزارع قال النفقة منك والأرض لصاحبها (٢)

(وأجيب) بأن المفرد المحلى بلام الجنس لا يفيد العموم (ووجه الثاني) صحة كونه من كل منهما فيكون أعم منهما والعام لا دلالة له على الخاص فيبطل للجهاالة وهو الأصح عندي.

قال دام ظله: ولو تلف بآفة سماوية أو أرضية أو نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فإباحة على إشكال

أقول: قال الشيخ في النهاية ومن زارع أرضاً على ثلث أو ربع وبلغت الغلة جاز لصاحب الأرض أن يخرص عليه الغلة ثمرة كانت أو غيرها فإن رضي الزارع بما خرص أحدهما كان عليه حصصه صاحب الأرض سواء نقص لخرص أو زاد وكان له الباقي فإن هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء واعترضه

(١) الفد بتخفيف الدال - هي البقر التي يحرق عليها أهلها (مجمع).

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٢ من كتاب المزارعة.

وإذا اختلف أنواع الزرع جاز الاختلاف في الحصة منها والتساوي، ولو كان في الأرض شجر وبينه بياض فساقاه على الشجر وزارعه على البياض جاز وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي إشكال ينشأ (من) احتياج المزارعة إلى السقي ولو آجر الأرض بما يخرج منها لم يصح سواء عينه بالجزء المشاع أو المعين أو الجميع، ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر في قدر الحصة ولو أقاما

ابن إدريس بأنه إن كان بيعا فهو مزبنة باطل (١) وإن كان صلحا فإن كان من هذه الثمرة بطل للغرر وإن كان في ذمة العامل لم يسقط شيء بتلفه بأفة سماوية وغيرها (واحتج) الشيخ برواية يعقوب بن شعيب الصحيحة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن المزارعة فقال النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسم على الشرط وكذلك قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خبير قوما أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها

على أن لهم نصف ما أخرجت فلما بلغ الثمر أمر عبد الله بن رواحة بخرص النخل فلما فرغ منه خيرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعا فإن شئتم فخذوه وردوا علينا نصف ذلك وإن شئتم أخذناه وأعطيناكم نصف ذلك فقالت اليهود بهذا قامت السماوات والأرض (٢) وليس يبيع بل هو تقبل أو صلح وجاز مع الجهل لأن مبني عقد المزارعة على الجهالة فلم يضر فيه فممنشأ الإشكال الذي ذكره المصنف من هذا فإنه لو لم يكن إباحة لم يكن فيه فائدة إن لم نقل بقول الشيخ فلا يسوغ والأصح أنه إباحة فلا يحتاج إلى عقد جديد أو إباحة جديدة (ويحتمل) احتياجه إلى إباحة جديدة لأن العقود الفاسدة لا يحصل منها إباحة.

قال دام ظله: ولو كان في الأرض شجر (إلى قوله) إلى السقي. أقول: (ومن) حيث إن الشارع وضع لكل منهما لفظا خاصا والأصح أنه لا يصح.

قال دام ظله: ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب

(١) كذا في النسخ والظاهر (باطلة).

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٧ من أبواب بيع الثمار.

بينه احتمال تقديم بينة الآخر (وقيل) القرعة ولو ادعى العامل العارية والمالك الحصة أو الأجرة قدم قول المالك في عدم العارية وله أجرة المثل مع يمين العامل ما لم تزد عن المدعي وللزارع التبقية إلى وقت الأخذ أما لو قال غصبتنيها فإنه يحلف ويأخذ الأجرة والأرش إن عابت وطم الحفر وإزالة الزرع.
المقصد الثالث في المساقاة

وفيه فصلان

الأول في أركانها وهي خمسة: الأول العقد، المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها وهي مفاعلة من السقي وسميت به لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إليه لأنهم يسقون من الآبار وهي عقد لازم من الطرفين ولا بد فيه (من إيجاب) دال على المقصود

بلفظ المساقاة وما ساواه نحو عاملتك وصالحتك واعمل في بستاني هذا أو سلمت إليك مدة كذا (وقبول) وهو اللفظ الدال على الرضا ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال ينشأ (من) اشتراط العلم في الأجرة إذا قصدت أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا ولا تبطل بموت أحد المتعاملين.

البذر في قدر الحصة ولو أقاما بينة احتمال تقديم بينة الآخر (وقيل) القرعة. أقول: وجه الاحتمال الأول أنه الخارج ولأن كل من كان القول قوله كانت البينة بينة الآخر وحيث القول قول المالك فالبينة بينة الآخر ولأنه يدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل ولو ترك الخصومة لترك (وقيل) بالقرعة واختاره الشيخ في بعض كتبه لأن الربح هنا تابع للعمل ورأس المال ولا ترجيح والأقوى عندي الأول.
المقصد الثالث في المساقاة

وفيه فصلان (الأول) في أركانها

قال دام ظله: ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على إشكال ينشأ (من) اشتراط العلم في الأجرة إذا قصدت أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا.

الثاني متعلق العقد وهو الأشجار كالنخل وشجر الفواكه والكرم وضابطه كل ماله أصل ثابت (نابت خ ل) له ثمرة ينتفع بها مع بقاءه، وفي المساقاة على مالا ثمرة له إذا قصد ورقه كالتوت والحناء إشكال أقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه والبقل والبطيخ والبادنجان وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع ولا تصح على مالا ثمرة له ولا يقصد ورقه كالصفصاف ولا بد أن يكون الأشجار معلومة ثابتة فلو ساقاه على ودي غير مغروس ليغرسه بطل وأن لا تكون الثمرة بارزة فتبطل إلا أن يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمرة وإن قل كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة لا ما لا يزيد كالجداد ونحوه ولا بد أن يكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على

أقول: مراد المصنف أن العاقد قصد بلفظ الإجارة هنا المساقاة مجازا فإنه لو قصد الإجارة بطل قطعاً لجهالة العوض والإشكال هنا في أنه هل يصح عقد المساقاة بلفظ الإجارة مجازاً ينشأ (من) حيث إن السبب في الانتقال بالعقود بالألفاظ التي وضعها الشارع فلا اعتبار بالمجاز حينئذ لأنه لم يكتف بقصد المعنى بأي لفظ اتفق بل اعتبر اللفظ الذي وضعه (ومن) أصالة الصحة وعموم قوله تعالى أوفوا بالعقود (١) (ووجه) التجوز المشابهة بين العقدين في أن كل واحد منهما يشتمل على العمل وهو المقصود والأصح عندي أنه لا يصح لأن كل لفظ هو صريح في عقد خاص لا في غيره إذا أطلق

إن أمكن تقييده في موضعه صح فيه وإلا بطل. قال دام ظلّه: وفي المساقاة على ما لا ثمرة له إذا قصد ورقه كالتوت و الحناء إشكال أقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه. أقول: وجه القرب أن معنى الثمرة موجود فيه واللفظ تابع للمعنى ويحتمل عدمه للنص على أن المساقاة على شجر له ثمرة ولا يسمى هذا ثمرا لغة ولا عرفاً ولأنه يدخل في بيع الأصل أما بالأصالة ولا شئ من الثمرة كذلك والأصح الأول (ووجه القرب) في الثانية وهو الورد وشبهه أنه يعد ثمرة لاشتراكهما في المعنى المقتضي لإطلاق اللفظ عليه (ويحتمل) عدمه لأنه لا يسمى ثمرة عرفاً والأصح الأول أيضاً.

(١) المائة - ١.

وإذا مغروس مدة لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً أو متساوياً بطل ولو علم أو ظن حصول الثمرة فيها صح ولو ساقاه عشر سنين وكانت الثمرة لا يتوقع إلا في العاشرة جاز ويكون ذلك في مقابلة كل العمل وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر إلى السقي.

الثالث المدة ويشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنة والشهر لا بما يحتمل الزيادة والنقصان، ولا تقدير لها كثرة فتجوز أكثر من ثلاثين سنة أما القلة فتقدر بمدة تحصل الثمرة فيها غالباً فإن خرجت المدة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل ولو ظهرت فلم تكمل فهو شريك، والأقرب عدم وجوب العمل عليه ولو قدر المدة بالثمرة فإشكال، ولو مات العامل قبل المدة لم يجب على الوارث القيام به فإن قام الوارث به وإلا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل فإن لم يكن تركته أو تعذر

قال دام ظلّه: ولو ظهرت ولم تكمل فهو شريك والأقرب عدم وجوب العمل عليه.

أقول: وجه القرب أنه إنما شرط العمل مدة معينة فلا يجب بعدها ولأنه لو وجب لم يشترط تعيين المدة في المساقاة لكن التالي باطل لأنها معاملة على شيء يفتقر إلى أجل فلا بد من ضبطه فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة (ويحتمل) الوجوب لأنه إنما يستحق العامل الحصة بتمام العمل وكمال الثمرة والأصح الأول.

قال دام ظلّه: ولو قدر المدة بالثمرة فإشكال.

أقول: ذهب ابن الجنيد إلى جوازه لما رواه يعقوب بن شعيب، في الصحيح، عن الصادق عليه السلام عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج قال لا بأس (١)، (ولأن) المقصود من هذا العقد الثمرة ألا ترى أنه إذا أقت بزمان معين فإن الشرط أن يعلم أو يظن إدراكها فيه (ولأنه) يؤدي إلى النزاع والمشهور اشتراط تعيين الأجل وهو الأصح للنهي عن الغرر.

(١) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب المزارعة وفيه ما أخرجه الله عز وجل منه.

الاستيجار فللمالك الفسخ فإن ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه من العمل أو بيع جميعه، ولو لم تظهر الثمرة ففسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت وجبت أجرة المثل عما مضى ولو كان معينا بطلت قبل الظهور فله الأجرة. الرابع العمل ويجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره فإن أطلقا عقد المساقاة اقتضى الإطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمرة وزيادتها كالحرث تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء (ئه خ. ل) الماء وإصلاح طرق السقي والأجاجين وإزالة الحشيش المضر بالأصول وتهذيب الجريد (البحرين خ - ل) (١) من الشوك

وقطع اليابس من الأغصان وزبارة (٢) الكرم وقطع ما يحتاج إلى قطعه والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة واللقاط والجداد وأجرة الناطور وإصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة إليه وحفظها على رؤس النخل وبعده حتى يقسم وعلى صاحب الأصل بناء الجدار وعمل ما يستقي به من دولا ب أو دالية وإنشاء النهر والكش للتلقيح على رأي، وفي البقر التي تدير الدولا ب تردد ينشأ (من) أنها ليست من العمل فأشبهت الكش (ومن) أنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث ولو احتاجت الأرض إلى التسميد فعلى المالك شراؤه وعلى العامل تفريقه فإن أطلقا العقد فعلى كل منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاه كان تأكيدا وإن شرط أحدهما شيئا مما يلزم الآخر صح إذا كان معلوما إلا أن يشترط العامل على المالك جميع العمل فتبطل ويصح اشتراط الأكثر، ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك صح ولو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل

قال دام ظلّه: والكش للتلقيح على رأي.

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط إلى أن الكش على صاحب النخل لأنه عين مال و لا شيء من عين المال بواجب على العامل لأن عقد المساقاة إنما يتناول العمل لا غير وأوجه ابن إدريس على العامل لأنه به يتم نماء الثمرة وصلاحها وعمله وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والأصح الأول.

قال دام ظلّه: ولو شرط أن يكون عمل الغلام لخاص العامل فالأقرب

(١) البحرين - موضع تحفيف التمر ونحوه.

(٢) الزبارة - بالضم الخوصة حين تخرج من النواة - الخوصة ورق الشجر (أقرب).

فالأقرب الجواز، ويجب تعيينه ونفقته على مولاه فإن شرطها على العامل أو من الثمرة صح بشرط العلم بقدرها وجنسها، ولو شرط العامل أن أجره الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم في العمل على المالك أو عليهما صح ولو لم يشترط فهي عليه ومع الشرط

يجب التقدير بالكمية أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل إلا الاستعمال ففي الجواز إشكال. الخامس الثمار ويجب أن تكون مشتركة بينهما معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير فلو اختص بها أحدهما أو أهمل الحصة أو شرط أحدهما لنفسه شيئاً معلوماً والزائد بينهما أو قدر لنفسه أرطالاً معلومة والباقي للعامل أو بالعكس أو اختص أحدهما بثمرة نخلات معينة والآخر بالباقي أو شرط مع الحصة من الثمرة جزء من الأصل على

الجواز.

أقول: وجه القرب عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) لأنه في الحقيقة شرط للحصة في مقابل بعض العمل وهو جائز (ويحتمل) عدمه لأنه شرط العوض له على عمل

غيره والأصح الأول.

قال دام ظله: أما لو شرط العامل أن يستأجر بأجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل إلا الاستعمال ففي الجواز إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن الاستعمال نوع من العمل فجاز أن يأخذ الحصة عليه (و) (من) أنه ليس بعمل في العرف والأصح البطلان لأنه فرق بين العمل والقول ولا يعد الاستعمال عملاً في المساقاة ولأن الواقعة في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ليس على هذه الصورة بل على فعل متقوم.

قال دام ظله: أو شرط أحدهما لنفسه شيئاً (إلى قوله) على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن المساقاة معاملة على جزء من الثمرة في مقابلة العمل فلا يتعدى إلى الأصل ولأنه جعل العوض العمل في كل النخل ولا بد وأن يصل إلى كل عامل العوض وليس هنا (ومن) عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (٢) والأصح الأول.

(١) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ.

(٢) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ.

إشكال أو ساقاه بالنصف إن سقى ناضحا وبالثلث إن سقى عذيا (١) أو بالعكس أو ساقاه على أحد الحايطين لا بعينه أو شرط حصة مجهولة كالجزة أو النصيب بطلت المساقاة، ولو شرط

له النصف من أحد النوعين والثلث من الآخر صح إذا علم مقدار كل منهما ولو ساقاه على النصف من هذا الحايط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل واحد منهما، ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة مع الحصة كان مكروها ووجب الوفاء به ما لم تتلف الثمرة أو لم تخرج فيسقط وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال،

ولو قال ساقيتك على أن لك النصف من الثمرة صح وإن أضرب عن حصته وفي العكس إشكال فإن أبطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل، ولو قال على أن الثمرة بيننا فهو تنصيف ولو ساقاه على بستانيين بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر صح مع التعيين وإلا فلا، ولو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على

الآخر بالثلث صح على رأي، ولو تعدد المالك وتفاوتا في الشرط صح إن علم حصة

قال دام ظله: ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة مع الحصة كان مكروها ووجب الوفاء به إلا أن يتلف الثمرة أو لم تخرج فيسقط وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال.

أقول ينشأ (من) سقوطه بتلف الكل ووجوب الكل لحصول الجميع بتمامه فيقابل المجموع فيكون الأجزاء في مقابلة الأجزاء (ومن) عدم تقريره فلا يتقسط الأجزاء على الأجزاء لأن المجموع غير مضبوط.

قال دام ظله: ولو قال ساقيتك على أن لك النصف من الثمرة صح وإن أضرب عن حصته وفي العكس إشكال.

أقول: ينشأ (من) دلالة المفهوم هنا عرفا على القول بها (ومن) أن ذكر بعض العام لا يدل على التخصيص ودلالة المفهوم ضعيفة والأصح أنها ليست بحجة والأصح البطلان.

قال دام ظله: ولو ساقاه على أحدهما بعينه بالنصف على أن يساقيه على

(١) عذيا - بالذال المعجمة بعدها الياء - ما يشرب بعروقه.

كل منهما وإلا فلا ولو اتفقا صح وإن جهلها، ولو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصة جاز تساويا أو مختلفا، ولو ساقاه على أزيد من سنة وفاوت الحصّة بينهما جاز مع التعيين ولو ساقى أحد الشريكين صاحبه فإن شرط للعامل زيادة على نصيبه صح وإلا فلا ولا أجره له.

الفصل الثاني في أحكامها

يملك العامل الحصّة بظهور الثمرة فلو تلفت كلها إلا واحدة فهي بينهما فإن بلغ حصّة كل منهما نصابا وجبت عليه زكاته وإلا فعلى من بلغ نصيبه، ولو فسد العقد كانت الثمرة للمالك وعليه أجره العامل ولو ظهر استحقاق الأصول فعلى المساقى أجره العامل والثمره للمالك فإن اقتسماها وتلفت فإن رجع المالك على الغاصب بالجميع رجع الغاصب على العامل بحصته وللعامل الأجره عليه ولو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل إلى الغاصب والأجره، ولو رجع على كل منهما بما صار إليه جاز ولو كان العامل عالما فلا أجره له، ولو هرب العامل فإن تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الأجره من بيت المال فلا خيار وإلا فللمالك الفسخ، ولو عمل المالك بنفسه أو استأجر عليه فهو متبرع وللعامل الحصّة إذ ليس له أن يحكم لنفسه ولو أذن له الحاكم رجع بأجره مثله أو بما أداه إن قصر عن الأجره ولو تعذر الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه ويرجع حينئذ، ولو لم يشهد له لم يرجع وإن نوى على إشكال، ولو فسخ فعليه أجره مثل عمله قبل الهرب وله مع المتبرع

الآخر بالثلث صح على رأي.

أقول: ذهب الشيخ في المبسوط إلى بطلانه وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد وجوزه الشيخ في موضع آخر من المبسوط وهو الحق للأصل ولأن هذا أمر مشروع فاشترطه سائغ.

قال دام ظله: ولو لم يشهد له لم يرجع وإن نوى على إشكال.
أقول: ينشأ (من) أمر الشارع بالإشهاد ولم يحصل (ومن) أن الإشهاد لإظهار نية الرجوع عند الدفع وسبب الرجوع هو النية لأنها بها يندفع التبرع لا بإظهارها

الفسخ مع التعيين، ولو عمل الأجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصة وكان الأجنبي متبرعا عليه لا على المالك، والعامل أمين فيقبل قوله في التلف وعدم الخيانة وعدم التفريط مع اليمين، ولو ثبت الخيانة فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته وللمالك رفع يده عن نصيبه فإن ضم إليه المالك حافظا فأجرته على المالك

خاصة ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة وإلزامه بأجرة عامل، ولو ضعف الأمين عن العمل ضم غيره إليه ولو عجز بالكلية أقيم مقامه من يعمل عمله والأجرة في الموضعين عليه، ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدم قول المالك مع اليمين وكذا لو اختلفا في ما تناولته المساقاة من الشجر ولو كان مع كل منهما بينة قدم

ففائدته هو الإثبات (والتحقيق) أن الإشهاد هل هو شرط في الرجوع نفسه كإذن الحاكم مع وجوده وإمكانه أو إن السبب هو النية فيه فيقبل قوله لا بعده والإشهاد لإثباتها وإظهارها خاصة وكلام الأصحاب محتمل لهما وكذا الروايات فعلى الأول لا رجوع وعلى الثاني يرجع والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو ثبت الخيانة فالأقرب أن يده لا ترفع عن حصته. أقول: وجه القرب أن الخيانة إنما توجب رفع اليد عن مال الغير لا عن مال نفسه (ويحتمل) رفع يده مطلقا لعموم النص ولأنه لا يتم الرفع عن مال المالك إلا بها إذ كل جزء معين يفرض للمالك فيه حصة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والمطلق من حيث هو لا وجود له في الخارج إلا في الشخص المعين، وإثبات اليد إنما هو على الموجود في الخارج والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالأقرب رفع يده عن الثمرة وإلزامه بأجرة عامل.

أقول: القرب لوجوب حفظ مال المالك ووجوب العمل ولا يتم إلا بذلك (ومن) حيث تضمن المساقاة العمل لا الاستيجار (ويحتمل) تسلط المالك على فسخ المساقاة إن لم ينوبه أحد في العمل متبرعا أو بأجرة مع عدم تعيينه ومطلقا مع تعيينه لتعذر العمل منه حينئذ والأصح الأول.

بينه الخارج، ولو صدقه أحد المالكين خاصة أخذ من نصيبه ما ادعاه وقبلت شهادته على المنكر، ولو كان العامل اثنين والمالك واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت ولو استأجره على العمل بحصة منها أو بجمعها بعد ظهورها والعلم بقدر العمل جاز وإلا فلا، والخراج على المالك إلا أن يشترطه على العامل أو عليهما وليس للعامل أن يساقي غيره ولو دفع إليه أرضا ليغرسها على أن الغرس بينهما فالمغارس باطلة سواء شرط للعامل جزءا من الأرض أو لا، والغرس لصاحبه ولصاحب الأرض إزالته وأجرة أرضه لفوات ما حصل الإذن بسببه وعليه أرش النقص بالقلع ولو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الأرض ليملكها لم يجبر الآخر عليه، ولو ساقاه على الشجر وزارعه على الأرض المتخللة بينهما في عقد واحد جاز بأن يقول ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض أو عاملتك عليهما بالنصف، ولو قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن الزرع يحتاج إلى السقي ولو قال ساقيتك على الشجر ولم يذكر الأرض لم يحز له أن يزرع، وكل شرط سايع لا يتضمن الجهالة فإنه لازم المقصد الرابع في الشركة

وفيه فصلان (الأول) الماهية وهي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياخ، والمحل إما عين أو منفعة أو حق، وسبب الشركة قد يكون إرثا أو عقدا أو مزجا أو حيازة بأن يقتلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة بآنية (وأقسامها أربعة): شركة العنان وهي (شركة الأموال) و (شركة الأبدان) بأن يشترك اثنان فصاعدا

المقصد الرابع في الشركة

وفيه فصلان (الأول) في الماهية (مقدمة) لفظ الشركة يطلق على معان أربعة (ألف) شركة العنان، وهي اجتماع حقوق الملاك بالفعل في الشيء الواحد على سبيل الإشاعة (ب) شركة الأبدان، وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما و اتفاقهما على اشتراكهما في كسب الأعمال التي تصدر منهما على قدر الشرط كاشتراك الدالين والحمالين وأرباب الصنایع فرأس المال الأعمال وعوضها وما يحصل بها

فيما يكتسبونه بأيديهم تساوت الصنعة أو اختلفت و (شركة المفاوضة) وهي أن يشتركا في ما يتساويان من مال ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد و (شركة الوجوه) وهي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه والكل باطل سوى الأول وأركانها ثلاثة (المتعاقدان) ويشترط فيهما أهلية التوكيل والتوكل (والصيغة) وهي ما يدل على الإذن في التصرف ويكفي قولهما اشتركتنا (والمال) وهو كلما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان أثمانا أو عروضاً أو فلوساً، فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضة ولا السمسمة بالكتان

ولا عند اختلاف السكة.، وتحصل الشركة بالمزج سواء كان اختياراً أو اتفاقاً والمختلف إنما يتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل كأن يبيع أحدهما حصة مما في يده بحصة مما في يد الآخر، ولو باعاً بثمن واحد أو عملاً بأجرة واحدة تثبت الشركة سواء تساوت

ربح، فخرج بالأعمال أروش الجنائيات على الأبدان واتفقت الإمامية بعد ابن الحنيد على بطلانها فإما أن يتميز عمل كل منهما أو لا فإن كان الأول فلكل كسب عمله و إن كان الثاني فالحاصل مقسوم على قدر أجرة المثل لا الشرط (ج) شركة المفاوضة وهي عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما في كل غنم وغرم يحدث لهما و عليهما إلا الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق بأن يقولوا اشتركتنا شركة المفاوضة أو تفاوضنا أو يوجب أحدهما بهذا اللفظ ويقبل الآخر واتفقت الإمامية على بطلانها (د) شركة الوجوه (فقيه) هي أن يشترك وجهان عند الناس فيبتاع كل منهما في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد بانفراده يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن فما فضل كان بينهما (وقيل) أن يبتاع وجه في الذمة ويفوض بيعه إلى حامل والربح بينهما (وقيل) أن يشترك وجه لا مال له وخامل ذو مال فيكون العمل من الوجيه والمال من الخامل وهو في يد الخامل لا يسلمه إلى الوجيه ويكون الربح بينهما (وقيل) أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له واتفقت الإمامية بعد ابن الحنيد على بطلانها بجميع معانيها (والضابط) أنه كلما لم يحصل الامتزاج أو حكمه الرافع للامتياز في غير القراض لم يحصل الشركة.

القيمتان أو اختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة.
وإذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي
والصلح ولا بد وأن يكون رأس المال معلوما جنسا وقدرًا معينًا فلا يصح في المجهول
ولا الجزاف ولا الغائب ولا الدين ولا يشترط التساوي قدرًا ويشترط امتزاجهما
الفصل الثاني في الأحكام
لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال الممتزج إلا بإذن صاحبه فإن اختص
أحدهما بالإذن اختص بالتصرف وإن اشترك اشترك، ويقتصر المأذون على ما أذن له فلو
عين

له جهة السفر أو بيع على وجه أو شراء جنس لم يجز التجاوز ولو شرطًا الاجتماع لم -
يجز لأحدهما الانفراد ولو أطلق الإذن تصرف كيف شاء ويضمن لو تجاوز المحدود
ويجوز الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين
وليس لأحدهما مطالبة الشريك بإقامة رأس المال بل يقسمان الأعباء إذا لم يتفقا على
البيع، وينفسخ بالجنون والموت ولا يصح التأجيل فيها ويقسط الربح والخسران على
الأموال بالنسبة.

ولو شرطًا التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن
عملاً أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر (وقيل) تبطل إلا أن يشترط الزيادة

قال دام ظلّه: وإذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص بأجرته ومع
الاشتباه يحتمل التساوي والصلح.

أقول: (وجه الأول) أصالة عدم التفاضل (ووجه الثاني) إن التساوي اتفاقي
لعدم العلم بسببه فلا يحكم به ولا بالتفاضل لعدم العلم بوجود سببه فإن كل ذي مبدأ
إنما يحكم بوجوده مع العلم بوجود مبدئه وتساوي القوي والحركات الصادرة عنها
الأفعال وتفاوتها غير معلوم وكذا لا يعلم تساوي القيم فيتعين الصلح وهو الأصح.
الفصل الثاني في الأحكام

قال دام ظلّه: ولو شرطًا التفاوت مع تساوي المالين (إلى قوله) إلا أن

للعامل، والشريك أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلا بتعد أو تفريط ويقبل قوله في التلف وإن ادعى سببا ظاهرا كالغرق مع اليمين وعدم البيعة وكذا لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط ويقبل قوله في قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة فإن قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر في إنكار القسمة، ولو أقر الآذن في قبض البايع به دونه برئ المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله، ثم القول قول البايع في الخصومة بينه وبين المشتري وبينه وبين المقر ولا تقبل شهادة المقر عليه في حقه إن كان عدلا وإلا حلف وأخذ من المشتري ولا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر ولا تقبل شهادة المشتري له ولو ادعى المشتري على شريك البايع بالقبض فإن كان البايع آذن فيه فالحكم كما تقدم وإن لم يأذن لم يبرء المشتري من حصة البايع لأنه لم يدفعها إليه ولا إلى وكيله ولا من حصة الشريك لإنكاره والقول قوله مع

يشترط الزيادة للعامل.

أقول: للأصحاب أقوال ثلاثة (أ) صحة الشركة والشرط وهو قول السيد المرتضى والظاهر من كلام ابن الجنيد وجدي (ب) بطلانها وهو قول الشيخ في المبسوط وابن إدريس (ج) صحة الشركة وعدم لزوم الشرط وبه قال أبو الصلاح فإنه قال يكون إباحته للزيادة (احتج) المرتضى بقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (١) وهو إجراءاتها على ما وقعت عليه وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٢) والتراضي إنما وقع على ما شرطاه فلا يسوغ غيره ونقل المرتضى أيضا إجماع الفرقة والإجماع المنقول بخبر الواحد حجة (احتج) الشيخ بوقوع الإجماع على صحة الشركة مع تقسيط الربح على قدر رأس المال وليس على جواز خلافه دليل ولأن الشركة ليست عقدا في الحقيقة لوقوعها بدونها والتجارة عقد فلا يندرج تحت الآية فالمملك للربح إما تبعيته لرأس المال أو للعمل إذ لا عقد هنا إذ لا إجارة ولا مضاربة ولا غيرها سوى

الشركة وليست عقدا ولا تعد في الأسباب لاستحالة وجود المسبب بدون السبب ومجرد القول غير لازم والأصح عندي قول المصنف.

(١) المائة - ١

(٢) البقرة - ١٨٤

يمينه، ولا يقبل قول المشتري على الشريك وللبايع المطالبة بقدر حقه خاصة
لاعترافه بقبض الشريك حقه وعلى المشتري دفع نصيبه إليه من غير يمين فإذا قبض
حقه فللشريك مشاركته في ما قبض وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه
فإن شارك في المقبوض فعليه اليمين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من
القباض نصف نصيبه ويطالب المشتري بالباقي إذا حلف أنه لم يقبض منه شيئاً وليس
للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه لاعترافه ببراءة ذمة المشتري،
ولو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع لأنه لا يدفع
عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له في ما يقبضه من المشتري فيحلف ويأخذ من
المشتري نصف الثمن وإن نكل أخذ المشتري منه النصف ولو باع الشريك سلعة
صفقة ثم استوفى أحدهما شيئاً شاركه الآخر فيه وإن تعدد المشتري، أما لو تعدد
الصفقة فلا مشاركة وإن اتحد المشتري ولو تساوى المالان فإذا أحدهما في العمل للآخر
على أن يتساويا في الربح فهو بضاعة.

فروع

(الأول) لو دفع إلى آخر دابته ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة فإن
كان العامل قد أجر الدابة فالأجرة لمالكها وعليه أجره مثل العامل فإن قصر الحاصل
عنهما تحاصبا إن كان بسؤال العامل وإلا فالجميع وإن تقبل حمل شيء فحملة عليها أو
حمل عليها شيئاً مباحا فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجره مثل الدابة لمالكها.

ويتفرع على هذا فروع (أ) إذا كان لأحدهما عمل أو مزيده وشرط له مزيد
ربح تتركب العقد من شركة وقراض واختصاص القراض باختصاص العامل بالعمل
في ملك المالك إنما هو في القراض المنقول عن الشركة لا المشترك معها (ب) على
القول ببطلان الشركة، والشرط مع تساوي المالكين واختلافهما في قدر الربح بالشرط
أو اختصاص أحدهما بالعمل مع تساويهما في الربح أو انفراد غير العامل به أو بالزيادة
يرجع العامل بالأجرة (ج) شركة العنان لا توصف بالصحة والبطلان بل مرادهم
بالشركة الموصوفة بهما إذن كل واحد في التصرف في كل المال للآخر مجازاً.

الثاني لو دفع دابة إلى سقاء وآخر رواية على الشركة في الحاصل لم تنعقد و كان الحاصل للسقاء وعليه أجره الدابة والراوية، ولو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل فلا شركة ثم إن كان عقد أجره الطحن من واحد

منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فله الأجر أجمع وعليه لأصحابه أجره المثل، ولو نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا ولو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم أرباعا لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجره مثله ولو قال قد استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجره مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته. الثالث لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان بأجمعه له، وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك إشكال.

قال دام ظله: وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك إشكال أقول: استحالة تخلف المعلول عن علته وانفكاك الملك عن الاستيلاء في ما وجد في جوف السمكة يدل على عدم سببية الاستيلاء انفراده ويستحيل كون المعرف أعم (وجواز) الشهادة بالملك بالتصرف الذي هو الاستيلاء مع عدم العلم بالنية إذ الأفعال الإرادية تدل على الإرادة لها لا على التخصيص بأحد الوجوه مع استحالة الحكم بالمعلول مع الجهل بوجود العلة (يدل) على سببية الاستيلاء، وبالأول قال الشيخ في باب إحياء الموات في المبسوط، وقال في باب الشركة أيضا فيه بالثاني، والأصح الأول وأوردت على والذي أنه لو لم يملك إلا بالنية لم يصح بيعه قبلها بل يكون استنقاذا لكن اللازم باطل فالملزوم مثله وأجاب بأن إرادة البيع والقرض يستلزم نية التملك.

المقصد الخامس في القراض

وفصوله ثلاثة (الأول) في أركانه وهي خمسة.

الأول العقد فالإيجاب قارضتك أو عاملتك على أن الربح بيننا نصفين أو متفاوتا والقبول قبلت وشبهه من الألفاظ الدالة على الرضا وهو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل أن لا يسافر بالمال أو لا يشتري إلا من رجل بعينه أو قماشاً معيناً وإن عز وجوده كالياقوت الأحمر أو لا يبيع إلا على رجل معين ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل أن يشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران أو لزوم المضاربة أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل ولو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح لكن ليس للعامل التصرف بعده، ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضاً

المقصد الخامس في القراض

وفيه فصول ثلاثة (الأول) في أركانه وهي خمسة (الأول) العقد.

قال دام ظله: ولو شرط ما ينافيه (إلى قوله) برأس المال أو أقل.

أقول: لأن بطلان الشرط يستلزم بطلان المشروط قالوا إنه عقد مع شرط

قلنا التراضي إنما وقع على هذا الوجه لا بدونه وهو الأصح كالبيع.

قال دام ظله: ولو شرط توقيت المضاربة (إلى قوله) فالوجه صحة الشروط

أقول: لعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) ولأنه غير مناف للمشروع

ولا للعقد وقال الشيخ في المبسوط يبطل في شرط البضاعة لأن العامل في القراض

لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح وإذا بطل الشرط بطل القراض ولأن قسط

العامل يكون مجهولاً لأن المالك إنما جعل العوض بشرط أن يعمل له عملاً مجاناً

فينقص من حصة العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة وهو مجهول، ثم قال رحمه الله

ولو قلنا القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لأن البضاعة لا تلزم

القيام بها كان قويا وقال ابن البراج القراض والشرط فاسدان والأصح الأول.

(١) ثل ب ٦ خبر ١ - ٢ - ٥ من أبواب الخيار وفيه المسلمون الخ

أو يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشرط.
الثاني المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل وجواز التصرف ويجوز
تعددتهما واتحادهما وتعدد أحدهما خاصة وأن يكون الدافع رب المال ومن أذن له فلو
ضارب العامل غيره بإذن المالك صح وكان الأول وكيلاً فإن شرط لنفسه شيئاً من
الربح لم يجز لأنه لا مال له ولا عمل ولو ضارب بغير إذنه بطل الثاني فإن لم يربح ولا
تلف منه شيء رده على المالك ولا شيء له ولا عليه وإن تلف في يده طالب المالك من شاء
منهما فإن طالب الأول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده وكذا مع عدم
علمه على إشكال ينشأ (من) الغرور وإن طالب الثاني رجع على الأول مع جهله على
إشكال لا مع علمه، وإن ربح فللمالك خاصة، وفي رجوع الثاني على الأول بأجرة

الثاني المتعاقدان

قال دام ظله: فلو ضارب العامل غيره (إلى قوله) ينشأ من الغرور.
أقول: (ومن) أن القراض لا يستعقب الضمان للمالك من غير تفريط ولا تعد
بالنسبة إلى الدافع والأصح استقرار الضمان على الدافع.
قال دام ظله: وإن طالب الثاني رجع على الأول مع جهله على
إشكال لا مع علمه.
أقول: ينشأ (من) الغرور ولأن المباشر مع الجهل في ما لا يضمن للمالك لو كان
هو الدافع لا يضمن بل الدافع إليه كما لو قدم إلى المالك طعام نفسه (ومن) أن التلف
في يده والأصح الأول.
قال دام ظله: وإن ربح فللمالك خاصة وفي رجوع الثاني على الأول
بأجرة المثل احتمال.

أقول: وجه الاحتمال أنه عمل غير متبرع به ولم يحصل العوض مع اشتراطه من
الآمر على تقدير وقد حصل فيجب أجرة المثل (ويحتمل) عدمه لقول الأصحاب ولأن
القراض موضوع على أنه إن لم يحصل الربح فلا شيء له وهذا الربح في حكم المعدوم

المثل احتمال، ولو قيل إن كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئاً، وإن جهل فله
أجرة المثل على الأول كان وجهها (ويحتمل) عدم لزوم الشراء إن كان بالعين وإن
كان في الذمة احتمال اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الأول في النصف
واختصاص المالك بالآخر إن كان الأول شرط على الثاني أن للمالك النصف والآخر بينهما

والأصح وجوب الأجرة.

قال دام ظله: ولو قيل إن كان الثاني عالما بالحال (إلى قوله) كان وجهها
أقول: وجه ذلك أما مع كونه عالماً بما قال فلأنه رضي بأنه لا شيء له في مقابلة
العامل على العامل فكان متبرعاً بالنسبة إليه ورضي بأن يكون من ربح مال الغير بغير
إذن شرعي فكان كالمتبرع بالنسبة إليه فلا شيء له عليه وأما مع الجهل فلأن عمل
المسلم ومنافعه محترمة وهذا غير متبرع به وهو مغرور فكانت أجرته على الأمر
وهذا هو الصحيح عندي.

قال دام ظله: (ويحتمل) عدم لزوم الشراء إن كان بالعين (إلى قوله)
والآخر بينهما.

أقول: وجه هذا الاحتمال وهو التفصيل ظاهر للنص على أن من اشترى بعين
مال غيره بغير إذنه لم يلزم الشراء وهيئنا كذلك إذ المالك لم يأذن للثاني، وعقد
المضاربة إذا اقتضى الإذن للعامل في الاستنابة في البيع والشراء إنما هو في الاستنابة
المجردة عن عقد مضاربة أخرى ولا يتناول التي في مضاربة أخرى بإحدى الدلالات
فيدخل تحت العموم ولعموم النص أيضاً على أنه إذا اشترى في الذمة ولم يذكر أحداً
وقع له (ووجه الثاني) أنه اشترى للمضاربة في نيته فيقع الشراء لها وقد حصل ربح
فللمالك تمام ما شرطه لنفسه وكذا لكل واحد من العاملين ولم يحتج إلى ذكر حكم
الربح إذا كان الشراء بالعين لأنه إن أجاز المالك ملك السلعة وربحها وإلا بطل البيع
فلا يملك الربح، وقال الشيخ في المبسوط إذا قارض المقارض آخر على أن مهما
رزقه الله من ربح كان بينهما نصفين، من يستحق الربح؟ هذه المسألة تبنى
على مسألة الغاصب فمن قال ربح الغاصب لرب المال كان لرب المال هنا النصف لأنه
لا يستحق أكثر مما شرط لنفسه والنصف الآخر بين العاملين نصفان (وهل) يرجع الثاني

ولو شرط المريض للعامل ما يزيد عن أجره المثل لم يحتسب الزائد من الثلث إذ المقيد بالثلث التفويت وليس حاصلًا هنا لانتفاء الربح حينئذ (وهل) المساقاة كذلك إشكال ينشأ (من) كون النخلة تنمر بنفسها فهي كالحاصل وإذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح بأجمعه للمالك وعليه للعامل أجره المثل إلا إذا فسد بأن شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الأجرة إشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانًا.

الثالث رأس المال وشروطه أربعة الأول أن يكون نقدًا فلا يصح القراض بالعروض ولا بالنقرة ولا بالفلوس ولا بالدراهم المغشوشة ولو مات المالك وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح ولو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه أجره الشبكة الثاني أن يكون معينًا فلا يصح (يجوز - خ ل) على دين في الذمة ولو قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له وكذا إن اشترى في الذمة، ولو أقرضه ألفًا شهرًا ثم هو بعده مضاربة لم - يصح ولو قال ضارب به شهرًا ثم هو قرض صح ولو قال خذ المال الذي على فلان واعمل

على الأول بنصف الأجرة فيه وجهان والقائلون بأن ربح الغاصب كله لنفسه اختلفوا في الربح هنا فقال بعضهم الربح كله للعامل الثاني لا حق للأول فيه لأنه غاصب قال والأول أقوى لأن الثاني اشترى للأول بالنية فيقع له لإذنه ويفارق الغصب لأن الغاصب اشترى لنفسه وللثاني الأجرة على الأول لأنه لم يسلم له ما شرط فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح قولًا واحدًا هذا آخر كلامه.

قال دام ظله: ولو شرط المريض (إلى قوله) فهي كالحاصل. أقول: (ومن) حيث إنها معدومة فلم يخرج من التركة شيئًا ثم جزم المصنف بالأول وهو الأصح.

قال دام ظله: وإذا فسد القراض بفوات شرط (إلى قوله) بالسعي مجانًا. أقول: (ومن) عموم النص بأنه إذا فسد العقد فالربح للمالك وله الأجرة وإلى هذا ذهب الشيخ وهو الأصح.

به مضاربة لم يصح ما لم يجدد العقد وكذا لو قال بع هذه السلعة فإذا نض ثمنها فهو قراض ولو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح، ولو كان قد تلف لم يصح وكذا يصح لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به والأقرب زوال الضمان بالعقد (ويحتمل) بقاؤه إلى الأداء ثمنا عما يشتريه ولو دفع إليه كيسين وقال قارضتك على أحدهما والآخر وديعة ولم يعين أو قارضتك على أيهما شئت لم يصح الثالث أن يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره وفي المشاهد إشكال.

الثالث رأس المال

قال دام ظله: وكذا يصح لو كان في يده وديعة (إلى قوله) ثمنا عما يشتريه.

أقول: قد مضى مثل هذه المسألة في الرهن (ووجه القرب) أنه أذن في بقائه في يده ولأن القراض أمانة وقد عقدا عقدا صحيحا موجبا لكونه أمانة فيصير أمانة لأن معنى الصحة ترتب الأثر ولا انتفاء علة الضمان إذ لا علة له هنا غير الغصب وقد زال (ووجه) الاحتمال الثاني أن القراض غير مناف للضمان لاجتماعه معه كما في التفريط فلا ينتفي بوجوده وأصالة بقاء ما كان على ما كان ولقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) (وحتى) لانتهاء الغاية فجعل انتهاء غاية الضمان الأداء إما إلى المالك أو إلى من أذن له والدفع إلى البائع مأذون فيه فيكون غاية وهو المطلوب وإذا سلمه إلى البائع ثمنا برئ بإجماع المسلمين، والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

قال دام ظله: الثالث أن يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره وفي المشاهد إشكال.

أقول: ذهب الشيخ في الخلاف إلى اشتراط العلم وعدم الاكتفاء بالمشاهدة و قوى في المبسوط الاكتفاء بها (ووجه الأول) أنه مرجوع إليه عند المفاضلة بالضرورة و لا شيء من المجهول يمكن الرجوع إليه عند المفاضلة ويلزم امتناع كون رأس المال

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب تضمين العارية

فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره الرابع أن يكون مسلماً في يد العامل فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم يصح أما لو شرط أن تكون مشاركا في اليد أو يراجعه في التصرف أو يراجع مشرفه فالأقرب الجواز ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك جاز.

الرابع العمل وهو عوض الربح وشرطه أن يكون تجارة فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف (١) أما النقل والكيل والوزن ولو أحق التجارة فإنها تبع للتجارة

مجهولا (ومن) حيث إن وضع هذا العقد على الجهالة إذ في مقابلة العمل جزء من الربح المجهول من حيث المشاهدة والقدر المتجر هنا والرجوع ممكن لجواز علمه بعد المضاربة وكون القول قول العامل مع عدم البيينة ومع تعارضها تقدم بيينة المالك لأنه يدعي زيادة، والأصل عدمها وقواه في المبسوط والأصح أنه لا يصح لأنه لو جاز لجاز مع جهالة نصيب كل واحد بالجزئية من الربح لكن التالي باطل فكذا المقدم (أما الملازمة) فلأن جهالة رأس المال يستلزم جهالة الربح وهو يستلزم جهالة نصيب كل واحد (وأما بطلان التالي) فإجماعي.

قال دام ظلّه: فإن جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره.

أقول: على القول بجواز العقد على المشاهد المجهول يكون القول قول العامل في القدر لأصالة براءة الذمة من الزائد.

قال دام ظلّه: الرابع أن يكون مسلماً (إلى قوله) فالأقرب الجواز.

أقول: لأنه شرط سائغ لا يخالف الكتابة والسنة إذ للإنسان التوثيق على ماله

بحفظه في يده أو يد من يثق به وقد يستعان بالخائن في المعاملات لحذقه فيها فلو لم يشرع هذا الشرط لزم تضرر المالك إما بتسليم ماله إلى من لا يثق به أو ترك التجارة وكلاهما باطل (ويحتمل) عدمه (لأنه) قد لا يجده عند الحاجة أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابع (ولأن) القراض موضوع تمهيدا وتوسيعا لطريق التجارة ولهذا احتتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان مما يخل به وهذا من أوله إلى آخره لفظ المصنف في أثناء تقريره والأصح الأول.

(١) الحرف ما لا يتوقف على تعليم وتكرار والصنعة ما يتوقف

والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والضايح وإذ أذن في التصرف وأطلق اقتضى الإطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيّه وإحرازه وبيعه وقبض ثمنه وإيداعه الصندوق واستيجار ما يعتاد الاستيجار له كالدلال والوزان والحمال ولو استأجر لما تجب عليه مباشرته فالأجرة عليه خاصة ولو عمل بنفسه ما يستأجر له عادة لم يستحق أجرة ولو شرط عليه ما تنضيق التجارة بسببه لزم فإن تعدى ضمن كما لو شرط أن لا يشتري إلا ثوبا معيناً أو ثمرة بستان معين أو لا يشتري إلا من زيد أو لا يبيع إلا عليه وسواء كان وجود ما عينه عاما أو نادرا، ولو شرط الأجل لم يلزم ولو قال: إن مضت سنة فلا تشتت بعدها وبع صح وكذا العكس، ولو قال على أي لا أملك فيها منعك لم يصح ولو شرط أن يشتري أصلا ويشتري كان في نمائه كالشجر أو الغنم فالأقرب الفساد لأن مقتضى القراض التصرف في رأس المال.

الخامس الربح وشروطه أربعة الأول أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين فلو شرط جزء منه لأجنبي فإن كان عاملا صح وإلا بطل ولو شرط لغلامه حصة معهما صح سواء عمل

الغلام أو لا الثاني أن يكون مشتركا فلو قال خذه قرضا على أن الربح لك أولى بطل أما لو قال خذه فاتجر به على أن الربح لك كان قرضا ولو قال على أن الربح لي كان بضاعة

الثالث أن يكون معلوما فلو قال على أن لك مثل ما شرطه فلان لعامله ولم يعلمه أحدهما بطل ولو قال على أن الربح بيننا فهو تنصيف وكذا خذه على النصف أو على أن

قال دام ظله: ولو شرط أن يشتري أصلا (إلى قوله) في رأس المال. أقول: ولأنه ليس امتزاجا بالتجارة وللقراض استرباح بالتجارة (ولأنها) تحصل بنفس عين المال من غير تصرف العامل ولا شيء من ربح القراض كذلك (ويحتمل) الجواز لأنه حصل للمالك بسعي العامل نماء متجدد به لأنه لولا شرائه لما حصل له والصحيح الأول لأن المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك ظهور الربح (ومعاوضة) البيع وبها يحصل انضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لهما معا بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن.

لك النصف وإن سكت عن حصته أما لو قال على أن لي النصف وسكت عن حصة العامل بطل على إشكال ولو قال على أن لك الثلث ولي النصف وسكت عن السدس صح وكان للمالك ولو قال خذه مضاربة على الربع أو الثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل ولو قال لك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة اتساع لأنه معناه ولو قال لك ثلث الربح و

ربع ما بقي فله النصف ولو قال لك الربع وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن سواء عرفا الحساب أو جهلاه لأنه أجزاء معلومة الرابع أن يكون مقدرًا بالجزئية لا بالتقدير كالنصف أو الثلث فلو قال على أن لك من الربح مائة والباقي لي أو بالعكس أو على أن لك ربح هذه الألف ولي ربح الأخرى أو لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو عشرة أو على أن لي ربح أحد الثوبين أو إحدى السفرتين أو ربح تجارة شهر كذا بطل و كذا لو قال على أن لك مائة والباقي بيننا ويصح لو قال على أن لك ربح نصفه أو نصف ربحه.

الفصل الثاني في الأحكام

ومطالبه أربعة الأول العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسبة بيعا ولا شراء إلا مع عموم الإذن كإفعل ما شئت أو خصوصه فإن فعل لا معه وقف على الإجازة والأقرب أنه يضمن القيمة لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا

قال دام ظلّه: أما لو قال على أن لي النصف وسكت عن حصة العامل بطل على إشكال.

أقول: ينشأ من المفهوم عرفا (ومن) أن ذكر بعض العام لا يقتضي التخصيص وقد تقدم مثل هذه المسألة في المساقاة.

الفصل الثاني في الأحكام

ومطالبه أربعة (الأول) العامل

قال دام ظلّه: فليس له التصرف بالغبن (إلى قوله) فلا يضمنها.

أقول: (ويحتمل) أنه يضمن الثمن وهو اختيار المصنف في تذكرة الفقهاء

لأنه يثبت بالبيع الصحيح وملكه صاحب السلعة وقد فات بتفريط البائع هذا لفظ المصنف والأصح الأول.

يتحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها.
وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري بأكثر مما لا يتغابن الناس به
فإن خالف احتمل بطلان البيع وضمن النقص وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص
ولو أمكن الرد وجب رده إن كان باقيا ورد قيمته إن كان تالفا، وللمالك إلزام من
شاء فإن رجع على المشتري بالقيمة رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع
على العامل رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة
بحصته دون العامل، ولو اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وإن اشترى
في الذمة لزم العامل إن أطلق الشراء ولم يجز المالك وإن ذكر المالك بطل مع عدم
الإجازة وليس له أن يبيع إلا نقدا بنقد البلد والأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة
وليس له المزارعة ولا يشتري إلا بعين المال فإن اشترى في الذمة من دون إذن وقع له

قال دام ظلّه: وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل (إلى قوله) ضمن النقص
أقول: لما كان الغرض الذاتي من القراض تحصيل الربح والفائدة، وجب
أن يكون تصرف البائع مقصورا على ما يحصل هذه الغاية الذاتية وأن يمنع من التصرف
المؤدي إلى ما يضادها فمن ثم بطل بيعه بأقل من ثمن المثل لمنافاته الاسترباح، وإليه
ذهب في المبسوط والخلاف (ويحتمل) الصحة لمطلق الإذن والضرر ينجبر بضمن
النقص والأصح أنه يقف على الإجازة ويضمن النقص وللمالك مطالبته به أو بقيمته.
قال دام ظلّه: والأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطة.
أقول: لأن الغرض من القراض الاسترباح وهو يحصل بالبيع بالعرض فكان
مشروعا تحصيلاً لفائدة القراض - وذهب الشيخ إلى اقتضاء الإطلاق البيع نقدا بنقد
البلد لأنه كالوكيل والأصح الأول ويمنع كونه كالوكيل من كل وجه بل يشتركان
في مراعاة الغبطة وهي قد تقتضي التسوية بينهما كمنع البيع والشراء بعيب أو بعين على
المالك ومنع النسبة وغيرها مما يتساويان وقد تقتضي الافتراق فإن للعامل البيع و
الشراء بالعرض لأن غايته الاسترباح وكذا له شراء المعيب إذا كان فيه ربح ظاهر
بخلاف الوكيل فيهما.

إن لم يذكر المالك وإلا بطل وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال فلو اشترى عبدا بألف من رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل الثاني وإن اشترى في ذمته صح له إذا لم يذكر المالك وإلا وقف على الإجازة وله أن يشتري المعيب ويرد بالعيب ويأخذ الأرش كل ذلك مع الغبطة ولو اختلفا في الرد والأرش قدم جانب الغبطة فإن انتفت قدم المالك وليس له أن يشتري من ينعق على المالك إلا بإذنه فإن فعل صح وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه فإن كان كل المال بطلت المضاربة ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الأجرة وإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك.

قال دام ظله: وليس له أن يشتري من ينعق (إلى قوله) والوجه الأجرة أقول: قال الشيخ في المبسوط إذا اشترى من ينعق على رب المال بإذنه و كان فيه ربح انعتق ويضمن للعامل حصته من الربح وإن لم يكن فيه ربح انصرف العامل ولا شيء له، وقال المصنف له الأجرة لأنه بالشراء بطلت لأنه لا يمكن وقوعه للمضاربة وهو على تقدير وجود الربح حال الشراء غير متبرع به فكان له الأجرة (ولأن) عند المضاربة يتضمن الشراء والبيع فما يمنع فيه البيع لا يكون بمضاربة وهو الأصح عندي وأما على قول الشيخ وغيره ممن قال بضممان المالك حصة العامل فمبناه على أن المضاربة تبطل بالإعتاق وأن العامل يملك حصته بالظهور لأنه بإذنه في الشراء وقرابته أتلف نصيبه فكان كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفه (ولأنه) شريك يسري العتق في نصيبه فيضمن النصيب وإن قلنا بالقسمة أو الانضاض ضمن أجرة المثل لأنه عمل عملا حصل للمالك في مقابله النفع المطلوب منه وفسخ قبل ملكه الحصة ولو كان المالك معسرا ففي قدر نصيبه رقيقا على الأول وعلى الثاني ينعق كله وعلى المالك الأجرة يطالب بها إذا أيسر.

قال دام ظله: وإن لم يأذن فالأقرب البطلان إن كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك. أقول: لأنه تصرف بغير إذن المالك ولا داخل تحت الإذن لأن الإذن مقصور

وإلا وقع للعامل مع علمه وفي جاهل النسب أو الحكم إشكال ولو اشترى من نذر

على الاسترباح وهذا إتلاف للأصل فهو مناف للاسترباح فهو منهي عنه (ويحتمل) الصحة أنه مال مقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه انعتق على المالك ويطل المضاربة ويضمن العامل لأنه سبب الإتلاف هذا لفظ المصنف والأقوى عندي اختيار المصنف قال دام ظله: وإلا وقع للعامل مع علمه وفي جاهل النسب أو الحكم إشكال.

أقول: إذا اشترى من ينعق على المالك بغير إذنه فإن كان الشراء بالعين أو في الذمة ونسبه إلى المالك لفظا في نفس العقد أو في نيته وعلم البائع النسبة إليه بطل البيع لأنه عقد نهاه المالك عنه والنهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الإبطال (أما الأولى) فلأن عقد القراض يقتضي الأمر بالاسترباح وشراء ما فيه ربح وهذا إتلاف لرأس المال فهو ضد الأمور به والنهي هنا يدل على الفساد (وأما الثانية) فظاهرة لأن الفسخ المتجدد رفع للعقد في المستقبل ونهيه عنه يرفعه في الماضي والمستقبل (ولأن) النهي يرفع أهلية التصرف (ولأنه) على تقدير عدمه يقف على الإجازة فلو وقف معه على الإجازة لساوى النهي عدمه وهو محال فتعين اقتضائه البطلان (ويحتمل) الوقوف على الإجازة لأن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد (وإن) كان في الذمة وأطلق أو لم يعلم المالك بأن العامل نواه وقع في نفس الأمر عن العامل إن لم ينو المالك ويقع عنه ظاهرا إن نواه، هذا كله إذا علم النسب و الحكم ولو جهلها أو جهل أحدهما فإشكال ينشأ (من) أنه مأمور بشراء ما فيه ربح ظاهرا وإلا لزم التكليف بالمحال وهو هناك كذلك فصح وعتق ولم يضمن لأن التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معييا لم يعلم بعيبه فتلف به (ومن) أن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة والاسترباح منه ولا يتناول غير ذلك فإن في شراء من ينعق على المالك تفويت رأس المال مع الربح فكان أولى بالبطلان مما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو على خلاف

المالك عتقه صح الشراء وعتق على المالك إن لم يعلم العامل بالندر ولا ضمان ولو اشترى زوجة المالك احتمال الصحة والبطلان ولو اشترى زوج المالكة بإذنها بطل النكاح وبدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفاً ولا يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة. (وقيل) مطلقاً فيضمن المهر مع العلم وكذا لو اشترى من له عليه مال.

الغبطة فيكون حكمه كأول ويضمن بتفريطه بترك الاستقصاء في السؤال فإن العلم مقدور لنا كما تحقق في علم الكلام والبطلان في جاهل الحكم أقوى لأنه غير معذور وإلا لارتفع الحكم وجاهل النسب معذور وإلا لزم تكليف ما لا يطاق وكلاهما باطل. قال دام ظله: ولو اشترى زوجة المالك احتمال الصحة والبطلان.

أقول: منشأ الاحتمالين أنها مال يمكن الاكتساب بها والزوج قابل لتملكها فيدخل تحت مطلق الإذن والنكاح هنا أكد وتمكن الزوج أكثر لتمكنه من أخذها من المضاربة واشتماله على فسخ عقد عقده باختياره وقصده فلا يليق أن يفعل ما ينافيه ولاشتماله على ضرر المالك (وا احتمال) البطلان إنما هو على تقدير الشراء بالعين أو إضافة الشراء إلى المالك في نفس العقد أو في نيته فإنه يبطل في نفس الأمر إن قلنا بالبطلان لا ظاهراً بل يحكم له في الظاهر كما إذا اشترى من ينعق على المالك ويتوصل في شرائها أو يقاص كالوكيل، قال المصنف وعلى الصحة (يحتمل) أن يقال ليس له بيعها إلا بإذنه لما فيه من إبطال استباحة المالك الوطي وقد اختار المالك حصوله (ويحتمل) جواز البيع لأنه لما صح البيع بطل النكاح وبقي حكمها كسائر المملوكات والوجه أنه لا يصح شراءها إلا بإذن المالك. قال دام ظله: ولو اشترى زوج المالكة بإذنها (إلى قوله) وكذا لو اشترى من له عليه مال.

أقول: القول ببطلان الشراء قول الشيخ في المبسوط (ووجهه) أن صحة الشراء يستلزم خسرانها وتفويتها ما يملكه من النفقة وغيرها محققاً، والربح متوهم، والغرض الأقصى من القراض تحصيل الربح فلا يصح (ولأن) شراء الزوج ليس فيه حظ وما يتناوله

والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمل الصحة وعدمها
والمأذون له في شراء عبد كالوكيل وفي التجارة كالعامل ولو اشترى العامل من ينعق
عليه ولا ربح في المال صح فإن ارتفع السوق فظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته ولم
يسر على
إشكال إذ لا اختيار في ارتفاع السوق واختياره السبب وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك
العامل
بالظهور صح ولا عتق وإن قلنا يملك فالأقرب الصحة فيعتق نصيبه ويسري إلى نصيب

الإذن فيه حظ (ووجه الثاني) أن لا يكون أقل من الفضولي وهو قول كل من قال
بصحة عقد الفضولي ووقفه على إجازة المالك (ووجه الثالث) أنه اشترى ما يمكنه
طلب الربح فيه ولا يتلف رأس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس بزواج وإنما ضمن
المهر مع العلم لأنه أتلفه على المالك بفعله والأصح الثاني.
قال دام ظله: والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أب الموكل احتمل
الصحة وعدمها.

أقول: منشأ الاحتمال أن الأمر بالكلي المتواطي يقتضي التخيير في الجزئيات
وقد مر الفرق بينه وبين عامل التجارة (ومن) اشتماله على ضرره بزوال ملكه
(ولأن) الظاهر أنه أراد عبده قنية أو تجارة وهذا ليس بأحدهما وإنما يبطل إذا كان
الشراء بالعين أو أضافه إليه على ما مر والفرق بينه وبين العبد المأذون له في التجارة
أن العبد شرائه منحصر للمولى إضافة إليه أو لا (والتحقيق) إن الملك وإن كان
ليس بمشكل لكن الغرض منه في المعاملة متفاوت فما كان أنفع كان شراء الوكيل
له أولى لأن الواجب على الوكيل تحصيل الأنفع مع التعارض والأب أنفع في الأمور
الأخروية، وغيره في الأمور الدنيوية وكلاهما مقصود عند العقلاء فمن ثم حصل الإشكال
والأصح توقفه على الإجازة.

قال دام ظله: ولو اشترى العامل من ينعق عليه ولا ربح في المال صح
(إلى قوله) لاختياره الشراء.

أقول: إذا اشترى العامل من ينعق عليه كأبيه فإما أن لا يكون فيه حال الشراء

المالك ويغرم له حصته لاختياره الشراء (ويحتمل) الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وإن كان العامل موسرا والبطلان لأنه مخالف للتجارة.

ربح ظاهر أو يكون فهنا مطلبان أن لا يكون فيه ربح حال الشراء فإما أن يستمر كذلك إلى بيعه فيصح البيع فيه أو لا يستمر بل يظهر فيه ربح بعد الشراء كارتفاع السوق مثلا فالكلام فيه في مسألتين (إحديهما) في انعقاد نصيب العامل وهو مبني على أن العامل يملك ما شرط له من الربح لا الأجرة وعلى أنه يملكه بالظهور وسيأتي البحث فيه (وثانيهما)

في سراية العتق وهو مبني على إحدى المسألتين إما أن العتق القهري يسري أو إن اختيار السبب هو اختيار المسبب والقدرة عليه أو يستلزمه على اختلاف رأي المتكلمين (فعلى الأول) يسري وكذا على الثانية لأنه اختار الشراء وإمساكه حتى ارتفع السوق وهو سبب لملكه بارتفاع السوق الذي هو سبب العتق وإلى هذا الوجه أشار المصنف بقوله (واختياره السبب) وقوله رحمه الله (إذ لا اختيار له في ارتفاع السوق) إشارة إلى وجه عدم السراية وتقريره أن السبب التام للعتق (المعتق - خ ل) هو مجموع ابتياعه وارتفاع السوق أو السبب القريب ارتفاع السوق وهو ليس باختياره ولا تعلق لقدرته به فجزء السبب أو السبب القريب غير مقدور له وكل ما كان جزء السبب غير مقدور أو السبب القريب غير مقدور لم يكن السبب مقدورا فإن لم نقل بسراية الانعقاد قهرا لم يسر هنا والأصح عندي السراية لأنه يملك بالظهور فيضمن للمالك القيمة كلها. قال دام ظله: ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وإن كان العامل موسرا.

أقول: لأن التقويم على خلاف الأصل فيفتقر إلى النص وهو قوله عليه السلام من أعتق إلى آخره والألفاظ إنما تحمل على حقائقها ووجود الملك ليس علة في عدمه وإن كان قد يعد لكن المعد والقابل لا يكون فاعلا فالعلة في العتق النسب وليس من فعله والملك معد، ولرواية ابن أبي عمير عن محمد بن قيس قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجع دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم قال يقوم فإن زاد درهما

المطلب الثاني

ليس للعامل أن يسافر إلا بإذن المالك فإن فعل بدون إذن ضمن وتنفذ تصرفاته ويستحق الربح ولو أمره بالسفر إلى جهة فسافر إلى غيرها أو بابتياح شيء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح حينئذ فالربح على الشرط ولو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوف فإن فعل ضمن، ولو أذن في السفر فأجرة النقل على مال القراض و نفقته في الحضر على نفسه وفي السفر من أصل (مال - خ ل) القراض كمال النفقة علي رأي فلو كان معه غيره قسط (ويحتمل) مساواة الحضر واحتساب الزائد على القراض ولو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل ولو مات لم يجب تكفينه.

واحدا انعتق واستسعى في مال الرجل (١) وترك الاستفصال في حكاية الحال يقتضي العموم في المقال والأقوى عندي السراية والغرم وقال أبو الصلاح وشيخنا نجم الدين ابن سعيد (٢) يستسعى العبد مطلقا أي سواء كان العامل موسرا أو معسرا. قال دام ظله: ونفقته في الحضر على نفسه وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة علي رأي فلو كان معه غيره قسط (ويحتمل) مساواة الحضر واحتساب الزائد على القراض.

أقول: البحث هنا في مقامين (الأول) هل نفقة العامل في السفر للتجارة على مال القراض أو على نفسه، ذهب الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن إدريس وجدي ووالدي في مختلف الشيعة إلى أن جملة النفقة في السفر على مال المضاربة وهو الأصح عندي، وذهب في المبسوط إلى أن نفقته من ماله خاصة دون مال القراض (واحتج) في الخلاف بإجماع الفرقة وفي المبسوط بأنه دخل على أن يكون له من الربح سهم معلوم وليس له أكثر من ذلك لأنه ربما لا يربح المال أكثر من هذا، واستدل المنصف في المختلف على الأول بما رواه علي

(١) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب المضاربة.

(٢) أي المحقق صاحب الشرايع (قده)

المطلب الثالث

ليس للعامل وطى أمة القراض وإن ظهر الربح فإن فعل من غير إذن حد وعليه المهر وولده رقيق إن لم يظهر ربح ولا تصير أم ولد ولو ظهر ربح انعقد حراً وهي أم ولد وعليه قيمتهما وليس للمالك وطى الأمة أيضاً فإن فعل فهي أم ولد إن علقت ولا حد وتحتسب قيمتهما وتضاف إليها بقيمة المال وإن كان فيه ربح فللعامل حصته ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأها قيل جاز والأقرب المنع نعم لو أحله بعد الشراء صح وليس لأحدهما

ابن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام قال في المضاربة ما أنفق في سفره فهو من جميع المال وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه (١).

(المقام الثاني) على القول بوجوب نفقته على مال القراض (هل) يستحق كمال النفقة أو ما زاد بسبب السفر اختار والذي المصنف الأول (واحتج) بقول موسى ابن جعفر عليهما السلام ما أنفق في سفره فهو من جميع المال (٢) (وما) للعموم (وقيل بالثاني) لأنه إنما حصل بالسفر الزيادة لا غير أما غيرها فسواء كان مسافراً أو لا فلا - يكون علة فيه ويتفرع على وجوب كمال النفقة في مال القراض أنه لو كان معه مال آخر لنفسه قسّمت النفقة عليهما على قدر المالين أما على القول بأنه إنما يستحق الزيادة بالسفر خاصة فإن نفقته على نفسه.

قال دام ظله: ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأها (قيل) جاز والأقرب المنع.

أقول: القول بالجواز قول الشيخ الطوسي في النهاية والقائل بالمنع شيخنا نجم الدين أبو القاسم بن سعيد وهو الأقرب عند والذي المصنف والأصح عندي لأن الإباحة إما عقد أو ملك يمين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (٣) وكلاهما مشروط ملك فلا يصح قبله لاستحالة تقديم المشروط على

(١) ثل ب ٦ خبر ١ من كتاب المضاربة.

(٢) ثل ب ٦ خبر ١ من كتاب المضاربة.

(٣) المؤمنون آية - ٤ - ٥ - ٦.

تزويج الأمة ولا مكاتبة العبد فإن اتفقا عليهما جاز وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله إلا مع إذنه فيضمن بدونه ولو قال اعمل برأيك فالأقرب الجواز، وليس له أن يشتري خمرا ولا خنزيرا إذا كان أحدهما مسلما وليس له أن يأخذ من آخر مضاربة إن تضرر الأول إلا بإذنه فإن فعل وربح في الثانية لم يشاركه الأول، ولو دفع إليه قراضا وشرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتهما، ولو قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف وتفاضلا في الباقي مع تساوي المالين أو بالعكس فالأقوى الصحة، ولو كان العامل

الشرط (ووجه الأول) أنه أذن له في الانتفاع فيصح ولدعاء الضرورة إليه. قال دام ظله: وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله إلا مع إذنه فيضمن بدونه ولو قال اعمل برأيك فالأقرب الجواز أقول: لأنه قد جعل النظر في المصلحة وفعلها موكولا إليه وربما رأى الحظ للمضاربة في المزج فإن أصلح له فيدخل تحت قوله اعمل برأيك (وقيل) ليس له ذلك لأن ذلك ليس من التجارة وهو ممنوع فإنه قد يكون من مصلحتها والأصح الأول قل دام ظله: ولو دفع إليه قراضا وشرط أن يأخذ له بضاعة فالأقوى صحتهما.

أقول: قال الشيخ في المبسوط يبطل الشرط لأن العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل ولا قسط من الربح وإذا بطل الشرط بطل القراض لأن قسط العامل يكون مجهولا لأن المالك ما جعل له القسط حتى شرط له العامل عملا بغير جعل فيذهب من نصيب العامل قدر ما يزيد فيه لأجل البضاعة وهو مجهول ثم قال وإن قلنا أن القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لأن البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا وابن البراج جزم بالأول وقال المصنف في المختلف والحق صحة الشرط والعقد وأي منافاة بين أن يعمل العامل عملا في مال بعوض وفي غيره بغير عوض وهو الصحيح عندي لوجود المقتضي وهو العقد وقوله عليه السلام المؤمنون عند

شروطهم والمانع منتف فيثبت القراض والشرط. قال دام ظله: ولو قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف وتفاضلا في

اثنين وساواهما في الربح صح وإن اختلفا في العمل، ولو أخذ من واحد مالا كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك، ولو أخذ مئة من رجل ومثلها من آخر و اشترى بكل مئة عبدا فاختلفا اصطلاحا أو أقرع.

المطلب الرابع
العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الأجرة على الأصح

الباقى مع تساوي المالين أو بالعكس فالأقوى الصحة.
أقول: ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن إدريس إلى بطلان الشركة لبطلان الشرط وقال السيد المرتضى تصح الشركة دون الشرط وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد والأدلة وقد تقدمت وذهب أبو الصلاح إلى صحة الشركة دون الشرط بل يكون إباحتها.

المطلب الرابع
قال دام ظله: العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الأجرة على الأصح.

أقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف والاستبصار وابن الجنيد و ابن حمزة وابن إدريس وهو الأصح وذهب في النهاية إلى أن للعامل أجرة المثل و الربح كله للمالك واختاره المفيد وسالار وابن البراج وظاهر قول أبي الصلاح (لنا) قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) وقد حصلت وقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (٢) ولرواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال (٣) (احتج الشيخ) بأن النماء تابع للأصل فيكون الربح للمالك ولأنها معاملة فاسدة لجهالة العوض (والجواب) منع فساد هذه المعاملة والجهالة لا تضر بجهالة العمل و كالمزارعة والمساقاة ونمنع تبعية النماء للأصل هنا.

(١) البقرة ١٨٤.

(٢) المائدة - ١.

(٣) ثل ب ١ خبر ٤ من كتاب المضاربة.

ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي ملكا غير مستقر وإنما يستقر بالقسمة أو بالانضاض و

الفسخ قبل القسمة، ولو أتلّف المالك أو الأجنبي ضمن له حصته ويورث عنه والربح وقاية لرأس المال فإن خسّر وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين وفي صفقة واحدة أو اثنتين فلو دفع ألفين فاشترى بإحديهما

قال دام ظله: ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي.

أقول: الذي سمعناه من والدي المصنف أدام الله أيامه أن في هذه المسألة ثلاثة أقوال (١) إنه يملك بمجرد الظهور وهو الأصح لأن سبب الاستحقاق الشرط الصحيح فإذا حصل الربح فليثبت مقتضى الشرط ولأنه مملوك لا بد له من مالك وليس رب المال لأنه لا يثبت أحكام الملك في حقه فيلزم أن يكون للعامل إذ لا مالك سواهما إجماعاً ولأنه لو لم يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالي باطل اتفاقاً فكذا المقدم والملازمة ظاهرة لصدق لا شيء من غير الشريك له المطالبة بالقسمة اتفاقاً و لأنه لو لم يملك بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من أبيه لو اشتراه وظهر ربح لكن التالي باطل فالمقدم مثله، أما الملازمة فظاهرة إذ لا مقتضى إلا ملكه قطعاً، وأما بطلان التالي فلحديث محمد بن قيس (١) ولقول أبي الحسن عليه السلام الربح بينهما (٢) وهذا يقتضي بعمومه ملكه بمجرد الظهور والأخبار كثيرة متواترة بهذا المعنى (واعلم) أنه إذا قلنا أنه يملك بالظهور يريد به ملكاً غير مستقر فلا يتسلط العامل عليه وليس له التصرف فيه لأنه وقاية لرأس المال بمعنى انحصار الخسران فيه لو حصل ما دامت المعاملة باقية (ب) أنه يملك بالانضاض لأنه قبله غير موجود خارجاً بل هو مقدر موهوم وكل مملوك موجود خارجاً بالضرورة ما دام مملوكاً وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكد ولهذا يورث عنه وإذا أتلّف المالك أو الأجنبي المال ضمن حصته فإن الإلتلاف كالقسمة (ج) إنه يملك مستقراً بالقسمة لأنه لو ملك قبلها لكان شريكاً في المال فيكون النقصان الحادث شايعاً في المال لأن التالف من المال المشترك يكون بينهما فلما انحصر في الربح دل على عدم الملك (ولأنه) لو ملكه لاختص بربحه (ولأن)

(١) ثل ب ٨ خبر ١ كما تقدم.

(٢) ثل ب ٣ خبر ٥ من كتاب المضاربة.

سلعة وبالأخرى مثلها فخسرت الأولى وربحت الثانية جبر الخسران من الربح ولا شيء للعامل إلا بعد كمال الألفين، ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على إشكال سواء كان التالف

القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كما في الجعالة (د) إن القسمة كاشفة عن ملك العامل لأن القسمة ليست بعمل حتى يملك بها بل هي دالة على تمام العمل الموجب للملك (تذنيب) الأصح عندي أنه يستقر ملك العامل بارتفاع العقد مع نضوض المال والقسمة بإجماع الكل وهو نهاية الحال وكذا لو كان قدر رأس المال ناضا واقتسما الباقي وارتفع العقد والضابط أنه كلما ارتفع العقد والربح حاصل ولم يجب على العامل عمل ولا جبران خسران استقر ملكه.

قال دام ظله: ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على إشكال.

أقول: هنا مسائل أربع (أ) تلف بعض المال قبل دورانه في التجارة بلا عوض حصل كأن دفع إليه ألفين فتلف أحدهما (وفيه) احتمالان مبنيان على أنه مال قراض بالفعل وعلى تفسير الخسران الذي له الربح وقاية في العرف العادي (هل) هو كل نقص حصل في مال القراض بيد العامل لا من فعله وتفريطه أو يقيد بعد تصرف العامل بالتجارة (أو) له تعلق بتصرف العامل بتجارته أو نشأ من نفس المال الذي اشتراه العامل كالعيب وقد ذهب إلى كل تفسير من هذه الثلاثة قوم (فعلى التفسير الأول) يجبر من الربح (وعلى الآخرين) لا يجبر ولأن العقد لم يتأكد بالعمل وليس مال قراض بالفعل حقيقة (ب) أن يكون بعد دورانه لا بنقص سوق ولا بعوض بل بأفة كما لو اشترى عبدين فمات أحدهما (فإن قلنا) بالجبر في المسألة الأولى فهنا أولى (وإن قلنا) بتلف من رأس المال في المسألة الأولى فهنا احتمالان (أحدهما) أنه هنا كذلك لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا هو ناش من المال الذي اشتراه العامل ولأن العبدین مثلا بدل الألفين ولا عبرة بمجرد الشراء لأنه تهيئة محل التصرف والركن الأعظم في

للمال أو للعرض باحترق أو سرقة أو نهب أو فوات عين أو انخفاض سوق أو طريان عيب والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب ومهر وطى الجوارى حتى لو وطئ السيد كان مستردا مقدار العقر ولو كان رأس المال مئة فحسر عشرة ثم أخذ المال عشرة ثم عمل الساعي فربح رأس المال ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في تقدير تسعين فإذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين أصاب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك من رأس المال وإن أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه قد أخذ نصف المال فيسقط نصف الخسران وإن أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون و أربعة اتساع وكذا في طرف الربح يحسب المأخوذ من رأس المال والربح فلو كان المال مئة فربح عشرين فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثا لأن المأخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال وهو ستة عشر وثلاثان وحظها من الربح

المضاربة البيع لأنه به يحصل في المبيع الربح (والحق) عندي أنه يجبر من الربح لأنه تصرف في رأس المال فلا يأخذ شيئا من الربح حتى يرد رأس المال الذي تصرف فيه إلى المالك لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وإنما قال على اليد ولم

يقل على الذمة ليشمل ما في الذمة والأمانات كالوديعة وهذا الموضع وشبههما (ج) أن يتلف كل المال قبل دورانه في التجارة كما لو أذن له المالك في الشراء في الذمة ورأس المال ألف فاشترى بألف في الذمة وقبل إقباضه البائع تلف الألف الذي في يده للقراض والبحث فيه كالأولى واختار ابن البراج أنهما معا رأس المال فيتخير من الربح وبه قال الشيخ الطوسي في المبسوط وقيل بأنه إن كان الشراء قبل تلف الألف وإن كان بعده فالشراء للعامل وأقول البحث إنما هو في الأول لأن التلف قبل الشراء مبطل للمضاربة واختار والذي في المختلف أن الشراء في الذمة إن كان بإذن المالك فهما معا رأس المال وإلا كان الشراء للعامل (د) أن يتلف بعد دورانه في التجارة بأن يتلف رأس المال بعد شرائه وظهور ربح وبقي قدر الربح والحق عندي هنا أنه يجبر بالربح الباقي.

(١) سنن أبي داود ج - ٣ - باب العارية مؤداة.

ثلاثة وثلاث فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان فلو انخفضت السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه ليطم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه قد أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثا لأنه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه فإن أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردها كان له على المالك خمسة لأن الذي أخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا - يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته إياه وقد أخذ من الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح، ولو رد منها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين، ولو دفع ألفا مضاربة فاشترى متاعا

يساوي ألفين فباعه بهما ثم اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على إشكال فإذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربعها وأخذ

المالك من الباقي رأس ماله ألفين وخمسمائة وكان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه ولو دفع

إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربة وأذن في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف

في الأول جاز وصار مضاربة واحدة وإن (فإن - خ ل) كان بعد التصرف في الأول في شراء

المتاع لم يجز لاستقرار حكم الأول فربحه وخسرانه مختص به فإن نض الأول جاز ضم الثاني إليه وإن لم يأذن في الضم فالأقرب أنه ليس له ضمه ولو خسر العامل فدفع الباقي

قال دام ظله: ولو دفع ألفا مضاربة فاشترى متاعا (إلى قوله) خمسمائة على إشكال.

أقول: القائل بملكه بالقسمة لا إشكال عنده في عدم إزمه بشئ وعلى القول بالملك بالظهور يحتمل إزمه لأنه شريك (ومن) حيث إنه لا يستقر ملكه إلا بعدم الخسران وهذا الشرط لم يتحقق فلا يؤدي وكذا على القول بملكه بالانضاض فإنه لا يستقر إلا بالقسمة لكن إن قلنا بالشركة بالملك بالظهور فهنا أولى ولهذا فرض المصنف الانضاض.

قال دام ظله: ولو دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرى (إلى قوله) فالأقرب أنه ليس له ضمه.

ناضاً ثم أعاده المالك إليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الأول لاختلاف العقدين، وهل يقوم الحساب مقام القبض الأقرب أنه ليس كذلك وليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير إذن المالك فإن نض قدر الربح واقتسماه وبقي رأس المال فخسر رد العامل أقل الأمرين واحتسب المالك وإن امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر الآخر عليها ولا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئاً من مال القراض ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن ويجوز من المكاتب والشريك فيصحب في نصيب شريكه وللعامل أن يشتري من مال المضاربة وإن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه.

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع

القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال أو كان به عروض وينفسخ بموت أحدهما وجنونه وإذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه أخذه المالك ولا شيء للعامل وإن كان فيه ربح قسم على الشرط وإن انفسخ وبالمال

أقول: وجه القرب من حيث إنه تصرف لم يأذن فيه المالك لأنه إنما أذن في التجارة والضم ليس منها ويحتمل الجواز لجواز ملزومه إذ يجوز شراء نصف سلعة مشاعاً بأحدهما والنصف الآخر بالآخر وهو يستلزم الضم وفيه نظر لانتقاضه بمضاربة الغير فإنه يجوز أن يشتري نصف سلعة مشاعاً بمال أحدهما والآخر بمال الآخر والأصح عندي أنه

لا يجوز الضم فعلى الجواز لا يضمن به وعلى عدمه يضمن.

قال دام ظله: وهل يقوم الحساب مقام القبض الأقرب أنه ليس كذلك.

أقول: وجه القرب انتفاء حقيقة القبض وعدم دلالة الحساب على الفسخ بإحدى الدلالات الثلاث (ويحتمل) أنه كالقبض لأن فائدته تميز حق المالك من حق العامل فصار كالقبض والصحيح عندي الأول لأن قبض المالك فسخ فإذا أعاده كان قراضاً جديداً واحتاج إلى عقد جديد والحساب ليس كذلك.

الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع

قال دام ظله: وإن انفسخ وبالمال عروض فإن ظهر فيه ربح وطلب

عروض فإن ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه أو وجد زبونا (١) يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على إشكال وإن لم يظهر ربح ولا زبون لم يجبر المالك ولو طلب المالك بيعه فإن لم يكن ربح أو كان وأسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه وكذا يجبر مع الربح، ولو نض قدر رأس المال فرده

العامل بيعه أو وجد زبونا يحصل له ربح ببيعه عليه أجبر المالك على إجابته على إشكال.

أقول: الإشكال في المسألتين أما الأولى فممنشأه أنه إن قلنا أنه لا يملك إلا بالانضاض أو القسمة كان له الأجرة فلا يجبر المالك (ويحتمل) الجبر لأنه لا يكون أقل من الجعالة وقد تم العمل بظهور الربح وفسخ المالك فاستحق الجعل وهو جزء من الربح وإنما يتم بالبيع وما لا يتم الواجب إلا به يكون واجبا وإن قلنا بالظهور فيحتمل الإجبار لأنه يجب عليه أيضا عوض عمله (ويحتمل) عدمه لأنه ليس أقوى من الشريك الأصلي والشريك لا يجبر شريكه على بيع ماله فهنا أولى (وأما الثانية) فممنشأه (من) حيث إن ذلك هل هو ظهور ربح أم لا فقال بعض الفقهاء بالثاني إذ حصول الربح إما بزيادة القيمة السوقية أو بحصول الشراء بذلك أما نفس البدل فلا بل هو رزق يساق إلى مالك العروض والأصح الإجبار فيهما. قال دام ظله: ولو طلب المالك بيعه فإن لم يكن ربح أو كان وأسقط العامل حقه منه فالأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه. أقول: هنا مسألتان (١) أن لا يكون فيه ربح (ووجه) القرب قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٢) وهو عام فغاية كل أخذ (أحد - خ ل) يؤدي الأداء كما أخذ (ويحتمل) عدمه لأن غرض البيع أن يظهر الربح ليصل العامل إلى حقه منه فإذا لم يكن ربح وارتفع العقد لم يحسن تكليفه تعبا بلا فائدة (الثانية) أن يظهر فيه ربح فإما أن يسقط العامل حقه من الربح أو لا فإن كان الأول فمبناه على مسألتين (إحديهما) أنه هل يملك بالظهور أو لا فإن قلنا يملك بالظهور فهل يسقط بالإعراض

(١) بفتح أوله هو الراغب في الشراء - كأنه مولد وليس من كلام العرب (جامع المقاصد)
(٢) سنن أبي داود (ج ٣) باب العارية مؤداة وفيه توديه.

العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركا بينهما ولو رد ذهباً ورأس المال فضة
وجب
الرد إلى الجنس وإذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجره المثل إلى ذلك
الوقت نظر.، وإذا انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وإن لم يظهر ربح
ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيز وتجديد عقد القراض إن كان المال
ناضاً نقداً وإلا فلا، ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقدان كان المال نقداً وإلا
فلا

(وهل) ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير إشكال وإذا مات المالك قدمت حصة العامل

أم لا (يحتمل) الأول لأنه ليس بملك مؤكد بل متزلزل ويتوقف على تمام العمل
(ويحتمل) الثاني لأن الأملاك لا تزول بالإعراض (فإن قلنا) لا يسقط بالإعراض لم -
يلزم المالك قبول ملكه فيجبر (وإن قلنا) يسقط فمبناه على المسألة الأولى وهي أن
لا يكون فيه ربح (والأقرب) الإيجاب للخبر (وثانيتها) أن لا يملك بالظهور فيسقط
بالإسقاط كالشعفة لأنه لم يملكه بل استحق أن يملك كالشفيع والحقوق تسقط بالإسقاط
(وإن كان الثاني) وهو أن لا يسقط العامل حقه فإن قلنا يملك بالظهور احتمل
الإيجاب لأن المالك لا يلزمه قبول ملكه وعدمه كالشريك (والأصح) الإيجاب للخبر
ولأنه ملك بالظهور ملكاً لازماً ما دام الربح ظاهراً أو ناضاً فيلزمه عوضه وهو
إتمام مقتضى العقد لأنه اقتضى الشراء والبيع والأقوى أنه يملك بالظهور ولا يسقط
بالإسقاط.

قال دام ظله: وإذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل أجره
المثل إلى ذلك الوقت نظر.

أقول: ينشأ (من) أنه عمل غير متبرع به في مال المالك وتعذر العوض لأن
المالك لم يمكنه من إتمام العمل إلى أن يحصل الربح (ومن) انحصار العوض في
الربح لأن مقتضى العقد أنه لا شيء له إن لم يحصل ربح ولم يحصل والأصح أن له الأجرة.
قال دام ظله: ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد إن كان
المال نقداً وإلا فلا (وهل) ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير إشكال.
أقول: ينشأ (من) أنه عقد مبتداء فاعتبر فيه صيغته المعينة التي وضعها الشارع

على غرمائه ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته و صاحبه أسوة الغرماء على إشكال وإن عرف قدم وإن جهلت عينه وإذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة فإن اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله ولو أجاز رب المال احتمال صيرورة الثمن عليه وبقاء المضاربة فإن اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن (وهل) يحسب التالف من رأس المال نظر هذا إن كان المالك

له والأصح عندي أنه لا يصح لأن العقد بطل والتقرير حقيقة في استمرار عقد موجود حين التقرير في المستقبل وليس هنا عقد (ومن) أن العقود الجائزة لا تفتقر إلى الصيغ كافتقار اللازمة وقد يستعمل التقرير لإنشاء عقد على موجب العقد السابق.

قال دام ظله: ولو مات العامل ولو يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتاً في ذمته وصاحبه أسوة الغرماء على إشكال.

أقول: ينشأ من أصالة البقاء وعدم الوجدان لا يدل على العدم وقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي ومن أنه أمانة والأصل عدم التفريط ولم يجده بعينه ولأن الضرب مع الغرماء يستلزم الحكم ببقاء المال إذ لولاه لم يضمن لأن الأصل عدم التفريط وبعده وإلا لما ضرب لأنه حكم العدم مع عدم التفريط فيكون مبنيًا على النقيضين والثاني ممنوع فإننا نمنع أن سبب الضمان العدم مع التفريط بل سببه إما هذا أو اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه.

قال دام ظله: وإذا تلف المال قبل الشراء (إلى قوله) صيرورة الثمن عليه.

أقول: لأنه اشترى للمضاربة والشراء للمضاربة هو الشراء للمالك لأنها وكالة في الابتداء ثم تصير وكالة وشركة في الأثناء وشركة في الانتهاء وقد أجاز المالك لكن لا تكون مضاربة (ومن) حيث إن المال ثبت ابتداءً عليه والثمن (والمثمن - خ ل) له فلا ينتقل إلا بعقد مستأنف ولأن المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل قبض شيء للمضاربة وأجاز المالك.

قال دام ظله: وهل يحسب التالف من رأس المال نظر (إلى قوله) ولا يلزم

إذن في الشراء في الذمة وإلا كان الثمن لازماً للعامل والشراء له إن لم يذكر المالك وإلا بطل البيع ولا يلزم الثمن أحدهما ولو اشترى بالثمن عبيدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح ولو ماتا معا انفسخت المضاربة لزوال مالها أجمع فإن دفع إليه المالك شيئاً آخر كان الثاني رأس المال ولم يضم إلى المضاربة الأولى وينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الإذن كالوكيل والربح بأجمعه للمالك وعليه أجره المثل للعامل سواء ظهر ربح أو لا إلا أن يرضى العامل بالبيع (بالسعي - خ ل) مجاناً كأن يقول قارضتك والربح كله لي فلا أجره له حينئذ، والعامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال وتلفه وعدم التفريط وحصول الخسران وإيقاع الشراء لنفسه أو للمضاربة وقدر الربح وعدم النهي عن شراء العبد مثلاً لو ادعاه المالك، والأقرب تقديم قول المالك في الرد وفي عدم الإذن في الشراء بعشرة وفي قدر نصيب العامل من الربح ولو قال العامل ما ربحت شيئاً أو ربحت ألفاً ثم خسرت أو تلف الربح

الثمن أحدهما.

أقول: ينشأ (من) أن التالف قد تلف بعد الشراء وهو شروع في التجارة فيحسب من رأس المال (ومن) أنه قد تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء والأصح احتسابه من مال المضاربة. قال دام ظله: والأقرب تقديم قول المالك في الرد وفي عدم الإذن النسيئة وعدم الإذن في الشراء بعشرة وفي قدر نصيب العامل من الربح. أقول: ذهب الشيخ في المبسوط إلى تقديم قول العامل كالودعي لأنه أمين (ولأن) عدمه ملزوم للضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار ونفي اللازم يستلزم نفي الملزوم (ووجه) اختيار المصنف أنه مدع فيدخل تحت عموم الخبر وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر (١) وهو الأصح.

(١) ثل ب ١٣ خبر ٤ من أبواب صفات القاضي.

قبل، بخلاف ما لو قال غلظت أو نسيت، ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال فلو ادعى المالك أن رأس المال ثلثا الحاصل فصدقه أحد العاملين بالنصف وادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فيأخذه خمسمائة من ثلاثة آلاف ويأخذ المالك ألفين رأس ماله بتصديق الآخر وللآخر ثلث المتخلف وهو خمسمائة وللمالك ثلثاه لأن نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة وما أخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف من المضاربة يحسب من الربح ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين ما ادعاه من الحصاة (ويحتمل) التحالف فللعامل أكثر الأمرين من الأجرة

قال دام ظله: ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على إشكال.

أقول: قوله مطلقا أي سواء ربح المال أو لا وسواء تلف بتفريط أو لا به والإشكال ينشأ (من) أن المالك يدعي عليه قبضا وهو ينكره (ولأن) المال في يد العامل والقول قول صاحب اليد (ويحتمل) أنه إن كان هناك ربح كان حكمه حكم الاختلاف في القدر المشروط في الربح لأن قدر الربح يتفاوت بواسطة رأس المال فيكون القول قول المالك لأن الأصل أن النماء تابع للأصل ولأن القدر الزائد على ما يدعيه العامل يدعي المالك أن له والعامل انتقله عنه بالمعاملة إذا الأصل أن النماء تابع للأصل والأصل عدم انتقاله عنه بالمعاملة وإن كان تفريط ونقص عن رأس المال فالقول قول العامل لأنه الغارم واعترض على رجوعه إلى اختلاف في الربح بأن الاختلاف في القدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقد والاختلاف هنا في القبض فيصدق فيه نافية كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن، والأصح أن القول قول المالك إلا أن يكون هنا تفريط وتلف فالقول قول العامل.

قال دام ظله: ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض (إلى قوله) من الأجرة والمشتراط.

أقول: وجه الأول أن العامل يدعي انتقال المال عن مالكه والأصل (ووجه)

والمشترط، ولو أقاما بينة فعلى الأول تقدم بينة العامل، ولو ادعى العامل القراض و المالك الإبضاع قدم قول العامل لأن عمله له فيكون قوله مقوما فيه (ويحتمل) التحالف فللعامل أقل الأمرين من الأجرة والمدعي ولو ادعى العامل القراض والمالك الإبضاع تحالفا وللعامل الأجر، ولو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض أو الإبضاع قدم قول المالك مع اليمين، ولو شرط العامل النفقة أو أجبناها وادعى أنه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده أو رده إلى المالك، ولو شرطا لأحدهما جزء معلوما واختلفا لمن هو فهو للعامل، ولو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله وكذا الوديعة وشبهها أما لو كان الجواب لا تستحق عندي شيئا وشبهه لم يضمن.

الثاني أنهما مدعيان لأن كلا منهما يدعي عقدا ينكره الآخر والأصل عدمه وإنما كان له أكثر الأمرين لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجرة مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما أن القول قول رب المال في ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط وإنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجرة مثله وهو الأصح.

قال دام ظله: ولو أقاما بينة (فعلى الأول) تقدم بينة العامل.

أقول: لأن القول المالك فالبينة بينة الآخر (وعلى الثاني) يتعارض البيئتان

فيتساقطان ويتحالفان ويكون الحكم كما ذكر المصنف في ما تقدم

قال دام ظله: ولو ادعى العامل القراض والمالك الإبضاع (إلى قوله)

من الأجرة والمدعي.

أقول: وجه الأول ما ذكره المصنف (ووجه) الثاني أن كلا منهما يدعي عقدا

ينكره الآخر فيكون القول قول المنكر وإنما كان له أقل الأمرين على الاحتمالين

لأن الأجرة إن كانت أزيد فهو يقر بعدم استحقاق الزايد وإقرار العقلاء على أنفسهم

جائز (وإن) كانت أنقص (فعلى الأول) لم يثبت للعامل بيمينه ما ادعاه بل أثبت بها

عدم التبرع بعمله لا المضاربة (وعلى الثاني) فلأن الزائد انتفى بيمين المالك والأصح

احتمال الثاني.

المقصد السادس في الوكالة
وفصول ثلاثة الأول في أركانها وهي أربعة:
الأول العقد وهو ما يدل على استنابة في التصرف ولا بد فيه (من إيجاب) دال
على القصد كقوله وكتك أو استنبتك أو فوضت إليك أو بع أو اشتر أو أعتق ولو قال
وكتني فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الإيجاب (ومن قبول) إما
لفظاً كقبلت أو رضيت وشبهه أو فعلاً كما لو قال وكتك في البيع فباع ولا يشترط
مقارنة القبول بل يكفي وإن تأخر نعم يشترط عدم الرد منه فلو رد انفسخ العقد و
يفتقر في التصرف إلى تجديد الإيجاب مع علم الموكل ويجب أن تكون منجزة فلو جعلها
مشروطة بشرط متوقع أو وقت مترقب بطلت نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف
إلى وقت أو حصول شرط جاز كأن يقول وكتك الآن ولا تتصرف إلا بعد شهر وإذا فسد
العقد
لتعلقها على الشرط احتمال تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الإذن وفائدة الفساد سقوط
الجعل المسمى والرجوع إلى الأجرة.

المقصد السادس في الوكالة

مقدمة

شرع الوكالة ثابت بالإجماع وبفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم فإنه وكل السعاة في
أخذ
الصدقات وروي أنه وكل عروة البارقي في شراء شاة الأضحية (١) ووكل أبا رافع في
قبول نكاح ميمونة وعن جابر قال أردت الخروج إلى خيبر فذكرت لرسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم
فقال إذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا الحديد.
قال دام ظله: وإذا فسد العقد لتعلقها على الشرط (احتمل) تسويغ
التصرف عند حصوله بحكم الإذن وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى و
الرجوع إلى الأجرة.

(١) المستدرک ب ١٨ خبر ١ - من أبواب عقد البيع.

الثاني الموكل ويشترط فيه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية فلا يصح توكيل الصبي وإن كان مميزا أو بلغ عشرة مطلقا على رأي ولا المجنون ولو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة ولا توكيل القن إلا بإذن المولى إلا في ما - لا يتوقف على الإذن كالطلاق والخلع ولا الوكيل إلا بإذن موكله صريحا أو فحوى مثل اصنع ما شئت والأقرب أن ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة إذن في التوكيل معنى فحينئذ الأقرب أنه يوكل في ما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع ولا المحجور عليه إلا في ما لا يمنع الحجر تصرفه كالطلاق و

أقول: لوجود المقتضي وهو الإذن وانتفاء المانع إذ ليس إلا رفع الوكالة ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام فلم يرفع الإذن ولا لازمه بل ملزومه (ومن) أن الكلي لا يوجد إلا في أحد الجزئيات وليس هنا إلا الوكالة وقد ارتفعت والأصح الثاني وهو منعه من التصرف مطلقا.

الثاني الموكل

قال دام ظله: فلا يصح توكيل الصبي وإن كان مميزا أو بلغ عشرة مطلقا على رأي.

أقول: الموكل كل متمكن شرعا أو ممنوع بالجهل لا غير من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك أو الولاية القهرية أو مأذونة فيها شرعا لو بوسائط (فنقول) الصبي هل يتمكن من مباشرة فعل كما ذكر قال شيخنا المصنف ولا واختاره جماعة من أصحابنا فلا يصح توكيله في شيء البتة وقال الشيخ يصح تصرفه بالعنق والصدقة بالمعروف ثم نص أن كل من يصح تصرفه في شيء يدخله النيابة صح التوكيل فيه ويلزم جواز توكيل الصبي (لنا) إن مناط التصرفات البلوغ وليس، وصغرى الشيخ ممنوعة. قال دام ظله: والأقرب أن ارتفاع الوكيل (إلى قوله) يتمكن منه لا الجميع.

أقول: دلالة إذن الموكل لو كيله في التوكيل إما لفظية أو معنوية والأولى ظاهرة مذكورة في القواعد وهذا الكلام مقصود على الدلالة المعنوية وهي على أقسام (الأول) أن يقتضيها شاهد الحال لترفع الوكيل عن مباشرة ما وكل فيه فإنه يدل في

الخلع واستيفاء القصاص، ولا يوكل المحرم في عقد النكاح محرماً ولا محلاً ولا في ابتياع الصيد وللمكاتب أن يوكل، وللمأذون له في التجارة في ما جرت العادة بالتوكيل فيه وللأب والجد أن يوكلوا عن الصغير والمجنون، وللحاضر أن يوكل في الطلاق على رأي وللحاكم أن يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم، ويكره لذوي المروات مباشرة الخصومة ويستحب لهم التوكيل وللمرأة أن توكل في النكاح وللناسق في تزويج ابنته وولده إيجاباً وقبولاً وليس سكوت السيد عن

العادة والعرف على الإذن دلالة ظاهرة (ويحتمل) عدم الجواز لأن التصرف في مال الغير خلاف الأصل مبني على الاحتياط التام فيقتصر على ما يدل عليه اللفظ بالمطابقة أو التضمن أو الالتزام والكل منتف هنا (الثاني) اتساع الموكل فيه وعجزه عن المباشرة ولا بد من علم الموكل بعجزه من مباشرة الجميع لا عن بعضه فالأقرب جواز التوكيل لثبوت دلالة الاقتضاء فإنه أمره بالتصرف في الجميع وإصلاحه وهو موقوف على الاستئابة وبه قال الشيخ (ويحتمل) عدمه لأن التوكيل غير الفعل والمباشرة وإنما أمره بالثاني لا الأول ولانتفاء الدلالات الثلاث أما المطابقة والتضمن فظاهر وأما الالتزام فلما كان انفكاكه لجواز نهي عنه والأصح الأول (الثالث) على القول بجواز التوكيل مع كثرة الموكل فيه وعجزه عن الكل من حيث هو كل الأقرب عند المصنف أنه لا يوكله في الكل بل في ما زاد على المقدور لأن التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص بما دعت إليه وهو قول الشيخ الطوسي في المبسوط (ويحتمل) العموم لجوازها وتخصيص البعض ترجيح من غير مرجح ولاقتضاء الإطلاق ذلك وهو ممنوع والأصح الأول لأنها رخصة وكل رخصة تختص بمحل الضرورة. قال دام ظلّه: وللحاضر أن يوكل في الطلاق على رأي.

أقول: منعه الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح وجوزه ابن إدريس والمصنف وهو الصحيح لأنه فعل يقبل النيابة فصح دخولها فيه والصغرى ظاهرة لجوازها مع الغيبة وكذا الكبرى لغيرها ولجواز الطلاق من الحكم بإذنه حال الشقاق مع حضوره (احتج) الشيخ برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال لا تجوز الوكالة في

النهي عن تجارة عبده إذنا له فيها، والأقرب بطلان الإذن بالإباق وكل موضع للوكيل أن يوكل فيه فليس له أن يوكل إلا أمينا إلا أن يعين الموكل غيره ولو تجددت الخيانة وجب العزل وكذا الوصي والحاكم إذا ولي القضاء في ناحية، وإذا أذن الموكل في التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثاني وكيلا للموكل لا يعزل بموت الأول ولا يعزله ولا يملك الأول عزله وإن أذن له أن يوكل لنفسه جاز وكان الثاني وكيلا للوكيل يعزل بموته وعزله وموت الموكل وللأول عزله. الثالث الوكيل ويشترط فيه البلوغ والعقل فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون، والأقرب جواز توكيل عبده ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة عارفا باللغة

الطلاق (١) وحملها الشيخ على الحضور وحمل الأخبار المجوزة على الغيبة للضرورة جمعا

بين الأدلة وفي المستند ضعف لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم الطلاق بيد من أخذ بالساق (٢) خرج

الغائب للضرورة وليس فيه دلالة والأصح الجواز.

قال دام ظله: والأقرب بطلان الإذن بالإباق.

أقول: وجه القرب دلالة شاهد الحال (ويحتمل) عدمه لأصالة البقاء والأصح الأول.

قال دام ظله: فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون والأقرب جواز

توكيل عبده.

أقول: قال المصنف الضمير في عبده ليس راجعا إلى الصبي أو المجنون بل هو

راجع إلى الموكل أي ويصح أن يوكل الانسان عبد نفسه لوجود المقتضي وهو الإيجاب

والقبول وقبول الموكل والوكيل والفعل للاستنابة وانتفاء المانع إذ ليس إلا العبودية

وليس يمنع من التصرف للسيد (ويحتمل) عدمه فإن وكالة العبد من باب الإذن له في

التصرف إذ بمجرد أمره يجب على العبد الفعل ولا يتوقف على رضاه ولا قبوله ولا يمكن

أن يثبت على المولى للعبد شيء فلا وكالة إذ هي عبارة عن عقد يدل على الاستنابة في

التصرف وصلاحيه ثبوت أجره أو جعل والثاني محال والعقد إنما يحتاج إليه في من

لا يملك الموجب أفعاله وأقواله والفائدة في ما إذا باعه أو أعتقه والأقرب الصحة ووقوعها

(١) ثل ب ٣٨ خبر ٥ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٢) مستدرک ب ٢٥ خبر ٣ من أبواب مقدمات الطلاق.

التي يحاور بها ويصح أن يكون الوكيل فاسقا ولو في إيجاب النكاح أو كافرا أو عبدا بإذن مولاه وإن كان في شراء نفسه من مولاه أو في اعتناق نفسه، وأن يكون امرأة في عقد النكاح وطلاق نفسها وغيرها، وأن يكون محجورا عليه لسفه أو فلس ولا - يصح أن يكون محرما في عقد النكاح وشراء الصيد وبيعه وحفظه ولا معتكفا في عقد البيع ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته، ولا يصح أن يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا لمسلم، ويكره أن يتوكل المسلم للذمي على المسلم، وللمكاتب أن يتوكل بجعل مطلقا وبغيره بإذن السيد وإذا أذن لعبده في التجارة لم يكن له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره، ولو عين له التجارة في نوع لم يجز له التجاوز عنه ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لأحدهما التفرد بشيء من التصرف وإن كان في الخصومة، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة وليس للحاكم أن يضم إلى الثاني أمينا وكذا لو غاب، ولو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع، والأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين فيتولى طرفي العقد حتى في استيفاء القصاص من نفسه والدين منه والحد فلو وكله شخص ببيع عبد وآخر بشراء عبد جاز أن يتولى الطرفين

بقوله وكتلتك فإنه إيجاب وقبول حكما.

قال دام ظله: والأقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين (إلى قوله) لم تبطل الوكالة.

أقول: هنا مسألتان (١) هل يجوز أن يتوكل شخص واحد عن المتخاصمين في دعوى واحدة في زمان واحد وثبوت كل واحد منهما في إيراد حجته ودافع الآخر أو لا قال المصنف الأقرب الجواز لوجود المقتضي وانتفاء المانع (أما الأولى) فلأن الأهلية الموجبة لجواز التوكيل عن كل واحد منهما ثابتة فيه والمقصود المأمور به شرعا اعتماد الحق من الطرفين واجتناب الباطل فيمكنه إيراد حجة كل واحد ودافع

ولو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة، ولو أذن لعبد في التصرف في ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الإذن لأنه ليس على حد الوكالة بل هو إذن تابع للملك ويحتمل بقاء وكالته لو أعتقه ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته.

الركن الرابع في متعلق الوكالة وشروطه ثلاثة:

الأول أن يكون مملوكا فلو وكله على طلاق زوجة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوبت سيشتريه لم يصح وكذا لو وكل المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه أو المحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح أو الكافر مسلما في شراء مسلم أو مصحف

ولا يشترط استقرار الملك فلو وكل في شراء من ينعق عليه صح، ولو قال اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح لأنه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره، ولو قال اشتر لي في ذمتك واقض الثمن عني من مالك صح ولو قال اشتر لي من الدين الذي لي

الآخر وقصد الحق ولأنه يجوز أن يكون شاهدا لهما فالوكالة أولى ولأنه يجوز أن يتوكل لكل واحد على التفريق فجاز الجمع لعدم التنافي (وأما الثانية) فظاهرة (ويحتمل) المنع لأنه لا بد في إيراد الحجة في المخاصمة من الاستقصاء والمبالغة فيتضاد الغرضان فيه والمأخذ أن الواجب هل هو الأصلح أم لا، وذكر الشيخ في المبسوط فيه وجهين (أحدهما) الجواز لما ذكرنا والآخر عدمه قال وهو الأحوط لما ذكرناه نحن في وجه المنع بعينه (الثانية) هل يجوز أن يتولى طرفي العقد عن المتعاقدين قال الشيخ في المبسوط وأما في تولي طرفي العقد فقد منع بعض الأصحاب من كون الشخص الواحد موجبا قابلا والأقرب الجواز فيهما كما اختاره المصنف والمأخذ ما ذكرناه. قال دام ظله: ولو أذن لعبد في التصرف في ماله (إلى قوله) وكالته لو أعتقه.

أقول: إن قلنا بصحة وكالته وأنها وكالة حقيقية بقيت بعد العتق وهو الاحتمال الذي ذكره وإن قلنا أن وكالته ليست وكالة حقيقية بل إنما هو إذن بطلت بالإذن والأصح البقاء.

عليك صح ويبرء بالتسليم إلى البايع.
الثاني أن يكون قابلاً للنيابة كأنواع البيع، والحوالة، والضمان، والشركة،
والقراض، والجعالة، والمساقاة، والنكاح، والطلاق، والخلع، والصلح، و
الرهن، وقبض الثمن، والوكالة، والعارية، والأخذ بالشفعة، والإبراء، والوديعة،
وقسمة الصدقات، واستيفاء القصاص، والحدود مطلقاً في حضور المستحق وغيبته،
وقبض الديات، والجهاد على وجه، وإثبات حدود الآدميين لا حدوده تعالى، وعقد
السبق والرمي،، والكتابة، والعق، والتدبير، والدعوى، وإثبات الحجة، و
الحقوق، والخصومة وإن لم يرض الخصم، وسائر العقود والفسوخ (والضابط) كل
ما لا غرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معين أما ما لا تدخله النيابة
فلا يصح التوكيل فيه وهو كل ما تعلق غرض الشارع بإيقاعه من المكلف به مباشرة
كالطهارة مع القدرة وإن جازت النيابة في تغسيل الأعضاء مع العجز والصلاة الواجبة
ما دام حياً وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة والنذر واليمين و
العهد والمعاصي كالسرقة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها والقسم بين
الزوجات لأنه يتضمن استمتاعاً والظهار واللعان وقضاء العدة، وفي التوكيل بإثبات
اليد على المباحات كالاتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر، ولا يصح التوكيل

الرابع متعلق الوكالة

قال دام ظله: وفي التوكيل بإثبات اليد على المباحات كالاتقاط و
الاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر.

أقول: ينشأ (من) أن تملك المباحات هل يفتقر إلى النية أم لأقوى الشيخ المنع
من التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش وسوغه في إحياء الموات وتبعه ابن إدريس و
في الجمع بين الحكمين نظر، وكأن وجه الفرق قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم من
أحیی أرضاً
میتة فهي له قضاء من الله ورسوله (١) ولم يعلق الملك هنا باليد بل جعله مستنداً
إلى الإحياء.

(١) ثل ب ١ خبر ٦ - ٧ من كتاب إحياء الموات.

في الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة ولا في كل محرم وفي التوكيل على الإقرار إشكال فإن أبطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر.

الثالث أن يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفي عظم الغرر فلو وكله في شراء عبدا فتقر إلى وصفه لينتفي الغرر ويكفي لو قال عبدا تركيا وإن لم يستقص في الوصف و

قال دام ظله: وفي التوكيل على الإقرار إشكال فإن أبطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر.

أقول: منشأ الإشكال (من) أن الإقرار إخبار عن حق عليه فلا يلزم الغير خبر الغير إلا على وجه الشهادة وهذا كما لو قال رضيت بما يشهد به على فلان فإنه لا يلزمه ولأن التوكيل

في الإنشاءات لا في الإخبارات وهو الحق (ومن) أنه قول يلزم به الحق فأشبهه الشراء و سائر التصرفات التي يصح فيها التوكيل وجوزه الشيخ في المبسوط والخلاف قال في المبسوط ومن الناس من يقول لا يصح ثم اختلف القائلون بعدم الصحة (فمنهم) من قال يكون توكيله وإذنه في الإقرار عنه إقرارا منه لأنه أخبر عن حق عليه لخصمه (وقال) غيره لا يكون ذلك إقرارا لأن التوكيل في الشيء لا يكون إثباتا لنفس ذلك الشيء كما أن التوكيل في البيع لا يكون بيعا وكذلك الأمر بالأمر لا يكون أمرا (والحق) أنه لا يكون إقرارا لأن الإقرار إخبار وفي التوكيل إنشاء واللفظ الواحد لا يمكن استعماله فيهما في حالة واحدة لأن الإخبار يستلزم احتمال الصدق ومقابله لأنه مسبوق بنسبة يعتبر مطابقته لها، والإنشاء يستلزم عدم الاحتمال الصدق ومقابله لعدم سبق النسبة فيه ولأن الإنشاء

معلوم اللفظ والإخبار غير معلوم للفظ.

قال دام ظله: ويكفي لو قال عبدا تركيا وإن لم يستقص في الوصف ولو أطلق فالأقرب الجواز.

أقول: قال المصنف المراد بالإطلاق هنا أن يأمره بشراء عبد ولم يعين صنفه ولا وصفه ووجه القرب أن الوكيل قائم مقام الموكل في ما هو وكيل فيه فإذا جعله قائما مقامه في شراء عبد وأطلق اقتضى جعل الخيار والتعيين إليه فيكون بمنزلة الوكالة المطلقة فتصح، وذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم الصحة لأن فيه غررا ولأنه كلما

لو أطلق فالأقرب الجواز. ولو قال وكتلك على كل قليل وكثير لم يجز لتطرق الغرر وعدم الأمن من الضرر وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة، ولو قال وكتلك بما إلى من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي وبيع أملاكه جاز ولو قال بما إلي من كل قليل وكثير فأشكال، ولو قال بع مالي كله واقض ديوني كلها جاز وكذا بع ما شئت من مالي واقض ما شئت من ديوني ولو قال اشتر عبدا بمائة أو اشتر عبدا تركيا فالأقرب الجواز

صح التوكيل فيه صح مباشرته بالفعل إجماعا ويلزمه كلما لا يصح مباشرته بالفعل لا يصح التوكيل فيه وشراء المجهول لا يصح مباشرته فلا يصح التوكيل فيه (والجواب) أنه لم يوكله في شراء عبد مجهول لأنه باطل بل وكله مطلقا في الشراء لعبد يعينه الوكيل عند الشراء والأقرب الصحة لما ذكرناه. قال دام ظله: ولو قال وكتلك في كل قليل وكثير لم يجز (إلى قوله) بالمصلحة.

أقول: قد بين المصنف في هذه المسألة وجه الاحتمالين. قال دام ظله: ولو قال بما إلى من كل قليل وكثير فأشكال. أقول: قال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يصح لأن فيه غررا عظيما لأنه ربما لزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به وما يؤدي إلى ذهاب ماله وأيضا فلا دليل على صحة هذه الوكالة في الشرع وقال في النهاية إذا شرط الموكل أن تكون الوكالة عامة قام الوكيل مقام الموكل على العموم وبه قال ابن إدريس وهو قول المصنف وسالار وابن البراج لأن كل فعل من الأفعال التي يدخله النيابة يصح التوكيل فيه بالنصوصية والاندراج فجاز أن يندرج تحت العموم لتناوله الجزئيات بالسواء وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة والحق اختيار الشيخ في الخلاف. قال دام ظله: ولو قال اشتر عبدا بمائة أو اشتر عبدا تركيا فالأقرب الجواز.

أقول: وجه القرب أن الوكالة لا يشترط فيها انتفاء الغرر من كل وجه للمسامحة فيها لعموم الحاجة ولأنه جعل نظره كنظره ورضي بما يرتضيه فصح كالوكالة المطلقة

والتوكيل بالإبراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه ولو قال أبرء من كل قليل و
كثير جاز ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق ولو قال بع بما باع به فلان
سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل ولو وكله في مخاصمة غرمائه جاز
وإن لم يعينهم.

الفصل الثاني في أحكامها
ومطالبه خمسة

الأول في مقتضيات التوكيل - إطلاق الإذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالاً
بنقد البلد إلا ما يتغابن الناس بمثله، وليس له أن يبيع بدونه أو بدون ما قدره إن عين
ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز بيعه بثمن المثل ولو حضر في مدة
الخيار ففي وجوب الفسخ إشكال وله أن يبيع على ولده وإن كان صغيراً على رأي لا
على نفسه إلا أن يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين، وإطلاق الإذن في الشراء يقتضي
إتباع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالاً لا من نفسه، والتوكيل في البيع

(ويحتمل) عدمه للغرر والأصح الأول.

الفضل الثاني في أحكامها

قال دام ظله: ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالأقرب أنه لا يجوز
بيعه بثمن المثل.

أقول: وجه القرب انتفاء غبطة الموكل وحصر تصرف الوكيل في الغبطة

(ويحتمل) الجواز لإطلاق الأصحاب انصراف الإطلاق إلى ثمن المثل والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ إشكال.

أقول: ينشأ (من) وجوب مراعاة الغبطة (ومن) صحة البيع بثمن المثل و
الأصح الأول لأنه يجب مراعاة الأصلح هنا.

قال دام ظله: وله أن يبيع على ولده وإن كان صغيراً على رأي.

أقول: هذا هو المشهور لأنه ملك البيع بتفويض مطلق (ولأنه) امتثل أمر
موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز (ولأنه) باع بالثمن الذي لو باع

يقتضي تسليم المبيع إلى المشتري ولا يملك الإبراء من الثمن ولا قبضه لكن هل له أن يسلم المبيع من دون إحضار الثمن إشكال الأقرب المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري، ولو دلت قرينة على القبض ملكه بأن يأمره ببيع ثوب في سوق غايب عن الموكل أو في موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له، وليس له بيع بعضه ببعض الثمن إلا مع القرينة كما لو أمره ببيع عباين ولو نص على وحدة الصفقة لم يجز له التجاوز وله حينئذ أن يشتري من المالكين صفقة، ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه و قبض المبيع كقبض الثمن، ولو وكله في التزويج كان له أن يزوجه ابنته وله أن يرد بالعيب مع الإطلاق ومع التعيين إشكال فإن رضي المالك لم يكن له مخالفته ولو

به من أجنبي صح وخصوص الأشخاص ليس بمقصود وقال الشيخ في المبسوط وقطب - الدين الكيدري ليس له ذلك بمجرد التهمة لقوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك (١) ولأنه يكون موجبا قابلا والأصح الجواز.

قال دام ظله: ولا يملك الإبراء من الثمن ولا قبضه (إلى قوله) قبض الثمن من المشتري.

أقول: ينشأ (من) أن موجب البيع ومقتضاه تسليم المبيع إلى المشتري أولا والوكيل نائب عنه فيثبت عليه ما يثبت على موكله (ومن) منع وجوب تسليم المبيع أولا بل معا (ووجه) القرب وجوب الاحتياط على الوكيل وحفظ مال الموكل ودفعه أولا تغرير بالمال وهو الأصح.

قال دام ظله: وله أن يرد بالعيب مع الإطلاق ومع التعيين إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه بالتعيين قد قطع اجتهاده منه ولعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه (ولأنه) أمره بإدخال هذا العيب في ملكه والرد يضاده والوكيل في شيء لا يلزم أن يكون وكيلا في مضاده (ومن) أن الشراء ملزوم لجواز الرد بالعيب وقد ملك الملزوم فيملك اللازم وأيضا قد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد سواء كان صحيحا أو معييا وقد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد مع قيد الصحة والتوكيل محتمل لهما فترجيح أحدهما ترجيح بلا مرجح والأصل عدم العلم بالعيب فوجب الوقف فجاء الإشكال و

(١) ثل ب ١٠٧ خبر ١ من أبواب ما يكتسب به.

استمهله البايع حتى يحضر الموكل لم تلزم إجابته فإن ادعى رضا الموكل استحلف الوكيل إن ادعى علمه على نفي العلم ولو رده فحضر الموكل وادعى الرضا وصدقه البايع بطل الرد إن قلنا بالعزل وإن لم يعلم الوكيل لأن رضاه به عزل للوكيل عن الرد ولو رضي الوكيل بالعيب فحضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إن صدقه البايع على الوكالة أو قامت البينة والأثبت على الوكيل الثمن.

الثاني في تنصيب الموكل - لا يملك الوكيل من التصرفات إلا ما يقتضيه إذن الموكل صريحا أو عرفا فلو وكله في التصرف في وقت معين لم يكن له التصرف قبله ولا بعده ولو عين له المكان تعيين مع الغرض كأن يكون السوق معروفا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل وبينهم وإلا فلا، ولو عين المشتري تعيين ولو أمره بالبيع بأجل معين تعيين ولو أطلق احتمال البطلان للجهالة والصحة لتقييده بالمصلحة، ولو وكله في عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح ولو أمره بالشراء

بالعين أو في الذمة تعيين ولو أطلق أو خيره تخير ولو عين النقد أو النسبة تعيين ولو أطلق حمل على الحلول بنقد البلد فإن تعدد فالأغلب فإن تساويا تخير ولو باعها نقدا بماله بيعها نسبة مع تعيين النسبة صح البيع إلا مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه، ولو اشترى نسبة بما أمره به نقدا صح إلا مع الغرض كخوفه أن يستضر ببقاء الثمن معه ولو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو أطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح وله بيع الآخر وكذا لو أمره ببيع عبيدين بمائة فباع أحدهما بها ولو وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بخمسين صح إلا أن يمنعه من الأقل، ولو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه بأقل من مائة وأزيد من خمسين أو أقل من خمسين

الأصح أنه لا يملك الرد إلا بأمره.

قال دام ظله: ولو رده فحضر الموكل (إلى قوله) عزل للوكيل عن الرد أقول: هذه المسألة مبنية على مسألتين (أ) إن الوكيل في الشراء هل يملك الرد بالعيب أم لا (ب) إن العزل هل يتوقف على علم الوكيل أم لا وإن قلنا أنه لا يملك ولا ينعزل إلا بعلمه العزل صح الرد وإلا فلا وقد ذكرت المسألتين في موضعهما.

صح ولو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى أكثر منه بها صح، ولو قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى مساويها بأقل صح ولو قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الإجازة. ولو أمره بشراء سلعة معينة فاشترىها فظهر فيها عيب فالأقرب أن للوكيل الرد بالعيب، ولو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار وقف على الإجازة وليس التوكيل في الخصومة إذنا في الإقرار ولا الصلح ولا الإبراء ولو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل ولو صالح على خنزير أو أبرأه فإشكال وليس للوكيل بالخصومة أن يشهد

قال دام ظلّه: ولو قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الإجازة.
أقول: ينبغي التقييد بأن قيمة أحدهما دينار وصحة الشراء مذهب الشيخ في الخلاف، لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه عرض له جلب فأعطى عروة البارقي دينارا ليشتري به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بشاة ودينار فقال هذه الشاة وهذا ديناركم فقال النبي صلى الله عليه وآله كيف صنعت فذكر له ما صنع فقال صلى الله عليه وآله بارك الله في صفقة يمينك (١) ولأنه زاده خيرا وأما توقف البيع على الإجازة فلأنه لم يأذن فيه والأصح أنه يقف على الإجازة.
قال دام ظلّه: ولو أمره بشراء سلعة (إلى قوله) الرد بالعيب.
أقول: وجه القرب اقتضاء العقد له وقد ملك الوكيل العقد كالموكل (ويحتمل) عدمه لما تقدم.
قال دام ظلّه: ولو وكله على الصلح (إلى قوله) ولو صالح على خنزير أو أبرأه فإشكال.
أقول: ينشأ (من) المخالفة (ومن) أنه أمره بالصلح على غير عوض مملوك و الخنزير مساو له في ذلك فكذا في الإبراء والأقوى عدم الصحة للمخالفة.

(١) مستدرک باب ١٨ خبر ١ من أبواب عقد البيع وقد تقدم ذكر اختلاف النقل في (ج ١) ص ٤١٦ فراجع.

لموكله فيها إلا إذا عزل قبل الخصومة ولو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما إشكال ولو وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره في مجلس الحكم وغيره ولو أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبالعكس ولو وكله في بيع شئ أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيته ولو قال اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات، ولو قال اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث ولو أذن لعبده في عتق عبيده أو لغريمه في إبراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجته في طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون.

قال دام ظله: ولو وكل اثنين في الخصومة ففي انفراد كل منهما إشكال. أقول: قال ابن الجنيد يجوز الانفراد لأنه لا يمضي إقراره عليه ولا هو تصرف في مال أو حق مالي ولعسر الاجتماع على الخصومة (ومن) حيث عدم جواز تعدى ما حده

الموكل والأصح عدم الجواز.

قال دام ظله: ولو أذن لعبده في عتق عبيده أو لغريمه في إبراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجته في طلاق نسائه فالأقرب دخول المأذون.

أقول: قال الشيخ في المبسوط إذا وكله في إبراء غرمائه لم يدخل هو في الجملة وكذلك في حبس غرمائه ومخاصمتهم وكذلك إذا وكله في تفريق ثلثه في الفقراء والمساكين لم يجز له أن يصرف إلى نفسه منه شيئاً وإن كان فقيراً مسكيناً لأن المذهب الصحيح أن المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب إياه في أمر غيره فإذا أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وآله بأن يأمر أمته أن يفعلوا كذا لم يدخل هو في ذلك الأمر (واعلم) أن الأمر

إذا نقل الأمر بكلام غيره وكان ممن يتناوله الصيغة مثل قول النبي صلى الله عليه وآله: قال الله

تعالى يا أيها الناس افعلوا كذا أو بكلام نفسه بصيغة يدخل فقد بين في الأصول أن الأقوى دخوله مع أن هذا ليس بأمر (ووجه) القرب وجود المقتضي وهو عموم الصيغة وانتقاء المانع إذ ليس إلا اتحاد المبري والمبري وليس بمانع لعدم منافاته والتغاير بالاعتبار كاف في النسب.

المطلب الثالث في حكم المخالفة
إذا خالفه في الشراء فإن اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح إن أطلق ويقع
له إن لم يجز الموكل وإن أجازته فالأقرب وقوعه له وإن أضاف الشراء للموكل

المطلب الثالث في حكم المخالفة
قال دام ظله: إذا خالفه في الشراء فإن اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح
إن أطلق ويقع له إن لم يجز الموكل وإن أجازته فالأقرب وقوعه له.
أقول: الوكيل إذا خالف الموكل في جنس الفعل أو صنفه ووصفه المقصود
فإنه يكون فضوليا في ما فعله كما إذا وكله في الشراء بثمان فزاد عليه أو اشترى في الذمة
فإنما أن يذكر البائع في الإيجاب أو هو في القبول الموكل أو لا فإن كان الأول كان
فضوليا وحكمه حكم شراء الفضولي وإن كان الثاني فإن لم يصفه إليه في نيته وقصده
وقع الشراء له ظاهرا وباطنا بلا إشكال وإن أضافه إليه في نيته فإما أن لا يبيحه
الموكل أو يبيحه فإن كان الأول وقع الشراء للوكيل لأن الخطاب في قوله بعثك
متوجه إليه والجواب بقوله قبلت أو اشتريت إضافة إلى نفسه ظاهرا ولم يوافق إذن
الموكل فلغت النية (وإن) أجاز الموكل هل يقع له أي للموكل قال المصنف الأقرب
نعم لأنه فعل فضولي هو أهل لصيغة إجازة من له الإجازة وكما كان كذلك وقع
للمجيز والأولى ضرورة والثاني مسلم عند المصنف والبحث على تقديرها وإنما قال
الأقوى خلافا لمن أبطل فعل الفضولي ولأن كل من وقع له البيع مع الإجازة يكون
البيع قبلها موقوفا عليها ويبطل إن لم يجز في نفس الأمر وهنا ليس كذلك لأنه حكم
على تقدير عدم الإجازة لوقوع البيع للوكيل في نفس الأمر وإلا لما حصل الجزم بشئ
من العقود (ولهذا) قدم المصنف البحث عن عدم الإجازة على البحث عنها وعندي في
وقوع البيع في نفس الأمر للوكيل مع عدم الإجازة نظر لأنه أضافه إلى غيره ونفاه
عن نفسه فكيف يقع له في نفس الأمر بل الحق أنه وقع في الظاهر للوكيل والبائع
لم يكلف إلا بأحكام وقوعه للوكيل وإلا لزم تكليف ما لا يطاق وأما مع الإجازة
فالحق أنه يقع للموكل بالنسبة إلى الوكيل لا إلى البائع إلا أن يصدقه ويرضى به

وقف على الإجازة وإن اشترى بالعين وقف على الإجازة فإن فسخ الموكل بطل ثم إن صدقه البايع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه وإلا حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع ولو خالفه بالبيع وقف على الإجازة ولو أذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له الفسخ ولو انعكس احتمال اللزوم لأن إذنه في عقد يوجب الثمن في (مع - خ ل) تلفه يستلزم الإذن في عقد لا يوجب الثمن إلا مع بقائه والبطالان للمخالفة وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة في الثمن أو كراهية الفسخ بتلف العين ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الإجازة وكذا لو اشترى بأكثر منه ولو أذن له في تزويج امرأة فزوجه غيرها أو زوجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة فإن أجاز صاع العقد وإلا فلا والأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة

هذا تحقيق هذه المسألة.

قال دام ظله: ولو أذن في تزويج امرأة فزوجه غيرها أو زوجه بغير إذنه فالأقرب الوقوف على الإجازة.

أقول: (من) قال يبطل عقد الفضولي في النكاح لأنه لا يمكن وقوف النكاح على الإجازة (قال) بطلانه هنا لأن ذكر الزوج شرط في النكاح لقصد أعيان الأزواج بخلاف البيع (ومن) قال يصح ويقف على الإجازة (وقف) هنا والأصح البطلان. قال دام ظله: والأقرب إلزام الوكيل بالمهر أو نصفه.

أقول: قال الشيخ في النهاية يلزم الوكيل المهر لأنه غيرها وقال في المبسوط ثبت نصف المهر وبه قال ابن إدريس ثم قوى ما قاله الشيخ في النهاية (احتج) الشيخ على (الأول) بأن المهر ثبت بالعقد ولا ينتصف إلا بالطلاق ولم يحصل فيجب الجميع (وعلى الثاني) بما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في رجل قال لآخر أخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شيء وشرطت فذلك

رضائي وهو لازم ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه

وسألوه فما رجع عليه أنكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق وذلك لأنه هو الذي

أما لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا ولو وكله في بيع عبد بمائة فباعه بمائة وثوب صح، وكل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الأجنبي وإذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل وينتقل الملك إليه لا إلى الوكيل، فلو اشترى أبا نفسه لم ينعق عليه وإذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن وإن كان في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة و ثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل وللبيع مطالبة الوكيل إن جهل الوكالة وحينئذ لو أبرءه لم يبرء الموكل وإذا اشترى معييا بثمن مثله وجعل العيب وقع عن الموكل وإن علم وقف على الإجازة مع النسبة وإلا قضى على الوكيل وإن كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل إلا مع الإجازة وإن جهل فكذلك وكل موضع يبطل الشراء للموكل فإن سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما وإلا قضى به على الوكيل ظاهرا.

ضيع حقها الحديث (١) وقال بعض علمائنا لا مهر على الوكيل للأصل ولأنه لم يفوت عليها شيئا (وقيل) إذا أنكر الموكل الوكالة فالقول قوله مع اليمين فإذا حلف بطل العقد ظاهرا ولا مهر ثم الوكيل إن كان صادقا وجب على الموكل طلاقها ونصف المهر وهذا

هو الأقوى وسيأتي البحث في هذه المسألة.
قال دام ظلّه: أما لو عرفت الزوجة أنه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا.

أقول: لما (بين) أن مدعي الوكالة إذا زوج من زعم أنه موكله نيابة عنه ولم - يثبت يلزمه نصف المهر (بين) في هذا الكلام شرط لزومه وهو أن يكون المرأة جاهلة بأنه فضولي ولو علمت أنه فضولي لم ترجع عليه بشئ لأنها التي ضيعت والقائلون بلزوم المهر أو نصفه أطلقوا القول باللزوم ولم يشترطوا جهلها والحق اختيار المصنف.

(١) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الوكالة.

المطلب الرابع في الضمان
الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده إلا مع تعد أو تفريط ويده يد أمانة
في حق الموكل فلا يضمن وإن كان بجعل وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة
في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره إلا مع الطلب وإمكان الدفع ولا يضمن
مع العذر فإن زال فأخر ضمن ولو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم تسمع منه إلا أن
يصدقه الموكل وفي سماع بينته إشكال، ولو لم يعده لكن مطله برده مع إمكانه ثم
ادعى التلف لم يقبل منه إلا بالبينة ولو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين

المطلب الرابع في الضمان
قال دام ظله: ولو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم تسمع منه إلا أن
يصدقه الموكل وفي سماع بينته إشكال.
أقول: إذا طلب الموكل من الوكيل العين التي في يده فوعده الوكيل
بردها إليه ثم ادعى تلفها قبل الوعد لم تسمع دعواه لأنها مناقضة لقوله الأول ولزمه
الضمان وإن أقام بينة على دعواه ففي سماع بينته إشكال ينشأ (من) مساواة البينة
إقرار الخصم فلو أقر الموكل بالتلف قبله قبل ولم يغرم فكذا البينة (ومن) أنه
بوعده بالرد كذب هذه البينة لتناقض الوعد بالرد ودعوى التلف قبله وكلما كذب
المشهود به شهوده لم تسمع بينته ولأن كل بينة تقام لمن له أهلية الدعوى فإنها تستدعي
تقديم دعوى من يقيمها فإذا لم تسمع الدعوى لفسادها فهي كالمعدومة فتقبل البينة
من غير دعوى وهو باطل والتعليل بالتناقض أقوى لأن عدم سماع البينة على هذا
التعليل لتبرعها بالأداء فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده واستماعها عند حاكم
آخر على القول به والتعليل بالناقض تعليل يبطلانها من أصلها والأصح عندي
بطلان بينته (ويحتمل) عود الضمير في (قوله ثم ادعاه) إلى الرد والتقرير كما سبق
والتناقض هنا أظهر.

فتلغا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد ويستقر الضمان على الوكيل، والأقرب ضمان المأذون فيه ولو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث بأكثر من الدينار ويطالب الرسول بالزائد، ولو أمره بقبض دراهم من (عن - خ ل) دين له عليه فقبض الرسول

دنانير عوضها فإن أخبره الرسول بالإذن في الصرف ضمن الرسول وإلا فلا، ولو وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع.، ولو أنكر الأمر الدفع إلى المودع فالقول قول الوكيل لأنهما اختلفا في تصرفه في ما (هو - خ) وكل فيه ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال، وكل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه سواء قبل قوله في الرد أو لا وسواء كان بالحق بينة أو لا وإذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة، وإذا باع الوكيل ما تعدى فيه براء من الضمان بالتسليم إلى المشتري لأنه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المالك، وإذا وكله في الشراء ودفع الثمن إليه فهو أو الموكل المطالب به وإن لم يسلم إليه وأنكر البائع كونه وكيلا طالبه وإلا

قال دام ظله: ويستقر الضمان على الوكيل والأقرب ضمان المأذون فيه. أقول: إذا أمر شخص آخر بقبض دينار من جملة ماله الذي أودعه عند زيد مثلا وأمر الودعي تسليم الدينار إليه فسلم إليه الودعي دينارين مثلا وكل منهما عالم بالزيادة ضمن الدينار الزائد كل واحد من الدافع لتعديده بدفعه والقابض لتعديده بقبضه وهو يلزم القابض الدينار المأذون فيه قال والذي المصنف الأقرب ذلك (ووجه) القرب أنه إنما أمره بقبضه منفردا غير مختلط فلم يقبل المأذون فيه بقبضه هذا غير مأذون فيه (ويحتمل) عدمه للإذن في قبضه والخلط ليس منه والأصح الأول. قال دام ظله: ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على إشكال.

أقول: قال الشيخ في المبسوط يضمن إذا دفع في غيبته لأنه أمره بقضاء مبرئ ظاهرا وباطنا ولم يفعل ذلك ولأن الإشهاد حفظ مال الموكل وفي تركه تعريض للتلغف (ويحتمل) عدمه لأنه أمره بالقضاء وقد فعل وغاصب والأصح الأول.

فالموكل، ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البايع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البايع وهل للوكيل الرجوع على الموكل إشكال، ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله، ويستقر الضمان على الموكل وإلا فعليه. المطلب الخامس في الفسخ

الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها وتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه أو إغمائه أو الحجر على الموكل لسفه أو فلس في ما يمنع الحجر التوكيل فيه، ولا تبطل بفسق الوكيل إلا في ما يشترط فيه أمانته كولي اليتيم وولي الوقف على المساكين وكذا ينعزل لو فسق موكله أما وكيل الوكيل عن الموكل فإنه ينعزل بفسقه لا بفسق موكله، ولا تبطل بالنوم وإن طال زمانه ولا السكر ولا بالتعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وإن لزمه الضمان فإذا سلمه إلى المشتري برئ من الضمان، ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فإن رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء

قال دام ظله: وهل للوكيل الرجوع إلى الموكل إشكال. أقول: الوكيل في شراء عين شخصية إن قبض المبيع وتلف في يده ثم ظهر استحقاؤه لغير البايع فللمستحق مطالبة البايع بقيمة المبيع أو مثله لأنه الغاصب و الوكيل لقبضه مال الغير بغير إذنه ولحصول التلف في يده وهما يد ضمان وعلى الموكل لأن الوكيل سفيره ويده يده فيتخير المستحق مطالبة أيهم شاء ويستقر الضمان على البايع مع جهل الوكيل والموكل قطعا وهل يرجع الوكيل على الموكل لو رجع المستحق عليه على هذا التقدير أي على تقدير جهلهما قال المصنف فيه إشكال ينشأ (من) أن الموكل غار والوكيل مغرور والمغرور يرجع على الغار دون العكس (ومن) أنه بظهور فساد القصد بالاستحقاق صار الوكيل قابضا ملك الغير بغير حق وحصل التلف في يده والموكل غير قابض ولا متلف مباشرة ولا تسببيا والأصح الأول. المطلب الخامس في الفسخ
قال دام ظله: ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فإن رد المبيع عليه

العقد المزيل له على إشكال وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته
وبعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أو لا على رأي وبتلف متعلق الوكالة كموت العبد
الموكل في بيعه، وكذا لو وكله في الشراء بدينار دفعه إليه فتلف أو ضاع أو اقترضه
الوكيل وتصرف فيه سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً لأنه وكله في الشراء به و

بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على إشكال.

أقول: (ومن) أنه قبض مبتداء ولاستحالة إعادة المعدوم عند أبي الحسين وكثير
من ثقات المعتزلة ولم يوجد ما يوجبها واستحالة الحدوث من غير سبب وهو الأصح لأن
بالدفع إلى المشتري برئ واليد المتجددة ليست عادية.

قال دام ظله: وبعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أو لا على رأي.

أقول: شرط ابن الجنيد في انزاله علمه لاستحالة تكليف الغافل لأنه حكم
شرعي والحكم الشرعي لو لزم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل ولأنه حرج
وقواه الشيخ في الخلاف وشرط في النهاية وأبو الصلاح وابن البراج وابن حمزة
وابن إدريس وقطب الدين الكيدري العلم والإشهاد واحتج ابن الجنيد برواية هشام
ابن سالم عن الصادق عليه السلام أنه قال إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره
ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل
عن الوكالة (١) (ووجه) اختيار المصنف هنا أن قضية الجواز من الطرفين بطلانه بالفسخ
مطلقاً (ولأنه) لولاه لكانت لازمة في ذلك الوقت وبطلان التالي يستلزم بطلان المقدم
(ولأنه) لو أعتق العبد الذي وكله على بيعه أو عتقه لا نعزل وكذا لو باعه فإذا لم يعتبر
العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى (وفيه نظر) للفرق بعدم القائل في
الضمني ضرورة ولا يردانه هنا بعدم شرط الفاعل لأنه أول المسألة فهو مصادرة على
المطلوب (قالوا) لو جاز لغير الإعلام لجاز الفسخ بغير الإعلام (لأنه) رفع جواز فعل
ما وكل فيه بعد ثبوته بدليل شرعي متأخر عن دليل ثبوته وهو شرعي أيضاً (قلنا) الفسخ
تكليف

والوكالة ليست بتكليف فإن الوكيل لا يجب عليه امتثال أمر الموكل فلا يتم الملازمة
والعلم هنا بالسبب فلا يضر تبعيته والوجه عندي الأول.

(١) ثل ب ١ خبر ١ من كتاب الوكالة.

معناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده ولو عزل الوكيل عوضه دينارا واشترى به وقف على الإجازة فإن أجازته وإلا وقع عن الوكيل. ولو وكله في عقد زوجته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها فإنه يدل عرفا على الرغبة واختيار الإمساك وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج بخلاف التوكيل في بيع سريره، ولو وكله في بيع عبده ثم أعتقه عتقا صحيحا أو باعه

كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله إشكال والأقرب في التدبير الإبطال، ولو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت وافتقر فيها إلى تجديد عقد وله أن يتصرف بالإذن مع جهل الموكل ومع علمه إشكال.

قال دام ظله: ولو وكله في بيع عبد ثم أعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله إشكال. أقول: ينشأ (من) انتفاء السبب (ومن) القصد إلى سبب العزل وإيجاد ما يظنه سببا وذلك كاف (والتحقيق) إن قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب الحق ذلك مع العلم بالسببية فجهله إن كان بالفساد مع علمه بسببه الصحيح للعزل انعزل وإن كان بالسببية لم ينعزل لأنه لم يقصد بذلك العزل ولا أوجد سببه هكذا قال المصنف ونعم ما قال.

قال دام ظله: والأقرب في التدبير الإبطال. أقول: لأنه إبقاء للملك إلى ما بعد وفاته ثم يعتق بالوفاة وهو يضاد نقله عنه وإثبات الشيء يستلزم إبطال ضده (ويحتمل) عدمه لعدم لزومه ولعدم منافاته ملك البيع والنقل والوكيل كالموكل والأصح الأول.

قال دام ظله: وله أن يتصرف بالإذن مع جهل الموكل ومع علمه إشكال أقول: الوكالة جائزة من الطرفين فإذا عزل الوكيل نفسه انعزل والوكالة شيء مركب من الإذن العام في الفعل ومن الخصوصية التي يتميز بها عن باقي أقسامه والعزل يقتضي رفع الوكالة وهو لا يستلزم رفع جميع أجزاء المركب فالإذن الصادر من

وجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على إشكال لا مع الجهل أو غرض الإخفاء وصورة العزل أن يقول فسخت الوكالة أو نقضتها أو أبطلتها أو عزلتك أو صرفتك عنها أو أزلتك عنها أو ينهيه عن فعل ما أمره به (وما وكل فيه - خ ل) وفي كون إنكار الموكل! الوكالة فسخا نظرا.

الفصل الثالث في النزاع

وفيه بحثان

الأول في ما تثبت به الوكالة وهو شيئان تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين ولا تثبت بتصديق الغريم ولا بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين، ولا بد من اتفاقهما فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة أو أنه وكله بلفظ عربي والآخر

الموكل باق بعد العزل إن كان الموكل جاهلا بعزل الوكيل نفسه وإن علم بعزل الوكيل نفسه (ففي) بقاء الإذن إشكال ينشأ (من) أنه مع علمه وتقريره يكون بمنزلة صدوره منه فبطل الإذن (ومن) وجود مطلق رضا الموكل بفعله وإذنه فيه ولم يوجد ما يرفعه من طرفه والأصل بقاء ما كان على ما كان بخلاف عزل الموكل فإنه يدل على رفع الإذن عرفا دلالة ظاهرة.

قال دام ظله: وجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على إشكال أقول: ينشأ (من) أنه حكم بعدمها دائما وهو أبلغ (ومن) أن الرد يستلزم الإقرار بصدورها والإنكار ينافي ومنافي اللازم مناف للملزوم فلا يكفي نفيه ولا يستلزمه ولأنه يعلم بطلان هذا الكلام فلا يؤثر وهو الأصح.

قال دام ظله: وفي كون إنكار الوكيل! الوكالة فسخا نظرا. أقول: ينشأ (من) أن إنكار الوكيل الوكالة إنكار لما يتوقف ثبوته على وجودها والفسخ كذلك فنفي الوكالة نفي للفسخ فلو كان فسخا اجتمع النقيضان (ولأن) الفسخ إقرار بها فلو كان الإنكار فسخا لكان الإنكار إقرارا هذا خلف (ومن) أنه قد نفاها مطلقا فيقتضي الحكم بنفيها في المستقبل وهذا معنى الفسخ (ولأن) البقاء فرع الوجود ورفع الأصل يستلزم رفع الفرع والأصح الأول.

يوم السبت أو بالجمعة لم تثبت ما لم ينضم إلى شهادة أحدهما ثالث ولو شهد أحدهما أنه أقر

بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية والآخر يوم السبت أو بالجمعة ثبتت، وكذا لو شهد أحدهما بلفظ وكلتك والآخر استنتبتك أو جعلتك وكيلا أو جريا (١) فإن كانت الشهادة على العقد لم تثبت وإن كانت على الإقرار ثبتت، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله و قال الآخر أشهد أنه أذن له في التصرف ثبتت لأنهما لم يحكما لفظ الموكل ولو شهد أحدهما أنه وكله في البيع والآخر أنه وكله وزيدا أو أنه لا يبيعه حتى يستأمر زيدا لم تتم الشهادة، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر أنه وكل في بيع عبده وجاريتيه ثبتت وكالة العبد فإن شهد باتحاد الصفقة فإشكال، وكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد والآخر في بيعه لزيد وإن شاء لعمره ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت الوكالة ولو كان الشاهد بالعزل ثالثا ثبتت الوكالة دونه وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل ثبتت الوكالة دون العزل والأقرب الضمان، ولو شهدا معا بالعزل ثبت، ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد ولا

الفصل الثالث في النزاع

وفيه بحثان (الأول) في ما تثبت به الوكالة قال دام ظله: ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريتيه ثبتت وكالة العبد فإن شهد باتحاد الصفقة فإشكال.

أقول: (من) حيث اتفاق الشهادة على الوكالة في بيع العبد ولا يسمع انفراد أحدهما في الزيادة واتحاد الصفقة زيادة (ومن) التنافي (والحق) الثاني لأنه كلما توقف على مجموع من متنافيين كان محالا والحكم بالبينة موقوف على صحة مجموع الشهادات وهما متنافيتان فإن أحدهما يشهد ببيع العبد وحده والآخر ينفي بيعه وحده قال دام ظله: وكذا لو شهد بالوكالة (إلى قوله) والأقرب الضمان. أقول: لأنه إتلاف حصل بشهادته (ومن) عدم الحكم بالكذب وعدم الرجوع.

(١) الجرى بالراء المهملة كغنى: الوكيل للواحد والجمع والمؤنث - مفتاح الكرامة.

العزل ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وتقبل شهادته على موكله وله في ما لا ولاية له فيه، ولو شهد المالكان بأن زوج أمتهم وكل في طلاقها لم تقبل وكذا لو شهدا بالعزل ويحكم الحاكم بعلمه فيها.

البحث الثاني في صور النزاع وهي ستة مباحث

الأول لو اختلفا في أصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه وعدم البينة سواء كان المدعي هو الوكيل أو الموكل فلو ادعى المشتري النيابة وأنكر الموكل قضي على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين أو في الذمة إلا أن يذكر في العقد الابتياح له فيبطل ولو زوجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر وألزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل يبطل العقد ظاهراً ويجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه أجمع عليه ويحتمل نصفه، ثم

البحث الثاني في صور النزاع

قال دام ظله: ولو زوجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر (إلى قوله) ويحتمل نصفه.

أقول: الأول قول الشيخ في النهاية وابن البراج وقطب الدين الكيدري (لأنه) أقر أنه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم لها فكان عليه الضمان فإن كل من أقر باخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له لتفريطه ضمنه (والثاني) قوله في المبسوط لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام وقد تقدم (١) واختاره ابن إدريس وأما مع ضمان الوكيل فالوجوب ظاهر ووجوب الجميع لأنه عقد صحيح لم يستعقب الطلاق بل هو أولى في عدم وجوب الزائد لأنه لم يحكم الشارع بثبوتة ابتداء والأصح النصف وقد ذكر المصنف هذه المسألة في ما تقدم واختار في ما تقدم ضمان الوكيل لكنه لم يذكر النصف أو الكل وهي هنا قد اختار إن كان الوكيل قد ضمن المهر (احتمل) وجوبه كله (ويحتمل) نصفه وقد ذكرنا الوجهين والثالث

(١) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الوكالة.

المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق ولا يجبر الموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق ولو تزوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه إلا أن تصدقها الورثة أو تثبت الوكالة بالبينة ولو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه ولو صدقه وكانت عينا لم يؤمر بالتسليم ولو دفع إليه كان للمالك مطالبة من شاء بإعادتها فإن تلفت ألزم من شاء مع إنكار الوكالة ولا يرجع أحدهما على الآخر وكذا لو كان الحق دينا على إشكال إلا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لأنه لم ينتزع

نقله شيخنا نجم الدين بن سعيد رحمه الله.

قال دام ظله: ثم المرأة إن ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق (إلى قوله) على الطلاق.

أقول: البحث في هذه المسألة يأتي في باب النكاح إن شاء الله.

قال دام ظله: وكذا لو كان الحق دينا على إشكال.

أقول: إذا كان لغائب دين على حاضر فحضر زيد وادعى أنه وكيل الغائب في استيفاء الدين من المديون فصدقه المدعى عليه لم يؤمر بالتسليم إليه على إشكال ينشأ (من أنه) أقر بحق الاستيفاء فيلزمه الدفع كما لو أقر أنه وارثه (ومن) حيث إنه تسليم لا يبرئه فلا يحسب كالعين وكما لو أقر أن هذا وصي الطفل (والأول) قول ابن إدريس (والثاني) قال الشيخ في الخلاف وهذه المسألة تبنى على أن من عليه حق هل له الامتناع من أدائه حتى يشهد أم لا فإن قلنا به لم يلزم بالدفع الذي لا يبرئ ظاهرا إلى المالك فأولى إلى وكيله وإلا لزمه الدفع والأقوى عندي عدم إلزام الحاكم بالأداء لأنه إما أن يأمره بأداء مال الغائب أو مال نفسه والأول محال و إلا لزم الحكم على الغير بإقرار غيره والثاني محال لأنه إنما يدفع مال الغائب (ولأنه) أقر بالأعم من وجوب التسليم ولا يلزم من ثبوت الأعم ثبوت الأخص و يتفرع على ذلك أنه إذا أنكر لم يستحق إحلافه أما العين فلا تلزم بالدفع إليه قطعا لأن حق الغائب منحصر في العين والدين أمر كلي لا يتعين بالدفع إلى المدعي.

عين ماله إذ لا يتعين إلا بقبضه أو قبض وكيله، وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط ولا درك لو تلفت بغير تفريط وكل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر تلزمه اليمين لو أنكر، ولو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم فإن صدقه على أن لا وارث سواه لزمه الدفع ولو ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه احتمال قويا وجوب الدفع إليه وعدمه لأن الدفع غير مبرئ لاحتمال إنكار المحيل ولو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت إليه لأنه تكذيب بينة الوكالة على إشكال ولو قال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم إن ادعاه وإلا فلا وكذا لو ادعى الإبراء أو القضاء.

الثاني أن يختلفا في صفة التوكيل بأن ادعى الوكالة في بيع العبد أو البيع بألف أو نسيئة أو في شراء عبد أو بعشرة فقال الموكل بل في بيع الجارية بألفين أو نقدا أو في شراء جارية أو بخمسة قدم قول الموكل مع اليمين، ولو ادعى الإذن في شراء الجارية بألفين فقال بل أذنت في شراء غيرها أو فيها بألف وحلف فإن كان الشراء بالعين

قال دام ظله: ولو ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه احتمال قويا وجوب الدفع إليه.

أقول: لأنه مقرر له بحق في ذمته فيقبل بالنسبة إليه وليس بعين (ومن) حيث أنه إقرار بمال الغير والأصح الأول لأنه أقر باستحقاقه في ذمته وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز وفرق بين هذه والسابقة لأن الوكيل إنما يستوفي لموكله فأقر له باستحقاق اليد على مال الغير ولم يقر له المال في ذمته بخلاف هذه فإنه يستوفي لنفسه وأقر باستحقاق المال وعلى الأول له إحلافه.

قال دام ظله: ولو قال الغريم للوكيل لا تستحق المطالبة لم يلتفت إليه لأنه تكذيب بينة الوكالة على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن عدم الاستحقاق قد يكون بالإبراء أو العزل وقد يكون بغير ذلك فهو أعم من تكذيب البينة والعام لا يستلزم الخاص (ومن) أنه مناف لمقتضى البينة لأنها تقتضي استحقاقه فلا يسمع قوله بغير حجة.

بطل العقد إن اعترف البايع أن الشراء لغيره أو بمال غيره وإلا حلف على نفي العلم إن ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن للموكل ولا تحل له الجارية لأنها مع الصدق للموكل ومع الكذب للبايع فيشترئها ممن هي له في الباطن فإن امتنع دفع الأمر إلى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق وليس له جبره عليه فإن قال إن كانت الجارية لي فقد بعته أو قال الموكل إن كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بعته فالأقرب الصحة لأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علما وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه وإن اشترى في الذمة صح الشراء له فإن كان صادقا توصل إلى شرائها من الموكل فإن امتنع إذن الحاكم في بيعها أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها، ولو اشترى الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز ولو ادعى الإذن في البيع نسيئة قدم قول الموكل مع يمينه ويأخذ العين فإن تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن وإن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع في الحال بل عند الأجل بأقل الأمرين من الثمن والقيمة ولو ادعى الإذن في البيع بألف فقال إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم يستعيد العين ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه وإن رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه.

الثالث أن يختلفا في التصرف كأن يقول تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالأقرب تقديم قول الوكيل لأنه أمين وقادر على الانشاء و التصرف إليه ويحتمل تقديم قول الموكل للأصل الدال على عدم إلزام الموكل

قال دام ظله: فإن قال إن كانت الجارية لي فقد بعته (إلى قوله) فلا يضر جعله شرطا.

أقول: ويحتمل ضعيفا عدمه لأنه شرط (ولأنه) أقر بانتفائه فعلق البيع على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بزعم العاقد فيبيع الحاكم لاستيفاء الغرامة والحق الأول.

بإقرار غيره ولو قال اشترت لنفسي أو لك قدم قوله مع اليمين، ولو قال اشترت بمائة فقال الموكل بخمسين احتتمل تقديم قول الوكيل لأنه أمين والموكل لأنه غارم والوكيل إن كان الشراء بالعين لأنه الغارم لما زاد على الخمسين والموكل إن كان الشراء في الذمة لأنه الغارم.

الرابع أن يختلفا في الرد فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدم قول الموكل على رأي وقول الوكيل إن كان بغير جعل على رأي، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت بيينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته ويقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف لا في تسليم المال إلى الموصى له وكذا الأب والجد له والحاكم و أمينه لو أنكر الصبي بعد رشده التسليم إليه والشريك والمضارب ومن حصلت في يده ضالة.

الخامس أن يختلفا في التلف فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذي قبضه فكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين وكذا الأب والجد والحاكم وأمينه وكل من في يده أمانة ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي ولو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن ثم تلف في يدي قدم قوله لأن الموكل يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء.

قال دام ظله: فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدم قول الموكل على رأي (وقول) الوكيل إن كان بغير جعل على رأي.
أقول: (الأول) اختيار ابن إدريس للأصل والخبر (والثاني) قول الشيخ في المبسوط وابن البراج لأن الوصي لا يقبل منه دعوى الرد إلا بيينة فكذا الوكيل لمشاركته إياه في المعنى المقتضي لذلك (أما الأولى) فلقوله تعالى: فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم (١) ولو كان قوله مقبولا لما أمر بالإشهاد (وأما الثانية) فظاهرة لأنهما أمينان قبضا المال لنفع المنوب ولعدم الفارق (وأجيب) بأن الأمر للإرشاد أو الندب والثانية ممنوعة والقياس باطل واتحاد طريق المسألتين ممنوع وعدم الفارق أيضا ممنوع وعدم الوجد أن لا يدل على العدم ولأنه قبض المال لمنفعة غيره دون منفعته فهو كالمودع والأقوى الأول.

(١) النساء - ٧.

ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه والأقرب رده على الموكل ولو قال قبله قدم قول الموكل لأن الأصل بقاء حقه ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على إشكال. السادس أن يختلفا في التفريط أو التعدي فالقول قول الوكيل. المقصد السابع في السبق والرمي وفيه بابان (الأول) في السبق (مقدمة)

السبق بسكون الباء المصدر وبالتحريك العوض وهو الخطر (١) والندب والرهن

قال دام ظله: ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه والأقرب رده على الموكل. قال الشيخ رحمه الله إذا ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه وقال المصنف الأقرب أنه يرجع إلى الموكل (ووجه) القرب أنه ملكه والوكيل نائب عنه في البيع وقبض الثمن (ولأن) المشتري أمره بدفع الثمن إلى البايع وقد فعل ما أمر به فلا يضمن والبحث إنما هو مع ثبوت الوكالة شرعا والأصح عندي اختيار المصنف وقول الشيخ وتعليقه ضعيفان. قال دام ظله: ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على إشكال. أقول: ينشأ (من) أنه ملك شيئاً فملك الإقرار به (ومن) حيث إنه إقرار في حق الغير والأصح الأول وإلا لزم الضرر وهو منفي بالخبر ولأنه حرج وهو منفي بالآية (ولأنه) أقامه مقام نفسه في القبض فيكون الوكيل كذلك في إقراره به.

(١) الخطر بالخاء المعجمة محرّكة: السبق الذي يتراهن عليه (مجمع).

يقال سبق بتشديد الباء إذا أخرج السبق وإذا أحرزه والسابق هو المتقدم بالعنق والكند وقيل بالإذن وهو المجلى والمصلى هو الثاني لأنه يحاذي رأسه صلوى المجلى والصلوان عظمان نابتان عن يمين الذنب وشماله والتالي هو الثالث والبارع هو الرابع والمرتاح هو الخامس والحظى السادس والعاطف السابع والمؤمل الثامن واللطيم التاسع والسكيت العاشر والفسكل الأخير والمحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين إن سبق أخذ وإن سبق لم يغرم والغاية مدى السباق والمناضلة المسابقة والمراعاة. وفي هذا الباب مطلبان الأول في الشروط وهي تسعة: الأول العقد ولا بد فيه من إيجاب وقبول وقيل.. إنها جعالة يكفي فيها الإيجاب

المقصد السابع في السبق والرماية
وفيه بابان الأول في السبق
قال دام ظله: والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد (وقيل) بالأذن
وهو المجلى.

أقول: الكتد بفتح التاء وكسرهما والأشهر الأول وهو مجتمع الكتفين بين أصل العنق والظهر والقول الأول هو المشهور عند الجمهور من الأصحاب وهو اختيار ابن إدريس والمصنف وهما تابعان للشيخ الطوسي في ذلك والقول بالأذن هو قول ابن الجنيدي فإنه قال يخط

في النهاية خط معترض فأیما خرج من الخيل بطرف أذنيه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق وكذلك الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أداها عن رسول الله صلى الله عليه وآله (١) والضمير

في صاحبه الأخير يرجع إلى الفرس أي صاحب الفرس وقول الشيخ هو الأصح (احتج) ابن الجنيدي بقول النبي صلى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق

الآخر بإذنه (والجواب) أنه مجاز ثم رد الشيخ قول ابن الجنيدي بأن أحد الفرسين قد يرفع عنقه قليلا وكان هو السابق وكانت أذن الآخر أسبق. وفي هذا الباب مطلبان الأول في الشروط
قال دام ظله: الأول العقد ولا بد فيه من إيجاب وقبول (وقيل) أنها

(١) ثل ب ٤ خبر ٤ من كتاب السبق والرماية.

وهو البذل.

الثاني ما يسابق عليه وإنما يصح على ما هو عدة للقتال وهو من الحيوان كل ما له خف أو حافر ويدخل تحت الأول الإبل والفيلة وتحت الثاني الفرس والحمار والبغل فلا تصح المسابقة بالطيور ولا على الأقدام ولا بالسفن ولا بالمصارعة ولا برفع الأحجار وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر.

(الثالث) تقدير المسافة ابتداء وانتهاء فلو شرط للسابق حيث يسبق من غير تعيين غاية لم يجز لأن أحدهما قد يكون سريعاً في أول عدوه مقصراً في انتهائه و

جعالة يكفي فيها الإيجاب وهو البذل.

أقول: المسابقة بذل عوض في مقابلة عمل وهذا قدر مشترك بينها وبين الإجارة والجعالة فبعض الأصحاب جعله جعالة لوجود خواصها فيه وهي إن بذل العوض فيه على ما لا يوثق بحصوله وعدم تعيين العامل (وقيل) إجارة لأن باذل المال يريد أن يستفيد من عمل صاحبه في الركض والرمي فصاحبه أجير له وهو المستأجر ولاشترط علم المعقود عليه من الجانبين (وفيه نظر) لأنه مشترك بينهما.

قال دام ظله: وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر.

أقول: ينشأ (من) قوله عليه السلام لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر (١) روي بسكون الباء وبفتحه (فعلى الأول) نقول اختلف الأصوليون في نفي الفعل فقيل يضمر المشروعية لأنها أقرب إلى الحقيقة (وقيل) يكون مجملاً محتملاً لنفي المشروعية ولنفي الفضيلة فعلى هذين القولين يحرم إما الأول فظاهر وإما الثاني فللاحتياط ولأنها منشأ الفتن و المنازعات (وقيل) يضمر نفي الفضل فلا يدل على التحريم فيبقى أصل الإباحة ونقل أنه عليه السلام فعل المسابقة بالقدم (٢) (وعلى الثاني) وهو فتح الباء يدل على ترحيم العوض

لا على تحريمها والأصح الأول لأن السباق لاستعداد الجهاد وليس هنا وفعل النبي صلى الله عليه وآله للمسابقة بالقدم ممنوع لضعف سنده.

(١) سنن أبي داود (ج ٣) باب في السبق.
(٢) التذكرة (ج ٢) كتاب السبق البحث الثالث.

بالعكس ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فإشكال ولو استبقا بغير غاية لينظر أيها يقف أو لا لم يجز.
الرابع تقدير الخطر ويصح أن يكون دينا أو عينا حالا ومؤجلا وأن يبذله المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما ويجوز من بيت المال.
الخامس تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة ولا يكفي العقد على فرسين بالوصف ومع التعيين لا يجوز إبداله.
السادس تساوى ما به السباق في احتمال السبق فلو كان أحدهما ضعيفا يعلم قصوره على الآخر لم يجز.
السابع تساوى الدابتين في الجنس فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال ولا بين الإبل والفيلة ولا بين الإبل والخيل ولو تساويا جنسا لا صنفا فالأقرب الجواز كالعربي

قال دام ظله: ولو شرط المال لمن سبق في وسط الميدان فإشكال.
أقول: ينشأ (من) أنه لو اعتبر السبق في خلال الميدان لاعتبر السبق بلا غاية معينة فإنه إذا سبق في وسط الميدان لم يجب التمام حينئذ إلى الغاية فيكون الغاية أحدهما لكن التالي باطل لأنها معاوضة لم ترد هذه الجهالة فيها فيقف على ما جعله الشارع سببا، و لأنه عليه السلام سابق من الحقيبا إلى ثنية الوداع على الخيل المضمرة ومن الثنية إلى مسجد بني زريق على الخيل غير المضمرة (١)، فعين المبدء والمنتهى (ومن) أنه كالسبق إلى الغاية وحصول الغرض والأول أصح، لأن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يضعف وصاحبه يبغى قصر المسافة ومنها ما يضعف سيره في الابتداء ثم يقوى وصاحبه يبغى طول المسافة ويختلف الغرض فلا بد من تعيين المبدء والمنتهى ويسميان بالإعلام لينقطع النزاع كالأجرة.
قال دام ظله: ولو تساويا جنسا لا صنفا فالأقرب الجواز.
أقول: لتناول اسم الجنس للصنفين (ومن) حيث بعد مساواتهما في السبق كالعربي والبرذون.

(١) سنن أبي داود (ج ٣) باب في السبق وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التي قد ضمرت من الحفياء الخ بالفاء بعدها الباء والألف الممدودة.

والبرذون والبختي والعربي.
الثامن إرسال الدابتين دفعة فلو أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه
الآخر أو لا لم يجز.

التاسع جعل العوض للسابق منهما أو منهما ومن المحلل ولو جعل لغيرهما
لم يجز ولا يجوز لو جعله للمسبوق ولا جعل القسط الأوفر للمصلي والأدون للسابق
ويجوز العكس وهل يجوز جعله للمصلي لو كانوا ثلاثة نظر وكذا الإشكال في جعل
قسط للفسكل، ولو جعل العوض للمحلل خاصة جاز وكذا لو قال من سبق منافلة السبق
ولا يشترط المحلل والأقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف.

قال دام ظله: التاسع جعل العوض للسابق منهما (إلى قوله) لو كانوا
ثلاثة نظر.

أقول: النص على أنه لا يجوز جعله للمسبوق إذا الفائدة التحريض على السبق
لا على عدمه ويجوز للسابق وقد اجتمعا في المصلي إذا كانوا ثلاثة فإن كل واحد يسبق
ولا يتأخر حذرا من خلوه من كونه سابقا أو مصليا فيحصل الغرض ولأصالة الجواز
والأصح أنه لا يصح لأن المجعول عليه حينئذ ضد السبق.
قال دام ظله: وكذا الإشكال في جعل قسط للفسكل.

أقول: (من) حيث إن كل واحد يسعى في تحصيل الأكثر فلا يناقض الغرض
(ومن) أن حصوله يقتضي تكاسله عن المبالغة في السبق وهو مناف لغرض المسابقة
والأصح عدم الصحة.

قال دام ظله: والأقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف.

أقول: للأصل ولزيادة حرص المتأخر وإمكان السبق معه (ويحتمل) عدمه
لأنه مع التفاوت لا يعرف فروسية الفارس وجودة سير الفرس لاحتمال كون السبق
لقصر المسافة.

المطلب الثاني في الأحكام
عقد المسابقة والرمية لازم كالإجارة وقيل جائز كالعجالة وهو الأقرب، ولكل
منهما فسخه قبل الشروع ويطل بموت الرامي والفرس ولو مات الفارس فللوارث الإتمام
على إشكال، ولو أراد أحدهما الزيادة أو النقصان لم تجب إجابته وإن كان بعد الشروع
وظهور الفضل مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل
الفسخ لا المفضول على إشكال وعلى القول باللزوم يجب البدئة بالعمل لا بتسليم

المطلب الثاني في الأحكام
قال دام ظله: عقد المسابقة والرمية لازم كالإجارة (وقيل) جائز
كالعجالة وهو الأقرب.

أقول: الأول قول ابن إدريس لعموم (أوفوا بالعقود) (١) والثاني قول الشيخ
في المبسوط والخلاف لأنه صيغة الجعالة ولأنها لو لزم لتبطلت لعدم تحقق القدرة
على تسليم المعقود عليه وكل عقد لازم على ما لا يتحقق القدرة على تسليمه فهو باطل
وبطلان التالي يدل على بطلان المقدم واللام للعهد والمراد العقود اللازمة وهو الأصح.
قال دام ظله: ولو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال.
أقول: لأن العقد تناول شخصا معينا وقد فات فإنه مات فيبطل (ومن) أن حقوق
الميت تنتقل إلى الوارث لعموم الآية والإتمام حق له والأقوى عندي البطلان لأنه وضع
لتمرين الفارس والفرس واختبارهما.
قال دام ظله: فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال.
أقول: هذا فرع على كونها لازمة أو جائزة (فنقول) إذا قلنا بجوازها فلكل
الرجوع قبل الشروع وبعده قبل ظهور فضل أحدهما بل مع تساويهما وأما بعده
فلصاحب الفضل الرجوع لأنه اسقاط بعض حقه وأما المفضول ففيه إشكال ينشأ (من)
أنه لو جاز لفات غرض المسابقة فإنه متى تحقق سبق صاحبه فسخ العقد ولأنه كل من
له ذلك فالقول قوله فيه فيكون القول قول مدعى الفسخ هذا خلف (ومن) جوازها

(١) المائدة - ١.

السبق ويجوز ضمانه والرهن به فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمرا رجع إلى أجرة مثله في جميع ركضه لا في قدر السبق (وقيل) يسقط المسمى لا إلى بدل ولو فسد لاستحقاق العوض وجب على الباذل مثله أو قيمته ويحتمل أجرة المثل وليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا يصيح به في وقت سباقه ولو قال

آخر من سبق فله عشرة فأيهم سبق استحقها، ولو جاؤوا جميعا فلا شيء لأحدهم ولو سبق اثنان أو أربعة تساوا ويحتمل أن يكون لكل واحد عشرة.

وقضية الجائر ذلك والأصح أنه ليس له الفسخ بعد التمام بل قبله. قال دام ظله: فإن فسدت المعاملة بكون العوض ظهر خمرا (إلى قوله) ويحتمل أجرة المثل.

أقول: إذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط في السبق المعين في العقد فإما أن لا يكون له قيمة في شرع الاسلام ولا يملك لكونه خمرا أو يكون له قيمة في شرع الاسلام ويمكن تقويمه فهنا مسألتان ذكرهما المصنف في هذا الكلام (أما الأولى) ففيها قولان ذكرهما المصنف هنا الثاني منهما قول الشيخ (لأنه) لم يعمل له شيئا وفائدة عمله يرجع إليه بخلاف ما إذا عمل في الإجارة أو الجعالة الفاسدتين فإنه يرجع العامل إلى أجرة المثل لأن فائدة العمل ترجع إلى المستأجر والجاعل واختاره أبو القاسم بن سعيد (والأول) اختيار المصنف لأن كل عقد استحق المسمى في صحيحه فإذا المعقود عليه في فاسده وجب عوض المثل كالإجارة لأنه بصحة الإجارة عليه علم أنه مملوك لصاحبه مقصود

في المعاوضة متقوم والفاسد يتضمن الأمر فينتفي التبرع (ب) (أ) وهو أن يكون له قيمة شرعا ويمكن تقويمه كما لو خرج مستحقا (فيحتمل) استحقاق مثله إن كان مثليا وإلا فالقيمة لأنهما تراضيا على هذا العوض وقد تعذر فله ما يقوم مقامه والأصح أجرة المثل لأن العقد الفاسد على عمل يصح لولا هذا الخلل يجب أجرة المثل. قال دام ظله: ولو قال آخر من سبق فله عشرة (إلى قوله) ويحتمل أن يكون لكل واحد عشرة.

(١) هكذا في النسخ وحق العبارة: وأما الثانية الخ.

ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى خمسة فلك خمسة عشرة أو لكل واحد على الاحتمال وللثانية خمسة أو لكل واحد ويحتمل البطلان على الأول لإمكان سبق تسعة فيكون لكل من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة، ولو قال لاثنين أيكما سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح ولو قال ومن صلى فله خمسة صح ولو قال لثلاثة من سبق فله عشرة ومن صلى فله عشرة صح، ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق أحد الثلاثة وصلى آخر وتأخر ثالث فلا شيء للمتأخر، ويجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرج الآخر ويختلفا فلو قال أحدهما إن سبقتني فلك على عشرة وإن سبقتك فلي عليك خمسة أو قفيز حنطة جاز ولو أخرجا عوضين وأدخلا المحلل وقالوا من سبق فله العوضان فإن تساوا أحرز كل منهما سبقه

أقول: المراد عشرة مطلقة والأول قول الشيخ في المبسوط واختاره أبو القاسم ابن سعيد ومنشأ القولين أن (من) في المجازاة للعموم كما بين في الأصول فهو بمنزلة (كل) فهل يحمل على الكل المجموعي أو على كل واحد واحد الشيخ حملها على الأول لأنه إنما بذل عشرة لا أزيد فلا يغرم أكثر منها فكأنه قال كل السابقين لهم عشرة (ولأنه) المفهوم عند الإطلاق (ولأن) الأصل عدم الزائد (ولأن) الحكم المعلق بصفة لا يتكرر بتكررها وقال المصنف يمكن حملها على الثاني فكأنه قال كل سابق سابق فله عشرة لأنه المفهوم من إطلاق (من) (ولأن) الحكم في القضية الكلية على كل واحد واحد وهكذا جرى استعمالها في اصطلاح العلماء في كل علم والأصح الأول لأصالة براءة الذمة (والثاني) قوى أيضا لصدور المجعول عليه من كل واحد بتمامه لأن عدم سبق غيره عليه معتبر في السابق وبه السابق لا سبقه على الكل وإلا لم يستحق أحدهم شيئا.

قال دام ظلّه: ولو قال من سبق فله عشرة (إلى قوله) وللمصلي خمسة
أقول: وجه الأول أصالة الصحة ووجود الشرط وهو التفضيل في الجعل (ويحتمل)
البطلان لأن إمكان تفصيل المسبوق على السابق ولو على بعض التقادير مبطل للعقد لأنه
وضع لنفي جميع الوجوه المبطلات احتمالا وبقينا.

ولا شئ للمحلل وكذا لو سبقا المحلل ولو سبق المحلل خاصة أو أحدهما خاصة
أحرزهما السابق ولو سبق أحدهما والمحلل أحرز السابق مال نفسه وكان مال المسبوق
بين السابق والمحلل نصفين ولو شرط السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل
لم يصح لعدم ضبطه وعدم وقوف الفرسين عن غاية بحيث تعرف المساحة بينهما.

الباب الثاني في الرمي

مقدمة

الرشق بفتح الراء الرمي وبالكسر عدده ويوصف السهم (بالحابي) وهو ما
وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه وهو المزدلف (والخاصر) وهو ما أصاب
أحد جانبي الغرض ومنه الخاصرة (والخاصل) وهو المصيب للغرض كيف ما كان
(والخازق) وهو ما خدشه ثم وقع بين يديه (والخاسق) وهو ما فتح الغرض وثبت
فيه (والمارق) وهو ما نفذ من الغرض ووقع من ورائه (والخارم) وهو الذي يخرم
حاشيته (والغرض) ما يقصد أصابته وهو الرقعة المتخذة من قرطاس أو رق أو جلد أو
خشب أو غيره (والهدف) ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره (والمبادرة) هي
أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرشق (والمحاطة) هي اسقاط ما تساويا
فيه من الإصابة.

وفي هذا الباب مطلبان

الأول في الشروط وهي اثنا عشر بحثا

(الأول) العقد وقد سبق (الثاني) العلم بعدد الرشق وهو شرط في المحاطة قطعا
وفي المبادرة على إشكال (الثالث) العلم بعدد الإصابة كخمسة من عشرين (الرابع)

الباب الثاني في الرمي

قال دام ظله: (ب) العلم بعدد الرشق وهو شرط في المحاطة قطعا وفي
المبادرة على إشكال.

أقول: شرط في المبسوط وابن إدريس وأبو القاسم بن سعيد فيهما لأنه العمل
المقصود والمعقود عليه وليكون غاية رميها فيه معلومة منتهية إليه (ويحتمل) عدمه في

العلم بصفاتها فيقولان خواصل أو خواسق أو غيرهما ولو شرط الخواسق والحوابي
معاً صح ولو أطلقا فالأقرب حملة على الخواصل (الخامس) تساويهما في عدد الرشق
والإصابة وسميتها وسائر أحوال الرمي فلو جعلها رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين أو
إصابة أحدهما خمسة والآخر ثلاثة أو أحدهما خواسق والآخر خواصل أو يحط أحدهما
من أصابته سهمين أو يحط سهمين من أصابته بسهم من إصابة صاحبه أو يرمي أحدهما من
بعد والآخر من قرب أو يرمي أحدهما وبين أصابعه سهم والآخر سهمان أو يحط أحدهما
واحداً من خطائه لا له ولا عليه لم يصح (السادس) العلم بقدر الغرض إما بالمشاهدة
أو بالتقدير لاختلافه في السعة والضيق (السابع) معرفة المسافة إما بالمشاهدة أو
بالتقدير كمائة ذراع (الثامن) تعيين الخطر (التاسع) جعله للسابق (العاشر) تماثل
جنس الآلة لا شخصها ولا تعيين السهم ولو عينهما لم يتعين ولو لم يعين الجنس انصرف
إلى الأغلب في العادة فإن اختلفت فسد (الحادي عشر) تعيين الرماة فلا يصح مع
الإبهام لأن الغرض معرفة حذق الرامي وفي الحيوان يعتبر تعيين الحيوان لا الراكب
لأن الغرض هناك معرفة عدو الفرس لا حذق الراكب وكلما يعتبر تعيينه لو تلف انفسخ
العقد وما لا يعتبر يجوز إبداله لعذر وغيره ولو تلف قام غيره مقامه فلو شرط أن لا يرمي إلا
بهذا القوس أو هذا السهم أو لا يركب إلا هذا الراكب فسد الشرط وتصح المناضلة
على التباعد كما تصح على الإصابة فلا يعتبر شروط الإصابة (الثاني عشر) إمكان الإصابة
المشروطة لامتناعها كما لو شرطاً الإصابة من خمسمائة ذراع أو إصابة مائة على التوالي

المبادرة لأن الاستحقاق متعلق بالبدار إلى العدد المشروط ولا يجب إتمام العدد معه وهذا
هو الأقوى عندي لأصالة عدم الاشتراط وعلى القول باللزوم يجب تعيين العدد وإلا لوجب
استمراره حتى يسبق أحدهما وقد لا يحصل وهو محال
قال دام ظلّه: ولو أطلقا فالأقرب حملة على الخواصل
أقول: لأن الإطلاق يحمل على مسمى الإصابة وهو القدر المشترك بين الكل
وكل ما عداه زيادة لا يدل عليها اللفظ بإحدى الدلالات الثلاث وشرط الشيخ في
المبسوط
في صحة العقد العلم بصفة الإصابة فعنده يبطل الإطلاق لعدم شرط المطلق ولا المعين
لاستحالة

ولا وجوبها كإصابة الحاذق واحدا من مائة والوجه صحة الأخير لفائدة التعليم والنادر الأقرب صحته كبعد أربعمائة ولا يشترط تعيين المبتدئ بالرمي بل يقرع ثم لا ينسحب في كمال الرشق ولا ذكر المبادرة ولا المحاطة ولا يحمل المطلق على المبادرة.
المطلب الثاني في الأحكام

أقسام المناضلة ثلاثة (الأول) (المبادرة) مثل من سبق إلى إصابة خمس من عشرين فهو السابق فلو أصاب أحدهما خمسة من عشرة والآخر أربعة فالأول سابق ولا يجب الإكمال ولو أصاب كل منهما خمسة فلا سبق ولا يجب الإكمال أيضا ويحكم بالسبق لو أصاب أحدهما خمسة من تسعة والآخر أربعة منها بدون العاشر (والمفاضلة) مثل من فضل صاحبه بإصابة واحدة أو اثنتين أو ثلاث من عشرين فهو السابق ويجب الإكمال مع الفائدة فلو شرطا ثلاثة فرميا اثنتي عشرة فأصابها أحدهما وأخطأه الآخر لم يجب الإكمال ولو أصاب عشرا لزمهما رمي الثالثة عشر فإن أصابها أو أخطأها أو أصابها الأول فقد سبق ولا إكمال فإن أصابها الثاني خاصة لزمهما الرابعة عشر وهكذا ولو رميا ثماني عشرة فأصابها أو أخطأها أو تساويا في الإصابة لم يجب الإكمال والمحاطة مثل من أصاب خمسا من عشرين فهو السابق فلو أصابا خمسة من عشرة تحاطا وأكتملا وكذا لو أصاب أحدهما تسعة منها والآخر خمسة ولو لم يكن في

الترجيح بغير مرجح والأول أقوى.

قال دام ظلّه: ولا وجوبها كإصابة الحاذق واحدا من مائة والوجه صحة الأخير لفائدة التعليم.

أقول: وجه الاحتمال إطلاق الأصحاب ولأن الغرض الأقصى الجحد (الحذق - خ ل) والجهد في المسابقة وليس هنا والأصل الصحة لفائدة التعليم فيصح له. قال دام ظلّه: والنادر الأقرب صحته كبعد أربع مائة.

أقول: وجه القرب أنه عقد غير لازم وهو ممكن ولأن الجهد فيه أكثر وأعظم وكما تحققت الغاية فيه أكثر كان أولى بالصحة (ومن) حيث إن النادر لم يعتبر به الشارع وإنما يحمل على الغالب والغالب التعذر فلا يصح والأصح الأول.

الإكمال فائدة من رجحان أو مساواة أو منع عن التفرد بالإصابة بأن يقصر عن العدد لم يجب الإكمال كما لو أصاب أحدهما خمسة عشر منها والآخر خمسة ولو أصاب الأول أربعة عشر وجب سهم الإكمال ما لم تنتف الفائدة قبله ولو شرطاً جعل الخاسق بإصابتين جاز ويجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين ولا يشترط تساوى الحزبين عدداً بل تساوى الرميات فيرمى واحد ثلاثة يرمى هو ثلاثة وكل واحد واحداً فإن عقد النضال جماعة على أن يتناضلوا حزبين احتمال المنع لأن التعيين شرط والجواز فينصب لكل حزب رئيس يختار واحداً من الجماعة والآخر آخر في مقابلة الأول ثم يختار الأول ثانياً والثاني ثانياً في مقابلة ثاني الأول وهكذا إلى أن ينتهيا على الجماعة والابتداء بالقرعة فإن شرط الزعيم السابق على نفسه لم يلزم حزبه شيئاً وإلا كان عليهم بالسوية ويكون للآخر بالسوية من أصاب ومن لم يصب ويحتمل القسمة على

المطلب الثاني في الأحكام

قال دام ظلّه: فإن عقد النضال جماعة على أن يتناضلوا حزبين احتمال المنع (إلى قوله) وهكذا إلى أن ينتهيا على الجماعة.
أقول: يجوز المناضلة بين حزبين، لما روي أن النبي صلى الله عليه وآله مر بحزبين من الأنصار يتناضلون زعيم أحدهما (ابن الأذرع) فأقرهم (١) (وهل) يجب أن يعين طائفة كل زعيم قبل العقد ليقع العقد بينهم أم لا يجب (قيل) بالأول وإليه أشار المصنف بقوله (احتمل المنع) لأنه لا يجوز التزام الرماة في الذمة بل تعيين الرامي شرط (ولأنه) لولاه لوقع النزاع (وقيل) بالجواز لما يأتي وأما جعل الطريق الانتقاد والتراضي فيختار أحد الزعيمين واحداً والآخر آخر وهكذا لأن القرعة لا مدخل لها في المعاوزات (ولأنها) قد يجتمع لأحدهما كل الحذاق وكذا تخيير كل من الزعيمين الكل دفعة واحدة (ولا دائه) إلى النزاع وكلام المصنف هنا ظاهر (ووجه) الجواز أصالة الصحة ووجود الشرط وهو تعيين الرامي وهو الأصح.
قال دام ظلّه: فإن شرط الزعيم السابق على نفسه لم يلزم حزبه شيئاً و

(١) لم نعثر عليه.

قدر الإصابة فيمنع من لم يصب ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر فيجب إذا كانوا ثلاثة الثلث وأربعة الربع ولو كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله ويتخير كل من الحزبين لتبعض الصفقة ولو ظهر قليل الإصابة فقال حزبه ظنناه كثير الإصابة أو كثير الإصابة فقال الحزب الآخر ظنناه قليل الإصابة لم يسمع ولو قال المسبوق اطرح فضلك وأعطيك دينارا لم يجز وإذا شرط (الخاصل) وهي الإصابة المطلقة اعتد بها كيف ما وجدت بشرط الإصابة بالنصل فلو أصاب بعرضه أو بفوقه لم يعتد به لأنه من سيئ الخطأ ولو أطارت الريح الغرض فوق في موضعه احتسب له أما لو شرط الخاسق فإن ثبت في الهدف وكان بصلاية الغرض احتسب له وإلا فلا يحتسب له ولا عليه ولو أصابه في الموضع الذي طار إليه فإن كان على صوب المقصد حسب له وإلا عليه ولو أخطأ لعارض مثل كسر قوس أو قطع وتر أو عروض ريح شديدة

إلا كان عليهم بالسوية ويكون للآخر بالسوية من أصاب ومن لم يصب (ويحتمل) القسمة على قدر الإصابة.

أقول: وجه الأول أن الجميع بمنزلة الواحد لاشتراكهم في العقد الذي أوجب تساويهم فيه (ووجه) الثاني أن الاستحقاق بسبب الإصابة فكان لمن صدرت الإصابة

منهم على قدرها والفرق بينه وبين المنضولين حيث تساوا في الغرم وإن اختلفوا في الخطأ لأن سبب الاستحقاق النصل وهو بالإصابة المشروطة ولو من واحد من الحزب وعدمه، إنما يتحقق بعدمها عن كل واحد واحد وعن الكل وهم متساوون فيه (ويحتمل) عدم غرم المصيب الذي لو أصاب غيره مثله لنضلوا لأن سبب الغرم ليس منه.

قال دام ظله: ولو أخطأ لعارض مثل كسر قوس أو قطع وتر أو عروض ريح شديدة لم يحتسب عليه ولو أصاب ففي احتسابه له نظر.

أقول: ينشأ (من) تحقق المجعول عليه وهو الإصابة وقد حصلت لكنها مع هذا العارض أشد (ومن) أنه لا يحسب عليه فلا يسحب له مع الإصابة لأن الشارع أسقط اعتباره

ولجواز صرف الريح الشديدة السهم المخطئ عن خطاه فيقع مصيبا فالإصابة بالريح إذن.

لم يحسب عليه ولو أصاب ففي احتسابه له نظر ولو شرط الخاسق فمرق حسب له ولو خرقة حسب عليه، ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق فوقع بين يديه فالأقرب احتسابه له ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمال الاحتساب له وعدمه وإذا تم النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه كيف شاء وله أن يختص به وأن يطعم أصحابه ولو شرط إطعامه لحزبه

قال دام ظله: ولو شرط الخاسق فمرق حسب له ولو خرقة حسب عليه ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق ووقع بين يديه فالأقرب احتسابه له.

أقول: الإصابة المجردة هي القرع، والخرق هو أن يصيب طرف الغرض ولا يثبت فيه والخسق هو أن يثبت فيه والخرم هو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه والمروق هو أن يثقب ويخرج من الجانب الآخر إذا عرفت ذلك (فنقول) كلما شرط صفة من هذه الصفات التي توصف الإصابة بها إذا فعل المرتبة إلا على منها استحق الجعل فإذا شرط الخاسق فمرق حسب له لأن المروق أعلى من الخسق وثبوت السهم في الغرض ليس مقصوداً لذاته فإذا مرق وخرج من ذلك الجانب فقد أتى بالأعلى فاستحق الجعل ولو أتى بالأقل لم يحصل له الجعل لأنه لم يأت بالشرط فإذا شرط الخاسق فخرق كان من الخطأ لأنه أقل من المشروط ولو ثقبه ثقباً يصلح للخسق ووقع بين يديه ففيه وجهان أقربهما الاحتساب لأن المقصود الإصابة وفتح الغرض وقد حصل وعدم الثبوت في الغرض لا يدل على الضعف لجواز كونه لسعة الثقب فهو من جودة الرمي (وثانيهما) عدمه لأن الثبوت مأخوذ في مفهوم الخاسق ولأن ثبوته لحذق الرامي (ولأنه) لولاه لصار الخاسق مساوياً للخرق واختلاف مفهوم اسمها يوجب اختلاف حكمها.

قال دام ظله: ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمال الاحتساب له وعدمه.

أقول: لأنه لم يخرق والخاسق يخرق وهو اختيار الشيخ في المبسوط (ومن) حيث إن السهم في قوته بحيث يخرق لو أصاب موضعاً صحيحاً وقال المصنف في التذكرة

إن عرف قوة السهم بحيث يخرق احتسب خاسقاً وإلا فلا والأصح أنه لا يحسب له ولا يحسب

عليه أيضاً لأنه لم يعلم خطائه.

قال دام ظله: ولو شرط إطعامه لحزبه فالوجه الجواز.

فالوجه الجواز ولو قال لرام ارم خمسة عني وخمسة عنك فإن أصبت في خمستك فلك دينار لم يجز ولو قال له ارم فإن كانت إصابتك أكثر العشرة فلك دينار صح ولو شرطا احتساب القريب وذكر أحد القرب جاز وإن لم يذكر احتمال الفساد والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان ولو شرطا ذلك لزم شرطا اسقاط مركز

أقول: الناس في هذه المسألة على ثلاثة أقوال (أ) صحتهما وهو ما اختاره المصنف هنا وهو اختيار بعض المتأخرين للأصل (ب) بطلانها معا أعني النضال والشرط وهو اختياره في المبسوط لأن عوض العمل للعامل (ولعدم) مساواة غير السابق له و بطلان الشرط موجب لبطلان المشروط وهو الأصح (ج) صحة النضال وبطلان الشرط وهو اختيار الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط.

قال دام ظله: ولو شرطا احتساب القريب وذكر أحد القرب جاز وإن لم يذكر احتمال الفساد والتنزيل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان.

أقول: احتساب القريب جعله كالمصيب والمراد القريب من الغرض (ويحتمل) أن ينزل على أن كل سهم يكون أقرب من الغرض يسقط إلا بعد منه كيف كان وبهذا فسر بعض الفقهاء الحايي وقال إنه معتاد بين الرماة فإذا قالوا نرمي عشرين رمية على أن الأقرب يسقط الأبعد فمن فضل له خمسة فهو فاضل وهو نوع من المحاطة فإذا تساوى في القرب والبعث فلا فاضل ولا مفضل (ووجه) الأول الجهالة وعدم الضبط فإن القرب والبعث إضافتان مختلفتان باعتبار ما يسابقان إليه ويمكن صدقهما على واحد بالقياس إلى شيئين فإذا لم يضبط ما إليه تحققت الجهالة (ووجه) الثاني أنه يمكن علمه بذلك والأصح البطلان.

قال دام ظله: ولو شرطا اسقاط مركز القرطاس ما حوالية احتمال الصحة والبطلان لتعذره.

أقول: وجه الجواز الأصل (ولأنه) فيه التحريض على الحذق (ووجه) المنع ما ذكره المصنف من تعذر قصد وسط القرطاس وأصابته اتفاقية والأصح الأول ومعنى هذا الشرط أن إصابة المركز تسقط إصابة ما حوالية أي ما حوالية المركز.

القرطاس ما حوالية احتمال الصحة والبطلان لتعذره ولو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذي فيه الفوق حسب له وإن أصاب بالنصل من الآخر فإشكال. كتاب الوقوف والهدايا

وفيه مقاصد (المقصد الأول) الوقف وفيه فصول (الأول) في أركانه وهي ثلاثة مطالب (المطلب الأول) الصيغة الوقف عقد يفيد تحبب الأصل وإطلاق المنفعة ولفظه الصريح وقفت وحبست وسبلت على رأي وغيره حرمت وتصدقت وأبدت فإن قرن إحدى هذه الثلاثة بإحدى

قال دام ظله: ولو انكسر السهم بنصفين فأصاب بالمقطع من الذي فيه الفوق حسب له وإن أصاب بالنصل من الآخر فإشكال. أقول: ينشأ (من) أنه لم يبق فيه لخامل الوتر واعتماده والمقروع بالوتر إنما هو النصف الذي فيه الفوق (ومن) حيث إن اشتداده مع الانكسار يدل على جودة الرمي وغاية الحذق فيه لحصول المشترط. كتاب الوقوف والهدايا

وفيه مقاصد (المقصد الأول) الوقف وفيه فصول (الأول) في أركانه وهي ثلاثة مطالب (المطلب الأول) الصيغة.

قال دام ظله: وحبست وسبلت على رأي. أقول: هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن زهرة وقطب الدين الكيدري وذهب في المبسوط إلى أن الصريح وقفت لا غير وغيره لا يحكم به إلا بدليل واختاره ابن إدريس وهو الأصح عندي لأصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم خروجه إلا بوجه شرعي ولا عرف شرعي هنا سوى لفظ الوقف لاشارك البواقي بينه وبين غيره والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على شيء من الخصوصيات بشيء من الدلالات نعم لو انضم إليه القرائن صار كالصريح إذا قصد المعاني (ولاستعمال) أمير المؤمنين عليه السلام

الثلاثة السابقة أو بما يدل على المعنى مثل أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث أو صدقة مؤبدة أو محرمة أو بالنية صار كالصريح وإلا لم يحمل على الوقف ويدين بنيته لو ادعاه أو ادعى ضده ويحكم عليه بظاهر إقراره بقصدته (أما) الموقوف عليه فيشترط قبضه

في صحة الوقف ولو رده بطل ولو سكت ففي اشتراط قبوله إشكال أقربه ذلك، وكذا الولي أما البطن الثاني فلا يشترط قبوله ولا يرتد عنه برده بل برد الأول، ولو كان الوقف على المصالح لم يشترط القبول نعم يشترط القبض ويشترط أهلية الواقف

إياه حيث كتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض واسكن هذه الصدقة حالاته ما عشن وعاش عقبهن فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين (١) (احتج) الشيخ بأن حبست وسببت ثبت لهما عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقول النبي صلى الله عليه وآله

إن شئت حبست أصله وسببت ثمرته (٢) ولا دلالة فيه على المطلوب. قال دام ظله: ولو رده بطل ولو سكت ففي اشتراط قبوله إشكال أقربه ذلك وكذا الولي.

أقول: ينشأ (من) أنه ليس للإنسان ولاية إدخال الملك تبرعا بإيقاع لفظي ابتداء في ملك غيره بغير رضاه بغير ولاية شرعية وصريحة القبول (ومن) عدم اشتراط الأصحاب له ويكفي في الاختيار الأخذ (وقيل) بينى على انتقال الملك وعدمه (فعلى الثاني) لا يشترط القبول كالإباحة (ويحتمل) اشتراطه لأنه تمليك المنافع كالإجارة وإن قلنا بانتقاله إلى الله تعالى فلا يشترط القبول كالإعتاق (ولأنه) عين مصرفه و على قولنا إن ملك الموقوف عليه يشترط (ووجه) القرب أنه تمليك منفعة أو عين فلا بد له من سبب موجب وليس له ولاية تملك غيره كما تقدم فلا بد فيه من فعلهما لأنه السبب وهو الأصح.

(١) ثل ب ٦ خبر ٤ من كتاب الوقف.

(٢) صحيح مسلم (ج ٥) باب الوقف سنن أبي داود (ج ٣) باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف وفيهما إن شئت حبست أصله وتصدقت بها.

للتصرف ولا يحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وإن أذن في الصلاة فيه أو صلى فيه ما لم

يقبل جعلته مسجدا وإذا تم الوقف بالإقباض كان لازما لا يقبل الفسخ وإن تراضيا ويشترط تنجيزه ودوامه وإقباضه وإخراجه عن نفسه ونية التقرب فلو علقه بصفة أو شرط أو قرنه بمدة لم يقع، ولو وقفه على من ينقرض غالبا ولم يذكر المصرف كما لو وقف على أولاده واقتصر أو ساقه إلى بطون تنقرض غالبا فالأقرب أنه حسب يرجع إليه أو إلى ورثته بعد انقراضهم.

قال دام ظله: أو ساقه إلى بطون تنقرض غالبا فالأقرب أنه حسب يرجع إليه أو إلى ورثته بعد انقراضهم.

أقول: هنا مسألتان (أ) الصحة والفساد فقال الشيخان ابن الجنيد وسالار وابن البراج وابن إدريس يصح الوقف وقال ابن حمزة يكون حسبنا بلفظ الوقف (وقيل) لا يصح الوقف ولا الحبس والأصح صحته حسبنا (لنا) أنه نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المالك في التخصيص وغيره كغير صورة النزاع وللأصل ولأن تملك الأخير ليس شرطا في تمليك الأول وإلا لتقدم المشروط على الشرط (ولرواية) أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام بوصية فاطمة عليها السلام بحوائطها السبعة إلى علي بن أبي طالب

(ع) فإن مضى علي (ع) فإلى الحسن (ع) فإن مضى الحسن (ع) فإلى الحسين عليه السلام فإن مضى الحسين (ع) فإلى الأكبر من ولدي (أ) واعترضه المصنف بعلمها عليها السلام بعدم انقراض ولدها لقوله عليه السلام حبلان متصلان (الحديث) احتج المانع بأن

مقتضى الوقف التأييد فالمنقطع وقف على المجهول فيبطل كالاتداء (والجواب) المنع من الصغرى والفرق ظاهر (ب) اختلف الشيخان في حاله بعد الانقراض فقال المفيد يرجع إلى ورثة الموقوف عليهم واختاره ابن إدريس وقال الشيخ يرجع إلى ورثة الواقف واختاره سالار وابن البراج وهو لازم من كلام ابن البراج وهو الصحيح وقال ابن زهرة يرجع إلى وجوه البر (لنا) إنه وقف على قوم بأعيانهم فلا يتخطى إلى غيرهم لقول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى (٢)

(١) ثل ب ١٠ خبر ١ من كتاب الوقوف.

(٢) ثل ب ٢ خبر ١ من كتاب الوقوف.

ولو أبد على أحد التقديرين دون الآخر مثل أن يقف على أولاده وعقبهم ما تعاقبوا فإن انقرض العقب ولا عقب له فعلى الفقراء، ولو انقرض الأولاد ولا عقب لهم فعلى إخوانه واقتصر كان حسبا على التقدير الثاني وفي الأول إشكال، ولو وقف على من سيولد له ثم على المساكين أو على عبده ثم على المساكين فهو منقطع

ولأن جعفر بن حيان سأل الصادق عليه السلام عن رجل وقف عليه وعلى قرابته وأوصى لرجل

ليس بينه وبينه قرابة من تلك الغلة بثلاثمائة درهم كل سنة ثم ساق الحديث فإن مات كانت

الثلاثمائة درهم لورثته (إلى قال) فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت (١) والظاهر أن الوصية بالوقف وإلا لم يكن لورثة الموصي شيء (احتج المفيد) بأن الوقف ناقل عن الوقف فلا يعود إليه إلا بسبب ولم يوجد (ولأنه) صدقة فلا ترجع إليه.

قال دام ظله: ولو أبد على أحد التقديرين دون الآخر (إلى قوله) وفي الأول إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه وقف معلق على شرط إذا لم يوجد العقب لم يكن وقفا ولا نعني بالشرط إلا ذلك وكل وقف معلق على شرط باطل (ومن) أنه يصح في الابتداء إذا قل مراتبه أن يكون حسبا وقد حصل شرط الاستمرار فيدوم ولأنه شرط بما هو مشروط به في نفس الأمر والأصح الصحة وهو اختيار أفضل المحققين نصير الدين الطوسي لاشتراك الوقف والحبس وإنما يتميزان بالتأييد وعدمه ولهذا صح الوقف المنقطع الأخير وحمل على الحبس.

قال دام ظله: ولو وقف على من سيولد له ثم على المساكين أو على عبده ثم على المساكين فهو منقطع الأول فيحتمل الصحة كمنقطع الآخر وبطالان إذ لا مقر له في الحال.

أقول: الأول مذهب الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط وقال (والدي - خ) و الذي يقتضيه مذهبنا بطلان الوقف واختاره (المصنف - خ) في المختلف وهو الأصح

(١) ثل ب ٦ خبر ٨ من كتاب الوقوف.

الأول (فيحتمل) الصحة كمنقطع الآخر (والبطلان) إذ لا مقر له في الحال والقبض شرط في صحته فلو وقف ولم يسلم الواقف ثم مات كان ميراثا ولو وقف على ولده الأصغر كان

قبضه قبضا عنهم وكذا الجد والوصي وفي اشتراط فوريته إشكال وإنما يشترط القبض في البطن الأول ولو كان الوقف على الفقراء فلا بد من نصب قيم يقبض الوقف ولو كان على

عندي (لنا) لو صح للزم إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه أو وقع الوقف المشروط أو عدم جريان الوقف على حسب ما شرط الواقف لأنه حالة الوقف إن لم يكن هناك موقوف عليه فهو الأول وإن كان وليس من لا يصح الوقف عليه إجماعا فيكون للبطن الثاني فيما أن يحكم بالوقف من حين العقد وهو مخالف للشرط أو بعد انقراض الأول فهو وقف معلق على شرط وبطلان التالي بأقسامه ظاهر (واحتج) الشيخ في الخلاف بأنه ذكر نوعين أحدهما لا يصح الوقف عليه والآخر يصح فيصح في من يصح إذ لا دليل على إبطاله ولا مانع منه. قال دام ظله: والقبض شرط في صحته (إلى أن قال) وفي اشتراط فوريته إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه كالقبول في باقي العقود في كونه شرطا في اعتبار الإيجاب فلا يتأخر عنه (ولأن) تأخر شرط تأثير الإيجاب عنه على خلاف الأصل لأن الإيجاب إذا وجد قبل شرط تأثيره فلا تأثير لو وعند وجود الشرط بعده لا مؤثر فلا يصح إلا في موضع ورد فيه النص ولم يعلم ثبوته هنا (ومن) رواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا فقال إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث (١) علق البطلان على عدم القبض المستمر إلى الموت فلا يكون غيره شرطا وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والأصح الثاني وظاهر كلام أبي الصلاح أنه لا يشترط الفورية وأنه إن وقف على المصالح العامة والمساجد ومات قبل التسليم لزم فلم يشترط القبض هنا وإن وقف على معين ومات قبل التسليم فهي وصية.

(١) ثل ب ٤ خبر ٥ من كتاب الوقوف.

مصلحة تولى القبض الناظر فيها.
ولو وقف مسجداً أو مقبرة لزم إذا صلى فيه واحد أو دفن صلاة صحيحة للإقباض والأقرب إن قبض الحاكم كذلك ولو وقف على نفسه بطل ولو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول ولو عطف بالواو فالأقرب اختصاص الغير بالنصف وبطلان النصف في حقه ولو شرط قضاء ديونه أو إدراج مؤنه أو الانتفاع به بطل الوقف بخلاف ما لو وقف على الفقهاء وهو منهم أو على الفقراء فصار فقيراً فإنه يشارك ولو شرط عوده إليه عند الحاجة صح الشرط وصار حبساً وبطل وقفاً بل يرجع إليه مع الحاجة ويورث

قال دام ظلّه: ولو وقوف مسجداً أو مقبرة لزم إذا صلى فيه واحداً و دفن صلاة صحيحة للإقباض والأقرب أن قبض الحاكم كذلك.
أقول: الأقرب عند المصنف هو الأصح عندي لأنه الوالي لهذه الأشياء ولأنه في الحقيقة وقف على المسلمين وهو وليهم (ويحتمل) عدمه لعدم النص عليه إذا لم يذكر إلا الأول.

قال دام ظلّه: ولو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول ولو عطف بالواو فالأقرب اختصاص الغير بالنصف وبطلان في حقه أقول: وجه القرب أنه لم يجعل للغير أكثر من النصف لأن العطف بالواو يقتضي التساوي والتشريك (ولأنه) أضاف وقف المجموع إلى المجموع من حيث هو مجموع فلا يعطي لواحد (ويحتمل) أن يكون الكل للغير لأن العطف بالواو يقتضي تساوي النسبة والموقوف هو المجموع من حيث هو مجموع فهو يقتضي ثبوته لكل واحد واحد منهما ولأن الموقوف عليه بيان مصرف المنافع والملك لله تعالى أو للواقف على اختلاف الرأيين وهذا الاحتمال على هذين القولين، إنما حكم بالتنصيف للتمانع ولا تمنعها هنا فيكون الكل للغير (ولأن) كل جزء يفرض فنسبته إليهما واحدة وإنما اختص أحدهما بجزء دون آخر لمنعه حق الآخر والضرورة ولا - مانعها هنا والأصح الأول والفرق بينه وبين منقطع الأول أن منقطع الأول ليس في الطبقة الأولى ما يصح فيه بخلافه هنا.

ولو شرط الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف ويجب اتباع كل شرط لا ينافي مقتضى العقد ولو شرط اخراج من يريد بطل ولو شرط إدخال من يولد أو من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء كان الوقف على أولاده أو غيرهم.
ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد بطل على إشكال وكذا الإشكال لو قال على أولادي سنة ثم على الفقراء.

قال دام ظله: ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد بطل على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن وضع الوقف على اللزوم وإذا كان الموقوف عليه في معرض السقوط فلا لزوم (ومن) أنه يصح صرف الربيع (١) مدة إلى هذا وبعد ذلك إلى غيره ولأنه لو وقف على ولده سنة ثم على المساكين صح إجماعاً ولأنه يصح اشتراط نقله مع تغير وصفه فكذا مع تجدد ولد له (فلأنه) في الحقيقة تغيير صفة فإنه وقف عليهم ما داموا منفردين (ولأنه) يصح إخراجهم عن البعض والوقف في الكل متساو فإذا صح في البعض صح في البعض الآخر وإلا لكان الوقف مقولاً بالتشكيك فيكون في البعض أقوى منه في البعض الآخر وهو باطل إجماعاً (أما المقدمة) الأولى فلرواية عبد الله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام عن الرجل يجعل لولده شيئاً هم صغار ثم يبدو له أن يجعل

معهم غيرهم من ولدها قال لا بأس (٢) وعن محمد بن سهل عن أبيه قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعده أن يدخل معه غيره من ولده قال لا بأس (٣) وفيه نظر فإن الصدقة لا تكون وقفاً والمقدمات الباقية بينة (وذهب) الشيخ إلى بطلان الإخراج والنقل وادعى الإجماع وهو الأصح.
قال دام ظله: وكذا الإشكال لو قال على أولادي سنة ثم على الفقراء.
أقول: وجه الإشكال أن الموقوف عليه هل يملك أم لا (فإن قلنا) يملكه

(١) بفتح الراء وسكون الياء النماء والزيادة (مجمع البحرين).

(٢) ثل ب ٥ خبر ٤ من كتاب الوقوف وفيه عبد الرحمن بن الحجاج.

(٣) ثل ب ٥ خبر ٢ من كتاب الوقوف.

ولو وقف على أصغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأي، ويجوز أن يشترط النظر لنفسه وللموقوف عليه ولأجنبي فإن لم يعين كان إلى الموقوف عليه إن قلنا بالانتقال إليه ولو شرط بيعه متى شاء أو هبته أو الرجوع فيه بطل الوقف ولو شرط أكل أهله منه صح الشرط.

لم يصح هذا فإنه إذا ملك لا يخرج إلا بمخرج ولم يرد الملك الموقت في الشرع بخلاف مدة حياته فإن الحياة شرط في الملك (وإن قلنا) يملكه الله أو الواقف صح لأنه بيان مصرف منافعه وادعى المصنف في تذكرة الفقهاء الاجماع على صحته ثم لما سألناه عن هذا الإشكال قرر ما ذكرناه والأصح الصحة.

قال دام ظله: ولو وقف على أصغر أولاده لم يجز له أن يشارك غيرهم مع الإطلاق على رأي.

أقول: ذهب الشيخ في النهاية إلى الجواز وقال ابن البراج إن شرط أنه له دون غيره ممن عسى أن يرزقه الله من الأولاد فإنه لا يجوز أن يدخل غيره في ذلك والأصح

أنه لا يجوز مطلقا (لنا) قول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها (١) (ولأنه) عقد لازم فلا يجوز تغييره وإلا لم يكن لازما وما رواه جميل بن دراج قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار له أن يرجع فيها قال لا الصدقة لله (٢)

(واحتج) بعضهم للشيخ برواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل لولده بستانا وهم صغار ثم يبدو له أن يدخل معهم من ولده قال لا بأس (٣) والحجة ضعيفة لعدم دلالتها على الوقف.

قال دام ظله: ويجوز أن يشترط النظر لنفسه (إلى قوله) إن قلنا بالانتقال إليه أقول: لأنه ملك الموقوف عليه أصله ونمائه وأما على القول بأنه لله تعالى فالنظر إلى حاكم الشرع وبالجملة فهذه المسألة مبنية على المسألة السابقة.

-
- (١) ثل ب ٢ خبر ١ من كتاب الوقوف.
(٢) ثل ب ٤ خبر ٢ من كتاب الوقوف.
(٣) ثل ب ٥ خبر ٣ من كتاب الوقوف.

المطلب الثاني في المتعاقدين
أما الواقف فيشترط فيه البلوغ والعقل وجواز التصرف (فلا يصح) وقف الصبي
وإن بلغ عشرا (ولا) المجنون (ولا) المحجور عليه لسفه أو فلس (ولا) المكره ولا
الفضولي ويصح وقوعه من المالك ووكيله، ولو وقف في مرض الموت خرج من الثلث
مع عدم الإجازة وكذا لو جمع بينه وبين غيره ويبدء بالأول فالأول، ولو قال هو وقف بعد
موتي احتمل البطلان لأنه تعليق والحكم بصرفه إلى الوصية بالوقف (وأما الموقوف عليه)
فيشترط فيه أمور أربعة (الوجود) و (التعيين) و (صحة التملك) و (تسوية الوقف عليه) فلو
وقف

على المعدوم ابتداء أو على الحمل كذلك لم يصح ولو وقف عليهما تبعا للموجود صح
ولو وقف على أحد الشخصين أو أحد القبيلتين أو على رجل غير معين أو امرأة بطل ولو
وقف

على قبيلة عظيمة كقريش وبني تميم صح، ولو قال وقفت أو هذه صدقة موقوفة و
لم يذكر المصرف بطل، ولو وقف على المسلمين فهو لمن صلى إلى القبلة ويحرم على
الخوارج والغلاة.

ولو وقف على المؤمنين فهو للاثني عشرية وقيل لمجتبى الكبائر والشيعة كل من

المطلب الثاني في المتعاقدين

قال دام ظله: ولو قال هو وقف بعد موتي احتمل البطلان لأنه تعليق و
الحكم بصرفه إلى الوصية بالوقف.

أقول: (لأنه) أبلغ من قوله قفوا هذا بعد موتي (ولاستعماله) في الوصية كثيرا
وهو الأصح لأنه تصرف مالي معلق بالموت وهذا معنى الوصية.

قال دام ظله: ولو وقف على المؤمنين فهو للاثني عشرية وقيل
لمجتبى الكبائر.

أقول: الأول قول السلاار وابن إدريس وحكاه الشيخ في التبيان (والثاني) قول
الشيخ في النهاية فإنه قال يكون لمجتبى الكبائر من أهل المعرفة بالإمامة دون غيرهم
ولا يكون للفساق منهم شيء على حال وكذا قال المفيد وابن البراج وابن حمزة
وقال سلاار يكون للإمامية ولم يشرط العمل (ومبنى) ذلك على تفسير الإيمان (فذهب)

قدم عليا عليه السلام كالإمامية والجارودية من الزيدية والكيسانية وغيرهم، والزيدية كل من قال بإمامة زيد بن علي، والهاشميون كل من انتسب إلى هاشم من ولد أبي طالب والعباس والحرث وأبي لهب والطلبيون من ولده أبو طالب، وإذا وقف على قبيلة أو علق بالنسبة إلى أب دخل فيهم الذكور والإناث بالسوية إلا أن يعين أو يفضل ويندرج فيهم كل من انتسب بالأب دون الأم خاصة كالعلوية فإنه يندرج تحته كل من انتسب إلى علي عليه السلام من جهة الأب.

ولا يعطي من انتسب إليه بالأم خاصة على رأي، ولو وقف على من اتصف بصفة أو دان بمقالة اشترك فيه كل من تصدق عليه تلك النسبة كالشافعية يندرج فيهم كل من اعتقد مذهب الشافعي من الذكور والإناث، ولو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا أنه جاره وقيل لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب وقيل إلى أربعين

الوعيدية إلى أن العمل جزء من الإيمان فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن وهو اختيار المفيد (وقال) بعض المتكلمين الفاسق له منزلة بين المنزلتين لا كافر ولا مؤمن و تحقيق هذه المسألة مذكور في الكتب الكلامية (والحق) عندي أن الإيمان هو التصديق بالقلب واللسان وأن العمل ليس بجزء ولا شرط فيه وهذا هو اختيار والذي المصنف وأكثر المتكلمين وشيخنا نجم الدين أبو القاسم بن سعيد وأول كلام الشيخ بعدم دخول الفاسق في لفظ المؤمن عند الإطلاق في العرف.

قال دام ظله: ولا يعطي من انتسب إليه بالأم خاصة على رأي.

أقول: قد تقدمت هذه المسألة في الخامس

قال دام ظله: ولو وقف على الجيران فهو لكل من يصدق عليه عرفا أنه جاره (وقيل) لمن يلي داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب (وقيل) إلى أربعين دارا.

أقول: الأول قول بعض الأصحاب (والثاني) قول الشيخين وأبي الصلاح وسلاار وابن البراج وابن إدريس وابن زهرة وابن حمزة وقطب الدين الكيدري (والثالث) قول بعض الأصحاب أيضا لرواية عايشة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه سئل عن حد الجوار فقال

دارا، ولو وقف على من لا يملك بطل كالمملوك القن ولا ينصرف الوقف إلى مولاه ولا على أم الولد ولا المدبر ولا على الميت ولا على الملك ولا الجن ولا المكاتب فلو عتق بعضه صح في ما قابل الحرية، ولو وقف على المصالح كالقناطر والمساجد والمشاهد صح لأنه في الحقيقة وقف على المسلمين لكن هو صرف إلى بعض مصالحتهم بخلاف الوقف على البيع فإنه لا ينصرف إلى مصالح أهل الذمة ولو وقف على البيع والكنائس أو معونة الزناة أو قطاع الطريق أو على كتبة التورية والإنجيل لم يصح من الكافر. وفي وقفه على الذمي خلاف، والأقرب المنع في الحربي والصحة في المرتد

إلى أربعين دارا (١) والوجه الأول لأن الشرع يحمل على العرف في غير الحقيقة الشرعية قال دام ظله: وفي وقفه على الذمي خلاف والأقرب المنع في الحربي والصحة في المرتد عن غير فطرة

أقول: البحث هنا في وقف المسلم على الكافر فنقول قال بعض الناس (الأصحاب - خ ل) بجواز الوقف على الذمي مطلقا حكاه الشيخ في المبسوط وذهب الشيخ في المبسوط

إلى جوازه عليه إذا كان قريبا لا غيره وجوز المفيد الوقف على الكفار إذا كانوا أقارب سواء الأبوان أو غيرهما وهو اختيار الشيخ في النهاية وأبي الصلاح وابن حمزة ومنعه سلار وابن البراج مطلقا وقال ابن إدريس يصح على الوالدين الكافرين دون غيرهما من الأقارب وغيرهما وتارة سوغه على الأقارب مطلقا ثم أخرى منعه واضطرب في هذه المسألة (واحتج) الأولون بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم (٢) وقوله عليه السلام على كل كبد حرى (٣) (احتجت) الفرقة الثانية بالأمر بصلة الرحم والمنع من مودة الكافر فيحمل على الأجنبي لجواز تخصيص الكتاب بالسنة عندنا، ولما روي

(١) ثل ب ٩٥ من أبواب العشرة من كتاب الحج خبر ٢ نقله مسندا عن عمرو بن عكرمة عن أبي عبد الله (ع) عن رسول الله صلى الله عليه وآله.

(٢) الممتحنة ٨ - .

(٣) لم نعثر عليه في كتب الأحاديث نعم أورده في مجمع البحرين في مادة كبد.

عن غير فطرة ويصح الوقف على الفاسق والغنى، ولو وقف على أقاربه اشترك الذكور والإناث بالسوية والأقرب وإلا بعد ويحمل على من يعرف بأنه قرابة له ولو شرط الترتيب أو التفضيل أو الاختصاص لزم، ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا ولو وقف على أقرب الناس إليه ترتبوا كالميراث لكن يتساوون في الاستحقاق إلا أن يفضل ولو وقف في وجوه البر وأطلق فهو للفقراء والمساكين وكل مصلحة يتقرب بها إلى الله تعالى ويصرف الوقف على المنتشرين إلى من يوجد منهم، ولو وقف المسلم على الفقراء اختص بفقراء المسلمين ولو وقف الكافر، بفقراء نحلته ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر.

المطلب الثالث الموقوف

وشروطه أربعة أن يكون عينا مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها ويمكن إقباضها فلا يصح وقف الدين ولا المطلق كفرس غير معين وعبد في الذمة أو ملك مطلق

أن صفية بنت حي زوجة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقفت على أخ لها يهودي (١) والحنة في أمره عليه السلام أو تقريره ولم يثبت (احتج) المانع مطلقا بأن الوقف مودة ولا شيء من الكافر يجوز مودته لقوله تعالى: لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم (٢) نهى عن مودة الكافر وإن كان أبا (احتج) القائلون بالجواز على الوالدين بما فيه من البر بالأبوين وقوله تعالى: وصاحبهما في الدنيا معروفًا (٣) (ووجه) القرب في الحربي ما ذكرنا من الأدلة على المنع ولأن كل من يصح عليه الوقف ماله معصوم وكل حربي لا شيء من ماله بمعصوم لإباحة أخذه قهرا فلا شيء ممن يصح الوقف عليه بحربي (ووجه) الصحة في المرتد عن غير فطرة أنه بحكم المسلمين (ووجه) المنع الكفر والأقوى عندي أن لا يصح على الكافر مطلقا

(١) لم نجده.

(٢) المجادلة - ٢٢.

(٣) لقمان - ١٤.

ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير نعم لو وقفه الكافر على مثله فالأقرب الصحة ولا الحر نفسه

ولا ما لا يملكه الواقف كملك الغير فإن أجاز المالك فالأقرب اللزوم ولا المستأجر ولا الموصى بخدمته ولا وقف الطعام ولا اللحم والشمع!. وفي الدراهم والدنانير إشكال ولا وقف الآبق لتعذر تسليمه، ويصح وقف المشاع ومن ينعق على الموقوف عليه فيبقى وقفا وقبضه كقبض البيع ويصح وقف كلما ينتفع به منفعة محللة مع بقاءه كالعقار والثياب والآثاث والآلات المباحة والحلي والسلاح والكلب المملوك والسنور والشجر والشاة والأمة والعبد دون المستولدة وفي المستولدة نظر، ولو جعل علو داره مسجدا دون السفلى أو بالعكس أو جعل وسط داره ولم يذكر الاستطراق جاز.

المطلب الثالث الموقوف

قال دام ظله: ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير نعم لو وقفه الكافر على مثله فالأقرب الصحة.

أقول: وجه القرب أنه يصح نقله إلى مثله بالبيع فجاز بالوقف (ويحتمل) البطلان لأنه لا يصح التقرب بنقلها (ومن) شرط الوقف التقرب هذا لفظ المصنف والأصح عندي البطلان.

قال دام ظله: ولا ما لا يملكه الواقف كملك الغير وإن أجاز المالك فالأقرب اللزوم.

أقول: وجه القرب أنه عقد صدر عن عاقل بالغ رشيد في محل قابل للنقل و أجاز المالك فوجد المقضى وارتفع المانع فصح (ويحتمل) المنع لعدم صحة التقرب بملك الغير وهو الأقوى.

قال دام ظله: وفي الدراهم والدنانير إشكال.

أقول: منشأه أنه هل يصح أن يكون لها منفعة حكومية معتبرة في نظر الشرع مع بقاء عينها أم لا.

الفصل الثاني في الأحكام
الوقف إذا تم زال ملك الواقف عنه ثم إن كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير
وإن كان على معين فالأقرب أنه يملكه وإن كان على جهة عامة فالأقرب أن الملك لله

الفصل الثاني في الأحكام

قال دام ظله: إن كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير وإن كان على معين
فالأقرب أنه يملكه وإن كان على جهة عامة فالأقرب أن الملك لله تعالى.
أقول: اختلفوا في الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا الظاهر من كلام أبي -
الصلاح أنه لا ينتقل الرقبة عن ملكه لقوله عليه السلام حبس الأصل وسبل الثمرة (١) و
لجواز إدخال من يريد مع صغر الأولاد ولو انتقل لم يجز له ذلك (والصغرى) قد مرت
(والكبرى) ظاهرة والحق انتقاله عنه وهو مذهب الأكثر لأن الوقف سبب قطع تصرف
الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزول ملكه عنه كالعقود لأنه معناه ثم اختلف
القائلون بالانتقال فذهب الشيخ وابن إدريس إلى انتقاله إلى الموقوف عليه وهو
الأصح لأنه مال لثبوت الأحكام المالية فيه ولهذا يضمن بالقيمة فكان ملكا كأم الولد
وليس للواقف ولا لغيره (هما - خ ل) من الناس فهو للموقوف عليه ونقض ببواري
المسجد

وآلاتها فإنها تضمن بالقيمة وملكها لله تعالى لا للناس ولما رواه علي بن سليمان النوفلي
قال كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أسأله عن أرض أوقفها جدي على المحتاجين من ولد
فلان بن فلان والرجل يجمع القبيلة وهم كثير متفرقون في البلاد وفي ولد الواقف
حاجة شديدة فسألوني أن أخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذي يجمع القبيلة فأجاب
ذكرت الأرض التي أوقفها جدك على نفر من ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه
الوقف وليس لك أن تتبع من كان غائبا (٢) واللام للملك والمحكوم عليه هو الأرض
لا منفعتها لأنها المذكور السابق ونقل ابن إدريس انتقاله إلى الله تعالى وحكاه في المبسوط
عن قوم (لأن) كل وقف صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى (وأما الصغرى) فقد صرح بها

(١) المستدرک ب ٢ خبر ١ من کتاب الوقوف.

(٢) ثل ب ٨ خبر ١ من کتاب الوقوف.

تعالى.، ولو وقف الشريك حصته ثم أعتقها لم يصح العتق وكذا لو أعتقها الموقوف عليه ولو أعتق الآخر لم يقوم عليه الوقف، ويملك الموقوف عليه المنافع المتجددة

الشيخ في النهاية حيث قال الوقف والصدقة شيء واحد (ولأن) علي بن سليمان كتب إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لي وارث ولي ضياع ورثتها من أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فإن لم يكن ولد وحدث بي حادث فما ترى جعلت فداك إن أوقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدق بثمانها في حيوتي عليهم فإني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي فإن أوقفتها في حيوتي فلي أن أكل منها أيام حيوتي أم لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك في أمر ضياعك فليس لك أن تأكل منها من الصدقة الحديث (١) فسمي الوقف صدقة (ولا استعمال) أبي عبد الله عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية ابن أبي صالح (٢) وكذا استعمال علي عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (٣) (وأما الكبرى) فلرواية جميل بن دراج الصحيحة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهما صغار إله أن يرجع فيها قال لا

الصدقة لله (٤) (ووجه) قرب كونه لله تعالى في الجهة العامة وهو الأصح تساوى نسبة كل واحد إليه واستحالة ملك كل واحد واحد وواحد معين لاستحالة الترجيح من غير مرجح والإجماع ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر وواحد غير معين لأن الملك نسبة وإضافة معينة فلا يكون محلها مبهما وليس حكمه كالمباح فهو لله تعالى وقد فسر بانفكاك المحل عن ملك الآدميين واختصاصهم (ويحتمل) أن يكون ملكا للموقوف عليه وهو الكلي لما تقدم وفي المسجد والرباط يكون الله إجماعا لانتفاء الملك منهما.

(١) ثل ب ٣ خبر ١ من كتاب الوقوف.

(٢) ثل ب ٦ خبر ٣ من كتاب الوقوف.

(٣) ثل ب ٦ خبر ٤ ن كتاب الوقوف.

(٤) ثل ب ٤ خبر ٧ من كتاب الوقوف.

ملكا تاما كالصوف واللبن والنتاج وعوض البضع وأجرة الدابة والدار والعبد، ولو شرط دخول النتاج في الوقف فهو وقف.، ويملك الموقوف عليه الصوف واللبن الموجودين وقت الوقف ما لم يستثنه ولا يصح بيع الوقف ولا هبته ولا نقله ولو خربت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها، ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشي خرابه جاز بيعه ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه بل كان البيع أنفع لهم لم يجز بيعه أيضا على رأي. ولو انقلعت نخلة قيل جاز بيعها والأولى المنع من تحقق المنفعة بالإجارة للتسقيف

قال دام ظله: ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه بل كان البيع أنفع لهم لم يجز بيعه أيضا على رأي.

أقول: هذا اختيار ابن إدريس وعليه أكثر العلماء وقال الشيخ المفيد ويجوز تغيير الشرط في الوقف إلى غيره عملا بالرواية وما رواه علي بن مهزيار في الصحيح قال كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ويسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو يقومها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة لك فكتب عليه السلام إلى أعلم فلانا بأني أمره ببيع حقي من الضيعة وإيصال ثمن

ذلك إلي وأن ذلك رأيي إن شاء الله تعالى أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق (ارفق - خ) له (١) والأصح الأول (والجواب) عن الرواية حملها على عدم تمام الوقف وظاهرها يدل عليه.

قال دام ظله: ولو انقلعت نخلة قيل جاز بيعها والأولى المنع مع تحقق المنفعة بالإجارة للتسقيف وشبهه.

أقول: الأول قول الشيخ في الخلاف قال لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه (والثاني) قول ابن إدريس لأن الوقف يقتضي دوام الأصل مع بقاء منفعته ومجرد بطلان القوى النباتية التي فيها وعدم ثمرتها لا يلزم زوال كل منافعها بل

(١) ثل ب ٦ خبر ٥ - من كتاب الوقوف.

وشبهه، ولو شرط بيعه عند التضرر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه أو عند خرابه أو عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلة نفعه ففي صحة الشرط إشكال ومع البطلان ففي إبطال الوقف نظر.
ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وإن كان ذا كسب على رأي ولو أقعد أو عمى أو جدم

يمكن عملها جسرا أو زرنوقا (١) وغير ذلك (واعلم) أن الحق أنه متى فرض لها منفعة ما مع بقائها لم يجز بيعها لأن الوقف للتأييد أي ما دامت هذه الجسمية الخاصة موجودة لا ما دامت صفة النخلة الموصوفة بحياة النبات قال المصنف في المختلف - ونعم ما قال

لا نزاع بينهما لأن دليل الشيخ يدل على جواز بيعها مع انتفاء سائر المنافع فيها وابن إدريس فرض وجود منفعة ومنع بيعها لوجودها وماذا يفعل بالثمن قال ابن الجنيد يشترى به ما يكون وقفا والبحث المذكور في موضعه.
قال دام ظله: ولو شرط بيعه عند التضرر (إلى قوله) ففي صحة الشرط إشكال.

أقول: ينشأ (من) قول أبي عبد الله عليه السلام في رواية جعفر بن حيان وإذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا (٢) فإذا جاز بيعه بغير شرط الواقف فمعه أولى (ومن) أن الوقف للتأييد والبيع ينفيه والأصح أنه لا يصح بيع الوقف بحال.
قال دام ظله: ومع البطلان ففي إبطال الوقف نظر.
أقول: جعل الشيخ العقود المتضمنة للشرط ليست معلقة عليها بل هي عقود وشروط وبطلان أحد الجزئين لا يستلزم بطلان الآخر (ويحتمل) البطلان لأنه إنما أوقعه على هذا التقدير ولا يعلم رضاه بدونه ولم يدل على وقوعه بدونه بإحدى الدلالات والفرق بينه وبين المعاملات أن للشرط مدخلا في العوض وهنا تبرع محض.
قال دام ظله: ونفقة المملوك على الموقوف عليهم وإن كان ذا كسب على رأي.

(١) الزرنوق بضم الزاء المعجمة والنون ويفتح: النهر الصغير (الزرنوقان) حائطان وفي المحكم منارتان مبيتان على رأس البئر من جانبيها فتوضع عليهما النعامة وهي الخشبة المعترضة عليهما ثم يعلق بها البكرة ويستقى بها (أقرب الموارد).
(٢) ثل ب ٦ خبر ٨ - من كتاب الوقوف.

عتق وسقطت النفقة، ولو قتل قصاصا بطل الوقف ولو قطع فالباقي وقف ولو أوجبت ما لا تعلق

بكسبه إن قلنا بعدم الانتقال وكذا إن كان على المساكين أو على المعسر وإلا فعلى الموقوف عليه لتعذر بيعه على إشكال، ينشأ من أن المولى لا يعقل عبدا، والأقرب الكسب

أقول: الموقوف عليه إما جهة عامة أو لا والأول النفقة في كسبه والثاني يكون على معين وهو مراد المصنف هنا فقال في المبسوط يكون في كسبه إذا لم يشترط أو شرطها في كسبه لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو موقوف على بقاء عينه وإنما يبقى بالنفقة فتصير كأنه شرطها في كسبه وقال المصنف أنها على الموقوف عليه وهو الأصح عندي لأنها تابعة للملك والعين والمنافع ملك للموقوف عليه و الشيخ في المبسوط تسلم أنه ملك الموقوف عليه وعلى القول بعدم انتقاله إليه إن جعلناه على مستحق المنافع كالأجير الخاص والموصى بخدمته فعليه هنا وإلا فالأصح في كسبه فلا يملك الموقوف عليه قدر نفقته فلا يجب عليه فطرته وعلى القول بأنه لله تعالى (قيل) على بيت المال كمتعق مسلوب المنافع لزمانة والأصح في كسبه و كذا أو جعلناه للواقف ولو عجز الكسب فعلى بيت المال إن كان الملك لله تعالى أو للواقف ولم يكن موجودا أو كان معسرا وعمارة العقار حيث شرط الواقف وإلا ففي غلته وإن قصرت لم يجب عليه.

قال دام ظله: ولو أوجبت ما لا تعلق بكسبه (إلى أن قال) والأقرب الكسب. أقول: أقوال فقهاء العالم في هذه المسألة منحصرة في خمسة (أ) تعلق مال الجناية بكسبه وهو اختيار الشيخ في المبسوط والمصنف هنا لأن مال الجناية لا يتعلق برقبته لأن الموقوف لا يباع وكل من يتعلق المال برقبته يباع فالعبد الموقوف لا يتعلق مال الجناية برقبته وهذه حجة الشيخ في المبسوط ولا يطل دم امرئ مسلم ولا يعقل المولى عبدا فيتعلق بكسبه (ب) إنه يتعلق بيت المال (ج) إنه يتعلق بمال الواقف (د) إنه يجب في مال الموقوف عليه قال الشيخ في المبسوط فمن قال ينتقل الملك إليه أعني الموقوف عليه فهو في ماله (ومن) قال ينتقل إلى الله (قيل)

وليس للمجني عليه استرقاقه في العمد على إشكال، ولو جنى عليه بما يوجب المال
احتمل اختصاص الموجودين به فلهم العفو وشراء عبد أو شقص عبد بها يكون وقفا

في مال الواقف لأنه الذي منع الرقبة من تعلق الأرش بها (وقيل) في بيت المال
كالحرم المعسر (ه) إنه يباع فيها وقد ذكره والدي المصنف احتمالا في المختلف لأنه
يقتل في الجناية فالباع أولى والقول الرابع إنما هو في الوقف على المعين و
الأصح عندي التعلق بالكسب لأنه أقرب الأشياء إلى الرقبة ولأنه يجمع بين الحقين.
قال دام ظله: وليس للمجني عليه استرقاقه في العمد على إشكال.
أقول: ينشأ (من) أن الوقف لازم لوجود الحياة في الحيوان لا يزول إلا
بزوالها لأنه مقتضى التأييد وهو مانع من تملك غير الموقوف عليهم ما دام موجودا
فلا يصح تملكه (ومن) أن الولي يملك إبطال الوقف بإبطال الحياة فيملكه مع
بقائها لأنه عفو وهو حسن مندوب إليه شرعا ولعموم الأخبار الدالة على جواز تملك
الولي للعبد الجاني عمدا.

قال دام ظله: ولو جنى عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين
به فلهم العفو وشراء عبدا وشقص عبد بها يكون وقفا.
أقول: إذا قتل العبد الوقف قتلا يوجب المال كأن قتله حر أجنبي فعليه
قيمته (وهنا مسائل) (أ)؟ ما يفعل بالقيمة، قال الشيخ في المبسوط قال قوم يشتري
بها عبد آخر ويقام مقامه سواء قيل انتقل ملكه إلى الله أو إليه لأن حق البطون الآخر
يتعلق برقبته فإذا مات أقيم غيرها بقيمتها مقامها (ومنهم) من قال ينتقل القيمة إليه
قال وهو الأقوى لأننا قد بينا أن ملكه له والوقف لم يتناول القيمة لأن موضوع الوقف
عين شخصية لا غير واختار المصنف في المختلف الأول لعدم اختصاص البطن الأول به
ولهذا يأخذ البطن الثاني عن الواقف لا عن الأول والقيمة بدل العين يملكها من يملكها
على حد ما يملكها ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها وملك البطن الأول ليس بمطلق
بل إلى نهاية وهو حياته فكذا بدلها وقولهم الوقف لا يتناول القيمة (إن عني) به
عدم دلالاته بالمطابقة فمسلم لكن دلالة الألفاظ على الأحكام ليست مقصورة على

سواء أوجبت أرشا أو دية فليس للموجودين العفو حينئذ ولو جنبي عليه عبد بما يوجب القصاص فإن اقتص الموقوف عليه استوفى وإن عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الأقرب ذلك إن لم يكن نفسا ولو استرق الجاني أو بعضه فهل يختص به أو يكون وقفا إشكال

المطابقة (وإن عني) عدم دلالة على حكمها بالكلية فممنوع لدلالته عليها بالاقتضاء لأنها قائمة مقام العين (ولأن) حق الوقف أقوى من حق الرهن وهو يتعلق بالعرض والوقف أولى وهذا من دلالة مفهوم الموافقة والأصح الأول لثلا يبطل غرض الواقف (والثاني) قوي أيضا (ب؟) من يشتري هذا العبد الأقوى الحاكم لأنا إن جعلناه ملكا لله تعالى فهو ظاهر وإن جعلناه ملكا للموقوف عليه فكذلك لتعلق حق البطون الباقية به والحاكم ولي الكل وكذا إن كان للواقف فإن تعذر فالوقوف عليه (ويحتمل) الموقوف عليه مطلقا لأنه ملك له عندنا وحق الباقيين تابع له فإن تعذر بحجر أو شبهه فالواقف أو بعض المؤمنين حسبة (ج) العبد المشتري هل يصير وقفا بالشراء أم لا بد من عقد جديد الأقوى الأول لأنه بالشراء للمصرف ينصرف إلى الوقف (ولأنه) كالرهن (وعلى الثاني) يباشر إيقاعه من يباشر الشراء والأقوى الحاكم (د) لو لم يف اشترى بعض عبد ولو فضل اشترى آخر أو شقص من آخر (ه) على اختصاص القيمة بالبطن الأول لهم العفو وعلى عدمه لا.

قال دام ظله: ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص (إلى قوله) إن لم -
يكن نفسا.

أقول: لأنه تعلق به حقهم بالفعل وهو فوته عليهم ولم يتجدد حقهم الآن بعد الجناية بل كان من حين الوقف ومن حيث إن عوضه كان للأول على القول به والعفو إنما هو عن العوض أما إذا كانت نفسا فالبحث فيه كما مر والفرق بينه وبين النفس أن عند القتل ينقطع الوقف على أحد القولين وهو أنه لا يشتري بقيمته عينا بل يكون بدله وقفا وهنا لا ينقطع والأصح عندي أن لهم الاستيفاء وماذا يستوفون (قيل) الدية لتغليب العفو (وقيل) القصاص والأول أصح.

قال دام ظله: ولو استرق الجاني أو بعضه فهل يختص به أو يكون وقفا إشكال

ولو اتفق هو ومولاه على الفداء فهل يختص به أو يشتري به عبدا يكون وقفا إشكال ولو وقف مسجدا فخرّب وخرّبت القرية أو المحلة لم يجز بيعه ولم يعد إلى الواقف، ولو أخذ السيل ميتا فالكفن للورثة. ولو مات البطن الأول قبل انقضاء مدة الإجارة فالأقرب البطلان هنا ويرجع المستأجر على ورثة الموتى بما قابل الباقي مع الدفع ولا يجوز للموقوف عليه وطى الأمة فإن فعل فلا مهر ولو ولدت فهو حر ولا قيمة عليه وفي صيرورتها أم ولد إشكال
ومعه تنعق بموته وتؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على إشكال،

أقول: ينشأ (من) أن الوقف إنما يتناول ملك العين وقد زال وهدمت وهذا لم يوقف بالأول لعدم تناوله إياه بإحدى الدلالات ولأنه لو صرح بوقفه لم يصح وإلا لصح وقف المعدوم أو المعلق على شرط ولم يشترط فيه الملك والكل باطل (ومن) أنه عوض الوقف ولم يختص به الأول إذ منعه من اخراجه لتعلق حق الثاني وهذه المسألة تبنى على أنه هل يشتري بدل الوقف ما يكون وقفا أو لا فعلى الأول يكون وقفا وعلى الثاني يختص بالموجود حالة الجناية والأصح عندي أنه يكون وقفا وهذه المسألة قد تقدمت. قال دام ظلّه: ولو اتفق هو ومولاه (إلى قوله) إشكال.
أقول: منشأه ما تقدم.

قال دام ظلّه: ولو مات البطن الأول قبل انقضاء مدة الإجارة فالأقرب البطلان هنا.

أقول: إذا آجر البطن الأول العين الموقوفة إجارة لا تنافي شرط الواقف لعدم ناظر شرطه الواقف صحت الإجارة فإذا مات (فإن قلنا) ببطلان الإجارة إذا مات المؤجر في الطلق فهنا أولى (وإن قلنا) ببقائها في الطلق فالأقوى هنا بطلانها وبه أفتي لأن ملكه وآثاره وأحكامه مشروطة بحيوته وبعدها لا يبقى شئ منها لاستحقاق الثاني له عن الواقف لا عنه فظهر أنه تصرف في المستقبل في ملك غيره بغير إذنه فلم يصح (ويحتمل) ضعيفا عدمه لأن اعتبار في إجارة بالملك حالها وهو حاصل كالموروث والفرق ظاهر فإن الوارث في الطلق إنما يملك عن الميت وهنا يملك عن الواقف لا عن الميت. قال دام ظلّه: وفي صيرورتها أم ولد إشكال ومعه ينعق بموته ويؤخذ

ويجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجودين وكذا ولدها إن كان من مملوك أو زنا ويختص به الموجودون وقت الولاية على رأي.، ولو كان من حر بوطئ صحيح فالولد حر إلا مع شرط الرقية، ولو كان بشبهة فالولد حر وعليه قيمته للموقوف عليهم ولو وطئها الواقف فكالأجنبي.

الفصل الثالث في اللواحق

لو وقف مسجداً على قوم بأعيانهم كالفقهاء فالأقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة.

ولو وقف في سبيل الله انصرف إلى ما يتقرب إلى الله كالجهاد والحج والعمرة وبناء القناطر وعمارة المساجد وكذا لو قال في سبيل الله وسبيل الخير وسبيل الثواب

قال دام ظله: يجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجودين وكذا ولدها إن كان من مملوك أو زنا ويختص به الموجودون وقت الولادة على رأي.

أقول: ذهب ابن الجنيد إلى أنه يكون وقفاً كأمه قواه في المبسوط قال فيه لأن حكم كل ولد ذات رحم حكم أمه كالمديرة والأضحية والهدي (وفيه نظر) لأن الاستقراء غير مفيد للعلم (واحتج) المصنف بأنه نمائها فأشبهه كسبها وثمره البستان وانحصار الوقف في ما يتناوله اللفظ.

قال دام ظله: ولو وقف مسجداً على قوم بأعيانهم كالفقراء فالأقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة.

أقول: لأنه إزالة ملك فهو كالتحرير فلا معنى للاختصاص ولأنه ملك لله (ومن) عموم قوله عليه السلام الأوقاف على ما أوقفها (١) والأصل الصحة والأصح عدم صحة الوقف

والفرق بينه وبين المدرسة الرباط الإجماع على جوازه فيهما ولأن اسم المسجد لا يصدق حقيقة إلا مع العموم بخلافهما.

قال دام ظله: ولو وقف في سبيل الله انصرف إلى ما يتقرب به إلى الله

(١) الظاهر أنه نقل إلى المعنى من قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها المنقول في: تل ب ٢ خبر ١ من كتاب الوقوف.

ولا تجب القسمة أثلاثا وإذا وقف على أولاده اشترك البنون والبنات والخنثى ولا تدخل الحفدة على رأي إلا مع قرينة الإرادة مثل أن يقول وإلا على يفضل على الأسفل أو قال الأعلى فالأعلى أو قال وقفت على أولاد فلان وليس له ولد الصلب كما لو قال وقفت على أولاد هاشم، ولو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي اختص بالبنين الأولين على رأي ولو قال على أولاد أولادي اشترك أولاد البنين وأولاد البنات بالسوية ولو قال

تعالى كالجهد (إلى قوله) ولا تدخل الحفدة على رأي. أقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن الجنيد لدلالة صحة النفي على كونه مجازا وإنما يحمل على الحقيقة لا على المجاز ولقوله تعالى ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب (١) في قراءة من قرأ بالنصب عطف يعقوب على بنيه وهو ابن ابنه والعطف يقتضي المغايرة (وفيه نظر) فإنه قد قرئ ويعقوب بالرفع عطف على إبراهيم وعلى النصب يكفي مغايرة الجزء للكل وقد جاء في قوله تعالى: من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل (٢) مع أن جبريل عليه السلام من الملائكة ويرد بأن المغايرة هنا بالشرف فإن جبرئيل أشرف وقال المفيد وابن البراج وأبو - الصلاح وابن إدريس يدخل الحفدة لقوله تعالى: يوصيكم الله في أولادكم (٣) إن كان له ولد (٤) حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم (٥) يا بني إسرائيل (٦) والأصح الأول لأن الحقيقة أولى من المجاز وإن كان أكثر ولو وجدت قرينة دالة على أحد المعنيين حمل عليه.

قال دام ظله: ولو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي اختص بالبنين الأولين على رأي.

أقول: الخلاف هنا كما تقدم.

قال دام ظله: ولو قال على أولاد أولادي (إلى قوله) البنات على رأي

(١) البقرة - ١٢٦.

(٢) البقرة - ٩٢.

(٣) النساء - ١٢.

(٤) النساء - ١٢.

(٥) النساء - ٢٧.

(٦) البقرة - ٤٤.

على من انتسب إلى لم يدخل أولاد البنات على رأي ولا يدخل تحت الولد الجنين إلا بعد انفصاله حيا، ولا تدخل الخنثى تحت البنين والبنات إلا مع الجمع ولو قال على ذريتي أو عقبي أو نسلي دخل الأحفاد من أولاد البنين والبنات، ولو قال على أولادي و أولاد أولادي فهو للتشريك ولا يختص الأقرب إلا بالشرط، ولو عطف بثم أو بالفاء اقتضى الترتيب وكذا لو قال الأعلى فالأعلى ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن الأول أجمع فلو بقي ولو واحد كان الجميع له، ولو قال وقفت على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا على أن من مات منهم عن ولد فلولده نصيبه اقتضى الترتيب بين الأدنى ووالده والتشريك بين الولد وعمه ولو رتب البعض وشرك البعض شرك في من شرك بينهم ورتب في من رتب كقوله وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا أو وقفت على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم ما تعاقبوا الأعلى فالأعلى، ولو قال وقفت على أولادي الثلاثة ومن مات منهم عن ولد فنصيبه لولده وعن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف، فلو خلف أحدهم ولدين فنصيبه لهما فلو مات الثاني عن غير ولد فنصيبه بين الثالث والولدين أثلاثا ثم إن مات أحد الولدين عن غير ولد فنصيبه لأخيه وعمه، ولو مات أحد الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابني أخ له فنصيبه لأخويه خاصة فإن مات أبوهما صار نصيبه لهما وصار ما خلفه الأول أثلاثا، ولو قال وقفت على أولادي على أن يكون للبنات ألف والباقي للذكور لم يستحق الذكور شيئا حتى يستوفي البنات ولو شرط اخراج بعضهم بصفة أورده بها جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب له فلو تزوجت سقط نصيبها فإن طلقت عاد وإن كان رجعيا على إشكال.

أقول: الخلاف مع السيد المرتضى وابن إدريس وقد مضى.
قال دام ظله: ولو شرط اخراج بعضهم (إلى قوله) وإن كان رجعيا على إشكال
أقول: ينشأ (من) أنها بحكم الزوجة ولهذا ترث وتجب نفقتها (ومن أنها)
مطلقة والطلاق رفع النكاح ويمنع كونها بحكم الزوجة من كل وجه وأيضا يصدق
هذه ليست بزوجتي بل مطلقة وصحة النفي دليل المجاز وعند الإطلاق لا يحمل عليه
وهو الأصح.

وإذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد ومن يحضره ولو غاب أحدهم لم يجب التربص بسهمه بل تجوز قسمته على غيره، والأقرب أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة

وكذا على كل قبيلة منتشرة أما المنحصرة فتجب التسوية والاستيعاب فيهم، ولو أمكن في ابتداء الوقف استيعابهم ثم انتشروا فالأقرب وجوب التعميم فيمن يمكن والتسوية لأن الواقف

أراد التسوية والتعميم لإمكانه فإذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما أمكن بخلاف المنتشرين ابتداء، ولو وقف على مستحقي الزكاة فرق في الثمانية وأعطوا كما يعطون هناك فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناه والغارم قدر الدين والمكاتب ما يؤدي به الكتابة وابن السبيل ما يبلغه والغازي ما يحتاج إليه لغزوه وإن كان غنيا. ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو منقطع الانتهاء يرجع إلى ورثته ميراثا بعد انقراض من يجوز الوقف عليه ولو انعكس فهو منقطع الابتداء وفيه قولان، فإن قلنا بالصحة فإن كان الأول ممن لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول

والكنائس صرف في الحال إلى من يجوز الوقف عليه وإن أمكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي ففي الانتقال في الحال أو بعد الانقراض إشكال وكذا البحث إذا كان صحيح

قال دام ظله: وإذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد (إلى قوله) أقل من ثلاثة.

أقول: لأنه أقل الجمع وهو الأصح وقد حقق في الأصول والاحتمال للقول الآخر إن أقله اثنان ولأن الوقف على غير المحصور يكون لبيان المصرف والقصد فيه الصفة مطلقا والأصح الأول ولو لم يكن في البلد ثلاثة ووجد خارجه وجب الإتمام.

قال دام ظله: ولو أمكن في ابتداء الوقف استيعابهم (إلى قوله) ابتداء أقول: ويحتمل عدمه لسقوط التعميم لتعذره وإذا اكتفى بالبعض كفى أي بعض كان والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو وقف على من يجوز الوقف عليه (إلى قوله) ففي الانتقال في الحال أو بعد الانقراض إشكال.

أقول: الوقف إما أن يكون متصلا دائما أو لا والأول لا كلام في صحته والثاني

الطرفين منقطع الوسط أو بالعكس، ولو وقف المريض على ابنه وبنته ولا وارث غيرهما دفعة

دارا هي تركته فإن أجازا لزم والأصح الثلث وقفا بينهما بالسوية على ما شرط والباقي طلقا، وكذا لو وقف على وارثه الواحد جميع تركته كان لازما من الأصل مع الإجازة ومن الثلث مع عدمها ويصح من ثمانية عشر للابن ثلاثة وقفا وثمانية ملكا وللبنت ثلاثة وقفا وأربعة ملكا، ولو اختار الابن إبطال التسوية دون إبطال الوقف بطل الوقف في التسع ورجع إليه ملكا فيصير له النصف وقفا والتسع ملكا وللبنت السدس والتسعان وقفا إن أجازت الوقف أيضا لأن للابن إبطال الوقف فيما له ما لغيره، ولو قال وقفت على زيد والمساكين فلزيد النصف ولو قال على زيد وعمر والمساكين فلزيد عمرو ثلثان ولو وقف على مواليه صرف إلى الموجودين من الأعلى والأدون فإن اجتمعا إلى من يعين منهما فإن أطلق فالأقرب البطلان وقيل بالتشريك.

إما أن يكون منقطع الأول أو منقطع الآخر أو منقطع الوسط والكلام هنا في الأول في موضعين (ألف) في صحته وبطلانه وفيه قولان قد تقدما (ب) على القول بالبطلان لا بحث وأما على القول بالصحة فمتى ينتقل إلى المرتبة الثانية فنقول لا يخلو إما أن يكون ممن لا يمكن اعتبار انقراضه أو يمكن فإن كان الأول انتقل في الحال إلى المرتبة الثانية وإن كان الثاني قال المصنف فيه إشكال ينشأ (من) أنه لا مستحق له غيرهم وقد ملكوا الأصل والنماء تابع (ومن) أنه إنما جعله لهم بشرط انقراض من قبلهم ولم يحصل الشرط فيصرف (فينتقل - خ ل) إلى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه أو لا ثم إذا انقضى رجعت إليهم والأول اختيار الشيخ في المبسوط والثاني حكاه عن قوم فيه وهذا مبني على قول من يقول بالصحة والأقوى عندي البطلان.

قال دام ظله: فإن إطلاق فالأقرب البطلان

أقول: إذا وقف على مواليه وله موال من أعلى ومن أسفل ولم يعين أحدهما في لفظه ولا قصده ففي صحته خلاف وقال والدي المصنف الأقرب البطلان (ووجه) القرب أن اللفظ المشترك لا يحمل على كل معانيه دفعة عند الإطلاق وإن كان بلفظ الجمع على ما تحقق في الأصول وهذا الدليل مبني على مقدمتين (أ) أن لفظ المولى

ولو وقف على أولاده فإذا انقضوا وانقض أولاد أولاده فعلى الفقهاء قيل
يصرف بعد أولاده إلى أولاد أولاده وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط فإذا انقض

مشارك بين المعتق والمعتق بالاشتراط اللفظي البحث: قال صاحب الصحاح المولى
المعتق والمعتق وليس مراد الواقف غير هذين المعنيين لأنه التقدير (ب) اللفظ المشترك
حال الجمع لا يحمل على كلا المعنيين وحمله على كل واحد منهما ترجيح بلا مرجح
باطل قطعاً فيكون بمنزلة الوقف على أحد شخصين وهذا باطل إجماعاً فكذا ما نحن
فيه لأنه لازم له وقال في المبسوط والخلاف وابن إدريس ينصرف إليهما لتناول اللفظ
لهما كالأخوة والأصح البطان لأن اللفظ المشترك لا يحمل على مجموع المعنيين
عند الإطلاق وإلا لكان حقيقة فيه لأنه من علامات الحقيقة وهو باطل وإلا لزم أن يكون
كل لفظ مشترك بين معنيين مشتركاً بين معان لا تنهاه وقول الشيخ كالأخوة إن أراد
به أنه مشترك بالاشتراك المعنوي كالأخ لأنه أولى من الاشتراط اللفظي عارضناه بالنقل
عن أهل اللغة كما ذكره صاحب الصحاح وإن أراد أن حكم الاشتراك اللفظي في حمله
حال الجمع على مجموع المعنيين كالاشتراك المعنوي فهو ممنوع والفرق ظاهر وقال
ابن حمزة إذا وقف على مولاة اختص بمولى نفسه دون موالى أبيه ولمولاه الذي
أعتقه دون مولى نعمته إلا إذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة وإن قال على
موالى دخل فيه مولى العتاقة ومولى النعمة وهو مبني على أن لفظة المولى مقولة
بالتشكيك ومقوليتها على الذي أعتقه هو أولى من ولي نعمته وأنه يحمل لفظ الجمع
عليهما (لا يقال) البحث هنا في الجمع المضاف فيعم ومعنى العموم استغراقه لما يصلح
له وهو صالح لكل (لأننا) نقول العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب
وضع واحد فخرج المشارك.

قال دام ظله: ولو وقف على أولاده فإذا انقضوا وانقض أولاد أولاده
فعلى الفقهاء (قيل) يصرف بعد أولاده إلى أولاد أولاده وليس بمعتمد بل
يكون منقطع الوسط.
أقول: قوله قبل إشارة إلى قول قوم ورجحه الشيخ في المبسوط على الأخير

أولاد أولاده عاد إلى الفقراء والنماء قبل انقراض أولاد أولاده لورثة الواقف على إشكال وليس له غرس شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف الأقرب المنع مع الضرر بها وإلا فلا، والفاضل من حصر المسجد وآلاته يصرف في مسجد آخر بخلاف المشاهد وتصح قسمة الوقف من الطلق إلا أن تتضمن ردا إلى الطلق منه.

والحق ما اختاره المصنف لانتفاء الدلالات الثلاث (واحتجوا) بدلالة شرط انقراضهم عرفا على رجوعه إليهم وهو ممنوع وأما على القول بأن لفظ الأولاد يتناول أولاد الأولاد فلا بحث لأنه ينتقل إليهم وإنما البحث على عدم تناول لفظ الأولاد لهم حقيقة. قال دام ظلّه: والنماء قبل انقراض أولاد أولاده لورثة الواقف على إشكال.

أقول: الوقف المنقطع الوسط بعد المرتبة الأولى وقبل حصول شرط استحقاق المرتبة الثانية النماء لمن يكون نمائه (قلنا) على القول بعدم انتقاله عن الواقف يكون لورثة الواقف قطعاً وعلى القول بانتقاله إلى الله تعالى يكون في وجوه البر وعلى القول بانتقاله إلى الموقوف عليه وهو المراد بالبحث هنا (قيل) يكون لورثة الواقف لأنه في حكم ملكه ولهذا تأخذ المرتبة الثانية (ويحتمل) عدمه لانتقاله عنه (فقيل) يكون لورثة الموقوف عليه الأول لانتقاله إليه ولم ينتقل إلى المرتبة الثانية ولذلك استشكله المصنف والأصح انتقاله إلى ورثة الواقف لأنه أحد المصارف لأن استحقاق المرتبة الأولى انتهت بانقراضها فيرجع الملك إلى الواقف ولهذا تأخذ المرتبة الثانية عنه قال دام ظلّه: وليس له غرس شجرة في المسجد لنفسه وهل له ذلك للوقف الأقرب المنع مع الضرر بها وإلا فلا.

أقول: وجه القرب أما مع الضرر فلأن المسجد إنما بني لذكر الله والصلاة و قراءة القرآن ولم يبن للغرس وقد حصل منه ضرر للمسجد أو في ما ذكر فيكون مغيراً للوقف فلا يجوز وأما مع عدمه فهو نفع للمسجد وتحصيل وقف له فيجوز (ويحتمل)

المنع لما ذكرناه وهو الحق عندي فإنها تمنع من الصلاة في موضعها وهو وقف لذلك فإن كل جزء منه وقف لذلك.

وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الأقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه أما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فأشكال، ولو اندرس شرط الواقف قسم بالسوية فإن لم يعرف الأرباب صرف في البر، ولو أجر المتولي بأجرة المثل في الحال فظهر من يزيد لم يفسخ ولو أجر زيادة على المدة المشترطة فالأقرب البطلان

قال دام ظله: وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الأقرب المنع مع اتحاد الواقف والموقوف عليه.

أقول: وجه المنع أنها تغير شرط الوقف وأنه جعل لكل واحد حصة مشاعة وهي غير متميزة فلا يجوز وهو الأصح (ويحتمل) ضعيفا الجواز لأن القسمة إفراز حق وتميزه فلم يستلزم تغير الوقف في الملك ولا في الموقوف عليه ولا في قدر المنافع بل هي تمييز لما يستتميه كل واحد مدة حياته فجازت وعلى القول بأن من عليه الوقف لا يملكه لا يصح قسمته وعلى القول بالملك فهو ناقص وليس تصرف في نفس الملك والقسمة تصرف في نفس الملك لأنها تقتضي اخراج ملك كل واحد عن بعضه. قال دام ظله: أما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فأشكال.

أقول: المراد إذا وقف زيد مثلا نصيبه على عمرو ووقف بكر نصيبه على خالد ومنشأ الإشكال من أن كل واحد نقل ملكه بجميع حقوقه ومن حملتها جواز إفرازه وتعيينه ولأنه أكد في الوقف (لأنه) أمر معين فإذا تعيين محله كان أولى (ولأنه) وقفان ولكل حكم نفسه فجاز تمييز أحدهما عن الآخر (ومن) إطلاق الأصحاب منع قسمة الوقف (ولأنه) وقف مشاعا وهو الأصح.

قال دام ظله: ولو أجر زيادة على المدة المشترطة فالأقرب البطلان في الزائد خاصة.

أقول: لأن المنافي بشرط الواقف الزيادة خاصة فيبطل فيه وأما المشترطة فلأنه كالمنصوص عليه في الإجازة فيصح ويحتمل عدمه لمنافات العقد لشرط الواقف فيكون باطلا من أصلا ولأنه إنما يتناول المجموع بالأصالة والآخر بالتبعية لضرورة دخولها في المجموع ولأن دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة فإذا بطل الأصل بطل التابع والأصح الأول.

في الزائد خاصة، ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به فيه أو تكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق فالأقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد.

المقصد الثاني

في السكنى والصدقة والهبة

وفيه فصول

الأول في السكنى ولا بد فيها من إيجاب وقبول وقبض ونية التقرب، وليست ناقلة للملك بل فائدتها تسلط الساكن على استيفاء المنفعة المدة المشتركة فإن قرنت بالعمر سميت عمري وإن قرنت بالإسكان قيل سكنى وبالمدة يقال رقبى إما من الارتقاب أو من رقبة الملك (والإيجاب) أن يقول أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما أشبه ذلك هذه الدار أو الأرض مدة عمرك أو عمري أو سنة وتلزم بالقبض على رأي، ولو قال لك

قال دام ظله: ولو خلق حصير المسجد (إلى قوله) في مصالح المسجد. أقول: لأنه يلزم من المنع من بيعها خروجها عن الانتفاع في الوقف المذكور بالكلية فخرجت عن الوقف كموت العبد فجاز بيعها لزوال المانع ولضياعتها وضيق المكان بها (ويحتمل) عدمه لعموم قول أبي الحسن عليه السلام لا يجوز شراء الوقف (١) وعلى جواز بيعه يصرف ثمنه إلى مصالح المسجد لاختصاص العين بهذه الجهة والقيمة تابعة للعين فلا تصرف في غيرها (ويحتمل) صرفها في المماثل لأنه الأقرب إلى مقصود الواقف والأصح عندي جواز البيع وصرف ثمنه في المماثل إن أمكن وإلا ففي غيره من المصالح.

المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة

وفيه فصول الأول في السكنى

قال دام ظله: وتلزم بالقبض على رأي.

أقول: هنا ثلاثة أقوال (ألف) إنها تلزم بالقبض كالهبة (ب) إنها تلزم بقصد

(١) ثل - ب ٦ خبر ١ من كتاب الوقوف.

سكنى هذه الدار ما بقيت أو حييت صح ويرجع إلى المسكن بعد موت الساكن ولو قال أعمرتك هذه الدار ولعقبك رجعت إليه بعد العقب ولا تنتقل إلى المعمر وإن لم يشترط رجوعها إليه بعده، وكل ما صح وقفه صح إعمارها من الحيوان والعقار والآثا وغير ذلك، ولو قرن الهبة بمدة بطلت وإذا وقت السكنى لم يجز له الرجوع قبل الانقضاء مع القبض وكذا لو قرنت بعمر المالك، فإن مات الساكن فلو رثته السكنى حتى تنقضي المدة أو عمر المالك.

ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاجه قبل وفاته مطلقا على رأي ولو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى ولو لم يعين مدة كان له اخراجه

التقرب (ج) إنها لا تلزم وأطلق والأصح الأول وهو الأشهر لأن الشارع وضع صيغة هذا العقد سببا لنقل المنافع مدة معينة أو مقرونة بعمر أحدهما والأصل في الأسباب الزوم ولما يأتي.

قال دام ظله: ولو قرنت بعمر الساكن فمات المالك لم يكن لورثته إزعاجه قبل وفاته مطلقا على رأي.

أقول: هذا اختيار أكثر العلماء لأنه عقد منجز في صحة العاقد فكان ماضيا كغيره من العقود وجوز ابن الجنييد اخراجه مع نقص ثلاث التركة عن قيمة الدار لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار مدة حياته (يعني) صاحب الدار فمات الذي جعل السكنى وبقي الذي جعل له السكنى أرأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه من الدار لهم ذلك قال فقال أرى أن يقوم الدار بقيمة عادلة وينظر إلى ثلث الميت فإن كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة أن يخرجوه وإن كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم أن يخرجوه قيل له أرأيت إن مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار يكون السكنى لورثة الذي جعل له السكنى قال لا (١) وغلط الشيخ الراوي في الحكم بعود الضمير في حياته إلى صاحب الدار بل هو عائد إلى الساكن وإلا لم يتأت

(١) ثل ب ٨ - خبر - ١ من كتاب السكنى.

متى شاء، ولا تبطل السكنى بالبيع بل يجب توفية ما شرط له ثم يتخير المشتري مع جهله بين الرضا مجانا والفسخ، ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على إشكال، وإطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه وأهله وأولاده وليس له إسكان غيرهم إلا مع الشرط ولا أن يؤجر المسكن إلا مع الإذن ولا يجب العمارة على أحدهما ولا له منع الآخر من غير المضر منها، وإذا حبس فرسه في سبيل الله أو غلامه في خدمة البيت أو المشهد

أو المسجد لزم ولا يجوز تغيير ما دامت العين باقية، ولو حبس شيئاً على رجل فإن عين وقتاً لزم ويرجع إلى الحابس أو ورثته بعد المدة وإن لم يعين كان له الرجوع متى شاء.

الفصل الثاني في الصدقة

ولا بد فيها من إيجاب وقبول وقبض ونية القرية، وتلزم مع الإقباض ولو قبض بدون إذن المالك لم يملك به وإذا تمت لم يجز له الرجوع فيها مطلقاً وصدقة السر

الأحكام التي ذكرها بعد ذلك لأنها إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى مدة حياة من جعل له السكنى فحينئذ يقوم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه وحملها المصنف على الوصية أو المرض وإلا لم يتأت الأحكام إذا عقد السكنى لازم فلا معنى لخروجها من الثلث إلا مع الوصية والمرض وفي سندها ضعف والأصح اختيار المصنف.

قال دام ظله: ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على إشكال. أقول: جوز ابن الجنيد بيعها ومنع الأصحاب من بيع المسكن الذي يعتد فيه المطلقة بالأقراء لجهالة وقت الانتفاع فهنا أولى وقوى الشيخ في المبسوط جواز بيع العبد الموصى بخدمته أبداً فهنا أولى (احتج) ابن الجنيد بما رواه الحسين بن نعيم عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده هل بقي له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فنقض بيعه الدار السكنى

قال لا ينقض البيع السكنى الحديث (١) وعنده في هذه المسألة إشكال والذي دام ظله لا أفتي فيها بشيء.

(١) ثل ب ١ خبر ٢ - من كتاب السكنى.

أفضل من الجهر إلا مع التهمة بترك المواساة، والمفروضة من الزكاة محرمة على بني هاشم إلا منهم أو عند الضرورة ولا بأس بالمندوبة وغير الزكاة كالمندورة والأقرب جواز الصدقة على الذمي ويتأكد الصدقة المندوبة في شهر رمضان، والجيران أفضل من غيرهم والأقارب أفضل من الأجانب، ومن احتاج إليه لعياله لم يستحب له التصدق و لا ينبغي أن يتصدق بجميع ماله.

الفصل الثالث في الهبة

وفيه مطلبان

الأول في أركانها وهي ثلاثة الأول العقد ولا بد فيه من (إيجاب) وهو اللفظ الدال على تملك العين من غير عوض منجزا كقوله وهبتك وأهديت إليك وملكتك وكذا أعطيتك وهذا لك مع النية و (من قبول) وهو اللفظ الدال على الرضا كقوله قبلت و (من قبض) ويشترط صدورهما من مكلف جازي التصرف وهبة ما في الذمة لمن عليه إبراء لا يشترط فيه القبول ولا تصح لغيره على رأي وللولي عن الطفل

الفصل الثاني في الصدقة

قال دام ظلّه: والأقرب جواز الصدقة على الذمي.

أقول: لقوله عليه السلام على كل كبد حرا أجر (١) (ويحتمل) العدم لمنع المودة وقد مضى البحث في هذه المسألة في الوقف لأنه صدقة.

الفصل الثالث في الهبة

وفيه مطلبان الأول في أركانها

قال دام ظلّه: وهبة ما في الذمة لمن عليه إبراء لا يشترط فيه القبول و لا يصح لغيره على رأي.

أقول: الخلاف هنا في موضعين (١) عدم اشتراط القبول وهو الحق خلافا للشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن إدريس (لنا) قوله تعالى فنظرة إلى ميسرة وإن

(١) لم نعثر عليه في كتب الأحاديث - نعم أورده في مجمع البيان في مادة (كبد).

القبول مع الغبطة فلو وهب أباه الفقير العاجز لم يصح قبوله حذرا من وجوب الانفاق ولا تكفي المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب نعم يباح التصرف والهدية كالهبة في الإيجاب والقبول والقبض ولا يصح تعليق العقد ولا توقيته ولا تأخير القبول عن الإيجاب

بحيث يخرج عن كونه جوابا.

الثاني لموهوب كل ما يصح بيعه جاز هبته مشاعا كان أو مقسوما من الشريك وغيره ولا تصح هبة المجهول كأحد العبدین لا بعينه والحمل واللبن في الضرع و تصح في الصوف على الظهر وكل معلوم العين وإن جهل قدره ولا تصح هبة دهن السمسم قبل عصره ولا هبة المعدوم كالثمرة المتجددة وما تحمله الدابة وتصح هبة المغصوب من الغاصب وغيره والمستأجر من غير المستأجر والآبق والضال والكلب المملوك ولو وهب المرهون فإن بيع ظهر البطلان وإن انفك فلراهن الخيار في الإقباض وفي صحة الإقباض حالة الرهن من دون إذن المرتهن إشكال فإن سوغناه

تصدقوا خير لكم (١) وفي الدية إلا أن يصدقوا (٢) ولأنه اسقاط فلا يفتقر إلى القبول كالتق والطلاق والعفو عن الدية (احتج) الشيخ باشماله على المنة ولا يجب قبولها كهبة العين والفرق ظاهر فإن هبة العين تملك وهبة الدين اسقاط (ب) هبته لغير من هو عليه فذهب الشيخ وابن إدريس إلى الجواز لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين نعم يشترط في اللزم القبض (وقيل) لا يصح لاشتراطها بالقبض وقبض ما في الذمة محال بل المقبوض مثله وإنما يصح هبتها بعد تعيينها وحال الإيجاب هي غير معينة قال الشيخ في المبسوط لا يصح وقف الدين لأنه مشروط بالقبض وهو ممتنع في الدين وامتناع الشرط يوجب امتناع المشروط (قلنا) فيلزمك في الهبة لأنه مشروطة بالقبض والكبرى بحالها واختار المصنف في المختلف الصحة قال والموهوب الماهية وقبضها بقبض أحد جزئياتها فيقبض المالك ثم يقبضه أو يوكله في القبض عنه ثم يقبض من نفسه على القول بجوازه كما اخترناه ولا يكفي قبضه عن الهبة قبضا عن المالك وإلا جاء الدور. قال دام ظله: ولو وهب المرهون (إلى قوله) من دون إذن المرتهن إشكال

(١) البقرة - ٢٨٠.

(٢) النساء - ٩٢.

لم يحصل به الملك فإن فك صحت الهبة، ولا تصح هبة الدين غير من عليه لامتناع قبضه وهبة الحامل لا تقتضي هبة الحمل وتصح البراءة من المجهول، ولو علمه المديون وخشي من عدم الإبراء لو أظهره لم يصح الإبراء ولو أبرءه من مائة معتقدا أنه لا حق له وكان له مائة ففي صحة الإبراء إشكال.

الثالث القبض وهو شرط في صحة الهبة وشرط إذن الواهب وإيقاع القبض للهبة فلو قبض من دون إذنه لم ينتقل الملك إليه وإن كانا في المجلس وكذا لو أقبضه الواهب لا للهبة ويقبل قوله في القصد ولو أقر بالهبة والإقباض حكم عليه وإن كان في يد الواهب وله الإحلاف لو ادعى المواطاة ولا يقبل إنكاره ولو مات الواهب قبله بطلت الهبة وإن كان بعد الإذن في القبض ولو وهب ما في يد المتهم صحت ولم

أقول: (من) حيث حصول حقيقته والنهي في غير العبادات لا يدل على الفساد والفائدة عدم توقفه على قبض آخر بعد إجازة المرتهن لها (ومن) أنه ممنوع منه فلا يكون معتبرا في نظر الشرع وهو الأصح. قال دام ظله: ولو أبرأه من مائة معتقدا أنه لا حق له وكان له مائة ففي صحة الإبراء إشكال.

أقول: ينشأ (من) مصادفة الإبراء محلا قابلا ومؤثرا فصح (ومن) عدم القصد إلى الإبراء الصحيح وهو الأصح لأنه قصد بلفظ الإبراء مجازه وهو عدم الإسقاط ودلالة اللفظ الوضعية تابعة للإرادة (الثالث) القبض مقدمتان (ألف) القبض شرط في صحة عقد الهبة أعني ترتب أثره عليه فلا يملك المتهم الموهوب إلا بعد القبض وعليه نص الأئمة عليهم السلام وإجماع الإمامية ويتفرع عليه أنه لا يجوز ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب حقيقة وإذا وقع العقد في الصحة والإقباض في المرض مضت من الثلث والنماء المتجدد بين العقد والقبض للواهب حقيقة (ب) استدامة اليد كافية في القبض فإذا وهب ما في يده أعني يد المتهم أو في يد من يده بمنزلة يده عليه صحت وأفادت الملك. قال دام ظله: ولو وهب ما في يد المتهم صحت (إلى قوله) افتقر إلى القبض

يفتقر إلى تجديد قبض ولا إذن ولا مضي زمان يمكن فيه القبض وكذا لو وهب ولي
الطفل ماله الذي في يده ولو كان مغصوبا أو مستأجرا أو مستعارا على إشكال افتقر إلى
القبض

بخلاف ما في يد وكيله ولو وهبه غيره افتقر إلى قبض الولي أو الحاكم وقبض المشاع
هنا كقبضه في البيع ولو وهب اثنين قبلا وقبضا صحت لهما ولو قبل أحدهما وقبض
صحت في نصيبه خاصة ولا يشترط فورية الإقباض على إشكال ويحكم بالملك من حين

أقول: هذا تفريع على المقدمتين اللتين ذكرناهما (وتقريره) أن نقول يد
ولي الطفل هو يد الطفل فإذا وهب ولي الطفل الطفل عينا في يد الولي لم يحتاج إلى
تجديد قبض وكان استدامة يده إلى بعد الهبة قبضا منه له ثم ذكر المصنف ما إذا وهب
الولي الطفل ما في يد غيره وهو أقسام (ألف) إذا وهبه ما في يد الغاصب احتاج إلى القبض
لأن يده ليست بمنزلة يده إجماعا (ب) إذا وهبه ما في المستأجر احتاج إلى قبضه
لأن يده ليست كيده هنا إجماعا لأنه قبضه لنفسه (ج) إذا وهبه ماله في يد المستودع
فإن يده كيده لا يحتاج إلى تجديد قبض إجماعا (د) إذا وهبه ماله في يد وكيله كانت
يده كيده إجماعا (هـ) إذا وهبه في يد المستعير ذكر المصنف أنه فيه إشكالا منشأه
(من) أن المستعير قبضه لنفسه لينتفع به فكان كالمستأجر (ومن) أنه بإذن المالك
لا بحق لازم بل متى شاء أخذه فكان كالوكيل وكلام الشيخ في المبسوط يشعر باشتراط
مضي زمان يمكن فيه القبض في كل موضع تكون يده كيده وأشار المصنف إلى خلافه
بقوله (ولا مضي زمان) وهو الأصح عندي.

قال دام ظله: ولا يشترط فورية الإقباض على إشكال

أقول: (من) أن الأصل عدم الاشتراط (ومن) أنه جزء لا يتيقن البقاء على
الأجزاء الأخر مع التراخي (ولأن) مع وجوده لا مؤثر وهو العقد وحال العقد لا أثر
لفقد الشرط وهذه المسألة تقدمت في باب الوقف (واعلم) أن الأصحاب اختلفوا في
القبض فقال والدي المصنف في هذا الكتاب أنه شرط في صحة الهبة وهو الأصح
عندي وهو اختيار أبي الصلاح ونقله ابن إدريس عن أكثر علمائنا (وقيل) إنه شرط
في لزوم الهبة لا في صحتها وانعقادها وهو اختيار ابن البراج وسالار وابن حمزة

القبض لا من حين العقد ولا فرق في اشتراط القبض بين المكيل والموزون وغيرهما والقبض في ما لا ينقل التخلية والنقل في ما ينقل وفي المشاع بتسليم الكل إليه فإن امتنع الشريك قيل للمتهب وكل الشريك في القبض لك ونقله فإن امتنع نصب الحاكم

وابن إدريس وهو الظاهر من كلام الشيخين وقال الشيخ في الخلاف ومن وهب لغيره عينا قبل أن يهمل شوال فقبله الموهوب له ولم يقبضه حتى يهمل شوال ثم قبضه فالفطرة على الموهوب له لأن الهبة منعقدة بالإيجاب والقبول وليس من شرط انعقادها القبض (وإذا تقرر) ذلك فنقول على القول بأن القبض شرط في اللزوم لا في الصحة والانعقاد لا يشترط فوريته وقد صرح الشيخ بعدم اشتراط الفورية في كلامه في الخلاف كما حكيناه عنه وإنما الإشكال على القول باشتراط القبض في الصحة والانعقاد ولما كان هو مذهب المصنف في هذا الكتاب ذكر أن فيه إشكالا واختار والذي في المختلف مذهب ابن البراج (واحتج) برواية أبي بصير الصحيحة قال قال أبو عبد الله عليه السلام الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض قسمت أم لم تقسم (١) الحديث (والجواب) أنه لا يدل على المطلوب لأنه نفي اشتراطه في الجواز وهو أعم من الوجوب ولا يلزم منه نفي الاشتراط في الأخص لأن الاشتراط في الأخص من الاشتراط في الأعم فنفي الاشتراط في الأعم من نفي الاشتراط في الأخص ولا دلالة للعام على الخاص (ولنا) رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال الهبة لا تكون هبة حتى تقبض (٢) فالمراد إما نفي الماهية أو نفي الصحة (لأنه) أقرب المجازات إلى الحقيقة وعلى كلا التقديرين فالمطلوب حاصل وطريق الجمع بين الرواية الأولى والثانية حمل الثانية على الثاني وهو نفي الصحة (وفيه نظر) لجواز إرادة نفي اللزوم والأصل بقاء الملك على مالكه حتى يرد ناقل ومع القبض الناقل متفق عليه فبقي الباقي على الأصل.

(١) ثل ب ٤ خبر - ٤ من كتاب الهبات.

(٢) ثل ب ٤ خبر - ٧ من كتاب الهبات.

من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض ولو قبضه من دون إذن الشريك ففي اعتباره نظر وكذا في كل قبض منهي عنه.

المطلب الثاني في الأحكام

المتهب أم كان ذا رحم لم يجوز الرجوع بعد الإقباض وكذا إن كان أجنبيا وعوض وإن كان ببعضها أو قصد الإجراء وتلفت العين أو تصرف على رأي وإن لم يكن

قال دام ظله: ولو قبضه من دون إذن الشريك ففي اعتباره نظر وكذا في كل قبض منهي عنه

أقول: ينشأ (من) تحريمه فلا يكون مرادا للشارع ولا معتبرا في نظره (ومن) أن النهي في غير العبادات لا يقتضي الفساد (ولقائل) أن يقول فساد لطف في الواجبات فيجب مشروعيته إذا الملكف مع فساده يكون أقرب إلى الامتناع عن التصرف في ملك الغير حينئذ لانتفاء فائدته ومعرفته باستحقاق العقاب ولا يرد في كل منهي عنه من المعاملات إذ ما لا يستلزم حق الآدمي يكفي في اللطف التكليف والإعلام واللطف في التكليف هو العام فيكون الزائد على ذلك من باب الأصلاح وهو غير واجب وأما في حق الآدمي فالمبالغة فيه أكثر وطلب الشرع الامتناع منه أشد فلفظه أكثر وهو الأصح و مراده بقوله كل قبض منهي عنه كل قبض هو شرط في الصحة أو اللزوم لا مطلقا.

المطلب الثاني في الأحكام

قال دام ظله: المتهب إن كان ذا رحم لم يجوز الرجوع بعد الإقباض و كذا إن كان أجنبيا وعوض وإن كان ببعضها أو قصد الأجر أو تلفت العين أو تصرف على رأي.

أقول: قوله على رأي في التصرف وما اختاره المصنف هنا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن إدريس وهو الأصح وقال المفيد يلزم بهلاك العين أو أحداث المشتري فيها حدثا، وقال ابن حمزة تلزم بخروجها عن ملك الموهوب وإن عادت وبتصرف لغير العين كالخشب يصيره سريرا، وقال سلار يجوز الرجوع في ما لم يعوض عنه ما دامت العين باقية، وكذا قال أبو الصلاح، ومنع أبو الصلاح من الرجوع في

لازما وإلا فللواهب الرجوع، ويكره لأحد الزوجين الرجوع على رأي.

الهدية مع التصرف (لنا) قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم (١) وهذا مال للمتهب وليس الرجوع عن تجارة ولا عن تراض خرج ما قبل التصرف باتفاق الخصم والدليل ولما رواه إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فإذا خرجت

إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو

كالراجع في قيئه (٢) و (في الاحتجاج نظر) فإنه إن سلم السند من منعه لم تسلم الدلالة فإن ما يدل عليه لا يقولون به لأنها تدل على لزومها بالقبض وما يقولون به لا يدل عليه (واحتج) الآخرون برواية عبد الله بن سنان الصحيحة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا فقال يجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته (هديته خ ل) ويرجع في غير ذلك إن شاء (٣) وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له (٤) وهما

محمولان على ما إذا لم يتصرف (وفيه نظر) لأن الأصل عدم التخصيص (لا يقال) وجه الجمع بين رواية إبراهيم وبين هذه الرواية ما ذكرناه (لأننا نقول) هذه الرواية والتي قبلها صحيحة السند فيقدمان على تلك والتأويل مع التعارض.

قال دام ظله: ويكره لأحد الزوجين الرجوع على رأي أقول: ذهب الشيخ في النهاية وابن إدريس إلى كراهة الرجوع (وقيل) لا يجوز لرواية زرارة الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال ولا يرجع الرجل في ما يهبه

لزوجته ولا المرأة في ما تهبه لزوجها حيز أو لم يحز أليس الله تعالى يقول ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا (٥) وهذا يدخل

(١) النساء - ٣٣.

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٤ من كتاب الهبات.

(٣) ثل ب ٦ خبر ١ من كتاب الهبات.

(٤) ثل ب ٨ خبر ١ من كتاب الهبات.

(٥) ثل ب ٧ خبر ١ من كتاب الهبات.

وإفلاس المتهب لا يبطل حق الرجوع ومع الحجر إشكال أما جناية الهبة فالأقرب أنها تبطل حق رجوع الواهب ولو جوزنا الرجوع مع التصرف فإن كان لازماً كالكتابة والإجارة فهو باق على حاله، ولو باع أو أعتق فلا رجوع ولو كان جازماً بطل كالتدبير والوصية والهبة قبل القبض والرجوع يكون (باللفظ) مثل رجعت أو ارتجعت أو أبطلت أو رددت أو فسخت أو غيرها من الألفاظ الدالة على الرجوع (وبالفعل) مثل أن يبيع أو يعتق أو يهب، وهل يكون ذلك فسخاً لا غير أو فسخاً وعقداً الأقرب الثاني.

فيه الصداق وغيره واختاره المصنف في التذكرة وهو الأصح. قال دام ظله: وإفلاس المتهب لا يبطل حق الرجوع ومع الحجر إشكال. أقول: ينشأ (من تعلق حق الغرماء بها (ومن) وجود العين واستحقاق الواهب الرجوع قبله (ولأن) استحقاق الغرماء تابع لملكه وملكه غير لازم والتابع لا يؤثر في متبوعه. قال دام ظله: أما جناية الهبة فالأقرب أنها تبطل حق رجوع الواهب أقول: وجه القرب أن أرش الجناية مقدم على الملك الحقيقي وحق الواهب ملك أن يملك فحقه أقوى (ولأنه) أقوى من تصرف الموهوب وتصرف الموهوب مانع فهذا أولى (وأنا أقول) إن كان المراد أن حق المجني عليه مقدم على استحقاق المالك الرجوع فهذا لا شك فيه ولا يحتمل عدمه وإن كان المراد أنه يمنع من رجوع المالك في الفاضل عن أرش الجناية فهو ممنوع.

فرع لو رجع المالك ثم عفى صح الرجوع والعفو كاشف عن صحته وعدمه عن بطلانه أو نقول معنى البطلان قبل العفو والاستيفاء رفع اللزوم وبعد الاستيفاء المستوعب رفع الصحة وهذا هو مراد المصنف بالبطلان. قال دام ظله: والرجوع يكون باللفظ (إلى قوله) الأقرب الثاني. أقول: وجه القرب أن الفسخ إنما يثبت لتحقق العقد فلو كان باطلاً لم يترتب عليه حكمه (ولأنه) بأول جزء منه تنفسخ الهبة فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد وهو الأصح (ويحتمل) عدمه لأنه وقع في غير ملكه واستحالة اقتضاء الواحد المتضادين

والأقرب أن الأخذ ليس فسخا وإذا رجع وهي معيبة لم يرجع بالأرث وإن كان بفعل المتهب وإن زادت زيادة متصلة فهي للواهب وإن كانت بفعله إن سوغنا الرجوع مع التصرف

وإن كانت منفصلة كالولد واللبن فهي للمتهب ولو صبغ الثوب فهو شريك بقيمة الصبغ ولكل منهما القلع وفي الأرث إشكال.

وملكا (١) شخصين متضادان وقال الشيخ في المبسوط يبطل البيع.

قال دام ظله: والأقرب أن الأخذ ليس فسخا

أقول: أما إذا لم توجد قرينة تدل على الرجوع فلا يحكم بالرجوع قطعاً لأن كل فعل يمكن وقوعه على وجوه غير متلازمة فإنه لا يدل بمجرد على أحدها إلا بدليل من خارج وهو القرينة الدالة على قصد الفاعل لأنه أعم من كل واحد من تلك الوجوه ولا دلالة للعام على الخاص وإن علم من قصده الفسخ وهو المراد بالبحث هنا (ف قيل) لا يفسخ إلا بلفظ (لأنه) عقد لفظي يترتب عليه مقتضاه والأصل البقاء إلا ما نص الشارع أنه مبطل والعقود اللفظية التي يترتب عليها مقتضاها لم يأت في الشرع إبطالها مع بقاء محلها بمجرد الفعل واللفظ إما أن يدل عليه بلا وسط كقوله رجعت أو بوسط كعقد البيع الدال على إثبات ضده (ويحتمل) كونه رجوعاً لضعف الملك فيه ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعاً لدلالته عليه فكذا كل ما يدل عليه والأصح الأول. قال دام ظله: وفي الأرث إشكال.

أقول: هذا تفريع على جواز الرجوع مع التصرف (وتقريره) أنه لو صبغ الموهوب الثوب ثم رجع الواهب بعد الصبغ فلكل منهما قلع الصبغ (لأن) لكل منهما إفسال ملكه عن غيره فهل على القالع أرش ما نقص من ملك الآخر فنقول العيب إما في الصبغ أو الثوب وعلى كل تقدير فالقالع إما المتهب أو الواهب فإن كان القالع المتهب والعيب في الصبغ لم يكن له أرش وإن تعيب الثوب كان عليه الأرث لأنه عيب ملك غيره لتخليص ملكه (ويحتمل) عدمه لأنه دخل في إذن المالك ضمناً لأن تملكه هو إذن له في سائر التصرفات وإن كان القالع الواهب فإن كان العيب في الثوب فلا

(١) بالإضافة.

والأقرب عدم انتقال حق الرجوع إلى الوارث ولو مات المتهب لم يرجع الواهب ولو جن فالأقرب جواز رجوع الولي مع الغبطة ويكره تفضيل بعض الولد على بعض في العطية ويستحب التسوية والعطية لذي الرحم ويتأكد في الوالد والولد وإذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لا معه على رأي ولو كانت فاسدة صح إجماعا ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه أو أوصى بمن أعتقه وظهر بطلان عتقه فكذلك ولو أنكر القبض صدق باليمين وإن اعترف بالهبة ولو أنكره عقيب قوله وهبته وملكته

فكذلك إن اعتقد رأي مالك ولا تستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا على رأي

أرش لأنه بفعله وإن كان في الصبغ احتمال الضمان لما قلناه وعدمه لأنه من فعل المتهب وتفريطه لعلمه بجواز الرجوع وصبغه وهذا من إملاء المصنف لفظا بلفظ والأصح الرجوع في كل موضع يكون النقص من فعل غير المالك لتخليص ملكه. قال دام ظله: والأقرب عدم انتقال حق الرجوع إلى الوارث. أقول: وجه القرب أنه قد ملكه إياه وإنما جوز الرجوع لخصوصية الواهب لأصالة انتفاء غيره وليس (ويحتمل) انتقاله لأنه حق له فيدخل تحت العموم والأصح الأول لأن الرجوع فيها على خلاف الأصل فيقتصر على موضع النص وهو الواهب قال دام ظله: ولو جن فالأقرب جواز رجوع الولي مع الغبطة أقول: لأنه قائم مقامه وله حق وهو الرجوع وللولي استيفاء حقوقه كلها مع الغبطة (ومن) حيث جهل إرادته وقصده والأصح الأول. قال دام ظله: وإذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لا معه على رأي. أقول: وجه الصحة ما تقدم وهو الأصح وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه لا يصح البيع لأنه صار ملكا لغيره وقد تقدم. قال دام ظله: ولا يستلزم الهبة العوض من دون شرط مطلقا على رأي. أقول: هذا مذهب ابن إدريس وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط هبة المساوي

فإن عوض لم يكن للمالك الرجوع ولا يجب على الواهب القبول مع الإطلاق فإن دفع عوضاً مع عدم شرط فهي هبة أخرى فإن شرطه صح مطلقاً ومعينا وله الرجوع ما لم يدفع المشروط

ولا يجب على المتهب دفعه لكن إن امتنع فللواهب الرجوع فلو تلف الموهوب أو عاب قبل

دفع المشترط وقبل الرجوع ففي التضمين نظر فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض وقيمة الموهوب وإذا أطلق العوض دفع المتهب ما شاء فإن رضي

والأعلى والأدنى تقتضي الثواب عندنا وقال أبو الصلاح الهبة التي تدعو إليها الرغبة في العوض عنها وهي مختصة بهبة الأدنى للأعلى في الدنيا إن قبلها لزمه العوض عنها بمثلها ولا يجوز التصرف فيها ولا يعوض عنها (احتج) الشيخ بقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الواهب

أحق بهبته ما لم يثب (١) قال الشيخ وأثبت للواهب حق الرجوع قبل أن يثاب وأسقط حقه من الرجوع بالثواب وجعله ثواباً على الحقيقة وهذا يعبر أن مراد الشيخ أنها لا تلزم إلا بالثواب لا ما توهم ابن إدريس هكذا قاله المصنف في المختلف والصحيح أنه لا يجب مطلقاً (تفريع) على القول بوجود الثواب بماذا يثب (قيل) بالمثل أو القيمة وهو اختيار أبي الصلاح لأنه قبض يقتضي العوض ولا تسمية وكل ما كان كذلك وجب المثل في المثلى والقيمة في غيره (وقيل) بما يرضى به الواهب وإلا ردها لما روي أن أعرابياً وهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ناقه فأثابه عليها وقال أرضيت قال لا فزاده ثم قال أرضيت قال نعم الحديث (٢) قلنا إن صح السند لم يتم الدلالة لأنه تبرع. قال دام ظله: فول تلف الموهوب أو عاب قبل دفع المشتري وقبل الرجوع ففي التضمين نظر.

أقول: (من) حيث إنه لم يقبضه مجاناً بل ليدفع عوضه ولم يحصل فضمنه (ومن) أن الضمان إنما يجب لو أتلف ملك الواهب وليس والمتهب لا يجب عليه دفع العوض بل للواهب الرجوع في العين فالتفريط منه وقال ابن الجنيد يضمن والأصح عدم الضمان. قال دام ظله: فإن أوجبناه فالأقرب مع التلف ضمان أقل الأمرين من العوض وقيمة الموهوب.

(١) لم نثر عليه بلفظه نعم قد ورد بطرق الفريقين ما بمعناه.

(٢) - التذكرة (ج ٢) كتاب الهبة (البحث الثاني في الثواب).

الواهب وقبضه لم يكن له الرجوع وإن لم يرض تخير المتهم بين دفع الموهوب وعود
المثل

ولو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكة ثم إن كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع
بدله لكن للواهب الرجوع وإن شرطت بالعوض دفع المتهم مثله أو قيمته مع التعيين
أو العين أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق ولو كان معيبا ألزم بالأرش أو دفع العين
في المعينة لا المطلقة، ولو ظهر استحقاق نصف العين رجع بنصف العوض ولو ظهر
استحقاقها بعد تلفها في يد المتهم فالأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة

أقول: وجه القرب أن العوض إن كان أقل فقد رضي به عوضا وأذن له في إتلافها
بذلك وإن كانت قيمة الموهوب أقل فالمتهم لا يجب عليه العوض وإنما يجوز للواهب
أن يرجع في العين فلا يجب أكثر من قيمتها (ومن) أن اعتبار العوض أثر الهبة وقد
انفسخت فيرجع بقيمة الموهوب (والتحقيق) أنه متى يكون للواهب الرجوع في الهبة
التي ذكر فيها العوض هل له قبل دفع العوض مطلقا أو بعد امتناعه من أدائه الأقرب
الأول لقوله عليه السلام ما لم يثب (١) وقبل دفع العوض لم يثب فعلى هذا إذا رجع بعد
تلفها

وقبل دفع العوض رجع بقيمتها أو مثلها لاستحالة وجوب دفع العوض بعد انفساخ
العقد المقتضي له (وعلى الثاني) نقول إن دفع العوض زائدا كان أو ناقصا عن القيمة
لم يكن للمالك غيره وإلا كان له مثل الموهوب أو قيمته لأنه ليس له الإلزام بالعوض
على مذهب المصنف.

قال دام ظله: ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهم فالأقرب رجوعه
على الواهب بما غرمه من القيمة.

أقول: إذا وهبه عينا وقبضها المتهم ثم تلفت في يده وظهر استحقاقها فرجع على
المتهم مالكة بقيمتها أو مثلها فنقول لا يخلو إما أن يكون عوض عنها أو لا عوض
فإن لم يكن قد عوض عنها أو عوض بأقل مما غرم رجع بما غرم لأنه غره بإذنه بإتلافها
بغير عوض أو بعوض أقل غرورا يفيد الإباحة ظاهرا وله غاية حكمية مقصودة في نظر
العقلاء وكل مغرور كذلك فمباشرة أضعف من سببية غروره وكلما كان كذلك

(١) لم نجد كما مر.

وإن زادت عن العوض أو خلت عنه ولو وهبه عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على إشكال منشأه الإشكال في الغاصب وأحد احتماليه ولو افتك الرهن أو بطلت الكتابة فكذلك إن سوغناه مع التصرف ولو عاد الملك بعد زواله احتمل الرجوع.

رجع علي الغار وإنما قلنا غرورا يفيد الإباحة احترازا من أن يقول له أقبل هذا عندي وأنا لا أرجع عليك بالقيمة فإنه لا يرجع عليه إجماعا وإنما قلنا له غاية الخ احترازا عن قوله أتلف مالي هذا فإنه لا يرجع على الأقوى (لأن) كل ما فيه ضرر ولا حكمة مقصودة له في نظر العقلاء فهو عبث وإن عوض بمساو أو أكثر رجع بما دفع (ويحتمل) عدمه لأن الهبة لا يعقب الواهب ضمانا لأنها تبرع ولأن التلف في يده والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو وهبه عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على إشكال منشأه الإشكال في الغاصب واحد احتماليه.

أقول: لما نشأ الإشكال في غاصب العصير إذا صار خمرا في يده ثم تخلل هل يملكه أم لإنشاء الإشكال هنا فإن الموهوب أولى من الغاصب بالملكية فإن قلنا يملكه الغاصب لم يجز الرجوع قطعا هنا وإن قلنا لا يملكه الغاصب بل يكون الخلل للمغصوب منه ففي جواز الرجوع هنا إشكال منشأه استناد ملك الخلل إلى ملك العصير فكأنه الأول بعينه (ولأنه) إنما يملكه بسبب ملكه الأول وقد كان متزلزلا بالرجوع فكذا هذا الملك لأن المسبب لا يكون أقوى من السبب وخروجه عن الملك بالتخمير وتلفه فصار كما لو تلف بالكلية أو باعه المتهب (ولأن) جواز الرجوع من آثار التصرف في الملك المطلق وقد زال عند التخمير فيزول أثره وكذا الإشكال لو باعه عصيرا بخيار فانقلب خمرا ثم تخلل والأقوى عندي أنه لا رجوع له لأنه لما صار خمرا خرج عن الملكية بالكلية وألوية اليد لا بسبب الملك بل بمجرد ثبوتها عليه فلما تخلل تجدد ملك لذي اليد لم يكن لا بسبب الملك الأول ولا عاد الملك الأول.

قال دام ظله: ولو عاد الملك بعد زواله احتمل الرجوع.

المقصد الثالث في الإقرار
وفيه فصول الأول في أركانه وفيه مطالب
المطلب الأول الصيغة

الإقرار إخبار عن حق سابق لا يقتضي تمليكا بنفسه بل يكشف عن سبقه و
لفظه الصريح لك عندي أو علي أو في ذمتي أو هذا وما أدى معناه بالعربية وغيرها
ويشترط تنجيزه فلو علقه بشرط كقوله لك كذا إن شئت أو إن قدم زيد أو إن رضي
فلان أو إن شهد لم يصح ولو فتح (إن) (١) لزم ولو قال إن شهد لك فلان فهو صادق
أو فهو حق أو صدق أو صحيح لزمه وإن لم يشهد ولو قال إن شهد لك صدقته أو
لزمني أو أديته لم يكن مقرا ولو قال له على ألف إذا جاء رأس الشهر لزمه إن لم
يقصد الشرط بل الأجل وكذا لو قال إذا جاء رأس الشهر فله على ألف، ولو قال
كان له على ألف لزمه ولا تقبل دعواه في السقوط، ولو قال لي عليك ألف فقال
نعم أو أجل أو بلى أو صدقت أو أبررت أو قلت حقا أو صدقا أو أنا مقر به أو بدعواك
أو بما ادعيت أو لست منكرها له أو رددتها أو قبضتها أو قضيتها أو أبرءتني منها فهو
إقرار ولو قال أليس لي عليك كذا فقال بلى كان إقرارا ولو قال نعم لم يكن إقرارا

أقول: هذا فرع على جواز الرجوع بعد التصرف الناقل فإن التصرف الناقل
مانع (ووجه) الاحتمال إن عين ماله في يد المتهم وقد زال المانع (ومن) حيث إنه
ابتداء ملك مغاير للأول وإنما كان له إزالة الأول لا هذا ولأن هذا الملك ليس من جهته
فلا يملك فسخه وإزالته وهذا هو الأصح عندي.

المقصد الثالث في الإقرار
وفيه فصول الأول في أركانه وفيه مطالب الأول الصيغة
قال دام ظله: ولو قال أليس لي عليك كذا فقال بلى كان إقرارا ولو قال
نعم لم يكن إقرارا على رأي.

(١) أي فتح همزة (أن) في الأمثلة المذكورة.

على رأي، والإقرار بالإقرار إقرار ولو قال لي عليك ألف فقال أنا مقر ولم يقل به أو خذه أو زنه أو انتقده أو زن أو خذ لم يكن إقرارا ولو قال أنا أقر به احتمل الوعد، ولو قال اشتر مني هذا العبد أو استوهبه فقال نعم فهو إقرار وكذا لو قال بعني أو ملكني أو هبني، ولو قال ملكت هذه الدار من فلان أو غصبتها منه أو قبضتها منه فهو إقرار بخلاف تملكها على يده ولو قال بعك أباك فحلف عتق ولا ثمن

أقول: هذا قول الشيخ وأكثر الأصحاب لأن نعم في جواب الاستفهام تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث إن أصل بلى بل زيدت عليها الياء وهي للرد والاستدراك وإذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله ليس لي عليك ألف لأنه الذي دخل عليه حرف الاستفهام ونفي له ونفي النفي إثبات وقوله نعم تصديق له فكأنه قال ليس لك على ألف وهذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره من أئمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى ألسنت بربكم قالوا بلى (١) ولو قالوا نعم كفروا وقال تعالى أم يحسبون إنا لا نسمع سرهم ونجويهم بلى (٢) وقال تعالى أيحسب الانسان أن لن نجتمع عظامه بلى (٣) وقال تعالى في نعم فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم (٤) وقال تعالى إن لنا لأجرا إن كنا نحن الغالبين قال نعم (٥) وقد قال قوم يكون مقرا لأن كل واحد منهما يقام مقام الآخر في العرف والإقرار إنما يحمل على مفهوم أهل العرف لا على دقائق العربية والأصح الأول. قال دام ظله: ولو قال لي عليك ألف فقال أنا مقر (إلى قوله) ولو قال أنا أقر به احتمل الوعد.

أقول: وجه القوة في الأول أنه لم يوجد منه لفظ دال على الإقرار فلا يحكم به (أما الأولى) فلأن قوله أنا مقر أعم من الإقرار بالمدعى أو غيره إذ يحتمل أنا مقر بالشهادة أو بطلان دعواك ولا دلالة للعام على الخاص (وأما الثانية) فظاهرة (ويحتمل) أن

(١) الأعراف - ١٧١.

(٢) الزخرف - ٨٠.

(٣) سورة القيامة - ٣.

(٤) الأعراف - ٤٢.

(٥) الشعراء - ٤٠.

ولو قال لك علي ألف في علمي أو فيما أعلم أو في علم الله تعالى لزمه ولو قال لك علي ألف إنشاء الله فالأقرب عدم اللزوم.

يكون إقراراً لأنه وجد عقيب الدعوى فيصرف إليها للعرف ولقوله تعالى: أقررتم وأخذتم علي ذلكم إصري قالوا أقررنا (١) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا يرد عليه علمه تعالى بأن قصدهم ذلك فإن مراده أخذهم بإقرارهم وكلامهم لا قصدهم لعلمه بدون ذلك لقوله تعالى فاشهدوا (٢) أي بعضكم على بعض أو للملائكة ولأنه جواب عن الدعوى فيكون أبلغ من نعم (أما الأولى) فلصلاحيتهما لذلك وقد ذكره عقيب الدعوى ولم يحتج إلى التعبير عن غيره فيكون جواباً لدفع محذور الهذرية فإن من ادعى عليه بدينار فقال أنا مقر بكون زيد في الدار عد سفيها هذارا ودفع الهذرية عن كلام العقلاء مقصود للشارع ولهذا قبل الإنكار بعد الاعتراف في الاستثناء فكيف الإقرار (وأما الثانية) فظاهرة إذ نعم دالة على الإقرار وهذا صريح فيه وعندني في قوله أنا مقر به إشكال أيضاً لجواز أن يريد في المستقبل (لا يقال) اسم الفاعل بمعنى الاستقبال مجاز ومنع أكثر الأصوليين من صدق المشتق مع عدم قيام المشتق منه بالنظر إلى المستقبل (لأننا) نقول قد استعمل في لغة العرب والمجاز كثير ومسألة الخلاف لا يحكم فيها بلا قرينة (ووجه) الاحتمال في قوله أنا أقر به أنه مشترك بين الحال والاستقبال والمشارك لا يحمل على كلا معنیه ولا على أحدهما بدون القرينة والمستقبل لا يكون إقراراً (ويحتمل) كونه إقراراً لأن العرف يستعمله في الثابت في الذمة والألفاظ إنما تحمل على معانيها العرفية.

قال دام ظله: ولو قال لك علي ألف إن شاء الله فالأقرب عدم اللزوم أقول: لأنه علقه على شرط مجهول (ولأن) المشية لا تعلم إلا مع العلم بأنه ثابت في ذمته لأنه مسبب لأسباب شرعية مباحة ولا وحي ولا خرق عادة فلا تعلم إلا منه وتعريف الشيء بما لا يعرف إلا به أو معه دور (ومن) أن الإنكار بعد الاعتراف غير مسموع و

(١) آل عمران - ٧٥.

(٢) آل عمران - ٧٥.

ولو قال أنا قاتل زيد فهو إقرار لامع النصب والوجه التسوية في عدم الإقرار (الثاني) المقر وهو قسمان مطلق ومحجور فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على إنشائه ولا يشترط عدالته فيقبل إقرار الفاسق والكافر وإقرار الأخرس مقبول مع فهم إشارته ويفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين وكذا في الأعجمي وكل من ملك شيئاً ملك الإقرار به والمحجور عليه سبعة.

الشرط حصل بعد تمام الإقرار ولاستعمالها تبركا لقوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله (١) ولا يكون شرطا والأصح أن لا يلزمه لأنه علقه على الشرط وهو مستعمل حقيقة لغة والشرط غير معلوم الحصول ولا يمكن علمه عادة. قال دام ظله: لو قال أنا قاتل زيد فهو إقرار لا مع النصب والوجه التسوية في عدم الإقرار.

أقول: أما وجه الإقرار في الأول فلأن الألفاظ إنما تحمل على حقائقها أو أقرب مجازاتها فلفظة المشتق إن صدقت حقيقة على من وجد له المشتق منه على ما هو مذهب جماعة من الأصوليين وإلا كان ذلك أقرب مجازاته لأن ما ثبت له الوجود بالفعل وقتا ما أقرب مما لم يثبت له بعد خصوصا هنا لتحقق أثره ولوجود قرينة دالة عليه وهي عدم الأعمال فإن اسم الفاعل بمعنى الماضي لا يعمل فيحمل قوله (أنا قاتل زيد) على الماضي ولاستعمال العرف إياه في الإقرار وأما مع النصب فلاتفاق أهل العربية على أنه بمعنى الماضي لا يعمل فيكون بمعنى المستقبل إذ الحال معلوم فلا يكون إقرارا و بيان الوجه أنه قد يستعمل في الماضي والمستقبل ودقائق العربية لا يعرفها إلا بعض الناس فلا يحمل عليها لجواز جهلها أو إرادة الخطاب بالمتداول بين العوام ولجواز الإضافة في المستعمل في الاستقبال و فرق بين العمل والأعمال والثاني أخص لأن العمل تأثير العامل في المعمول لفظا أو معنى كمقدر الإعراب والأعمال تأثير العامل في المعمول لفظا خاصة وعدم الخاص لا يستلزم عدم العام والماضي وإن كان أقرب بوجه لكن المستقبل أقرب بآخر من حيث الإمكان فإن ما عدم امتنع وجوده إذن لامتناع إعادة

(١) الفتح - ٢٧.

الأول الصبي ولا يقبل إقراره وإن أذن له الولي سواء كان مراهقا أو لا ولو جوزنا وصيته بالمعروف جوزنا إقراره بها ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق من غير يمين وإلا دار ولو ادعاه بالسن طوبى بالبينة ولو أقر المراهق ثم اختلف هو والمقر له في البلوغ فالقول قوله من غير يمين إلا أن تقوم بينة ببلوغه الثاني المجنون وهو مسلوب القول مطلقا وفي حكمه النائم والمغمى عليه والمبرسم والسكران وشارب المرقد وإن تعمد لغير حاجة ولو ادعى زوال العقل حال إقراره لم يقبل دعواه إلا بالبينة وإن كان له حالة جنون فالأقرب سماع قوله ولو شهد الشهود بإقراره لم يفتقر إلى أن يقولوا طوعا في صحة من عقله.

الثالث المكره ولا ينفذ إقراره في ما أكره على الإقرار به ولو أقر بغير ما

المعدوم وما لم يوجد بعد وتحقق أثره غير معلوم هنا والأصح عدم كونه إقرارا في الحالين لأن كل صيغة احتمل فيها لغة أو عرفا أن لا يكون إقرارا لا يكون إقرارا خصوصا في ما هو مبني على الاحتياط التام كالدماء.

قال دام ظله: ولو ادعى زوال العقل حال إقراره لم يقبل دعواه إلا بالبينة وإن كان له حالة جنون فالأقرب سماع قوله.

أقول: لأن مجرد اللفظ لا يوجب شيئا إلا مع صدوره من أهله لكنه مشكوك فيه ولا يعلم إلا من حال المقر وثبوت القوة الغريزية التي هي العقل لكن ثبوته في حال الإقرار غير معلوم وليس له حال مستمر والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط مع أصالة براءة الذمة ولا يرد القلب لأن براءة الذمة ليست بمشروطة وسبب عدم الحكم بالثبوت أصل البراءة وعدم العلم بموجب الثبوت بخلاف الحكم بالثبوت (ومن) أنه حكم بإقراره أو لا ولو كان شرطا لما حكم به قبله ودعوى السقوط بعد الحكم بالثبوت لا يقبل ويمنع الحكم بالإقرار أو لا والأصح الأول وهو سماع قوله لأن العقل شرط في صحة الإقرار (قالوا) الجنون مانع لأنه لولا دعواه بأنه صدر منه حالة الجنون لحكم به لو كان شرطا لما حكم به حتى يعلم أنه صدر في حالة العقل (قلنا) العقل شرط إجماعا ويمنع الحكم بالإقرار مع الجهل بأنه صدر في زمان العقل.

أكره عليه صح ولو أكره على أداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤديه صح البيع مع عدم حصر السبب ولو ادعى الإكراه حال الإقرار لم يقبل إلا بالبينة وإن أقر عند السلطان إلا مع قرينة تدل عليه كالقيد أو الحبس أو التوكيل به فيصدق مع اليمين.

الرابع المفلس الخامس المبذر وقد مضى حكمهما

السادس المريض ويقبل إقراره إن برئ مطلقاً على إشكال وإن مات في مرض الإقرار فكذلك إن لم يكن متهماً وإلا فمن الثلث، ولو أقر بدين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبينة آخر مستغرق أو أقر الوارث به على إشكال ثبت التحاص.

قال دام ظلّه: السادس المريض ويقبل إقراره إن برئ مطلقاً على إشكال.

أقول: اختلف الفقهاء في إقرار المريض فقبل من الأصل مطلقاً وقال بعضهم إن كان متهماً في إقراره يمضي من الثلث كالوصية وسيأتي البحث في ذلك فهذه المسألة فرع على قول من يقول إنه يمضي من الثلث وعلى تقدير أن يكون متهماً في هذا الإقرار فيه إشكال ينشأ (من) عموم قوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) ولزوال المانع وهو المرض وإطلاق الأصحاب اللزوم إذا برئ (ومن) أنه بالتهمة صار وصية وهي لا تلزم والأصح عندي الأول وقوله مطلقاً أي سواء كان متهماً أو غير متهم.

قال دام ظلّه: ولو أقر بدين مستغرق ولا تهمة وثبت بالبينة آخر مستغرق أو أقر الوارث به على إشكال ثبت التحاص.

أقول: منشأ الأول (من) تعلق حق الغرماء به فصار كإقرار المحجور عليه (و) (من) أنه أقوى من البينة لانتفاء التهمة (ولأنه) محجور عليه لقوله عليه السلام المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله (٢) (ولقائل) أن يقول هذا ليس بتصريف بل هو بيان و إخبار عما هو في نفس الأمر فإن العاقل لا يتلف مال نفسه وعليه دين فلا يؤديه وهذا هو المشهور ومنشأه في الثاني (من) أنه خليفته بإقراره كإقراره (ومن) أنه لا ينفذ تصرفه فلا ينفذ إقراره (ولأنه) من حين الموت هل ملك الوارث وتعلق به الدين أو لم يملك

(١) مستدرک باب ٣ خبر ١ من أبواب بيع الحيوان.
(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ وقد ورد ما هو بمضمونه في كتب الفريقين.

ولا فرق بين الإقرار للوارث وغيره على رأي ولو أقر لزوجته بمهر مثلها أو دونه صح ولو أقر بزائد أو غيره نفذ من الثلث مع التهمة ومن الأصل بدونها، ولو أقر لاثنين متهم في حق أحدهما اختص بالتشقيص ولو أقر بعين ماله وبدين في الذمة لآخر ولا تهمة فلا شئ للثاني وكذا لو قدم الثاني، ولو أقر بوارث فالأقرب اعتبار التهمة وعدمها و

لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) (فعلى الثاني) لا يقبل إقراره (وعلى الأول) يحتمل الوجهان لمساواته الميت في الملك (ومن) حيث إن ملك الميت أقوى والأصح أنه لا يصح بمعنى عدم تقدمه بما ثبت بالبينة أو بإقرار المورث وعدم مزاحمته

للغرماء لتعلق حق الغرماء كالدين بالرهن.

قال دام ظله: ولا فرق بين الإقرار للوارث وغيره على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ والمفيد وابن البراج وسلاار وابن إدريس ورواه في كتاب من لا يحضره الفقيه وهو الأصح عندي وقال في المقنع أنه يمضي في حق الوارث من الثلث وأطلق وذهب ابن حمزة إلى نفوذه في حق الأجنبي من الأصل مطلقا وفي حق الوارث مع التهمة من الثلث (لنا) رواية منصور بن حازم الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه

سأله عن رجل أوصى لبعض ورثته بأن عليه ديننا فقال إن كان الميت مرضيا فاعطه الذي أوصى (٢) له وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال قلت الرجل يقر لوارث

بدين فقال يجوز إذا كان مليا (٣) (احتج) صاحب المقنع برواية إسماعيل بن جابر الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له

وهو مريض بدين له عليه فقال يجوز إذا كان الذي أقر به دون الثلث (٤) (وإذا) للشرط وانتفاء الشرط موجب لانتفاء المشروط (ولأن) الوراثة موجبة للتهمة (والجواب) حملها على التهمة جمعا بين الأدلة ومنع الصغرى في الثاني.

قال دام ظله: ولو أقر بوارث فالأقرب اعتبار التهمة وعدمها.

أقول: وجه القرب أنه يتضمن الإقرار بالمال فإذا كان متهما فيه فالمقتضي

(١) النساء - ١٢ -

(٢) ثل ب ١٦ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٣) ثل ب ١٦ خبر ٧ من كتاب الوصية.

(٤) ثل ب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية.

كذا إقراره بإحبال الأمة أو اعتاق أخيه المملوك له وله عم، ولو أقر الوارث بدين على الميت ولا تركة لم يلزمه ولو خلف تركة تخير في التسليم من التركة وغيرها فيلزمه أقل الأمرين من الدين والتركة، ولو تعدد الوارث أدى كل واحد بقدر ميراثه ولو أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه ولو كانا اثنين لزمه أقل الأمرين من نصف التركة ونصف الدين.

السابع العبد ولا يقبل إقراره بمال ولا حد ولا جناية توجب أرشا أو قصاصا إلا أن يصدقه السيد ويتبع بعد العتق بالمال، ولو قيل يقبل ويتبع به وإن لم يصدقه السيد كان وجها، ولو كان مأذونا في التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما أقر به مما

موجود فيثبت فيه الحكم (ومن) حيث إنه إقرار بالنسب والمال تابع بالعرض. قال دام ظله: (السابع) العبد ولا يقبل إقراره بمال (إلى قوله) ولو قيل يقبل ويتبع به وإن لم يصدقه السيد كان وجها.

أقول: منشأ القولين أن العبودية سلبت أهلية الإقرار ومناطق أهليته البلوغ والرشد، والحرية شرط في نفوذه أو العبودية مانعة من نفوذه (يحتمل) الأول لأن شرط وجوب أداء مال على ذمة شخص أهليته للتملك وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ولا شيء من العبد كذلك لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء (١) فنفي قدرته على أسباب الملك كلها بخلاف المعسر القادر على تملك المباحات والصدقات والهبات (ولأن) فيه نقضا لقلّة الرغبة فيه إذ ضمان شيء في الحرية يمنع الميراث بالولاء وإمكانه مطلوب فيقل قيمته (ويحتمل) الثاني وهو الأصح، لقوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٢) والجمع المعروف بالألف واللام للعموم (ولأن) المحال يلزم لو وجب في الحال أدائه وليس بل بعد الحرية وهو ممكن (والثاني) قول الشيخ في المبسوط لأنها عنده قد تجامع الملك فلا تمنع أهليته.

(١) النحل - ٧٧ - .

(٢) مستدرک باب ٣ خبر ١ من أبواب بيع الحيوان.

في يده وإن كان أكثر لم يضمه المولى بل يتبع به بعد العتق ولا يصح إقرار المولى عليه بحد ولا غيره، ولو أقر عليه بالجناية فالأقرب قبول قوله ويجب المال ويتعلق برقبته لا في حق العبد كفك الإرث فيعتق بالقيمة وإن قصرت على القولين ولا يقبل

قال دام ظله: ولا يصح إقرار المولى عليه بحد ولا غيره (إلى قوله) فيعتق بالقيمة وإن قصرت على القولين.

أقول: في هذا الكلام مسألتان (أ) إقرار السيد على العبد بحد أو غيره من العقوبات كالتعزير وضرب اليد في الاستمناء باليد لا ينفذ على العبد إذا لم يقر العبد لأنه إقرار بما يتعلق ببدنه أو بما يؤلمه وهو لا يملك منه ذلك وهذه المسألة إجماعية بيننا (ب) إقرار المولى عليه بالجناية (فقول) إما إن تكون الجناية موجبة للقصاص لو ثبت عليه أو موجبة للمال فإن كان الأول فهو مبني على مسألة هي أن الفقهاء اختلفوا فقال بعضهم كل ما يوجب القصاص لا يثبت فيه إلا القصاص وإذا فات محله فلا عوض له والدية لا تثبت إلا صلحا عوضا عن العفو (فعلى هذا) لا يقبل إقرار السيد في حقه وقال الأكثر أنه يثبت أحد الأمرين على البديل القصاص فإن تعذر ثبت عوضه الدية فعلى هذا (يحتمل) ضعيفا عدم القبول لأن الدية تابعة لثبوت القصاص ولا يثبت بإقراره هنا فلا يثبت الدية والأصح الثبوت لأن القصاص هنا متعذر وهو ثابت بالنسبة إلى السيد فتثبت الدية في رقبته لأنها مال السيد وقد أقر بتعلق حق القصاص بها ومع تعذره فالدية و قد تعذر الأول فثبت الثاني وهو الأقرب عند المصنف لعموم قوله عليه السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) ولا نسلم أن الدية تابعة لثبوت القصاص بل لثبوت سبب وجوبه وإن انتفى وجوبه لمانع الحكم لا لمانع السبب وإن كان الجناية توجب المال كالخطأ حكم بتعلقه برقبته بلا إشكال (واعلم) أنه على التقديرين فالحكم بالجناية على السيد بالنسبة إليه لا إلى العبد فثبت حكمها عليه ولا يثبت الإقرار في حق العبد في فك الإرث أي لو مات أبوه ولا وارث سواه عتق بالقيمة وإن قصرت عن الجناية على القولين أي على قولنا من أنه يفك بأقل الأمرين وعلى قول الشيخ حيث

(١) مستدرک باب ٣ خبر ١ - من أبواب بيع الحيوان.

إقراره بالرق لغير من هو في يده ومن تحرر نصفه نفذ نصف إقراره ويتبع بالباقي
الثالث المقر له وله شرطان

الأول أهلية التملك فلو أقر لدابة أو لحائط لم يصح ولو قال بسبب الدابة قيل
يكون إقرارا للمالك على تقدير الاستيجار (وفيه نظر) إذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه
المالك كأرش الجناية على سائقها أو راكبها نعم لو قال لمالكها أو لزيد على بسببها ألزم
ولو قال بسبب حملها لم يلزمه شيء إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل، ولو أقر لميت
صح وانتقل إلى ورثته ولو قال لا وارث له سوى هذا ألزم التسليم إليه إن كان ديناً
وفي العين نظر أقربه وجوب البحث، ولو أقر للعبد صح وكان للمولى ولو أقر لحمل

قال يفك بأرش الجناية أما هنا فلا لأنه إقرار في حق العبد ولا يلزم العبد بعد عتقه من أرش
الجناية التي أقر بها السيد بشيء وكذا لو أقر برهنه إلى أجل فإنه لا يسقط الأجل
الفك بالقيمة لأن العتق أغلب.

الثالث المقر له

قال دام ظله: وإن قال بسبب الدابة قيل يكون إقرارا للمالك على تقدير
الاستيجار وفيه نظر إذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك كأرش الجناية على
سائقها أو راكبها.

أقول: هذا قول بعض الأصحاب وقال الشيخ في المبسوط فإن قال بسبب هذه
البهيمة ألف درهم كان ذلك إقرارا بألف ومعنى السبب أن يكون الألف يثبت عليه
بأرش جناية منه عليها أو أجرة منافعها وما أشبه ذلك فعلى قول الشيخ يكون لمالكها
وقال المصنف فيه نظر منشأه مما ذكره (ومن) أغلبية ما ذكره الشيخ وإنما يحمل
على الغالب لأنه أرجح (ولأن) ما حصل بسببها كالنماء والأصل فيه كونه للمالك و
الأصح ما اختاره المصنف وهو أنه لا يكون للمالك بل تكون مجهولة المالك لأنه أعم
من استحقاق المالك ولا دلالة للعام على الخاص نعم لو ادعاه المالك كان له لأنه مال
لا يدعيه غيره.

قال دام ظله: ولو أقر لميت صح (إلى قوله) وفي العين نظر أقربه

فلانة وعزاه إلى وصية أو ميراث صح فإن ولدت ذكرا وأثنى فهو بينهما على حسب استحقاقهما، ولو عزاه إلى سبب ممتنع كالجناية عليه والمعاملة له فالأقرب للزوم وإلغاء المبطل ولو أطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل ويكون بين الذكر و

وجوب البحث.

أقول: لأنه إقرار في حق الغير فلا ينفذ (ومن) حيث إنه إقرار من صاحب اليد ولأنه إقرار بالملكية وسببها وحق الغير مستدرك بالضمان والأصح الأول وإلا لنفذ الإقرار في حق الغير ولا اعتبار باليد هنا والفرق بينه وبين الدين أن الدين لا يتعين إلا بالدفع إلى المقر له فيكون إقرارا في حق نفسه خاصة.

قال دام ظله: ولو أقر بحمل فلانة وعزاه إلى وصية أو ميراث صح (إلى قوله) ولو أطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل.

أقول: البحث هنا في موضعين (أ) مع الإطلاق قال في المبسوط قيل فيه قولان (أحدهما) يصح والآخر لا يصح قال فيه والأول أقوى (ووجه) الصحة قوله عليه السلام إقرار

العقلاء على أنفسهم جائز (١) وإمكانه فيحكم عليه به ومعنى قوله تنزيلا على المحتمل إما بحمله على الوصية أو الميراث وإن كان مطلق الملك أعم منهما لكن حيث (انحصر) سبب الملك هنا فيهما والإقرار بالمعلول إقرار بالعلة (حكمتنا) به عليه (ووجه) البطلان أن الملك نسبة وإضافة لا تتحقق إلا مع تحقق المنتسبين خارجا وهو هنا غير معلوم فلا - يحكم به ولأن شرط ملك الحمل سقوطه حيا لأن شرط الملك حياة المالك ولا يعلم وجودها قبل سقوطه حيا والمشروط لا يتقدم على الشرط والميراث والوصية سببان لملكه عند سقوطه فإذا وجد كل واحد منهما منع ملك غيره وآثر ملكه فيه وفي نمائه عند سقوطه حيا فلذلك صح الإقرار مع إسناده إلى سبب صحيح لأن الإقرار في الحقيقة بوجود السبب وبالتبعية يملكه ومن قال بصحته عند الإطلاق جعل سقوطه حيا كاشفا عن سبق ملكه بهما وتأثيرهما فيه وجعل سقوطه ميتا كاشفا عن عدم ملكه وعدم تأثيرهما والأول أقوى (ب) مع تقييده بسبب محال هذا يبنى على المطلق فإن بطل ثم فهنا أولى و

(١) المستدرك ب ٣ - خبر ١ من أبواب بيع الحيوان.

الأنثى نصفين ويملك الحمل ما أقر له به بعد وجوده حيا لدون ستة أشهر من حين الإقرار ولو ولد لأكثر من مدة الحمل بطل ولو وضع في ما بينهما ولا زوج ولا مالك حكم له لتحققه وقت الإقرار، ولو كان لها زوج أو مولى ففي الحكم له إشكال ينشأ (من) عدم اليقين بوجوده (ومن) صحة الإقرار وللعادة ولو سقط ميتا فإن عزاه إلى إرث أو وصية عاد إلى مورث الطفل أو الموصي وإن أطلق كلف السبب وعمل بقوله وإن تعذر التفسير بموته أو غيره بطل الإقرار كمن أقر لرجل لا يعرف، ولو ولدت اثنتين أحدهما ميت فالمال للآخر ولو أقر لمسجد أو مشهد أو مقبرة أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وإن أطلق أو عزاه إلى سبب باطل فالوجهان.

إن صح ثم احتمله هنا لأنه إنكار بعد اعتراف فيبطل ولامتناع اجتماع بطلانه هنا مع صحته عند قوله من ثمن خمر في غيره لأن ذكر السبب الفاسد إما أن يقتضي انحصاره فيه وبطلان الإقرار مع إمكان غيره أو لا فإن اقتضى اقتضى فيهما وإلا انتفى فيهما لكن الثاني ثابت بالإجماع فينتفي الأول، وقال ابن الجنيدي وابن البراج وجماعة ببطلانه (لأن) الكلام لا يتم إلا بآخره، والأصح عندي البطلان في المسألتين هنا أعني الإطلاق والتقيد بالمحال لأنه لا ملك للحمل بالحقيقة وإنما يوجد بسبب يصلح للتمليك فإذا لم يقر به لم يصح.

قال دام ظله: ولو أقر لمسجد أو مشهد أو مقبرة أو مصنع أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وإن أطلق أو عزاه إلى سبب باطل فالوجهان.

أقول: إذا أقر لمسجد فإن أسنده إلى سبب صحيح كغلة وقفه صح إجماعا وإن إطلاقه فعلى وجهين خرجا من القولين في مسألة الحمل وإن أضاف إلى جهة فاسدة خرج حكم المسألة على الاحتمالين في الحمل بل البطلان هنا أولى لاستحالة الملك حقيقة والمجاز أبعد هنا.

الثاني عدم التكذيب فلو قال هذه الدار لزيد فكذبه لم يسلم إليه ثم إما أن يترك في يد المقر أو القاضي فإن رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه فإن رجع المقر في حال الإنكار فالأقرب عدم القبول لأنه أثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فإنه اقتصر على

قال دام ظله: (ب) عدم التكذيب (إلى قوله) فإن رجع المقر في حال الإنكار فالأقرب عدم القبول.

أقول: إذا أقر إنسان بعين شخصية غير إنسان في يده لشخص معين قابل لتملكها جائز التصرف فكذبه المقر له فيه مسائل (أ) لا يسلم العين إلى المقر له أي لا يجبر المقر له على قبضها وتسلمها خلافا لبعض الشافعية ثم ماذا يعمل بها فيه قولان (أحدهما) تترك في يد المقر لأننا لا نعرف مالكةا ويد من له أهلية اليد (التملك - خ ل) عليها والأصل في يد المسلم وأفعاله الصحة فهو أولى الناس لحفظها ولاقتضائها الملكية ظاهرا فلا أقل من أن يقتضي استحقاقها ظاهرا والإقرار عارضه الإنكار فأوقف حكمه ومنع تأثيره في الحال فبقي المقتضي بلا معارض فيترك في يده (و ثانيهما) يتولاه القاضي لأنه ولي الغياب عن المشاهدة أو غير المعلوم من هو فإن رأى استحفاظ صاحب اليد كان أمينا للقاضي كما لو استحفظ عدلا غيره وهذا هو الأصح عندي (وقول المصنف): إما أن يترك في يد المقر أو القاضي) ليس للتخيير بل للترديد بين القولين (ب) لو رجع المقر له عن الإنكار وصدق المقر قبل رجوعه لأن هذا الملك لا يدعيه أحد إلا هو وصاحب اليد قد أقر له به (فعلى هذا) عدم تكذيب المقر له ليس شرطا في صحة الإقرار بل في نفوذه والحكم به بخلاف الشرط الأول فإنه شرط في صحة الإقرار (ج) أن يرجع المقر في إقراره ويكذب نفسه في حال إنكار المقر له قال المصنف الأقرب عدم القبول أما إذا قلنا تنزع من يده و يتولى حفظها القاضي فلا يقبل رجوعه قطعا وأما على القول بتركها في يده لا عن القاضي فيجئ الاحتمال الضعيف الذي نذكره فيما بعد ولذلك قال المصنف الأقرب لأنه سلب ملكها عن نفسه بإقرار محكوم به عليه لعموم الخبر والمشروط بعدم التكذيب نفوذ الإثبات لغيره في الحال والحكم به (ويحتمل) القبول لأنه مال لا يدعيه غيره

الانكار ولو أقر لعبد بنكاح أو تعزير قذف فكذب السيد فالأقرب للزوم بخلاف ما لو كذب العبد إذ لا حق للسيد هنا، ولو أنكر المقر له بعبد قيل يعتق وليس بجيد بل يبقى على الرقية المجهولة المالك ويحتمل الحرية إن ادعاها العبد.

وقد ادعاه هو ولأنه إنما حصر ملكه في ملكية زيد وقد نفاها فبقي كالمباح (ولأن) عدم هنا يعلم بثبوت الضد وليس (ولما) تقدم وقوله (لأنه أثبت الحق لغيره الخ) إشارة إلى الفرق بين المسألتين أعني رجوع المقر ورجوع المقر له فإن رجوع المقر إنكار بعد إقرار لمعين محكوم به ورجوع المقر له اعتراف بدعوى أنكرها قبل والشارع يسمع الثاني دون الأول وإقرار المقر حكم بحادث ثبوتي وهو ملك الغير وهو حكم بالعلم بسببه وثبوته فلا يقبل التأويل بخلاف إنكار المقر له لأنه بناء على عدم الأصلي ويكفي فيه عدم العلم بثبوت السبب فيقبل التأويل. قال دام ظله: ولو أقر لعبد بنكاح أو تعزير قذف فكذب السيد فالأقرب للزوم بخلاف ما لو كذب العبد إذ لا حق للسيد هنا.

أقول: ويحتمل عدمه لإطلاق الأصحاب أن الإقرار للعبد لإقرار للمولى، والأصح أن تعزير القذف لا يؤثر رد السيد فيه لأنه لا حق له فيه قطعاً، وأما النكاح (فيحتمل) تأثير رد المولى فيه لأنه موقوف في أصله على رضاه فإنه لا يصح أن ينكح إلا بإذن السيد فإذا أقر بثبوته فهو إقرار على السيد فلا يلزم (ويحتمل) عدمه لأنه لا حق للمولى في النكاح وهو الأصح لأننا نحكم بثبوت حكمه في حق المقر لا في ما يتعلق للمولى. قال دام ظله: ولو أنكر المقر له بعبد قيل يعتق (إلى قوله) ويحتمل الحرية إن ادعاها العبد.

أقول: (لما) بحث عن الإقرار بغير إنسان إذا كذبه المقر له (شرع) هنا في البحث عما إذا أقر بعبد لإنسان فأنكر المقر له، وقد اختلف الفقهاء فيه هل يعتق العبد أم لا، فقيل يعتق وهو قول الشيخ وابن البراج لأن صاحب اليد لا يدعيه والمقر له ينفيه فيصير العبد في يد نفسه فيعتق ولا انتفاء تملك المقر بإقراره والمقر له ينفيه وانتفاء ملك غيرهما بالأصل (ولأنه) كل ما نفى ملكه وملك غير مطلقاً عتق والمقدم هنا ثابت

المطلب الرابع في المقر به وهو إما مال أو نسب أو حق ولا يشترط في المال العلم فيقبل بالمجهول ثم يطالب بالبيان ولا أن يكون ملكا للمقر بل لو كان بطل فلو قال داري لفلان أو مالي أو ملكي أو عبدي أو ثوبي لفلان بطل للتناقض، ولو شهد الشاهد بأنه أقر له بدار كانت ملك المقر إلى أن أقر بالشهادة باطلة، ولو قال هذه الدار لفلان وكانت ملكي إلى وقت الإقرار لم تسمع الضميمة وصح إقراره نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه فلو قال الدار التي في يدي أو تحت تصرفي لزيد لزم، ولو قال له في ميراث أبي أو من ميراث أبي مائة وصح وكان إقرارا بدين على التركة، ولو قال في ميراثي من أبي أو من ميراثي من أبي لم يكن إقرارا ويصح لو قال له من هذه الدار بخلاف من داري أو في مالي ألف، ولو قال في ذلك كله بحق واجب أو بسبب صحيح وما جرى مجراه صح وإذا قال له في هذه الدار مائة صح وطولب بالبيان فإن أنكر المقر له تفسيره صدق المقر مع اليمين ولو أقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل فإن اشتراه صح تعويلا على قول صاحب اليد،

والأقرب أنه فداء في طرفه بيع في طرف البايع فلا يثبت فيه خيار المجلس والشرط و الحيوان بالنسبة إلى المشتري كما لا يثبت في بيع من يعتق على المشتري ولا يثبت

إذا بإقراره نفي ملكه وملك جميع من عدا المقر له وحكم الشارع به وحصر الملك في زيد ثم نفي زيد ملكه واعتبره الشارع أيضا فانتفى الملك مطلقا عنه وأبطله المصنف بأنه محكوم برقه وأنه مال ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام (ووجه) الاحتمال الأخير و هو الحرية إذا ادعاها العبد وهو الأصح عندي أنه مدع لا منازع له فيكون كالكيس (ويحتمل) العدم للحكم عليه بالملكية.

المطلب الرابع في المقر به

قال دام ظله: ولو أقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل (إلى قوله) في بيع من يعتق على المشتري.

أقول: الشهادة على الغير بعين في ملكه يكون إقرارا من الشاهد من وجه بمعنى أنه لو لم ينفذ شهادته وحصل يوما من الدهر في يده بحيث لولا شهادته لكان ملكه

للبايع ولاء ولا للمشتري فإذا مات العبد أخذ المشتري من تركته الثمن والفاضل يكون موقوفاً.

تمحضت تلك الصيغة للإقرار وحكم عليه بمقتضاها فلو قال إن زيدا أعتق عبده غانما لم يحكم بحريته في الحال بمجرد قوله فلو أقدم على شرائه قال الشيخ في المبسوط يصح الشراء والظاهر أنه يريد في الظاهر لأنه أوقف الولاء تنزيلاً للعبد (للعقد - خ ل) على قول من صدقه الشرع وهو البايع صاحب اليد (قالوا) وفارق الإقرار برضاع محرم بينه وبين امرأة فسد نكاحها فإن الشراء يحصل العتق أو مقتضى الإقرار بخلاف النكاح لأن الرضاع مناف له فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف أنه حرام عليه وقال قوم أنه ليس شراء بل افتداء (لأن) البيع عقد مركب من جزئين بإيجاب وقبول وصحته بصحتها وفساده بفساد أحدهما والقبول غير صحيح بالنسبة إلى البيع لاعتراف المشتري بحريته وامتناع شراء الحر (والتحقيق) ما قاله المصنف وهو أنه يجتمع فيه المعنيان جميعاً فهو بيع من جهة البايع لا محالة وفداء، واستنقاذ من جهة المشتري للحكم على كل بإقراره عملاً بعموم الخبر ويتفرع على هذه القاعدة فروع (أ) الخيار لا يثبت شيء من أنواعه للمشتري هنا لأنه حكم عليه بعتقه قهراً كما إذا اشترى من يعتق عليه قيل ولا يأخذ الأرش لو خرج العبد معيباً لأنه لا أرش في الفداء (وفيه نظر) لأن الأرش جزء من الثمن والبايع يقر باستحقاقه وحده والمشتري يدعي استحقاقه مع الكل لأنه يزعم أن البيع باطل وأن الثمن كله مستحق له والصحيح عندي أن له أخذه (ب) لا يحكم بالولاء ظاهراً لا للبايع ولا للمشتري لزعم البايع أنه غير معتق والمشتري أنه غير معتق فيأخذ المشتري قدر الثمن من ماله الذي اكتسبه بعد الحكم بعتقه لأن البايع إن كان صادقاً فكل المال للمشتري وإن كان كاذباً والصادق هو المشتري فالولاء للبايع في نفس الأمر وقد ظلم المشتري بأخذ الثمن وقد ظفر له بمال فيأخذ ما ظلمه به منه هذا إذا لم يكن له وارث والعتق فيه ولاء فإن فضل شيء كان موقوفاً وهو اختيار الشيخ ولو قال إنه حر الأصل كان شرائه فداء من جهته بإجماع الكل فيرثه وارثه وإذا فقد النسب والسبب فالإمام وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئاً (ج) لو تلف العبد قبل

الفضل الثاني في الأقارير المجهولة
وهي أحد عشر بحثا (الأول) إذا قال له على شيء أزم البيان ويقبل تفسيره وإن
قل ولو فسر بما لم يجر في العادة تملكه كقشر جوزة أو حبة حنطة أو بما لا يملك في
شرع الاسلام مع إسلامه كالخمر والخنزير وجلد الميتة أو بالكلب العقور والسرجين
النجس وإن انتفع بهما أو برد السلام أو بالعيادة لم يقبل، ولو قال غصبته شيئا ففسره
بالخمر أو الخنزير قبل مع كفر المقرر له ومع الاسلام إشكال ولو قال أردت نفسه لم
يقبل لأنه جعل له مفعولين الثاني منهما شيئا فيجب مغايرته للأول أما لو قال غصبته ثم
قال أردت نفسه قبل وكذا لو قال غبنته لأنه قد يغصب ويغبن في غير المال، ولو قال له
عندي شيء لم يقبل بهما لإفادة اللام الملك ولو امتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل
يجعل
ناكلا فيحلف المدعي ولو فسر به بكلب يجوز اقتناؤه قبل وكذا لو فسر به بحد قذف أو

القبض لم يكن للبايع المطالبة بثمنه إجماعا (واعلم) أن الفداء والاستنقاذ دفع عوض
عن يد فإن كانت اليد لا تستحق إزالتها ظاهرا فالاستنقاذ شرعي وإلا ضروري.

الفصل الثاني في الأقارير المجهولة

قال دام ظله: ولو قال غصبته شيئا ففسره بالخمر والخنزير قبل مع كفر
المقرر له ومع الاسلام إشكال.

أقول: ينشأ (من) الاختلاف في تفسير الغصب فقال بعضهم أنه عبارة عن
الاستيلاء على ملك الغير قهرا ظلما ولاشتماله على (١) ذم (دم - خ ل) لحق الغير وانتفاء
ذلك في الخمر (وقيل) إنه استيلاء منهى عنه على ما في يد محترمة تستحق الإبقاء عليه
ظاهرا ورفعها فجعلوا الغصب تبع استحقاق اليد وهو متحقق في الخمر لثبوت حق
الإمسك للتخليل (ولأنه) يستعمل في العرف على رفع اليد قهرا عن شيء لا يستحق
الرافع إثبات يده عليه والخمر والخنزير كل منهما شيء (والتحقيق) أن الإشكال الذي
ذكره المصنف في الخمر لا في الخنزير فإنه لا يقبل والأصح عندي أنه لا يقبل فيهما
قال دام ظله: ولو امتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل يجعل

(١) كذا في النسخ.

حق شفعة ولو فسره بدرهم فقال المدعي بل أردت بقولك عشرة لم يقبل دعوى الإرادة بل عليه أن يدعي نفس العشرة والقول قول المقر في عدم الإرادة وعدم اللزوم، ولو مات قبل التفسير طوب الوارثة إن خلف تركة ولو ادعى المقر له جنسا غير ما فسره أو لم يدع شيئا بطل الإقرار.

الثاني لو قال له على مال قبل تفسيره بقليله وكثيره ولا يقبل بغيره كحد القذف وحق الشفعة والكلب العقور ويقبل بالمستولدة ولو قال مال جزيل أو جليل أو عظيم أو نفيس أو خطير أو عظيم جدا أو عظيم قبل تفسيره بالقليل أيضا ولو

ناكلا فيحلف المدعي.

أقول الأول اختيار المصنف وبعض الأصحاب لأنه قد صار مقرا وبالامتناع من التفسير صار مانعا من حق ثبت عليه فوجب أن يحبس (والثاني) قول الشيخ في المبسوط وابن إدريس وقطب الدين الكيدري لأنه بالامتناع من التفسير صار كالممسك عن جواب الدعوى فاقتضى أن يصير ناكلا والأصح الأول. قال دام ظله: ولو قال ما جزيل أو جليل (إلى قوله) ولو قال كثير فليل يكون ثمانين والأقرب المساواة

أقول: (الأول) قول الشيخ في المبسوط وابن البراج وقطب الدين الكيدري لأنه استعمل فيها وهو دليل الحقيقة (أما الأولى) فلقوله تعالى ولقد نصر كم الله في مواطن كثيرة (١) فعدت فكانت ثمانين ولحملة في النذر عند الإطلاق على ذلك للرواية وهو خاصة الحقيقة (وأما الثانية) فلا استدلال ابن عباس بأسقني دهاقا (٢) على وضعه للملآن عند إحضاره ولا يرد الاشتراك للأصل ولا التواطىء وإلا لما أمر بذلك عند الإطلاق في النذر (والثاني) قول ابن إدريس والمصنف وأبي القاسم بن سعيد وهو الأصح عندي لاختلاف الناس في الكثير ولا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ولأن كل مال كثير بالنسبة إلى ما دونه والاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز ولا

(١) التوبة - ٢٥.

(٢) من أدهقت الكأس ملاءتها يقال أيضا كأس دهاق: أي ممتلئة ونظفة دهاق: أي نظفة أفرغت إفراغا شديدا (مجمع البحرين).

قال كثير قبل يكون ثمانين والأقرب المساواة ولو قال أكثر مما لفلان وفسره بأكثر عددا أو قدرا أزم بمثله ويرجع في الزيادة إليه، ولو قال كنت أظن ماله عشرة فثبت بالبينة مائة قبل تفسيره لخفاء المال أما لو شهد بالقدر ثم أقر بالأكثرية لم يسمع، و لو فسره بالبقاء أو المنفعة أو البركة وكان أقل في القدر والعدد بأن يقول الدين أكثر بقاء من العين أو الحلال أكثر من الحرام أو أنفع ففي السماع نظر ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك على أكثر من ذلك لزمه الألف وزيادة ولو فسر بأكثر فلوسا أو حب حنطة أو دخن فالأقرب عدم القبول.

دلالة للعام مع الخاص واستدلال ابن عباس بفهم المأمور المألآن من لفظ الدهاق عند الإطلاق وهو من علامات الحقيقة والقرينة في الآية ظاهرة والرواية في صورة خاصة فلعله عليه السلام علم قصده ومع تسليمه فلا يمنع التواطئ والتشكيك بل هو أظهر لاستعماله في غيره في صور كثيرة كقوله تعالى اذكروا الله ذكرا كثيرا (١) وكم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة (٢) ولأنه لو لم يكن متواطيا ولا مشككا لكان جعله مجازا فيما ذكره أولى لاستعماله في غيره فأما بالاشتراك فالمجاز خير منه أو يكون مجازا في غيره وحقيقة فيه ولكن غيره أكثر استعمالا منه فصرف إليه ترجيحا للأغلبية (وقيل) بالوقف لتعارض كثرة المجاز وأولوية الحقيقة.

قال دام ظله: ولو قال أكثر مما لفلان (إلى قوله) ففي السماع نظر أقول: ينشأ (من) أن الكثرة والأكثر إنما تطلق حقيقة على العدد واللفظ إنما يحمل على الحقيقة عند الإطلاق (ومن) أنها تطلق على هذه المعاني أيضا لكن ب قيد وهو مجاز ولكنه أعرف بنيته وقصده والأصح الثاني لأن اللفظ إذا كان له حقيقة ومجاز فهو بالنسبة إلى الحقيقة ظاهر وبراءة الذمة أقوى منه فلا تناقض في تفسيره و هو أعرف بقصده فيقبل تفسيره.

قال دام ظله: ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك على أكثر من ذلك لزمه الألف وزيادة ولو فسره بأكثر فلوسا أو حب حنطة أو دخن فالأقرب

(١) الأحزاب. ٤١

(٢) البقرة - ٢٥٠.

الثالث إذا قال له على كذا فهو كالشئ ولو قال كذا كذا فهو تكرر ولو فسر المفرد بدرهم نصبا لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه عشرون ولو رفعه

عدم القبول.

أقول: لفظة أكثر أفعال التفضيل وإنما يستعمل حقيقة على اتحاد الجنس ويحمل عليه عند الإطلاق كقوله تعالى كانوا أكثر منكم (١) وعلى غيره بقيد كقوله تعالى أنا أكثر منكم مالا (٢) وقالوا نحن أكثر أموالا وأولادا (٣) (ويحتمل) القبول لصدق الأكثر على الزائد في المقدار وإن اختلفا في الجنس حقيقة لأن العرف واللغة متطابقان على ما هو في نفس الأمر من أن الكثرة إنما تتقوم من الآحاد فإن أخذ الواحد (من) حيث هو واحد فقط لم يكن الحاصل من اجتماع أمثاله إلا الكثرة سواء كان معروض الوحدات مختلفا بالماهية أو متفقا وإن أخذ من حيث هو انسان أو حجر مثلا فقط لم يكن اعتبار كونها كثيرة حاصلا إلا مع اعتبار الوحدات فصدق الكثرة تابع لاجتماع الوحدات من غير اعتبار معروضها البتة فإذا زادت الوحدات صدق الأكثر من غير اعتبار المعروض.

قال دام ظله: ولو قال كذا وكذا فهو تكرر ولو فسر المفرد بدرهم نصبا

لزمه درهم ونصب على التمييز وقيل يلزمه عشرون.

أقول: إذا قال لفلان على كذا فهو كما لو قال شئ فيقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشئ فلو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا والتكرار للتأكيد لا للتجديد (للتحديد - خ ل) ولو قال كذا وكذا فعليه التفسير لشيئين مختلفين أو متفقين فيقبل كل واحد منهما في تفسير كذا من غير عطف وكذا الحكم لو قال على شئ شئ ولو قال على كذا درهما بالنصب ففيه قولان ذكرهما المصنف هنا (الأول) وهو اختيار المصنف هنا أن يلزمه درهم واحد وقوله درهما تفسير لما أبهمه وهو الأصح عندي وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول

(١) التوبة (٧٠) والآية كانوا أشد منكم قوة وأكثر أموالا وأولادا.

(٢) الكهف ٣٢.

(٣) السباء - ٣٤.

فكذلك وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلا من كذا ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع إليه في تفسيره والتقدير جزء درهم (وكذا) كناية عنه وقيل يلزمه مائة

نحاة الكوفة (والثاني) قول الشيخ في المبسوط لأن أقل عدد مفرد ينصب بعده المميز عشرون (وفيه نظر) لأن في الإقرار لا يوازن المبهمات بالمعينات بواسطة الإعراب لأن أصل البراءة أقوى من اصطلاحات النحاة ولأن المخاطبات العامة بين أهل العرف العام لا تحمل على اصطلاحات العرف الخاص ولأنه لو قال كذا درهم صحيح بالجر لم يلزمه مائة باتفاق الكل وإن كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم المائة والتقييد بالصحيح لنفي احتمال نصف درهم أو ثلث درهم واعترف الشيخ بأن الصيغة متى احتملت غير الإقرار بالشيء لا يكون إقرارا بذلك لا شيء ودلالة الإعراب ظنية وبناء نقل الأموال على الاحتياط التام إجماعا، وقال ابن إدريس والأولى الرجوع إلى تفسير لأن كذا لفظ مبهم محتمل ولا يتعلق على الذمم شيء بأمر محتمل والأصل براءة الذمة وقال المصنف في المختلف التحقيق أن القائل إن كان من أهل اللسان أزم بما قاله الشيخ وإلا رجع إلى تفسيره كما قاله ابن إدريس.

قال دام ظله: ولو جره لزمه جزء درهم ويرجع إليه في تفسيره والتقدير جزء درهم (وكذا) كناية عنه وقيل يلزمه مائة.

أقول: وجه الأول أصالة براءة الذمة مع احتمالها في الكلام وهو الأصح عندي والقول الثاني للشيخ في المبسوط لأن كذا كناية عن العدد ودرهم بالجر تمييز له وأقل عدد يخفف بعده المميز المائة هكذا نص علماء اللغة ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك وأجاب المصنف عنه بما ذكر وحاصله منع المقدمة الأولى وذكر سند المنع والجزء متيقن والزائد محتمل والأصل عدمه ومذهب ابن إدريس هنا كالأولى وكذا المصنف في المختلف ولا ريب أن دعوى الشيخ عرف خاص والعام واللغة يقتضيان إجمالها

والألفاظ إنما تحمل على العرف العام خصوصا والأصل براءة الذمة ولو قال كذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد باتفاق الكل.

ولو وقف قبل تفسيره بجزء درهم وكذا لو كرر بغير عطف ولا يقتضي الزيادة كأنه قال
شئ شئ وفي الجر يحتمل أنه أضاف جزءا إلى جزء ثم أضاف الآخر إلى الدرهم
كنصف تسع درهم وكذا لو قال كذا كذا وكذا وقيل يلزمه مع النصيب أحد عشر ولو
عطف ورفع لزمه درهم لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فكأنه قال هما درهم ولو
نصب احتمل لزوم درهم لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف مثله وفسرهما بدرهم
جاز ودرهمين لأنه ذكر جملتين وفسر بدرهم فيعود إلى الجميع كمائة وعشرين
درهما يعود التفسير إلى الجميع وأكثر من درهم بناء على أن الدرهم تفسير للأخير و
يبقى الأول على إبهامه وقيل يلزمه أحد وعشرون ولو قال ألف ودرهم أو درهما فالألف
مبهم يقبل تفسيره بما قل وكثر ولو قال ألف وثلاثة دراهم أو وخمسون درهما أو ألف
ومائة وخمسة وعشرون درهما أو خمسة عشر درهما أو ألف ومائة درهم فالجميع دراهم
على إشكال، ولو قال على ثلاثة دراهم وألف أو عشرون درهما وألف فالألف مجهولة

قال دام ظله: وكذا لو كرر بغير عطف (إلى قوله) وقيل يلزمه مع
النصب أحد عشر.

أقول: الثاني قول الشيخ في المبسوط لأن أقل عددین ركبا وانتصب ما بعدهما
أحد عشر والخلاف والبحث كما تقدم.

قال دام ظله: ولو عطف ورفع لزمه درهم (إلى قوله) وقيل يلزمه
أحد وعشرون درهما.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط لأنه أقل عددین عطف أحدهما على
الآخر وانتصب الدرهم بعدهما والخلاف والبحث كما تقدم والأصح أنه مجمل يرجع
فيه إلى تفسيره.

قال دام ظله: ولو قال ألف وثلاثة دراهم أو وخمسون درهما أو ألف
ومائة وخمسة وعشرون درهما أو خمسة عشر درهما أو ألف ومائة درهم
فالجميع دراهم على إشكال.

أقول: ينشأ (من) صلاحية تميز الحمل به كما قال تعالى إن هذا أخي له تسع

ولو قال درهم ونصف فالأقرب حمل النصف على السابق.
الرابع إطلاق الإقرار بالموزون أو المكيل يتصرف إلى ميزان البلد وكيه
وكذا الذهب والفضة ينصرف إلى نقده الغالب سواء كان نقدهم مغشوشا أو لا وسواء
كان الوزن ناقصا أو لا فإن تعدد الوزن أو النقد متساويا رجع إليه في التعيين ولو فسره

وتسعون نعجة (١) والحديث أن صلى الله عليه وآله وتوفى وهو ابن ثلاث وستين سنة (٢)
وقال

الشاعر ولها اثنتان وأربعون حلوبة سودا كخافية الغراب الأشحم (٣)
ولأن حكم المعطوف والمعطوف عليه واحد (ولأنهم) كرهوا تكرار التمييز في مثل ذلك
(كقوله تعالى) ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا (٤) وبه قال
شيخنا الطوسي وابن إدريس (ومن أن) رجوعه إلى الأخيرة هو المتيقن فيحمل عليه
والباقي يكون مجملا (ولقوله تعالى) أربعة أشهر وعشرا (٥) (ولأنه) كاستثناء
(ولأن) العطف إذا لم يكن وصفا لم يكن بيانا (كقوله) ألف وعبد لا يكون كل
الألف عبيدا (ولأن) العطف لو كان بيانا لاستحال أن يضاد صفة المعطوف عليه و
لما جاز أن يقول مررت بألف رجل وصبي (ولأنه) أعم لقبوله التقييد ولا دلالة للعام
على الخاص ويمنع تساوي المعطوف والمعطوف عليه في كل الأحكام سلمنا
لكن لا في الذوات والصفات المميزة وإلا لكان غيره مجازا لكنه كثير فيلزم محذور
الاشتراك أو المجاز والقرينة في العدة ظاهرة فإن العشر بغير تاء والأشهر مذكرة
(فعلى الأول) لو باعه شيئا بذلك صح وعلى (الثاني) لا يصح.
قال دام ظله: ولو قال درهم ونصف فالأقرب حمل النصف على السابق.
أقول: لأنه المتعارف (ويحتمل) عدمه للاحتمال والحكم في أموال الناس
إنما هو المتيقن أو بما جعله الشارع مقامه ولم يثبت هنا ولأن العطف في المفرد يقتضي
الاشتراك في الحكم المذكور لا في الجنس.

(١) ص - ٢٢.

(٢) صحيح مسلم (ج ٧) باب في كم سن النبي صلى الله عليه وسلم.

(٣) أي ذات شحم كثيرة.

(٤) الكهف. ٢٤

(٥) البقرة - ٢٣٤.

بالناقص النادر قبل مع اتصاله وكذا لو فسر بالمغشوشة مع اشتمالها على الفضة لا بالفلوس ولو قال على دريهمات أو دراهم صغار وفسره بالناقص لم يقبل إلا مع الاتصال الخامس الجمع يحمل على أقله وهو ثلاثة سواء كان جمع قلة أو كثرة وسواء كان معرفاً بلام الجنس أو منكرًا وسواء وصفه بالقلة أو الكثرة أو لا فلو قال له على دراهم لزمه ثلاثة وكذا لو قال الدراهم أو دراهم كثيرة أو وافرة أو قليلة ولو قال ثلاثة آلاف واقتصر ألزم بتفسير الجنس بما يصح تملكه مما يصدق عليه ذلك العدد.

السادس لو قال له على ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية ولو قال من درهم إلى عشرة احتمال دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية، ولو قال أردت المجموع لزمه خمسة وخمسون لأنك تزيد أول العدد وهو الواحد على آخره وهو العشرة ثم تضرب المجموع في نصف العشرة، ولو قال له درهم في عشرة ولم يرد الحساب لزمه واحد، ولو قال له درهمان في عشرة وأراد الحساب لزمه عشرون، ولو أراد درهمين مع عشرة قبل لزمه اثنا عشر ويقبل منه هذا التفسير وإن كان من أهل الحساب على إشكال

قال دام ظله: ولو قال درهم إلى عشرة احتمال دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية.

أقول: لأن المبدء والغاية (قيل) يدخلان معا كما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره (وقيل) يخرجان معا وهذا اختيار ابن إدريس لأن مبدء الشيء لا يكون منه والغاية لا تدخل لأنها النهاية وهذا كما لو قال بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار فإنه لا يدخل الجداران في البيع إجماعاً (ولقوله تعالى) ثم أتموا الصيام إلى الليل (١) (وقيل) يدخل المبدء لأن مبدء الشيء داخل فيه ويخرج الغاية و هو اختيار الشيخ لأن الملتزم أزيد من الواحد والواحد مبدء العدد والالتزام فلا يخرج (وفيه نظر) لأن هذا دليل ظني مبناه على الأغلب فلا يعارض أصل البراءة والأصح عندي الثاني عملاً بالمتيقن.

قال دام ظله: ولو قال درهمان في عشرة (إلى قوله) يريدون وهذا المعنى

لأن كثيرا من العامة يريدون هذا المعنى ولو قال أردت درهمين في عشرة لي قبل ولزمه درهمان ولو قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل فإن فسر بالعطف لزمه درهمان ودينار وإن قال أسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل إقراره لأن السلم لا يصح في الصرف وإن كذبه صدق المقر له مع اليمين ولو قال له عندي زيت في جرة أو سيف في غمد أو كيس في صندوق أو فص في خاتم أو غصبت منه ثوبا في منديل لم يدخل الظرف ولو قال له عندي غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يدخل المظروف وكذا له خاتم فيه فص أو عمامة في رأس عبد ولو قال له عندي خاتم وأطلق أو ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على إشكال والطراز ولو قال له عندي جارية فجاء بها وهي حامل احتمل صحة استثناء الحمل بخلاف ما لو قال له خاتم وجاء به وفيه فص واستثناءه فإن الظاهر عدم قبوله ولو قال له دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة احتمل الأمرين.

أقول: ويحتمل العدم لأن العرف الخاص عنده نقله إلى ما يقتضيه الحساب والمنقول إنما يحمل على المنقول إليه عند أهل ذلك العرف الخاص وهو مبهم لا على المعنى الأول المنقول عنه والأصح عندي الأول لأنه ظني وأصل البراءة أقوى. قال دام ظله: ولو قال له عندي غمد فيه سيف (إلى قوله) لزمه الخاتم بفصه على إشكال والطراز.

أقول منشأه (من) أن اسم الخاتم يجمعها عرفا (ومن) أنه ليس جزء من المسمى بل هو متصل به اتصال مماسية لا اتحاد وكذا الطراز.

قال دام ظله: ولو قال له عندي جارية (إلى قوله) فإن الظاهر عدم قبوله.

أقول: وجه احتمال صحة الاستثناء أن الحمل ليس جزء من الجارية (ويحتمل) عدمه لأنه تابع للأمر لأنه نماء وعند الشيخ أنه جزء منها ولهذا يدخل في البيع وهو ممنوع والفرق بين الحمل والفص أن الفص يتناوله اسم الخاتم فإن رجع عنه كان رجوعا عن إقراره والأصح عندي قبول الاستثناء في الصورتين والفرق بين الخاتم في هذه الصورة والأولى أن الأولى الخاتم فيها مطلق وفي هذه معين. قال دام ظله: ولو قال له دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة

ولو قال دابة بسرجهها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها أو عبد بعمامته لزمه الجميع، و لو قال له ألف في هذا الكيس ولم يكن فيه شيء لزمه الألف ولو كان الألف ناقصا احتمل إزمه بالإتمام ولو قال الألف الذي في الكيس لم يلزمه الإتمام لو لم يكن فيه شيء ففي لزم الألف وجهان، ولو قال له في هذا العبد ألف قبل تفسيره بأرش الجناية وبكونه مرهونا وبأنه وزن في شراء عشرة ألفا واشترت أنا جميع الباقي بألف ولم

احتمل الأمرين.

أقول: ينشأ (من) دلالة الظاهر (ومن) الأصل ولأنه يصح تقييده بقوله يفرش لي أو لك فيكون أعم منهما ولا دلالة للعام على الخاص والإقرار إنما يحمل على المتيقن ولأن يعد لعبد كيد سيده ولو تنازع رجلان في سرج الدابة كان لصاحبها وصار كعمامة العبد وذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه لا يكون إقرارا بالسرج وقال ابن الجنيد يكون إقرارا به والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو قال له ألف (إلى قوله) احتمل إزمه بالإتمام.

أقول: إذا قال له عندي ألف في هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء أو لم يكن فيه شيء لأن قوله له عندي يقتضي اللزوم فإن كان فيه دون الألف فيه وجهان (أحدهما) إزمه بالإتمام لأنه لو لم يكن فيه شيء لزمه الألف وهذا عندي أقوى (وثانيهما) عدمه لحصره فيه لأنه لم يقر إلا بما في هذا الكيس كما لو قال له ما في هذا الكيس وهو ألف فغلط في الوصف.

قال دام ظله: ولو قال له الألف (إلى قوله) ففي لزوم الألف وجهان

أقول: الوجهان (من) حيث إن التعريف والإضافة إلى الكيس يقتضيان انحصار إقراره في ما في الكيس المعين لأنه أقر بمعين معهود معدوم فلا يلزمه شيء وإلا لزم الحكم عليه بما لا يدل لفظه عليه بإحدى الدلالات الثلاث (ومن) حيث إن الإقرار بألف وهذا ضعيف والأصح الأول ولو كان فيه أنقص (أقل - خ ل) من الألف جزم شيخنا بعدم إزمه التمام وهو الحق (وقيل) شاذا يلزمه وهو تخريج على أن الإشارة تقدم أو اللفظ وهذه المسائل كلها مبنية على قبول البدل.

يلزمه إلا عشر العبد ولو قال نقد عني في ثمنه ألفا كان قرضا ولو قال نقد ألفا في ثمنه وأنا ألفا بإيجاب واحد فقد أقر بالنصف ولو قال وزنت أنا ألفين فقد أقر بالثلث ولو قال أوصى له بألف من ثمنه بيع وصرف إليه ألف ولو أراد إعطاء ألف من ماله من غير الثمن لم يجب القبول ولو قال جنى بألف فتعلقت (الجناية - خ) برقبته قبل ولو قال له في هذا المال أو ميراث أبي ألف لزمه بخلاف له في مالي أو في ميراثي من أبي.

السابع لو قال له على درهم درهم درهم واحد ولو قال درهم درهم أو ثم درهم لزمه اثنان ولو قال فدرهم لزمه واحد وتقديره فدرهم لازم ولو قال درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم وكذا درهم ودرهم ودرهم ولو قال أردت بالثالث تأكيد الثاني قبل ولو قال أردت بالثاني تأكيد الأول لم يقبل وكذا تجب الثلاثة لو قال درهم ودرهم ثم درهم أو بالعكس لاختلاف حرفي العطف ولو قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم

أو قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان ولو قال قبله وبعده لزمه ثلاثة إذا القبليّة والبعديّة لا تحتمل إلا الوجوب ولو قال له درهم مع درهم أو فوق درهم أو تحت درهم أو معه أو فوقه أو تحته لزمه واحد لاحتمال فوق درهم لي أو في الجودة.

الثامن لو أقر بدرهم في مجلسين أو بلغتين أو شهد عليه بذلك في تاريخين فهما واحد إلا أن يختلف السبب ولو أطلقه في أحدهما وقيده في الآخر حمل المطلق على المقيد وكذا لو قيده بقيدين يمكن جمعهما أما لو قيده في أحد المجلسين بقيد يضاد ما قيده به في الآخر فهما اثنان ولو شهد واحد بإقرار بتاريخ وآخر بإقرار في تاريخ آخر جمع بينهما لاتحاد المنخبر عنه ولا يجتمع في الأفعال

التاسع لو قال هذه الدار لأحد هذين وهي في يده ألزم بالبيان فإن عين قبل وللآخر إحلافه وإحلاف الآخر فإن أقر للآخر غرم للثاني إلا أن يصدقه الأول وهل له إحلاف الأول إشكال وللثاني إحلافه، ولو أقر لزيد فشهد اثنان بسبق إقراره لعمره

قال دام ظلّه: ولو قال هذه الدار لأحد هذين (إلى قوله) وهل له إحلاف الأول إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه يمين. نكولها إما أن لا يوجب رد يمين ولا إثبات دعوى

فكذبهما زيد فلا غرم ولو قال لا أعلم رفعها إليهما وكانا خصمين ولكل منهما إحلافه لو ادعيا علمه.، ولو قال لزيد أو الحايط كذا ففي صحة الإقرار نظر، ولو قال لزيد والحايط كذا فالأقوى صحة النصف خاصة لزيد ولو صدق أحد المدعين بما يوجب الاشتراك كالإرث والابتياح صفقة في النصف دون اشتراك السبب فهو لهما، ولو لم يوجب الشركة لم يشاركه الآخر فإن أقر بالجميع لأحدهما فإن اعترف المقر له للآخر سلم

أو يوجب أحدهما والأول يقتضي عدم استحقاقها إجماعاً (والثاني) يستلزم كون أحدهما لحق الغير ولأنه أكذب دعواه وكل من أكذب دعواه لا يمين له (ومن) أنه يدفع عن نفسه الغرم وليس اليمين لحق الغير هنا من كل وجه (لأنه) يدفع بها الغرم عن نفسه لو نكل (ولأنه) لو أقر له لزمه دفع العين واندفع الغرم فله الإحلاف لأن النكول كالإقرار ولو جعلنا النكول كالبينة لم يكن له إحلافه لأن الصحيح أنه لا تسمع البينة مع إكذاب الدعوى التزاماً أما مطابقة فلا تسمع قطعاً والأصح عندي أنه لا يمين له وأنه لا فرق بين الداليتين.

قال دام ظله: ولو قال لزيد أو الحائط كذا ففي صحة الإقرار نظر أقول: ينشأ (من) أن الإقرار إما لزيد خاصة وهو ترجيح من غيره مرجح لأنهما في لفظه متساويان وأما الحائط خاصة فهو كذلك ويبطل لعدم قبوله الملك أو أحدهما لا بعينه وهو غير موجود ولا مالك وكل من يصح الإقرار له مالك ولأن (أو) للترديد كأنه قال إما لزيد أو ليس لزيد بل للحائط فردده بين ملك زيد وعدمه فلم ينفذ زيادة على عدم الإقرار (ومن) أن زيدا هو الذي تملك منها خاصة وقد أقر له بملك فيبطل في غير الذي يملك ويبقى هو (ولأن) ذكر الحائط وجوده كعدمه. قال دام ظله: ولو قال لزيد والحائط كذا فالأقوى صحته النصف خاصة لزيد.

أقول: لاقتضاء الواو التسوية وهو الأقوى لأنه إذا شرك في الإقرار فكأنه قال لزيد النصف وليس له الباقي لأنه من لوازمه (ويحتمل) أن يكون ذكر الحائط لغوا لأنه لا يصح أن يكون مالكا وقد أقر بالملك فتصرف إلى ما يصح.

إليه النصف وإلا فإن ادعى الجميع بعد ذلك فهو له.

العاشر لو قال أحد هذين العبدین لزيد طولب بالبيان فإن عين قبل فإن أنكر زيد حلف المقر ثم يقر الحاكم ما أقر به في يده أو ينتزعه إلى أن يدعيه زيد ولو قال لزيد عندي درهم أو دينار فهو إقرار بأحدهما فيطالب بالتفسير ولو قال إما درهم أو درهمان ثبت الدرهم وطولب بالجواب عن الثاني ولو قال لزيد في هذا المال شركة قبل تفسيره بأقل من النصف.

الحادي عشر لو قال لزيد مائة ونصف ما لعمره ولعمره مائة ونصف ما لزيد فلزيد شيء ولعمره مائة ونصف شيء ولزيد مئة وخمسون وربع شيء يعدل شيئاً فالباقي بعد اسقاط الربع بمثله يعدل ثلاثة أرباع شيء فلكل مأتان لو ذكر الثلث فلكل مائة وخمسون لأن لزيد شيئاً ولعمره مائة وثلث شيء فلزيد مائة وثلث مائة وتسع شيء يعدل شيئاً فسقط تسع شيء بمثله فمائة وثلث يعدل ثمانية أتساع شيء فالشئ مائة وخمسون، ولو قال لزيد عشرة ونصف ما لعمره ولعمره عشرة وثلث ما لزيد فلزيد شيء ولعمره عشرة وثلث شيء فلزيد خمسة عشر وسدس شيء يعدل شيئاً يسقط السدس بمثله تبقى خمسة عشر تعدل خمسة أسداس شيء فالشئ ثمانية عشر هي ما لزيد ولعمره ستة عشر، ولو قال لزيد ستة ونصف ما لعمره ولعمره اثنا عشر ونصف ما لزيد فلزيد ستة عشر ولعمره عشرون ولو ذكرنا هنا عوض النصف في عمره الثلث فلزيد أربعة عشر و خمسان ولعمره ستة عشر وأربعة أحماس.

الفصل الثالث في تعقيب الإقرار بما ينافيه وفيه مطلبان

الأول في الاستثناء وقواعده خمس (الأولى) حكم الاستثناء والمستثنى منه متناقضان فالاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي (الثانية) الاستثناء المتكرر مع حرف العطف يعود إلى المستثنى منه وكذا لو زاد اللاحق على السابق أو ساواه وبدونه (متن)

يرجع اللاحق إلى السابق (الثالثة) الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيرة إلا مع القرينة (الرابعة) الاستثناء من الجنس جازر إجماعا ومن غيره على الأقوى (الخامسة)

الفصل الثالث في تعقيب الإقرار بما ينافيه

وفيه مطلبان الأول في الاستثناء

قال دام ظلّه: الأقرب عود الاستثناء إلى الجملة الأخيرة إلا مع القرينة أقول: اختلف الأصوليون في الاستثناء الواحد المتعقب للجملة (فقال) بعضهم يرجع إلى الجميع واختاره الشافعي قياسا على الشرط، وعلى قوله خمسة وخمسة إلا ستة (ولأن) الاشتراك والمجاز خلاف الأصل (ولاقتضاء) العطف التسوية (وقيل) إلى الأخيرة وهو اختيار أبي حنيفة لأنه خلاف الأصل يصر إليه لدفع محذور الهذرية في ما يرفع الضرورة وهو الواحد القريب (ولأن) الظاهر أنه لا ينتقل من الأولى إلا بعد استيفاء غرضه (وقال) السيد المرتضى بالاشتراك للاستعمال وهو دليل الحقيقة (ولحسن) والاستفهام (وقال) أبو الحسين إن ظهر الإضراب عن الأولى بأن يختلفا نوعا سواء اتحدت القضية كالقذف أو لا كقوله أطعم ربيعة العلماء هم الفقهاء أو اسما وحكما ويتحد النوع مثل أطعم ربيعة وأكرم مضر (وأطعم ربيعة - خ) وأكرم ربيعة إلا الطوال فإن الاستثناء يرجع إلى الأخيرة، وإن تعلق إحداهما بالأخرى بأن أضمر حكم الأولى في الثانية أو اسم الأولى عاد إلى الجميع وهذا التفصيل حسن (ووجه) القرب ما ذكرناه (ولأنه) لو رجع إلى الجميع فإن أضمر مع كل جملة استثناء لزم كثرة مخالفة الأصل وإن لم يضم كان العامل في ما به الاستثناء أكثر من واحد لكن لا يجوز تعدد العامل في إعراب واحد نص سيبويه عليه (ولئلا) يجتمع المؤثران المستقلان على الأثر الواحد. قال دام ظلّه: الاستثناء من الجنس جازر إجماعا ومن غيره على الأقوى.

أقول: لأنه استعمل فيه كثيرا كقوله تعالى: فإنهم عدو لي إلا رب العالمين (١)

فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس (٢) وما كان لمؤمن أن يقتل

مؤمنا إلا خطأ (٣) إلا أن تكون تجارة (٤) وما لهم به من علم إلا اتباع الظن (٥)

(١) الشعراء - ٧٧.

(٢) الحجرات - ٢٠ - .

(٣) النساء - ٩٤.

(٤) النساء ٣٣ - .

(٥) النساء - ١٥٦ - .

الاستثناء المستوعب باطل ويجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى فإذا قال له على عشرة دراهم إلا تسعة لزمه واحد ولو قال له عشرة إلا تسعة إلا ثمانية فهو إقرار بتسعة ولو عد إلى الواحد فهو إقرار بخمسة (والضابط) اسقاط جملة المنفي من جملة المثبت بعد جمعهما فالمقر به الباقي، ولو قال له على عشرة إلا اثنين وإلا واحد فهو إقرار بسبعة ولو قال له عشرة إلا اثنين لزمه ستة ولو قال له ألف إلا درهما فإن سوغنا المنفصل طوّل بتفسير الألف وقبل إذا بقي بعد الاستثناء شيء ولو لم يبق احتمال بطلان التفسير أو الاستثناء وإلا فالجميع دراهم.

لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما إلا قليلا سلا ما سلا ما (١) فلا صريخ لهم ولا هم ينقدون إلا رحمة منا (٢) إنا أرسلناهم إلى قوم مجرمين إلا آل لوط (٣) وقال الشاعر وبلدة ليس لها أنيس* إلا اليعافير وإلا العيس. وقال النابغة - وما بالربع من أحد إلا أوارى وقال بعض الأصوليين لا يقبل إلا باخراج ما لولاه لدخل (ولأنه) إما من اللفظ أو من المعنى وكلاهما باطل أما الأول فظاهر وأما الثاني فلأنه لو صح المعنى المشترك لصح استثناء كل شيء من كل شيء وصار من الجنس. قال دام ظله: الاستثناء المستوعب باطل ويجوز إبقاء فرد واحد على الأقوى.

أقول: الخلاف هنا بين الأصوليين والمباحث أربعة (أ) منع قوم من استثناء الأكثر وجوز استثناء النصف أو أقل واختاره ابن درستويه النحوي (ب) منع القاضي أبو بكر والحنابلة من استثناء الأكثر والمساوي وأوجبوا في المستثنى أن يكون أقل (ج) جوز قوم الجميع وهو اختيار أكثر علمائنا وأكثر الأشاعرة وأكثر الفقهاء والمتكلمين (د) أوجب أبو الحسين البصري إبقاء كثرة تقرب من مدلول اللفظ والأدلة المذكورة في الأصول. قال دام ظله: ولو قال له ألف إلا درهما (إلى قوله) وإلا فالجميع دراهم

- (١) الواقعة - ٢٤ - .
(٢) يس - ٤٣ - ٤٤ -
(٣) الحجر - ٥٨ ٥٩ - .

ولو قال له علي ألف درهم إلا ثوبا فإن منعنا المنقطع وجبت الألف و
إلا طوب بذكر قيمة الثوب فإن استوعبت بطل التفسير فيطالب بغيره أو الاستثناء على
الاحتمال ولو قال له ألف إلا شيئا كلف تفسيرهما ولو قال له ثلاثة إلا ثلاثة بطل الاستثناء
وكذا له درهم إلا درهما ولو قاله درهم ودرهم إلا درهما قيل أن حكم بعوده إلى الأخيرة
بطل والأصح وليس بمعتمد أما لو قال له ثلاثة ودرهما إلا درهماين فإنه يصح والأقرب

أقول: هنا مسائل (أ) إذا قال له علي ألف إلا درهما فعلى القول بجواز الاستثناء
المنفصل لم يدل استثناء الدرهم على أن الكل دراهم فيبقى الألف مجملة فيطالب بتفسيرها
ويقبل تفسيره إذا بقي بعد الاستثناء شيء والخلاف في كمية ما بقي كما تقدم (ب) لو فسر
بالمستغرق فالتفسير لغو إجماعا وفي الاستثناء وجهان (أحدهما) الصحة لأنه صحيح
(من) حيث اللفظ والخلل إنما هو فيما فسر به اللفظ ولا يلزم من بطلان التفسير بطلانه
فيقال له هذا تفسير باطل ففسره بتفسير صحيح (والثاني) أنه يبطل الاستثناء ويلزمه
الألف لأنه بين ما أراد باللفظ وكأنه تلفظ به وهذا هو الأصح عندي (ج) على القول
ببطلان المنفصل وهو الاستثناء من غير الجنس هل يكون الألف دراهم (قيل) نعم لأن
الاستثناء قرينة دالة عليه (وقيل) لا لأنه وإن لم يجز شرعا لكنه مستعمل في العرف و
الثاني أصح عندي والأول هو اختيار المصنف.

قال دام ظله: ولو قال له ألف درهم إلا ثوبا (إلى قوله) أو الاستثناء
على الاحتمال.

أقول: الثاني قول ابن الجنيد لأنه استثناء مستوعب فيبطل (ووجه الأول) أنه
يصح اخراج البعض وقد أخرجه حيث ضمه إلى غيره فيبطل ما بطل به ويصح ما عداه
قال دام ظله: ولو قال لو درهم ودرهم إلا درهما (إلى قوله) وليس بمعتمد.
أقول: هذا قول الشيخ وابن إدريس استدلا بأن الواو العاطفة تجمع بين
العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحد فلم يبق فرق بين قوله له علي درهما
إلا درهما وبين قوله درهم ودرهم إلا درهما (احتج) المصنف بأنه نص على ثبوت كل
واحد من الدرهمين فلم يمكنه نفيه كما لو قال جاء زيد وعمرو وخالد إلا زيدا

صحة له درهمان ودرهمان إلا درهمين لأن الاستثناء إنما يرجع إلى الأخير لو لم يوجد قرينة الرجوع إلى الجميع ولو قال له ثلاثة إلا درهما ودرهما واحدا احتمل قويا بطلان الأخير وضعيفا للجميع ولو قال له ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين احتمل بطلان الأول المستوعب والثاني المتفرع عليه وبطلان الأول خاصة فيعود الثاني إلى المستثنى منه لبطلان ما بينهما فيلزمه درهم وصحتهما فيلزمه درهمان لأن ثلاثة إلا درهمين في مقام درهم هو المستثنى من الإقرار والاستثناء من العين صحيح كقوله هذه الدار لزيد إلا هذا البيت وهذا الخاتم له إلا فسه ولو قال هذه العبيد إلا واحدا فله التعيين فلو ماتوا إلا واحدا فقال هو المستثنى قبل ولو قال له على عشرة إلا درهم بالرفع لزمه الشعرة

وهو الأصح وأما على القول بأن الاستثناء يرجع إلى الأخيرة يبطل الاستثناء قطعاً. قال دام ظله: والأقرب صحة له درهمان (إلى قوله) قرينة الرجوع إلى الجميع.

أقول: ويحتمل العدم لأن الشارع لم يحمل اللفظ على مجازته لتصحيح التصرف بل إنما يحمل على حقيقته فإن لم يصح حكم ببطلانه والفرق بينهما أن قوله له درهمان متعدد فيصح أن يقصد به بعضه كالدرهم بخلاف الدرهم لاتحاده لأنه لو أراد من درهم نصفه لكان الاستثناء من غير الجنس هذا خلف.

قال دام ظله: ولو قال لثلاثة إلا درهما ودرهما واحدا احتمل قويا بطلان الأخير وضعيفا للجميع.

أقول: الأصح عندي بطلان الأخير لأن به الاستغراق فيبطل لأن كل من الأول والثاني غير مستغرق فوق موقعه فصحا (ووجه) بطلان الجميع أن كل واحد واحد غير مستغرق والكل هو المستغرق فيكون الكل باطلا وليس بجيد لأنه بالأولين استوفى حقه من الاستثناء فبطل الثالث.

قال دام ظله: ولو قال له ثلاثة إلا ثلاثة (إلى قوله) هو المستثنى من الإقرار.

أقول: الحق هو الأخير وقد قررنا برهانه في الأصول ولا اعتبار بالأولين.

ولو قال ماله عندي عشرة إلا درهم فهو وإقرار بدرهم ولو نصب لم يكن إقرارا بشيء، ولو قال

هذه الدار لزيد وهذا البيت لي فهو كالاستثناء ولا فرق بين أدوات الاستثناء مثل له على عشرة سوى درهم أوليس أو خلا أو عدا أو ما خلا أو ما عدا أو لا يكون أو غير درهم

بالنصب ولو رفع الغير فهو وصف إن كان عارفا وإلا لزمه تسعة، ويشترط في الاستثناء كله الاتصال ولو قال لزيد ستة إلا نصف ما لبكر ولبكر ستة إلا نصف ما لزيد فلزيد شيء ولبكر ستة إلا نصف شيء فلزيد ستة إلا ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شيء لأنك تسقط الربع في مقابلة الربع المستثنى فإذا جبرت وقابلت صار ستة تعدل ثلاثة و ثلاثة أرباع شيء فإذا أسقطت ثلاثة بمثلها بقي ثلاثة تعدل ثلاثة أرباع شيء فالشيء أربعة فلكل منهما أربعة ولو قال لزيد عشرة إلا نصف ما لبكر ولبكر عشرة إلا ثلث ما لزيد فلزيد شيء ولبكر عشرة إلا ثلث شيء فلزيد خمسة أسداس شيء فإذا جبرت وقابلت صار عشرة تعدل خمسة أسداس شيء فإذا أسقطت خمسة بمثلها بقي خمسة تعدل خمسة أسداس شيء فالشيء تعدل ستة فهي لزيد ولبكر ثمانية ولو قال لزيد عشرة إلا ثلث ما لبكر ولبكر خمسة عشر إلا نصف ما لزيد فلزيد شيء و لبكر خمسة عشر إلا نصف شيء فلزيد عشرة و سدس شيء إلا خمسة تعدل شيئا يسقط السدس بمثله تبقى خمسة تعدل خمسة أسداس شيء فالشيء ستة لزيد ولبكر اثنا عشر، ولو أقر لأحدهما بمثل الآخر وعطف في أحدهما بالنصف واستثناء من الآخر فلذي العطف ثلاثة أمثال ما للآخر.

المطلب الثاني فيما عدا الاستثناء وهو سبعة

الأول إذا عطف (ببل) فإن كانا معينين أو مختلفين لم يقبل أضرابه ولزمه الأمران ولو كان مطلقين أو أحدهما لزمه واحد أو الأكثر فلو قال له هذا الدرهم بل هذا أو قفيز حنطة بل قفيز شعير لزمه الدرهمان والقفيزان ولو قال له هذا الدرهم بل درهم أو درهم

المطلب الثاني في ما عدا الاستثناء
قال دام: ولو قال له هذا الدرهم (إلى قوله) (ويحتمل) لزوم

بل هذا الدرهم لزمه المعين (ويحتمل) لزوم الدرهمين ولو قال له درهم بل درهم لزمه واحد (ويحتمل) اثنين لاستدعاء الأضراب المغايرة ولو قال له درهم بل درهما لزمه درهما ولو قال له هذا الدرهم بل هذان لزمه الثلاثة وكذا لو قال له قفيز شعير بل قفيزان حنطة ولو قال له عشرة لا بل تسعة لزمه عشرة بخلاف الاستثناء ولو عطف (بلكن) لزمه ما بعدها إذ لا يعطف بها إلا بعد النفي فلو قال ماله عندي عشرة لكن خمسة لزمه خمسة.

الثاني إذا كان في يده شيء على ظاهر التملك فقال هذا الشيء لزيد بل لعمر و قضي به للأول وغرم للثاني قيمته وكذا غصبته من زيد بل من عمرو على إشكال أو

الدرهمين.

أقول: وجه الأول أصح لأن ذكر المطلق مع المعين لا يقتضي التكرار لأنه يصدق حمل المطلق على المعين بأنه هو هو ولأصالة براءة الذمة من غير المعين (وجه) الثاني أن (بل) للاستدراك وإنكار الأول فقد أنكر شيئاً أقر به فلم يقبل وأقر بآخر والمقر به غير المنكر فدل على تعددهما ولأن الإقرار بالمطلق يقتضي براءة بغير المعين بل بأي درهم وإقراره بالمعين يقتضي عدم براءة إلا به فتغايرا (وفيه) نظر لأنه إنما يقتضي المطلق ذلك لو لم يأت بما يصلح أن يكون تعييناً وهذا صالح لذلك وكل ما يحتمل أن لا يكون إقراراً بما يدل عليه اللفظ لا يكون إقراراً به. قال دام ظله: ولو قال له درهم بل درهم واحد (ويحتمل) اثنين لاستدعاء الإقرار المغايرة.

أقول: وجه الأول أنه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه إلا واحد والأصح الأخير لأن (بل) للاستدراك وإنكار واعتراض وتواردتهما على محل واحد فتعين التغاير والإنكار لا يقبل.

قال دام ظله: إذا كان في يده شيء (إلى قوله) بل من عمر وعلى إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن الغرم للتعارض وليس لإمكان صدقه فيهما بأن يكون

غصبتة من زيد لا بل من عمروا وغصبتة من زيد وغصبه زيد من عمرو وكذا استودعته من زيد بل من عمرو وسواء اتصل الكلام أو انفصل ولو قال لزيد بل لعمرو بل لخالد حكم للأول وغرم لكل من الباقيين كمال القيمة ولو قال بل لعمرو وخالد فقيمة واحدة

ملكا لأحدهما والآخر في يده بإجارة أو غيرها فيصدق أنه غصبه منهما (إما) من المالك فلأنه استولى على ملكه قهرا ظلما ومنعه منه (وإما) من ذي اليد فلأنه لا يشترط في الغصب ملكية ذي اليد فلم يقر بما يستلزم الضمان للثاني لأنه أقر بالأعم منه (ولأنه) لم يقر لواحد منهما بالملكية لا بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام (ومن) أن الغصب موجب للرد والضمان (ولأن) الإقرار كالفعل ولو شاهدناه قد غصبه من يد انسان حكمنا ضمانه له والأصل في اليد الملكية ويكفي في تضمين الغاصب لصاحبها لأنه مأخوذ بأشق الأحوال ولأنها تكفي في العلم الذي يستند إليه الشاهد بالملكية لصاحبها وهذا هو الأقوى عندي لأن من قواعدهم أن كل إقرارين متساويي الدلالة على الإقرار صدرا من شخص واحد أهل للإقرار حكم عليه لا على غيره بموجب كل منهما لولا الآخر ويقدم الأول في ما يتعارضان فيه ويكون تفويتا له منه على الثاني (واعلم) أن قوله غصبتة من عمرو حكم الشارع له بأنه لعمرو لولا إقرار سابق فلا يرد (إن كلما يحتمل أن لا يكون إقرار هنا) (١) لأننا نعتبر احتمال عدم كونه إقرارا على تقدير انفراده لكنه لم يوجد هنا تغليظا على الغاصب.

قال دام ظله: ولو قال عصبته من زيد وملكه لعمرو (إلى قوله) ويحتمل الضمان أقول: وجه الاحتمال الأخير الحيلولة والتفويت بإقراره الأول (والتحقيق) أنه إن قلنا بتضمنه في المسألة الأولى وهي قوله غصبتة من زيد بل من عمرو فالضمان هنا قطعي (وإن قلنا) بعدمه ثمة احتمال هنا عدم الضمان لما ذكره المصنف والصحيح عندي الضمان هنا لأنه صرح بملكية الثاني وصدر منه ما أحال بين المالك وملكه فيضمن (لا يقال) شرط الضمان بالحيلولة التعدي ولا يعلم وجوده هنا لإمكان صدقه و الحكم مستند إلى الشارع (لأننا) نقول هذا إقرار من ذي يد وقد أقر بأنها يد ضمان فيكفي

(١) هكذا في النسخ ولعل في الكلام سقطا.

لهما ولو قال لزيد وعمرو نصفين بل لخالد غرم لخالد الجميع ولو قال بل ولخالد
فالثلث ولو قال بل لزيد وخالد النصف ولو صدقه الأول في ذلك كله فلا غرم، ولو
قال غصبتة من زيد وملكه لعمرو أو وهو لعمرو ولزمه الدفع إلى زيد ولا يغرم لعمرو
(لأنه)

يجوز أن يكون في يد زيد بحق إجارة أو وصية أو عارية فلا تنافي ملكية عمرو ولم
يوجد منه تفريط يوجب الضمان بخلاف هذا لزيد بل لعمرو ولأنه أقر للثاني بما أقر به
للأول فكان الثاني رجوعاً عن الأول بخلاف ما قلناه ولا يحكم بالملك لعمرو إذ هو
بمنزلة من أقر لغيره بما في يد آخر (ويحتمل) الضمان وكذا لو قال هذا لزيد وغصبتة
من عمرو فإنه يلزمه الدفع إلى زيد ويغرم لعمرو على إشكال.
الثالث هل يصح البدل كالأستثناء الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار
كما لو قال له هذه الدار هبة أو صدقة أما لو قال له هذه الدار عارية أو سكنى (ففيه نظر)

قال دام ظله: وكذا لو قال هذا لزيد وغصبتة من عمرو فإنه يلزمه دفعه
إلى زيد ويغرم لعمرو على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه لم يقر لعمرو بالملكية (ومن) أن الغصب موجب للضمان
والرد والأصل في اليد الملكية والأقوى عندي هنا عدم الضمان لأنه قدم ملك زيد و
لم يأت بما ينافيه.

قال دام ظله: هل يصح البدل كالأستثناء الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى
الإقرار كما لو قال له هذه الدار هبة أو صدقة.

أقول: البدل تابع مقصود بما نسب إلى المتبوع دونه إذا عرفت ذلك (فنقول)
وجه القرب أنه فسر بما جرت به اللغة واستعمل في لسان العرب وفي القرآن لقوله
تعالى يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه (١) وما أنسانيه إلا الشيطان
أن أذكره (٢) فإن أذكره بدل من الهاء في أنسانيه (ويحتمل) عدمه لأنه بإقراره صار
ملكاً للغير فلا يقبل قوله في رجوعه لأنه إنكار بعد اعتراف والأصح الأول.

(١) البقرة - ٢١٧
(٢) الكهف - ٦٢.

ينشأ (من) كونه رفعا لمقتضى الإقرار (ومن) صحة بدل الاشتمال لغة ولو قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها ففيه الإشكال.

الرابع لو قال كان له على ألف وقضيته أو قضيته منها خمسمائة لم يقبل قوله في القضاء إلا ببينة ولو قال لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فالأقرب لزوم الخمسين خاصة لاحتمال قوله منها مما يدعيه ولو قال أخذت منه ألف درهم من ديني أو من وديعتي عنده فأنكر السبب وادعى التملك حكم للمقر له بعد الإحلاف. الخامس وقال له على ألف من ثمن خمر أو خنزير أو ثمن مبيع هلك قبل قبضه أو لم أقبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو ضمنت به على أنني بالخيار لزمه الألف و لم يقبل قوله في المسقط، ولو قال له على ألف لا تلزم لزمه ولو قال له على ألف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم أقبضه لزمه الألف، ولو قال على ألف من ثمن مبيع ثم

قال دام ظله: ولو قال له هذه الدار ثلثها أو ربعها ففيه الإشكال. أقول: ينشأ (من) كونه رفعا لمقتضى الإقرار (ومن) صحة بدل البعض لغة كقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا (١) والأقوى عندي أنه لا يقبل لأنه إنكار بعد اعتراف.

قال دام ظله: ولو قال لي عليك مائة فقال قضيتك (إلى قوله) مما يدعيه. أقول: (ومن) العرف المشهور بين الناس أنه إنما يستعمل ذلك مع ثبوت المائة في ذمته والأصح الأول لأن ما بني على الاحتياط لا يكفي فيه الظن لأنه انتقال من ظن إلى يقين أو إلى ظن أقوى وفي الإقرارات هو بالمعنى الأول ونقل مال الغير وإثبات شيء في ذمة الغير مبني على الاحتياط بالمعنى الأول ولصحة قوله عقيب الدعوى قضيتك منها خمسين وليس لك غيرها ولا تناقض فيكون أعم من الإقرار بالأخرى ولا دلالة للعام على الخاص ورجوع الضمير يمكن أن يكون باعتبار مجرد الاسم لا الوصف بأنها عليه فلا يستلزم الإقرار بالمائة.

قال دام ظله: ولو قال له على ألف من ثمن مبيع (إلى قوله) أو التصديق

سكت ثم قال لم أقبضه احتمل القبول إن سمع مع الاتصال أو التصديق واللزوم، ولو قال على ألف من ثمن عبد إن سلم سلمت احتمل لزوم ألف معجلا وبعد تسليم العبد و لو قال له ألف مؤجلة أو زيوف أو ناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال إشكال و

واللزوم.

أقول: إن قلنا بعدم القبول مع الاتصال لأنه إنكار بعد اعتراف فهنا أولى وإن قلنا بقبوله مع الاتصال فقد اختلف الأصحاب هنا فقال الشيخ في المبسوط والخلاف قبل منه لعدم منافاته إقراره (ولأن) الأصل براءة الذمة (ولأن) إقراره تعلق بالمبيع لقبول البدل كما تقدم والأصل عدم القبض واختاره ابن البراج، وقال ابن إدريس لا يقبل لأنه إقرار بالمسقط بعد الاعتراف (والأقوى) الأول لأن الانسان قد يخبر بما في ذمته على حد ما في ذمته وعدم القبول يسد باب الإقرار وهو مناف لحكمة الشرع أما لو صدقه

المقر له بأنه من ثمن مبيع كان القول قول منكر القبض (وعلى) لا ينافيه لأن العقد يقتضي ملك المشتري العين والبايع الثمن.

قال دام ظله: ولو قال له على ألف (إلى قوله) وبعد تسليم العبد. أقول: قال الشيخ رحمه الله إن وصل الكلام كان القول قول المقر مع اليمين لإمكانه (ويحتمل) عدمه لأنه إنكار بعد اعتراف والأقوى القبول كالأولى. قال دام ظله: ولو قال له ألف مؤجلة أو زيوف أو ناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال إشكال.

أقول: للشيخ قولان (أحدهما) ثبوت الأجل مع الاتصال وبه قال ابن البراج (والثاني) لا يثبت ويلزم به في الحال وبه قال ابن الجنيد وابن إدريس، واختار المصنف في المختلف والتذكرة الأول لأن حكم الإقرار إلزام المقر بما أقر به والحق المؤجل غير الحال فإذا أقر بالمؤجل لم يلزمه غيره كما لو أقر بنقد معين أو وزن ناقص أو مال معيب (ولأن) الحق قد ثبت في الذمة مؤجلا كما ثبت حالا فإذا أراد المقر الإخبار بما في ذمته وجب أن يجعل الشارع له وسيلة إليه ولا وسيلة لو لم يقبل إقراره (احتج) الآخرون بأنه وصل إقراره بما يسقط عنه المطالبة به (ولأنه) إقرار بفعل الغير لأن -

لو قال له ألف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قطعاً ولو قال من حيث القرض لم يقبل قطعاً ولو قال ابتعت بخيار أو كفلت بخيار لم يقبل تفسيره ولو أفر العجمي بالعربية ثم قال لقلت فإن كان لا يفهم سمعت دعواه وإلا فلا.

السادس لو قال له عندي دراهم وديعة قبل تفسيره سواء اتصل كلامه أو انفصل ولو ادعى المالك أنها دين فالقول قوله مع اليمين بخلاف ما لو قال أمانة ولو قال له عندي وديعة وقد هلكت أو رددتها إليه لم يقبل منه، أما لو قال كان له عندي قبل ولو قال له على ألف وديعة لم يقبل تفسيره وتلزمه لو ادعى التلف (ولو قال) لك على ألف وأحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك (احتمل) تقديم قول المقر لإمكان الضمان بالتعدي ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف وتقديم قول المقر له وكذا لو قال لك في ذمتي ألف وجاء بها وقال هي وديعة وهذه بدلها أما لو قال لك

التأجيل من فعل صاحب المال عليه وهو الأصح لأنه أقر باستحقاق الغير وادعى ثبوت حق له وهو التأجيل فيحتاج في إثبات دعواه إلى بينة أو إقرار الخصم وحكمه. قال دام ظله: ولو قال لك على ألف وأحضرها (إلى قوله) وتقديم قول المقر له.

أقول: الأول قول الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو الأقوى عندي (والثاني) قول ابن إدريس (ووجه) الثاني أن (على) يقتضي الثبوت في الذمة ولهذا لو قال على ما على فلان كان ضماناً والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها ولأن الأعيان الموجودة في الخارج لا تثبت في الذمة (احتج) الشيخ بأن (على) قد تستعمل في إيجاب رد الأعيان وتسليمها إلى المقر له ولأن حروف الصلة قد يقوم بعضها مقام بعض لقوله تعالى ولهم على ذنب (١) وقوله تعالى لأصلبنكم في جذوع النخل (٢) و الاجماع على قبول قوله على ألف درهم وديعة مع الوصل وفي الفصل خلاف ولو كان (على) يقتضي ثبوت نفس المقر به في الذمة لم يقبل قوله هذا لاقتضائه رفع الإقرار لأن

(١) الشعراء - ١٣ .

(٢) طه - ٧٤ .

في ذمتي ألف وهذه التي أقررت بها كانت وديعة لم يقبل ولو قال له على ألف ودفعها ثم قال كانت وديعة وكنت أظنها باقية فبانت تالفة لم يقبل لأنه مكذب لإقراره أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار قبل بالبينة ولو قال له عندي وديعة دينا أو مضاربة دينا صح ولزمه الضمان لأنه قد يتعدى فيها فيكون دينا ولو قال أردت أنه شرط على ضمانها لم يقبل ولو قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل مع الاتصال على إشكال السابع لو أقر بالبيع وقبض الثمن ثم أنكر وادعى الإشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالأقرب سماع دعواه فيحلف المشتري وكذا لو أقر بالاقتراض ثم ادعى الإشهاد في الصك قبل القبض حلف المقرض أما لو شهد الشاهدان بمشاهدة القبض في الموضوعين لم تسمع دعواه ولا يمين على المدعي.

الفصل الرابع في الإقرار بالنسب المقر به أما ولدا وغيره أما الولد فيشترط في الإقرار به عدم تكذيب الحس والشرع والمقر به وعدم المنازع فلو أقر ببنة من هو أكبر منه سنا أو مساو أصغر بما لم تجرد العادة بتولده عنه أو بمن بينه وبين أمه مسافة لا يمكن الوصول في مثل عمر الولد أو ببنة مشهور النسب بغيره أو بمن كذبه الولد البالغ لم يثبت ولم نازعه

نفس العين لا تثبت في الذمة بل الواجب الأداء أو القيمة بالتلف.
قال دام ظله: ولو قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل مع الاتصال على إشكال.
أقول: ينشأ (من) الإيداع والاقراض قد يصدق من دون القبض والقبول حقيقة عرفية فيقبل تفسيره ويقال أقرضني فلم أقترض وأودعني فلم استودع (ومن) أنه إنما يحمل على الصحيح شرعا وهو المنضم إلى القبض والقبول فإن القرض والوديعة إنما يتحققان بالقبض.
قال دام ظله: ولو أقر بالبيع وقبض الثمن (إلى قوله) حلف المقرض.
أقول: وجه القرب العادة ولأن عدم القبول يفضي إلى الحرج وهو الأصح عندي (ومن) أنه إنكار بعد اعتراف.

غيره لم يلحق بأحدهما إلا بالبينة أو القرعة (وهل) حكم المرأة في إقرارها بالولد حكم الرجل (نظر) ولا يعتبر تصديق الصغير ولو أنكر بعد بلوغه لم يلتفت إلى إنكاره لسبق ثبوت نسبه ولو مات الصغير ورثه الأب ولو اعترف ببنة ميت مجهول ثبت نسبه وورثه وإن كان كبيرا ذا مال مع عدم وارث غيره وكذا المجنون لا يعتبر تصديقه والأقرب اشتراط التصديق في الكبير العاقل وليس الإقرار بالولد إقرارا بزوجة أمه

الفصل الرابع في الإقرار بالنسب

قال دام ظلّه: وهل حكم المرأة في إقرارها بالولد حكم الرجل نظر. أقول: ينشأ (من) أن النص ورد في الرجل (ومن) اتحاد طريقهما ولورود رواية بصيغة المذكور تصلح لشمول المؤنث لو أريد وقد اختلف الأصوليون فقال بعضهم يتناول الإناث مع الإطلاق لتغليب المذكور لو اجتمعا والحق أنه لا يتناولهن لأن الجمع تكرير الواحد وهو لا يتناول الأنثى.

قال دام ظلّه: والأقرب اشتراط التصديق في الكبير العاقل أقول: هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن إدريس لأن الإقرار بالنسب إقرار في حق المقر والمقر به لتلازم الإضافتين فيكون إقرارا في حق الغير والعقل يقضي برده لأدائه إلى اختلال أحوال العباد وقيل (قبل - خ ل) في الصبي لحكم لم يوجد هنا وقال الشيخ في النهاية لا يعتبر لأنه ليس إقرارا في حقه وإلا لكان إقرارا في حقه في حال الصغر لكن التالي باطل لأنه لا يسمع إقرار غير الولي على الطفل فسماع إقراره موقوف على أبوته فلو ثبتت به دار (والجواب) الفرق فإنه في الصغير دعوى بغير منازع فعلا ولا قوة ولا دعوى نقل ولا معارض له ظاهرا فتقبل بخلاف من له أهلية الإنكار (ولتعذر) إقامة البينة غالبا والتصديق منه ويتفرع على إلحاق الصغير بمجرد استلحاقه إرثه منه وعدم قتله به لو قتله وإن تأخر الاستلحاق عن الموت والقتل لأن أمر النسب مبني على التغليب ولهذا يثبت بمجرد الإمكان ولا اعتبار للتهمة فيه.

وإن كانت مشهورة بالحرية ولو أقر بنوة ولد أمته لحق به وكان حرا إن لم يكن لها زوج ولو أقر بنوة ولد إحدى أمتيه وعينه لحق به وكان الآخر رقا وكذا لو كانا من أم واحدة فإن ادعت الأخرى أن ولدها هو المقر به قدم قوله مع اليمين ولو لم يعين ومات فالأقرب القرعة، وهل يقبل تعيين الوارث إشكال ولو عين واشتبه ومات أو لم يعين استخرج بالقرعة وكان الآخر رقا ويثبت الاستيلاد لأم من أخرجته القرعة ولو كان لهما زوجان بطل إقراره به ولو كان لأحدهما زوج انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى وأما غير الولد فيشترط التصديق أو البينة وإن كان ولد وإذا أقر بوالد أو أخ أو غيرهما ولا وارث له وصدقه المقر به توارثا بينهما ولا يتعدى التوارث إلى غيرهما ولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل إقراره في النسب وإن تصادقا وإذا أقر أحد الولدين خاصة ولا وارث غيرهما بثالث لم يثبت نسبه في حق المنكر ولا المقر لعدم تبعض النسب بل يشارك بالنسبة إلى حصة المقر فيأخذ ثلث ما في يده وهو فضل ما في يد المقر عن

قال دام ظلّه: ولو أقر بنوة ولد إحدى أمتيه (إلى قوله) ولو لم يعين ومات فالأقرب القرعة.

أقول: وجه القرب رواية أبي حمزة الشمالي عن أبي عبد الله عليه السلام (١) ولأنه أمر مشكل وقال الشيخ الطوسي في المبسوط يقوم الوارث مقامه في التعيين فإن امتنع من التعيين والبيان وقال لا أعلم أقرع (وفيه نظر) فإن مجموع الوارث قائم مقامه لو سلم وهذا المعلوم بعضه ولا يقوم البعض مقام الكل وإقرار الكل يستلزم الدور (وفيه نظر) لأن المعتبر من هو وارث ظاهرا قبل ثبوت الإقرار. قال دام ظلّه: وهل يقبل تعيين الوارث إشكال.

أقول: ينشأ (مما تقدم) (ومن) أنه إقرار في حق الغير (ومن) أن التعيين حق الميت فينتقل إلى الوارث (والتحقيق) أن نقول إن أخبر الوارث عن مراد الميت كان شهادة فتسمع مع اجتماع الشرائط وإلا فلا وإنما ينتقل إلى الوارث حق الانشاء لا حق الإقرار.

(١) ثل باب ٤٣ خبر ١ من كتاب الوصية.

ميراثه ولو كان الإقرار ببنت لزمه دفع خمس ما في يده ولو أقر ما ثبت للمقر له كمال حصته ولو أقر اثنان من الورثة بنسب للميت وكانا عدلين ثبت النسب والميراث وإلا أخذ من حصتهما بالنسبة ولو شهد الإخوان بابن للميت وكانا عدلين ثبت نسبه وحاز الميراث ولا دور ولو كانا فاسقين أخذ الميراث ولم يثبت النسب وإنما يثبت النسب بشهادة رجلين عدلين لا بشهادة رجل وامرأتين ولا رجل ويمين ولا بشهادة فاسقين وإن كانا وارثين.

فروع

(الأول) لو أقر الولد بآخر فأقرا بثالث ثبت نسبه الثالث مع عدالتهما فلو أنكر الثالث الثاني لم يثبت نسب الثاني ويأخذ السدس والثالث النصف والأول الثلث فإن مات الثالث عن ابن مقر دفع السدس إلى الثاني أيضا ولو كان الأولان معلومي النسب لم يلتفت إلى إنكاره لأحدهما وكانت التركة أثلاثا ولو أنكر الأول وكان معلوم النسب لم يلتفت إلى إنكاره وإلا فله النصف وللأول السدس إن صدقه الثاني.

(الثاني) لو أقر الوارث بمن هو أولى منه كان المال للمقر له فلو أقر العلم بأخ سلم إليه التركة فإن أقر الأخ بولد سلمت التركة إلى الولد ولو كان المقر العم بعد إقراره بالأخ فإن صدقه الأخ فالتركة للولد وإن كذبه فالتركة للأخ ويغرم العم التركة للولد إن نفى وارثا غيره وإلا فإشكال.

قال دام ظله: ولو كان المقر العم بعد إقراره بالأخ فإن صدقه الأخ (إلى قوله) وإلا فإشكال.

أقول: البحث هنا يتوقف على مقدمة هي أن الاعتبار في الإقرار بوارث يأخذ عين التركة صدوره ممن هو وارث لولا إقراره بهذا الوارث وفي الإرث مطلقا أي بعين التركة وقيمتها ممن هو وارث لولا إقراره بأولى منه كما أن الحائز للتركة إذا أقر بمشارك فإن الاعتبار بكونه حائزا لولا إقراره بمشارك وذلك لا ينافي خروجه عن الحائزية بهذا الإقرار فكذلك ها هنا فإذا أقر هذا الوارث ظاهرا بمشارك أو أولى من حيث النسب حكم عليه بإرث المقر به ولا دور ولا يثبت نسبه بالنسبة إلى الميت إلا بيينة كهوان كان كمالها أو مع غيره أو غيره بشرائطها (ويتفرع) على ذلك أنه لو أقر العم

(الثالث) لو أقر الأخ بولد للميت فالمال للولد فإن أقر بآخر فإن صدقه الأول فالتركة بينهما وإن كذبه فالتركة للأول ويغرم النصف للثاني وإن أنكر الثاني الأول فإن أقر بثالث فإن صدقه الأول فله النصف وإن كذبه غرم المقر الثالث ولو أقر بولد ثم بآخر فصدقه الأول وأنكر الثاني الأول فالتركة للثاني ولا غرم (الرابع) لو أقرت الزوجة مع الأخوة بولد فإن صدقها الأخوة فالمال للولد وكذا كل وارث ظاهر أقر بأولى منه ولو أقر بمساو دفع بنسبة نصيبه ولو كذبها الأخوة فلهم ثلاثة الأرباع وللولد الثمن وللزوجة الثمن (الخامس) لو أقر الأخ بولدين دفعة فصدقة كل واحد عن نفسه لم يثبت النسب ويثبت الميراث فيأخذ كل واحد النصف ولو تناكرا بينهما لم يلتفت إلى تناكرهما، ولو أقر أحد الأخوين بولد وكذبه الآخر أخذ الولد نصيب المقر خاصة فإن أقر المنكر بآخر دفع إليه ما في يده.

(السادس) لو أقر بزواج لذات الولد أعطاه ربع ما في يده ولو لم يكن ولد إعطاء النصف فإن أقر بزواج آخر لم يقبل فإن أكذب إقراره الأول غرم للثاني ما دفع إلى

بأخ للميت حكم بأولويته في الميراث وإذا أقر بعد ذلك بولد للميت وارث فإن صدقه الأخ فلا بحث وإن كذبه حكم عليه بمقتضى إقراره لا على الأخ فلا يخلو (إما) أن يكون قد سلم التركة إلى الأخ مختاراً (أو لا) فإن كان الأول ضمن التركة للولد قطعاً وإن كان الثاني (فإما) أن يكون قد سلمه الحاكم بموجب إقراره (أو هي باقية) في يده (أو) في حكم الباقية كما لو أتلّفها العم والبحث هنا فيهما (فنقول) إما أن يكون قد نفى وارثاً غير الأخ بإقراره (أو لا) فإن كان الأول ضمن للولد قطعاً وإن كان الثاني (هل) يضمن للولد لوجوب دفعها إلى الأخ بإقراره الأول أو لا جزم الشيخ في النهاية بالضمان وقال المصنف فيه إشكال ينسأ (من) أنه بإقراره الأول بالأخ قبل ثبوت نسب الولد سبب في تفويت التركة على الولد فيضمن وهذه حجة الشيخ (ومن) أنه غير مناف وجاز صدقه فيهما فلم يصدر منه مناف لإقراره بالولد (ولأنه) لم يقر بعدم استحقاق الولد ولا بملزومه والأقوى عند قول الشيخ.

الأول وهل يثبت الغرم بمجرد الإقرار أو بالتكذيب، الظاهر من كلام الأصحاب الثاني ولو أقر بزوجة لذي الولد أعطائها ثمن ما في يده ولو خلا عن الولد أعطائها الربع فإن أقر بأخرى فإن صدقته الأولى اقتسمتا وإلا غرم لها نصف ما أخذت الأولى من حصته ولو أقر بثلاثة أعطائها الثلث فإن أقر برابعة أعطائها الربع فإن أقر بخامسة لم يلتفت إليه على إشكال فإن أنكر إحدى الأربع غرم لها ربع الثمن أو الربع ولو كان إقراره بالأربع دفعة ثبت نصيب الزوجية لهن ولا غرم سواء تصادقن أو لا.

(السابع) لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس فإن أقر الأخ من الأم بأخرين منها وصدقها الأول سلم الأخ من الأم إليهما ثلث السدس بينهما بالسوية ويبقى معه الثلثان وسلم إليهما الأخ من الأب سدسا آخر ويحتمل أن يسلم الأخ من الأم من الثلثين ويرجع كل منهم على الأخ من الأب بثلث السدس ولو كذبه فعلى الأول للأول ثلثا السدس ولهما الثلث وعلى الثاني السدس بينهم أثلاثا (الثامن) لو اعترف الولد

قال دام ظله: وهل يثبت الغرم بمجرد الإقرار أو بالتكذيب الظاهر من كلام الأصحاب الثاني.

أقول: لأنه يثبت حكم الأول وحكم ببطلان غيره فيكون إقرار بملك الغير فلا يقبل كما لو قال ما بيد زيد لعمرى فلا يغرم إلا بتكذيب الأول (ومن) حيث إن إقراره الآخر

مستلزم لتكذيب الأول ولأنه يتلف حق الثاني.

قال دام ظله: فإن أقر بخامسة لم يلتفت إليه على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه حكم الشارع بالأربع فلم يلتفت إليه في الخامسة (ومن) أنه أقر بها فيحكم عليه بمقتضى إقراره لعموم الخبر وقد أتلف عليها نصيبها لإقراره الأول.

قال دام ظله: (ز) لو أقر الأخ من الأب بأخ من الأم أعطاه السدس (إلى قوله) وعلى الثاني السدس بينهم أثلاثا.

أقول: وجه الأول أن الوارث إذا أقر بأخر دفع الزائد عما في يده عن حقه هكذا نص الأصحاب (ووجه) الثاني أن قضية الشركة أن ما حصل لهم وما توى منهم و

بالزوجة أعطاهما الثمن فإن أقر بأخرى أعطاهما نصف الثمن إذا كذبتة فإن أقر
بثالثة واعترفت الأوليان بها واعترفت الثانية بالأولى استعاد من الأولى نصف الثمن ومن
الثانية سدسه فيصير معه ثلثا الثمن يسلم إلى الثالثة منه ويبقى له ثلث آخر.
(التاسع) لو كان أحد الولدين عبداً أو كافراً فأقر الحر المسلم بآخر فأعتق
العبد أو أسلم الكافر قبل القسمة شارك وإلا فلا ولو كذب بعد زوال المانع أو قبله الثاني
فلا شيء له إلا أن يرجع إلى التصديق ولو كان أحدهما غير مكلف فأقر المكلف بآخر
عزل لغير المكلف النصف فإن اعترف بعد زوال المانع دفع الفاضل عن نصيبه وإن كذب
ملك المعزول ولو مات قبل الكمال وقد تخلف السدس خاصة فإن كان قد أفرزه الحاكم
للإيقاف فهو للمقر له وإلا فثلاثاه.

(العاشر) لو أقر أحد الوالدين بآبى وأنكر الثاني ثم مات المنكر عن ابن مصدق
فالأقرب ثبوت نسب العم (ويحتمل) العدم لكن يأخذ من تركة الميت ما فضل عن
نصيبه ولو أقر الولد بزوجة وللميت أخرى فإن صدقته الأخرى فالثمن بينهما وإلا

له فائدتان (أ) صحة تصرف القابض في ثلثي السدس وعلى الثاني في ثلثه لا غير (ب) لو
تلفت التركة قبل قبض السدس الآخر وأفلس الأخ من الأب.
قال دام ظله: (ج) ولو أقر أحد الولدين بآبى وأنكر الثاني (إلى قوله)
ما فضل عن نصيبه.

أقول: البحث هنا فيما إذا كانا عدلين (ووجه) القرب أنه قد شهد شاهدان عدلان
بالنسب فيثبت أما الأولى فلأننا نبحت على تقدير عدالتهم (وأما الثانية) فلعموم النص
أنه إذا شهد وارثان وكانا عدلين بالنسب ثبت (ويحتمل) عدمه لأن شهادة ابن الابن
تتضمن الشهادة على أبيه وتكذيب الأب صريحا لأن أباه أنكره أولاً والشارع رد شهادة
الابن على الأب لكونها في مظنة تكذيبه فمع التصريح أولى وهو من باب التنبيه بالأدنى
على الأعلى (ووجه) ضعفه وقوة الأول أن الشهادة بالنسب بالنسبة إلى الأب مقبولة
من الابن عليه بعد موته بالنص فصار الأب الميت بالنسبة إلى شهادة النسب من الابن
كالأجنبي

والأجنبي إذا كذبه قبلت الشهادة عليه ولأنه ربما كذب الأب ففي شهادة الابن تخليص
له من استمرار المظلمة خصوصا في النسب فقبلت.

فلأخرى ولا غرم على إشكال ولو أقر الأخ من الأم بأخ إما من الأب أو من الأم أو
منهما فكذبه الأخ من الأب فللمقر حصته كاملا وكذا لو أقر بأخرين من الأب أو
منهما ولو كانا من الأم فإنه يدفع إليهما ثلث السدس لاعترافه بأنهما شريكان في الثلث
لكل منهم تسع وفي يده تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع ولو أقر الإخوان
من الأم بأخ منها دفعا إليه ثلث ما في يدهما سواء صدقهما الأخ من الأب أو
كذبهما ولو أقر به أحدهما خاصة دفع ثلث ما في يده ولا اعتبار بتصديق الأخ من
الأب أو تكذيبه لكن لو صدق وكان عدلا كان شاهدا فإن كان المقر عدلا ثبت
النسب وإلا فلا

المقصد الرابع في الوصايا

(وفيه فصول) الأول في أركانها ومطالبه أربعة

المطلب الأول

الوصية تمليك عين أو منفعة بعد الموت وتفتقر إلى إيجاب وهو كل لفظ دال
على ذلك القصد نحو أوصيت بكذا أو افعلوا كذا أو أعطوا فلانا بعد وفاتي أو
لفلان كذا بعد وفاتي أو جعلت له كذا ولو قال هو له فهو إقرار (يؤخذ به - خ) في
الحال لا يقبل منه حمله على الإيضاء إلا أن يقرنه بما يفسد الإقرار كما لو قال هو
من مالي له فهو وصية ولو قال عينت له كذا فهو كناية ينفذ مع النية ولو قال وهبته
وقصد الوصية لا التنجيز فالأقرب صحة التفسير لأنه بمنزلة ملكت وقبول بعد الموت

المقصد الرابع في الوصايا

(وفيه فصول الأول في أركانها ومطالبه أربعة الأول)

قال دام ظله: ولو قال وهبته وقصد الوصية لا التنجيز فالأقرب صحة

التفسير لأنه بمنزلة ملكت.

أقول: (ومن) حيث إنه لم يوضع لهذا المعنى لغة ولا شرعا ولا عرفا بخلاف
ملكته الذي هو كالجنس ولأنه يمكن تنفيذه في موضعه الصريح وهو التمليك الناجز و

ولا أثر له لو تقدم وبهما ينتقل الملك مع موت الموصي ولا يكفي الموت بدون القبول وبالعكس ولا يشترط القبول لفظاً بل يكفي الفعل الدال عليه ولا اتصال القبول فلو قبل بعد الموت بمدة أو في الحياة بعد مدة صح ما لم يرد فإن رد في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته إذ لا اعتبار بذلك الرد ولو رد بعد الموت قبل القبول بطلت وإن كان بعد القبض وبعده لا تبطل وإن كان قبل القبض على رأي ولو كان بعده لم تبطل إجماعاً ولو رد بعضاً صح في ما قبله وفي رد رأس العبد مثلاً إشكال ينشأ من بطلان إفراده فيبطل الرد أو الوصية ولو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية ولا يدخل في ملك الميت فلو

الأصح الأول لأنه أعرف بنيته (ولأن) يستعمل له مجازاً كان يقول وهبته بعد وفاتي و دلالة اللفظ على حقيقته ظاهرة يحتمل النقيض فقد فسر بما يمكن. قال دام ظله: ولو رد بعد الموت (إلى قوله) وبعده لا تبطل وإن كان قبل القبض على رأي.

أقول: قال الشيخ يجوز الرد بعد القبول قبل القبض لعدم استقرار ملكه عليه كالوقف قال وقال قوم لا يصح لأنه لما قبل ثبت ملكه إما بالموت أو بالشرطين وإذا حصل في ملكه لم يؤثر الرد لأن الملك لا يزول بالأعراض ولأنها تلزم بالقبول والموت، وقال ابن حمزة إذا رد الوصية قبل القبض صح الرد لأن الهبة أقوى منها لأنها منجزة و الوصية معلقة والهبة لا تلزم بالقبض والقبول وكذا الوصية لا تلزم بالموت والقبول (و فيه نظر) لاختلاف المسألتين في الحكم والطرفين، والأصح الأول. قال دام ظله: وفي رد رأس العبد مثلاً إشكال ينشأ (من) بطلان إفراده فيبطل الرد أو الوصية.

أقول: ينشأ (من) أنه قد يعبر عن الجملة بالرأس في العرف الغالب والأصل في تصرفات المسلم وألفاظه الصحة لا الهذرية (ومن) أن الأصل عدم الاشتراك والنقل والمجاز ولا يحمل عليه عند الإطلاق إلا مع أغلبيته في الاستعمال على الحقيقة لكنه ممنوع وللأصوليين فيه قولان فهو موقوف على مقدمتين (إحديهما) أنه مجاز غالب (والثانية) أولى من الحقيقة المغلوبة وهما ممنوعتان (والتحقيق) أن تقريره موقوف

أوصى بالحامل والحمل من الزوج له فمات قبل القبول فقبل الوارث لم ينعق عليه ولا على الوراث إلا أن يكون ممن ينعق عليه ولا يرث إلا أن يكونوا جماعة، ولو انعتق على بعضهم كما لو كان الوارث ابنا وبنتا والحمل أنثى انعتق ثلاثها وورثت ثلثي سهم بنت مما عداها خاصة بخلاف ما لو انعتق ثلاثه قبل الوفاة ولو قبل أحد الوارثين ورد الآخر صح في نصيب القابل فإن كان ممن ينعق عليه عتق عليه وقوم الباقي وتصح مطلقة مثل إن مت فتلثي للمساكين ومقيدة مثل إن مت في مرضي هذا أو في سفري هذا أو سنتي هذه أو بلدي فتلثي للمساكين فإن برء أو قدم أو خرجت السنة عليه حيا أو خرج من بلده فمات بطلت المقيدة لا المطلقة، ولو عجز عن النطق كفت الإشارة الدالة على المراد ولا يكفي الكتابة بدون الإشارة أو اللفظ وإن عمل الورثة ببعضها على رأي سواء شوهد كاتباً أو اعترف بأنه خط أو عرف ولو كتب وصية فقال أشهدوا

على مقدمات (أ) لا يصح أفراد الرأس بشئ من الأحكام بل أحكامه ملزومة لأحكام الجميع ويستحيل وجود الملزوم بدون اللازم (ب) إن هذا اللزوم ليس بينا عند كل الناس في كل الأحكام (ج) الوصية لا تصح إلا بقبول وإذا اقترن بها رد بطلت (إذا تقرر ذلك) (فنقول) منشأ الإشكال أن اللزوم غير بين فلا يحكم به على المكلف بمجرد حكمه بثبوت الرد في الملزوم لجواز كونه غير بين عنده ولم يعبر به في البيع وغيره بل أبطل تصرفه وهذا قد استقريناه كثيراً من أحكام الشرع فيبطل رد الرأس لعدم الحكم برد الباقي كما تقرر من عدم إفراده بالحكم ومن حيث إنه قد رد الوصية في جزء فلا يمكن صحتها فيه لاشتراطها بالقبول وبطلانها بالرد قبله إجماعاً والباقي لا يملك بدونه فيبطل الوصية فيه لعدم قبوله للملك والحاصل أنه أثبت أحد المتلازمين ونفى الآخر فتعارض النفي والإثبات والأصح بطلان الوصية.

قال دام ظلّه: ولا يكفي الكتابة بدون الإشارة أو اللفظ وإن عمل الورثة ببعضها على رأي.

أقول: هذا اختيار ابن إدريس للأصل ولعدم لزوم الشرع بالشروع، وقال الشيخ في النهاية يتخير الوارث بين العمل بها وبين ردها فإن عملوا بشئ منهم لزمهم العمل

على بما في هذه الورقة أو قال هذه وصيتي فاشهدوا على بها لم يجز حتى يسمعوها منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر به فما إن قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي قد عرفت ما فيه فاشهد علي به فالأقرب القبول وكذا البحث في المقر وإذا رد الوصية رجع المال إلى التركة فإن عين بالرد واحد أو قصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك (أما) لو رد في موضع يمتنع فيه الرد فإن له تخصيص من شاء هبة ويحصل الرد بقوله رددت الوصية

بجميعها وقد روى الصدوق في كتابه عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت إلى أبي - الحسن الرضا عليه السلام رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل قد أوصيت إلا أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب

بخطه ولم يأمرهم بذلك فكتب عليه السلام إن كان له ولد ينفذون شيئا منها وجب أن ينفذوا

كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (١) وليست صريحة في ما قاله الشيخ وهي مكاتبة لا يتحقق حالها ولئن سلمنا فهي محمولة على اعترافهم بصحة الوصية. بقي هنا بحثان (١) إذا اقترن بالكتابة إشارة مفهومة مع عجزه عن النطق عمل بها بإجماع علمائنا، ولأن الحلبي روى في الصحيح عن الصادق عليه السلام أن أباه حدثه أن أمانة بنت أبي العاص بن الربيع اعتقل لسانها فأتاه الحسن والحسين عليهما السلام وهي لا تستطيع الكلام

فجعل يقولان أعتقت فلانا وأهله؟ فتشير برأسها نعم أم لا قلت فأجازا ذلك قال نعم (٢) (ب) الإشارة المفهومة مع الكتابة والقدرة على النطق هل تكفي، قال المصنف في التذكرة يحتمل ذلك لأنها كتابة والوصية بالكتابة جائزة والأقوى عندي عدم الجواز لأن الإيقاعات الشرعية لفظية فكلية الكبرى ممنوعة.

قال دام ظله: أما إن قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي قد عرفت ما فيه فاشهد علي به فالأقرب القبول.

أقول: هذا اختيار ابن الجنيد لاعترافه بمعرفته بما فيه فيحكم عليه للخبر و لأنه عبر عنه بما لا يحتمل غيره فكان نصا في الوصية والموصى به فيصح (ويحتمل) عدمه لانتقاء الدلالات الثلاث إذ الاعتبار بوضع اللغة والأقوى الأول.

(١) ثل ب ٤٨ خبر - ٢ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٤٩ خبر - ١ من كتاب الوصية.

أو لا اقبلها أو ما أدى معناه، ولو كانت الوصية لغير معين كفي في التملك الإيجاب و الموت ولا يتوقف على القبول كمن أوصى للفقراء، وكذا لو أوصى للمصالح كعمارة مسجد (وهل) القبول كاشف عن انتقال الملك إلى الموصى له بعد الموت أو سبب؟ فيه إشكال ينشأ (من) انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية (١) فلو لم ينتقل إلى الموصى له بقي بغير مالك (ومن) كون القبول إما جزء من السبب أو شرطاً كقبول البيع وانتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل و كالمديون وكما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته والآية يراد بها من بعد وصية مقبولة، والأقرب الأول ويمنع سببية القبول بل هو كاشف عن صحة الوصية وفسادها و المقتول والمديون لا يملكان لكن الدين يتعلق بالتركة والدية تعلق (الدين - خ) بالرهن، والصيد لا يملكه الميت فعلى الأول النماء المتجدد بين الموت والقبول

قال دام ظله: وهل القبول كاشف عن انتقال الملك إلى الموصى له بعد الموت (إلى قوله) والصيد لا يملكه الميت.

أقول: الموصى له إما يكون واحداً معيناً بالشخص أو بالصنف أو بالنوع أو كثيراً كثيرة محصورة أو غير محصورة وكلما كان واحداً معيناً بالشخص أو كثيراً كثيرة محصورة معينة اعتبر فيه القبول وإلا لم يعتبر القبول لامتناعه من الموصى له وولاية الغير على خلاف الأصل والبحث هنا في ما يعتبر فيه القبول (فنقول) اختلف الأصحاب في هذه المسألة على أقوال ثلاثة (١) قول الشيخ في بعض كتبه وابن الجنيد أن القبول كاشف عن ملك الموصى له بعد الموت ملكاً تاماً لازماً وهو اختيار المصنف هنا (ب) قول المصنف

في المختلف وابن إدريس والشيخ في كتاب الفطرة من الخلاف وهو أن القبول سبب ولا نعني بالسبب هنا السبب التام ونص ابن إدريس على أنه جزء السبب فإنه قال الذي يقوى في نفسي أنه لا ينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له وحكي في المبسوط

القولين (ج) قول الشيخ في موضع من الخلاف أنه ينتقل بالوفاة وذكره في المبسوط قولاً لبعضهم وجعله انتقالاً لا مستقراً فإنما يستقر بالقبول ويزول بالرد وزيفه فيه و

(١) النساء - ١٢.

رجحه المصنف في تذكرة الفقهاء (احتج) (الأولون) بوجوه (١) الآية المذكورة في الأصل (١) آخر الإرث عن مجرد الوصية بفعل الموصي ولم يشترط القبول لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها (٢) والإضمار والحذف على خلاف الأصل ولأنه جعل الوصية متقدمة على الإرث وسببه الموت ولو كان القبول سببا أو شرطا لزم أن يكون ما بالغير قبل ما بالذات وهو محال (ب) كلما تقدم على الشيء لم يحتج إلى خارج عن علل المتأخر التامة وحكم إيضاء الموصي متقدم على الإرث للآية، والموت علة في الإرث ولا يتوقف حكم الإيضاء على غيره فالقبول كاشف (ج) إن استحقاقه متعلق بالموت فأشبهه الإرث (واحتج) القائلون بالثاني بأن انتقال الملك لا بد له من سبب لأنه حادث وليس إلا الوصية والوفاة والقبول إجماعا والأولان لا يصلحان مع عدم الثالث لتخلف المعلول عنهما ولما بطل مع عدم القبول (لأن) ما لا يتوقف وجوده على وجود شيء بوجه ما يؤثر عدمه في عدمه كما بين في علم الكلام إذ عدم المعلول بعدم العلة (ولأنه) لو ملك بالموت لما ارتد بالرد كالميراث (ولأنه) تمليك بعقد فيتوقف الملك فيه على القبول كالبيع ونحوه ولأنه ليس للموصى ولاية على الموصى له فلا يملك تمليكه (تملكة - خ ل) فيهما كما لا يملك إزالة ملكه (واحتج) المصنف على قوله في التذكرة بأنه بعد الوفاة وقبل القبول ملك يستحيل كونه بلا مالك لأنه نسبة بينه وبين المملوك وثبوته للميت فإن الموت علة في زوال الأملاك عنه وللورثة وإلا لتلقى الموصى له الملك عنهم وهو باطل إجماعا ولأن ملك الورثة متأخر عن الوصية للآية ولغيره وغير الموصى له إجماعا فيتعين الموصى له ويمتنع لزومه واستقراره قبل القبول وإلا لما ارتد بالرد فتعين ما قلناه (وفيه نظر) لأنه على تقدير عدم القبول يختار كونه للوارث ولا استحالة حينئذ وعدم القبول كاشف عما في نفس الأمر وعلى تقديره فللموصى له والقبول كاشف والإضمار ضروري وتوقف بعضهم لتعارض الأدلة واعتراضه المصنف بأن البحث عما في نفس الأمر والتوقف إنما هو بالنسبة إلينا ولا بحث فيه وعلى

(١) أي الثمن.

(٢) النساء - ١٢.

للموصى له وللورثة علي الثاني، ولو أوصى له بزوجته (١) فأولدها بعد الموت وقبل القبول فالولد حر وأمه أم ولد علي الأول (وعلي الثاني) الولد رق للورثة ولو مات الموصى له قبل القبول والرد فإن قبل وارثه ملك الجارية والولد وعتق عليه إن كان ممن ينعق عليه (علي الثاني) علي قول الشيخ وتكون الجارية أم ولد ويرث الولد

القول بأن ملك الموصى له متأخر عن القبول فالملك قبل القبول للوارث أو يبقى للميت فيه وجهان لاستحالة خروجه عنهما ويتعارض هنا تعدية الإرث الذي هو سبب ملك الوارث عن الوصية واشترطه بعدمها وكما شرط بعدم ملكه فالملكية منافية له قطعاً فيستحيل تقدم مسببه عليهما واجتماعه مع منافي سببه وعدم أهلية الميت للملك لأنه من الأعراض المشروطة بالحياة وقال بعض الفقهاء عدم أهليته للملك ممنوع ومنقوض ببقاء ملكه في ما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه. قال دام ظله: ولو أوصى له بزوجته (إلى قوله) وعلي الثاني الولد رق للورثة.

أقول: هذا فرع علي القاعدة المذكورة وتقريره إذا زوج أمته من حر وشرط رقية الولد علي القول بصحة الشرط ثم أوصى له بها ثم مات الموصى فأولدها الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول ثم قبل بعد أن حملت (فعلي) الأول وهو أن القبول كاشف عن ملك الموصى له بالموت يفسخ النكاح لأن النكاح لا يجتمع ملك اليمين لتضاد أحكامهما وملك اليمين أقوى فيفسخ النكاح بالموت ويثبت تحليله بملك اليمين وتكون أم ولد وولد هاجر (وعلي الثاني) وهو كون القبول سبباً فملك الموصى له متأخر عن القبول فعلي القول بانتقالها إلى الوارث بالموت وأن الولد لا يتبع الأم في الوصية وغيرها بل هو نماء منفرد بحكمه يكون الولد قد تجدد في ملكهم فيكون رقا مستقراً لهم وإن قلنا بتبعيته كالشيخ فالولد حر.

قال دام ظله: ولو مات الموصى له قبل القبول والرد (إلى قوله) علي الثاني علي قول الشيخ.

أقول: هذا فرع علي المسألة السابقة وتقريره أن الزوج المذكور في المسألة

(١) أي التي أمة للموصى - ح.

أباه ويحجب القابل إن كان أخا (على الأول) ولا دور باعتبار أن توريثه يمنع كون القابل وارثا فيبطل قبوله فيؤدى توريثه إلى عدمه (لأننا) نعتبر من هو وارث حال القبول لولاه كالإقرار ولا يرث على الثاني ولا تصير أمه أم ولد ولو أوصى له بأبيه فمات فقبل ابنه (فعلى الأول) تثبت حرثته من حين الموت فيرث السدس ولا دور من حيث إنه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته وإذا لم يعتبر لم يعتق فيؤدى توريثه إلى إبطال توريثه لأنه أقر جميع الورثة وهم ابن الابن بمشارك فيثبت نسبه و يرث، (وعلى الثاني) يعتق الجد على ابن الابن ولا يرث ولو كان على الموصى له دين فقبل وارثه قضى منه الديون والوصايا ويعتق من ينعق عليه (على الأول) دون الثاني ولو وطئ الوارث قبل القبول فعليه المهر ولا تصير أم ولد لو أحبلها (على الأول) دون الثاني وزكاة الفطرة على الموصى له لو تخلل الهلال (١) الموت والقبول على الأول دون الثاني.

السابقة الموصى له بزوجه وعلقت منه بعد موت الموصى وقبل القبول إذا مات قبل القبول والرد انتقل حق القبول الذي هو كاشف على قول ومملك على آخر إلى الوارث فلما قبل وارثه فعلى القول بأن القبول كاشف ظهر ملك الموصى له بموت الموصى فينعقد الولد حرا وأمه أم الولد وإن قلنا أن القبول سبب ملك الوارث الجارية (وأما الولد) فإن قلنا إنه تابع في الانتقال كان رقا للوارث فإن كان ممن ينعق عليه انعتق وإلا استقر ملكهم عليه وأشار بقوله (على الثاني) أي على سببية القبول وأشار بقوله (على قول الشيخ) إلى ما اختاره الشيخ من أن الحمل كالجزء من أمه يدخل في بيعها أو الوصية بها لأننا إذا قلنا إنه يملك بالقبول وقلنا إنه ليس كالجزء من أمه يكون منفردا بحكمه لم ينتقل إلى ورثة الموصى له لأنه يتأتى على سبب ملكهم بل هو إما لورثة الموصى على أحد الوجهين أو على حكم مال الميت على الوجه الآخر فيحسب من التركة وهيها فروغ كثيرة تنفرع على سبب ملك الموصى له ليس هنا موضع ذكرها.

(١) بالخاء المعجمة - بأن مات الموصى قبل هلال شوال وقبل الموصى له بعده فعلى الأول أي الكشف تجب زكاته على الموصى له دون الثاني أي النقل - .

المطلب الثاني في الموصي
ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميزا في
المعروف وغيره على رأي ولا وصية المجنون مطلقا و (لا) السكران ولو جرح الموصي
نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح

المطلب الثاني في الموصي
قال دام ظله: فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميزا في المعروف و
غيره على رأي.

أقول: هذا اختيار ابن إدريس لعدم مناهج التصرف في المال ولا ارتفاع القلم
عنه كالمجنون وكل من يصح تصرفه، القلم ثابت عليه وجوز الشيخ في النهاية وابن
البراج وصيته وهبته بشروط ثلاثة (أ) بلوغ العشر (ب) وضعه الأشياء مواضعها (ج)
كونها في المعروف وجوزها المفيد بالشرائط المذكورة دون وقفه وجوز سلار وصيته
بالشرائط دون وقفه وهبته وجوز أبو الصلاح وصية من بلغ عشرة مطلقا ووصية من
نقص عنها في المعروف وساوى ابن الجنيد بين البالغ الرشيد وبين ابن ثماني سنين و بنت
سبع
مع وضعها الأشياء مواضعها وجوز ابن حمزة وصية المراهق الرشيد مطلقا وعتقه وهبته
بالمعروف

دون غيرهما (احتج) الشيخ بما رواه الصدوق في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله
عن الصادق عليه السلام إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (١) والسفه مانع في الكبير
ففي الصغير أولى والصبي محجور عليه في الأموال مأخوذ بالعبادات فيجمع بين العامين
ويحمل على الوصية بالمعروف جمعا بين الأدلة ولرواية الصدوق الصحيحة عن أبي -
بصير عن الصادق عليه السلام قال إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلاث ماله في حق
جازت

وصيته الحديث (٢) فإن كان في المعروف أو العام فالمطلوب وإن كان في غيره فهو
أولى والمعروف متحقق وغيره مشكوك والأصح الأول لأن صحة التصرف ملزومة للتكليف
وهو منتف في حق الصبي فينتفي ملزومه.
قال دام ظله: ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها (إلى قوله) وتحمل

(١) ثل ب ٤٤ خبر ٥ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٤٤ خبر ٢ من كتاب الوصية.

كان وجهها وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال أما لو أوصى ثم قتل

الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال.

أقول: الأول وهو عدم القبول مطلقاً قول الشيخ وأبي الصلاح وابن البراج ونقله ابن الجنيد رواية عن الصادق عليه السلام (١) ورجحه المصنف هنا وهو الأقوى عندي وقال الشيخ ومن أحدث في نفسه حدث القتل من جراح أو شرب سم ثم أوصى كانت وصيته مردودة (والثاني)

قول ابن إدريس (احتج) الأولون بأنه سفیه فلا ينفذ تصرفه في المال (ولأنه) قاتل نفسه فلا يتصرف في ماله كالوارث لو قتله منع منه (ولأننا) ثبت سفهه ونمعه من التصرف في المال بإتلاف ماله فنفسه أولى (ولما) رواه أبو ولاد عن الصادق عليه السلام وإن كان أوصى

بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم يجز وصيته (٢) (احتج) ابن إدريس بأنه عاقل رشيد فينفذ وصيته كغيره ولعموم النهي عن تبديل الوصية لقوله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه (٣) ولقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (٤) (ومن) عامة (واعلم) أن ابن إدريس جعل العلة في منع الأصحاب والرواية عدم رشده والمصنف علله بعدم استقرار الحياة فيه فلا يقبل وصيته سواء كان رشيداً أو لا والإشكال في هذا في موضعين (١) إبطال وصية غير مستقر الحياة يحتمل ذلك لأنه صار في حكم الميت ولهذا لا يحتاج الصيد إلى ذكاة إذا أعدم جرحه استقرار حياته (ويحتمل) الجواز لأنه حي عاقل بالغ رشيد فيصح (وهو الصحيح عندي - خ) ويمنع كونه في حكم الميت ولهذا يجب الدية كملا على من قتله (ولأنه) يلزم

بطلان وصية المريض لو بلغ هذه الحال ولم يقل به أحد (ب) إذا قلنا بعدم الصحة فهل يحمل الرواية وقول الأصحاب على ذلك لأنه قد يكون رشيداً فلا يصح المنع مطلقاً من حيث السفه لعدم جواز وجود المعلول بدون وجود العلة وحمله على منع الوارث قياس (ويحتمل) عدمه لأنه قد يكون مستقر الحياة فلا يصح منع وصيته مطلقاً لعدم الاستقرار لما بينا أو لا.

(١) ثل ب ٥٢ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٥٢ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٣) البقرة - ١٨١

(٤) النساء - ١٢.

نفسه فإنها تمضي، وتصح وصية المبذر والمفلس، ولو أوصى العبد لم تصح فإن عتق و ملك ففي النفوذ إشكال، وتنفذ وصية الكافر إلا بخمر أو خنزير لمسلم وفي الذمي إشكال أو عمارة كنيسة ولو أوصى بعمارة قبور أنبيائهم جاز.، وتنفذ وصية الأخرس بالإشارة المعقولة، ولو عقل لسان الناطق فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت وإشارته

قال دام ظله: ولو أوصى العبد لم تصح فإن عتق وملك ففي النفوذ إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه ليس له أهلية التملك حال الوصية فلا يكون له أهلية التصرف فيه عن نفسه ولأنه يشترط أنه لو مات في الحال صحت الوصية وليس هنا (ولأنه) لا يصح تعلقها بشرط فلو صحت بشرط عتقه لصح تعلقها على شرح (ومن) أنه ليس بتصرف في الحال بل إنما هو عند الموت فحال كونها تصرفا الشرائط حاصلة (ولأن) مناط الوصية البلوغ والعقل والرشد وحصول الملك عند الموت لأنه لو أوصى من لا يملك شيئا أصلا حال الوصية ثم ملك عند الموت صحت الوصية إجماعا والأصح الأول لأن موضوع التصرف الملك أو كون الموصي أهلا له وليس هنا لأن العبودية تسلب الأهلية (ولقول) الباقر عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب قضى نصف ما عليه

وأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية (١) وإذا لم يصح وصية المكاتب فلا يصح وصية العبد ولم يشترط أمير المؤمنين عليه السلام أن يموت قبل عتقه بل قضى مطلقا وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال

يدل على العموم في المقال.

قال دام ظله: وتنفذ وصية الكافر إلا بخمر أو خنزير لمسلم وفي الذمي إشكال.

أقول: ينشأ (من) ملك الذمي له ولهذا يضمنه له المسلم وقد أمرنا بتقريرهم على أحكامهم (ومن) أن الشارع حكم بنفي ملكه وكلمة حكم بصحة وصيته حكم

(١) ثل ب ٨٠ خبر ١ من كتاب الوصية.

صحت وصيته ولو أوصى الفقير ثم استغنى صحت وصيته. ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالأقرب الجواز وكل من عليه حق من مال أو غيره وجب عليه أن يوصي به إذا ظن الموت.

المطلب الثالث في الموصى له

ويشترط فيه أمران: الوجود، وصحة التملك، فلو أوصى لمعدوم لم يصح وكذا للميت سواء علم بموته أو ظن حياته فبان ميتا أو لما تحمله المرأة أو لمن يوجد من أولاد فلان وتصح للحمل الموجود بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر مدة الحمل مع خلوها من زوج، ومولى ولو كان بينهما وهي ذات زوج أو مولى لم تصح لعدم العلم بوجوده حين الوصية وتستقر بانفصاله حيا فلو وضعته ميتا بطلت ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا على إشكال.

بملكه والآية (١) بتقريرهم بمعنى ترك معارضتهم وهذه المسألة تبنى على أن الكافر مخاطب بفروع العبادات والأصح البطلان.

قال دام ظله: ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان فالأقرب الجواز.

أقول: وجه القرب أنه تصرف وارد على حال الوفاة والحرية فلا يمنع العبودية الآن منه (ومن) أنه ليس له أهلية الملك فيسلب أهلية التصرفات المتفرعة عليه (ولأنه) علق الوصية على شرط والأصح عندي البطلان.

المطلب الثالث في الموصى له

قال دام ظله: ولو مات بعد انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا على إشكال.

أقول: الوصية للحمل جائزة لأن الوصية أوسع مجالا من الإرث لأن العبد و المكاتب لا يرثان وقد تصح الوصية لهما وكذا الكافر على قول وإذا ثبت الميراث للحمل فالوصية أولى بالجواز لكن بشرطين: علم وجوده عند الوصية وسقوطه حيا (إذا

(١) كذا في النسخ كلها.

ولو رد الولي للمصلحة فالأقرب بطلان الوصية إن رد بعد الموت وكذا لو رد بعد بلوغه، وهل النماء المتجدد بين الوفاة والرد تابع أو للموصى له إشكال

عرفت ذلك) فنقول هل يشترط هنا القبول من الولي قال المصنف فيه إشكال ينشأ (من) إطلاق الأصحاب صحة الوصية وأنه إذا مات بعد الاستهلال كان لوارثه ولم يشترطوا القبول وهو يدل على عدم اعتباره (ولأن) الشارع أوجب القبول على الولي في ماله غبطة فيه فأبطل رده (ومن) أن القبول شرط الوصية لأن الوصية تقتضي ملك أن يملك مع الوفاة لا الملك حقيقة لأن من ليس له ولاية ليس له تمليك غيره بغير اختياره و الأصح اعتبار القبول هنا.

قال دام ظله: ولو رد الولي للمصلحة فالأقرب بطلان الوصية إن رد بعد الموت وكذا لو رد بعد بلوغه.

أقول: وجه القرب أن الولي يقوم مقام المولى عليه في التصرفات مع مراعاة المصلحة فيصح الرد مع اشتماله على المصلحة ولأنه يجوز صرف ماله في المصالح و إزالة ملكه الحقيقي اللازم بإزالة الملك الغير المستقر أو ملك أن يملك أولى (ومن) أنه إزالة حق أو ملك بغير عوض أصلا فكان كالتبرع الممنوع منه والأصح الأول قال دام ظله: وهل النماء المتجدد بين الوفاة والرد تابع أو للموصى له إشكال.

أقول: هذه المسألة تبنى على أن الموصى له هل يملك بالموت والرد فسخ متجدد والقبول سبب في اللزوم أو يكون الملك مراعى والقبول كاشف عن الملك بالموت والرد كاشف عن عدمه وبطلان الوصية أو القبول سبب أو شرط في الملك (فعلى الأول) يكون النماء للموصى له (وعلى الثاني) لا يكون له بل للورثة وكذا (على الثالث) والأصح عندي أنه تابع للعين في الرد ولما كانت الأصول التي تبنى هذه المسألة عليها فيها إشكال وخلاف بين الفقهاء كان في هذه المسألة أيضا إشكال (واعلم) أنه أشار بقوله (أو للموصى له) إلى القول الأول وبقوله (أو تابع) إلى الأقوال الباقية فإنه كلما كانت العين ملكا له قبل القبول فالنماء له وكونه تابعا أي في الرد.

ولا تصح لمملوك الأجنبي ولا لمدبره ولا لأم ولده ولا لمكاتبه المشروط على إشكال. وغير المؤدى وإن أجاز مولاه ولو أعتق عند الاستحقاق ولا تكون وصيته للمولى ولو أدى المطلق البعض صحت بنسبة الحرية، وفي الوصية للجزء الحر إشكال

قال دام ظلّه: ولا تصح للمملوك الأجنبي ولا لمدبره ولا لأم ولده ولا لمكاتبه المشروط على إشكال.

أقول: ينشأ (من) انفراده بمعاملة مولاه وضمائه له (ومن) أنه مملوك الغير فلا تصح الوصية له لرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال لا وصية لمملوك (١)

ولأن الوصية إما له أو لسيدته والثاني باطل لأن الموصي لم يقصده والأول باطل لأن كل موصى له بملك يملك ولا شيء من عبد الغير يملك (لا يقال) ينتقض بعبد نفسه (لأننا) نقول الوصية لعبد نفسه وصية له بنفسه أي بفك ملكيته ولا شيء من عبد الغير يتحقق فيه ذلك ولرواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث لا نجيز وصيتها لأنه مكاتب لم يعتق ولا يرث فقضى عليه السلام أنه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب

ما أعتق منه (٢) والمشروط لم يعتق منه شيء وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قبض ربع ما عليه وأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية (٣) (واعلم) أن الشيخ رحمه الله في المبسوط أجاز الوصية لعبد الوارث ومكاتبه قال لأن الوصية للوارث عندنا تصح وأقول هذا دليل مركب من مقدمتين (إحديهما) أن الوصية للعباد وصية لمولاه (والثانية) أن الوصية للوارث تصح وهو ممنوع الصغرى ومعارض بالأجنبي، واختار ابن البراج مذهب الشيخ في المبسوط.

قال دام ظلّه: وفي الوصية للجزء الحر إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه لا يتصور حصول الملك لبعض الانسان دون باقيه (ومن)

(١) ثل ب ٧٩ خبر ٢ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٨٠ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٣) ثل ب ٨٠ خبر ١ من كتاب الوصية.

وتصح بالجزء الشايح لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأم ولده ثم يعتبر ما وصى به بعد خروجه من الثلث فإن كان بقدر قيمته عتق ولا شئ له وكان الموصى به للورثة وإن كانت قيمته أقل أعتق وأعطى الفاضل وإن كانت أكثر سعى للورثة في الباقي وإن بلغت الضعف على

أنه يرث بحساب ما عتق ويملك أيضا به فالمالك هنا هو الجزء الحر فصحت الوصية له (وفيه نظر) فإن عبارة الفقهاء تدل على خلافه فإنهم قالوا يرث بجزئه الحر والباء للسببية فجعلوا الوارث الشخص وجعلوا سبب الإرث جزئه ولو كان الجزء هو الوارث لقالوا ورث جزئه الحر ولم يذكر أحد من الفقهاء ذلك والرواية أنه يرث بحساب ما عتق فجعل الوارث هو الشخص والأصح عندي هو الأول (والتحقيق) أن المالكية من الأعراض النفسانية والمملوكية من الأعراض الجسمانية السارية المنقسمة بالمحل و حصول الأول للنفس الانسانية كاملا مشروط بانتفاء الثانية عن البدن المفارق (المقارن - خ ل) لتلك النفس إذا الحق تغاير هما عند محققي المتكلمين فمع عدم هذا الشرط عن كل البدن يعدم الأول بالكلية على الأقوى ومع ثبوته في بعضه يثبت الأولى ناقصة عن ثبوته للنفس الانسانية بالنسبة إلى جزء من المضاف إليه وهو المملوك نسبتها إليه كنسبة الجزء الثابت له الشرط إلى البدن كله فالمالك في الحالتين هو النفس الانسانية لا بعضها فالمتجزى هو المملوك لا المالك.

قال دام ظله: ويصح الوصية بالجزء الشايح (إلى قوله) وإن بلغت الضعف على رأي.

أقول: هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن الجنيدي وأبي الصلاح وابن إدريس (وهو الأقوى عندي - خ) وقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية تبطل الوصية إذا بلغت الضعف وتبعهما ابن البراج في كتابي المهذب والكمال (احتج) المصنف بأن الجزء الشايح يتناول نفسه أو بعضه لأنه من جملة الثلث الشايح والوصية له بنفسه تصح لأنه في الحقيقة وصية بعتقه والفاضل يستحقه بالوصية (لأنه) يصير حرا فتملك الوصية فتصير كأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه الفاضل ولما رواه الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى لمملوكه بثلث ماله فقال يقوم المملوك بقيمة عادلة

رأي وفي المعين إشكال، ولو أوصى للدابة فإن قصد التملك أو أطلق بطلت ولو قصد الصرف إلى علقها فالأقرب الجواز.

ثم ينظر ما ثلث الميت فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه الفاضل (١) قال دام ظله: وفي المعين إشكال.

أقول: إذا أوصى لعبد بقدر قيمة رقبته أو بضعها وبالجملة بأمر كلي يندرج تحت ذلك الأمر رقبته صح إجماعاً وقومت رقبته وعتق منه بقدره فإن فضل فالوصية له وإن أعوز عتق منه بالنسبة (قيل) العلة في صحة ذلك كونه يتناول الرقبة (وقيل) كونه وصية لعبد مطلقاً ويتفرع على ذلك ما إذا أوصى له بعين معينة هل يصح ذلك أو لا قال المصنف فيه إشكال ينشأ (من) أنه إنما جاز المشاع لدخول رقبته فيه فصار كالموصى بعته وهي منفية هنا وهذا على القول الأول وقول أحدهما عليهما السلام لا وصية لمملوك (٢) (ولأن) مقتضى الوصية تملك العبد وهو محال لأن المحل غير قابل ولأنه أوصى بإعطاء عين فلا يجوز التخطي لأنه تغيير للوصية (ولأن) عتقه بتدليل للوصية فلا يصح بخلاف الكلي (ومن) عموم الرواية المتقدمة وأصالة الصحة وعموم الآية المقتضي لجوب العمل بالوصية وإطلاق الأصحاب أنه إذا أوصى لعبد نفسه صحت وقوم العبد وأعتق وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظله: ولو أوصى للدابة فإن قصد التملك أو إطلاق بطل ولو قصد الصرف إلى علقها فالأقرب الجواز.

أقول: إذا أوصى بشئ للدابة فيما أن يقصد تملكها إياه أو يقصد صرفه في علقها أو يطلق فإن كان الأول فهو باطل لأن تملكها محال وإن كان الثالث فباطل أيضاً لأن الإطلاق يقتضي التملك وإن كان الثاني فالأصح الصحة لأنه وصية في الحقيقة للمالك لأن علقها عليه فهو المقصود بالوصية لأنها وصية بصرفها في مصلحة مباحة

(١) ثل ب ٧٩ خبر ٢ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٧٩ خبر ٣ من كتاب الوصية.

والأقرب التوقف على قبول المالك وحينئذ ففي الدفع إليه إشكال فإن دفع ففي جواز الصرف إلى غير العلف إشكال والأقرب صحة الوصية للذمي وإن كان أجنبياً والبطلان للحربي والمرتد، وتصح الوصية للأجنبي والوارث سواء أجاز بقية الورثة أو لا.

لمالك الدابة وكل ما كان كذلك فهو وصية له (ومن) حيث إن الوصية لمن أضيفت إليه ب (له) وإنما أضافها، ب (له) إلى الدابة فلا تصح الوصية لها والأصح الأول لأنه لفظ قصد به غير ظاهره فيكون كناية والوصية بالكناية صحيحة. قال دام ظله: والأقرب التوقف على قبول المالك. أقول: وجه القرب إن قلنا بالصحة (أنها) وصية للمالك كما لو أوصى بعمارة داره (ولأنه) لو لم يكن للمالك لكانت للدابة إذ لا واسطة والثاني باطل وإلا لبطلت الوصية ونحن نبحت على تقدير صحتها فيعتبر قبوله (ويحتمل) عدمه لأنه وصية في وجه من وجوه القرب لقوله عليه السلام على كل كبد حراء أجر (١) فلا يشترط القبول كما لو أوصى بالعتق أو الحج والأصح الأول لأن حدوث الاستحقاق لمملكه من غير رضاه بعيد جداً.

قال دام ظله: وحينئذ ففي الدفع إليه إشكال. أقول: ينشأ (من) أنها تصرف في مصلحته فيتولى قبضها ولأنها له (ومن) أنه أمر بصرفه في وجه خاص فيتولاه الوصي أو القاضي لأن الصرف في هذا الوجه لا يستلزم توليته والأقرب الأول.

قال دام ظله: فإن دفع ففي جواز الصرف إلى غير العلف إشكال. أقول: ينشأ (من) وجوب اتباع غرض الموصي لأنه لولا ذلك لكان تبديلاً للوصية وكل تبديل للوصية حرام باطل للآية (ومن) أنها وصية له والأقرب الأول. قال دام ظله: والأقرب صحة الوصية للذمي وإن كان أجنبياً والبطلان للحربي والمرتد.

أقول: قال الشيخ في المبسوط لا يصح الوصية عندنا للكافر الذي لا رحم له

(١) لم نعثر عليه في كتب الأحاديث ونقله في مجمع البحرين في مادة (كبد).

من الميت وفي الخلاف الوصية لأهل الذمة جائزة بلا خلاف وفي أصحابنا خاصة من قيدها إذا كان من قراباته ولم يشترط الفقهاء ذلك وأما الحربي فلا يصح الوصية له وجوز في النهاية الوصية للرحم الكافر مطلقا وذهب المفيد إلى صحة الوصية للكافر و شرط في الصدقة عليه كونه ذا رحم وقال ابن الجنيد إذا أوصى بفداء بعض أهله من يد أهل الحرب من أهل الكتاب والمشركون جاز ذلك ولا يجوز وصيته لحربي ومنع ابن البراج من الوصية للكافر مطلقا وجوز ابن إدريس الوصية للكافر مطلقا وجوز أبو - الصلاح الوصية للكافر إذا كانت تبرعا لصلته والصحيح ما اختاره المصنف وهو جوازها للذمي مطلقا وبطلانها للحربي والمرتد لما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في

رجل أوصى بماله في سبيل الله قال اعط لمن أوصى له وإن كان يهوديا أو نصرانيا إن الله تعالى يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سمع عليهم (١) وأيضا لما جازت الهبة للذمي وهي أمضى عطية من الوصية كان جواز الوصية أولى (لا يقال) ينقض بالحربي حيث جازت الهبة له دون الوصية (لأننا نقول) الفرق أن ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم ولا يجب دفع ماله إليه بل يباح الاستيلاء عليه فلو جازت الوصية للحربي لكان إما أن يجب على الوصي الدفع إليه وهو محال لما تقدم أو لا وهو المطلوب إذ معنى البطلان عدم ترتب أثر السبب عليه وأثر الوصية وجوب التسليم (احتج) بقوله تعالى: لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين (٢) فأجاز مبرة الذمي ومنع مبرة الحربي والوصية مبرة (احتج) المجيز للكافر مطلقا بقوله عليه السلام على كل كبد حراء أجر (٣) (والجواب) قد بينا المنخصص (احتج) المانع مطلقا بأن الوصية نوع مودة فيدخل تحت النهي (والجواب) المانع من الصغرى (واعلم) أن المصنف اختار جواز

(١) ثل ب ٣٣ خبر ٣ من كتاب الوصية والآية في البقرة ١٨١.

(٢) الممتحنة - ٧ - ٨.

(٣) تقدم آنفا.

ولو أوصى لأم ولده فالأقرب أنها تعتق من الوصية لا من النصيب على رأي، وإطلاق الوصية يقتضي التساوي في المتعدد فلو أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث تساوا إلا أن يفضل وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواله، ولو قال على كتاب الله فللذكر ضعف الأنثى وكذا لو وقف،

الوقف على المرتد عن غير فطرة في هذا الكتاب وهنا منع الوصية للمرتد ولم يقيد بكونه عن فطرة وسألناه عن ذلك فقال الأصح عندي أنه لا يصح الوقف عليه ولا الوصية له إن استمر على الكفر إلى أن مات أو قتل والأصح بمعنى أن يكون أحدهما كاشفاً أي إسلامه كاشف عن صحة الوقف والوصية وموته على الكفر كاشف عن بطلانهما فقولي في الوقف بالصحة وهنا بالبطلان لا يتنافيان لأنه على تقديرين. قال دام ظله: ولو أوصى لأم ولده فالأقرب أنها تعتق من الوصية لا من النصيب على رأي.

أقول: اتفقت الأمة على صحة (جواز - خ ل) وصية الانسان لأم ولده ثم اختلفت الإمامية في عتقها هل تعتق من نصيب ولدها وتعطى ما أوصى لها به أو تعتق من الوصية فإن قصرت الوصية عن القيمة أعتق الفاضل منها من نصيب الولد اختار والذي المصنف في هذا الكتاب الثاني وهو اختيار ابن إدريس لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) فجعل تعالى استحقاق الإرث بعد الوصية والدين فلو أعتقناها من سهم ابنها لقدمنا الإرث على الوصية وهو خلاف الآية وقال الشيخ في النهاية والمصنف في التذكرة يعتق من نصيب ولدها وتعطى ما أوصى لها به كذا في كتاب العياشي ولانتقال التركة من حين الموت إلى الورثة عند المصنف وقال ابن الجنيد تعتق من وصيتها أو نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية وقال ابن بابويه تعتق من الثلث وتعطى الوصية لما رواه أبو عبيدة في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم

ولد وله منها غلام فلما حضرت الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقوها قال فقال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما أوصى لها به (٢) وحملها المصنف

(١) النساء - ١٢.

(٢) ثل ب ٨٢ خبر ٤ من كتاب الوصية وزاد قال وفي كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به.

ولو أوصى لقربته فهو للمعروف بنسبه ذكرًا كان أو أنثى صغيرًا أو كبيرًا غنياً أو فقيرًا من قبل أب انتسب إليه أو من قبل أم بعيدا كان أو قريبًا بالسوية وقيل لمن يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ومعناه الارتقاء إلى أبعد جد في الإسلام وإلى فروع ولا يرتقى إلى آباء الشرك ولا يعطى الكافر وكذا لو قال لقربة فلان،

في التذكرة على أنها تعتق من نصيب الولد على أن يكون الثلث نصيباً له وهو جيد وأجاب عن حجة ابن إدريس بأن المراد في الآية استقرار الملك لما تقدم من عدم صلاحية الميت للتملك وعدم انتقالها إلى الديان والموصى له قبل القبول واستحالة بقائها بغير مالك فينتقل إلى الورثة والمتأخر الملك المستقر وأيضاً يمنع التقديم على الإرث هنا بل نقول إنها بالوفاة تعتق وتحسب قيمتها على الولد لأن العتق مبني على التغليب والسراية ولهذا لو لم يكن هناك وصية ولا إرث سواها فإنها تعتق على الولد وتستسعى لباقي الورثة مع امتناع تقديم بعض الوراث في الإرث لمساواتهم له وذهب الجمهور إلى أن علة صحة الوصية لأم الولد كونها حرة بعد موته بلا فصل وتعتق من رأس المال والوصية تعتبر من الثلث. قال دام ظلّه: ولو أوصى لقربته فهو للمعروف بنسبه (إلى قوله) ولا يرتقى إلى آباء الشرك.

أقول: هنا مسائل (١) يصح الوصية للأقارب بلفظ مطلق بإجماع الكل (ب) اختلف الفقهاء في محمله (محلّه - خ ل) على أقوال ذكر منها هنا قولين (الأول) هو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن إدريس وهو الأصح عندي وعند والدي و جدي (والثاني) اختيار الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وإنما اعتبر الإسلام لقوله عليه السلام قطع الإسلام أرحام الجاهلية (١) ويؤكد قوله تعالى لنوح عليه السلام إنه ليس من أهلك (٢) والقول الثالث لابن الجنيّد وهو أن يكون لمن يتقرب إليه من جهة ولده أو والديه قال ولا اختار أن يتجاوز ولد الأب الرابع لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم - يتجاوز ذلك في سهم ذوي القربى من الخمس حيث فرقه (لنا) إن اللفظ إنما يحمل

(١) لم نجده
(٢) هود - ٤٦.

ولو قال لقراة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فهو لأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل

على المفهوم العرفي إذا تجرد عن الحقيقة الشرعية وإذا أطلق القريب فهم المعروف بالنسب عرفاً عاماً (ج) يتساوى فيه القريب والأقرب والذكر والأنثى لأن لفظ القراة مشترك بالاشتراك المعنوي بين الكل واللفظة حقيقة فيه وإلا لكان مشتركاً بالاشتراك اللفظي وما به التفاوت خارج عنه وإلا لم يكن واحداً واللفظ عند الإطلاق إنما يحمل على حقيقته (لا يقال) مال يستحق بالقراة فقدم الأقرب كالميراث (لأننا) نقول الميراث يستحق بقراة مخصوصة والوصية يستحق بالقراة المطلقة (د) ظهر مما ذكر دخول الوارث فيه لأن الوصية له عندنا صحيحة لقوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين (١) ودلالته على الوصية للوالدين نصاً وعلى الباقي بعموم لفظ الأقربين ثم أكد الأمر بقوله حقاً على المتقين (٢) وهو يعطي عدم اتقاء من لا يعتقد حقيقتها ثم عقب التأكيد بالوعيد بالعقاب على المستقبل بقوله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه (٣) ثم بين الوعيد بقوله تعالى: إن الله سميع عليم (٤) (قالوا) منسوخة بآية الإرث (قلنا) لا تعارضه بل تؤكد له لنصها على تقديم الوصية مطلقاً. قال دام ظله: ولو قال لقراة النبي (ص) فهو لأولاد عبد المطلب (إلى قوله) والأقرب دخول بني المطلب هنا.

أقول: لأنهم قراة النبي صلى الله عليه وآله وسلم في النسب ولقوله عليه السلام نحن وبنو المطلب لم

نفترق في جاهلية ولا إسلام (٥) والمراد اتحاد القبيلة والأحكام لأنه ليس المراد الافتراق المكاني ولا في غير الأحكام الشرعية لأن كلام النبي صلى الله عليه وآله مهما أمكن

حملة على الحكم الشرعي فهو أولى من غيره لأنه عليه السلام بعث لذلك (ولأنه) لم يفترق

(١) البقرة ١٨١.

(٢) البقرة ١٨١.

(٣) البقرة ١٨١.

(٤) البقرة ١٨١.

(٥) سنن أبي داود (ج ٣) باب في بيان مواضع قسم الخمس وفيه أنا وبنو المطلب الخ - وزاد في آخره وإنما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه.

والأقرب دخول بني المطلب هنا، ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو لأقرب أقاربه ينزل على مراتب الإرث لكن يتساوى المستحق فللذكر مثل حظ الأنثى وللمتقرب بالأب مثل المتقرب بالأم، وفي تقديم ابن العم من الأبوين على العم من الأب هنا نظر، وفي التسوية بين الأخ من الأم والأخ من الأبوين في العطاء نظر.

نفي عام لدلالته عرفا عليه (لا يقال) يلزم مساواتهم في استحقاق الخمس وإلا لم يثبت العموم (لأنا نقول) فهو عام الخمس واستحقاق بني هاشم له بالنص ولا يلزم من اختصاص بعض القرابة بحكم بالنص على عين نفي غيره عن باقي الأحكام (ويحتمل) العدم لعدم استحقاقهم الخمس لأنه لذي القربى بالآية وكل القرابة يستحقون الخمس بالآية ولا شيء من بني المطلب يستحق الخمس والصغرى ممنوعة وقوله الذي القربى يمنع عمومه والأول أصح لأن الوصية تتبع دلالة الألفاظ الصادرة من الموصي المبينة للوصية وتلك الدلالة إما لغوية أو عرفية أو شرعية وقد نص النبي صلى الله عليه وآله هنا على العرف فيحكم به.

قال دام ظله: ولو أوصى لأقرب الناس إليه أو لا قرب أقاربه ينزل على مراتب الإرث (إلى قوله) وفي تقديم ابن العم من الأبوين على العم من الأب هنا نظر.

أقول: ينشأ من تقديمه في الإرث المعلول للأقربية الموجب للتقديم هنا فهو من باب الاستدلال بأحد المعلومين على الآخر ولما رواه الحسن بن عمارة قال قال أبو عبد الله عليه السلام: أيما أقرب ابن عم لأب وأم أو عم لأب قال قلت حدثنا أبو إسحاق السبيعي

عن الحارث الأعور عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام أنه كان يقول أعيان بني الأم أقرب من بني العلات قال فاستوى جالسا ثم قال جئت بها من عين صافية إن عبد الله أبا رسول الله صلى الله عليه وآله وأخو أبي طالب لأبيه وأمه (١) ومن أن العم أقرب من ابن العم

وتقديمه في الإرث لا يدل على أنه أقرب بل خرج بالنص وبهذا أفتى المصنف في التذكرة وبه أفتي.

قال دام ظله: وفي التسوية بين الأخ من الأم والأخ من الأبوين في

(١) ثل ب ٥ خبر ٢ من أبواب ميراث الأعمام.

ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه ووجد ثلاثة من أقرب الناس إليه فما زاد في درجة واحدة أعطوا، وفي جواز تخصيص ثلاثة من دون الزائد نظر، ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة

العطاء نظر.

أقول: ينشأ (من) أن الأخ من الأبوين له سببان كل واحد منهما موجب للاستحقاق وهو التقرب بالأب والتقرب بالأم ولو كانا في اثنين لاستحق كل واحد منهما بسبب نسبه فكذا إذا اجتمعا في الواحد (ولأن) الوصية للأقارب تقسم كقسمة الميراث لما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في

رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله فقال لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث (١) وكتب سهل بن زياد الأدمي إلى أبي عبد الله عليه السلام رجل له ولد ذكور وإناث فأقر بضبيعة

أنها لولده ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله وقرابته الذكر والأنثى سواء فوقع عليه السلام ينفذون وصية أبيهم على ما سمي فإن لم يكن قد سمي شيئا ردوها على كتاب الله عز وجل

إن شاء الله (٢) والطريق واحد ولم يفرق الأمة بين المسألتين وصورة النزاع (ومن) أنه علق على مطلق القرابة وهما يتساويان فيهما (ولأنهما) في درجة واحدة. قال دام ظله: ولو أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه (إلى قوله) من دون الزائد نظر.

أقول: ينشأ (من) حصول الجماعة بالثلاثة فيحصل العمل بالوصية بإعطاء الثلاثة لأنه يصدق أنه قد أعطى جماعة من أقرب الناس (إليه - خ) وهذا مقتضى الوصية فلا يجب ما عداه فلا يجب إلا زيد فيختار الوصي ثلاثة منهم كما لو أوصى للفقراء (ومن) أن نسبة اللفظ إلى الجميع واحدة فلا يختص بها البعض وإلا لزم الترجيح بلا مرجح (ولأن) الموصى له إما الجميع أو البعض والثاني إما أن يكون معينا أو لا والثاني محال لعدم دلالة اللفظ عليه والثالث محال أيضا لأن الوصية لغير معين باطلة فيتعين الأول وهو المطلوب بخلاف الوصية للفقراء لأن المقتضي هناك جهة والفقر والأصح عندي الأول لحصول يقين البراءة بالاستيعاب على حسب ما يمكن. قال دام ظله: ولو لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة أكمل من الثانية

(١) ثل ب ٦٢ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٦٤ خبر ٢ من كتاب الوصية.

أكمل من الثانية أو الثالثة فلو كان له ابن وأخ وعم تساووا، ولو كان له ابن وثلاثة إخوة دخلوا أجمع في الوصية والأقرب إعطاء الابن الثلث ولو أوصى للعصبة دخل فيهم القريب والبعيد دون المتقرب بالأُم خاصة، ولو أوصى لأهل بيت فلان دخل فيه الآباء والأولاد والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم، ولو أوصى لأهل فلان فهو لزوجته (ويحتمل) من تلزمه نفقته والذرية الأولاد وأولادهم ذكورا وإناثا وخنثى والأختان أزواج البنات والأصهار آباء زوجاته وأمهاتهن والآل القرابة، والعترة الأقرب إليه نسبا وقيل الذرية والعشيرة القرابة والقوم أهل لغته والجيران

(إلى قوله) والأقرب إعطاء الابن من الثلث.

أقول: وجه القرب أنه لو كان معه اثنان لمنعوا الأخوة وأخذ هو الثلث فاستحقاق الأخوة إنما هو لنصيب المعدومين خاصة (ولأننا) أقمنا من وجد في (من - خ ل) الدرجة الثانية مقام من عدم من الدرجة الأولى لضرورة الجمع (ولأن) المستحق للجميع مجموع ثلاثة من أقرب الناس إليه فمستحق الثلث واحد من أقرب الناس إليه وهو هنا ثابت إذ لا يشترط الاجتماع هنا وأيضا الثلاثة يحجب عن الجميع فواحد يحجب عن الثلث (ويحتمل) التسوية إذ مقتضى الوصية التسوية بين المدفوع إليهم والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو أوصى لأهل فلان فهو لزوجته (ويحتمل) من تلزمه نفقته.

أقول: وجه الأول قوله تعالى: إذ قال لأهله (١) أي لامرأته ويقال تأهل أي تزوج (ووجه) الثاني قوله فنجيناه وأهله إلا امرأته (٢) والمراد من كان في عياله. قال دام ظله: والعترة الأقرب إليه نسبا (وقيل) الذرية.

أقول: الأول قول ابن إدريس استدلالا بقول تغلب وابن الأعرابي (والثاني) قول ابن زهرة وقطب الدين الكيدري نقلا عن تغلب وابن الأعرابي والمرجع في

(١) طه - ٩

(٢) الأنبياء - ٧٦.

من يلي داره إلى أربعين ذراعا على رأي ولو أوصى لمواليه وله موال من أحد الطرفين
صرف إليه ولا يصرف إلى موالى أبيه، ولو اجتمعا فالأقرب البطلان ولو لم يكن له

ذلك إلى اللغة.

قال دام ظله: والقوم أهل لغته والجيران من يلي داره إلى أربعين
ذراعا على رأي.

أقول: هنا مسألتان (أ) القوم أهل لغته مطلقا عند سلار وذهب الشيخان و
ابن البراج وابن حمزة إلى أنهم الذكور من أهل لغته وقال أبو الصلاح يعمل
بالمعلوم من قصده فإن لم يعلم فيعرف قومه في ذلك الإطلاق وقال ابن إدريس أنهم
الرجال من قبيلته ممن يطلق عليه العرف بأنهم أهله وعشيرته دون من سواهم لأنه
الذي شهد به اللغة قال الشاعر:

قومي هم قتلوا أميم أخي * فإذا رميت يصيبني سهمي
وإنما قلنا يختص بالذكر لقوله تعالى لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء (أ)
وقول زهير:

فما أدري وسوف أخال أدري * أقوم آل حصن أم نساء.
والشيخان أعرف باللغة ومقاصد العرب (ب) الجيران وقد تقدم البحث في
هذه المسألة في الوقف.

قال دام ظله: ولو أوصى لمواليه وله موال من أحد الطرفين صرف
إليه ولا يصرف إلى موالى أبيه ولو اجتمعا فالأقرب البطلان.
أقول: لفظ المولى مشترك والقائلون بأن المشترك لا يحمل على كل معانيه
عند الإطلاق لا حال الأفراد ولا حال الجمع وهو اختيار المصنف وجماعة من
الأصوليين اختلفوا هنا فقال بعضهم ببطلان الوصية وهو الأصح عندي واختاره المصنف
هنا لأن تعيين الموصى له شرط واللفظ المشترك لا يحمل على كلي معنييه وقال بعضهم
يتخير لعموم الآية الدالة على وجوب العمل بالوصية وأما القائل بحمله على مجموع

(١) الحجرات - ١١ والآية هكذا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا الخ.

مولى ففي استحقاق مولى أبيه نظر ينشأ من كونه ليس مولى له ومن المصير إلى المجاز عند تعذر الحقيقة فإن أعطيناها فلو كان له موال ولأبيه موال فمات مواليه قبله لم يعطي مواليه أبيه بخلاف ما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن في حياته فإنه لابن الابن ولو أوصى المسلم لأهل قريته أو للفقراء فهو للمسلمين من أهل القرية ومن الفقراء دون الكفار ولو كان جميع القرية كفاراً صحت إن كانوا أهل ذمة ولو كان الأكثر من أهل ذمة ففي تخصيص المسلمين نظر، ولو أوصى الكافر للفقراء صرف إلى فقراء أهل نحلته وكذا لو أوصى لأهل قريته وإن كانوا كفاراً، ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر ولو لم يكن فيها إلا المسلمون صرف إليهم ولو أوصى للجراح صح وإن سرت ولا تبطل وكذا القاتل على إشكال، وكذا لو قتلت المستولدة

المعنيين فلا إشكال عنده وقد تقدم البحث في هذه المسألة في الوقف.
قال دام ظلّه: ولو أوصى المسلم لأهل قريته (إلى قوله) ففي تخصيص المسلمين نظر.

أقول: على القول ببطلان وصية المسلم للذمي فلا إشكال وعلى القول بالصحة ينشأ (من) عموم اللفظ ولأن بعض الأصوليين منع من اخراج الأكثر (ومن) أن كفرهم وإسلام الموصي إما أن يكون قرينة مخصصة أو لا والأول المطلوب (و الثاني) يستلزم عدم التخصيص مع مساواتهم لكنهم اتفقوا عليه والأولى التخصيص.
قال دام ظلّه: ولو أوصى الكافر للفقراء صرف إلى فقراء أهل نحلته (إلى قوله) ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم نظر.
أقول: ينشأ (من) عموم اللفظ ودلالة قرينة العداوة الدينية على عدم إرادتهم والأصح الأول.

قال دام ظلّه: ولو أوصى للجراح صح وإن سرت ولا تبطل وكذا القاتل على إشكال.

أقول: قال الشيخ يصح لعموم قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين (١) وعموم قوله تعالى من بعد وصية

(١) البقرة - ١٨٠ - .

سيدها فإنها تعتق وكذا المدبر وذو الدين المؤجل، ولو أوصى لأصناف الزكاة أو لمستحقيها فالأقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية والاكتفاء بواحد من كل صنف، ولو أوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس على إشكال (أما) لو أوصى للفقراء

يوصي بها أو دين (١) (ولأنه) تمليك بإيجاب وقبول فصح كالبيع وقال ابن الجنيدي لا وصية لقاتل عمدا لمنعه أقوى التمليكات بالموت وهو الميراث وفصل المصنف في المختلف فقال ببطلانها إن تقدمت على فعل سبب القتل مقابلة له بنقيض مقصوده كالميراث

وبصحتها إن تأخرت بشرط أن ينص عليه فلا يدخل في اللفظ العام كقوله أعطوا أولادي للقرينة المخصصة وهذا هو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو أوصى لأصناف الزكاة أو لمستحقيها فالأقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية والاكتفاء بواحد من كل صنف.

أقول: هنا مسألتان (١) إن حمله على الأصناف هل هو بالتشريك أو على جهة بيان المصرف قال المصنف الأقرب الأول وهو الأصح عندي (ووجه) القرب أنه أوصى لثمان قبائل والوصية تقتضي التمليك وتعدد الموصى له يقتضي التشريك حقيقة و الفرق بينه وبين الزكاة أن الزكاة لبيان المصرف والوصية تمليك وبيان للمالك (ومن) أنه جعل استحقاقها تابع (٢) لاستحقاق الزكاة وكل واحد من مستحقي الزكاة مصرف تام واللفظ الدال عليه بيان المصرف (ب) هل يكتفى بالواحد من كل صنف قال المصنف الأقرب الاكتفاء لأنه كلما كان المستحق فيه الماهية النوعية المتحققة في كل واحد من الأشخاص فهو لبيان المصرف وهو هنا كذلك لاستحالة أن يكون الموصى له الكل بالتشريك لأنه تكليف بما لا يطاق (ويحتمل) عدمه لأنه أوصى بلفظ الجمع فلا يحمل على الواحد لأنه تكثير للمجاز والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو أوصى للفقراء دخل فيهم المساكين وبالعكس إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن المسكين هل هو سوء حالا من الفقير أم لا فإن قلنا أنه

(١) النساء ١٢ -

(٢) هكذا في النسخ والصحيح تابعا بالنصب.

بعشر وللمساكين بخمس وجب التمييز ولو مات الموصى له قبل الموصي قيل بطلت وقيل إن لم يرجع فهي لورثة الموصى له فإن لم يكن له وارث فلورثة الموصي ولو قال أعطوا فلانا كذا ولم يبين ما يصنع به الصرف إليه يعمل به ما شاء، ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه إلى ما فيه قرابة وقيل يختص بالغزاة ويستحب الوصية للقرابة وارثا كان أو غيره

أسوء حالا دخل في الوصية الفقير بخلاف العكس وإن قلنا أن الفقير أسوء حالا فالحكم بالعكس وإن جعلناهما متساويين دخل كل منهما في وصية الآخر والأولى عدم الدخول لأنه مشكوك فيه فيقتصر على المعنى المطابق.

قال دام ظله: ولو مات الموصى له قبل الموصي قيل بطلت (وقيل) إن لم يرجع فهي لورثة الموصى له فإن لم يكن له وارث فلورثة الموصي. أقول: الأول قول المفيد ورواه ابن بابويه في كتابه وهو قول مشهور بين الأصحاب (والثاني) قول ابن الجنيد واستحسنه المصنف في المختلف وهو الأصح عندي (لنا) ما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل

أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفى الذي أوصى له قبل الموصي قال الوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته الحديث (١) (ولعموم) الآية الدالة على إرث الوارث من الحقوق والأعيان وحق القبول مستحق للميت فينتقل إلى وارثه (واحتج) القائلون بالبطلان بما رواه أبو بصير ومحمد بن مسلم جميعا في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس

بشيء (٢) (والجواب) إنها لا تدل على المطلوب لاحتمال أن يكون المراد ليس بشيء ينقض الوصية بل هي على حالها في الثبوت ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال وهذا الجواب

ذكره الشيخ رحمه الله.

قال دام ظله: ولو أوصى في سبيل الله فالأقرب صرفه إلى ما فيه قرابة و قيل تختص بالغزاة

(١) ثل ب ٣٠ خبر - ١ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٣٠ خبر - ٤ من كتاب الوصية.

فروع
(الأول) لو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف إلى التدبير
(الثاني) لو أوصى لمكاتبه فالأقرب أنه كالعبد وحينئذ فالأقرب اعتبار أقل الأمرين من

أقول: أجمع علماء الاسلام على صحة الوصية بصرف شيء في سبيل الله وعلى أن
المجاهدين يدخلون فيها وإنما اختلفوا في موضعين (أ) هل يشاركهم غيرهم فيها
الأول فقيل بالأول ويكون الوصية حينئذ بصرفه في وجوه القرب وهو قول ابن إدريس
وظاهر كلام الشيخ في الخلاف لأن السبيل الطريق وكل ما فيه قرينة فهو طريق
(وقيل) بالثاني وهو قول الشيخ في بعض كتبه وابن حمزة لأن عرف الشرع يقتضي
صرف السبيل إلى الغزاة (ب) على القولين هل كلهم مصرف أو بعضهم قولان (الأول)
نعم وهو قول الشيخ فإنه قال في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج في الكامل
يخرج في معونة المجاهدين ومع التعذر في معونة الفقراء والمساكين وأبناء السبيل
ويقدم فقراء آل محمد ومساكينهم وأبناء سبيلهم (والثاني) قول الشيخ في الخلاف فإنه
قال إذا وقف وقفاً وشرط أن يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المقطوعة دون
العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة وذهب في المبسوط إلى صرفه
إلى المجاهدين إذا نشطوا ورجعوا إلى حرفهم بعد ذلك.

قال دام ظله: ولو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف
إلى التدبير.

أقول: وجه الأول أن التملك نسبة ولا تتحقق إلا بتغاير المنتسبين (ووجه)
الثاني استعمال أهل العرف لتضمنها إزالة ملكه وملك غيره عنه بعد موته والأصح
عندي الصحة وحكم به معظم الأصحاب حيث إنهم جعلوا الوصية له بجزء شايع من ماله
بمنزلة ما إذا أوصى له برقبته وقالوا صح لدخوله في المال فكان في الحقيقة وصية
له برقبته وما زاد إن زاد وبيعها إن نقص فتعليقهم بذلك يدل على الصحة ولا وجه
للبطالان عندي.

قال دام ظله: لو أوصى لمكاتبه فالأقرب أنه كالعبد وحينئذ فالأقرب

القيمة ومال الكتابة فإن ساواه الموصى به عتق (الثالث) لو أوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على إشكال وكذا لو أوصى لولد فلان وأشار إلى معين

اعتبار أقل الأمرين من القيمة ومال الكتابة.

أقول وجه قرب كونه كالعبد أنه قبل أن يعتق منه شيء عبد فيدخل تحت العموم (ويحتمل) أن يعطى ما أوصى له به لأننا إنما صرفنا في العبد إلى رقبته لعدم الملك وهو هنا منتف فالمقتضي موجود وهو الوصية في نفس الأمر والمانع منتف ثم على الأول وجه قرب اعتبار أقل الأمرين أنه إذا أوصى للعبد بمال صرف إلى رقبته على ما تقرر فإن كانت قيمته أقل كان بمنزلة من قد أعتقه لا بالكتابة لأن التقدير أن عتقه بالتقويم بالوصية فيعتبر القيمة وإن كان مال الكتابة أقل فلأنه رضي بذلك القدر عوضا عن العبد ولزم ذلك للزوم الكتابة.

قال دام ظله: لو أوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على إشكال.

أقول: منشأه انتفائه باللعان وثبوت النسب قبله لكن قطعه باللعان واللعان إنما يؤثر في حق الزوجين ألا ترى أنها تعتد به ولو قذفها به قاذف حد لها ولو عاد فاعترف

به ورث أباه (والثاني) قول الشيخ في المبسوط والأصح الأول.

قال دام ظله: وكذا لو أوصى (إلى قوله) مع تعلق غرضه بها.

أقول: وجه الإشكال أنه ذكر التعيين والنسبة فيحتمل في نفس الأمر أن يكون التعيين مقصودا والنسبة للتعريف وبالعكس (ووجه) القرب أنه إن علم تعلق غرضه بالنسبة فالوصية في الحقيقة لمن صدقت عليه مع كونه هذا المعين ففي الحقيقة أوصى لمن اتصف بشيئين بالنسبة بهذا التخصيص لكن يستحيل اجتماعهما (ويحتمل) الصحة لحصول شرائط التمليك وقبوله التملك والغلط منه في العلة الغائية لا في القابل والفاعل وإن لم يعلم صرف إلى المعين لأنه هو المالك في الحقيقة إذ الملك شرط في تشخص المالك خارجا والنسبة إنما تراد للتعريف لأن الكلي لا يكون مالكا وهو الأصح.

فكذبت النسبة والأقرب البطلان مع تعلق غرضه بها (الرابع) لو أوصى بعين لحي وميت أو للملك أو للحايط مع علمه احتمال تخصيص الحي بالجميع أو النصف ولو جهل فالنصف وكذا لو مات أحدهما بعد الوصية لهما أو قال أوصيت لكل من فلان وفلان بنصف

المائة فإن الحي يستحق النصف.

(الخامس) لو أوصى بشئ لزيد وللمساكين احتمال أن يكون لزيد النصف و الربع وكواحد منهم أما المساكين فلا يعطى أقل من ثلاثة (السادس) لو قال اشتروا

قال دام ظله: لو أوصى بعين لحي أو ميت أو للملك أو للحائط مع علمه احتمال تخصيص الحي بالجميع أو النصف.

أقول: وجه الأول أنه قصد اخراجه عن ملكه وأضافه إلى زيد والميت وهو يعلم عدم صحة إضافته إلى الميت فيكون قد قصد إعطائه لزيد وأيضا العطف يقتضي التسوية في الحكم وهو يملك كل العين هنا والتشريك من المزاحمة ولم يحصل ولأنه نفي الملك عما سواهما وأحدهما لا يملك فيبقى للآخر (ووجه) الثاني التشريك لأن الواو يقتضي التشريك فقد أوصى لكل منهما بالنصف وأحدهما يصح والآخر يبطل الوصية له وإذا بطلت الوصية للموصى له يرجع إلى ورثة الموصي و استدل بعضهم بأنه لا فرق بين قولنا العين لزيد وعمرو وبين قولنا هذه العين بين زيد وعمرو عرفا والثاني يقتضي التشريك فكذا الأول وفيه نظر لمنع عدم الفرق لأن دلالة الواو على التشريك من باب الظاهر لاستعمالها في القرآن في بيان المصرف كقوله تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين (١) والأصح صحتها في النصف ودلالة بين عليه نص والأصح صحتها في النصف.

قال دام ظله: ولو أوصى بشئ لزيد وللمساكين (إلى قوله) فلا تعطى أقل من ثلاثة.

أقول: وجه الأول أنه أوصى لفريقين فكان كما لو أوصى لقريش وتميم (ووجه) الثاني إن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة فكأنه أوصى به لأربعة زيد أحدهم فيكون

(١) التوبة - ٦٠.

بثلاثي رقابا فاعتقوهم لم يجز الصرف إلى المكاتبين (السابع) لو أوصى لحمل فأتت به لأقل من ستة أشهر استحق فإن ولدت آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول شاركه لتحقق وجوده وقت الوصية.

(الثامن) لو أوصى للمسجد صرف إلى مصالحه سواء أطلق أو عينه أما لو قصد التملك فإنه يبطل (التاسع) لو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة لظهور الغرض في أعيان الأموال وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من انسان بنقد بثمن المثل ولو باع عين ماله

له الربع (أما الأولى) فقد ثبت في الأصول (وأما الثانية) وهي حملها على أقل الجمع فلعدم إمكان استيعابهم فيكون جمعا ليس للعموم ولا لما يقرب منه فيكون بمنزلة الجمع المنكر فيحمل على الأقل لدخوله على كل تقدير والزائد ليس بعض المراتب أولى من البعض فتخصيص بعضها ترجيح بلا مرجح وهو محال (ووجه) الثالث التسوية بين كل واحد وبينه فيجب استيعاب من يمكن لأنه أقرب من غيره إلى الحقيقة فيحمل اللفظ عليه ويكون هذا كأحدهم وهذا هو الأصح عندي.
قال دام ظله: لو أوصى لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو (إلى قوله) بنقد بثمن المثل.

أقول: هنا مسألتان (أ) إذا أوصى لكل وارث بعين هي قدر نصيبه كما لو أوصى لابنه بعبد قيمته مائتان وأوصى لابنته بعبد قيمته مائة فالأقرب عند المصنف الافتقار إلى الإجازة لتعلق الأغراض بخصوصيات الأعيان والمنافع الحاصلة منها فكما لا يجوز إبطال حق الوارث من قدر حقه لا يجوز من عينه (ويحتمل) عدم الافتقار إلى الإجازة لأن الأصل القيمة إذ أعيان الأموال لا أثر لها في زيادة المالية ونقصها مع تساوي القيمة ولأن اعتبار الأعيان هنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثمن المثل على تقدير التسوية بين المنجز والوصية في المريض مما لا يجتمعان والثاني ثابت إجماعا فينتفي الأول وهذا قوي والأول أقوى (ب) لو أوصى ببيع عين ماله بثمن المثل من شخص فالحكم ما تقدم من اعتبار الإجازة وعدمها.

من وارثه بضمن المثل نفذ (العاشر) في اشتراط التعيين إشكال فإن لم نقل به لو أوصى لأحد هذين احتمال تخيير الوارث والقرعة وفي التشريك بعد ولو أوصى لمنكر كرجل تخير الوارث لتعذر القرعة ولو أوصى لمن يصدق عليه بالتواطي كالرجل أو لمن شاء عم.

قال دام ظلّه: العاشر في اشتراط التعيين إشكال

أقول: ينشأ (من) أن الملك أمر معين وهو نسبة فلا بد من منتسب إليه معين ولاقتضاء الوصية تعلق حق الموصى له فلا بد أن يكون معيناً (ومن) صحة الوصية لفقير أو فقيرين.

قال دام ظلّه: فإن لم نقل به لو أوصى لأحد هذين احتمال تخيير الوارث والقرعة وفي التشريك بعد.

أقول: هذا فرع على القول بعدم اشتراط تعيين الموصى له وأنه يصح الوصية للمبهم كقوله لأحد هذين (وتقريره) أن نقول على هذا التقدير إن أوصى بشئ لأحد شخصين ذكر المصنف في التذكرة أوجها ثلاثة (أ) يتخير الوارث (ووجهه) أن التعيين حق للميت فيملكه الوارث لعموم آية الإرث (ب) إنه يقرع بينهما لأنه أمر مشكل لاستحقاق

أحدهما ولم يعلم ونسبة اللفظ إليها واحدة ولأنه إنما يرث الوارث بعد الوصية فلو كان له التعيين لتقدم عليها فيدور (وفيه نظر) فإن المتقدم على الإرث أصل الوصية والمتأخر هو تعيين الوصي له وتمييزه ولا دور (ج) إنه يوقف حتى يصطلحا والأولان ذكرهما في هذا الكتاب وذكر بعض الفقهاء احتمالاً رابعاً وهو التوزيع لأن كلا منهما يدعيه ولا ترجيح فيجمع بين الدعويين كسائر دعاوى المتعارضة وهذا الاحتمال في غاية الضعف لأنه تبديل الوصية وتبديل الوصية غير جائز (أما الأولى) فلأن أحدهما تصريح بالتخصيص لأنه موضوع له فلا يحتمل التشريك (وأما الثانية) فلقوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه (١) والأصح الأول لأن القرعة إنما هي

(١) البقرة - ١٨١.

(الحادي عشر) لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة فالأقرب صرفه إلى المجاز كما لو أوصى لأولاده وله أولاد أو لغيره أو لآبائه وله أجداد إلا في مثل الدابة فإنه لا ينصرف إلى البليد إلا لقرينة لأن الحقيقة هنا ممكنة أقصى ما في الباب إنه يقتضي بطلان الوصية وهو حكم شرعي فلا يخرج اللفظ باعتباره عن حقيقته ومن ثم لم تحمل الوصية للموالي على المجاز وهو إرادة المعينين على الأقوى والفرق بين المولى وبين أحد هذين ظاهر فإن الثاني متواطئ (الثاني عشر) لو أوصى للحمل فوضعت حيا وميتا صرف الجميع إلى الحي مع احتمال النصف وكذا لو أوصى لأحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات أحدهما قبل البيان.

كاشفة عما هو معين في نفس الأمر وليس ها هنا والأصل في هذه المسألة أن هذه الوصية هي سبب للتمليك في الحال والتعيين مبين أو هي صالحة للسببية عند التعيين (فعلى الثاني) يتخير

الورث قطعا (وعلى الأول) يكون القرعة والقرعة قوية. قال دام ظله: ولو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه فالأقرب صرفه إلى المجاز (إلى قوله) فإن الثاني متواطئ. أقول: وجه القرب أن كلام العاقل لا يحمل على اللغو والحقيقة متعذرة فيحمل على المجاز وإلا لزم اللغو (ولأن) هذا اللفظ بمهمل فله معنى يفهم منه عند الإطلاق وهو الحقيقي ومع تعذره فعلى المجاز وهذه قاعدة مطردة عند أهل اللغة (ويحتمل) عدمه لأن اللفظ عند الإطلاق إنما يحمل على الحقيقة لا على المجاز وإن بطل التصرف وهو الأصح عندي لأن أصل صيانة مال الغير إلى ناقل قطعي أقوى من أصل صيانة التصرف عن البطلان (ولأن) المجاز على خلاف الأصل فلا يرجح على ما بني على الاحتياط التام وهو التصرف في مال الغير والحكم بنقله عنه. قال دام ظله: ولو أوصى للحمل فوضعت حيا وميتا صرف الجميع إلى الحي (إلى قوله) ومات أحدهما قبل البيان. أقول: وجه الأول أن الميت كالمعدوم ألا ترى أن الواحد إذا انفصل ميتا تبطل الوصية له ولا يصرف إلى ورثته شيء وصار كالميراث الموقوف للحمل (ووجه الثاني)

المطلب الرابع في الموصى به وهو كل مقصود يقبل النقل ويشترط أن يكون موجودا مختصا بالموصى منتفعا به غير زائد على الثلث إلا مع إجازة الوارث ولا يشترط كونه مالا ولا معلوما ولا معيناً ولا مقدورا على تسليمه ولا نعني بالموجود كونه موجودا بالفعل حال الوصية بل ما يمكن وجوده فلو أوصى بما تحمله الجارية أو الدابة أو بالثمرة المتجددة في العام المقبل أو بأجرة سكنى (الدار - خ) السنة المستقبلية صح لأنها في تقدير الوجود ولو أوصى بالمنافع صحت وإن لم تكن مالا لمساواتها له في الانتفاع ولو أوصى بالمجهول أو بالآبق أو بالمغصوب صح ولو أوصى بمال الغير لم يصح لعدم الاختصاص ولو أوصى بالمشترك صح في نصيبه لاختصاصه به ولو أوصى بالخمر والخنزير و كلب الهراش وطبل اللهو لم تصح. ولو أوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها

الأخذ بالأسوأ في حقه والأول أصح (ووجه) الإشكال في أحد هذين أنه إذا مات أحدهما لم يبق صالحا للوصية له فتعين الآخر (ومن) حيث تردد الحي بين أن يكون له الجميع وأن لا يكون له شيء أصلا فيحكم له بالنصف (واعلم) أن هذه المسألة تبنى على أن البيان في أحد هذين هل هو كاشف عن كون المعين موصى له أو سببا في حصول هذا الوصف له (فعلى الأول) يقوم وارثه مقامه ويكون كأنه لم يمت (وعلى الثاني) يتأتى هذان الاحتمالان فعلى هذا إن قلنا بالنصف للحي يبطل النصف الآخر وهو الأصح عندي.

المطلب الرابع في الموصى به قال دام ظله: ولو أوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمر المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز أقول: وجه القرب ثبوت حق عليها وهو الإمساك للتخليل وثبوت الحرمة لها فيجوز الوصية بها (ولأنه) في الحقيقة وصية بمنفعة فتصح (ويحتمل) عدم الجواز لأن الوصية تملك وهي غير صالحة للتمليك والأصح عندي أنه كلما يصح الانتفاع به

والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز وكذا لو أوصى بالزبل أو المجهول كأحد العبدین أو بالقسط والنصيب، وكل ما ينتقل إلى الوارث إلا القصاص وحد القذف فإنه لا يقع للموصى له وإن انتقل إلى الوارث لأن المقصود وهو التشفي يحصل للوارث دونه، ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم تصح لتعذر شرائه إن منعنا بيعه مطلقاً وإلا اشترى له ما يصح بيعه (وعلى الأول) لو كان له كلاب ولا مال له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها (ويحتمل) التقدير بتقويم المنفعة واعتبار العدد ويتعذر الأولان لو أوصى ذو الكلب وطبل اللهو وزق الخمر بأحدها ولا مال له سواها ولو كان له سواها نفذت الوصية وإن قل لأنه خير من ضعف الكلب الذي لا قيمة له.

من النجاسات كالجرو القابل للتعليم والزيت النجس لاشتعاله تحت السماء تصح الوصية به وكذا الخمر المحترمة كالتی اتخذت للتخليل لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث.

قال دام ظله: وكذا لو أوصى بالزبل.

أقول: البحث هنا في ما لا يملك بل عليه أولوية اليد وله منفعة مباحة كالزبل فإنه ينتفع للزرع هل يصح الوصية به أم لا والبحث فيه كالمسألة السابقة.

قال دام ظله: أو المجهول كأحد العبدین أو بالقسط والنصيب.

أقول: هذا ليس بعطف على الإشكال بل على الصحة فإن الموصى به يقبل الجهالة فلا يقدح فيه الإبهام وهذا لا خلاف فيه بخلاف ما لو أوصى لأحد هذين فإن فيه خلافاً. قال دام ظله: ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح (إلى قوله) لأنه خير من ضعف الكلب الذي لا قيمة له.

أقول: وجه الأول أنه الطريق إلى تقويم ما لا قيمة له مع وجود منفعة معتبرة شرعاً كتقدير الرقبة في الحر عند الحاجة كأرش الجرح الذي لا مقدر له شرعاً (وجه الثاني) أن المقصود من العين الانتفاع بها وباعتبار المنفعة تقل القيمة وتكثر، والعين لا قيمة لها فالاعتبار حينئذ بالمنفعة (ولأنه) لولاها لم تصح الوصية بالعين فالموصى به في

الحقيقة هي والعين تابعة فتكون المنفعة هي المقومة (ولأن) القيمة في الحقيقة للمنافع

ولو أوصى بطبل لهُو بطل إلا أن يقبل الإصلاح للحرب أو غيره مع بقاء الاسم
ولو لم يصلح إلا برضه لم يصح فإن الوصية لا تنزل على الرضا لاعتقادها اسم الطبل،
ولو كان الرضا من ذهب أو عود كان هو المقصود فتتزل الوصية عليه فكأنه أوصى
برضاؤه ولو أوصى برضاؤه صحت كأنه قال يكسر الطبل ويعطى رضاؤه، ويشترط
أن لا يكون الموصى به زائدا على ثلث الموجود عند الموت، ويستحب التقليل فالربع

لا للذوات (ووجه الثالث) أنه يعتبر العدد في غير المتفاضل ولا تفاضل هنا إذا التفاضل إنما
يكون
باعتبار القيمة ولا قيمة للكلاب والأصح الثاني ويتفرع على ذلك مسألتان (أ) لو كان له
كلب
ينتفع به وطبل لهُو لا قيمة لرضاؤه ولا منفعة متقومة له وزق خمر محترمة فأوصى بواحد
منها
وقلنا باعتبار الثلث لم يجز الوجهان الأولان أعني تقدير القيمة للعين أو للمنفعة لأنه لا قيمة
للخمر ولا منفعة وكذا طبل اللهُو فيتعين اعتبار مجرد العدد المركب من الوحدات
(واعترض) بأنه لا مناسبة بين رؤسها والعدد المعتبر إنما هو فيما يتجانس رؤسه كالكلاب
فاعتبر بعضهم بناء على هذا تقدير القيمة والحصر ممنوع ولم يجزم المصنف هنا بشيء
والأقوى عندي أن الموصى به إن كان هو الكلب صح في ثلثه لأنه متقوم على المشهور
عند علمائنا وعلى القول الآخر يحتمل الصحة فيه لأنه غير متقوم فليس بمال في الحقيقة
والمعتبر من الثلث إنما هو المال لقوله عليه السلام المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله
والمراد الحجر في المال اتفاقا (ولأن) الأصل في الاستثناء الاتصال لأنه الحقيقة
(ويحتمل) اعتبار الثلث لأن له منفعة مباحة متقومة وتعتور عليه الأيدي المستحقة
وله دية شرعية فيكون حكمه حكم المال في تحريم منع الورثة من ثلثه ولهذا يستعار
له اسم المال والذي أفتي به ما ذكرته (ب) لو كان له مال وكلاب ينتفع بها فأوصى
بكل الكلاب أو ببعضها ذكر المصنف هنا نفوذ الوصية وإن كثرت وقل المال لأن
المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به والمال وإن قل خير من ضعف الكلاب إذ لا قيمة
لها وهذا عندي ضعيف والأصح تقدير القيمة لها وضمها إلى المال لاعتبار الثلث على
ما هو المشهور عند علمائنا وهذا الفرع إنما هو على تقدير اعتبار الثلث فيها وهنا فروع
كثيرة أعرضنا عنها للاختصار.

أفضل من الثلث والخمس أفضل من الربع وهكذا فلو أوصى بأزيد من الثلث فإن أجاز الورثة صحت وإن منعوا بطلت ولو أجاز بعض الورثة نفذت الإجازة في قدر حصته من الزيادة ولو أجازوا بعض الزايد صح خاصة.

ولو أوصى ببيع تركته بثمان المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال والإجازة تنفيذ لفعل الموصي لا ابتداء عطية فلا يفتقر إلى قبض ويكفي أجزت أو أنفذت وشبهه فلو أعتق عبدا ولا مال له سواه أو أوصى بعتقه فأجاز الورثة فالولاء كله لعصبة دون عصبة الوارث، ولا فرق بين أن يكون الموصي مريضا أو صحيحا وتنفذ الإجازة إن وقعت بعد الموت إجماعا وفي نفوذها قبله قولان ولا تصح الإجازة إلا من جازر التصرف فلا تنفذ إجازة

قال دام ظله: ولو أوصى ببيع تركته بثمان المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال أقول: ينشأ (من) أن غرض الورثة قد يتعلق بعين المال وذلك أمر متعارف بين الناس (ومن) حيث إنه المالية لم تنقص والشارع ما اعتبر إلا المالية كما لو باع المورث والأصح عندي الثاني.

قال دام ظله: وينفذ الإجازة إن وقعت بعد الموت إجماعا وفي نفوذها قبله قولان.

أقول: ذهب الشيخ وابن الجنيد وابن حمزة والمصنف في المختلف إلى نفوذها ورواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه في الصحيح وذهب المفيد و سلار وابن إدريس إلى عدم نفوذها (احتج) الأولون بعموم قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) (ولأن) الرد حق للورثة فإذا رضوا بها سقط حقهم وما رواه منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له قال جائز قال علي بن رباط وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته وأقروا به (٢) وما رواه محمد بن مسلم عن

(١) النساء - ١٢

(٢) ثل باب ١٣ خبر ٢ من كتاب الوصية.

المجنون ولا الصبي والسفيه وتصح من المفلس ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا الوصية سواء كانت الوصية بمعين أو بجزء مشاع أو لفلو أو وصى الغني ثم افتقر أو الفقير ثم استغنى فالحكم بحالة الموت.

ولو قتل خطأ أو استحق أرشاً خرجت الوصية من ثلث تركته وثلث ديته وأرشه وكذا العمد إذا تراضوا بالدية ولو أوصى بالمضاربة بتركته (أجمع - خ) على أن نصف الربح للوارث صح ولو أوصى بواجب وغيره بدئاً بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث إن لم يجز الوارث ويبدء بالأول فالأول مع القصور ولو كان الجميع غير واجب بدءاً بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث ويبطل الزائد إن لم يجز الوارث ولو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس ولم تجز الورثة صحت وصية زيد خاصة ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعاً على إشكال فإن اشتباه الأول أقرع.

الصادق عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به في حياته قال ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرؤا بها في حياته (١) (احتج) ابن إدريس بأنها إجازة في ما لا يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك وهو الأصح. قال دام ظله: ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعاً على إشكال.

أقول: قال الشيخ في الخلاف وابن إدريس يكون رجوعاً (وقيل) لا يكون رجوعاً وهو اختيار المصنف وحكى الشيخ القولين في المبسوط (احتج) الأولون بوجهين (١) نقل الشيخ الإجماع في الخلاف وهو حجة (ب) إنه لا يستحق التصرف في أكثر من الثلث وتصرف الإنسان إنما يصرف إلى ماله التصرف فيه فيرجع إليه فيكون الثانية ناسخة للأولى (احتج) الآخرون بانتفاء الدلالات الثلث وهو الأصح لأنه ليس بنقيض ولا ضد فلا تبطل به.

(١) ثل ب ١٣ خبر ١ من كتاب الوصية.

ولو أوصى بمعين زائد عن الثلث لاثنين ولم تجز الورثة فلهما منه بقدر الثلث، ولو رتب أعطى الأول وكان النقص على الثاني سواء أوصى لكل منهما بشئ منه أو أوصى لكل منهما بشئ منفرد، ولو أجازوا وصية النصف ثم ادعوا ظن القلة صدقوا مع اليمين ولو كانت الوصية بمعين فادعوا ظن أنه الثلث أو ما زاد بيسير أو أن المال كثير أو أنه لا دين لم يقبل منهم (ويحتمل) القبول ولو (إذا - خ) أوصى بالثلث لزيد كان له من كان شئ ثلثه ولو أوصى بمعين يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت بغير اختيار الورثة فإن كان هو الحاضر فله التصرف في الثلث ويقف الباقي حتى يحضر الغائب لأنه معرض للتلف ويحتمل منعه من التصرف وإن كان مستحقا بكل حال لأن حق الوارث التسلط على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا.

قال دام ظله: ولو أجازوا وصية النصف (إلى قوله) ويحتمل القبول. أقول: وجه الأول أنهم أجازوا الوصية بالمعين ثم ادعوا ما يبطلها والأصل عدمه فلا يقبل منهم (ووجه الثاني) أنهم أعرف بقصدتهم والأغلب خفاء مال الغير (و الفرق) بين النصف مطلقا والمعين أن النصف مبهم يقع فيه الاشتباه وكلما يقع فيه الاشتباه فالأصل عدم العلم به فيقبل قول الوارث مع اليمين لأنه يوافق الأصل بخلاف المعين (ولأنه) أجاز الوصية بهذه العين والأصل الصحة فلا يقبل ما ينافية وإلا لم تستقر إجازة - وفي حاشية بخط المصنف على نسخة الأصل والفرق أنهم بنوا على الأصل في النصف وعلى الخلاف في المعين ومعناه أنهم ظنوا القلة في النصف وبنوا على أصل عدم الزيادة وفي المعين ظنوا زيادة التركة وهو على خلاف الأصل فقوله في الحاشية وعلى الخلاف أي على خلاف الأصل.

قال دام ظله: ولو أوصى بمعين يخرج من الثلث ملكه الموصى له بالقبول (إلى قوله) لأن حق الوارث على ضعف تسلطه أقول: وجه الأول أنه مستحق بكل حال لأنه إما أن يحضر الغائب أو لا فإن كان الأول كانت العين كلها له وإلا فله الثلث بكل حال والحق الثاني لأن الوارث إنما يحسب عليه ما يصل إليه ويتمكن من التصرف فيه ولا يمنع منه من جهة الوصية وهذا

تنبيه

لو اشتملت الوصية أو المنجز في مرض الموت على كل تقدير التصرف في أكثر من الثلث احتمال البطلان لأنها وصية بغير المعروف والصحة ويكون النقص كالاتلاف ونقص السوق كما لو كانت قيمة العين ثلاثين ولا شيء سواها ورجعت بالتشقيص إلى عشرة أو باعه أو أعتقه فرجع بالشركة في أقل جزء إلى عشرة وكذا الإشكال لو أوصى له بأحد مصراعي باب أو أحد زوجي خف قيمتهما معا ستة وقيمة كل واحد اثنان ومع البطلان لا عبرة بإجازة بعض الورثة أما نقص القيمة بتشقيص الورثة فكالاتلاف في الإرث وفي الوصية فتصح حينئذ وتؤثر الإجازة.

ممنوع منه من جهة الوصية.

قال دام ظله: تنبيه لو اشتملت الوصية أو المنجزة في مرض الموت (إلى قوله) فيرجع بالشركة في أقل جزء إلى عشرة.

أقول: هذه مسألة شريفة من خصائص المصنف دام ظله (وتقريرها) أنه إذا استلزم نفوذ تصرف المريض المتبرع به إما الوصية أو المنجز إذا قلنا حكمه حكم الوصية وهو الأصح على كل تقدير في جزء ما، نقص المال بأكثر من الثلث كالمثال المذكور احتمال بطلان التصرف لأن لازمه ممنوع منه شرعا وكما كان اللازم ممنوعا منه كان الملزوم كذلك (أما الملازمة) فللفرض المذكور (وأما المنع) من اللازم فللخبير والإجماع (ويحتمل) الصحة لأن إتلاف المريض لا يحسب من الثلث الذي أطلق له الشارع

التصرف فيه كما لو قتل عبدا من عبدين وأعتق عبدا فإنه ينعق عليه ثلث الباقي ولا يحسب التالف وهذا النقص بغير اختيار الموصي فجرى مجرى التلف وهذا المريض له مال فيدخل تحت العموم.

قال دام ظله: وكذا الإشكال لو أوصى له بإحدى مصراعي باب (إلى قوله) وتؤثر الإجازة.

أقول: هنا مسائل ثلاث (أ) لو أوصى بأحد مصراعي باب أو أحد زوجي خف وينقص قيمه الثاني بالتفريق بحيث يزيد على الثلث فالإشكال كما تقدم (ب) إذا

الفصل الثاني في الأحكام ومطالبه ثلاثة

(الأول) الأحكام الراجعة إلى اللفظ وفيه بحثان (الأول) الموصى به، لو أوصى بالحامل لم يدخل الحمل ولو أوصى بالحمل لم تدخل الأم ولو سقط بجناية جان صحت وعوض الجنين للموصى له بخلاف ما لو أوصى له فانفصل بالجناية ميتا ولو سقط ميتا بطلت الوصية به وكانت مؤنة التجهيز على الورثة ولو تعدد دخلا معا ولا بد من وجوده حال الوصية فلو شككنا في وجوده بطلت ويرجع في الأمة إلى ضابط الشرع (أما البهائم) فتختلف باختلاف أجناسها فيرجع فيها إلى العادة (أما) لو أوصى بما تحمل لم يشترط الوجود ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم صرف إلى المحلل. ولو أوصى بكلب نزل على المنتفع به ولو لم يكن له سوى غيره يشتري له، و لو أوصى له بطبل من طبوله وله طبل لهو وطبل حرب نزل على الحرب، ولو لم يكن له إلا طبل لهو لا يصلح إلا له بطلت وكذا لو أوصى بالمحرم ويمكن إزالته عن صفته المحرمة كالعود أما لو لم يمكن فإنها تبطل (أما) لو قال طبلا من مالي فإنه يشتري له طبل حرب، ولو أوصى له بدف صحت، وإذا أوصى له بعود من عيدانه وله عود لهو وعود بناء

قلنا ببطلان الوصية لم تؤثر الإجازة في صحتها لأن الإجازة إنما تؤثر في وصية صحيحة ويتوقف لزومها على الإجازة وهذه الوصية باطلة من الأصل (وعندي فيه نظر) لأننا نمنع بطلانها من الأصل لأنها ليست أقل من تصرف الفضولي كبيعته (ج) لو حصل نقص بسبب تعدد الورثة بسبب وقوع الشركة كما ذكر فإن الناقص هنا كالتلف قطعاً لأنه ليس من فعل الموصي فكان كنقص السوق فيعتبر قيمة الآن وتصح الوصية من الثلث بالنسبة إلى القيمة الناقصة

قال دام ظله: وإذا أوصى له بعود من عيدانه وله عود لهو وعود بناء وعود قوس بطلت لأنه في عود اللهو أظهر وفيه إشكال.
أقول: ينشأ (من) أن لفظة العود له حقيقة لغوية ثم استعمل في عود اللهو عرفاً فهل هو منقول بحيث يترك موضوعه الأول وبقي فيه مجازاً عرفياً أو لم يترك بل بقي

وعود قوس بطلت لأنه في عود اللهو أظهر وفيه إشكال والضابط أن كل لفظ يقع على أشياء وقوعا متساويا إما لكونه مشتركا أو لكونه متواطيا فإن للورثة الخيار في تعيين ما شأؤوا (ويحتمل) في المشترك القرعة ويحمل على الظاهر كالحقيقة دون المجاز، ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب والنبل وهي العربية و الحسينان وهي فارسية لها مجرى من قصب يجعل فيها سهام صغار ويرمى بها دون قوس الندف ودون الجلاهق وهو قوس البندق ويتخير الوارث ولو وجدت قرينة حملت على ما دلت عليه، ولو قال قوس الرمي إلى الطير أعطى الجلاهق ولو قال أعطوه قوسا من قسيي وله قوس ندف وبندق أعطي قوس البندق لأنه أسبق إلى الفهم، ولو لم يكن له إلا قوس ندف أعطي منها (ولو اتحد شخصا فإشكال - خ) أما لو قال قوسا

في هذا مجازا راجحا والمجاز أولى من النقل لما تقرر في الأصول ثم مع التعارض بين المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة هل يتوقف فيه أم يحمل على المجاز الراجح أم على الحقيقة المرجوحة فيه أقوال ثلاثة للأصوليين ورجح المصنف الوقف لأن الأمة إذا لم تفصل بين المسألتين ولم ينقل حكم إحديهما ونقل حكم الأخرى لم يجز الفصل بينهما وقد خصص الطبل المطلق في الوصية بالمحلل بمجرد التحليل والتحرير وإسلامهما وهو هنا ثابت فيثبت الحكم.

قال دام ظله: والضابط أن كل لفظ يقع على أشياء وقوعا متساويا (إلى قوله) ويحتمل في المشترك القرعة.

أقول: الوصية بالمتواطى وصية بالماهية الصادقة على كل منهما فالمقصود هي والخصوصية تابعة لضرورة تشخص كل موجود ولذلك يتخير الورثة والموصى به في المشترك واحد من الاثنين ولا ترجيح وحق الوصية مقدم على حق الوارث فلا يقبل قوله في التعيين لتفاوت الغرض هنا والمقصود من كل واحد بخلافه ثم فيتعين القرعة ولأنه أمر مشكل (ويحتمل) التخيير لأن القرعة بيان ما هو معين في نفس الأمر وليس هنا.

قال دام ظله: ولو قال أعطوه قوسا (إلى قوله) والأقرب أنه يشتري له.

فالأقرب أنه يشتري له، والأقرب دخول الوتر إن كان موجودا وإلا فلا ولو قال أعطوه قوسي ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليه من أي الأجناس كان. ولو أوصى له برأس من مماليكه تخير الوارث في إعطاء الصغير والكبير والصحيح والمعيب والذكر والأنثى والخنثى والمسلم والكافر فإن امتنع أعطي الأقل فإن تساوا فالقرعة وكذا لو قال اشتروا له من مالي رأسا، ولو قال أعطوه رأسا من رقيقي وماتوا أو قتلوا على إشكال قبل الوفاة بطلت، ولو قتلوا بعدها لم تبطل وكان للموصى له مطالبة الجاني بقيمة من يعينه الوارث ولو أعتقهم الموصي بطلت ولو بقي واحد تعين

أقول: وجه القرب أنه يحمل على الحقيقة ولفظ القوس حقيقة في النبل وقوس النشاب والحسبان وفي الباقي مجاز فإن كان متواطيا تخير الوارث وإن كان مشتركا بالاشتراك اللفظي وهو الظاهر فإن قلنا بالبطلان يبطل (وإن) قلنا يتخير الوارث اشترى له ما يتخير الورثة من المعاني الحقيقية المذكورة (ويحتمل) العدم للقرينة وهو أن الظاهر أن المراد قوس من قسيه (لأصالة عدم وجوب الشراء خ). قال دام ظله: والأقرب دخول الوتر إن كان موجودا وإلا فلا.

أقول: إذا أوصى له بقوس معينة وفيه وتره هل يدخل الوتر في الوصية أم لا قال المصنف الأقرب دخوله (ووجهه) أنه لا يتم إلا به فصار كالجزم منه (ولأنه) مع وجوده إذا طلق القوس يفهم عرفا المجموع (ويحتمل) عدمه بخروجه عن مفهومه فصار كسرج الدابة والوجهان للشيخ الطوسي رحمه الله والأقوى الثاني لعدم دخوله في مفهوم القوس ولزومه له فانتفت الدلالات الثلاث ولأن نقل مال الغير مبني على الاحتياط التام.

قال دام ظله: ولو قال أعطوه رأسا من رقيقي (إلى قوله) بقيمة من يعينه الوارث.

أقول: قال الشيخ في المبسوط لا تبطل بقتلهم قبل الوفاة لأن القيمة بدل منهم فصار كوجودهم (ولأن) تملك العين تملك القيمة (ومن) أن الاعتبار إنما هو عند الموت ولا رقيق له حينئذ فقد أوصى له بمعدوم فلا يصح والأصح عندي الأول.

للوصية ولو لم يكن له رقيق حال الوصية بطلت، أما لو قال أعطوه رأساً من الرقيق أو اشتروا له من مالي أو أوصيت له بعبد من مالي لم تبطل. ولو قال أعطوه عبداً من مالي وله عبد تخير الوارث بينه وبين الشراء، ولو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقاً صرفت الوصية إلى الثلث الباقي، ولو قال أعطوه عبداً من عبيدي ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت (احتمل الصحة) كما لو قال أعطوه ألفاً ولا مال له ثم تجدد أو أعطوه ثلث مالي وله درهم ثم ملك ما لا كثيراً

قال دام ظله: ولو قال أعطوه عبداً من عبيدي (إلى قوله) اعتبار بحال الوصية.

أقول: تقرير الأول أن بطلان الوصية هنا مع تعلقها بالمال المتجدد بعدها مما لا يجتمعان والثاني ثابت فينتفي الأول بيان التنافي أنه إما أن يصح تعلقها بالمال المتجدد وإن كان معدوماً في الحال أو لا والثاني يستلزم عدم تعلقها بالمتجدد بعدها والأول يستلزم عدم بطلان الوصية هنا لوجود المقتضي للصحة وهو صدور الوصية ممن تصح منه لمن تصح له وانتفاء المانع إذ ليس إلا عدم المال في الحال ولا يصلح للمانع لصحة تعلق الوصية بما يتجدد من المال قبل الوفاة (وأما ثبوت الثاني) فلرواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام من أوصى بثلاثة ثم قتل

خطأ فإن ثلث ديته داخل في وصيته (١) ولما رواه الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلاث ماله قال فقال يقوم المملوك ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة (٢) ولم يفصل ولو كان مختصاً بحال الوصية لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو الخطاب (وتقرير الثاني) أن الملك نسبة التملك وما لم يثبت المنتسبان لم يثبت النسبة فإذا لم يكن مال حال الوصية كذبت النسبة إليه بالملك فيكون أولى بالبطلان مما إذا أوصى

(١) ثل باب ١٤ خبر ٣ من كتاب الوصية.

(٢) ثل باب ٧٩ خبر ٢ من كتاب الوصية.

(والمنع) اعتبارا بحال الوصية وكذا لو كان له ممالك ثم ملك آخرين فإن أبطلنا الأول تعين حقه في الأولين وإلا تخير الوارث ولو لم يكن له سوى واحد ومات عنه (فعلى البطلان) يحتمل الصحة هنا ولو أوصى له بشاة أجزاء الذكر والأنثى والخنثى لأن التاء للوحدة وأصلها شاهة لأن تصغيرها شويهة والصغير والكبير والصحيح والمعيب والضأن والمعز ولا يجزي الظبي، والبعير يدخل فيه الصغير والكبير وفي دخول الأنثى إشكال أقربه أنه كالإنسان، أما الجمل فكالرجل والناقة كالأنثى والبكرة بمنزلة

بالمرهون ولم يجز المرتهن لأن التقابل بين عدم الملك وهو عدم الشرط وبين المشروط نسبة تقابل النقيضين والتقابل بين صحة الوصية وبين الرهن تقابل الضدين وتقابل النقيضين أقوى.

قال دام ظله: وكذا لو كان له ممالك ثم ملك آخرين (إلى قوله) تخير الوارث.

أقول: هذه المسألة متفرعة على السابقة وقد ذكرنا الوجهين فيهما. قال دام ظله: ولو لم يكن له سوى واحد ومات عنه فعلى البطلان يحتمل الصحة هنا.

أقول: إن قلنا بالصحة في الصورة السابقة فهذا أولى وإن قلنا بالبطلان احتتمل الصحة هنا لوجود عبد وهو الموصى به وكونه بعض عبيده مجازا (ويحتمل) عدمه لأنه إنما أوصى له بشيء يصدق عليه أنه بعض عبيده بالفعل لأنه المحكوم عليه إنما هو بالفعل ولأنه أوصى له بعبد موصوف بصفة وانتفاء الصفة يستلزم انتفاء الوصية (الموصوف - خ ل)

ولأن الألفاظ إنما تحمل على حقايقها وليس هنا والأولى الصحة لأنه وجد شرط الوصية وهو ملك الموصي وقبوله الانتقال.

قال دام ظله: والبعير يدخل فيه الصغير والكبير وفي دخول الأنثى إشكال أقربه أنه كالإنسان.

أقول: قال صاحب الصحاح البعير من الإبل بمنزلة الإنسان من الناس يقال للجمل بعير وللناقة بعير وإنما يقال له بعير إذا أجذع وذهب الشيخ في المبسوط إلى

الفتاة والبكر بمنزلة الفتى والثور للذكر والبقرة للأنثى وفي دخول الجاموس في البقر نظر، ولا تدخل بقرة الوحش ولا يدخل في الكلب ولا في الحمار الأنثى، و الدابة اسم للخيل والبغال والحمير فإن تخصص عرف بلد بالفرس أو بغيره حمل عليه ولا يدخل السرج في الفرس ولا الثوب في العبد. ولو أوصى بدار اندرج ما يدخل في المبيع فإن انهدمت قبل موته ففي انقطاع الوصية إشكال ينشأ (من) عدم تناول الاسم له (ومن) دخول العرصة والنقض في الوصية، ولو انهدم بعضها لم تبطل وكذا بعد الموت وإن كان قبل القبول، ولو زاد في عمارتها لم يكن رجوعاً بخلاف طحن الحنطة والجمع يحمل على الثلاثة فلو قال أعتقوا رقاباً فأقله ثلاثة فإن وفي الثلث بائنين وبعض الثالث اشترى البعض على إشكال فإن وفي بخسيسين وبعض ثالث أو بنفيسين فالأقرب الأول.

انصرافه إلى الذكر لأنه حقيقة عرفية وألفاظ أهل العرف تحمل على الحقايق العرفية ويمنع كونه حقيقة عرفية إذا المجاز أولى من النقل قالوا مجاز غالب أولى من حقيقة مغلوبة قلنا هما ممنوعان.

قال دام ظله: وفي دخول الجاموس في البقر نظر. أقول: ينشأ من اللغة والعرف.

قال دام ظله: والجمع يحمل على الثلاثة (إلى قوله) اشترى البعض على إشكال أقول: هنا مقدمات (أ) أقل الجمع ثلاثة لما تقرر في الأصول (ب) لفظ الجمع يحمل على أقله لأنه المتيقن (ج) إذا أوصى بعق رقاب يكون قد أوصى بعق كل واحد واحد من ثلاثة (د) الوصية بعق عبد تقتضي الوصية بعق كل واحد من أجزائه من غير توقف بعض على بعض لاستحالة الدور والترجيح من غير مرجح (ولأن) كل واحد من الأجزاء لو عتق وحده لكان علة شرعاً في عتق الباقي فلا يعقل التوقف الشرعي ولا العقلي ولا يتوقف على المجموع لأن العلة لا تكون معلولة إذا سقط (أ) بعض الواجب للعجز عنه لا يستلزم سقوط الباقي هنا فظهر أحد وجهي الإشكال لظهور اقتضاء الوصية

(١) ولعل حق العبارة وإذا سقط الخ.

تنبيه

الجمع بصيغة أقله تجزى فيه الثلاثة مطلقا وكذا بصيغة أكثره مع الإطلاق و مع التقييد يجب الأزيد إن احتمله القيد وإن كان أحس فتجب الخمسة الخسيصة ولا يجزى عتق الأربعة النفيسة المساوية قيمة.

البحث الثاني الموصى له

لو قال إن كان حملها غلاما أو إن كان الذي في بطنها غلاما أو إن كان ما في بطنها أو كل حملها فأعطوه فولدت غلامين (أو) جاريتين (أو جارية) (أو غلاما و جارية) بطلت ولو قال إن كان في بطنها غلام استحق الغلام دون الجارية وإن ولدا، ولو ولدت غلامين احتمل تخير الوارث والتشريك والإيقاف حتى يصطلحا فإنه متداعي بينهما

عتق كل واحد من أجزاء كل واحد من الثلاثة والميسور لا يسقط بالمعسور فتعذر بعض الأجزاء لا يمنع وجوب الباقي فيجب شرائه (ولأنه) أقرب إلى العمل بالوصية فإن اثنين وبعض الثالث أقرب إلى الثلاثة من الاثنين خاصة (ولأن) عادة العرب في لغتهم إطلاق الثلاثة على اثنين وبعض الثالث وكذا أهل الشرع كما في الأقرء في العدة (ومن) أن الشراء إنما هو لضرورة تحصيل الجمع ولم يحصل فيكون تضييعا على الورثة بغير فائدة وهذا قول الشيخ في المبسوط والأول قول ابن إدريس وهو الأقوى عندي. قال دام ظله: فإن وفي بخسيسين وبعض ثالث أو بنفيسين فالأقرب الأول. أقول: هذا تفريع على وجوب شراء بعض الثالث (ووجه القرب) أنه أقرب إلى لفظ الموصي من غير زيادة يخرج من التركة ولا مدخل للخساسة والنفاسة في ذلك لتناول الوصية لهما بالسوية لتناول الكلي لجزئياته لجواز اختيار الخسيس للغير مع وجود النفيس ومن أنه لا يحصل المراد الذي هو الجمع والأصح الأول. قال دام ظله: ولو قال إن كان في بطنها غلام استحق الغلام (إلى قوله) فإنه متداعي بينهما:

أقول: لفظ غلام مفرد نكرة فلا تعم فيحتمل تخيير الوارث لأن حكم الوارث حكم الموروث لأنه حق للموروث فينتقل إلى الوارث بعده لقبوله الانتقال فيدخل

وكذا لو قال أوصيت لأحدهما ثم مات قبل البيان (ويحتمل) الفرق هنا ولو أوصى للقراء فهو

لمن يحفظ جميع القرآن والأقرب عدم اشتراط الحفظ على ظهر القلب، والعلماء ينزل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير والحديث والفقه ولا يدخل سامع الحديث إذا لم يعلم طريقه ولا الأطباء ولا المنجمون ولا المعبرون ولا الأدباء، ولو أوصى لزيد و

تحت العموم (ولأنه) كلما تخير الوارث في تعيين الموصى به المطلق تخير في تعيين الموصى له والمقدم حق فالتالي مثله (بيان الملازمة) أن ملك الموصى له المعين مستند بالآخرة إلى اختيار الوارث فالموصى له المطلق أولى (وأما حقية المقدم) فبالإجماع (ووجه الثاني) أن نسبة اللفظ إلى كل واحد منهما كنسبة إلى الآخر و الترجيح بلا مرجح باطل فيكون بمنزلة العين الواحدة إذا ادعاها اثنان ولا ترجيح لأحدهما (ووجه الثالث) أنهما لا يجتمعان وإلا لكانت النكرة للعموم هذا خلف ولا يمكن إبطالهما لأننا نبحت على تقدير صحة الوصية ولا وجه لترجيح أحدهما فيقسم بينهما إلا من حيث عموم اللفظ بل باعتبار جمع الدعاوى كما في باب الدعاوى المتضادة والأصح الثالث.

قال دام ظله: وكذا لو قال أوصيت لأحدهما ثم مات قبل البيان (ويحتمل) الفرق هنا.

أقول: إذا قال أوصيت لأحدهما ثم مات قبل البيان كان فيه الاحتمالات الثلاثة السابقة والبيان كما مر (ويحتمل) الفرق هنا وهو أن أحدهما نص في التخصيص فلا يحتمل قبول الشركة (بخلاف غلام) لاحتمال حمله على الجنس.

قال دام ظله: ولو أوصى للقراء فهو لمن يحفظ جميع القرآن والأقرب عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب.

أقول: وجه القرب صدق المشتق من دونه فإنه يصدق على تالي القرآن من غير حفظه أنه قارئ القرآن ولصدق المشتق منه بدونه وللفرق بين القارئ والحافظ فإن الأول أعم مطلقاً (ويحتمل) اشتراطه للعرف والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو أوصى لزيد ولجبرئيل (ع) (إلى قوله) إذا لإضافة

لجبرئيل عليه السلام أو لزيد والريح أو الحايط فالنصف لزيد والباقي باطل (ويحتمل) صرف الكل إلى زيد في الأخيرين إذا لإضافة إلى الريح والحايط باطلة بخلاف جبرئيل عليه السلام ولو قال لزيد ولله احتمال صرف الكل إلى زيد فيكون ذكر الله تعالى تأكيد القرية

الوصية وصرف سهم الله إلى الفقراء فإنهم محل حقوقه. ولو أوصى لأقارب علوي معين في زمانه ارتقى في بني الأعمام من أقاربه إلى أقرب جد ينسب إليه الرجل فيرتقى إلى بني علي (ع) دون بني عبد المطلب وعبد مناف وبعد زمانه لا يصرف إلا إلى أولاد ذلك العلوي ومن ينسب إليه لا إلى علي عليه السلام، ولو أوصى

إلى الريح، والحائط باطلة بخلاف جبرئيل (ع) أقول: التملك من الأمور الممكنة المفتقرة إلى فاعل وقابل وموضوع وهو المملوك والفاعل هو الموصي المكلف غير المحجور عليه والقابل هو الذي له أهلية التملك فمن جهة الفاعل أوصى لهما والامتناع في غير زيد من جهة القابل والفاعل غير مقتض لتخصيص زيد والقابل غير كاف في حصول الأثر فتحقق الأول وهو الحق لأن مقتضى اللفظ أن لزيد النصف لا غير والباقي لا يصح إضافته إليه (ووجه الثاني) أنه أضاف الملك كله إلى زيد والحائط والإضافة إلى الحائط لاغية ببديهة العقل وهو معلوم للموصى فثبت الإضافة إلى زيد لأنه أخرجه عن ملك الوارث قوله (بخلاف جبرئيل) عليه السلام (وجه الفرق) أن جبرئيل حي عالم قادر فقد تصور الموصي ثبوت الملك له فيقصده بالوصية بخلاف الريح فإنه يعلم انتفاء قصده فلا يختص زيد في صورة الوصية له ولجبرئيل بل يبطل نصف جبرئيل وقد سبق تقرير هذا.

قال دام ظله: ولو قال لزيد ولله احتمال صرف الكل إلى زيد (إلى قوله) وصرف سهم الله إلى الفقراء فإنهم محل حقوقه.

أقول: وجه الأول العرف لاقتضائه أن ذكر الله تعالى في مثله لتأكيد القرية ومنه نشأ مذهب من ذهب إلى قسمة الخمس خمسة أقسام (ووجه الثاني) صحة إضافة الملك إلى الله تعالى لقوله تعالى فإن لله خمسة (١) واللام للملك حقيقة والأصل في

(١) الأنفال - ٤١.

لأقاربه دخل الوارث وغيره ولو أوصى لأقارب أقاربه دخل فيه الأب والابن ولو أوصى لغير المنحصر كالعلوين صح ولا يعطى أقل من ثلاثة ويجب تتبع من غاب عن البلد (وهل) يجوز التخصيص إشكال وكذا جواز التفضيل أما لو أوصى لثلاثة معينين فإنه يجب التسوية ولو أوصى لبني فلان وهم منحصرون اختص بالذكور ولو كانوا منتشرين دخل الإناث، ولو أوصى للأرامل فهو لمن مات عنهن أزواجهن أو ابن (١) عنهم بسبب، ولو أوصى للإخوة لم تدخل الأخوات ولو أوصى للأيتام لم يدخل البالغ ولا من

الإطلاق الحقيقة وقوله تعالى قل اللهم مالك الملك (٢) أقصى ما في الباب إن ملكه تعالى يقال عليه وعلى ملكنا لفظ الملك بالاشتراك اللفظي واللفظ يحمل على معنيي المشترك عند النص على إرادتهما ويتفرع على هذا حكم النصف الآخر فقيل أنه للفقراء وهو اختيار المصنف هنا وقيل لوجه القرب وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو أوصى لغير المنحصر كالعلوين صح (إلى قوله) هل يجوز التخصيص إشكال وكذا جواز التفضيل.

أقول: (من) حيث إنه لو كان غير المنحصر للتشريك لبطل لبيان المصرف إذا العلم بتعذر الكل قرينة دالة على إرادته (ومن) حيث إن اللام حقيقة في الملك فيحمل عليه وفي الاستيعاب على الممكن لتعذره (والتحقيق) أن الوصية إما أن تكون بلفظ يقتضي التعميم أو لا ولا يجب في الثاني وأما الأول فالمراد منه إما كل واحد واحد أو الكل المجموعي وعلى كلا التقديرين فيجب استيعاب ما أمكن لسقوط الواجب بالعدر هنا وكونه أقرب إلى الحقيقة والفرق بينه وبين بيان المصرف أن المراد فيه الماهية من حيث هي وأما العموم فالمراد منه كل واحد واحد أو الكل المجموعي وأما جواز التفضيل فمنشأه أيضا ذلك المنشأ الأول (فعلى القول) بجواز التخصيص يكون التفضيل أولى بالجواز والأقوى عندي أنه للتشريك لأن اللام حقيقة في الملك والعطف بالواو حقيقة في التشريك.

(١) جمع مؤنث، من بان.

(٢) آل عمران ٢٦.

له أب، ولو أوصى لورثة فلان ومات عن غير وارث بطلت وفي الموالي إشكال، ولو قال لعصبة زيد فمات الموصي وزيد حي أعطي عصبته ولو قال لورثته بطلت، ولو أوصى للشيوخ صرف إلى من جاوز الأربعين وللشبان إلى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين وللكهول إلى من بلغ الأربعين وللغلمان والصبيان لمن لم يبلغ، ولو أوصى لأعقل الناس صرف إلى الزهاد والعلماء ولو قال لأحمقهم تبع العرف.

المطلب الثاني في الأحكام المعنوية

لو أوصى بخدمة عبده أو أجرة داره أو ثمرة بستانه صح من الثلث أيضا وهي تمليك لا عارية فلو مات الموصي له ورث عنه وتصح إجارته وإعارته ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط وإذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاضطهاد

قال دام ظله: ولو أوصى لورثة فلان ومات عن غير وارث بطلت وفي الموالي إشكال.

أقول: إذا أوصى لورثة زيد ولم يكن له من الوارث إلا الموالي من أعلى فهل يستحقون أم لا قال المصنف فيه إشكال ينشأ (من) كونه وارثا لغة وشرعا (ومن) العرف لأنه إذا أطلق لفظ الوارث يسبق إلى الذهن عرفا غيرهم ولم يدخلوا فيه و سبق المعنى إلى الذهن عند الإطلاق دليل الحقيقة فيكون فيهم مجازا فلا يحمل عليهم عند الإطلاق وليس تصحيح التصرف الناقل قرينة توجب الحمل على المجاز و الأصح الأول الصدق المشتق منه حقيقة.

المطلب الثاني في الأحكام المعنوية

قال دام ظله: وإذا أوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاضطهاد والاحتطاب (والاحتشاش - خ) فإن عتق فإشكال.

أقول: الإشكال في حيازة المباحات بعد العتق إذا نوى التملك لنفسه وقلنا النية تؤثر من حيث إنه ملك جميع منافع هذا الشخص (ومن) حيث إن تملك المباحات يتوقف على النية وقد نواها لنفسه وهو الأقوى.

والاحتطاب فإن عتق فإشكال، وفي تملك ولد الجارية وعقرها إشكال ينشأ (من) بطلان الوصية بمنفعة البضع وكون الولد جزءاً من الأم يتبعها في الأحكام (ومن) كون ذلك كله من المنافع، وهل يملك الوطي الأقرب المنع ويمنع أيضا الوارث

قال دام ظله: وفي تملك ولد الجارية وعقرها إشكال (إلى قوله) يتبعها في الأحكام.

أقول: مسائل هذا الباب يبنى على أصول ثلاثة (أ) إن المذهب الحق أن الوصية بالمنافع تملك لها (ب) معنى التأييد استيعاب الوصية مدة بقاء العين من القبول والموت إلى هلاك العين فالوصية بمنفعة العبد أبداً يستوعب مدة حياته وعلى هذين الحكمين أجمعت الإمامية فيلزم من ذلك أن يورث من الموصى له وله إيجارها وإيجارها (ج) إن أبداً أن (أ) المنافع التي يتناولها الوصية داخلية في الوصية ثم ذكر فروعا متفرعة على هذه الأصول - وفي هذا الكلام منها فرعان (أ) هل يتناول الوصية بمنافع الجارية ولدها من زنا مثلاً أم لا قال المصنف فيه إشكال منشأه أن اصطلاح الفقهاء على أنه كسب والده ولهذا كان لوالده المكاتب الاستسعاء به عند إشرافه على العجز ولأنه قد روي أن النبي صلى الله عليه وآله سمي ولد الرجل كسبا لأبيه (ومن)

حيث قول الفقهاء أن الولد جزء من أمه يتبعها في الأحكام وبه قال الشيخ رحمه الله والجزء لا يعد من المنافع وفيه إشارة إلى دققة تأتي (ب) هل يملك عقرها وهو ما وجب بوطيها أو بعقد النكاح عليها كالمهر إذا زوجت أو مهر المثل أو العشر أو نصفه إذا وطئت وطياً موجبا لمهر فيه إشكال.

قال دام ظله: وهل يملك الوطي الأقرب المنع.

أقول: هذا فرع ثالث وهو متفرع على ملك المهر (فإن قلنا) لا يملك المهر لم يملك الوطي قطعاً (وإن قلنا يملك المهر احتمال ضعيفا ملك الوطي لأنه من جملة المنافع فإذا ملك بالتحليل فالتملك أولى (ووجه القرب) أن استباحة منافع البضع إنما هي بالعقد وملك الرقبة أو بإباحة المالك بصيغة خاصة والكل منتف هنا (و

(١) هكذا في النسخ كلها.

منه فإن وطئ أحدهما فهو شبهة لأحد عليه وتصير أم ولد لو حملت من الوارث لا من الموصى له وإذا منعنا من تملك الولد فالأقرب سقوط الخدمة عنه، ولو وطئت للشبهة فعلى الواطي العقر للموصى له على إشكال، وإن أتت بولد فهو حر وعلى الواطي

(من) حيث إنه منفعة متقومة والأصح الأول وعندني لا وجه لملك الواطي ولا إباحته هنا. قال دام ظله: وإذا منعنا من تملك الولد فالأقرب سقوط الخدمة عنه. أقول: من حيث إنه لم يوص بمنافعه وهو مغاير للأم (ومن) حيث إنه جزء من الأم والوصية بمنافعها تقتضي الوصية بمنافع كل واحد من أجزائها وإلى هذه الدقيقة أشار (١) بقوله (وكون الولد جزء من الأم) (ولأنه) معلول ذات الأم فمنافعه معلولة لها (والتحقيق) أن منافعها هي المنافع التي هي علة فيها والعلة قد تكون قريبة وبعيدة فهل يحمل على الجميع أو على الأولى خاصة الحق الثاني لأنه المفهوم عند الإطلاق فهو إما حقيقة عرفية أو مجاز راجع وكلاهما عند المصنف راجح و الصحيح عندي أنه لا يملك منافعه ولا يتعلق به الوصية. قال دام ظله: ولو وطئت للشبهة فعلى الواطي العقر للموصى له على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن المهر من نماء الرقبة وغلتها ولهذا يملكه مولى الجارية وكل منافعها للموصى له بالوصية وبهذا قال الشيخ الطوسي (ومن) أنه بدل البضع ليس للموصى له لأنه لا يصح الوصية لمنفعة البضع صريحا والبدل تابع للمبدل. قال دام ظله: وإن أتت بولد فهو حر (إلى قوله) وإلا فللوارث. أقول: القيمة تابعة لملك الرقبة فإن قلنا الولد يملكه الموصى له فالقيمة له وإلا فلا والبحث فيه قد تقدم ونقول هنا من حيث إنه ذات مساوية في الماهية لذات أبويه فلا يطلق عليه لفظ المنفعة إلا بالمجاز عرفا فلا يدخل تحت الوصية (ومن) حيث المعنى والحقيقة اللغوية فإن المنفعة شيء تابع يجدد من العين كثمر الشجر.

(١) يعني قبل هذا الكلام.

قيمته فإن قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمة له وإلا فللوارث ولو ولدت من الموصى له فهو

حر وعليه القيمة وفي المستحق ما تقدم وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الأقرب ذلك وليس للعبد التزويج إلا برضاها وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص بطلت الوصية وكان المطالب بالقصاص الوراث، ولو كان القتل موجبا للقيمة احتتم صرفها إلى الوارث لانتهاء الوصية بانتهاء العمر وشراء عبد حكمه ذلك وتقسيتها بينهما بأن تقوم المنفعة المؤبدة والعين المسلوقة بالمنفعة ويقسط عليهما ولو

قال دام ظله: ولو ولدت من الموصى له فهو حر وعليه القيمة وفي المستحق ما تقدم.

أقول: منشأه تقدم والأحسن في العبارة أن يقول هل عليه القيمة لأن على تقدير أن يكون الولد له لا يستحق على نفسه فلا يحسن الجزم بأن عليه القيمة ويستشكل في المستحق لكن عدل عنها إلى العبارة المذكورة لفوائد (أ) إن الولد لا يخلو إما أن يكون للموصى أو للموصى له وعلى التقدير الثاني فانتقاله إليه من الموصى وعلى كل تقدير فالأصل ملك الموصى والموصى له طار عليه فلا يرجح هنا أصالة براءة الذمة لأنها متفرعة على خلاف الأصل وهي مسألة اجتهادية فإذا تكافأت الإماراتان عند المجتهد حكم عليه بالقيمة وإيقافها حتى يتبين المستحق للولد عنده بمرجح لإحدى الإماراتين (ب) إنه إذا مات لم يمكن الورثة من التصرف في مقدار القيمة حتى يرجح (ج) لو أفلس لم يقسم على الغرماء مقدار القيمة من ماله إلا بعد المرجح.

قال دام ظله: وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته الأقرب ذلك. أقول: هل للموصى له الانفراد بالسفر بالموصى له بمنفعته الأقرب ذلك (ووجه القرب) أنه من جملة منفعه فلو لم يكن له لتبعض عليه الانتفاع وقيل ليس له ذلك للتعريض للتلف والأصح الأول.

قال دام ظله: وإذا قتل العبد الموصى بخدمته أبداً ووجب قصاص بطلت الوصية (إلى قوله) وتقسط عليهما. أقول: وجه الأول مع ما ذكر المصنف أن الإضافة تفيد الاختصاص فلا تقتضي

قطع طرفه احتمال أرشه التقسيط واختصاص الوارث ولو لم تنقص به المنفعة كالأنملة فللوارث،

ولو جنى العبد قدم حق المجني عليه على الموصى له فإن بيع بطل حقه وإن فداه الوارث استمر حقه وكذا إن فداه الموصى له وهل يجبر المجني عليه على القبول إشكال ينشأ (من) تعلق حق الموصى له بالعين (ومن) كونه أجنبيا عن الرقبة التي هي متعلق الجناية وكذا المرتهن وتصح الوصية بالمنفعة مؤبدة وموقته ومطلقة والأقرب تخير الوارث، ولو قيدها بالعام المقبل فمرض بطلت ولو قيدها بوقت

الوصية منافع غيرها (ووجه) الثاني أن القيمة بدل الرقبة ومنافعها فتقوم مقامهما (ولأن) كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذ لم يبطل بسبب استحقاقها ويفارق الزوجة الأمة إذا قتلت فإنه لا حق للزوج في القيمة ولا للمستأجر في العين المستأجرة إذا تلفت لأن سبب الاستحقاق يبطل بتلفها (ووجه الثالث) أن توزع على الرقبة مسلوقة المنفعة

وعلى المنفعة لاشتمال الجناية على إتلاف عليهما فيضمن لكل منها ما أتلف عليه (والتحقيق)

أنه مبني على أن المقتول لو لم يقتل لعاش قطعاً أم لا والموصى له لا عوض له على الله تعالى على الأول لتناول الوصية وقت الحياة.

قال دام ظله: ولو قطع طرفه احتمال في أرشه التقسيط واختصاص الوارث ولو لم ينقص المنفعة كالأنملة فللوارث.

أقول: وجه الوجهين ما مر والأول هو الصحيح هنا لأنه قد نقص المنافع عليه قطعاً فيضمن له وكيفية التقسيط أن ينظر ما للموصى له من قيمته ويأخذ من أرشه بقدره.

قال دام ظله: ولو جنى العبد قدم حق المجني عليه على الموصى له (إلى قوله) ومن كونه أجنبيا عن الرقبة التي هي متعلق الجناية.

أقول: الأصح عندي أن للموصى له الفداء كالمالك لتعلق حقه بالعبد ولا يتم إلا بالفداء قال دام ظله: وكذا المرتهن.

أقول: في المرتهن أيضا الإشكال المتقدم وأيضا فإن المرتهن ليس بمالك للرقبة ولا المنفعة والأقوى عندي أن له ذلك لأن فيه جمعا بين الحقين.

قال دام ظله: ويصح الوصية بالمنفعة مؤبدة وموقته ومطلقة والأقرب

مطلق كسنة من السنين تخير الوارث ويعتبر جميع قيمته في الحالين فيخرج التفاوت من الثلث لأنه لا يتعين له سنة حتى تعتبر منفعتها ولا يملك الوارث بيعه إن كانت مؤبدة أو مجهولة، ولو كانت موقته جاز بيعه (وهل) يجوز في المؤبدة بيعه من الموصى له نظر، ويملك عتقه مطلقا ولا يخرج استحقاق الموصى له، وفي الاجزاء عن الكفارة إشكال، وفي صحة كتابته إشكال ينشأ (من) امتناع الاكتساب عليه لنفسه (ومن) إمكان أخذ المال من الصدقات وليس له الوصية بمنفعته ولا

تخير الوارث.

أقول: لأنه قائم مقام المورث (ويحتمل) أن ينزل على ما يملك من المنافع فإن تعددت وتباينت فبالقرعة لأنه المتيقن.

قال دام ظله: وهل يجوز في المؤبدة بيعه من الموصى له نظر.

أقول: ينشأ (من) أن العين التي لا منفعة لها مقصودة في نظر العقلاء لا قيمة لها فلا يصح بيعها كما تقدم في القاعدة السابقة (ومن) ملك إعتاقه وحصول التقرب وجر ولاء الأولاد فلم يسلب منفعته مطلقا ولتحقق المنفعة بالنسبة إلى الموصى له خاصة بأن يبيعه مع منفعته (ولأن) اجتماع العين والمنفعة في الملك مقصود.

قال دام ظله: وفي الاجزاء عن الكفارة إشكال.

أقول: ينشأ (من) أن الإعتاق يتناول عين الرقبة وهي خاصة له (ومن) حيث أنه ناقص الملك (ولأن) فائدة العتق تسلط المعتق على منفعه وقطع تسلط الغير عنه في وقت ما ولا يحصل هنا فيكون كالرق بعد العتق وكالمنفعة (ولأن) صحة عتق هذا مع منع عتق العبد وشرط الخدمة دائما عن الكفارة مما لا يجتمعان لأن الواجب أما اعتناق عين العبد من غير اعتبار غيرها أو اعتناق عبد كامل بمنفعه فإن كان الأول انتفى الثاني وإن كان الثاني انتفى الأول والثاني ثابت إجماعا فينتفي الأول.

قال دام ظله: وفي صحة كتابته إشكال (إلى قوله) من الصدقات.

أقول: الأصح عندي صحة الكتابة.

إجارتة وله أن يوصي برقبته وهذه المنافع تحسب من الثلث إجماعاً لأنها تنقص قيمة العين وإن كنا لا نقضي الديون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا تقع موروثه بل يملكها الوارث فإن كانت مؤبدة احتل خروج قيمة العين بمنافعها من الثلث لسقوط قيمتها إذا كانت مسلوبة المنفعة والحيلولة مؤبدة فكأنها الفايئة إذا عبد لا منفعة له وشجرة لا ثمرة لها لا قيمة لها غالباً وتقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له فيقوم العبد بمنفعته فإذا قيل مائة قوم مسلوب المنفعة فإذا قيل عشرة علم أن قيمة المنفعة تسعون، ولو كانت موقته قومت مع المنفعة تلك المدة

قال دام ظلّه: وهذه المنافع تحسب من الثلث إجماعاً (إلى قوله) ولو كانت موقته قومت مع المنفعة تلك المدة وبدونها فينظر كم قيمتها.

أقول: المنفعة الموصى بها إما مؤبدة أو موقته فإن كان الأول امتنع تقويمها بنفسها دون العين لأن المنفعة أبداً هي منفعة مدة العمر ومدة العمر غير معلومة فلا يكون المنفعة المقيدة بها معلومة وما لا يعلم ولا يضبط لا يمكن تقويمه وإذا تعذر تقويم المنفعة وحدها تعين تقويم الرقبة وفي كيفية التقويم وجهان ذكرهما المصنف (ووجه الثاني) أن الرقبة لم تدخل في الوصية فهي للورثة ولهم إعتاقها وبيعها على الموصى له

وعلى غيره على قول فهم متمكنون منها فلا معنى لاحتسابها على الموصى له (لا يقال) أنه حال بينها وبين الورثة والحيلولة كالإتلاف يضمن بها ولهذا يضمن الغاصب بها ولم يعتبر الشارع قدرة المالك عن العتق والبيع (لأننا نقول) حيلولة الغاصب ليست بحق من المالك ويؤخذ بالأسوأ بخلافه هنا وتقويمها مسلوبة المنافع وبها تعرف قيمتها وحدها وهو الذي للورثة وبه يعرف ما فوت بالوصية على الوارث (وإن كانت) المنفعة موقته بسنة معينة أو أزيد مثلاً اختار والذي المصنف تقويم العين مع المنفعة تلك المدة وبدونها فالتفاوت يخرج من الثلث (وقيل) تقوم بنفسها لأنها مضبوطة معلومة قيمتها أجرة المثل تلك المدة وإنما رجح المصنف الأول لوجهين (أ) إن هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعاً وكما نقص بالوصية من العين المتعلقة بها الوصية فإنه محسوب على الموصى له وإن لم يحصل له بخلاف نقص أحد مصراعي الباب إذا أوصى له بالآخر

وبدونها فينظر كم قيمتها، ولو اشتمل على منفعتين كالغزل والنساجة وأوصى بأحديهما صح وأمكن هنا التقويم، والأقرب البناء على العادة في استيفاء إحدى المنفعتين ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الأوقات فإشكال.، ولو أوصى باللبن دون

فإن النقص هنا لم يتعلق بالعين المتعلقة بها الوصية مع أنه لا يخلو من شك (ب) إن تلك المنافع متحددة بعد الموت فلم يكن الموصي مفوتا لما دخل في ملكه وإنما صحت الوصية لإضافتها إلى العين (الغير - خ ل) واحتاج الناس إلى ذلك فرخص الشارع صحة الوصية بها وهذا على قول من يبطل الإجارة بموت المؤجر وأما على قول من يقول أن العين بعد الموت على حكم مال الميت ولوازم ملكه لاحقة بها قال بالثاني إن لم يعتبر نقص العين.

قال دام ظله: ولو اشتمل على منفعتين (إلى قوله) والأقرب البناء على العادة في استيفاء إحدى المنفعتين.

أقول: لأن الألفاظ إنما تحمل على المعهود عرفا لأن اللفظ ظاهر فيه والظاهر راجح ونقيضه مرجوح والمرجوح حال التساوي لا يحمل عليه فحال المرجوحية أولى وإهماله لا يجوز وهما معا خلاف التقدير فالراجح أولى (ويحتمل) القرعة إذ لا ترجيح والأصح الأول.

قال دام ظله: ولو انتفت وقصد الدوام وعدم استيعاب الأوقات فإشكال.

أقول: إذا كان للعبد منفعتان كالحياكة والصباغة وأوصى لواحد بأحديهما دائما لكن قصد عدم استيعاب الأوقات وانتفت العادة المخصصة المعينة لزمان كل واحدة منهما ففيه إشكال ينشأ (من) حيث انحصار الحق فيهما فهو للوارث وللموصى له فلا يبنى على اختيار أحدهما كالترتيب فيحتمل القرعة لأنه أمر مشكل (ويحتمل) الصلح لعدم تميز الحق في نفسه والقرعة تكشف ما يتميز (ويحتمل) قسمة الزمان بينهما لصلوح كل وقت لهما ولا ترجيح فيقسم بينهما كتداعي العين (الغير - خ ل) (ويحتمل) تخيير الوارث لأن الوصية مطلقة بالنسبة إلى الأوقات وكان للمالك تعيين المطلق فكذا الوارث والأصح عندي القرعة.

الصوف قومت المنفعة خاصة لبقاء العين منتفعا بها (وهل) يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة (للتوفية - خ ل) على الورثة من التركة فيه إشكال ينشأ (من) الحيلولة المؤبدة ونفقة العبد والحيوان الموصى بخدمته وفطرته على الوارث في الموقته وفي المؤبدة إشكال وبعد العتق على العبد ولو أسقط الخدمة مطلقاً أو موقته فللوارث ولو أوصى لأحدهما يجب زرعة وآخر بتبنيه صح والنفقة عليهما فإن امتنع أحدهما احتتم إجباره إذ في تركه ضرر وإضاعة المال، وعدمه إذ لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولا مال غيره ولو أوصى لأحدهما بفص خاتم وآخر به فليس

قال دام ظلّه: وهل يحسب ما يبقى من القيمة للرقبة على الورثة من التركة فيه إشكال ينشأ من الحيلولة المؤبدة.

أقول: لنوضح ذلك بمثال وهو أنه إذا أوصى بمنافع عبده مؤبداً وقيمتها بتمام منفعه مائة وبدونها عشرة فعلى القول بخروج الكل من الثلث يشترط أن يكون للورثة سوى العبد مائتان وعلى القول بأن المعتبر التسعون يشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين (فهل) تحسب العشرة التي هي قيمة الرقبة المجردة عن المنافع على الورثة (أو لا تحسب بل يشترط أن يكون لهم ضعف التسعين غيرها فيه إشكال ينشأ (مما) ذكره المصنف (ومن) بقاء الرقبة لهم ويمكنهم من استيفاء المنافع المتعلقة بالرقبة خاصة كالعتق والبيع على الموصى له وإنما يقوم بالنسبة إلى هذه المنافع وهذا هو الأصح عندي.

قال دام ظلّه: ونفقة الحيوان (إلى قوله) وفي المؤبدة على إشكال. أقول: فيه احتمالات (أ) أن تكون على الوارث لأن مناطها ملك الرقبة لا المنافع وهو هنا للوارث (ب) أنها على الموصى له لأنه ملك منفعه على التأيد فكان أقوى من المالك هنا وأولى (ج) إنها في كسبه ومع العدم في بيت المال لعدم ملك الموصى له الرقبة فكان كالمستأجر ولا فائدة للوارث فيه فأيجابها عليه إجحاف والحق ابتداء هذه المسألة على نفقة الأجير الخاص مع عدم الشرط ويبنى على ذلك وجوب الفطرة.

لأحدهما الانتفاع بدون صاحبه، ولو طلب صاحب الفص قلعه أجبر عليه ولو احتاجت النخلة الموصى بثمرتها إلى السقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى العمارة لم يجبر أحدهما لو امتنع ولو أوصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لآخر قومت الرقبة على الأول و المنفعة على الثاني، ولو أوصى له من غلة داره بدينار وغلته ديناران صح فإن أراد الوارث بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار كان له منعه لجواز نقص الأجرة عن الدينار ولو لم تخرج الدار من الثلث فللوارث بيع الزائد وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهي للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة.، ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دين قدم الدين فإن فضل من التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق و

إلا عتق ما يحتمله ويسعى في الباقي ولو لم يبق شيء بطلت وقيل إن كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة أسداس قيمته لثلاثة للديان وسهمان للورثة وإن كانت

قال دام ظله: ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دين قدم الدين (إلى قوله) وإن كانت أقل بطلت.

أقول: الأول اختيار ابن إدريس والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج واختاره المفيد في المقنعة (لنا) إنه إذا لم يحط الدين بالتركة ففضل شيء فيكون ما لا للمريض فيدخل تحت قوله عليه السلام إلا في ثلث ما له وما رواه الحلبي في الحسن قال قلت

لأبي عبد الله عليه السلام رجل قال إن مت فعبدني حر وعلى الرجل دين فقال إن توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد وإن لم يكن قد أحاط بثمن العبد استسعى في قضاء دين مولاه وهو حر إذا وفي (١) (احتج) الشيخ بما رواه زرارة في الحسن في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين قال إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه وإلا لم يجز (٢) وفي الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام

في حديث طويل قلت: رجل مات وترك عبداً لم يترك غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع فيه قال يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة ويأخذ الورثة مائة ثم قال فإن كانت قيمته ستمائة درهم ودينه أربعمائة درهم قال

(١) ثل ب ٣٩ خبر ٣ من كتاب الوصية؟

(٢) ثل ب ٣٩ خبر ٦ من كتاب الوصية.

أقل بطلت وكذا لو نجز عتقه في مرض الموت، ولو أوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفردا ومشتركا فيعتق النصيب ويقوم عليه من الثلث على إشكال، ولو أوصى بعتق عبده ولا تركة غيرهم عتق ثلثهم بالقرعة ولو رتب بدء بالأول فالأول حتى يستوفى

كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة ويأخذ الوارث مائتين ولا يكون للعبد شيء قال قلت فإن كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم قال فضحك ثم قال بعد كلام فالآن يوقف العبد ويستسعى فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون السدس له (١) (والجواب) ما ذكرناه أولى لاعتضاد الرواية بالأصل. قال دام ظله: ولو أوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفردا ومشتركا فيعتق النصيب ويقوم عليه من الثلث على إشكال. أقول: ينشأ (من) عموم النص (ومن) أن الميت معسر فإن العتق لا يقع إلا بعد الموت ولأن العتق بالسراية إما بالعتق أو بالأداء وكلاهما لا يتحقق هنا إلا بعد الموت وهو غير مخاطب إذن (والتحقيق) أن قوله عليه السلام من أعتق شقصا من عبد عتق عليه كله (٢) يخرج الميت من وجهين (١) أن قوله عليه السلام من أعتق إنما هو حقيقة

في المباشرة ولا يتحقق في الميت ولا الوارث لأنه كالوكيل عن الميت (ب) قوله عليه السلام إنما يتحقق لمخاطب (واعلم) أن للأصحاب في هذه المسألة قولين (أحدهما) قول الشيخ في النهاية أن يقوم عليه إن كان ثلثه يحتمل وإن لم يحتمل عتق منه بقدر ما يحتمل وتبعه ابن البراج واختاره والذي المصنف في المختلف (وثانيهما) قوله في المبسوط أنه لا يقوم واختاره ابن إدريس (واحتج) والذي بأن الموصي أوجد سبب السراية في العتق فيوجد مسببه (أما الأولى) فلأن العتق في الحقيقة مستند إليه ولهذا كان ولائه له (وأما الثانية) فظاهرة وبما رواه أحمد بن زياد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحضره الوفاة وله مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيته مماليكه أحرار؟ ما حال مماليكه الذين في الشركة فكتب عليه السلام يقومون عليه إن كان ماله يحتمل فهم أحرار (٣)

(١) ثل ب ٣٩ خبر ٥ من كتاب الوصية.
(٢) المستدرک ب ٤٨ خبر ٣ من كتاب العتق.
(٣) ثل ب ٧٤ خبر ٢ من كتاب الوصية.

الثالث، ولو أوصى بعق عدد معين من عبيده ولم يعينهم استخرج العدد بالقرعة إلى أن يستوفى الثلث ويحتمل تخيير الورثة ولو أعتق ثلث عبده منجزا عند الوفاة عتق أجمع إن خرجت قيمته من الثلث وإلا (المحتمل) ولو أعتقه أجمع ولا شيء له سواه عتق ثلثه ولو أوصى

بعق رقبة مؤمنة وجب فإن تعذر قيل أعتق من لا يعرف بنصب، ولو أعتق بظن الإيمان فظهر الخلاف أجزاء عن الموصي، ولو أوصى بعق رقبة بثمن فتعذر لم يجب الشراء

(واحتج) الشيخ في المبسوط بأن ملكه قد زال عن ماله بالموت إلا القدر الذي استثناه ومنع والدي الصغرى لأنه أوجد سبب التقويم والأصح عندي أنه لا تقويم. قال دام ظله: ولو أوصى بعق عدد معين من عبيدة (إلى قوله) ويحتمل تخيير الورثة.

أقول: لأنه إما أن يكون الوصية بأن يعتق الوارث واحدا لا بعينه بأن يقول أحدكم حر ولم يقل به أحد أو يعتق واحدا في نفسه وهو تكليف ما لا يطاق أو ما يعينه الوارث وهو المطلوب ولأنه قائم مقام الموروث (ووجه) القرعة أنه موضوع على قهر الوارث (ولأنه) حق للعبد ولا ترجيح فيه فتعين القرعة لأنه أمر مشكل وهو الأصح.

قال دام ظله: ولو أوصى بعق رقبة مؤمنة وجب فإن تعذر قيل أعتق من لا يعرف بنصب.

أقول: هذا قول الشيخ في النهاية خلافا لابن إدريس فإنه ذهب إلى أنه لا يجزي إلا المؤمنة وقال ابن البراج إذا أوصى بعق مؤمنة لم يجز أن يعتق إلا من كان كذلك وقد ذكر أنه إذا لم يوجد الرقبة أعتق من الناس من لا يعرف بنصب ولا عداوة لأهل البيت عليهم السلام والذي ذكرناه أحوط هذا آخر كلامه والحق عندي مذهب ابن إدريس (لنا) قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه (١) وعول الشيخ على رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجلا من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشتري من الناس فيعتق (٢)

(١) البقرة ١٨١.

(٢) ثل ب ٧٣ خبر ١ - من كتاب الوصية.

بأزيد ولو وجد بأدون أجزاء عند الضرورة فيعتق ويعطى الباقي،
ولو أوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر والسهم الثمن والشئ السدس وما عدا ذلك
يرجع إلى تعيين

الوارث فيقبل وإن قل كقوله أعطوه حظا من مالي أو نصيبا أو قسطا أو قليلا أو جزئيا أو
يسيرا أو عظيما أو جليلا أو خطيرا، ولو ادعى الموصى له تعيين الموصي فالحقول قول
الوارث مع يمينه إن ادعى علمه وإلا فلا يمين، ولو قال أعطوه كثيرا فكذلك وقيل

وابن أبي حمزة ضعيف.

قال دام ظلّه: ولو أوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر.

أقول: القولان للشيخ رحمه الله فقال في النهاية والخلاف بالأول وهو اختيار
المفيد وابن الجنيد وسالار وابن البراج وابن حمزة وقال في كتابي الأخبار بالثاني و
هو اختيار ابني بابويه والمصنف في المختلف (واحتج) بما رواه الشيخ عن عبد الله بن
سنان قال إن امرأة أوصت إلى وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة فسألت عن ذلك
ابن أبي ليلى فقال ما أرى لها شيئا ما أدري ما الجزء فسألت أبا عبد الله عليه السلام بعد
ذلك و

خبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى فقال كذب ابن أبي ليلى لها عشر الثلث
إن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام وقال له اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت
الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو العشر من الشئ (١) (احتج) الآخرون بما رواه ابن
أبي نصر في الصحيح قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله
فقال واحد

من سبعة لأن الله تعالى يقول لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم (٢) (والجواب)
الأول يرجح بكونه صاحب الواقعة والأصح عندي أنه العشر لأنه يصدق عليه أنه
جزء حقيقة واللفظ إذا تردد بين الأقل والأكثر إنما يحمل على الأقل (وأیضا) فإنه
تعالى استعمله في العشر ونص المعصوم باستدلاله به على أن هذا الاستعمال حقيقة قال
الشيخ الأولى محمولة وعلى الوجوب والثانية على الاستحباب جمعا بين الأخبار.
قال دام ظلّه: ولو قال أعطوه كثيرا فكذلك وقيل نحمله على النذر.
أقول: إذا قال أعطوه كثيرا من مالي كان بمنزلة قوله أعطوه حظا أو نصيبا

(١) ثل ب ٥٤ خبر ٢ من كتاب الوصية والآية في البقرة - ٢٦.

(٢) ثل ب ٥٤ خبر ١١ من كتاب الوصية والآية في سورة الحجر - ٤٤.

يحمل على النذر ولو قال أعطوه جزءا جزءا من مالي احتمل سبع السبع أو عشر العشر و ما يعينه الوارث، ولو أوصى بأشياء فنسي الوصي شيئا منها صرف قسطه في وجوه البر و قيل يصير ميراثا، ولو أوصى بسيف معين دخلت الحلية والجفن إن كان في غمده على

من مالي وهو اختيار المصنف في كتبه وهو قول ابن إدريس للاقتصار بالرواية على موضع النص وهو الأصح والثاني قول الشيخ وابن حمزة والصدوق وإلا لزم الاشتراك والمجاز وكلاهما على خلاف الأصل فعلى (الأول) يتخير الوارث وهو الأصح عندي. قال دام ظله: ولو قال أعطوه جزءا جزءا من مالي احتمل سبع السبع أو عشر العشر وما يعينه الوارث.

أقول: البحث هنا قد مضى (ووجه الثالث)، أن الروايتين المعينتين إنما وردتا في الوصية بجزء المال لا جزء جزئه فلا يحمل على الأول لأنه خلاف الأصل فيقتصر به على موضع النص وهو الأصح عندي.

قال دام ظله: ولو أوصى بأشياء فنسي الوصي شيئا منها صرف قسطه في وجوه البر وقيل يصير ميراثا.

أقول: الأول مذهب الشيخين والصدوق وابن البراج والثاني نقله ابن إدريس عن الشيخ في جواب الحايريات وقواه (احتج) الأولون بأن جعله ميراثا تبديل للوصية، وما رواه محمد بن ريان قال كتبت إليه يعني علي بن محمد عليهما السلام أسأله عن

انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا منها - كيف يصنع في الباقي فوقع عليه السلام الأبواب الباقية اجعلها في البر (١) ولأن ملك الورثة بعد الوصية فمالكه غيرهم وقد خفى فيصرف في البر كغيره (احتج) الآخرون بامتناع القيام بها فتبطل (والجواب) منع كلية الكبرى فإن الممتنع المتعين لا مطلق الإخراج عن ملك الوارث وقصده القربة والأول هو الأصح.

قال دام ظله: ولو أوصى بسيف معين (إلى قوله) على إشكال. أقول: ينشأ (من) العرف وهو قول الشيخ أبي جعفر الطوسي وعدم دلالة

(١) ثل ب ١٦ خبر ١ من كتاب الوصية.

إشكال، ولو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب قيل دخل المظروف
ولو أوصى باخراج بعض ولده من التركة لم يصح وهل تكون وصية لباقي الورثة بالجميع
أو يلغو
لفظه إشكال، ولو قال حجوا عني بألف وأجرة المثل أقل فالزيادة وصية للنائب فإن

لفظ السيف عليه بإحدى الدلالات الثلاث وهو الأصح لأن نقل مال الغير مبني على
الاحتياط وكل مبني على الاحتياط لا يكفي فيه إلا الجزم أو ما نص الشارع عليه من
مراتب الظن كالبينة.

قال دام ظله: ولو أوصى له بسفينة أو صندوق أو جراب قيل دخل
المظروف.

أقول: هذا قول الشيخ أبي جعفر واختاره ابن الجنيد والصدوق وأبو الصلاح وابن
البراج لرواية أبي جميلة عن الرضا عليه السلام قال سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف
وكان

في جفن وعليه حلية فقال له الورثة إنما لك النصل وليس لك المال قال فقال لا بل السيف
بما فيه له قال قلت رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال الورثة إنما لك
الصندوق وليس لك المال قال فقال أبو الحسن عليه السلام الصندوق بما فيه له (١) وعن
عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم
ما فيها وفيها طعام أيعطاها الرجل وما فيها قال هي للذي أوصى له بها أن يكون صاحبها
متهما وليس للورثة شيء (٢) وأما المفيد فقيد الصندوق بالمقفل والجراب بالمشدود
وهو اختيار أبي الصلاح (والحق) أنه إن وجدت قرينة تقتضي الدخول دخل وإلا فلا
والبحث إنما هو في المشار إليه.

قال دام ظله: ولو أوصى باخراج بعض ولده من التركة لم يصح وهل يكون
وصية لباقي الورثة بالجميع أو يلغو لفظه إشكال.

أقول: المشهور بين الأصحاب البطلان واختاره الشيخ في النهاية وروى محمد
ابن بابويه في كتابه عن وصي علي بن السري قال قلت لأبي الحسن عليه السلام أن علي
بن

السري توفي وأوصى إلي فقال رحمه الله فقلت وإن ابنه جعفر أوقع علي أم ولد له فأمرني

(١) ثل ب ٥٧ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ٥٩ خبر ١ من كتاب الوصية.

أن أخرجته من الميراث فقال لي أخرجته فإن كنت صادقاً فسيصبيه الخبل قال فرجعت
فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا

وصي

أبي فمره فليدفع إلي ميراثي من أبي فقال لي ما تقول فقلت نعم هذا جعفر بن علي بن
السري وأنا وصي علي بن السري قال فادفع إليه ماله فقلت له أريد أن أكلمك قال فادن
فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت له هذا وقع على أم ولد لأبيه وأمرني أبوه و
أوصى إلي أن أخرجته من الميراث ولا أورثه شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام
بالمدينة

فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجته من الميراث ولا أورثه شيئاً قال الله (١) إن أبا
الحسن أمرك فقلت نعم فاستحلفني ثلاثاً ثم قال لي انفذ ما أمرك فالقول قوله قال
الوصي فأصابه الخبل (٢) بعد ذلك قال أبو محمد الحسن بن علي الوشا رأيت بعد ذلك
وقد أصابه الخبل (٣) قال ابن بابويه محمد عقيب هذه الرواية من أوصى باخراج
ابنه من الميراث ولم يكن أحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ وصيته في ذلك
(قال الشيخ في الاستبصار) هذا الحكم مقصور على هذه الوصية لا يتعدى بها إلى غيرها
والمصنف لم يعمل على هذه الرواية لأنها قضية في واقعة فلا تعم لمخالفتها الأدلة ومن
ثم استشكل بطلان الوصية بالكلية أو وقوعها لغيره من الوارث بالجميع فيمضي من
الثالث كما لو أوصى بذلك ابتداء (ومنشأ الإشكال) من حيث إطلاق الأصحاب بطلان
الوصية (ومن) استلزامه ذلك فتمضي من الثالث والأقوى منه كون الباقي للورثة لم
يحصل من مجرد لفظ الوصية مطابقة ولا تضمناً وهو ظاهر ولا التزاماً لأنه أعم بل هو
حكم

شرعي لازم لخروجه وعدم استحقاق غيره لنصيبه بوصية أو غيرها وإذا لم يوجد الملزوم
ولا غيره يدل على وجود اللازم لم يحكم به والأقوى عندي البطلان واختار في المختلف
صحتها من الثالث لباقي الورثة ومع إجازته يصح الكل لأن إخراجها يستلزم تخصيص

(١) كأنه تعجب من كلامه وإن أبا الحسن أمره وتقدير الكلام أسألك بالله وأنشدك أن
أبا الحسن الخ بقريئة قوله فاستحلفني ثلاثاً.

(٢) هو نوع من الجنون.

(٣) ثل ب ٩٠ خبر ٢ من كتاب الوصية.

كان معينا صح وكذا إن كان مطلقا ولو امتنع المعين في النذب احتمل البطلان، ولو قال اشترى عشرة أفقزة بمائة وتصدقوا بها فوجد عشرة أجود أنواعها بثمانين فالعشرون للورثة لا للبايع، ولو أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرقة جاز صرف كل ما في بلد إلى فقراءه ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي أو غيره أجزاء ويدفع إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبع الغائب، ولو قال أعتقوا رقابا وجب عتق ثلاثة إلا أن يقصر الثلث فيعتق من يحتمله ولو كان واحدا ولو قصر فالأقرب عتق شقص إن وجد وإلا صرف

بأبي الوارثة (وأنا أقول) هذه الوصية مخالفة لنص القرآن حيث قال تعالى يوصيكم الله في أولادكم الآية (١) وكل وصية مخالفة لنص القرآن فهي باطلة. قال دام ظله: ولو امتنع المعين في النذب احتمل البطلان. أقول: (من) حيث إن غيره ليس امثالاً للوصية وإنما أوصى بالحج من هذا المعين لا من غيره وهما متغايران (ومن) حيث إن بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزء بعينه وهو الأصح.

قال دام ظله: ولو قال أعتقوا رقابا (إلى قوله) أو يتصدق به على إشكال. أقول: في هذا الكلام مسائل أربع (أ) وجوب عتق المماليك الثلاثة لأنه لفظ جمع وأقله ثلاثة على ما قرر في الأصول (ب) لو تعذر وجب الممكن حتى الواحد لو وجب عتق كل واحد واحد والميسور لا يسقط بالمعسور (ج) لو تعذر إلا جزء واحد كنصف عبد مثلا فالأقرب عند المصنف وعندني الوجوب (ووجهه) أن وجوب عتق العبد يستلزم وجوب عتق أجزاءه لتقدم الجزء في الوجودين والعدمين فلا يكون متوقفا على الكل (ومن) حيث إنه وجب بالتبعية فإن دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة ومع عدم المتبوع لا يجب التابع (د) لو لم يمكن شراء شيء من أجزاء العبد هل تبطل الوصية أو يتصدق به قال المصنف فيه إشكال ومنشأه من تعذر المصرف وهو العتق وغيره تبديل للوصية وهو منهي عنه بالآية وكيف لا وتعيين شيء ينفي غيره لزوما فامتنع العمل بالوصية فتبطل (ومن) حيث إنه نوع من البر

إلى الورثة أو يتصدق به على إشكال وكذا الإشكال لو أوصى بشئ في وجه فتعذر صرفه فيه ولو أوصى له بعبد وآخر بتمام الثلث صح، ولو ذهب من المال شئ فالنقص على الثاني ولو حدث

عيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحا لأنه قصد عطية التكملة والعبد صحيح بخلاف رخصه، ولو مات العبد قبل الموصي

بطلت وصيته وأعطى الآخر ما زاد على قيمة العبد الصحيح ولو كانت قيمته بقدر الثلث بطلت الثانية، ولو قبل المريض الوصية بأبيه عتق عليه من أصل المال (لأنا) نعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه وهنا لم يخرج بل بالقبول ملكه وانعتق تبعا لملكه وكذا لو ملكه بالإرث. أما لو ملكه بالشرء فإنه يعتق من الثلث على الأقوى، والأقرب في الاتهاب أنه كالإرث لأنه عتق مستحق ولا عوض في مقابله فحينئذ لو اشترى ابنه

وبطلان المركب لا يستلزم بطلان جزء بعينه فتبقى الوصية في البر (ولأن) المعلوم من قصده بالعتق التقرب.

قال دام ظله: وكذا الإشكال لو أوصى بشئ في وجه فتعذر صرفه فيه.

أقول: (من) حيث إنه أخرجه عن الورثة وجهل مستحقه (ومن) حيث تعذر الوصية والمحذور من تبديلها لازم والأصح عندي في هذه المسألة والمسألة السابقة البطلان.

قال دام ظله: أما لو ملكه بالشرء (إلى قوله) ولا عوض في مقابله.

أقول: هنا مسألتان (أ) إذا اشترى المريض من ينعق عليه بثمن المثل هل ينعق عليه من الأصل فيصح شراء الكل أو من الثلث فيبطل الشراء في ما لا يتسع له لاستلزام الملك هنا العتق في الآن الذي بعده بلا فصل (فنقول) من ذهب من الأصحاب إلى نفوذ منجزات المريض المتبرع بها من الأصل كابن إدريس ينفذ عنده الشراء والعتق من الأصل هنا بل هو أولى، (وغيره) كالمصنف قوى اعتبار الثلث لإيجاب قوله (اشتريت) العتق كإيجاب (أنت حر) وكل منهما صدر عن قدرته واختياره والشراء هنا هو المفوت للثمن والمثمن على الورثة لاقتضائه حرية المبيع (ولأن) ملك الثمن مستقر وملك المبيع غير مستقر فكان كلا ملك بالنسبة إلى الورثة فصار الثمن كالمتبرع به والعتق

وهو يساوي ألفا بخمسمائة فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب، ولو أوصى بالحجة تطوعا فهي من الثلث ولو كان واجبا فهي كالدين لا حاجة فيه إلى الوصية لكن لو قال حجوا عني من ثلثي كانت فائدته زحمة الوصايا بالمضاربة ولا يقدم على الوصايا في الثلث ثم إن لم يتم الحج بما حصل من المضاربة كمل من رأس المال فيدخلها الدور فإذا كانت التركة ثلاثين وكل من أجرة المثل والوصية عشرة أخرج من الأصل شيء وهو تنمة الأجرة ويبقى ثلاثون إلا شيئا ثلثها عشرة إلا ثلث شيء فللموصى له خمسة إلا سدس شيء وكذا للحج فإذا ضم إليه شيء صار للحج خمسة وخمسة أسداس شيء تعدل عشرة فالشئ ستة فللموصى له أربعة.

اختياري لا عوض في مقابلته (ويحتمل) ضعيفا صحتها من الأصل لأن الشراء بثمن المثل فلا تبرع فيه والعق قهري علته القرابة والشراء مقرب والأصح عندي الأول، لأن الشراء يستلزم ما منع الشارع منه وهو إتلاف أكثر من الثلث على الورثة بغير عوض يحصل لهم فيمنع من اللازم وإلا لزم تكليف ما لا يطاق أو انفكاك اللازم عن ملزومه وكلاهما محال (ومبنى) هذه المسألة على مسألة كلامية هي أن القدرة على السبب هل هي قدرة على المسبب أو تستلزمها أو لا قدرة على المسبب ذهب الجبائيان وأتباعهما إلى الأول وذهب عباد الصيمري إلى الثاني لأن المسبب مع وجود السبب واجب ومع عدمه ممتنع ولا قدرة عليهما (فعلى الأول) يمضي من الثلث (وعلى الثاني) من الأصل (ب) لو اتهبه المريض من غير شرط عوض (فمن) قال إن الهبة مع الإطلاق تستلزم الثواب وهو العوض المالي (من الأصحاب) (١) يمضي العتق من الثلث فيبطل الهبة في مالا يتسع له وللتنبية على هذا القول قال والأقرب (في الاتهاب) وجزم (في الوصية) بالصحة لعدم استلزامها الثواب المذكور، والأصح أنه يمضي من الأصل لأنه يشتمل على دخول ملك وخروجه والدخول إذا لم يكن في مقابلته عوض لم يمكن اعتبار الثلث، وأما الخروج فقهري لأن المالك غير قابل لملكه في الآن الثاني (ويتفرع) على هاتين المسألتين أنه لو اشترى المريض أباه وهو يساوي ألفا بخمسمائة والتركة ستمائة

(١) متعلق بقوله فمن قال.

المطلب الثالث

في الأحكام المتعلقة بالحساب وفيه بحثان
الأول في ما خلا عن الاستثناء وفيه مقامان الأول إذا كان الموصى له واحداً،
إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وأطلق فإن تساوا فله مثل نصيب أحدهم مزادا
على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم، وإن تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا
يزاد على فريضتهم وإن أوصى له بمثل نصيب واحد معين فله مثل نصيبه مزادا على
الفريضة فإن زاد على الثلث ولم تجز الورثة أعطي الثلث، فلو كان له ابن أو بنت فأوصى
بمثل نصيبه فإن أجاز فله نصف التركة وإن رد فله الثلث وسواء كان الموصى له
أحد الورثة أو أجنبيا، ولو كان له ابنان فأوصى له بمثل نصيب أحدهما فله الثلث
ولو كانوا ثلاثة فله الربع ولو كانوا أربعة فله الخمس وهكذا (وطريقه) أن تصحح
مسألة الفريضة وتزيد عليها مثل نصيب من أضيف الوصية إلى نصيبه فلو كان له ابن و
بنت وأوصى له بمثل نصيب الابن فله سهمان من خمسة إن أجازا، ولو قال مثل نصيب
البنت فله
الربع ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات وأوصى له بمثل سهم بنت أو أحد وراثه فله
العشر،
ولو قال مثل نصيب ابن فله سهمان من أحد عشر، ولو قال مثل نصيب بنتي وله مع البنت
زوجة
فأجازتا فله سبعة من خمسة عشر وكذا للبنت وللزوجة سهم واحد، ولو قال مثل نصيب
الزوجة
فله التسع ولو كن الزوجات أربعاً فله سهم من ثلاثة وثلاثين وكذا لو كان مع الزوجات
ابن ولو أوصى بمثل نصيبه فأجاز الورثة ففريضة الورثة من اثنين وثلاثين تضيف إليها

(فعلى اختيار) الشيخ يصح العتق في نصف العبد وخمسه بمائتين التي هي ثلث التركة
لأن الخمسمائة الزائدة على الثمن تبرع بها البائع وصح الشراء بثلث التركة من
الثمن وهو مائتان في مقابلها (وعلى قول المصنف) من أن بطلان جزء من الثمن يستلزم
بطلان ما يقابله من المثلث كنسبة الكل إلى الكل يصح البيع في خمسي العبد بمائتين
فيبطل في ثلاثة أخماسه في مقابلة ما بطل من الثمن وهو ثلاثة أخماسه فيعتق من العبد
خمساه لا غير فقد حصل مع الورثة الثلاثمائة التي بطل فيها الشراء من الثمن ومائة من
التركة وذلك ضعفا ما أخرجه من ماله.

ثمانية وعشرين هي سهام الموصى له فيصير ستين، ولو أوصى لأجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف إلى المثل.

المطلب الثالث في الأحكام المتعلقة بالحساب

وفيه بحثان الأول في ما خلا عن الاستثناء

قال دام ظله: ولو أوصى لأجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصرف إلى المثل.

أقول: قال في المبسوط بطلت الوصية وقال بعض علمائنا تصح الوصية ويكون بمنزلة ما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه (ووجه الأول) أن صحتها موقوفة على بطلانها لتوقف صحتها على أن يكون للابن نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لأن الابن لا يملك إلا بعد خروج الوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) أو بطلانها (والأول) غير متحقق لمنافاة صحة الوصية بنفس نصيبه ملكه بعد خروج الوصية وإلا لأعطي غير النصيب فكان تبديلا للوصية فلا يعلق ملكه على خروجها فبقي الثاني (ولأن) بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين فيكون واقعا دائما (أما الأول) فللزومه لعدم ثبوت النصيب للولد لعدم تحقق الموصى به إذ لا نصيب له حينئذ ولثبوته لعدم ترتب أثرها عليه حينئذ (ووجه الثاني) حمل اللفظ على مجازة للقرينة وهي ثابتة (ولأنه) وصية له بجميع ماله في الحقيقة فصح، والأصح عندي البطلان وهو اختيار والدي في المختلف لأنه أوصى له بحق يستحقه ولده وإذا أوصى بحق الغير لم يصح كما لو قال أوصيت لزيد بملك ولدي (والجواب) عن حجتهم أن اللفظ المطلق إذا كان حملا على الحقيقة يقتضي البطلان لا نحمله على المجاز للصحة بل نحكم ببطلانه وهذا طريق أهل الشرع، وفرق بين الوصية بالجميع وبين هذا لأن الوصية بالجميع لم يضافه إلى أحد وهنا أضافه (قالوا) المراد بالإضافة التقدير وهو كثير في الاستعمال عرفا كما لو قال بعث حماري بما باع به زيد حماره (قلنا) له حقيقة في الملك مجاز في ما قلتم

وإلا لزم الاشتراك والمجاز خير منه (فعلى الصحة) لا فرق بين زيادة لفظة المثل وحذفها

(١) النساء ١٢.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلا أو كافرا بطلت على رأي ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له بطلت ولو أوصى بمثل نصيب وارث مقدر أعطي ما لو كان موجودا أخذه فلو خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب ثالث لو كان فله الرابع ولو كانوا ثلاثة فله الخمس (ويحتمل) أن يكون له الثلث مع الاثنين والرابع مع الثلاثة ولو قال مثل

فقوله أوصيت بنصيبه مثل أوصيت بمثل نصيبه وإنما فرق القائل بالبطلان. قال دام ظله: ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان قاتلا أو كافرا بطلت على رأي.

أقول: هذا قول الشيخ في المبسوط لأنه أوصى له بمثل نصيب من لا شيء له (وقيل) يصح ويقدر لو لم يكن قاتلا صيانة لكلام القائل عن الهذرية والحق اختيار والذي في المختلف وهو أنه إن كان عارفا بأنه قاتل وأنه لا شيء له لم يصح وإن جهل أحدهما صحت.

قال دام ظله: ولو أوصى له بمثل وارث مقدر (إلى قوله) ويحتمل أن يكون له الثلث مع الاثنين والرابع مع الثلاثة.

أقول: اتفق الكل على صحة هذه الوصية سواء ذكر لفظة المثل أو حذفها إذا عرفت ذلك (فنعقول) هنا مسألتان (أ) أن يذكر لفظة المثل فيعطي الموصى له ما لو كان الوارث المقدر موجودا أخذه فيرجع ضمير الفاعل إلى الموصى له وضمير المفعول إلى ما يأخذه الموصى له لو كان الوارث المقدر موجودا (ويحتمل) أن يأخذ نفس نصيب الابن الذي أوصى له بمثل نصيبه (ووجه الأول) أنه قدره موجودا وأوصى له بمثل ما يأخذه مع وجوده لا بنفس النصيب لاستحالة كون الشيء مثل نفسه لأن المماثلة من النسب والإضافات فالوصية تقتضي أن يكون للابن لو كان موجودا نصيب وللموصى له نصيب وأن يكون النصيبان (المذكوران - خ) متساويين قدرا (ووجه الثاني) إنه أقام الموصى له مقام الابن المقدر وذلك الابن المقدر لولا الوصية لكان له الثلث على تقدير وجوده فلهذا الموصى له الثلث وإنما كان له الربع في ما إذا كان له ثلاثة بنين للعول بسبب الازدحام فإن الابن يستحق الثلث والموصى له

نصيب بنت لو كانت وله ثلاثة بنين فالثمن أو السبع ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن وبنت فإن أجازا فالفريضة من خمسة وإن ردا فمن تسعة ولو أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد تبلغ خمسة وأربعين فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ومن رد ضربت نصيبه من مسألة الرد في مسألة الإجازة فإن أجاز الابن فله ثمانية عشرة حصة من ضرب اثنين في تسعة وللبنت عشرة حصة من ضرب اثنين في خمسة وتبقى سبعة عشر للموصى له ولو أجازت البنت فلها تسعة

حاصلة من ضرب واحد في تسعة وللابن عشرون حصة من ضرب أربعة في خمسة و للموصى له ستة عشر وهذا ضابط في كل ما يرد من إجازة البعض ورد الآخرين ولو أوصى بجزء معلوم فإن انقسم الباقي على الورثة صحت المسألتان من مسألة الوصية وإن انكسر فاضرب إحدى المسألتين في الأخرى إن لم يكن بينهما وفق وإلا ضربت جزء الوفق من فريضة الورثة في فريضة الوصية وإن شئت صحت فريضة الورثة ثم انظر إلى جزء الوصية من أصله وانظر إلى نسبته إلى ما بقي وزد على سهام الورثة مثل تلك النسبة فما بلغ صحت منه المسألتان فلو أوصى بثلاث ماله وله ابنان وبنتان ففريضة الوصية ثلاثة أسهم للموصى له ويبقى اثنان للورثة يوافق الفريضة في النصف تضرب جزء الوفق من فريضتهم وهو ثلاثة في فريضة الوصية تبلغ تسعة للموصى له ثلاثة. وإن شئت صحت الفريضة أو لا من ستة تنظر إلى جزء الوصية وهو ثلث يخرج من ثلاثة فتأخذ جزء الوصية وهو واحد وتنسبه إلى ما بقي وهو سهمان فإذا هو مثل نصفه وتزيد على فريضة الورثة وهي ستة مثل نصفه يصير تسعة ولو كان له ثلاث أخوات من

الثلث ولا يمكن إبطال أحد النصيبين فيعول بالمثل وكما عال بالمثل فالمزيد مثل المزيد عليه والثلث إذا زيد على الثلاثة صار ربعا وإنما جاء العول من وجود الابن الثالث المستحق وامتناع إبطال أحدهما وهذا ليس بموجود في العدم وهو الابن المقدر، والأصح عندي الأول (ب) أن يحذف لفظة المثل (فنقول) أعطوه نصيب ابن ثالث لو كان موجودا فهنا يعطى في المثال الأول الثلث إجماعا.

الأبوين وجد من الأم فعلى الأول تأخذ جزء الوصية وهو الثلث يبقى سهمان لا ينقسم على الورثة لأنها من تسعة فتضرب تسعة في ثلاثة تبلغ سبعة وعشرين ومنها تصح المسألتان، للموصى له تسعة وللأخوات اثنا عشر وستة للجد وعلى الثاني تزيد على التسعة مثل نصفها لأنها نسبة جزء الوصية مما يبقى من مسألة الوصية وليس للتسعة نصف فتضربها في مخرج النصف تصير ثمانية عشر فتزيد عليه مثل نصفه يصير سبعة وعشرين وهكذا الحكم لو أوصى بمثل نصيب ابنين أو أكثر أو ابن و بنت أو ابن وزوجة وغيرهما ولو أوصى بجزء من حصة وارث معين فها احتمالات (الأول) وحدة الوصية (الثاني) تعددها مرتبا مقدما للوارث الآخر (الثالث) تقديم الأجنبي (الرابع) عدم الترتيب فيخرج الثلث ويقسم الباقي على الورثة ويقسط الثلث على النسب المحتملة بحسب الوصية فلو أوصى له بنصف حصة ابن وله آخر فإن أجاز الابن تقاسما النصف بالسوية

وللآخر النصف وإلا دفع ثلث حصة على الأول والثاني وعلى الثالث يدفع إلى الأجنبي الربع وإلى الآخر نصف السدس وعلى الرابع يحتمل هنا التقسيط أخماسا لأن وصية الأجنبي بالربع وهي ثلاثة من اثني عشر ووصية الابن بتكملة النصف وهي سهمان والتسوية لأن ما يحصل للمزاحم بعد الوصية يحصل مثله بالميراث للآخر وما زاد وصية وهما متساويان ولو أوصى بالربع من حصة الابن دون البنت (فعلى الثلاثة الأول) كما تقدم (وعلى الرابع) يقسم الثلث من تسعة على ثلاثة عشر بين البنت والموصى له فتضرب إحداهما في الأخرى تبلغ مائة وسبعة عشر وتعطى البنت سهمان من تسعة بالوصية والموصى له سهمين والفرق بين الإجازة وعدمها هنا زيادة حقها في الوصية ونقصه في الميراث أو بالعكس ولو أوصى بمساواة البنت مع الابن احتتمل الوحدة فالوصية بالسدس والتعدد فبالربع وتظهر الفائدة في ما لو أوصى لآخر بتكملة الثلث ولو أوصى بنصف حصة الابن بعد الوصية دخلها الدور فللابن شئ وللموصى له نصف شئ وللبنت نصفها فالفريضة

قال دام ظلّه: ولو أوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة (إلى قوله)

فالفريضة تسعة والشئ أربعة.

أقول: هنا مسائل (الأولى) إذا أوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة كما

تسعة والشئ أربعة ولو أوصى بضعف نصيب ابنه أعطي مثله مرتين وقيل مثل واحد ولو قال ضعفاه فهو ثلاثة أمثاله (ويحتمل) أربعة أمثاله ولو قال ثلاثة أضعافه أعطي

غياث الدين محمد خدا بنده رحمه الله (المسألة الثالثة) لو أوصى بمساواة البنت للابن في الميراث احتمل وحدة الوصية فإنه منع الابن من السدس وأعطاه البنت وهي وصية واحدة (ويحتمل) تعدد الوصية لأنه كلما كان للابن سهم بالميراث كان للبنت نصفه فالزايد يكون لها وصية فإذا أوصى لها من نصيبه بالسدس فقد أوصى لها من نصيبها بنصف السدس والفايدة تظهر في شيئين (أحدهما) زيادة حقها بالميراث ونقصانه في الوصية وبالعكس (الثاني) في ما إذا أوصى لآخر بتكملة الثلث فإن قلنا بوحدة الوصية يكون له السدس وإن قلنا بالتعدد يكون له نصف سدس وهذه المسألة وقعت في مازندران وسئل والدي المصنف عنها حين وصلنا في خدمة السلطان غياث الدين خدا بنده إلى بلدة جرجان سنة اثنتي عشرة وسبعمائة.

قال دام ظله: ولو أوصى بضعف نصيب ابنه أعطي مثله مرتين وقيل مثل واحد ولو قال ضعفاه فهو ثلاثة أمثاله ويحتمل أربعة أمثاله.

أقول: قال الفراء ضعف الشئ مثلاه وهو قول كثير من أهل اللغة وأكثر الفقهاء وقال صاحب الصحاح ضعف الشئ مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله وذكر الخليل أن الضعف أن يزداد على الشئ مثله فيجعل مثلين أو أكثر وهنا مسألتان (١) إذا أوصى بضعف نصيبه ابنه قيل أعطي مثل نصيبه لقوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (١) أي مثلين لأنه تعالى لا يجوز أن يعاقب على السيئة أكثر مما يجازى على الحسنة وقد قال تعالى ومن يقنت منكن لله ورسوله ويعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين (٢) فعلم أن المراد في الآية الأولى بقوله ضعفين مثلان وإذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل واحد وبه قال أبو عبد الله القاسم بن سلام (وقيل) مثلان لقوله تعالى لأذقنك ضعف الحياة وضعف الممات (٣)

(١) الأحزاب - ٣٠

(٢) الأحزاب - ٣١

(٣) الإسراء - ٧٧

أربعة أمثاله ولو قال بخمسة أعطي ستة وهكذا ولو قال ضعفوا لفلان ضعف نصيب ولدي فهو أربعة أمثاله وكذا لو قال أعطوه ضعف الضعف (ويحتمل) ثلاثة أمثاله و

وقال تعالى فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا (١) وقال تعالى وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون (٢) وقال تعالى فآتت أكلها ضعفين (٣) قال عكرمة يحمل في عام مرتين وقال الأزهري الضعف المثل فما فوقه وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله و على هذا (واعلم) أن الشيخ في المبسوط اختار أن الضعف مثلان واختاره شيخنا أبو - القاسم بن سعيد والمصنف هنا وقال في المبسوط وقال قوم الضعف مثل واحد وهكذا نقله والدي المصنف وابن سعيد ولم أحقق اسم القائل من الأصحاب لكنه قول مالك فسوى بين الضعف والمثل والأصح عندي الأول لصحة نفي أحدهما مع إثبات الآخر (والجواب) عن احتجاجهم من وجهين (أ) نقل عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن إذا أتين بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دلالة (ب) أن الضعف قد يستعمل في المثل مجازاً وإلا لزم الاشتراك والمجاز خير منه واللفظ مع إطلاقه إنما يحمل على الحقيقة لا المجاز (ب) إذا أوصى له بضعفي نصيب ابنه للشيخ قولان قال في الخلاف يكون له ثلاثة أمثاله لأنه مجمع عليه ولا دليل على الزايد والإضافة الضعف إلى النصيب والضعف الذي هو مثلاه إذا أضفته إلى نفسه يكون ثلاثة أمثاله ثم قوى في الخلاف أنه أربعة أمثاله لأن الضعف هو المثلان فإذا ثناه وجب أربعة أمثاله وهذا قوله في المبسوط والحق ما قاله أو لا لأن التضعيف ضم الشيء إلى مثله فإذا قال ضعيفه فكأنه ضم مثليه.

قال دام ظلّه: ولو قال ضعفوا لفلان (إلى قوله) ويحتمل ثلاثة أمثاله أقول: الوجهان يستخرجان مما تقدم وقيل الثلاثة معلوم والزائد مشكوك وما الغير مبني على الاحتياط فلا يزداد على الثلاثة.

(١) السبأ - ٣٦

(٢) الروم ٣٨

(٣) البقرة ٢٦٧.

لو أوصى له بمثل أحد بنيه الثلاثة وينقص منه نصيب الزوجة فصح الفريضة تجدها من أربعة

وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة ولكل ابن سبعة وانقص سهم الزوجة من نصيب ابن يبقى أربعة وهي الوصية فزدها على أربعة وعشرين للموصى له وأربعة وللمرأة ثمن الباقي ولكل ابن سبعة فإن أوصى لآخر بربع ما يبقى من ثلث ما له بعد الأولى فخذ ثلث المال وانقص منه الوصية الأولى وهي أربعة أنصباء كما تقدم يبقى ثلث مال إلا أربعة أنصباء فهذا باقي ثلث المال ادفع ربه إلى الثاني وهو نصف سدس مال الأنصباء يبقى من الثلث ربع مال إلا ثلاثة أنصباء زده على ثلثي المال يكون خمسة أسداس مال ونصف سدس مال إلا ثلاثة أنصباء تعدل أنصباء الورثة وهي أربعة و عشرون نصيباً فإذا جبرت صار خمسة أسداس مال ونصف سدس مال تعدل سبعة و عشرين نصيباً فأكمل المال بأن تضرب جميع ما معك في مخرج الكسر وهو اثني عشر فيكون مال تعدل ثلاثمائة وأربعة وعشرين سهماً ومنها تصح (الوصية - خ) و النصيب أحد عشر.

المقام الثاني في المتعدد وتصح مرتباً ومشاركاً كما لو قال ثلثي لفلان و وفلان ويقتضي التسوية ما لم يفضل ولو قال ثلثي لفلان فإن مات قبلي فهو لفلان صح و كذا إن رد فهو لفلان ولو قال ثلثي لفلان فإن قدم الغائب فهو له فقدم قبل موت الموصي فهو للقادم سواء عاد إلى الغيبة أو لا لوجود شرط الانتقال إليه فلا ينتقل عنه بعده ولو مات الموصي قبل قدومه فهي للأول سواء قدم أو لا ويحتمل تخصيص

قال دام ظله: ولو قال ثلثي لفلان فإن قدم الغائب فهو له (إلى قوله) ويحتمل تخصيص القادم بالعين ما لم يضاف.

أقول: القدوم لا بد له من زمان فيحتمل أن يكون في زمان حياة الموصي (ويحتمل) زمان حياة القادم ومنشأ الاحتمالين أن القدوم فعل القادم فلا يتعلق بغيره ولم يعلقه هو هنا لفظاً (ومن) حيث إنه شرط لتصرفه فيحمل على أيام حياته كغيره كما إذا قال إن دخل عبدي الدار فله على عتقه (ولانتقاله) إليه بعد وفاته فلا ينتقل عنه لعدم سببه إذا تقرر ذلك فنقول إما أن يقدم في حياة الموصي أو لا فإن كان الأول

القادم بالعين ما لم يضيف، ولو أوصى له بثلث وآخر بربع ولثالث بخمس ولرابع
بمثل وصية أحدهم فله الخمس ولو قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد ولو
أوصى لأحدهم بمائة وآخر بدار وآخر بعبد ثم قال فلان شريكهم فله نصف ما لكل
واحد لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفردا والشركة تقتضي التسوية وفي الأولى
الجميع مشتركون ولو قيل له الربع في الجميع كان أولى ولو خلف ثلاثة بنين و
أوصى لثلاثة بمثل انصبتهم فالمال على ستة إن أجازوا، وإن ردوا فمن تسعة ولو
أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهم التسعان ويحتمل أمران في المجاز له
أن يكون له السدس الذي كان له ماله إجازة الجميع فتأخذ السدس والتسعين (١)

استحق القادم قطعا لتحقق سبب الانتقال وهو الوصية وشرطه وهو القدوم وإن قدم بعد
موت الموصي فيما أن تكون العين باقية أو تالفة فإن كان الثاني فلا شيء للقادم وإن
كان الأول احتمال أن يكون للأول على الأول لأنه لما مات الموصي وجد سبب ملك
الموصى له الأول وهو الوصية والقبول فإذا ملكه الأول فلا ينتقل عنه بوصية غيره
(لأنه) لم يعهد في الشرع في غير الوقت وعلى الثاني ينتقل إلى القادم لتحقق شرط الانتقال
فيه واستمرار ملك الأول مشروط بعدم قدوم الغائب وقد انتفى الشرط فينتفي مشروطه
ولو أضاف القدوم إلى سنة معينة أو حياة أحدهما أو غيرهما فالحكم ظاهر.
قال دام ظله: ولو أوصى له بثلث وآخر بربع (إلى قوله) ولو قيل له الربع
في الجميع كان أولى.

أقول: وجه الأولوية أنه جعله مشاركا لمجموع الثلاثة فجعلهم وإياه مجموعا
واحدا ولفظه يدل عليه ولم يجعله شريك كل واحد واحد وإنما فرق بين هذه المسألة
وبين المسألة الأولى لأن في الأولى الشركة مع الكل من حيث هو كل لأن الكل
مشتركون في شيء واحد بأجزاء مشاعة وإنما يختلف حصصهم بالمقدار وأما في الثانية
فكل واحد منفرد من كل وجه والشركة فيه تقتضي الشركة مع كل واحد واحد
والشركة تقتضي التسوية مع إطلاقها ومن ثم جزم في الأولى دون الثانية.
قال دام ظله: ولو خلف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل أنصبتهم (إلى

(١) بضم التاء.

من مخرجهما وهو ثمانية عشر ويبقى أحد عشر لا تنقسم فتضرب عدد البنين في ثمانية عشر
وأن يضم المجاز له إلى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين (١) عليهم فتضرب أربعة في تسعة
فإن

أجازوا بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد تمام السدس فيصير المال بينهم أسداسا على
الأول، وعلى الثاني يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما
حصل لهما وهو ثمانية ويقسمونه على خمسة تنكسر فتضرب خمسة في ستة وثلاثين
تبلغ مائة وثمانين ولو أجاز واحد خاصة فللمجيز السدس ثلاثة من ثمانية عشر وللباقيين
أربعة أتساع وهي ثمانية تبقى سبعة للموصى لهم تضرب ثلاثة في ثمانية عشر، ولو أجاز

قوله) تبلغ مائة وثمانين.

أقول: أما المردود عليهما فلهما ما كان لهما عند رد الكل وهو التسعان ولا خلاف
فيه وأما المجاز له ففيه احتمالان (ألف) أن له السدس لأن وصيته يقتضي أنه واحد
من ستة وقد أجاز الورثة ذلك (ب) أن يضم المجاز له إلى البنين الثلاثة كما ذكر
المصنف لأنه جعله كواحد منهم تنقصه الإجازة ويزيده الرد قضية للمساواة فيخرج
التسعان للمردود عليهما ويقسم الباقي بينه وبين الأولاد (والتحقيق) أن هذه المسألة
تبنى على الفرق بين المجموع من حيث هو مجموع وبين كل واحد واحد وهو
ظاهر (فنقول) منشأ الاحتمالين أن هذه وصية للمجموع من حيث هو مجموع أو وصية
لكل واحد واحد بمثل ما لكل واحد واحد من أولاده (يحتمل) الأول لأنه أتى
بلفظ المجموع في الوصية أو بلفظ العدد العارض للمجموع لا لكل واحد فقد نزلهم
منزلتهم ولهم الكل والمبلغ إذا عال مثله كان الزائد مثل المزيد عليه فالوصية إنما هي
بالنصف ولكل واحد السدس (ووجه الثاني) أنه فرضهم أولادا فيتساوى المجاز له
مع الأولاد فيقسم الباقي عليه وعلى الأولاد على أربعة وتظهر الفائدة في أمرين (١)
زيادة النصيب فإنه على الاحتمال الأول يأخذ المجاز له ستة من ستة وثلاثين وعلى
الثاني سبعة لأن للمردود عليهما تسعين (٢) ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للمجاز له
ربعها (ب) لو أجازوا بعد ذلك للثنتين الباقيين (فعلى الأول) يكملون لكل واحد

(١) بضم التاء

(٢) بضم التاء.

واحد لواحد دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فتضربها في ثلاثة تبلغ أربعة وخمسين، ولو أوصى له بجزء مقدر وآخر بمثل نصيب وارث احتمال إعطاء الجزء لصاحبه وقسمة الباقي بين ورثته والموصى له وإعطاء صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كان لا وصية غيرها، فلو أوصى له بثلث ماله وآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة فعلى الأول للموصى له بالثلث الثلث والباقي يقسم أرباعا بين

السدس فيصير المال أسداسا لكل واحد منهم ستة من ستة وثلاثين (وعلى الثاني) يضمون ما حصل لهم إلى ما حصل لهما ويقتسمونه بالسوية فتضرب خمسة في ستة وثلاثين يبلغ مائة وثمانين ومنها يصح وإنما لم يتساوى الموصى لهم مع اقتضاء الوصية التسوية لأنهم لما ردوا على الاثنين بطلت الوصية لهما بالزائد فإذا أجازوا كانت هبة متجددة لهما لما يقتضيه الوصية وإن أجاز واحد لكل فللمجيز السدس ثلاثة من ثمانية عشر وللآخرين أربعة أتساع ثمانية يبقى سبعة للموصى لهم تقسم على ثلاثة تضربها في ثمانية عشر تبلغ أربعة وخمسين وإن أجاز واحد لواحد دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل على حال الإجازة وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين ومنها تصح.

قال دام ظله: ولو أوصى بجزء مقدر وآخر بمثل نصيب وارث (إلى قوله) ولا ينقص من السدس شيء إلا برضاه.

أقول: وجه الأول أنه أوصى بمثل نصيب وهو ما يحصل بعد الوصايا (ولأن) مثل النصيب إما مع النصيب أو بعده وهو بعد الوصية بالجزء وما مع البعد أو بعده بعد (ولأنه) جعله كواحد منهم وساوى وصيته بنصيبه فلا يكون له أزيد منه ولا أنقص (ووجه الثاني) أنه النصيب والأصل الحقيقة (ولأنه) لو كان المراد النصيب الذي بعد اخراج الجزء لكان إذا رد الموصى له بالجزء أخذ الموصى له بمثل نصيبه الذي يصيبه بعد اخراج الجزء (ولأنه) جعله رابع أربعة ولم يقل أنه بعد الوصية الأولى وهو ضعيف لأنه ساواه بأحدهم وكل واحد متأخر عن الجزء ومساوي المتأخر متأخر والأصح الأول (ووجه الثالث) ما ذكره المصنف فإنه نص على أنه مثل أحدهم وقوله (فإن ردوا بطلت وصية الثاني) هذا إنما يتأتى على تقدير الترتيب أما مع التسوية

الثاني والبنين وتصح من ستة فإن ردوا بطلت وصية الثاني وعلى الثاني للأول الثلث وللآخر الربع مع الإجازة وتصح من ستة وثلاثين ولو زاد الجزء على الثلث كالنصف احتمال وجها ثالثا وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربعها لأن الثلثين حق للورثة لا يؤخذ منهم شيء إلا بإجازتهم وصاحب النصيب كواحد منهم لا ينقص من السدس شيء إلا برضاه (فعلى الأول) لصاحب الجزء النصف والباقي أربعا للثاني والورثة وتصح من ثمانية (وعلى الثاني) للأول النصف وللثاني الربع ويبقى الربع بين البنين وتصح من اثني عشر (وعلى الثالث) للأول النصف وللآخر السدس ويبقى الثلث للبنين وتصح من ثمانية عشر، ولو أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما يبقى من المال احتمال (أن يعطى) صاحب النصيب مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثمة وصية أخرى وأن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال (وأن يعطى) مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء نصيبه فيدخلها حينئذ الدور فلو أوصى لواحد

فيقسم الثلث بين الوصيتين على ما كان لهما حال الإجازة فعلى المثال المذكور وهو ما لم يزد الجزء على الثلث يقسم الثلث بين الوصيتين على ثلاثة والثلثان على البنين على ثلاثة وتصح من تسعة (وعلى الثاني) يقسم الثلث بينهما على سبعة والثلثان على الورثة على ثلاثة وتصح من ثلاثة وستين سهما وفي المثال الثاني وهو ما إذا زاد الجزء على الثلث كان يوصى بالنصف إذا رد الورثة ولم يقصد التقديم فعلى الاحتمال الأول يقسم الثلث على الموصى لهما على خمسة و الثلثان على الورثة على ثلاثة وتصح من خمسة وأربعين وعلى الاحتمال الثاني يقسم الثلث بن الموصى لهما على ثلاثة والثلثان على الأولاد على ثلاثة وتصح من تسعة (وعلى الثالث) يقسم الثلث بين الموصى لهما على أربعة والثلثان على الأولاد على ثلاثة وتصح من ستة وثلاثين.

قال دام ظله: ولو أوصى لرجل بمثل نصيب وارث (إلى قوله) فيدخلها حينئذ الدور.

أقول: وجه الأول أنه جعله قبله فحال وجود الأولى الثانية كالمعدومة

بمثل نصيب ابن وله ثلاثة ولآخر بنصف باقي المال (فعلى الأول) لصاحب النصيب الربع وللآخر نصف الباقي وما بقي للبنين وتصح من ثمانية (وعلى الثاني) للأول السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين (وأما الثالث) فله طرق (أحدها) أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهما يبقى سهم ثم تزيد على عدد البنين واحدا تصير أربعة تضربها في المخرج تصير ثمانية تنقصها سهما تبقى سبعة فهي المال للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم (ثانيها) أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكون سبعة (ثالثها) تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فنقول هذا بقية مال ذهب نصفه فإذا أردت تكميله زد عليه مثله ثم زد عليه مثل سهم تكون سبعة (رابعها) أن تجعل المال سهمين ونصيبا وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهما يبقى للبنين سهم تعدل ثلاثة فالمال كله سبعة وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا وتدفع نصف الباقي إلى الموصى له الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصبا فأجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصف كاملا يعدل ثلاثة ونصفا فالمال كله سبعة.

(ووجه الثاني) أنه جعل له مثل نصيب الابن وهو يملك من الثلثين بالنسبة وكل ما نقص من نصيبه من الثلثين فهو باختياره وإخراجه فيكون الموصى له كذلك وإلا لم يتحقق المماثلة (ووجه الثالث) أنه أوصى بمثل نصيبه وهو الحاصل بعد جميع الوصايا لأن الميراث بعد الوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين (١) فقد ساوى بينهما وبين الدين وجعل الميراث بعدهما فقد علقها بالثانية وجعلها معها (واعلم) أن الدور الذي أورده المصنف هنا وغيره من المحققين ليس من الدور المحال بل دور معية وذلك لأن نصيب الوارث ونصيب الموصى له متلازمان في المعرفة والجهالة كحال المضافين فإذا نظر إليهما الذهن خاصة عرف أنه يلزم من تعريف أحدهما لصاحبه الدور فإن العلم بكمية النصيب يتوقف على معرفة الوصية الثانية ولا يعلم إلا مع العلم بالنصيب فلا بد من إيراد ثالث غيرهما يعرفها وقد ذكره

مسائل

الأولى لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة ولآخر بنصف ما يبقى من الثلث - أخذت منخرج النصف والثلث وهو ستة وتنقص منها واحدا يبقى خمسة فهي النصيب - ثم تزيد واحدا على سهام البنين وتضربها في المخرج تكون أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة تبقى أحد وعشرون فهو المال - تدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهما إلى الموصى له الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة (أو تزيد) على سهام البنين نصفًا وتضربها في المخرج تكون إحدى وعشرين (أو يحتمل) الثلث سهمين ونصيبًا وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهما يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين إلى ابنين تبقى خمسة من المال فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين (أو تأخذ) ثلث مال تدفع منه نصيبًا إلى صاحبه يبقى ثلث مال إلا نصيبًا تدفع نصفه وهو سدس مال إلا نصف نصيب إلى صاحبه يبقى سدس مال إلا نصف نصيب تزيده على ثلثي المال يبقى خمسة أسداس مال إلا نصف نصيب

تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ثم تجبر وتقابل تصير خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء ونصفًا فالمال يعدل أربعة أنصباء وخمسة أسداس فإذا بسطت بلغت إحدى وعشرين والنصيب خمسة

الثانية لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب من الثلث (فطريقه) أن تجعل ثلث المال ثلاثة ونصيبًا مجهولًا فالنصيب المجهول للموصى له بالنصيب يبقى ثلاثة سهم للموصى له بالثلث بقي سهمان من ثلث المال تضمها إلى ما بقي (فنقول) إذا كان ثلث المال ثلاثة ونصيبًا مجهولًا فثلثاه ستة ونصيبان مجهولان تضم إليهما ما بقي من الثلث وهو سهمان فتصير ثمانية ونصيبين مجهولين فالنصيبان للابنين يبقى ثمانية للابن الثالث فعرفنا أن النصيب المجهول في الابتداء ثمانية (فنقول) من رأس لما قدرنا ثلث المال ثلاثة أسهم ونصيبًا مجهولًا وقد بان النصيب المجهول ثمانية فإذا ثلث المال إحدى عشر فتخرج النصيب ثمانية ويبقى معنا من الثلث ثلاثة فتعطي الموصى له ثلث ما بقي من الثلث سهما واحدا ويبقى سهمان تضمهما إلى ثلثي المال

المصنف في الكتاب وهو طريق التلخيص من الدور.

وهو اثنان وعشرون لأن الثلث أحد عشر فتصير أربعة وعشرين لكل ابن ثمانية مثل النصيب وإنما تصح هذه الوصية بالثلث إذا لم يكن النصيب مستغرقاً لثلث المال فلو كان له ابنان بطلت الوصية وإنما يتصور في ثلاثة بنين أو أكثر (أو نقول) نجعل ثلث المال عدداً إذا أعطينا منه نصيباً يبقى عدد له ثلث فوضعناه أربعة وأعطينا الموصى له الأول نصيب ابن واحد ويعطى الثاني ثلث ما بقي وهو واحد يبقى اثنان ضممناهما إلى ثلثي المال وهو ثمانية صارت عشرة فأعطينا كل ابن واحد كما فرضنا للموصى له الأول يبقى سبعة وهو الخطأ الأول زائداً فجعلنا ثلث المال خمسة والنصيب اثنان فأعطينا الموصى له الأول اثنان يبقى ثلاثة للموصى له الثاني واحداً يبقى اثنان - ضممناهما إلى ثلثي المال وهو عشرة صار اثني عشرة فأعطينا كل ابن اثنان تبقى سترة وهو الخطأ الثاني زائداً تلقى أقل الخطائين من الأكثر يبقى واحد وهو المقسوم عليه ثم تضرب العدد الأول المفروض وهو أربعة في الخطأ الثاني وهو ستة تصير أربعة وعشرين ثم تضرب العدد الثاني المفروض وهو خمسة في الخطأ الأول وهو سبعة تصير خمسة وثلاثين وتلقى الأول من الأكثر تبقى أحد عشر وهو ثلث المال المطلوب وتتمام المال ثلاثة وثلاثون وإذا أردنا النصيب ضربنا النصيب الأول وهو واحد في الخطأ الثاني وهو ستة وضربنا النصيب الثاني في الخطأ الأول وهو سبعة يصير أربعة عشر نقصنا أقل العددين من الأكثر يبقى ثمانية فهو النصيب المطلوب.

(أو نقول) نأخذ المال كله ثلاثة أنصباء ووصيتين فنسمي الوصيتين وصية فيكون المال ثلاثة أنصباء ووصية فتأخذ ثلث ذلك وهو نصيب وثلث وصية فندفع إلى الموصى له الأول بوصية نصيباً فيبقى من الثلث ثلث وصية - فندفع إلى الموصى له الثاني ثلث ذلك وهو تسع وصية يبقى من الثلث تسع وصية ونزيد ذلك على الثلثين ليحصل معنا نصيبان وثمانية أتساع وصية تعدل ذلك أنصباء الورثة وهي ثلاثة أنصباء تسقط نصيبين بنصيبين فتبقى ثمانية أتساع وصية تعدل نصيباً فتكمل الوصية وهو أن نزيد على كل واحد من النصيبين مثل ثمنه لأن كل شيء أسقطت تسعة فثمن ما بقي مثل التسع الساقط فيصير معنا وصية تعدل نصيباً وثماناً وقد كنا جعلنا المال ثلاثة أنصباء ووصية فهو إذن

أربعة أنصباء وثمان فنبسط ذلك من جنس الكسر فيصير المال ثلاثة وثلاثين والنصيب ثمانية (أو نقول) المال وصية وأربعة أنصباء بأن نزيد نصيب الموصى له الأول على أنصباء الورثة ونجعل الوصية الثانية وصية فالثلث نصيب وثلث نصيب وثلث وصية ندفع منه إلى الموصى له نصيبا فيبقى ثلث نصيب وثلث وصية ندفع بالوصية الثانية ثلث ذلك وهو تسع نصيب وتسع وصية فيبقى من الثلث بعد الوصيتين تسعا نصيب وتسعا وصية نزيد ذلك على الثلثين وذلك نصيبان وثلثا نصيب وثلثا وصية فيحصل معنا نصيبان وثمانية أتساع

نصيب وثمانية أتساع وصية يعدل ذلك أنصباء الورثة وهي ثلاثة أنصباء فنسقط نصيبين وثمانية أتساع نصيب بمثلها فيبقى تسع نصيب يعدل ثمانية أتساع وصية فالنصيب الكامل يعدل ثماني وصايا فالنصيب ثمانية والوصية واحد وقد كنا جعلنا المال أربعة أنصباء ووصية فهو ثلاثة وثلاثون.

الثالثة لو أوصى له بتكملة ثلث ماله بنصيب أحد بنيه أي بفضل الجزء المذكور من المال على النصيب وآخر بثلث ما بقي من الثلث والبنون ثلاثة - فنأخذ ثلث المال ودفعناه إلى الموصى له ونستثني منه نصيبا فيبقى معنا من الثلث نصيب ويبقى في يد الموصى له ثلث مال الأنصباء وهو التكملة الموصى بها - ثم دفعنا إلى الموصى له الثاني ثلث ما بقي من الثلث بعد التكملة وهو ثلث نصيب فيبقى من الثلث ثلثا نصيب - زدنا ذلك على ثلثي المال فيصير معنا ثلثا مال وثلثا نصيب يعدل ذلك أنصباء البنين وهي ثلاثة أنصباء - فنقابل بأن نسقط ثلثي نصيب بمثله فيبقى ثلثا مال يعدل نصيبين وثلثا فنكمل المال - وهو أن نزيد على ما معنا مثل نصفه بأن نضرب ذلك في ثلاثة ونقسمه على اثنين فيحصل معنا مال يعدل ثلاثة أنصباء ونصفا فنسطه إنصافا فيصير المال سبعة والنصيب سهمين والوصيتان من الثلث فنضرب ثلاثة في سبعة فتصير أحدا وعشرين والنصيب ستة أسهم فإذا أردنا التجزية أخذنا ثلث المال وهو سبعة دفعنا إلى الموصى له الأول بالتكملة فضل الثلث على النصيب وهو واحد فيبقى من ثلث المال ستة دفعنا إلى الموصى له الثاني ثلث ذلك سهمين يبقى أربعة نزيد ذلك على الثلثين فيصير ثمانية عشر للبنين لكل ابن ستة ولولا الوصية الثانية

بطلت الأولى (وبطريق الخطأين) نفرض الثلث أربعة والتكملة واحدا نسلمه إلى الأول وإلى الثاني آخر ويزاد الباقي على الثلاثين ثم نقسم أثلاثا على الورثة ونضم التكملة إلى نصيب أحدهم تصير أربعة وثلاثا وكان ينبغي أن يكون أربعة فالثلث الخطأ الأول ثم نفرض خمسة والتكملة اثنين يبقى اثنان بعد الوصيتين نضم إلى الثلاثين ونقسم المجموع على الورثة لكل أربعة نضم إلى التكملة فالزائد واحد هو الخطأ الثاني فإذا نقص منه الأول بقي ثلثان هي المقسوم عليه ثم نضرب الخطأ الأول في العدد الثاني يكون أحدا وثلثين والخطأ الثاني في الأول يصير أربعة يبقى بعد النقص اثنان وثلث هي ثلث المال فإذا أردت التكملة فاضرب التكملة الأولى في الخطأ الثاني يكون واحدا والثانية في الأول يكون ثلثين وبعد الإسقاط يبقى ثلث هو التكملة والمال سبعة وبعد البسط يكون أحدا وعشرين و التكملة واحدا.

الرابعة لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة ولآخر بنصف ما يبقى من الثلث ولثالث بربع المال - فخذ المخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تبلغ أربعة وعشرين - وزد على عدد البنين واحدا تصير أربعة تضربها في أربعة وعشرين تبلغ ستة وتسعين أسقط منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وهي اثني عشر تبقى أربعة وثمانون فهي المال - ثم انظر الأربعة والعشرين فأنقص سدسها لأجل الوصية الثانية وربيعها لأجل الوصية الثالثة يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها إلى الموصى له بالنصيب ثم ادفع إلى الثاني نصف ما بقي من الثلث وهو سبعة وإلى الثالث ربع المال أحدا وعشرين تبقى اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر وتصح من اثني عشر لأننا ندفع ربع المال إلى الموصى له به ونأخذ ثلث المال ندفع منه نصيبا إلى الموصى له به يبقى ثلث مال إلا نصيبا ندفع نصفه إلى الموصى له به ونضم الباقي وهو سدس مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فإذا جبرت وقابلت يبقى نصف مال ونصف سدس تعدل ثلاثة أنصباء ونصفا فالنصيب سدس والمال اثني عشر لأنها مخرج الثلث والرابع،

ولو أوصى بمثل أحد بنيه الستة وبخمس ما يبقى من ربعه بعد النصيب وآخر بمثل أحدهم إلا ربع ما يبقى من ثلثه بعد النصيب وبعد الوصية الأولى فخذ ربع مال وانقص منه نصيبا وانقص خمس الباقي من الربع فيبقى من الرابع خمس مال إلا أربعة أخماس النصيب ورد عليه

نصف سدس مال وهو فضل ما بين الثلث والربع ليكون باقيا من الثلث فاجعل المال ستين والذي بقي من الربع هو خمس مال إلا أربعة أخماس النصيب وذلك اثني عشر إلا أربعة أخماس نصيب فإذا زدت عليه نصف سدس المال وهو خمسة أسهم صار سبعة عشر إلا أربعة أخماس نصيب فهذا هو الباقي من ثلث المال فاخرج منه نصيبا للثاني يبقى سبعة عشر إلا نصيبا وأربعة أخماس نصيب ثم استرجع من النصيب ربع ما بقي من الثلث وذلك أربعة أسهم وربع سهم إلا ربع نصيب وخمس نصيب وزد ذلك على ما بقي من الثلث فيكون أحدا وعشرين سهما وربع سهم إلا نصيبين وربع نصيب ضم ذلك إلى ثلثي المال وهو أربعون سهما يكون مالا وسدس ثمن مال إلا نصيبين وربع نصيب يعدل أنصباء البنين وهي ستة فإذا جبرت صار مالا وسدس ثمن مال يعدل ثمانية أنصباء وربع نصيب فاضرب ذلك في مخرج المال وهو ثمانية وأربعون يكون ثلاثمائة وستة وتسعين نصيبا فالنصيب تسعة وأربعون سهما وهو مثل عدد ما كان معك من أجزاء المال وسدس ثمن المال (وامتحانه) أن تأخذ ربع المال وهو تسعة وتسعون وتنقص منه نصيبا وهو تسعة وأربعون تبقى خمسون وتخرج خمسها عشرة أسهم فتكون الوصية الأولى تسعة وخمسين سهما فأنقصها من ثلث المال وهو مائة واثنان وثلاثون سهما يبقى من الثلث ثلاثة و سبعون سهما فاخرج منه نصيبا للثاني يبقى أربعة وعشرون سهما استثنى ربع ذلك ستة أسهم يبقى من النصيب ثلاثة وأربعون سهما وهي الوصية الثانية والوصيتان مائة سهم وسهمان فإذا أخرجتهما من المال يبقى مأتان وأربعة وتسعون للبنين الستة لكل واحد تسعة وأربعون.

الخامسة لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة وآخر بثلث ما بقي من الثلث وآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أنصباء فادفع إلى الموصى له الأول نصيبا وإلى الثاني والثالث درهمين يبقى سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى اثنين يبقى

سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية الثالثة درهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون.

السادسة لو أوصى له بثلاث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام وإن زاد على المائة وأجاز الورثة مضت الوصايا ولو كان له ثلاثمائة فأوصى له بخمسين ولآخر بتمام الثلث فلكل منهما خمسون فإن رد الأول وصيته فللثاني خمسون ولو أوصى للأول بمائة فلا شيء للثاني سواء رد الأول أو أجاز.

السابعة لو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالربع وقال لا تقدموا إحديهما على الأخرى فالأقوى عندي مع عدم الإجازة بسط الثلث على نسبة الجزئين فالفريضة من تسعة ومع الإجازة من أربعة فإن أجازوا لأحدهما خاصة ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة مضروبا في مسألة الرد والمردود

قال دام ظله: ولو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالربع (إلى قوله) فالفريضة من تسعة،

أقول: إذا أوصى بأجزاء من المال فإن لم تزد على الثلث أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة فإن زادت على الثلث وقال لا تقدموا إحديهما على الأخرى أي في الصحة أي لا تصححوا واحدة وتبطلوا الأخرى فإن أجازت الورثة فالطريق ما تقدم وإن لم يجزوا فيقسم بينهم الثلث وفي كيفيتها وجهان (أ) ما جعله المصنف أقوى وهو

الأصح عندي لنصه على عدم التقديم فيتساويان فيقسم الثلث على نسبة الوصيتين فيقسم أثلاثا فيكون الفريضة من تسعة (ب) يحتمل أن يقال صاحب النصف يدعي الثلث كله وصاحب الربع يدعي الربع فيخلص لصاحب النصف نصف سدس ويبقى الربع كل منهما يدعيه فيقسم بينهما نصفين وسيأتي احتمالات الدعاوى (فرعان) (أ) قال الشيخ في الخلاف إذا أوصى بجميع ماله لواحد ولآخر بثلاث ماله وأجاز الورثة أخذ الأول بجميع المال ويبطل الأخير لعدم محل وصيته وقال والدي إذا نص الموصي على عدم الرجوع عن الأولى وقصد العول فللأول ثلاثة أرباع وللثاني الربع لأن الثلث المزاد على الكل

عليه سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الإجازة ولو أجاز بعض الورثة لهما دون البعض أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة مضروبا في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الإجازة وقسمت الباقي بين الوصيتين على ثلاثة ولو كان ماله ثلاثة آلاف فأوصى له بعبد يساوي خمسمائة ولآخر بدار تساوي ألفا ولثالث بخمسمائة ومنع من التقديم ورد الورثة فلكل واحد منهم نصف ما أوصى له به. الثامنة لو أوصى له بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه على سبيل العول من غير تقديم ولا رجوع فقد بينا أن الوجه عندنا الصحة مع إجازة الورثة (فيحتمل) حينئذ قسمة المال على ثلاثة عشر سهما للموصى له بالنصف ستة وبالثلث أربعة وبالربع ثلاثة (وإعطاء) صاحب النصف خمسة وثلثي سهم وصاحب الثلث ثلاثة وثلثي سهم وصاحب

الربع سهمين وثلثي سهم لأن صاحب النصف يفضل صاحب الثلث بسهمين من اثني عشر فيدفعان إليه وهما يفضلان صاحب الربع كل واحد منهما سهم فيأخذانه فيبقى ثمانية بينهم أثلاثا فتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصف سبعة عشر والثلث أحد عشر والربع ثمانية.

نسبته إلى المجموع من الكل والثلث ربع (ب) قال الشيخ في الخلاف ولو بدا لصاحب الثلث كان له ولصاحب الكل الثلثان مع إجازة الورثة وعندنا لو نص على عدم الرجوع والعول كان للأول الربع أيضا ولو ردوا قسم الثلث على نسبة الإجازة. قال دام ظله: ولو أوصى لواحد بنصف ماله ولآخر بثلثه (إلى قوله) و بالربع ثلثه إلى آخره.

أقول: وجه الاحتمال الأول نفوذ الوصية بكل المال على تقدير الإجازة لأن هذه المسألة تفريع على نفوذها مع الإجازة وثبوت التفاضل بينهم لتصريح الموصى به فيقسم على قدر انصبتهم كالشركاء فيدخل النقص بسهم العول للضرورة على الكل وإلا لزم الترجيح من غير مرجح ولأن العمل بالوصية واجب ولا يتم إلا بذلك فإن قسمته على غير الأنصبة تغيير للوصية ولأنه لو أوصى بأعداد مختلفة تقصر التركة عن الكل لقسم بينهم على قدر الوصايا كما لو أوصى لواحد بمائة وهي (قدر - خ) ثلث تركته

التاسعة لو أوصى له بنصيب أحد ولديه ولآخر بنصف الباقي وأجازا فالفريضة من خمسة (لأن) للأول نصيبا يبقى مال إلا نصيبا للثاني نصفه يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل نصيبين فإذا جبرت وقابلت بقي نصف مال يعدل نصيبين ونصفا فالمال يعدل خمسة للأول سهم يبقى أربعة للثاني نصفها ولكل ابن سهم ولو لم يجيز أبطلت الثانية وكان المال أثلاثا، ولو أجاز أحدهما (احتمل) ضرب ثلاثة في خمسة فللمجيز الخمس ولأخيه الثلث تبقى سبعة للأول أربعة لأنه مع الإجازة يأخذ ثلاثة ومع عدمها خمسة

فإذا أجاز أحدهما نقص منه بالنسبة وللثاني ثلاثة (ويحتمل) أن يكون للأول مثل نصيب

ولآخر بمائة وخمسين ولآخر بخمسة وسبعين درهما مع عدم الرجوع والمنع من التقديم وقصد العول يقسم على هذه النسبة فكذا هنا ومع الرد يقسم الثلث على نسبة الكل مع الإجازة لأن الموصي قصد تفضيل بعضهم على بعض على نسبة الأنصبة في كل جزء من ماله (ولعدم) اختلاف القسمة بين الشركاء بأنصبة مختلفة على نسبة انصبتهم حالة كمال المال ونقصانه (ويحتمل) حمله على الدعاوى وهو أن يختص الأكثر نصيبا بما يفضل منه عن (على - خ) الأنقص لاقتضاء الوصية ذلك ويقسم الباقي بينهم بالسوية فذو النصف يفضل ذا الثلث بسهمين من اثني عشر فيختص بهما ويفضل كل منهما على صاحب الربع بسهم واحد (لأن) صاحب النصف يدعي بما بقي له وهو أربعة وصاحب الثلث يدعي أربعة أيضا وصاحب الربع يدعي ثلاثة فيأخذه كل واحد منهما لأن في المال سعة ويبقى ثمانية يقسم بين الثلاثة فلصاحب النصف خمسة وثلثان ولصاحب الثلث ثلاثة أسهم وثلثان ولصاحب الربع سهمان وثلثان ومع الرد يقسم الثلث على هذه النسبة.

قال دام ظلّه: لو أوصى له بمثل نصيب أحد ولديه ولآخر بنصف الباقي (إلى قوله) وللثاني أربعة.

أقول: الاحتمال الأول مجموع أشياء (أ) أن يكون للمجيز ماله حالة إجازة الكل ولغير المجيز ماله حالة رد الكل لأن الإجازة إنما تؤثر في نصف المجيز لا في غيره أصلا فتفرض موجودة في حق المجيز فينقص نصيبه معدومة في حق غيره فلا ينقص

المجيز لأنه أقل الورثة سهاما فتصح من خمسة لأن للثاني نصف نصيب المجيز والأول مثل نصفه أيضا وللآخر نصيب كامل فالمال يعدل نصيبين ونصفا فللمجيز واحد من خمسة ولكل من الموصى لهما واحد وللآخر اثنان ويضعف بأخذه أكثر من الثلث (ويحتمل) من ستة لتجدد النقص بعد الوفاة فلم يكن مرادا للموصى فيكون للأول الثلث سهمان ولغير المجيز سهمان وسهم للمجيز وسهم للباقي (والحق) الأول لكن لكل من المجيز والأول ثلاثة ولغير المجيز خمسة وللثاني أربعة.

من نصيبه لولاها شيء (ب) أن ينقص الموصى له عن نصيب غير المجيز بإجازة أحدهما نصف ما لو منعنا لزيد في نصيبه عما لو أجازا، لأن فعل كل واحد إنما يؤثر في ما لو لم يكن الوصية لكان له ولا يؤثر في ما يكون لغيره فرد كل واحد علة في حصول نصف الزيادة له لا غير وعدم العلة إنما يوجب عدم معلولها لا غير (ج) الموصى له الثاني مؤخر عن الأول والمنع في عدم الإجازة عليه خاصة وهو ظاهر لأنه أوصى له بنصف الباقي بعد الأول وهو تصريح في تقديم الأول وتأخير الثاني (د) إن الموصى له الثاني إنما يأخذ ما ينقص كل واحد والموصى له بالنصيب بالإجازة لا غير فيكون للمجيز ثلاثة لأنها نصيبه حال

إجازة الكل (ولأنه) يأخذ حقه من مسألة الإجازة مضروبا في مسألة الرد ومسألة الإجازة خمسة والرد ثلاثة وسهم المجيز من الخمسة واحد ومضروب الواحد في ثلاثة ثلاثة ولغير المجيز خمسة لأنها نصيبه حالة رد الكل ولأنه يأخذ نصيبه من مسألة الرد وهي ثلاثة ونصيبه واحد مضروبا في مسألة الإجازة وهي خمسة ومضروب الواحد في الخمسة خمسة وللموصى له الأول أربعة لأن له مع عدم الإجازة خمسة فإجازتهما تنقصه اثنين وإجازة أحدهما تنقصه واحدا للثاني والمصنف دام ظله مع الثاني لأن الزيادة التي حصلت له بمنعهما إنما حصلت بمساواته لكل منهما فالمؤثر فيها المجموع ولم يؤثر كل واحد في نصفها بانفراده بل مع الانضمام مع الآخر وعدم المجموع يحصل بعدم أي جزء فرض فيأخذ مثل نصيب المجيز لعدم العلة الموجبة لعدم المعلول وأيضا (فالألأنه) أقلهم سهما والموصى له بمثل النصيب مع التفاوت يعطى مثل الأول (ولأنه) ليس له مثل نصيب الرد فلو لم يكن مثل نصيب المجيز لم يكن قد عمل بالوصية فلأجل ذلك منع المصنف

ولو أوصى له بمثل نصيب أحد أولاده وهم ثلاثة ولآخر بثلاث ما يبقى من جميع المال بعد اخراج النصيب (فطريقه) أن تقدر جميع المال ثلاثة أسهم ونصيبا مجهولا والنصيب المجهول للموصى له بالنصيب وسهم للموصى له بالثلاث يبقى سهمان لا ينقسمان

على ثلاثة تضرب ثلاثة في ثلاثة تصير تسعة ونصيبا مجهولا فالنصيب المجهول للموصى له بالنصيب بقي تسعة ثلاثة للموصى له بالثلاث ولكل ابن سهمان فظهر أن النصيب المجهول سهمان والمسألة من أحد عشر سهمان للموصى له بالنصيب وثلاثة للموصى له بالثلاث ولكل ابن سهمان أو نقول ندفع إلى الموصى له الأول نصيبا يبقى مال إلا نصيبا ندفع ثلثه إلى الثاني وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب تعدل ثلاثة أنصباء الورثة فإذا جبرت وقابلت يبقى ثلثا مال يعدل ثلاثة أنصباء وثلثي نصيب فإذا أكملت المال يبقى مال يعدل خمسة أنصباء ونصفا فإذا بسطت من جنس الكسر بقي المال أحد عشر والنصيب اثنان هذا مع إجازة الورثة ولو لم تجز الورثة الفريضة من تسعة لكل ابن سهمان وللموصى له بالنصيب سهمان ولآخر سهم لأننا ندفع إلى

الثاني وسلم الباقي والحق ما اختاره المصنف وهو الاحتمال الأول في أن الموصى له بمثل النصيب له مثل ما للمجيز (لأنه) أقل نصيبا ولغير المجيز الثلث وللثاني ما نقص من المجيز ومن الموصى له بالنصيب فقد اشترك الاحتمال الأول وما اختاره المصنف في الأول والثالث والرابع وتمايزا في الثاني (وبقوله) والحق الأول أشار إلى جهة اشتراكهما و (بقوله) لكن إلى آخره أشار إلى جهة مباينتهما وباقي وجوه الاحتمالات ذكرها المصنف وأبطل الاحتمال الثاني بأن غير المجيز يأخذ أكثر من الثلث و هو باطل (لأنه) مع عدم الإجازة يأخذ الثلث والإجازة تنقص الوارث فلا تزيده وجودها عن عدمها إجماعا.

قال دام ظله: ولو أوصى له بمثل نصيب أحد أولاده وهم ثلاثة (إلى قوله) ولكل من الباقي اثنان وعشرون.

أقول: بنى المصنف هذه المسألة على المسألة السابقة واحتمالاتها وهي أنه إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ولديه ولآخر بنصف الباقي وأجاز أحدهما (والاحتمال) الأول ضابطه

الأول نصيبا وإلى الثاني تمام الثلث يبقى ثلثا مال يعدل ثلاثة أنصباء فالثلث نصيب ونصف فالمال بعد البسط تسعة والنصيب سهمان ولو أجاز أحدهم ضربت (على الاحتمال

أن تنظر ما للموصى له بالنصيب حالة الرد وما تنقصه إجازة الكل فينقص منه بنسبة إجازة المجيز وإنما ضرب تسعة في أحد عشر لأن التسعة مسألة الرد والأحد عشر مسألة الإجازة والقاعدة الكلية في إجازة البعض ذلك وإنما ضرب ثلاثة في المجتمع لأن إجازة الواحدة تنقص صاحب النصيب ثلث ما تنقصه إجازة الكل وله هنا حال رد الكل من تسعة وتسعين اثنان وعشرون (لأن) له سهمين من تسعة مضروبة في أحد عشر وله بإجازة الكل سهمان من أحد عشر مضروبة في تسعة يكون ثمانية عشر فالتفاوت بينهما أربعة نقصت بإجازة الكل فينقص بإجازة واحد ثلثها فينكسر فتضرب ثلاثة في تسعة وتسعين يبلغ مائتين وسبعة وتسعين للموصى له بالنصيب اثنان وستون (لأن) له بإجازة الكل أربعة وخمسين مضروب ثلاثة في ثمانية عشر وله برد الكل ستة وستون مضروب ثلاثة في اثنين وعشرين فإجازة الكل نقصته اثني عشر فإجازة الواحد تنقصه ثلثها أربعة وللثاني تسعة وأربعون (لأن) لكل واحد من الرادين ستة وستين هي ثلث الثلثين وللمجيز أربعة وخمسون نقص منه اثنا عشر تزيدا على الثلث وهو تسعة وتسعون يبلغ مائة واحد عشر منها للمجيز اثنان وستون كما ذكرنا بقي تسعة وأربعون للثاني (ولأن) للثاني حال رد الكل سهمان من تسعة وتسعين وهو أحد عشر مضروبة في ثلاثة يبلغ ثلاثة

وثلاثين وله حال إجازة الكل ثلاثة من أحد عشر من تسعة وتسعين وهي سبعة وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ أحدا وثمانين فقد زادته إجازة الكل ثمانية وأربعين فإجازة الواحدة تزيده ثلثها وهو ستة عشر تضمها إلى ثلاثة وثلاثين الحاصلة برد الكل يبلغ تسعة وأربعين هو المطلوب فظهر من ذلك أنا أعطينا المجيز نصيبه من مسألة الإجازة مضروبا في مسألة الرد وأعطينا الراد نصيبه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الإجازة. وهذا الاحتمال مبني على تأثير الإجازة في نقصان النصيب الموصى به بنسبة نصيب المجيز (وعلى الاحتمال الثاني) وهو أن يكون لصاحب النصيب مثل نصيب المجيز بعد الوصايا كلها فيدخلها الدور فيفرض التركة نصيبا مجهولا وتسعة أسهم لأن

الأول) تسعة في إحدى عشر ثم ثلاثة في المجتمع تصير مائتين وسبعة وتسعين للأول اثنان وستون وللثاني تسعة وأربعون وللمجيز أربعة وخمسون ولكل ابن من الآخرين ستة وستون (وعلى الثاني) من أحد عشر لأننا نجعل المال تسعة ونصيبا ويأخذ الثاني

الباقى بعد النصيب للأولاد أثلاثا وثلاث نصيب المجيز للموصى له الثاني ومخرج ثلث الثلث تسعة للموصى له بالنصيب النصيب المجهول ولكل ابن ثلاثة واحد من نصيب المجيز للثاني بقي للمجيز سهمان فعرفنا أن النصيب المجهول سهمان فالمال كله أحد عشر وهذا الاحتمال ضعيف لزيادة الوصيتين على الثلث فبرد الكل يرد إلى الثلث و إجازة أحد الورثة يزيدهما على الثلث لا ينقصهما عنه وهنا قد حصل لهما ثلاثة من أحد عشر وهي أقل من الثلث بثلثي سهم وللورثة ثمانية وهي أكثر من الثلثين بثلثي سهم فقد زادتهم إجازة بعضهم عن الثلثين وهذا باطل وإلى هذا الوجه أشار بقوله ويضعف بما تقدم.

(وهذا الاحتمال) مبني على تأثير الإجازة وأن يقوم إجازة كل واحد بانفرداه مقام إجازة الكل (وعلى الاحتمال الثالث) وهو أن يكون للموصى له مثل نصيب غير المجيز يحتمل وجهين (أ) أن يكون له مثل النصيب مع عدم الوصية وهو ثلث مزاد على الكل فيكون ربعا لأنه جعله مساويا لواحد من أولاده في النصيب والمساواة تقتضي أن لا ينقص عن ربع التركة إذا كانوا ثلاثة إلا ما ينقص الولد وإنما ينقص الولد حق لازم على الميت كدين مثلا أو يلزم الوارث بمعنى أنه لا يجوز له إبطاله بسبب صدر من الميت كوصية يخرج كلها أو بعضها من الثلث أو منجز متبرع به عندنا كذلك وأما عند من يجيز منجز التبرعات من الأصل فإنه يخرج موضوعه عن التركة والبحث هنا إنما هو في التركة أو ما يصدر عن الوارث باختياره بعد الوفاة إذ لا اعتبار برده ولا إجازته ولا تصرفه قبلها وما نقص بالثالث لا يؤثر في نقصان النصيب لأنه تجدد بعد الوفاة من فعل الوارث واختاره فلا يكون مراد للموصى كما ذكر فانحصر سبب النقصان اللازم للوارث في الأولين (والأول) منتف فبقي الثاني ولا وصية إلا له وللثاني، ووصيته لا تنقصه عن النصيب إلا ما ينقصه العول.

من نصيب المجيز سهمًا يبقى اثنان فالنصيب اثنان ويضعف بما تقدم (وعلى الثالث) للأول تسعة من ستة وثلاثين وللثاني تمام الثلث ثلاثة ومن المجيز سهمان وله ستة و

(والثانية) لا تنقص النصيب الموصى به (لأن) وصية النصيب متقدمة عليها و معنى التقدم أن المتقدمة تنفذ بالتمام والنقص الحاصل مختص بالتأخرة فلا يعارضها المتأخرة فالنصيب الربع فيخرج الثلث للوصايا للأول منه ربع التركة والباقي للموصى له الثاني فأصل الفريضة اثنا عشر (لأن) لها ربعًا وثلاثًا وللموصى له بالنصيب الربع وهو ثلاثة وللثاني تمام الثلث وهو واحد بقي ثمانية تقسم بين الأولاد الثلاثة ينكسر فيضرب ثلاثة في أصل الفريضة وهي اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين الثلث اثني عشر للأول

منه تسعة وللثاني ثلاثة تمام الثلث يبقى أربعة وعشرون لكل ابن ثلثها ثمانية وللثاني أيضًا من نصيب المجيز سهمان (لأنه) أوصى له بثلث الباقي بعد الوصية الأولى فإذا أخرجنا تسعة وصية الأول من ستة وثلاثين يبقى سبعة وعشرون للثاني ثلثها وهو تسعة أخذ منها من الثلث ثلاثة يبقى له ستة في يد كل ابن اثنان فينفذ إجازة المجيز فيها لأنها في يده (ولأنه) لو أجاز الكل لكان له تسعة ولكل ابن ستة فلما أجاز واحد نفذت إجازته في سهمين للثاني خمسة وللمجيز ستة ولكل من الرادين الآخرين ثمانية.

(وهذا عندي ضعيف) لأن النقص الحاصل من الإجازة إنما هو من فعل الموصي (لأنه) قصد إنفاذ الوصيتين معا على التمام والشرع حجر عليه بمعنى توقف لزوم فعله على إجازتهم لحقهم فإجازتهم تنفيذ لتصرفه فهو مراد الموصي (وهذا الاحتمال) مبني على تأثير الإجازة وعدم تأثير ما ينقصه الثلث بالوصية الثانية (ب) أن يكون له مثل نصيب غير المجيز بعد الثلث (لأن) نقص المجيز باخراج الثلث في الوصايا بغير اختياره بل هو لازم له وهو من فعل الموصي وإلزام الشارع فلا تأثير للمجيز وإنما تأثيره في ما زاد على الثلث.

(فنقول) تضرب مسألة الإجازة في مسألة الرد يبلغ تسعة وتسعين فلأول سهمان من تسعة هي مسألة الرد مضروبين في أحد عشر مسألة الإجازة فله اثنان وعشرون و

لكل من الآخرين ثمانية (ويحتمل) عليه أن يكون للأول اثنان وعشرون من تسعة وتسعين
ولغير المجيز كذلك وللمجيز ثمانية عشر وللثاني خمسة عشر وعلى المختار للأول
من الثلث ثمانية عشر وباقيه وأربعة من المجيز للثاني وللمجيز ثمانية عشر ولكل من
الباقيين اثنان وعشرون.

ولو قال إن لم يجز الورثة فلا تقديم لأحدهما فالوجه عندي الجواز ويحصل
العول فنقسم الثلث على نسبة الإجازة فنجعل المال ثلاثة أسهم للثلث للموصى لهما
لا ينقسم على خمسة وسهمان للورثة لا ينقسم على ثلاثة نضرب ثلاثة في خمسة ثم ثلاثة
في المجتمع تصير خمسة وأربعين ستة للموصى له بالنصيب وتسعة للآخر و (الباقي للأولاد
- خ)
ولكل ابن عشرة.

كذا لكل واحد من الرادين يبقى خمسة عشر للثاني فقد أخذ الموصى له الأول مثل
نصيب غير المجيز من الثلثين هنا وأخذ الثاني تمام الثلث أحد عشر ومن نصيب المجيز
أربعة وذلك خمسة عشر وهذا الاحتمال مبني على عدم تأثير الإجازة وثبوت تأثير
نقصان الثلث (وعلى الاحتمال الرابع) وهو المختار عند المصنف يخرج الثلث للوصايا
لأول منه مثل نصيب المجيز (لأنه) أقل أنصباء الورثة وهو مضروب سهمين من أحد عشر
في تسعة تبلغ ثمانية عشر يبقى من الثلث خمسة عشر للثاني الثلث (لأن) الثلث
للوصيتين وقد أخذ الأول حقه منه فالباقي للثاني وللثاني أيضا ما نقص من نصيب
المجيز بإجازته وهو أربعة فتكمل له تسعة عشر (وهذا الاحتمال) مبني على تأثير
إجازة الواحد كتأثير إجازة الكل واختصاص الثاني بما نقص من نصيب الأول
بإجازة الكل.

قال دام ظله: ولو قال إن لم يجز الورثة فلا تقديم (إلى قوله) لكل
ابن عشرة.

أقول: وجه الجواز أصالة الصحة ولأنها وصية صدرت من بالغ عاقل بأمر
ممکن لا يخالف الكتاب والسنة فيجب العمل بما لم يتجاوز الثلث لقوله تعالى
فمن بدله الآية (١) (وقيل) لا يجوز لأن قوله ثلث ما يبقى بعد النصيب نص على

(١) البقرة - ١٨١.

العاشرة لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمسة ولآخر بثلث ما يبقى من الربع صح ولو كان البنون ثلاثة لم تصح وإنما تصح في أربعة فصاعدا (وطريقه) أن نجعل ربع المال ثلاثة أسهم ونصيبا مجهولا نعطي النصيب لصاحبه وواحد لصاحب الثلث من الربع يبقى سهمان نضمهما إلى ثلاثة أرباع المال وهو تسعة وثلاثة أنصباء فيصير أحد عشر سهما وثلاثة أنصباء فنُدفع الأنصباء الثلاثة إلى ثلاثة بنين يبقى أحد عشر لابنين الباقين لكل واحد خمسة ونصف فعرفنا أن النصيب المجهول في الابتداء خمسة و نصف (فنقول) من رأس كنا قد جعلنا ربع المال ثلاثة أسهم ونصيبا مجهولا وقد ظهر أن النصيب المجهول خمسة ونصف فالربع ثمانية ونصف فنبسطها أنصافا فهي سبعة عشر للموصى له بالنصيب أحد عشر وهو مبسوط خمسة ونصف وللموصى له بثلث ما يبقى من الربع سهمان يبقى معنا أربعة نضمها إلى ثلاثة أرباع المال وهو أحد وخمسون تصير خمسة وخمسين نقسم على خمسة بنين لكل ابن أحد عشر مثل حصة صاحب النصيب ولو كان البنون ستة وأوصى لواحد بمثل أحدهم ولآخر بربع ما يبقى من المال بعد النصيب فتأخذ مالا وتعطي صاحب النصيب منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا فتعطي ربعه للثاني وهو ربع مال الأربعة نصيب يبقى من المال ثلاثة أرباع إلا ثلاثة أرباع نصيب - تعدل أنصباء البنين الستة - (فأجبر) ذلك بثلاثة أرباع نصيب - وزد مثله على أنصباء البنين يكون ثلاثة أرباع مال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب - فأكمل المال بأن تزيد عليه ثلثه وتزيد على الأنصباء ثلثها يكون مالا كاملا يعدل تسعة أنصباء والنصيب واحد - فأعط صاحب النصيب نصيبه من المال يبقى ثمانية ربعه سهمان للثاني يبقى ستة لكل ابن سهم (أو تضرب) ستة الأنصباء وثلاثة أرباع النصيب في مخرج المال وهو أربعة يكون سبعة وعشرين وتجعل النصيب عدد ما كان بقي من أجزاء المال وهو ثلاثة وهذه الطريقة تطرد في جميع المسائل.

الحادية عشرة لو ترك ثمانية بنين وأوصى لرجل بمثل أحد نصيب أحدهم ولآخر بخمس ما يبقى من المال بعد النصيب - فخذ مالا وأنقص منه نصيبا يبقى مال إلا نصيبا أنقص منه خمسه للثاني وهو خمس مال إلا خمس نصيب يبقى أربعة أخماس

مال إلا أربعة أخماس النصيب يعدل أنصباء البنين وهي ثمانية أجبر ذلك بأربعة أخماس نصيب - وزده على الأنصباء تصير أربعة أخماس مال تعدل ثمانية أنصباء وأربعة أخماس نصيب - فكمل المال بأن (تزيد) عليه ربه فزد على ما معك ربه فيصير ما لا يعدل أحد عشر نصيباً ومنها تصح والنصيب واحد تدفعه إلى الأول تبقى عشرة تدفع خمسها إلى الثاني تبقى ثمانية بين البنين (أو تضرب) الثمانية والأربعة الأخماس الذي هو النصيب في مخرج المال وهو خمسة تصير أربعة وأربعين ومنها تصح والنصيب أجزاء المال الذي هو أربعة: ولو كان البنون أربعة فالفريضة من ستة بالطريق الأول.

الثانية عشرة لو أوصى بمثل (نصيب - خ) أحد بنيه الأربعة ولآخر بنصف باقي الثلث بعد النصيب فخذ ثلث مال وأنقص منه نصيباً يبقى ثلث مال إلا نصيباً تنقص نصفه للثاني يبقى من الثلث سدس مال إلا نصف نصيب - تزيده على ثلثي المال فيصير خمسة أسداس مال إلا نصف نصيب يعدل أنصباء البنين فأجبر (ذلك - خ) يكن خمسة أسداس مال يعدل أربعة أنصباء ونصفاً - فكمل المال بأن تزيد على ما معك خمسة تصير ما لا يعدل

خمسة أنصباء وخمسي نصيب فأبسطها أحماساً تكون سبعة وعشرين والنصيب خمسة. الثالثة عشرة لو ترك ابنين وأبوين وبنيتين وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن ولآخر بتكملة السدس بنصيب بنت ولآخر بتكملة الخمس بنصيب الأم ولآخر بثلث ما بقي من الثلث بعد الوصايا، فالمسألة من ثمانية عشر للأبوين ستة وللبنين ثمانية وللبنتين أربعة (ثم) تجعل التركة شيئاً ثم تأخذ السدس وهو سدس شيء فيلقى منه نصيب إحدى البنيتين وذلك سهمان فيبقى سدس شيء إلا نصيبين فهذا هو التكملة الأولى (ثم) تأخذ خمس شيء فالحق منه نصيب الأم وهو ثلاثة أسهم يبقى خمس شيء إلا ثلاثة أنصباء فهذا هو التكملة الثانية (ثم) خذ مثل نصيب أحد البنين وذلك أربعة أنصباء للموصى له بالمثل (ثم) أجمع ذلك كله فيكون خمس شيء وسدس شيء إلا نصيباً فالحق ذلك من الثلث فيبقى نصيب إلا ثلث عشر شيء فخذ ثلثه وهو ثلث نصيب إلا تسع عشر شيء فيبقى ثلثاً نصيب إلا تسعي عشر شيء فزد ذلك على ثلثي المال وهو ثلثاً شيء فيصير ثمانية وخمسين

جزء من تسعين جزء من شئ وثلثي نصيب - فهذا يعدل أنصباء الورثة وهي ثمانية عشر فالح ثلثي نصيب بمثلها (بمثلها - خ ل) تبقى سبعة عشر وثلث نصيب يعدل ثمانية وخمسين جزءا من تسعين جزء فاضرب جميع ما معك في المخرج وهو تسعون فتصير الأنصباء

ألف نصيب وخمسمائة وستين والأشياء ثمانية وخمسين فالح حول واجعل الشئ ألفا وخمسمائة وستين والنصيب ثمانية وخمسين.

(وامتحان) ذلك أنك إذا أخذت لصاحب المثل نصيبه وهو مائتان واثنان وثلاثون فهو له ثم تأخذ سدس المال وهو مائتان وستون فالح من ذلك نصيب بنت وهو مائة وستة عشر فيبقى مائة وأربعة وأربعون فهذا هو التكملة الأولى (ثم) تأخذ خمس المال وذلك ثلاثمائة واثنى عشر فالح منه نصيب الأم وهو مائة وأربعة وسبعون فتبقى مائة وثمانية وثلاثون فهو التكملة الثانية (ثم) أجمع ذلك كله أعني الوصايا الثلث فيكون مجموعها خمسمائة وأربعة عشر فالح ذلك من الثلث وهو خمسمائة وعشرون فاعط من ذلك ثلثه للموصى له الثالث وذلك اثنان فيبقى أربعة فزدها على ثلثي المال وذلك ألف وأربعون فيصير ألفا وأربعة وأربعين فاقسم ذلك بين الورثة على ثمانية عشر فيخرج من القسمة ثمانية وخمسون كما خرج النصيب أو لا فيكون للأم مائة وأربعة وسبعون وللأب مائة وأربعة وسبعون وللبنتين مائتان واثنان وثلاثون وللإبنين أربعمائة وأربعة وستون.

الرابعة عشرة لو أوصى بأجزاء مختلفة من شئ غير مستوعبة تخرج من الثلث لجماعة وبسط الباقي على تلك النسبة فابسط الشئ على أقل عدد تحصل فيه تلك الأجزاء، مثلا لو أوصى لزيد بثلث عبد ولآخر بربعه وثلث بسدسه والفاضل بينهم على النسبة - بسطت العبد اتساعا فإن الأجزاء تخرج من اثني عشر للأول أربعة وللثاني ثلاثة وللثالث اثنان الجميع تسعة وكذا الفاضل فتبسط العبد اتساع للأول منها أربعة وللثاني ثلاثة وللثالث اثنان، ولو أوصى بالفاضل لغيرهم على النسبة أيضا ضربت ثلاثة وفق التسعة مع اثني عشر فيها تصير ستة وثلاثين للأوائل سبعة وعشرون وللأواخر تسعة.

الخامسة عشرة لو أوصى له بمثل أحد بينه الستة ولآخر بثلث ما يبقى من الربع

بعد النصيب ولثالث بنصف ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين فخذ ربع مال وأنقص منه نصيباً
لأول يبقى ربع مال إلا نصيباً - أنقص منه ثلثه للثاني وذلك نصف سدس مال إلا ثلث
نصيب

يبقى من الربع سدس مال إلا ثلثي نصيب زد عليه نصف سدس المال لأن الربع إذا
زدت عليه نصف سدس تصير ثلثا فيصير هذا والباقي من الربع الباقي من الثلث فيكون
ربع مال إلا ثلثي نصيب هذا هو الباقي من ثلث المال بعد اخراج الوصيتين فأنقص
نصفه للثالث يبقى ثمن مال إلا ثلث نصيب زده على ثلثي المال يكون ثلثي مال وثمان مال
إلا ثلث نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي ستة فإذا جبرت صار ثلثي مال وثمان مال يعدل
ستة أنصباء وثلث نصيب - فأكمل المال وهو أن تزيد على ما معك خمسة أجزاء من تسعة
عشر جزء فيصير ما لا يعدل ثمانية أنصباء فخذ ربعها سهمين واعط الأول نصيباً يبقى
من الربع سهم اعط ثلثه للثاني فالوصيتان سهم وثلث سهم يبقى من الثلث سهم وثلث
ادفع نصفه وهو ثلثا سهم إلى الثالث فالوصايا الثلث سهمان يبقى ستة لكل ابن سهم فإن
أردت أن يزول الكسر ضربت المال الذي هو ثمانية في ثلاثة يكون أربعة وعشرين
والنصيب ثلاثة والوصية الأولى ثلاثة والثانية واحد والثالثة اثنان.
البحث الثاني في ما اشتمل على الاستثناء
قاعدة

إذا أوصى بمثل نصيب وارث إلا جزء معيناً فابسط المسألة أولاً على سهام صحاح
يخرج منه صاحب الفرض والورثة بسهام صحاح ثم تضيف إليها للموصى له مثل سهام
من أوصى له بمثله فتضربها في مخرج المستثنى ثم تعطي كل من استثنى له من نصيبه
ما استثنى وتعطي كل واحد من باقي الورثة بحساب ذلك من المستثنى وما بقي قسمته
على
جميع سهام الورثة وسهام الموصى له لكل واحد منهم بقدر سهامه وانظر إن كان من
استثنى يستغرق الجملة أو أكثر حتى لا تصح القسمة على الباقي فلا تتعرض للقسمة
فإنها لا تصح ولك طرق في بيان استخراج ما يرد في هذا الباب ويشتمل هذا البحث
على مقامات.

المقام الأول إذا كان الاستثناء من أصل المال وفيه مسائل:
الأولى لو ترك أبا وابنين وبنتا وأوصى لأجنبي بمثل الابن إلا ربع المال
فالفريضة من ستة لكل من الأب وال بنت سهم ولكل ابن سهمان فتضيف سهمين للأجنبي
فتضرب الثمانية في أربعة يصير اثنين وثلاثين تعطى كل ابن ثمانية لأنها الربع
المستثنى وتعطى البنت بحساب ذلك من هذا الاستثناء أربعة وللأب أربعة فالجملة أربعة
وعشرون للورثة غير الموصى له والباقي وهو ثمانية تقسم على سهام الورثة والموصى
له لكل ابن سهمان ولكل من الأب والبنت واحد وللموصى له اثنان فلكل من الابنين
في أصل المستثنى ثمانية وفي الباقي سهمان فهي عشرة وللبنت في الأصل أربعة و
في الباقي سهم وللأب كذلك فللموصى له إذن مثل ما للابن عشرة أسهم إلا ربع المال
والربع ثمانية يبقى له سهمان (أو نقول) ندفع نصيبا من مال ثم نسترد منه ربع المال
يبقى مال وربع مال إلا نصيبا يعدل أنصبا الورثة فهي ثلاثة تصير بعد الجبر مال وربع
مال يعدل أربعة أنصبا فالمال يعدل ثلاثة أنصبا وخمسا فإذا بسطت صارت ستة عشر
والنصيب خمسة نسترد منه أربعة هي ربع المال يبقى للموصى له سهم ولكل ابن
خمسة ولكل من البنت والأب اثنان ونصف فإذا أردت الصحاح بلغت اثنين وثلاثين
والنصيب عشرة.

الثانية لو أوصى له بمثل نصيب ابن وله ثلاثة إلا ربع المال فالوصية صحيحة
(فلا تتوهم) أن الاستثناء مستغرق من حيث إنه لولاه لكان له الربع وقد استثناءه
(لأننا) نقول حقيقة هذه الوصية أنه فضل كل ابن علي الموصى له بربع المال فتجعل
المال أربعة أسهم وتسلم لكل منهم ربع المال من غير مزاحم وهو الذي ينبغي أن تفضل
به كل واحد على الموصى له فيبقى واحد تقسم على الأولاد والموصى له بالسوية فتضرب
أربعة في الأصل فهي ستة عشر لكل ابن أربعة تبقى أربعة تقسم أربعا فلكل ابن سهم و
للموصى له سهم فكملة لكل ابن خمسة فيفضل على الموصى له بأربعة هي الربع إذا ضمت
إلى سهم الموصى له صار مثل نصيب ابن فالسهم مثل النصيب إلا ربع المال وبالجبر
كالأول، ولو كان له ابن فأوصى له بمثل نصيبه إلا نصف المال فقد فضله على الموصى له

بالنصف - فاجعل المال نصفين وخص الابن بأحدهما وتقسم الآخر عليهما
فللموصى له ربع المال وهو سهم من أربعة فهو مثل نصيب الابن إلا نصف المال، و
لو كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصف المال فالوصية باطلة لاستغراق
الاستثناء إذا قد فضل كل واحد بنصف المال فإذا سلمنا إلى كل واحد ما فضل به
نفذ المال وكذا لو أوصى بمثل أحدهم وهم أربعة إلا ربع المال، ولو قال إلا سدس
المال ضربت خمسة وهي العدد في مخرج الاستثناء تبلغ ثلاثين لكل ابن خمسة
هي ضرب العدد في نصيبه وهو واحد من أربعة قبل الوصية تبقى عشرة تقسم بينهم
أخماسا فيكمل لكل ابن سبعة وللموصى له اثنان فله أيضا سبعة إلا سدس المال (أو
نقول) نخرج من المال نصيبا ونسترد منه سدسه فيبقى مال وسدس مال إلا نصيبا
يعدل أنصباء الورثة فبعد الجبر يبقى مال وسدس مال يعدل خمسة أنصباء فالمال
يعدل أربعة أنصباء وسبعي نصيب فللموصى له اثنان ولكل ابن سبعة:
الثالثة لو ترك أبويه وابنا وثلاث بنات وأوصى له بمثل نصيب الأب إلا
ثمن المال فالفريضة من ثلاثين وتضيف إليها خمسة وتضرب المجموع في ثمانية
تصير مأتين وثمانين فلكل من الأبوين ما استثنى وهو الثمن خمسة وثلاثون وهو
سبعة أمثال نصيبه من الأصل إذ له في أصل المسألة خمسة وتعطى الابن سبعة أمثال
نصيبه أيضا ستة وخمسين سهما ولكل بنت ثمانية وعشرون يبقى سبعون تقسم على
سهام الورثة والموصى له وهي خمسة وثلاثون لكل سهم اثنان فلكل من الأبوين
عشرة وللابن ستة عشر ولكل بنت ثمانية وللموصى له عشرة فله ما لأحد الأبوين إلا
ثمن المال لأن كلا من الأبوين له في أصل المستثنى وفي الباقي خمسة وأربعون و
للموصى له خمسة وأربعون إلا ثمن المال وهو خمسة وثلاثون فيبقى له عشرة وللابن
في أصل المستثنى وفي الباقي اثنان وسبعون ولكل بنت في الأصل والباقي ستة
وثلاثون (أو نقول) نأخذ مالا ونخرج منه نصيبا ونسترد من النصيب ثمن المال
يبقى مال وثمان مال إلا نصيبا يعدل أنصباء الورثة وهي ستة يصير المال بعد الجبر
والمقابلة وحذف الثمن الزائد يعدل ستة أنصباء وتسعى نصيب فالوصية تسعا نصيب

الرابعة لو أوصت بمثل نصيب زوجها مع أب وابن وثلاث بنات إلا سدس المال فالفريضة من اثني عشر وتضيف إليها ثلاثة وتضرب الجميع في ستة يصير تسعين فللزوجة ما استثنى وهو السدس بثلاثة أسهم خمسة عشر وهو خمسة أمثال نصيبه وللأب عشرة وكذا لكل ابن ولكل بنت خمسة تبقى ثلاثون تقسمه على الورثة وللموصى له بقدر سهامهم وهي خمسة عشر لكل سهم اثنان فللزوجة من الباقي ستة وللأب أربعة وكذا لكل ابن ولكل بنت سهمان وللموصى له ستة تكمل للزوج في القسمين أحد وعشرون وللموصى له مثله إلا سدس المال وسدسه خمسة عشر يتخلف ستة. الخامسة لو خلف أبوين وزوجة فأوصى بمثل الأب إلا خمس المال فالفريضة اثني عشر فزد عليها خمسة للموصى له (ثم) تضرب المجموع في خمسة فكل من كان له قسط

من سبعة عشر أعطي مضروبا في خمسة (ثم) تأخذ سبعة من الموصى له وهي خمس المال وتبسطها على الجميع بالنسبة فله ثلاثة عشر وللأب ثلاثون فله مثل نصيبه إلا خمس المال.

السادسة لو أوصى له بمثل نصيب ابن إلا نصف سدس المال وخلف ابنين وزوجة وأبوين وبنتا وخنثى فالفريضة من أربعة وعشرين فللزوجة ثلاثة ولكل من الأبوين والابنين أربعة وللبنات سهمان وللخنثى ثلاثة تضيف إليها أربعة وتضربها في اثني عشر مخرج نصف السدس تصير ثلاثمائة وستة وثلاثين فتعطي الورثة ما استثنى لكل واحد بحصته فلكل ابن بحقه في المستثنى لأربعة ثمانية وعشرون وذلك سبعة أمثال حقه وهو نصف سدس المال وكذا لكل من الأبوين ولكل من الزوجة والخنثى أحد وعشرون وللبنات أربعة عشر تقسم الباقي وهو مائة وثمانية وستون على الجميع والموصى له وسهامهم ثمانية وعشرون لكل سهم ستة فلكل ابن أربعة وعشرون وكذا لكل من الأبوين ولكل من الزوجة والخنثى ثمانية عشر وللبنات اثني عشر وللموصى له أربعة وعشرون فلكل ابن اثنان وخمسون ثمن الأصل المستثنى ومن الباقي وللموصى له كذلك إلا نصف سدس المال وهو ثمانية وعشرون يبقى له أربعة وعشرون. السابعة لو أوصى له بمثل نصيب أحد ابنه مع زوجة إلا ربع المال فالفريضة

سنة عشر وتضيف إليها سبعة وتضرب المجتمع في مخرج الربع فيصير اثنين وتسعين و منها تصح - للموصى له اثني عشر ولكل ابن خمسة وثلاثون وللزوجة عشرة لأنا نأخذ مالا ونخرج منه نصيبا ونستثني منه الربع يبقى مال وربع مال إلا نصيبا يعدل أنصباء الورثة وهي نصيبان وسبعا نصيب فإذا جبرت وقابلت يصير مالا وربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وسبعي نصيب فالمال يعدل نصيبين وخمسي نصيب وأربعة أخماس سبعي نصيب فالنصيب خمسة وثلاثون لأنه مضروب سبعة في خمسة فالمال اثنان وتسعون فإذا استثنيت ربه

وهو ثلاثة وعشرون من النصيب بقي اثني عشر لكن معين الدين المصري قال فإذا أعطيت كل ابن بسهامه السبعة، الربع المستثنى من هذه المسألة وهو ثلاثة وعشرون انكسرت السبعة في ثلاثة وعشرين لأنه لا يمكن اخراج حق الزوجة من هذه المسألة على هذا الحساب صحيحا فاضرب جميع المسألة في سبعة فتصير ستمائة وأربعة وأربعين لكل ابن بسهامه السبعة الربع مائة واحد وستون وتعطى الزوجة بحساب سهميها ستة وأربعين يبقى مائتان وستة وسبعون تقسم على سهام الورثة والموصى له وهو ثلاثة و عشرون لكل سهم اثني عشر فيكون للزوجة أربعة وعشرون ولكل واحد من الابنين أربعة وثمانون وللموصى له أربعة وثمانون فله مثل ما لأحد الابنين إلا ربع المال. الثامنة لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة إلا مثل ما ينقص نصيب أحدهم بالوصية - جعلنا المال ثلاثة أنصباء ووصية - فندفع إلى الموصى له نصيبا ونسترجع منه ثلث وصية (لأن) نقصان كل نصيب ثلث وصية فيبقى من المال نصيبان ووصية و ثلث يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أنصباء فنقابل نصيبين بمثلهما فيبقى نصيب يعدل وصية وثلثا فالنصيب أربعة والوصية ثلاثة فللموصى له ثلاثة من خمسة عشر ولكل ابن أربعة.

المقام الثاني أن يكون الاستثناء من الباقي وفيه مسائل:
(الأولى) لو أوصى له بمثل نصيب أحد ولديه إلا ثلث ما يبقى بعد اخراج النصيب (فطريقه) أن نجعل المال كله ثلاثة أسهم ونصيبا مجهولا وإنما جعلناه ثلاثة أسهم ليكون له ثلث بعد النصيب (ثم) نسترد من النصيب سهما كاملا فإنه ثلث المال ونضمه

إلى السهام الثلاثة فيصير معنا أربعة أسهم نقسمها بين الولدين فظهر أن النصيب المجهول سهمان لأنه بقدر النصيب (ثم) نعود فنقول إن المال كان خمسة أسهم والنصيب منه سهمان فنصرف إلى الموصى له سهمين يبقى ثلاثة نسترد منه مثل ثلث الباقي بعد النصيب وهو سهم فإن الباقي بعد النصيب ثلاثة ونضمه إلى الثلاثة فيصير معنا أربعة بين الابنين لكل واحد سهمان مثل النصيب المخرج ابتداءً.

الثانية لو قال أعطوه بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما يبقى بعد الوصية لا بعد النصيب والوصية هي التي يتقرر الاستحقاق عليها بعد الاستثناء (فطريقه) أن نجعل المال سهمين ونصيباً مجهولاً وإنما جعلناه سهمين ونصيباً بحيث إذا أخرجنا النصيب يبقى من المال ما إذا زيد عليه مثل نصفه يصير ثلاثة حتى نسترد من النصيب مثل نصف الباقي

بعد النصيب فيكون قد استرجعنا مثل ثلث الباقي بعد الوصية فإذا جعلنا المال سهمين ونصيباً مجهولاً استرجعنا من النصيب سهماً كاملاً فصار معنا ثلاثة ونصيب مجهول فنقسم الثلاثة على الابنين (الابنين - خ ل) فلكل واحد سهم ونصف فظهر لنا أن النصيب المقدر أو لا كان سهماً ونصفاً فنعود ونقول ظهر أن المال كله قد كان ثلاثة أسهم ونصفاً فنبسطها أنصافاً تصير سبعة والنصيب منها ثلاثة فنصرف إلى الموصى له ونسترد مثل نصف الباقي بعد النصيب فالباقي بعد النصيب أربعة ومثل نصفه سهمان فنستردهما ونضمهما إلى الأربعة ونقسمها على الابنين (الابنين - خ ل) لكل واحد ثلاثة فقد حصل للموصى له ثلاثة إلا مثل ثلث الباقي بعد تجرد الوصية وهو سهمان فيبقى له واحد، ولو أطلق وقال أعطوه مثل نصيب أحد ولدي إلا ثلث ما يبقى من المال ولم يقل بعد الوصية

أو بعد النصيب نزل على الوصية فإنها الأقل واللفظ متردد. الثالثة لو استثنى جزءاً مقدرًا من جزء مقدر كان يقول أعطوه مثل نصيب أحد أولادي الثلاثة إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد اخراج النصيب (فطريقه) أن نجعل ثلث المال ثلاثة ونصيباً مجهولاً (ثم) نسترد من النصيب المجهول سهماً كاملاً فيحصل معنا أربعة

أسهم نضمها إلى ثلثي المال وهو ستة أسهم ونصيبان يصير عشرة أسهم ونصيبين فنصرف النصيبين

إلى الابنين تبقى عشرة أسهم للابن الثالث فعرفنا أن النصيب كان عشرة - فنعود ونقول

كنا قد جعلنا ثلث المال ثلاثة أسهم ونصيبا وقد ظهر أن ثلث المال ثلاثة عشر سهما فالنصيب عشرة وثلثاه ستة وعشرون وجملة المال تسعة وثلثون فنأخذ عشرة من الثلاثة عشرة أسهما لصاحب النصيب ونسترد منه ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب وهو واحد لأن الباقي ثلاثة فيصير معنا أربعة نضمها إلى ثلثي المال فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب المخرج ابتداء، ولو قال ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فنجعل ثلث المال سهمين ونصيبا مجهولا ونسترد من النصيب سهما ونضمه إلى سهمين فيصير ثلاثة أسهم فنضمها إلى ثلثي المال وهو أربعة ونصيبان فيصير سبعة ونصيبين نعطي النصيبين الابنين فتبقى سبعة لابن واحد فظهر أن النصيب كان سبعة (فترجع) ونقول ثلث المال كان تسعة والنصيب سبعة نخرجه إلى الموصى له ونسترد من النصيب ما إذا ضم إلى الباقي كان ثلاثة وهو سهم واحد ونضمه إلى السهمين الباقيين يصير ثلاثة ونضمها إلى ثلثي المال وهو ثمانية عشر فيصير أحدا وعشرين لكل ابن سبعة وهو مثل النصيب المخرج ابتداء والباقي في يد الموصى له ستة وهو مثل نصيب الابن إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية وذلك ما أردنا أن نبين.

(أو نقول) نجعل المال ثلاثة أنصباء ووصية فنأخذ ثلث ذلك نصيبا وثلث وصية وندفع إلى الموصى له نصيبا فيبقى معنا ثلث وصية نسترجع من النصيب نصف الباقي سدس وصية فيحصل معنا نصف وصية وهو الباقي من الثلث بعد الوصية ونزيد ذلك على الثلثين فيحصل معنا نصيبان ووصية وسدس وصية تعدل ثلاثة أنصباء فالحق نصيبين بنصيبين فيبقى وصية وسدس تعدل نصيبا فالوصية ستة والنصيب سبعة والمال كله سبعة وعشرون، ولو قال مثل نصيب أحدهم إلا ما أنقصت الوصية أحدهم من الثلث فاجعل ثلث المال نصيبا وشيئا والشئ هو ما أنقص كل ابن من الثلث و المال ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء وأنقص من المال الوصية وهو نصيب إلا شيئا فيبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أنصباء فالحق نصيبين بنصيبين يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء - فالشئ يعدل ربع نصيب فاجعل النصيب أربعة أسهم والشئ سهما وقد كنا جعلنا المال ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء فهو إذن خمسة عشر سهما للموصى له

من ذلك نصيب.، إلا شيئاً وهو ثلاثة أسهم والشئ هو ما انتقص أحدهم من الثلث سهم واحد إذا استثنيت من نصيب أحدهم بقي ثلاثة أسهم وهو الوصية فأنقص الوصية من المال يبقى اثنا عشر للبنين وإن شئت أخذت ما لا ونقصت منه نصيباً واسترجعت من النصيب ثلث مال إلا نصيباً وهو ما أنقص أحدهم من الثلث وزدت ذلك على المال فيكون ما لا وثلث مال إلا نصيبين يعدل أنصاء البنين وهي ثلاثة - فإذا جبرت صار ما لا وثلث مال يعدل خمسة أنصاء فرد ما معك إلى مال واحد بأن تنقص من الجميع مثل ربه يبقى مال يعدل ثلاثة أنصاء وثلاثة أرباع نصيب فابسطه أرباعاً تكون خمسة عشر سهماً والنصيب أربعة أسهم - فإذا استثنيت من النصيب ثلث مال إلا نصيباً يبقى ثلاثة أسهم وهو الوصية فإن أوصى لآخر بربع ما يبقى من الثلث فخذ ثلث مال وأنقص منه نصيباً واسترجع من النصيب ما أنقص أحدهم من الثلث وهو ثلث مال إلا نصيباً وزد ذلك على باقي الثلث فيصير ثلثي مال إلا نصيبين - فإذا دفع ربع ذلك إلى الموصى له بربع باقي الثلث وذلك سدس مال إلا نصف نصيب يبقى من الثلث نصف مال إلا نصيباً ونصف نصيب - زده على ثلثي المال يكون ما لا وسدس مال إلا نصيباً ونصف نصيب تعدل أنصاء البنين وهي ثلاثة - فإذا جبرت صار ما لا وسدس مال تعدل أربعة أنصاء ونصفاً فأنقص سبع ما معك ليرجع إلى مال واحد يكون ما لا تعدل ثلاثة أنصاء وستة أسباع نصيب فابسطه أسباعاً يكون سبعة وعشرين و النصيب سبعة.

المقام الثالث أن يكتر الاستثناء
قاعدة

إذا كانت الوصية لاثنين فما زاد - تبسط المسألة على سهام الورثة وتضيف إليه لكل واحد من الموصى لهم مثل سهام من ذكر له مثله كما تقدم - وتضربها في مخرج

المستثنى الأول فما بلغ تضربه في مخرج المستثنى الثاني فما بلغ تضربه في مخرج المستثنى الثالث وهكذا بالغا ما بلغ ثم تأخذ جميع المستثنيات وتجمعه جملة

واحدة وتقسمه على من استثنى له من سهامه بنسبتهم - وتعطى من لم يستثن له من الورثة من باقي السهام بنسبة ما أعطيت المستثنى له بسهامه وما بقي بعد ذلك تقسمه على الجميع وعلى الموصى لهم أجمعين كما فعلت في المستثنى المفرد وتجمع سهام الموصى لهم جملة (ثم) تنظر في سهام واحد واحد ممن استثنى من حقه بشئ فتسقطه وما بقي من جملة سهامه فهو لمن أوصى له بمثل ماله فتعطيه من تلك الجملة التي عقدتها للموصى لهم واحدا واحدا إلى آخرهم - هذا إذا كانت الكسور لا يدخل بعضها تحت بعض فإن دخل بعضها تحت بعض من غير كسر مثل أن المستثنى من وصية أحد الموصى لهما ثمن ومن وصية الآخر سدس فإن مخرج الثمن يدخل فيه مخرج السدس ويدخل فيه أيضا الربع والثلث والنصف إذا كانت سهام الورثة والموصى لهم أزواجا وغاية ما ينكسر في مخرج النصف تضربها في اثنين أو في الربع تضربها في أربعة فلا يحتاج إلى أن تضرب في جميع المخارج لكن التقسيم وتميز السهام باق على حاله كما ذكرناه.

وفي هذا المقام مسائل
الأولى لو خلف ابنين وأوصى لواحد بمثل نصيب أحدهما إلا سدس المال والآخر بمثل ما للآخر إلا ثمن المال - فأصل الفريضة سهمان وتضيف إليهما للوصيتين الآخرين (ثم) تضربها في ستة ثم تضرب الجميع في ثمانية فتكون مائة واثنين وتسعين (ثم) تأخذ سدسه وثمانه جملة تعطي كل ابن نصفها وهو ثمانية وعشرون يبقى مائة وستة وثلاثون تقسم أرباعا لكل ابن أربعة وثلاثون وللوصيتين ثمانية وستون فالمستثنى منه سدس المال ثلاثون (لأن) لنظيره من الولدين في القسمين اثنين وستين فله مثله إلا سدس المال وسدسه اثنان وثلاثون يتخلف له ثلاثون وللمستثنى منه الثمن ثمانية وثلاثون (لأن) لنظيره اثنين وستين فله مثله إلا ثمن المال وثمانه أربعة وعشرون يتخلف له ثمانية وثلاثون، ويمكن قسمتها من ستة وتسعين بأن تضرب ستة في أربعة وتأخذ ثمن المرتفع وسدسه وهو سبعة لا تنقسم على الولدين تضرب اثنين في المرتفع تبلغ ثمانية وأربعين ثمنه وسدسه أربعة عشر يتخلف أربعة وثلاثون لا تنقسم أرباعا تضرب

اثنين في ثمانية وأربعين تصير ستة وتسعين لكل ابن من الثمن والسدس أربعة عشر وله من الباقي سبعة عشر سهما وللمستثنى منه السدس خمسة عشر لأنها مثل نظيره الذي اجتمع له من القسمين أحد وثلاثون إلا سدس المال وهو ستة عشر سهما ويبقى تسعة عشر سهما للآخر (لأنه) مثل نظيره إلا ثمن المال وهو اثنا عشر. (أو نقول) تأخذ مالا وتخرج منه نصيبين وتسترد منهما إليه سدسه وثمانه يصير مالا وسدسه وثمانه إلا نصيبين يعدل نصيبين فإذا جبرت صار الجميع وهو مال وثمانه وسدسه

يعدل أربعة أنصباء والمال أربعة وعشرون والمجموع أحد وثلاثون والنصيب سبعة وثلاثة أرباع فلأول ثلاثة وثلاثة أرباع وللثاني أربعة وثلاثة أرباع وتصح من غير كسر من ستة وتسعين.

الثانية لو أوصى له بمثل نصيب أحد أولاده الثلاثة إلا سدس المال والآخر بمثل آخر إلا ثمن المال تضيف سهمين إلى ثلاثة أصل الفريضة (ثم) تضرب المجتمع في ستة (ثم) المرتفع في ثمانية تصير مأتين وأربعين (ثم) تأخذ سدسه وثمانه للولدين لكل ابن خمسة وثلاثون وللآخر كذلك - وتقسم الباقي وهو مائة وخمسة وثلاثون أحماسا لكل ابن سبعة وعشرون فيكمل له بالقسمتين اثنان وستون وللمستثنى منه السدس اثنان وعشرون (لأن) له مثل نظيره إلا سدس المال وسدسه أربعون وللآخر اثنان وثلثون لأن الثمن وهو ثلاثون إذا أسقط من اثنين وستين بقي ما قلناه، وقد تصح من مائة وعشرين بأن تضرب وفق أحد مخرجي الاستثناء في الآخر (ثم) تضرب الخارج في أصل الفريضة تبلغ مائة وعشرين تقسمه أحماسا (ثم) يأخذ من المستثنى منه السدس عشرين تقسم أحماسا ويؤخذ من المستثنى منه الثمن خمسة عشر يقسم كذلك فيكمل لكل ابن أحد وثلاثون وللأول أحد عشر هي مثل النصيب إلا سدس المال وللآخر ستة عشر هي مثل النصيب إلا ثمن المال (أو نقول) نأخذ مالا ونخرج منه نصيبين ونسترد السدس والثمن فالمجموع أحد وثلاثون والنصيب ستة وخمس فلأول اثنان وخمس وللثاني ثلاثة وخمس ونسقط سبعة.

الثالثة لو أوصى له بمثل نصيب أحد أولاده الثلاثة إلا ربع المال وللثاني بمثل

آخر إلا سدس المال ولثالث بمثل آخر إلا ثمن المال فلنضف ثلاثة إلى ثلاثة أصل الفريضة (ثم) نضرب المجتمع في أربعة (ثم) المرتفع في ستة (ثم) القائم في ثمانية تصير ألفا ومائة وأثنين وخمسين (ثم) نأخذ المستثنيات وهي الربع والسدس والثمن نقسمها على البنين أثلاثا فلكل ابن مائتان وثمانية أسهم ونقسم الباقي وهو خمسمائة وثمانية وعشرون على ستة النصف للبنين لكل ابن ثمانية وثمانون فيكمل له من القسمين مائتان وستة وتسعون وللمستثنى منه الربع ثمانية أسهم وللمستثنى منه السدس مائة وأربعة أسهم وللمستثنى منه الثمن مائة واثنان وخمسون وقد يقوم على الطريقة الثانية التي ذكرناها في أول هذا المقام من مائة وأربعة وأربعين.

(أو نقول) نأخذ مالا ونخرج منه ثلاثة أنصباء ونسترد منها رבעه وسدسه وثمانه فالمجموع بعد الجبر يعدل ستة أنصباء والمال أربعة وعشرون والمجموع سبعة و ثلاثون والنصيب ستة وسدس للأول وللثاني سهمان وسدس وللثالث ثلاثة وسدس - فإذا أردت التصحيح ضربت ستة في أربعة وعشرين ويرجع كل منهم إلى ثمن ما كان له في المسألة الأولى، ولو كان معهم بنت وأوصى لواحد بمثل نصيب ابن إلا ربع ما يبقى من المال بعد اخراج جميع الوصايا والآخر بمثل البنت إلا ثمن ما يبقى من ماله بعد نصيب البنت.

(فنقول) الباقي بعد جميع الوصايا أنصباء الورثة وهي سبعة فخذ رבעه وهو نصيب وثلاثة أرباع نصيب فأنقصه من نصيب ابن وهو نصيبان يبقى ربع نصيب وهو وصية الأول (ثم) خذ مالا وأنقص منه نصيب بنت يبقى مال إلا نصيبا (ثم) استرجع من نصيب البنت ثمن الباقي المال بعد نصيب البنت وذلك ثمن مال إلا ثمن نصيب وزده على المال يكون مالا وثمان مال إلا نصيبا وثمان نصيب أنقص منه ربع النصيب الذي هو وصية صاحب الابن يبقى مال وثمان مال إلا نصيبا وثلاثة أثمان نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي سبعة

أنصباء - فإذا جبرت صار مالا وثمان مال يعدل ثمانية أنصباء وثلاثة أثمان نصيب فإذا ضربته في مخرج الكسر وهو ثمانية يكون سبعة وستين سهمًا ومنها تصح والنصيب تسعة وهو ما كان معك من عدد أجزاء المال والثمن.

(وامتحانه) أن نخرج من المال نصيب البنت تسعة يبقى ثمانية وخمسون
نأخذ ثمنه وهو سبعة أسهم وربع سهم أنقصها من نصيب البنت يبقى سهم وثلاثة أرباع
سهم وهو وصية صاحب البنت فأخرجها من المال (ثم) أخرج ربع نصيب وهو وصية
صاحب الابن وذلك سهمان وربع يبقى من المال ثلاثة وستون للبنت تسعة ولكل
ابن ثمانية عشر - فاضرب الفريضة في أربعة للكسر تكون مائتين وثمانية وستين.
الرابعة لو أوصى له بنصيب أحد أبويه مع أربعة بنين إلا ثمن المال وسدس
ثمن المال فالفريضة من ستة وتضيف آخر للوصية وتضربها في ثمانية (ثم) تضرب
المرتفع وهو ستة وخمسون في مخرج سدس الثمن وهو ثمانية وأربعون تبلغ ألفين
وستمئة وثمانية وثمانين فتأخذ ثمنه وسدس ثمنه وهو ثلاثمائة واثنان وتسعون و
تقسمه بالسوية بين الأبوين والبنين الأربعة فيكمل لهم الفان وثلاثمائة واثنان وخمسون
ويبقى ثلاثمائة وستة وثلاثون يقسم أسباعا لكل واحد من الورثة ثمانية وأربعون و
للموصى له كذلك فله مثل ما لأحد الأبوين إلا ثمن المال وسدس الثمن ويمكن قسمتها
من ثلاثمائة وستة وثلاثين بأن تأخذ ما لا وتخرج منه نصيبا وتسترد منه ثمن المال
وسدس ثمنه يصير بعد الجبر ما لا وثمانه وسدس ثمنه يعدل سبعة أنصباء والمجموع
يعدل خمسة وخمسين والنصيب سبعة وستة أسباع سهم وللموصى له ستة أسباع سهم و
المال ثمانية وأربعون - فإذا أردت الصحاح ضربته في سبعة وإذا ضربت الأصل وهو
ستة وخمسون في ستة على الطريقة الثانية فكذلك (لأننا) نضرب وفق ثمانية وأربعين
مع ستة وخمسين وهو ستة في ستة وخمسين (ولأن) سدس الثمن يدخل في الثمن
فإن انكسر تضرب في ستة لكن بعض المسائل لا يتأتى فيه ذلك، فحينئذ لكل من
الورثة في المستثنى بالثمن وسدس الثمن تسعة وأربعون والباقي بعد ذلك اثنان و
أربعون تقسم على الورثة والموصى له فيكون له سهم من سبعة (أسهم - خ) ستة أسهم،
فللموصى له مثل ما لأحد الأبوين خمسة وخمسون إلا ثمن المال وسدس الثمن وهو تسعة
وأربعون فله ستة، ولو خلف أربعة بنين وأوصى بمثل أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث

بعد اخراج نصيب أحدهم ولآخر بمثل أحدهم إلا ربع ما يبقى من الثلث فمخرج الثلث والربع اثني عشر تضرب الثلاثة التي هي مخرج الكسر المنسوب إلى المال فيها تبلغ ستة وثلاثين تزيد عليه سبعة هي مجموع الثلث والربع من اثني عشر تبلغ ثلاثة وأربعين فهي حصة ابن واحد (ثم) تضرب سهام الورثة والموصى لهما وهي ستة في اثنا عشر تبلغ اثنين وسبعين تزيد عليه السبعة تبلغ تسعة وسبعين فهو ثلث المال فما يبقى من الثلث ستة وثلاثون ثلثه اثني عشر وربعه تسعة فـللموصى له الأول أحد وثلاثون وللثاني أربعة وثلاثون وللبنين الأربعة مائة واثنان وسبعون، فأصل المال مائتان وسبعة و ثلاثون (والطريق) أن تجعل الكسور المنسوبة إلى ما يبقى متفقة المخرج إن لم تكن (ثم) تضرب المخرج المنسوب إلى المال في ذلك المخرج فما بلغ تزيد عليه جميع الكسور المنسوبة إلى ما يبقى من مخرجها المذكور إن كانت الوصايا مستثناة بتلك الكسور أو تنقصها منه إن كانت زائدة فما بلغ أو بقي فهو نصيب الوارث الموصى بمثل نصيبه ثم تضرب سهام الورثة والموصى لهم في مخرج الكسور المنسوبة إلى ما يبقى أيضا فما بلغ تزيد عليه الكسور المنسوبة أيضا، أو تنقصها منه كما فعلناه أولا فما حصل فهو عدد الكسر المنسوب إلى المال فإن كان مثل نصيب الوارث أو أقل فالوصية باطلة وإلا فتضربه في مخرجه تبلغ أصل المال أو تجعل ثلث المال نصيبا وشيئا والشئ اثني عشر لاجتماع الثلث والربع فيه فالمال ستة وثلاثون وثلاثة أنصباء تدفع نصيبا إلى الأول وتسترد منه أربعة وإلى الثاني نصيبا تسترد منه ثلاثة يصير ثلاثة وأربعين ونصيبا يعدل أنصباء الورثة فالنصيب أربعة عشر وثلث، وللأول عشرة وثلث، وللثاني أحد عشر وثلث والمال تسعة وسبعون فإذا أردت الصحاح ضربتها في ثلاثة.

الخامسة قد يتحد المستثنى منه ويكثر الموصى له مختلفا - فاضرب مخارج الكسور في الفريضة واجمع الجميع كما ذكرناه أولا وأقسمه على عدد الموصى لهم واعط الوارث المستثنى من حقه مثل سهم واحد من الموصى لهم وبقية الورثة من نسبته إن كان معه غيره (ثم) أضف ما حصل من المستثنى المجموع إلى ما بقي من الأصل

إن بقي منه شيء مرة أخرى واقسمه على الوارث والموصى لهم واجمع سهام الموصى لهم كما ذكرناه واجمع سهام الوارث المستثنى منه أولا وآخرا وأسقط من جملته ما استثنى من كل واحد منهم واحدا واحدا فما فضل من جملته بعد المستثنى فهو لكل واحد من الموصى لهم المستثنى ذلك القدر المذكور من حقه.

مثاله لو خلف ابنا واحدا وأوصى لواحد بمثل نصيبه إلا سدس المال والآخر بمثل النصيب إلا ربع المال والآخر بمثل النصيب إلا ثمن المال وأجاز الولد فأصلها سهم وتضيف إليه ثلاثة وتضربها في مخرج الربع (ثم) المرتفع في مجموع السدس (ثم) القائم في مخرج الثمن فهي سبعمائة وثمانية وستون ربعها وسدسها وثمانها أربعمائة وستة عشر نقسمها على عدد سهام الموصى لهم وهو ثلاثة تنكسر تضرب جملة المسألة في واحد ونصف يكون ألفا ومائة واثنين وخمسين سهما فالربع والسدس والثلث ستمائة وأربعة وعشرون تقسم على ثلاثة ونعطي الوارث سهما وهو مائتان وثمانية أسهم يبقى تسعمائة وأربعة وأربعون نقسم على الوارث والموصى لهم فحق الوارث بالربع من الباقي مائتان وستة وثلاثون سهما وتضيفه إلى ما أعطيته في الأصل، فيكون له أولا وآخرا أربعمائة وأربعة وأربعون وللمستثنى منه الربع مائة وستة وخمسون فله مثل الابن الأربعة المال وللمستثنى منه السدس مائتان واثنان وخمسون فله مثل الابن إلا سدس المال وللموصى له المستثنى من حقه الثلث ثلاثمائة سهم (وعلى الطريقة الثانية) تخرج من مائتين وثمانية وثمانين سهما، وقد تصح من ستة وتسعين بأن تضرب الستة في الفريضة وهي أربعة (ثم) وفق الثمانية مع المرتفع منه تبلغ ستة وتسعين فللابن أربعة وعشرون وكذا لكل من الثلاثة (ثم) تقسم ما في يد المستثنى منه الربع أربعا له ربعه وكذا للابن والباقيين (ثم) ستة عشر مما في يد المستثنى منه السدس أربعا (ثم) نقسم اثني عشر مما في يد الثالث فيكمل للابن سبعة وثلاثون وللمستثنى منه الربع ثلاثة عشر هي مثل ما في يد الابن الأربعة المال وللمستثنى منه السدس أحد وعشرون وهي مثل ما في يده إلا سدس المال وللثالث خمسة وعشرون وهي مثل ما في يده إلا ثمن المال (أو نقول) نأخذ مالا وندفع منه

ثلاثة أنصباء ونسترجع منها الكسور ومخرجها أربعة وعشرون والمجموع سبعة وثلاثون والنصيب تسعة وربع وللأول خمسة وربع وللثاني ثلاثة وربع وللثالث ستة وربع فإذا أردت الصحاح ضربت أربعة في أربعة وعشرين.

السادسة لو أوصى له بنصيب أحد ابنيه إلا سدس المال ولآخر بمثله إلا ثمن المال ولآخر بمثله إلا نصف سدس المال فالفريضة من اثنين تضيف إليها ثلاثة للأجانب وتضرب الخمسة في ستة ثم المجتمع في مخرج الثمن ثم المرتفع في مخرج نصف السدس تصير ألفين وثمان مائة وثمانين، فسدسها وثمانها ونصف سدسها ألف وثمانون سهمًا تقسم على عدد الأوصياء وهم ثلاثة كل سهم ثلاثمائة وستون تعطي كل ابن سهمًا فالمجموع سبعمائة وعشرون - يبقى ألفان ومائة وستون تقسم أخماسًا للولدين وللأوصياء فلكل ابن أربعمائة واثنان وثلاثون فيكمل مع الأول له سبعمائة واثنان وتسعون سهمًا وللمستثنى منه السدس ثلاثمائة واثنى عشر، وهو مثل النصيب إلا سدس المال وهو أربعمائة وثمانون وللمستثنى منه الثمن أربعمائة واثنان وثلاثون وذلك مثل النصيب إلا ثمن المال وهو ثلاثمائة وستون، وللمستثنى منه نصف السدس خمسمائة واثنان وخمسون وهو مثل النصيب إلا نصف سدس المال وهو مائتان وأربعون (وعلى الطريقة الثانية) تنقسم من مائة وعشرين سهمًا لكل ابن ثلاثة وثلاثون سهمًا وللمستثنى منه السدس ثلاثة عشر وللمستثنى منه الثمن ثمانية عشر وللمستثنى منه نصف السدس ثلاثة وعشرون (أو نقول) نأخذ ما لا وندفع منه ثلاثة أنصباء ونسترد منها سدسه وثمانه ونصف سدسه فالمجموع يعدل أنصباء الورثة وهي نصيبان وبعد الجبر يعدل المجموع خمسة أنصباء والمال أربعة وعشرون والمجموع ثلاثة وثلاثون والنصيب ستة وثلاثة أخماس، وللأول اثنان وثلاثة

التقديم فإذا قال لا تقديم كان تناقضا وليس بجيد لاختلاف الشرط والأصح الأول فيقسم الثلث على قدر ما لهما حال الإجازة وهو خمسة (ولأن) الثلث مع عدم الإجازة هو مجموع الوصيتين (لأنه) قدر المال الذي يتصرف فيه الميت شرعا فكأنه كل ماله المطلق له للأول سهمان وللثاني ثلاثة فينظر ما لا ينقسم ثلثه على خمسة وثلثاه على ثلاثة فيضرب ثلاثة في خمسة تبلغ خمس عشر ويضرب ذلك في ثلاثة يبلغ

أخماس وللثاني ثلاثة وثلاثة أخماس وللثالث أربعة وثلاثة أخماس، فإذا أردت الصحاح ضربت خمسة في أربعة وعشرين.
السابعة لو خلف ثلاثة بنين وثلاث بنات - وأوصى لأجنبي بمثل أحد بنيه
إلا عشر المال - ولآخر بمثل آخر إلا نصف سدس المال - ولآخر بمثل بنت إلا ثلث
خمس
المال - ولآخر بمثل ما لأحد بينه وإحدى بناته إلا سدس المال فمخرج الكسور ستون
ومجموع الكسور منه خمسة وعشرون وهو ما يخص ثلاثة بنين وبنيتين وهم الموصى
بمثل انصبتهم فيضاف إليه لبنت أخرى ثلاثة وثمانين وثمانين وثمانين وثمانين
أحد وثلاثون وسبعة أثمان تقسم على سهام الورثة والموصى لهم وهو سبعة عشر نصيب
كل بنت واحد وسبعة أثمان فيضاف إلى ما أصابها أولا وهو ثلاثة وثمانين فيبلغ خمسة
وهو نصيب بنت واحدة من ستين ونصيب الموصى لهم مجملا بثمانية أسهم منها خمسة
عشر فللموصى له بمثل ابن إلا العشر أربعة وبمثل ابن إلا نصف السدس خمسة وبمثل
بنت إلا ثلث الخمس واحد وبمثل ابن وبنت إلا السدس خمسة فالجميع خمسة عشر
(أو نقول) نأخذ مالا ونخرج منه أربعة أنصبا ونسترد (من) الأول عشر المال (ومن)
الثاني نصف سدسه (ومن) الثالث ثلث خمسه (ومن) الرابع سدسه فالمال والكسور
إلا أربعة أنصبا تعدل أنصبا الورثة وهي أربعة ونصف فالمجموع بعد الجبر يعدل ثمانية
أنصبا ونصفا فالمال ستون والمجموع خمسة وثمانون والنصيب عشرة فلأول بعد حذف
الكسور أربعة وللثاني خمسة وللثالث واحد وللرابع خمسة.
الثامنة لو أوصت لأجنبي بمثل نصيب ابنها إلا ثمن المال ولآخر بمثل نصيب

خمسة وأربعين الثلث للوصايا على خمسة للأول سهمان هي ستة وللثاني ثلثه هي
تسعة والباقي للأولاد لكل واحد عشرة ويرد عليه أن الموصى له بمثل النصيب لم
يحصل له مثل نصيب الولد الأصلي ولا الحاصل بل مثله على تقدير لم يحصل وهو تقدير
الإجازة وهذا من متمسكات القائلين بالبطالان وفيه نظر (لأنه) لا يلزم من عدم حصول
ما أوصى له بتمامه بطلان الوصية لعارض.
قال دام ظله: الثامنة لو أوصت لأجنبي بمثل نصيب ابنها (إلى قوله)

بنتها إلا عشر المال ولثالث بتمام الثلث ولا وارث سواهما مع الزوج، فالفريضة أربعة تعدل ثلثي المال فهو ستة (ثم) تضرب وفق مخرج الثمن فيها تبلغ أربعة وعشرين " ثم " تضرب وفق العشر العشر وهو خمسة تبلغ مائة وعشرين للابن من الثلثين وأربعون وللزوج عشرون وكذا للبنت وللموصى له الأول أربعون نسترد منها خمسة عشر وللثاني عشرون ونسترد منها اثني عشر فيبقى من الثلث سبعة فهي للثالث (ويحتمل) أن يكون للثاني ثلاثة وللثالث اثني عشر لأنه استثنى من وصيته عشر المال وهو اثني عشر والذي بقي من الثلث بعد الأول خمسة عشر فلم يبق مثل ونصيب البنت بل أقل فيخرج المستثنى من الباقي والأول أقوى.

التاسعة لو أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الستة إلا خمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب والآخر بمثل نصيب آخر إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد ذلك كله والآخر بنصف سدس جميع المال فلنسم الوصايا وصية فيكون المال ستة أنصباء ووصية، فنأخذ ثلث ذلك وهو نصيبان وثلث وصية وندفع منه إلى الموصى له الأول نصيبا فيبقى من الثلث نصيب وثلث وصية ونسترجع من النصيب خمس ذلك وهو خمس نصيب وثلث خمس وصية فيكون الباقي من الثلث بعد اخراج الوصية الأولى نصيبا و خمس نصيب وخمسي وصية (لأن) ثلث خمس وصية إذا زيد على ثلث وصية بلغ خمسي وصية فيدفع من ذلك إلى الموصى له الثاني نصيبا فيبقى خمس نصيب وخمسا وصية ونسترجع من النصيب الثاني ثلث الباقي من الثلث وهو ثلث خمس نصيب وثلثا خمس وصية نزيد على الباقي من الثلث فيحصل معنا

والأول أقوى

أقول: وجه القوة أن الموصي جعل للثاني مثل نصيب البنت إلا عشر المال وعشره اثني عشر ونصيب البنت عشرون فإذا دفعنا إليها ثمانية عملنا بقول الموصي لأن الثمانية مثل العشرين إلا عشر المال إذا أعطيناها ثلثه فقد خالفنا الوصية وبدلناها وهو غير جائز لقوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه (١)

(١) البقرة - ١٨١.

أربعة أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب وثمانية أجزاء من خمسة عشر جزءا من وصية لأن ثلث خمس نصيب هو جزء واحد من خمسة عشر جزءا من نصيب فإذا أضفت إلى خمس نصيب وهو ثلاثة أجزاء من خمسة عشر جزءا كان أربعة أجزاء من خمسة عشر وثلاثا خمس وصية وهو سهمان من خمسة عشر جزءا من وصية إذا أضيف إلى خمسي وصية وهو ستة من خمسة عشر صار ثمانية أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب، فظهر أن الباقي من الثلث بعد اخراج الوصيتين أربعة أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب وثمانية أجزاء من خمسة عشر جزءا من وصية فزد ذلك على ثلثي المال وهو أربعة أنصباء وثلاثا وصية فيحصل أربعة أنصباء وأربعة أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب ووصية وخمس وصية (لأن) ثمانية أجزاء من خمسة عشر جزءا من وصية إذا أضيف إلى ثلثي وصية أعني عشرة أجزاء من خمسة عشر جزءا من وصية كان المجموع وصية وخمس وصية فندفع من المجموع وهو أربعة أنصباء وأربعة أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب ووصية وخمس وصية إلى الموصى له

الثالث نصف سدس المال وهو نصف نصيب ونصف سدس وصية فيبقى ثلاثة أنصباء ونصف

وأربعة أجزاء من خمسة عشر جزءا من نصيب ووصية وجزء وثلاثة أرباع جزء من خمسة عشر جزءا من وصية (لأن) نصف سدس وصية وهو سهم وربع من خمسة عشر جزءا من وصية إذا أسقط من خمس وصية وهو ثلاثة أسهم من خمسة عشر جزءا من وصية كان الباقي سهما وثلاثة أرباع سهم فقد احتجنا إلى نصف نصيب من خمسة عشر التي جعلناها نصيبا ينكسر، فنضرب اثنين في خمسة عشر تبلغ ثلاثين فالنصيب تقسمه ثلاثين جزءا واحتجنا إلى بسط الوصية إلى ستين حيث احتجنا إلى ربع جزء من خمسة عشر، فظهر أن الباقي بعد الوصايا بثلاثة أنصباء وثلاثة وعشرون جزءا من ثلاثين جزءا من نصيب هي نصف

نصيب قد كان سبعة ونصفا من خمسة عشر فهو الآن خمسة عشر وأربعة أجزاء من نصيب قد كان

خمس عشر فهي الآن ثمانية أجزاء فالمجموع ثلاثة وعشرون جزءا من ثلاثين جزءا من نصيب

وبقي معنا أيضا وصية وسبعة أجزاء من ستين جزءا من وصية قد كان سهما وثلاثة أرباع

سهم من خمسة عشر فيكون من ستين سبعة أسهم، وهذا الباقي كله وهو ثلاثة أنصباء وثلاثة وعشرون جزءا من ثلاثين جزءا من نصيب ووصية وسبعة أجزاء من ستين جزءا من وصية تعدل أنصباء الورثة وهي ستة أنصباء.، فسقط ثلاثة أنصباء وثلاثة وعشرون جزءا من ثلاثين جزءا من نصيب بمثلها فيبقى نصيبان وسبعة أجزاء من ثلاثين جزءا من نصيب تعدل وصية وسبعة أجزاء من ستين جزءا من وصية، فإذا الوصية تعدل نصيبين لأن عدد الأنصباء مثلا عدد الوصية فالوصية اثنان والنصيب واحد والمال ستة أنصباء ووصية فهو إذن ثمانية فنضرب ذلك في ثلاثة لأن المال يجب أن يكون له نصف سدس ومخرجه اثني عشر وهو يوافق الثمانية بالربع فنضرب ربع أحدهما في الآخر فتصير أربعة وعشرين فتأخذ ثلث المال ثمانية ندفع إلى الموصى له أولا نصيبا وهو ثلاثة فيبقى خمسة نسترجع من النصيب خمس الباقي وهو واحد يحصل معنا ستة فنندفع إلى الموصى له الثاني نصيبا وهو ثلاثة فيبقى ثلاثة ونسترجع منه ثلث ذلك وهو واحد فيحصل معنا أربعة زدنا ذلك على ثلثي المال وهو ستة عشر فصار عشرين ندفع إلى الثالث نصف سدس المال سهمين يبقى ثمانية عشر لكل ابن ثلاثة وقد كان للموصى له الأول سهمان فهي مثل النصيب إلا خمس الباقي من الثلث بعد النصيب وللموصى له الثاني سهمان وهو مثل النصيب إلا ثلث الباقي من الثلث وللموصى له الثالث سهمان هي نصف السدس.

العاشرة لو خلف تسعة بنين وأوصى بنصف ما يبقى من الربع بعد اخراج نصيب ابن واحد منه ولآخر بثلث ما يبقى ولآخر بربع ما يبقى فمخرج النصف والثلث والربع اثنا عشر والنصف والثلث والربع منها ثلاثة عشر تضرب أربعة في اثني عشر تبلغ ثمانية وأربعين تنقص منها ثلاثة عشر تبقى خمسة وثلاثون وهي نصيب ابن واحد ثم تضرب التسعة في اثني عشر تبلغ مائة وثمانية تنقص منها ثلاثة عشر تبقى خمسة وتسعون وهي ربع المال فنصيب الموصى له الأول ثلاثون والثاني عشرون و الثالث خمسة عشر وأصل المال ثلاثمائة وثمانون وقد تصح من ستة وسبعين بأن تأخذ مخرج الكسور وهي اثني عشر فنقول هي ربع مال إلا نصيبا فإذا كملناه بنصيب

صار ربعا كاملا فمجموع المال ثمانية وأربعون وأربعة أنصباء فإذا أخرج النصيب من الربع بقي اثني عشر للأول ستة وللثاني أربعة وللثالث ثلاثة يبقى من المال أربعة أنصباء وخمسة وثلاثون تدفع أربعة أنصباء إلى أربعة من الأولاد ثم تقسم خمسة وثلاثين على خمسة أولاد فلكل ابن سبعة فالنصيب سبعة فالربع تسعة عشر فالمجموع ستة وسبعون هذا إن قصد إعطاء العايل من أصل المال، ولو حصره في الربع فالطريق أن نجعل المال أرباعا ندفع ربعا إلا نصيبا إلى الموصى لهم يبقى ثلاثة أرباع ونصيب إلى الورثة تعدل تسعة أنصباء فالربع نصيبان وثلثان فالمجموع عشرة وثلثا نصيب تضرب مخرج الكسر وهو ثلاثة في عشرة وثلثين تبلغ اثنين وثلثين والربع ثمانية والنصيب ثلاثة تبقى خمسة تقسم على ثلاثة عشر تضرب ثلاثة عشر في اثنين وثلثين وإنما طولنا الكلام في هذا الباب وخرجنا فيه عن مناسبة الكتاب لأن أصحابنا المتقدمين رضوان الله عليهم أجمعين أعطونا القوانين الكلية ولم يتعرضوا لهذه التفريعات الجزئية فتعرضنا نحن لها ليطمهر الفقيه الحاذق لاستخراج ما يرد عليه من هذا الباب والله الموفق للصواب.

الفصل الثالث في تصرفات المريض

وهي قسمان منجزة ومعلقة بالموت

أما المؤجلة فكالموصية بالإجماع في اخراجها من الثلث وكذا تصرفات الصحيح المقترنة بالموت، وأما المعجلة للمريض فإن كانت تبرعا فالأقرب أنها من الثلث إن مات في مرضه وإن برء لزمته إجماعا فهنا بحثان الأول في بيان مرض الموت الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق

الفصل الثالث في تصرفات المريض

وهي قسمان منجزة ومعلقة بالموت

قال دام ظله: وأما المعجلة للمريض فإن كانت تبرعا فالأقرب أنها من الثلث إن مات في مرضه وإن برئ لزمته إجماعا

الموت معه سواء كان مخوفاً أو لا فإنه يخرج من الثلث إن كان تبرعاً وإلا فمن الأصل وقيل

أقول: اختلف الفقهاء في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها أعني بلا عوض غير الإقرار فقال بعضهم أنها من الثلث كالمعلقة بالموت وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في المبسوط والصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ في الخلاف وقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية وابن البراج وابن إدريس أنها من الأصل والأول هو الصحيح عندي لوجوه (ألف) ما رواه علي بن يقطين في الصحيح قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثلث كثير (١) وما في المجازات والاستفهام للعموم على ما قرر في الأصول فما زاد على الثلث ليس له ويكون تصرفاً في غير ملكه فلا يصح (لا يقال) هذا مجاز لا حقيقة للإجماع على أنه ملكه فلا حجة - لتعدد المجاز وزيادة الإضمار على خلاف الأصل (لأننا) نقول أقرب المجازات القدرة على التصرف والتمكن منه فيحمل عليه (ب) ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله والمرأة أيضاً (٢) - وجه الاستدلال أن السؤال وقع عن الملك الذي يجوز له فيه سائر التصرفات والتبرعات لأن مطلق الملك ليس بمنفي بالإجماع ولا جواز التصرف وفي الواجب بقي في التبرع وهو يعم الوصايا وغيرها (ج) لو كانت من الأصل لقدم العتق المتبرع به على الدين والتالي باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة أن المرض لا يصلح للمانعية حينئذ فبقي حكم الصحة لأصالة البقاء وأما بطلان التالي فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام إذا ترك الدين عليه ومثله أعتق المملوك واستسعى (٣) (د) كلما اعتبر في العتق المتبرع به المنجز الثلث اعتبر في كل منجز متبرع به الثلث لكن المقدم حق والتالي مثله أما الملازمة (فلأن) العتق مبني على التغليب وهو أولى من الهبة (لأنه) ينفذ في نصيب الشريك ولعدم فرق الأمة بينهما ولنصهم على عدم الفرق

(١) ثل ب ١٠ خبر ٨ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ١٠ خبر ٢ من كتاب الوصية

على نقل الصدوق وعلى نقل الكليني يعقوب بن شعيب عن أبي بصير الخ.

(٣) ثل ب ٣٩ خبر ١ من كتاب الوصية وفي ثل (إذا ترك الذي عليه الخ وهو غلط من النساخ فراجع يب ص ١٦٩ ج ٩ طبع النجف).

إن كان مخوفاً فكذلك وإلا فمن الأصل كالصحيح ولا بد من الإشارة إلى المرض المخوف فنقول قد يحصل في الأمراض تفاوت وله طرفان وواسطة.

(ولأن) كل من قال باعتبار الثلث في غير العتق قال في اعتباره في العتق وكل من قال بعدم اعتباره في أحدهما قال بعدم اعتباره في الآخر (وأما) حقية المقدم فلما رواه الحسن بن الجهم قال سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول من رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت و

أشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره قال يعتق منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة وله السدس من الجميع (١) وروى الجمهور عن عمر بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم

رسول الله صلى الله عليه وآله فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم وأعتق اثنين وأرق أربعة (٢)

(احتج) القائلون بالثاني بأنه مالك والأصل جواز تصرف المالك في ملكه لعموم قوله عليه السلام الناس مسيطون على أموالهم (والجواب) أن العام يخص بالخاص. (خاتمة)

المنجزة المتبرع بها تشارك الوصايا في خروجها من الثلث عندنا وتأخرها عن الديون وتزاحم الوصايا (قيل) وبالعكس (وقيل) لا (ويقضي فضلها) (ونقص فضلها) - خ (ل)

عنها حال الصحة إجماعاً وتفارقها بلزومها للموصي كالصحة وفورية قبولها وتبطل بالموت قبله إجماعاً واجتماع شرايط تأثيرها حالها وتأثيرها حال حياة الموصي. قال دام ظله: فهنا بحثان (إلى قوله) وإلا فمن الأصل كالصحيح.

أقول: لما بين المصنف أن علة اعتبار الثلث في المنجزات المتبرع بها المرض احتاج إلى بيانه (فنقول) قال قوم العلة هو المرض مطلقاً وهو اختيار المصنف (وقيل) بشرط كونه مخوفاً واختاره في المبسوط قال وأما ما ليس بمخوف كوجع الضرس وأشباهه فإن التصرفات الصادرة من المتصف بها تخرج من أصل التركة لجريانه

(١) ثل ب ٣٩ خبر ٤ من كتاب الوصية.
(٢) مستدرک باب ١٦ خبر ٣ من كتاب الوصية.

أما (الطرف) الذي يقارن الموت فهو أن يكون قد حصل معه يقين التلف كقطع الحلقوم والمرئ وشق الجوف وإخراج الحشوة ففي اعتبار نطقه إشكال ينشأ من عدم استقرار حياته فلا يجب بقتله حينئذ دية كاملة ولا قصاص في النفس بل حكمه حكم

الميت (الطرف الثاني) مقابله وهو ماله حكم الصحة كوجع العين والضرس وحمى يوم والفالج والسل المستمر لتطاول زمانهما فهذا ليس بمخوف. وأما (الواسطة) فكل مرض لا يقين معه بالتلف ولا يستبعد معه كالحمى المطبقة لا كالحمى الربع والغب إلا أن ينضم إليها برسام أو رعاف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر

أو رية أو قولنج وكالإسهال المفرط أو المستصحب للزحير أو الدم وكغلبة الدم إما على جميع البدن فينتفخ البدن به مع الحمى وهو الطاعون لأنه من شدة الحرارة فتنتفي

مجرى الصحيح والأصح عندي الأول لعموم الأخبار لقوله (ع) المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله والوصف هنا سبب إجماعاً فيما أن يكون هو الخاص أو العام و الأول محال وإلا لكان قد جعل غير السبب مكانه وهو محال (احتج) الشيخ على قوله في المبسوط بأن رواية علي بن يقطين المتقدمة تقتضي ترجيح الموت لقوله عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته (١) وذلك لا يكون إلا بإمارة الموت وكذا كثير من الروايات (والجواب) المنع من الدلالة فإن قوله عند الموت معناه عند حصول الموت سواء كان المرض مخوفاً أو لا فالموت هو الكاشف هذا مقتضى الرواية سلمنا لكن ذكر بعض أفراد العام بحكم لا يقتضي تخصيص عام كما بين في الأصول ودلالة مفهوم المخالفة

ضعيف جداً.

قال دام ظله: أما الطرف الذي يقارن الموت (إلى قوله) ينشأ من عدم استقرار حياته.

أقول: (ومن) كونه حياً حقيقة فإن الموت لم يحصل فيه بالفعل وثبوت بعض أحكام الميت له لا يستلزم العموم وهو الأقوى عندي.

(١) ثل ب ١٠ خبر ٨ من كتاب الوصية.

الحرارة الغريزية أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو وكغلبة البلغم وهو ابتداء الفالج فإنه مخوف في الابتداء لأنه يعقل اللسان ويسقط القوة فإن صار فالجا تطاول و كغلبة المرة الصفراوية وكالجرح الواصل إلى جوف الدماغ أو البدن أما غير الواصل إليه كالحاصل في اليد والساق والفخذ فإن حصل منه انتفاخ وألم وضربان أو تأكل ومدة، (١) فمخوف وإلا فلا وأما ما ينذر بالموت ولا يمس البدن فلا يعد في المرض و التبرعات معه ماضية من الأصل كحال المرامات وكالأسير إذا وقع في يد المشركين و كركوب البحر وقت التموج وكإقامة الحجة عليه بما يوجب القتل وكظهور الطاعون والوباء في بلده وكالحمل قبل ضرب الطلق وبعده أما لو مات الولد معها فإنه مخوف وهذا التفصيل عندي لا اعتبار به.

البحث الثاني في حقيقة التبرع

وهو إزالة الملك عن عين مملوكة يجري الإرث فيها من غير لزوم ولا أخذ عوض يماثلها فلو باع بثمان المثل لزم وصح وكذا لو اشترى به ولا يمنع من اخراج ما ينتفع به من مأكول أو ملبوس أو مشروب ولا من ابتياعه بثمان المثل سواء كانت عادته ذلك أو لا أما لو باع بدون ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه أو وهب أو أعتق أو وقف أو تصدق فإنه يخرج من الثلث على الأقوى والإقرار مع التهمة من الثلث ولا معها من الأصل فهنا مطالب.

قال دام ظلّه: البحث الثاني في حقيقة التبرع.

أقول: التبرع هو إزالة ملك نفسه أو منوبه اختياراً لا بعوض ولا وجوب وعرفه المصنف بأنه إزالة الملك عن عين مملوكة يجري الإرث فيها من غير لزوم ولا أخذ عوض يماثلها.

قال دام ظلّه: أما لو باع بدون ثمن المثل (إلى قوله) ولا معها من الأصل.

أقول: هنا مسألتان (ألف) محاباة المريض وهي أن يعاوض بأقل من قيمة ما يدفعه هو وهذا حكمه حكم التبرعات في الزيادة والوقف والصدقة تبرع بالأصل لأنه بغير

(١) التآكل بالفارسية (خوره) والمدة بكسر الميم ما يجتمع في الجرح من القيح.

الأول في التبرعات وفيه مسائل الأولى الهبة والعتق والوقف والصدقة المندوبة محسوبة من الثلث ولو نذر الصدقة في مرض الموت فالأقرب أنه من الثلث وكذا لو وهب

عوض دنياوي وقد مضى البحث في هذه المسألة (ب) الإقرار قال الشيخ رحمه الله في النهاية يمضي من الأصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في إقراره ومن الثلث إن كان متهما سواء الأجنبي والوارث وتبعه ابن البراج ورواه ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه وأطلق في المقنع أنه يمضي في حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وذهب المفيد إلى أنه يمضي من الأصل إن كان دينا وإن كان عينا فإن كان هناك دين محيط بالتركة

وكان متهما لم يقبل إقراره وإن كان عدلا مأمونا قبل وأمضاه سلار وابن إدريس من الأصل مطلقا وابن حمزة جعل إقراره للوارث مع التهمة وعدم البينة بصحة ما أقر له به كالوصية وغيره من الأصل والحق ما اختاره المصنف من كونه من الأصل مع عدم التهمة ومن الثلث معها لرواية منصور بن حازم الصحيحة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

أوصى لبعض ورثته بأن عليه دينا فقال له إن كان الميت مرضيا فاعطه الذي أوصى له (١) وفي الصحيح عن العلاء بياع السابري قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت

رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت له إن المال الذي دفعت إليك لفلانة وماتت المرأة فأتى أوليائها الرجل وقالوا له إن كان لصاحبتنا مال لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء أفيحلف لهم فقال إن كانت مأمونة عنده فليحلف وإن كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان فإنما لها من مالها ثلثه (٢) (اجتج) ابن إدريس بالإجماع على أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ولقوله تعالى ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين (٣) والشهادة على النفس هو الإقرار وهو عام في جميع الاحتمالات (والجواب) المنع من انعقاد الاجماع على صورة النزاع فإن الخلاف قائم سلمنا لكن الجواز لا ينافي القبول من الثلث مع التهمة ونمنع العموم في الاجماع. قال دام ظله: ولو نذر الصدقة في مرض الموت فالأقرب أنه من الثلث.

(١) ثل ب ١٦ خبر - ١ من كتاب الوصية.

(٢) ثل ب ١٦ خبر - ٢ من كتاب الوصية.

(٣) النساء - ١٣٤.

صحيحاً واقبض مريضاً لأن القبض هو المزيل للملك وكذا لو أبرء عن دين أو كاتب عبداً وإن زاد عن ثمن المثل ولو شرط في الهبة عوض المثل فمن الأصل ودونه يكون الزائد من الثلث ويمضي من الأصل ما يؤديه من الديون وأروش الجنایات سواء وقعت في الصحة أو مرض الموت وكذا مهر المثل مع الدخول أما لو زاد كان الزائد من الثلث ولو خصص بعض الديون بالقضاء لم يكن لباقي الديان المشاركة وإن قصرت التركة أما لو أوصى بتخصيصه بالقضاء لم يصح ويمضي من الأصل الكفارة الواجبة وأجرة المثل عن حجة الاسلام أو المنذورة في الصحة وأجرة مثل الصلاة من الثلث وإن كانت واجبة وبالجملة

كل واجب يخرج من صلب المال.

الثانية لو أخذ عوضاً هو ثمن مثل ما بذله من المال فهو من رأس المال كالبيع وأصناف المعاوضات سواء كان مع أجنبي أو وارث وسواء كان متهماً أو لا ولو باع الوارث

بثمن المثل وأقر بقبض الثمن من غير مشاهدة نفذ البيع إن كان مستوعباً وكان الإقرار من الثلث مع التهمة وما يتغابن الناس بمثله يمضي من الأصل ولو أوصى أن يكفن بالمرتفع مضى الزائد عن المجزي من الثلث ولو اشتمل البيع على المحاباة مضى ما قابل السلعة من الأصل والزائد من الثلث وكذا لو شرط أقل من عوض المثل في الهبة

أقول: وجه القرب عموم قوله عليه السلام المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله (ولأنه) لم يجب عليه بأصل الشرع فكان تبرعاً (وقيل) يمضي من الأصل لعموم الأمر بالوفاء بالنذر ولأنه واجب والواجبات تمضي من الأصل ولأن علة الخروج من الثلث الاستحباب وقد زال بالنذر (وفيه نظر) لأنه مصادرة على المطلوب (ولأنه) لو صح نذره لكان للرجل عند موته أكثر من الثلث والتالي باطل لما تقدم من قول أبي الحسن عليه السلام الثلث في رواية علي بن يقطين وهو عام (لأنه) قد ثبت في الأصول أن (ما)

في الاستفهام تقتضي عموم جوابها - فلزم أن كل ماله منحصر في الثلث فكلمة ليس من الثلث ليس من ماله فلم يقع تصرفه في ماله (ولأنه) محجور عليه والأقوى عندي ما هو الأقرب عند المصنف.

الثالثة نكاح المريض مشروط بالدخول فإن مات قبله بطل العقد ولا مهر ولا ميراث ولو ماتت (قبله) فكذلك وإن دخل صح العقد فإن كان المسمى بقدر مهر المثل أو أقل نفذ من الأصل وإلا فالزائد من الثلث وله أن ينكح أربعاً ولو زوجت المريضة نفسها فالأقرب الصحة وعدم اشتراط الدخول فإن كان بدون مهر المثل فالأقرب النفوذ ويكره للمريض أن يطلق ويمضي لو فعل لكنهما يتوارثان في العدة الرجعية وترثه المرأة إن مات في الحول من حين الطلاق ما لم تتزوج أو يبرء من مرضه فلو مات بعد الحول ولو بساعة أو برء في أثناء الحول ثم مات قبل خروجه أو تزوجت في أثناءه وإن طلق الثاني بائناً فلا ميراث والأقرب انتفاء الإرث مع الخلع والمباراة وسؤالها الطلاق

قال دام ظله: ولو زوجت المريضة نفسها فالأقرب الصحة وعدم اشتراط الدخول.

أقول: وجه القرب عموم قوله تعالى وأنكحوا الأيامى منكم (١) وعموم قوله عز وجل أوفوا بالعقود (٢) وإن النص أما جاء في الذكر (ولأنه) اكتساب لوجوب المهر والنفقة لها والنكاح لا يوجب عليها ما لا بخلاف الذكر لأنه يثبت عليه مالا (و) (يحتمل) مشاركتها في الحكم لمشاركتها في علته وهي مزاحمة الوارث في الميراث والأصح الأول بل لا وجه لهذا الاحتمال عندي.

قال دام ظله: فإن كان بدون مهر المثل فالأقرب النفوذ.

أقول: لأنه ليس بتفويت لشيء من المال بل هو اكتساب بعوض غير مالي (ويحتمل) اعتبار المحاباة وهي زيادة مهر المثل عن المسمى من الثلث لأن تمليك البضع يقتضي تمليك عوض هو مهر المثل فإذا نقص كان كالإبراء (ولأن) حق الوارث لا يمكن تعلقه بالمعوض فلا يتعلق بالعوض لأنه تابع (ولأنه) لا يعتبر إجازته له (لأنه) لا حق له فيه ولا يدخل تحت الحجر فلا يقدر العوض بمثله.

قال دام ظله: والأقرب انتفاء الإرث مع الخلع (إلى قوله) إلا في

(١) النور - ٣٢

(٢) المائدة - ١.

وكونها كافرة أو أمة وقت الطلاق وإن أسلمت أو أعتقت في الحول إلا في العدة الرجعية ولو طلق أربعاً ونكح بعد العدة أربعاً ودخل ثم مات ورث الثمان نصيب الزوجية بالسوية وكذا لو طلق الأواخر وتزوج أربعاً غيرهن ورثه الجميع وهكذا ولو أعتق أمته في مرض الموت وتزوج بها فدخل صح العتق والعقد وورثت إن خرجت من الثلث وإلا فبالنسبة ولو أعتق أمته في مرض الموت وتزوجها بمهر ودخل صح الجميع إن خرجت من الثلث وورثت وإلا بطل العتق في الزائد وما قابله من المهر.

الرابعة لو آجر نفسه بأقل من أجره المثل فهو كما لو نكحت بأقل من مهر المثل ولو آجر دوابه، وعبيده بأقل فهو من الثلث ولو أوصى بأن يباع عبده من زيد وجب.

المطلب الثاني في كيفية التنفيذ

إن كانت العطايا معلقة بالموت مضت من الثلث فإن اتسع لها وإلا بدئ بالأول

العدة الرجعية.

أقول: وجه القرب سؤالها فانتفت التهمة وقد رضيت بكونها أجنبية (ويحتمل) الإرث لعموم النص والأصح الأول (واعلم) أن ما اختاره هنا هو اختيار الشيخ في الاستبصار فإنه قال إنما ترثه بعد العدة إذا قصد الإضرار بها لما رواه زرعة عن سماعة قال سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو مريض قال ترثه ما دامت في عدتها فإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة الحديث (١) ونقل عن محمد بن القاسم الهاشمي قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا ترث المختلعة والمباراة والمستأجرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان في سنتهن في مرضه الزوج الحديث (٢) وقال في المبسوط والخلاف لو انتفت التهمة كما لو سألته الطلاق ثلاثاً قال بعضهم لم ترثه (لأنه) لا يتهم في طلاقها وقال بعضهم ترثه وهو الصحيح عندنا لعموم الأخبار واختار هذا الترجيح ابن إدريس.

(١) ثل ب ١٤ خبر ٩ من أبواب ميراث الأزواج.

(٢) باب ١٥ خبر ١ من أبواب ميراث الأزواج.

فالأول ولا فرق بين العتق وغيره وإن كانت منجزة فكالوصية في خروجها من الثلث أو إجازة

الورثة واعتبار خروجها من الثلث حال الموت وإنه يزاحم بها الوصايا في الثلث وإنها مع الاجتماع وقصور الثلث يبدأ بالأول منها فالأول وتفارقها في كونها لازمة في حق المعطى وليس له الرجوع فيها وأن قبولها على الفور واشترط ما يشترط لها في الصحة كالعلم والتنجز وأنها متقدمة على الوصية وأنها لازمة في حق المعطى والوارث لو براء وإذا وهب وتصدق وحابى فإن وسع الثلث وإلا بدء بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث ولو جمع بين المنجزة والمؤخره قدمت المنجزة فإن وسع الثلث للباقي أخرج وإلا أخرج ما يحتمله، ولو أعتق شقصا من عبد ثم شقصا من آخر ولم يخرج من الثلث إلا العبد الأول عتق خاصة.

ولو أعتق الشقصين دفعة وكان الباقي من كل منهما يساوي الشقص من الآخر واتسع الثلث للشقصين خاصة فالأقرب عتق الشقصين خاصة ولو خرج أحدهما (من ثلث - خ) أقرع ولو ملك من يعتق عليه بغير عوض كالهبة أو بغير عوض موروث كما لو أجر نفسه للخدمة به عتق من صلب المال وورث. ولو انتقل بالشراء فالأقرب أنه كذلك فلو اشتراه بتركته أجمع عتق ولو اشتراه بأكثر من ثمن المثل فإن خرجت المحاباة من الثلث فكذلك وإلا نفذت المحاباة

قال دام ظلّه: ولو أعتق الشقصين دفعة (إلى قوله) عتق الشقصين خاصة. أقول: لأن السراية إنما تتحقق مع اليسار واتساع الثلث وليس (بجيد خ) (ويحتمل) القرعة لأنه بمنزلة عتق العبدین لإيساره في كل منهما بالآخر والأصح الأول. قال دام ظلّه: ولو انتقل بالشراء فالأقرب أنه كذلك.

أقول: لأن الشراء بالمثل لا يشتمل على تبرع والعتق قهري لا يعتبر فيه الثلث (ويحتمل) اعتباره من الثلث (لأن) الشراء بمنزلة اعتاق العبد لأنه علة فيه فاختياره للشراء هو تبرعه بالعتق ببذل عوض في مقابلته وللمصنف قول آخر في هذا الكتاب في المطلب الثاني في الأحكام المعنوية وهو أنه ينعق من الثلث على الأقوى وهذا الذي ذكره هنا هو الذي استقر عليه رأيه والأصح عندي ما اختاره هنا.

من الثلث واستسعى القريب في الباقي ولو أوصى له بمن ينعق عليه فقبله انعتق من صلب المال لأن اعتبار الثلث إنما هو في ما يخرج عن ملكه اختياراً (وكذا) لو وهب أو ورث (وكذا) المفلس والمحجور عليه والمديون والمريض ولو وهب ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مأتين وابناً آخر عتق وأخذ مئة ولو كان قيمته مأتين والتركة مئة عتق أجمع وأخذ خمسين.

ولو اشترى ابني عم بألف لا يملك سواها ثم أعتق أحدهما ووهبه الآخر وخلفهما مع مولاه ولا وارث له سواه أعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى ثم يرث بثلثه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية اتساعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى (ويحتمل) عتق جميعه ويرث أخاه لأنه بالإعتاق يصير وارثاً لثلثي التركة فتنفذ إجازته في عتق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث ولو ملك من يرثه ممن لا ينعق عليه كابن عمه ثم مات ملك نفسه وعتق وأخذ باقي التركة إن لم يكن هناك وارث ولو كان هناك وارث لم يعتق وإن كان أبعد فإن أعتقه في مرضه فإن خرج من الثلث عتق وأخذ التركة وإلا عتق ما يحتمله الثلث وورث بنسبته وكذا لو كان قد أقر بأنه كان أعتقه في صحته مع التهمة وكل ما يلزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه كأرش الجناية وجناية عبده وما عارض عليه بثمن المثل وإتلاف مال الغير ظلماً أو غيره والنكاح بمهر المثل، يمضي من الأصل.

ولو أعتق المستوعب أو وهبه ثم مات المعتق أو الموهوب قبله احتتمل البطلان

قال دام ظله: ولو اشترى ابني عم بألف لا يملك سواها (إلى قوله) ثم يكمل له الميراث.

أقول: وجه الأول أنه لا شك في اعتبار العتق من الثلث لأنه تبرع فيعتق ثلثاه لأنه ثلث التركة فيرث ثلثي التركة على ما يأتي والتركة ثلثه وكل أخيه فيكون له تسعاه وثلثا أخيه ويبقى للمولى تسعة وثلث أخيه والحق الثاني (ووجهه ما ذكره المصنف).

قال دام ظله: ولو أعتق المستوعب (إلى قوله) والصحة فيه. أقول: وجه الأول أنه لا يصح التبرع في جزء ما حتى يملك الورثة ضعفه و

في الجميع والصحة فيه ولو أعتق تبرعا ثم أقر بدين فإن كان متهما نفذ العتق أولا وإن لم يكن متهما فالأقرب تقديم الدين، ولو باع فحابي فإن أجاز الورثة لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري الفسخ فله ذلك لتبعض الصفقة، وإن اختار الإمضاء قال علماؤنا يصح

ما قابل الثمن من الأصل والمحاباة من الثلث والحق عندي مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء

ليس (ووجه) الثاني أن التبرع لم يتلف شيئا على الورثة ولا فرق بين وجوده وعدمه بالنسبة إليهم فيصح (ولأن) التصرف لا يقع باطلا في نفسه بل يبطل برد الورثة له بعد الموت وزيادته على الثلث وهما غير متحققين هنا إذ لا يتحققان إلا في مال وهذا ليس بمال ولا يتحقق المالية فيه بوجه وإذا تحقق المقتضي وانتفى المبطل صح و الفائدة تظهر في قضاء الصلاة مع تمكنه من الإتيان بها بعد العتق إذا خلف ولدا والجنابة خطأ ووصية الغير له بشيء أو هبته أما إذا كان له كسب بعد الإعتاق كان بمنزلة الموجود فإن كان ضعف قيمته ولا وارث له إلا السيد فقد مات حرا بلا خلاف بين المسلمين أما على القول بأنه يموت حرا إذا لم يخلف شيئا فهنا أولى وإن قلنا يموت رقا هناك فسببه أن السيد لم يخلف شيئا وهنا قد خلف شيئا لأن كسبه للسيد على كل تقدير فحصل للورثة ضعف قيمة العبد فيعتق قطعا وإن كان الكسب مثل قيمته فإن قلنا لو لم يخلف شيئا مات حرا فهنا أولى وإن قلنا مات رقيقا فهنا لا يرق لأن المولى خلف شيئا فيحتمل هنا أن لا يعتبر الثلث لأنه إن اعتبر لم يتوفر على الورثة شيء وإن لم يعتبر

لم ينقص والموجود خير من ضعف المعدوم فيصح (ويحتمل) اعتباره فنقول صح العتق في نصفه وللمولى كل الكسب النصف بتبعية الملك الباقي له منه بعد العتق والنصف الآخر بحق الإرث فيحصل لوارثه ضعف ما انعتق (العتق - خ ل) فيصح العتق وباقي شعب هذه المسألة وفروعها تركناه مخافة التطويل.

قال دام ظله: ولو أعتق تبرعا (إلى قوله) فالأقرب تقديم الدين. أقول: وجه القرب أن التبرع متأخر عن الدين بإقراره طريق شرعي كالبينة لعدم التهمة فيه (ويحتمل) عدمه لأنه إقرار في حق العبد فلا يقبل والأصح الأول. قال دام ظله: ولو باع فحابي فإن أجاز الورثة لزم البيع (إلى قوله)

المبيع كما في الربوي (ولأن) فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن، وكما لا يصح فسخ البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن فلو باع عبدا لا يملك سواه وقيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى بثلثي ماله (فعلى الأول) يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن لأنه استحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن (وعلى ما اخترناه) يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن وينفسخ البيع في الباقي لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه كما لو اشترى قفيزا يساوي تسعة بقفيزا يساوي ثلاثة ولو باعه بخمسة عشر جاز في ثلثيه بثلثي الثمن.

(وعلى الأول) في خمسة أسداسه بالجميع (وطريق) هذا أن ينسب الثمن وثلث التركة إلى قيمته فيصح البيع في مقدار تلك النسبة وهي خمسة أسداسه وعلى ما اخترناه تسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن أو ينسب الثلث إلى المحاباة فيصح البيع في قدر تلك النسبة فإن خلف عشرة أخرى فعلى قولنا يصح البيع في ثمانية اتساعه بثمانية اتساع الثمن.

(وعلى ما اخترناه) علماؤنا يأخذ المشتري نصفه وأربعة اتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه أو نسب الثمن إلى المثلث ونستخرج قدر المحاباة فللورثة ضعفها من العبد والثلث (فنقول) في الأولى صح البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن فالمحاباة بثلثي شيء فللورثة شيء وثلث والشئ من العبد فيبطل من الثمن

مع بقاء جميع الثمن.

أقول: الأول قول الشيخ الطوسي رحمه الله وكثير من علمائنا أما صحته في مساوي الثمن فالأن المقتضي موجود والمانع وهو التبرع منتف وأما اعتبار الثلث في الزائد فلأنه هبة في الحقيقة والحق اختيار المصنف (لأن) فيه مقابلة بعض المبيع بقسط من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن كما لو اشترى عينين بثلث واحد وانفسخ العقد في أحدهما وقول علمائنا يستلزم أخذ بعض المبيع بجميع الثمن وهو مخالف للإيجاب فأشبهه ما لو قال بعثك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها.

ثلث شئ فالثمن في تقدير ثلثي شئ والعبد في تقدير شيئين فالشئ خمسة عشر فللمشتري خمسة عشر هي نصفه فرجع إليه من الثمن خمسة وكذا للورثة. (وفي الثانية) يصح البيع في شئ بنصف شئ من الثمن فالمحابة بنصف شئ فللورثة شئ وقد حصل لهم من الثمن نصف شئ يبقى لهم نصف شئ من العبد فيطلب البيع في مقابله وهو ربع شئ من الثمن فالعبد في تقدير شئ ونصف والثمن في تقدير نصف شئ وربع فالشئ عشرون.

(وفي الثالثة) صح البيع في شئ من العبد بنصف شئ من الثمن فللورثة مقابل المحابة شئ من التركة والثمن وقد حصل لهم نصف شئ من الثمن فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شئ ونصف فالشئ ستة وعشرون وثلثان. المطلب الثالث

في المسائل الدورية في هذا الباب وهي أنواع (الأول) العتق وفيه مسائل الأولى إذا خرجت العتية المنجزة من الثلث حال الموت تبينا صحتها حال العتية وإلا فما يحتمله الثلث فإن نمي المعطى أو كسب شيئاً

قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما أفضى إلى الدور فلو أعتق عبده ولا شئ سواه فكسب مثل قيمته ثم مات السيد فللعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه للسيد فيزداد به مال السيد فيزداد الحرية فيزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب فتتقص به الحرية.

(وطريقة) استخراج قدر الحرية أن نقول عتق منه شئ وله من كسبه شئ و للورثة من العبد وكسبه شيئان لأن لهم ضعف ما عتق وقد عتق منه شئ ولا يحسب على العبد ما حصل له من الكسب لأنه استحقه لا من سيده بل من الحرية فالعبد وكسبه نصفان بين الورثة والعبد فيتحرر نصف العبد وله نصف الكسب، ولو كسب ضعف قيمته فله من كسبه شيئان فصار له ثلاثة أشياء للورثة شيئان فينقسم العبد وكسبه خمسة للورثة خمساً وخمساً كسبه، ولو كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما

عتق منه وللورثة شيئان فيعتق ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهما فإن أقرض (اقرض - خ ل) مولاه مثل قيمته فأتلفه ثم مات عن ضعفه فإن أبرئه العبد عتق وسلم إليه (له - خ ل) باقي كسبه وإلا عتق منه خمسة أسداسه وله من كسبه وقرضه بالنسبة، ولو كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف تبسط أنصافا فله ثلاثة أسباعها فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لهم، ولو كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له بإزاء كل دينار شيئا فقد عتق منه مئة شيء وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء فيعتق منه مئة جزء وتسعة أجزاء من ثلاثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه، ولو استغرق دين المولى القيمة والكسب صرف الجميع في الدين وإلا صرف من العبد وكسبه ما يقتضي به الدين والباقي يقسم كالكمال وكسبه فلو كان كل من الدين والكسب كالقيمة صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم الباقي نصفين وكذا باقي الكسب ولو كان للسيد مثل قيمته وكسب العبد مثلا آخر قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الأربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق ثلاثة أرباع العبد وله ثلاثة أرباع كسبه.

(المسألة الثانية) لو أعتق عبدا قيمته عشرون ثم آخر عشرة فكسب كل عبد مثل قيمته أكملت الحرية في الأول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة فلكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم ولو بدء بالأدنى عتق كله وأخذ جميع كسبه واستحق الورثة من الآخر وكسبه مثلي المعتق وهو نصفه ونصف كسبه فيبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلا ما انعتق منهما ولو أعتقهما دفعة أقرع فمن خرجت قرعته كان حكمه كما لو بدء به.

(الثالثة) لو أعتق ثلاثة قيمتهم سواء وعليه دين يساوي أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرع لإخراج الدين فإن وقعت على غير المكتسب يبع في الدين ثم

أقرع بين المكتسب والآخر لأجل الحرية فإن وقعت على غير المكتسب عتق كله ورق الآخر وماله لهم وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة، ولو وقعت قرعة الدين على المكتسب قضي الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرع بين باقيه والآخرين للحرية فإن وقعت على غيره عتق كله وإن وقعت عليه عتق باقيه وأخذ باقي كسبه ثم أقرع بين العبدین لا تمام الثلث فمن وقعت عليه عتق ثلثه وكذا لو وهب أحدهم كان للمتهب من العبد وكسبه مثل ما للعبد من نفسه وكسبه في هذه المسائل.

(الرابعة) لو أعتق عبدین مستوعبين متساويين في القيمة دفعة فمات أحدهما فإن وقعت القرعة عليه فالحي رق وتبين أن الميت نصفه حر لأن مع الورثة مثلي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ولا يحسب الميت على الورثة، ولو أعتق عبدا مستوعبا قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وظهر أنه مات حر أو أن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئا وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر وباقيه رق والعشرة يستحقها السيد نصفها بالرق والباقي بالولاء، فإن خلف وارثا قريبا فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون له إرثه ولسيده شيئا فتقسم العشرة على ثلاثة للوارث ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه، ولو كان المعتق جارية وخلفت زوجها ومعتقها ثم مات السيد فلنا أن نجعل للجارية من تلك العشرة وصية ثم نزيد عليها نصف وصية لأن الراجع إلى السيد من وصية الجارية نصفها فيكون مع ورثة السيد عشرة إلا نصف وصية وذلك مثل وصيتين فنحبر العشرة بنصف وصية فتكون العشرة مثل وصيتين ونصف فالوصية الواحدة خمسا هذه فأخرج من العشرة خمسيها وهي أربعة فهي وصية الجارية والباقي سعاية الجارية. (وامتحانه) أن تدفع من العشرة التي هي تركته أربعة للوصية تبقى ستة وهي السعاية فاجعلها في يد ورثة السيد (ثم) أقسم الأربعة بين ورثة الجارية وورثة السيد نصفها للزوج اثنان ونصفها للسيد اثنان فزدهما على الستة التي كانت في أيديهم فيصير لهم ثمانية وهي مثلا الوصية لأن الوصية أبدا بالثلث، ولو خلف عشرين فله من كسبه شيئا

لوارثه ولسيده شيخان فالعشرون بين السيد والوارث نصفان وتبين أنه عتق نصفه فإن مات الولد قبل موت السيد وكان ابن معتقة ورثه السيد لأننا تبينا أن أباه مات حرا لأن السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه إلى سيده فورثه ولو لم يكن ابن معتقة لم ينجر ولاءه ولم يرثه سيد أبيه وكذا ينجر لو خلف الابن عشرين ولم يخلف الأب شيئا أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت فإنه يرث الولد ولو لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه لأن أباه لم يعتق وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة (فنقول) عتق من العبد شيء وينجر من ولاء ابنه بمثله ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسة وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة لمولى أمه فتقسم بين السيد ومولى الأم نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من الأب.

الخامسة لو أعتق جارية قيمتها خمسمائة ثم ماتت وتركت خمسمائة وزوجا وأوصت لرجل بالثلث (ثم) مات السيد وعليه خمسون تأخذ خمسمائة وتدفع منها وصية وتدفع تلك الوصية بوصية الجارية (ثم) تدفع ثلثها إلى الموصى له بالثلث يبقى ثلثا وصية بين الزوج وورثة السيد نصفين فلزوج ثلث وصية ولورثة السيد ثلث وصية فزدها على خمسمائة التي هي القيمة ثم ادفع منها دين السيد يبقى أربعمائة وخمسون وثلث وصية وهو مثل ثلاث وصايا فاطرح ثلث وصية بمثلها تبقى أربعمائة وخمسون مثل وصيتين وثلثي وصية فالوصية الواحدة ثلاثة أثمانه فتخرج من أربعمائة وخمسين ثلاثة أثمانها وهو مائة وثمانية وستون درهما وثلثا أربع درهم فتلك وصية الجارية وسعايتها

تمام القيمة وهي ثلاثمائة واحد وثلثون درهما وربع درهم.

وامتحانه أن تجعل السعاية في يد ورثة السيد وهي ثلاثمائة واحد وثلثون درهما وربع درهم ثم خذ الوصية وهي مائة وثمانية وستون وثلثا أربع درهم فادفع ثلثها في وصية الجارية لأنها أوصت بثلث مالها فيبقى مائة واثنى عشر ونصف فاجعل للزوج نصف ذلك ستة وخمسون وربع ولورثة السيد ما بقي ستة وخمسون وربع فتزيدها على ما في أيديهم فتكون ثلاثمائة وسبعة وثمانين ونصفا فادفع خمسين دين

السيد يبقى لهم ثلاثمائة وسبعة وثلاثون ونصف وهي مثل الوصية مرتين.
النوع الثاني المحاباة

أما النكاح فلو تزوج وأصدق عشرة مستوعبة ومهر مثلها خمسة فلها مهر المثل
وثالث المحاباة فإن مات قبله فورثها ولم تخلف سوى الصداق دخلها الدور فتصح
المحاباة في شيء فيكون لها خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج
خمس إلا شيئاً ثم رجع إليه بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار
لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة فكان
لها ثمانية يرجع إلى ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فإن ترك
الزوج خمسة أخرى بقي مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين
فالشئ خمسة فيصح لها جميع المحاباة ويرجع ما حاباها به إلى ورثة الزوج و
بقي لورثتها صداق مثلها ولو كان للمرأة خمسة فلا شيء للزوج بقي مع الزوج
عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشئ أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسة
أربعة عشر يرجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية
ولورثتها سبعة ولو تركت دينارين عاد إلى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف ونصف شيء
صار لهم ثمانية ونصف إلا نصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته
سبعة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمس.

وأما الخلع فلو خالعه في مرضها بأكثر من مهرها فالزائد محاباة تمضي
من الثلث فلو خالعه بثلاثين مستوعبة وصداق مثلها اثني عشر فله ثمانية عشر اثنا عشر
قدر الصداق وستة ثلث الباقي ولو كان صداقها ستة فله أربعة عشر ولو تزوج المريض
بمائة مستوعبة ومهر المثل عشرة ثم مرضت فاختلفت منه بالمائة وهي تركتها فلها
مهر مثلها وشيء بالمحاباة والباقي له ثم يرجع إليه مهر المثل وثالث الشيء بالمحاباة
فصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثلاثة أثمانها
وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك مع مهر المثل ويرجع إليه مهر المثل وثالث
الباقي اثني عشر ونصف فيصير لورثته خمسة وسبعون وهو مثلاً المحاباة.

وأما البيع فقد مضى حكمه ونزید (فنعول) لو باع عبدا مستوعبا قيمته ثلاثمائة بمائة فأتلّفها (فعلى) ما اخترناه نحن في ما تقدم صح البيع في شيء من العبد بثلاث شيء من الثمن ويطل في ثلاثمائة إلا شيئا وعلى الورثة دفع تمام المائة لأن البائع أتلّفها فصارت دينا وهو مائة إلا ثلث شيء فيبقى للورثة مأتان إلا ثلثي شيء تعدل مثلي ما جاز بالمحابة وهو ثلثا شيء فإذا جبرت وقابلت صار مائتان تعدل شيئين فالمائة تعدل شيئا وهو الذي يصح فيه البيع من العبد وذلك ثلثه بثلاث الثمن وبقي مع الورثة ثلثاه فيردون على المشتري بقية الثمن وهو ثلثاه فيبقى معهم من العبد بعد الردة أنه ثلاثة وثلاثون وثلث وهو مثلا ما جاز بالمحابة وعلى قول علمائنا يصح البيع في خمسة اتساعه بجميع الثمن وقد حصل في ضمن ذلك المحابة وبقي للورثة أربعة اتساعه

وهو مثلا الجائز بالمحابة.

(أو نعول) له بالمائة التي هي الثمن ثلث العبد وله بالمحابة ثلث الباقي وهو تسعا العبد فيجتمع له خمسة اتساع العبد بجميع الثمن ويبقى مع الورثة أربعة اتساعه وهو مثلا المحابة، ولو اشترى المريض عبدا قيمته ثلاثمائة بمائة ثم تقايلا ومات المشتري ولا شيء له (سوى) العبد (فطريقه) أن تصح الإقالة في شيء من الثمن بثلاثة أشياء من العبد يبقى ثلاثمائة إلا ثلاثة أشياء ورجع إليه شيء من الثمن يبقى ثلاثمائة إلا شيئين تعدل مثلي المحابة وذلك أربعة أشياء فتصير بعد الجبر والمقابلة ستة أشياء تعدل ثلاثمائة فالشئ خمسون وهو الجائز بالإقالة وذلك نصف الثمن فقد صحت الإقالة في نصف العبد بنصف الثمن فقد حصل في ضمن ذلك المحابة ويبقى مع الورثة نصف العبد وهو مائة وخمسون ونصف الثمن بفسخ البيع ومجموعهما مائتان وهو مثلا المحابة. (وعلى اختيار) علمائنا نجز الإقالة في ثلثي العبد بجميع الثمن وقد حصل في ضمن ذلك المحابة فيحصل لهم الثمن بفسخ البيع وثلث العبد مجانا فيجتمع لهم الثمن كله وثلث العبد وهو مثلا المحابة ولو كان المشتري قد خلف ثلاثمائة أخرى صحت الإقالة في جميع العبد لأنه قد حصل لهم الثلاثمائة التي خلفها والمائة الثمن فذلك أربعمائة وهو مثلا المحابة.

تنفيذ المريض لفعله أو لفعل مورثه كابتدائه وإن كان منجزا فلو باع صحيحا ما قيمته ثلاثون بعشرة والخيار له فاختار لزوم مريضا مضى من الثلث وكذا لو باع الصحيح بخيار ثم مات فورثه المريض قبل انقضائه اعتبرت إجازته من الثلث على إشكال أما إجازته لوصية مورثه أو منجزاته في المرض فمن الثلث قطعاً.

قال دام ظلّه: وكذا لو باع الصحيح بخيار (إلى قوله) من الثلث على إشكال أقول: تقرير هذه المسألة أنه إذا باع الصحيح الجائز التصرف ماله بدون ثمن المثل وشرط لنفسه الخيار مدة معلومة ثم مات قبل انقضائه فورثه مريض وأجاز البيع في مرض الموت هل يمضي الإجازة من الثلث أو من الأصل قال المصنف فيه إشكال (ينشأ) من أن المشتري هل يملك قبل لزوم البيع في مدة الخيار أو لا فعلى الثاني يكون في مدة الخيار تركته في حكم مال الميت فيعتبر إجازته من الثلث وعلى الأول (يحتمل) نفوذها من الأصل (لأنه) لم يخرج مالا بل رضي ببيع صادر من صحيح البدن غير محجور عليه وهذا أقوى عندي (ويحتمل) ضعيفا اعتباره من الثلث لأن خروجه عن الموروث غير مستقر وإنما يستقر نقل الملك بإجازة الوارث فإجازته سبب في التملك المستقر فصار كما لو ملك بيعه (وفيه نظر) لأنه يكفي فيه الترك أي ترك الفسخ حتى ينقضي الخيار فيلزم وكلما يكفي فيه الترك لا يكون من فعله فلا يعتبر فيه الثلث وهذا بخلاف ما لو باعه الصحيح بغير علمه جاهلا بالقيمة فورثه المريض وأجازته فإن إجازته سبب لنقل الملك لا غيرها وفورية الفسخ بخيار الغبن على القول بفوريته إنما هو في صحيح البدن المتصرف في ملكه شرعا أما المريض فمع زيادة العين على الثلث لا يكون خياره على الفور بالنسبة إلى الوارث إجماعاً ولهذه الدقيقة قيد المصنف بقوله بخيار أما لو باع الصحيح بخيار ثم زادت القيمة السوقية زيادة كثيرة فورثه المريض وأجاز البيع فإنه هنا لا يعتبر الثلث قطعاً لأن فسخه اكتساب وإجازته عدم اكتساب وملك الزيادة هنا لتمليك الأصل لا يتوقف على زائد على سبب تملكه ولهذه الدقيقة قيدنا البيع بأقل من ثمن المثل.

النوع الثالث

الهبة والعقر وفيه مسائل

المسألة الأولى لو وهب عبده المستوعب وأقبض وقيمته مائتان وكسب مائة ثم مات الواهب (فنقول) صحت الهبة في شيء وتبعه من كسبه نصف شيء وللورثة شيان مثلا ما جازت فيه الهبة فيكون الجميع ثلاثة أشياء ونصفا يعدل الكسب والرقبة وذلك ثلاثمائة فيخرج قيمة الشيء الواحد خمسة وثمانون وخمسة أسباع العبد ويتبعه من الكسب مثل نصفه اثنان وأربعون وستة أسباع وهو ثلاثة أسباع الكسب ويبقى للورثة (من العبد) أربعة أسباعه وذلك مائة وأربعة عشر وسبعان (ومن) الكسب مثل نصفه سبعة وخمسون وسبع وهو أربعة أسباعه ومجموع ذلك مائة واحد وسبعون وثلاثة أسباع وهو مثلا ما جاز بالهبة فإن كان المتهب مريضا وعاد فوهبه من الواهب وماتا ولا مال لهما سواه جازت الهبة في شيء ويتبعه من كسبه مثل نصفه فيصير شيئا ونصفا فلما عاد ووهبه من الواهب صحت هبته في ثلث ذلك وهو نصف شيء فزده على ما بقي بيد ورثة الواهب فيصير معهم ثلاثمائة إلا شيئا وهو يعدل مثلي ما جاز بالهبة وهو شيان فإذا جبرت وقابلت صار ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء الواحد مائة وهو نصف العبد ويتبعه من كسبه مثل نصفه وهو خمسون ويبقى مع ورثة الواهب نصف العبد و نصف الكسب وذلك مائة وخمسون ورجع إليهم بالهبة الثانية ثلث ما جاز بالهبة و ذلك خمسون فيجتمع معهم مائتان وهو مثلا (١) ما جاز بالهبة وبقي مع ورثة الموهوب له مائة وهي مثلا ما جازت فيه هبة المتهب.

المسألة الثانية لو وهب أخته مائة لا يملك سواها وأقبض فماتت عنه وعن زوج فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يصير الشيء خمسي ذلك أربعون ترجع إلى الواهب منها عشرون فيكمل معه ثمانون وبقي للزوج عشرون ومن طريق الباب تأخذ عددا لثلثه نصف وهو ستة فتأخذ ثلثه اثنين وثلثي نصفه سهما

(١) بالإضافة.

يبقى سهم فهو للأخت ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة على خمسة والسهم المسقط لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه.

الثالثة لو وهب مريض مريضا مائة لا يملك سواها ثم عاد المتهب فوهبها للأول ولا يملك غيرها فقد صحت الهبة في شئ ثم الثانية في ثلثه بقي للموهوب الأول ثلثا شئ وللواهب مائة إلا ثلثي شئ يعدل شيئين أجبر (١) وقابل يخرج الشئ سبعة وثلثين ونصفا رجع إلى الواهب ثلثها اثني عشر ونصف وبقي للموهوب خمسة وعشرون و من طريق الباب تضرب ثلاثة في ثلاثة وتسقط من المرتفع سهمي ثمانية فاقسم المائة عليها لكل سهمين خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهمي بقي سهمان فهى للموهوب الأول وذلك هو الربع ولو خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شئ يعدل شيئين فالشئ ثلاثة أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسون.

الرابعة لو وهبه جارية مستوعبة قيمتها ثلاثون ومهر مثلها عشرة فوطئها المتهب ثم مات الواهب فقد صحت الهبة في شئ وسقط عنه من مهرها ثلث شئ وبقي للواهب أربعون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين، فبالجبر والمقابلة يخرج الشئ خمس ذلك و عشره وهو اثنا عشر خمسا الجارية (٢) فتصح فيه الهبة ويبقى للواهب ثلاثة أحماسها و له على المتهب ثلاثة أحماس مهرها ستة وكذا لو وطئها أجنبي ويكون عليه ثلاثة أحماس المهر للواهب وخمسان للمتهب إلا أن الهبة إنما تنفذ في ما زاد على الثلث مع حصول المهر من الواطي فإن لم يحصل شئ لم تزد الهبة على الثلث وكلما حصل منه شئ نفذت الهبة في الزيادة على قدر ثلثه، ولو وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شئ يبقى معه ثلاثون إلا شيئا وثلثا يعدل شيئين فالشئ تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطي وعليهم عقر الذي جازت الهبة فيه ثلاثة فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمسها

(١) بصيغة الأمر

(٢) عطف بيان لقوله اثنا عشر.

الخامسة لو تزوج على مائة مستوعبة ومهر المثل عشرون فلها بالمثل عشرون وبالمحابة شئ وللورثة ثمانون إلا شيئاً يعدل مثلي ما جاز بالمحابة وذلك شيئان أجبر وزد فتصير ثلاثة أشياء تعدل ثمانين فالشئ ستة وعشرون وثلثان وهو الجايز لها بالمحابة فيجتمع لها بالمحابة ومهر المثل ستة وأربعون وثلثان وللورثة ثلاثة وخمسون وثلث مثلاً المحابة، ولا دور، فإن ماتت قبله دخلها الدور فإن المحابة تزيد لرجوع بعضها إليه بالإرث.

(فنقول) لها بالمثل عشرون وبالمحابة شئ وللزوج ثمانون إلا شيئاً ورجع إليه نصف ما معها وهو عشرة ونصف شئ فيجتمع معه تسعون إلا نصف شئ يعدل مثلي ما جاز بالمحابة وذلك شيئان فإذا جبرت وقابلت صار معك شيئان ونصف تعدل تسعين فالشئ ستة وثلثون وهو الجايز لها بالمحابة فيكون لها بالمثل عشرون وبالمحابة ستة وثلثون وبقي مع الزوج أربعة وأربعون ويرجع إليه بالإرث النصف ثمانية وعشرون فيجتمع معه اثنان وسبعون وهو مثلاً (١) الجايز بالمحابة و يبقى مع ورثتها ثمانية وعشرون، ولو أوصت بثلث مالها فلها بالمثل عشرون و بالمحابة شئ والوصية ثلثه وهو ستة وثلثان وثلث شئ فيرجع إلى الزوج نصف الباقي وهو ستة وثلثان وثلث شئ فزده على ما بقي معه وذلك ثمانون إلا شيئاً فيجتمع معه ستة وثمانون وثلثان إلا ثلثي شئ يعدل مثلي ما جاز بالمحابة وذلك شيئان فإذا جبرت وقابلت صار معك شيئان وثلثا شئ يعدل ستة وثمانين وثلثين (فابسط) الجميع أثلاثاً يصير الأشياء ثمانية والدرهم مائتين وستين (فاقسم) الدرهم على الأشياء يخرج من القسمة اثنان وثلثون ونصف وهو الشئ وذلك هو المحابة (فزد) ذلك على مهر المثل وهو عشرون يصير اثنين وخمسين ونصفاً (فاعط) ثلثها للوصية وهو سبعة عشر ونصف (واعط) نصف الباقي وهو سبعة عشر ونصف للزوج بالإرث (فزده) ذلك على ما بقي معه وهو سبعة وأربعون ونصف تصير معه خمسة وستون وذلك مثلاً (٢) المحابة، فإن كان عليها دين عشرة وأوصت بثلث مالها فلها بالمثل

(١) بالإضافة

(٢) بالإضافة.

عشرون وبالمحابة شئ ويخرج من ذلك للدين عشرة ويبقى عشرة وشئ للوصية
ثلثها ثلاثة وثلث وثلث شئ وللزوج نصف الباقي ثلاثة وثلث وثلث شئ فزد ذلك
على ما بقي معه وهو ثمانون إلا شيئاً فيصير معه ثلاثة وثمانون وثلث إلا ثلثي شئ
يعدل مثلي ما جاز بالمحابة وهو شيئان فيصير بعد الجبر والمقابلة ثلاثة وثمانون و
ثلث تعدل شيئين وثلثي شئ فإذا بسطت الجميع أثلاثاً صار قيمة الشئ أحداً
وثلاثين وربعا وهو الجائز بالمحابة فزد ذلك على [مهر] المثل وهو عشرون
فيصير أحداً وخمسين وربعا فاعط الغريم منها عشرة تبقى أحد وأربعون وربعا
فأعط ثلثها للوصية وذلك ثلاثة عشر وثلاثة أرباع وأعط الزوج نصف الباقي وهو
ثلاثة عشر وثلاثة أرباع وبقي ثلاثة عشر وثلاثة أرباع لورثة الزوجة وتحصل بيد
ورثة الزوج ثمانية وأربعون وثلاثة أرباع بنقص الصداق وثلاثة عشر وثلاثة
أرباع بالميراث فيجتمع معهم اثنان وستون ونصف وهو مثلاً (١) ما جاز بالمحابة.
السادسة لو وهبه جارياً مستوعبة وقيمتها مائة وعقرها خمسون فوطئها رجل
بشبهة ثم مات فالعقر من جملة الكسب فنقول صحت الهبة في شئ من الجارية وتبعها
من العقر مثل نصفه وللورثة شيئان مثلاً الهبة فيصير ثلاثة أشياء ونصفاً فاقسم عليها قيمة
الجارية والعقر وهو مائة وخمسون يخرج من القسمة اثنان وأربعون وستة أسباع
وهو ثلاثة أسباع وفيه صحت الهبة من الجارية ويتبعه من العقر أحد وعشرون و
ثلاثة أسباع للمتعب ويبقى للورثة أربعة أسباعها وهو سبعة وخمسون وسبع من العقر
مثل نصف ذلك ثمانية وعشرون وأربعة أسباع فذلك خمسة وثمانون وخمسة أسباع
وهو مثلاً ما صحت فيه الهبة.

ولو وطئها المتعب جازت الهبة من الجارية في شئ ويتبعها من العقر مثل نصفه
فيصير شيئاً ونصفاً وللورثة شيئان مثلاً ما صحت فيه الهبة فالمجموع ثلاثة أشياء ونصف
فاقسم عليها مائة وخمسون قيمة الجارية والعقر يخرج بالقسمة اثنان وأربعون وستة
أسباع وهو ما صحت فيه الهبة وتبعه مثل نصفه من العقر فيسقط لأنه حصل في ملكه يبقى

(١) بالإضافة.

لورثة الواهب من الجارية أربعة أسباعها سبعة وخمسون وسبع ويبقى لهم من العقر مثل نصف ذلك ثمانية وعشرون وأربعة أسباع فيأخذونها من الموهوب له ومجموع ذلك خمسة وثمانون وخمسة أسباع مثلاً (١) الجائز بالهبة،

ولو وطئها الواهب جازت الهبة في شيء وتبعه مثل نصفه ولورثة الواهب شيئان فاقسم عليها الرقبة وهو مائة ويسقط باقي العقر باستيفاء الواهب له بالوطي فيخرج من القسمة ثمانية وعشرون وأربعة أسباع وذلك قدر الهبة وله بالعقر مثل نصف ذلك أربعة عشر وسبعان ومجموع ذلك اثنان وأربعون وستة أسباع ويبقى لورثة الواهب سبعة وخمسون وسبع وهو مثلاً (٢) الهبة.

ولو وطئها جميعاً جازت الهبة في شيء وبطلت في مائة إلا شيئاً وعلى الواهب عقر ما جازت فيه الهبة وهو نصف شيء وعلى الموهوب له عقر ما بطلت فيه الهبة وهو خمسون

إلا نصف شيء فيصير مع الواهب مائة وخمسون إلا شيئين وهو تعدل مثلي ما يصح فيه الهبة وذلك شيئان فإذا جبرت وقابلت صار معك أربعة أشياء تعدل مائة وخمسين فالشيء يعدل سبعة وثلاثين ونصفاً وذلك قدر الهبة وبطلت في اثنين وستين ونصف وعلى الواهب عقر ما وطئ نصف شيء وذلك ثمانية عشر وثلاثة أرباع وعلى الموهوب له عقر ما وطئ خمسون إلا نصف شيء وهو أحد وثلاثون وربع فإذا تقاصا بقي على الموهوب له اثني عشر ونصف فزدها على ما بقي للواهب فيكون خمسة وسبعين وذلك مثلاً الجائز بالهبة.

السابعة لو أعتق جارية قيمتها ثلث التركة ثم تزوجها على ثلث آخر ودخل سقط المسمى وإلا دار لأن ثبوته يستدعي النكاح المتوقف على صحة العتق في الجميع المتوقف على بطلان المسمى ليخرج من الثلث نعم يثبت مهر المثل وإن كان أكثر من المسمى ولا يثبت الأقل منه ومن مهر المثل لأنه كالأرش. فلو كان بقدر ثلث صح العتق في شيء ولها من مهر المثل بإزائه وللورثة شيئان بإزاء ما عتق فالتركة في تقدير

(١) بالإضافة

(٢) بالإضافة.

أربعة أشياء شيئان للجارية وشيئان للورثة فيعتق ثلاثة أرباعها ولها ثلاثة أرباع مهر المثل والباقي للورثة ولو كان مهرها نصف قيمتها وهي مستوعبة عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان يقسط الجميع سبعة فلها ثلاثة ولهم أربعة فيتحرر ثلاثة أسباعها ولو أراد الورثة أن يدفعوا حصتها من مهرها وهو سبعها ويعتق منها سباعها ويسترقوا خمسة أسباعها فليس لهم ذلك، ولو كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها عتق ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وإنما قل العتق لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها وطريقه أن نقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها

فالشئ سباعها وسبعها نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك

من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه، ولو كان يملك مثل القيمة عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها يبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ما عتق منها.

وطريقه أن تجعل السبعة إلا شيئاً معادلة لها ولقيمتها فعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها وإن كان يملك مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها وإن لم تسقط عتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سباعها ونكاحها ولو خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها لأن ذلك يخرج من الثلث ولو زوج أمته عبداً وقبض الصداق وأتلفه ثم أعتقها فلا خيار لها إذ لو فسخت لارتد المهر ولم تخرج من الثلث فيبطل العقد والخيار، ولو أوصى له بنسبته فمات قبل القبول و خلف أخاه فقتل عتقت ولم ترث وإلا لحجبت الأخ فيبطل القبول فيبطل العتق.

النوع الرابع الجنائيات

(الأولى) لو وهبه عبداً مستوعباً فقتل العبد الواهب فإن اختار المتهب الدفع دفعه أجمع نصفه بالجنائية ونصفه لانتقاض الهبة فيه لأن العبد قد صار إلى الورثة وهو

مثلا نصفه فتبين صحة الهبة في نصفه وإن اختار الفداء فخلافاً (قيل) بأقل الأمرين (وقيل) بالأرش فإن كانت قيمته دية فنقول صحت الهبة في شيء وندفع إليهم باقي العبد وقيمة ما صحت الهبة فيه وذلك يعدل شيئين فالشئ نصف العبد، ولو كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية فاختار فدائه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشئ وثلاثين فصار مع الورثة عبد وثلاثا شيء يعدل شيئين فالشئ ثلاثة أرباع فتصح الهبة في ثلاثة أرباع العبد ويرجع

إلى الواهب ربه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلا (١) ما صحت فيه الهبة ولو ترك الواهب مائة دينار ضممتها إلى قيمة العبد فإن اختار دفع العبد ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاض الهبة فيصير للورثة العبد والمائة وهو مثلا ما جازت الهبة فيه وإن اختار الفداء وقد علمت أنه إذا لم يترك شيئا فدى ثلاثة أرباعه فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد يفديه بسبعة أثمان الدية.

الثانية لو أعتق عبدا مستوعبا قيمته مائة فقطع إصبع سيده خطأ عتق نصفه و عليه نصف قيمته فيصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق وأوجبنا نصف القيمة لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه (فنقول) عتق منه شيء وعليه شيء فصار مع السيد عبد إلا شيئا وشئ يعدل شيئين فأسقط شيئا بشئ يبقى ما معه من العبد يعدل شيئا مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمسا له لأنه عتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف شيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد تعدل شيئا ونصفا وهو ثلاثة أخماسه والشئ الذي أعتق خمسا له، ولو كانت قيمته خمسين فما دون عتق كله لأنه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وإن كانت قيمته شيئين قلنا عتق منه شيء وعليه شيء وثلاثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين

قال دام ظله: وإن اختار الفداء فخلافاً قيل بأقل الأمرين وقيل بالأرش أقول: قد مضى أن العبد الجاني خطأ إذا طلب مولاه افتكاكه هل يفكه بالأرش أو بأقل الأمرين فلا حاجة إلى ذكره هنا.

(١) بالإضافة.

فبقية العبد إذن ثلث فيعتق منه ثلاثة أرباعه وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد من العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما لو دبر عبد أوله دين فكلما قضى من الدين شيء عتق من الموقوف بقدر ثلثه.

الثالثة لو أعتق عبدين دفعة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأخص على النفيس جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة مولاه ثم مات أقرع بين العبدین فإن وقعت قرعة الحرية على الجاني عتق منه أربعة أحماسه وعليه أربعة أحماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسة وأرش جنايته والعبد الآخر و ذلك مائة وستون مثلاً ما عتق منه بأن نقول عتق منه شيء وعليه نصف شيء لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدین تعدل شيئين فعلمنا أن بقية العبدین شيء ونصف فإذا أضيف إلى ذلك الشيء الذي عتق صاراً جميعاً يعدلان شيئين ونصفاً فالشيء الكامل خمساها وذلك أربعة أحماس أحدهما وإن وقعت على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لأن الجناية على من ثلثه حر فيضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الأرش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيد مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه ولو كانت قيمة أحدهما خمسين وقيمة الآخر ثلاثين فجنى الأدنى على الأعلى حتى صارت قيمته أربعين فإن وقعت القرعة على الأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء يعدل الثلث و باقي العبدین شيئين فظهر أن العبدین شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانهما وقيمتها سبعون فثلاثة أثمانهما ستة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وثلثه وربع سدسه و إن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق.

(الرابعة) لو جنى عبد على حر جناية وقيمتها خمسمائة فعفى عن موجبها ثم سرت ولا شيء له سوى موجبها فإن اختار السيد الدفع فلا بحث لأن موجب الجناية مثلاً

قيمة العبد فيكون العبد لورثة المجني عليه وإن اختار الفداء (فنقول) جاز العفو في شيء

من القيمة وبقي خمسمائة إلا شيئاً يفديها السيد بمثلها لأن الدية هي مثلاً القيمة فيصير لورثة المجني عليه ألف إلا شيئين يعدل مثلي ما جاز فيه العفو وهو شيئان فيصير أربعة أشياء تعدل ألفاً فالشئ مائتان وخمسون وهو قدر العفو وذلك نصف العبد ويفدى السيد النصف الآخر بمثل قيمته وهو نصف الدية وهو مثلاً (١) ما جاز فيه العفو، ولو كانت قيمته ستمائة واختار السيد الفداء جاز العفو في شئ ويفدى السيد الباقي بمثله ومثل ثلثه فيصير لورثة المجني عليه ألف إلا شيئاً وثلثي شئ يعدل مثلي ما جاز بالعفو وهو شيئان فإذا جبرت وقابلت صار ثلاثة أشياء وثلثي شئ يعدل ألفاً فابسط الجميع أثلاثاً يصير ثلاثة آلاف تعدل أحد عشر شيئاً فالشئ الواحد يعدل مائتين واثنين وسبعين وثمانية أجزاء من أحد عشر جزء من دينار وذلك هو الجائز من العفو وهو خمسة أجزاء من أحد عشر ويفدى باقيه بمثله ومثل ثلثه من الدية وذلك خمسمائة وخمسة وأربعون وخمسة أجزاء من إحدى عشر جزء من دينار وذلك مثلاً (٢) ما جاز فيه العفو ولو كانت قيمته سبعمائة فدى السيد الباقي بمثله ومثل ثلاثة أسباعه فيصير ألفاً إلا شيئاً وثلاثة أسباع شئ يعدل شيئين فإذا جبرت وقابلت صار ثلاثة أشياء وثلاثة أسباع شئ يعدل ألفاً فالشئ الواحد سدس الألف وثمانه وذلك مائتان واحد وتسعون وثلثان وهو الجائز بالعفو من العبد وهو ثلثه وثلثا ثمنه وهو نصفه وثلثا ثمنه من الدية ومثل ثلاثة أسباعه وذلك خمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث وهو مثلاً ما جاز فيه العفو من العبد.

ولو كانت قيمة العبد ثمان مائة كان الذي يجوز فيه العفو بموجب ما تقدم من العمل خمسة أجزاء من ثلاثة عشر ويفدى السيد باقيه بمثله ومثل ربه من الدية وذلك ثمانية أجزاء من ثلاثة عشر وهو أربعمائة واثنان وتسعون وأربعة أجزاء عمن ثلاثة عشر جزء من دينار بمثلها ومثل ربعها من الدية وذلك ستمائة وخمسة عشر ديناراً وخمسة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من دينار وذلك مثلاً ما جاز فيه العفو من العبد لأن

(١) بالإضافة

(٢) بالإضافة.

الجائز من العبد بالعتفو هو خمسة أجزاء من ثلاثة عشر وذلك ثلاثمائة وسبعة دنائير و تسعة أجزاء من ثلاثة عشر جزء من دينار.

وعلى هذا لو كانت قيمة العبد تسعمائة فإن العتفو يجوز في ثلاثمائة واحد وعشرين دينارا وثلاثة أسباع دينار وذلك سبعة ونصف سبعة ويفدى السيد باقيه وذلك نصفه و سبعة بمثله ومثل تسعة من الدية وذلك خمسة أسباع العبد وهو ستمائة واثنان وأربعون وستة أسباع دينار وهو مثلا ما جاز فيه العتفو ولو كانت قيمته ألفا استوى الدفع و الفداء ولا يدخله الدور لأن العتفو يصح في ثلثه ويدفع ثلثيه أو يفديه بمثلهما من الدية وذلك مثلا ما جاز فيه العتفو.

(الخامسة) لو وهب عبدا مستوعبا قيمته مائة فجنى على الموهوب بنصف قيمته جازت الهبة في شئ من العبد ويجعل للموهوب نصف ما بطلت فيه الهبة بالجناية وذلك خمسون إلا نصف شئ ويبقى لورثة الواهب خمسون إلا نصف شئ وذلك مثلا ما جازت فيه الهبة وهو شيئان فإذا جبرت وقابلت صار خمسين يعدل شيئين ونصفا فالشئ عشرون وذلك ما جازت فيه الهبة وبطلت في ثمانين ورجع على المجني عليه نصفها بالجناية أربعون فيصير للموهوب له ستون ويبقى للورثة أربعون وهو مثلا ما جاز فيه الهبة.

ولو جنى على الواهب بنصف قيمته جاز بالهبة شئ ويرجع نصفه بالجناية فيصير للورثة مائة إلا نصف شئ وذلك يعدل مثلي ما جاز فيه الهبة وهو شيئان فإذا جبرت وقابلت صار معك مائة تعدل شيئين ونصفا فالشئ الواحد أربعون وهو الذي جازت الهبة فيه ويرجع نصفه بالجناية فيصير مع ورثة الواهب ثمانين مثلا ما جازت فيه الهبة. ولو أنه جنى على الواهب والموهوب على كل أحد بنصف ذلك قيمته جازت الهبة في شئ ويرجع نصفه بالجناية وتبطل الهبة في مائة إلا شيئا ويرجع نصف ذلك بالجناية فإذا ترادا بقي مع الموهوب له بعد الأخذ والرد خمسون ومع ورثة الواهب خمسون بعد الأخذ والرد وذلك يعدل مثلي ما جازت فيه الهبة وذلك شيئان فيكون قيمة الشئ الواحد خمسة وعشرين وهو الجائز بالهبة وتبطل في خمسة وسبعين

فإذا ترادا بقي في يد ورثة الواهب خمسون مثلاً ما جاز فيه العفو (والفروع) كثيرة ذكرنا أصولها وطولنا الكلام هنا (لأن) علمائنا رضي الله عنهم لم يتعرضوا لشيء من هذه الفروع ولا سلكوا هذا الطريق والله ولي التوفيق.

الفصل الرابع

في الوصية بالولاية وفيه مطلبان (المطلب الأولى في أركانها وهي أربعة (الأول) الموصى فيه، الوصية بالولاية استنابة بعد الموت في التصرف في ما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واستيفائها ورد الودائع واسترجاعها والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين والنظر في أموالهم والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه وتفريق الحقوق الواجبة والمتبرع بها وبناء المساجد ولا تصح في تزويج الأصغر لعدم الغبطة على إشكال.، وتصح في تزويج من بلغ فاسد العقل مع الضرورة إلى النكاح ولا في بناء البيعة وكتابة التورية فإنها معصية. (الثاني) الصيغة وهو قوله وصيت إليك أو فوضت إليك أمور أولادي أو نصبتك وصياً لهم أو في حفظ مالي أو في ماله فعله ولا بد فيه من القبول في حياة الموصي أو بعد موته، ولو قال أوصيت إليك ولم يقل لتتصرف في مال الأطفال احتمال الاقتصار على مجرد الحفظ والتصرف، ولو اعتقل لسانه فقرأ عليه كتاب الوصية فأشار برأسه

الفصل الرابع في الوصية بالولاية

قال دام ظله: ولا تصح في تزويج الأصغر لعدم الغبطة على إشكال. أقول: ويحتمل الصحة مع وجود الغبطة في التعجيل وفواتها بالانتظار كوجود كفو لا يوجد بعد ذلك عادة لأنه على هذا التقدير يناسب شرعية الوصية بذلك والأول هو المشهور من قول الأصحاب وهو الأصح لانتفاء الغاية من النكاح فينتفي صحته (ولأن) الولاية خلاف الأصل فيقتصر على محل النص وسيأتي هذه المسألة في باب النكاح مستوفاة إن شاء الله تعالى.

الثاني الصيغة

قال دام ظله: ولو قال أوصيت إليك (إلى قوله) على مجرد الحفظ

بما يدل على الإيجاب كفى ويقتصر على المأذون فلو جعل له النظر في مال معين لم يتعد إلى

غيره ولو جعل له النظر في مال الطفل الموجود لم يكن له النظر في متجددات أمواله ولو أطلق له النظر في ماله دخل فيه المتجدد.

(الثالث) الموصي وهو كل من له ولاية على مال أو أطفال أو مجانين شرعا كالأب والجد له أما الوصي فليس له الإيصاء إلا أن يأذن له الموصي على رأي فإن لم

والتصرف

أقول: وجه الأول أنه المتيقن وهو حفظ المال لاجتماع الكل عليه والأصل عدم غيره (ووجه) الثاني العرف فإنه يتقضى قيامه مقامه وليس المراد الاقتصار على قوله أوصيت إليك خاصة لأنه لا خلاف في أنه لغو بل المراد الاقتصار على قوله أوصيت إليك في أمور أطفالي ولم يتعرض للتصرف والأصح الأول.

الثالث الموصي

قال دام ظله: أما الوصي فليس له الإيصاء إلا أن يأذن له الموصي على رأي.

أقول: هذا اختيار المفيد وأبي الصلاح وابن إدريس خلافا للشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن البراج (لنا) الأصل سقوط ولايته بعد موته وعدم جواز تسليط الغير على الأطفال (ولأن) استنابته حيا أقوى من استنابته ميتا فلما لم يصح منه إبدال نفسه بغيره في الحياة فأولى أنه لا يصح منه إبدال نفسه بغيره بعد الوفاة (احتج) المخالف برواية محمد بن الحسن الصفار الصحيحة أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام رجل كان وصي رجل فمات وأوصى إلى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصية فكتب عليه السلام يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله تعالى (١) والظاهر أن مراده بالحق هنا حق الإيمان (ولأن) الوصي قد ملك من النظر بالوصية مثل ما يملكه الجد من النظر فلما جاز للجد أن يوصي فكذا الوصية (والجواب) حمل الرواية على ما إذا أوصى الموصي بذلك وهو الأصح ولهذا قال

(١) ثل باب ٧٠ خبر ١ من كتاب الوصية.

يأذن كان النظر إلى الحاكم بعد موت الوصي وكذا لو مات انسان ولا وصي له كان للحاكم النظر في تركته فإن لم يكن حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به.

عليه السلام إذا كان له قبله حق وهو أولى من جعل الحق حق الإيمان ومساواة الملك ممنوعة.

قال دام ظله: فإن لم يكن حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به على إشكال.

أقول: ينشأ (من) أنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا أعظم فروض الكفايات (ومن) انتفاء الحكم الشرعي والأصح الأول (فحكمه حكم الوصي إذن - خ).

تنبيه

المراد بالحاكم هنا السلطان العادل الأصلي أو نائبه فإن تعذر فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى فقوله (فإن لم يكن حاكم) المراد به فقد هؤلاء الثلاثة وهو اختيار والذي المصنف وابن إدريس وقال الشيخ رحمه الله في النهاية إذا مات الانسان من غير وصية كان على الناظر في أمور المسلمين أن يقيم له ناظرا ينظر في مصلحة الورثة يبيع لهم ويشترى ويكون ذلك جائزا وإن لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك أو يأمر به جاز لبعض المؤمنين أن ينظر ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الأمانة فيؤديها من غير إضرار بالورثة ويكون ما فعله ماضيا وتبعه ابن البراج فيظهر من كلامه هذا أن المراد به الأول (واحتج) الشيخ برواية سماعة قالت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدام ومماليك وعبيد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (١) علق على قيام الرجل الثقة ولم يشترط الفقه (الفقيه) فلو كان شرطا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة (والجواب) اشتراط الفقه (الفقيه - خ ل) معلوم بنصوص آخر (وللزومه) في الحاكم

(١) ثل ب ٨٨ خبر ٢ من كتاب الوصية.

على إشكال، ولا يجوز نصب وصي على أولاده الكاملين ولا على غير أولاده وإن كانوا ورثة صغاراً أو مجانين كالأخوة والأعمام نعم له نصب وصي في قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه

ولا يجوز له نصب وصي على ولده الصغير أو المجنون مع الجد للأب بل الولاية للجد و في بطلانها مطلقاً إشكال نعم تصح في اخراج الحقوق وليس للأُم أن توصي على أولادها وإن لم يكن لهم أب ولا جد، وللجد للأب أن يوصي على أولاد أولاده إذا لم يكن لهم أب ولو أوصى بثلثه للفقراء ومات وله جد أطفاله لم يتصرف الجد في الثلث بل الحاكم إذا لم يكن له وصي.

الرابع الوصي وشروطه ستة (الأول) العقل فلا تصح الوصية إلى المجنون منضماً ومنفرداً (الثاني) البلوغ فلا يصح التفويض إلى الطفل منفرداً سواء كان مميزاً أو لا ويصح منضماً إلى البالغ لكن لا يتصرف حال صغره بل يتصرف الكبير إلى أن يبلغ وحينئذ لا يجوز

للبالغ التفرد، ولو بلغ الصبي فاسد العقل أو مات جاز للكبير الانفراد ولا يداخله الحاكم وليس للصبي بعد بلوغه نقض ما فعله الكبير قبله إذا لم يخالف المشروع و

فإن أحببتم بكونه معلوماً بالضرورة من الدين (قلنا) فالفقه (فالفقيه - خ ل) كذلك. قال دام ظلّه: ولا يجوز له نصب وصي (إلى قوله) وفي بطلانها مطلقاً إشكال.

أقول: في هذه المسألة أقوال ثلاثة (ألف) قال الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط ببطلانها مطلقاً (لأن) ولاية الأب انقطعت بموته مع وجود الجد ولياً (ولأن) ولاية الجد مساوية لولاية الأب أو أقوى ولا وصي مع الأب مطلقاً فكذا مع الجد وتردد ابن إدريس (ب) عدم العمل في زمان وجود الجد الجائز التصرف ويعمل بها بعد الجد أو خروجه عن جواز التصرف ولتناولها سائر الأزمان ووجود مانع في زمان لا يقتضي بطلانها في الجميع وهو قول بعضهم (ج) ذهب الشيخ في المبسوط إلى صحتها حال حياة الجد في الثلث لأن له اخراجه عن ملك الوارث بإزالة الولاية أولى والأصح عندي الأول.

هل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه نظر (الثالث) الاسلام فلا تصح وصية المسلم إلى كافر وإن كان رحما ويصح أن يوصي إليه مثله. وهل يشترط عدالته في دينه نظر، وتصح وصية الكافر إلى المسلم إلا أن

قال دام ظلّه: وهل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه نظر. أقول: إذا أوصى إلى اثنين أحدهما صغير والآخر بالغ صح وانفرد البالغ بتصرف ما لا بد منه (وهل) له التصرف في ما يستغنى عنه أيضا فيه إشكال ينشأ (من) أن الولاية هل تثبت للطفل الآن ويكون ممنوعا لمانع كنوم الموصي عند بلوغه (يحتمل الأول) لوجود السبب (ولأنه) لم يوص إليه منفردا بل مع غيره (ويحتمل الثاني) لأنه لا يملك التصرف لنفسه حال الصغر فكذا لغيره (ولأن) في الوصاية معنى الأمانة ومعنى الوكالة من حيث إنما تعتمد تفويضا من الغير ومعنى الولاية وهو لا يتأهل لهذه المعاني (ولأن) ولاية الصبي مملوكة لغيره فلا يملك شيئا من الولاية فلا يصح جعله وليا (ولأن) الوصاية تجوز التصرف والصبي ليس من أهل التصرف (فعلى الأول) يقتصر على ما لا بد منه وهو الأصح عندي لأنه ليس بمستقل وإنما جوزنا استقلاله في الضروريات للضرورة (وعلى الثاني) يستبد مطلقا.

قال دام ظلّه: وهل يشترط عدالته في دينه نظر. أقول: إذا أوصى الكافر إلى مثله والمراد بالكافر هنا الذمي فهل يشترط في صحة وصيته عدالة الوصي في ملته أم لا فيه إشكال ينشأ (من) أن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى (ولأنها) أمانة والفاسق ليس من أهل الأمانة (ومن) أن العدالة لا تتجزى (ولأن) الكفر أعظم من الفسق لأنه منكر الأصل والفرع والفاسق ينكر الثاني لا الأول فإذا لم يكن كفره مانعا فالأولى أن لا يكون فسقه مانعا (وفيه نظر) لأن الفاسق إذا لم يعمل بما يجب ويحرم لم يفد علمه بهما وتحصيل غاية الوصية وإذا كان الكافر في ملته يعتقدهما ويعمل به حصلت الغاية فالفرق ظاهر والأصح عندي أنه لا تصح الوصية إلى الكافر مطلقا.

يكون تركته خمرا أو خنزيرا (الرابع) العدالة وفي اعتبارها خلاف الأقرب ذلك و يشكل الأمر في الأب الفاسق نم لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موته عزله الحاكم و نصب غيره فإن عاد أميننا لم تعد ولايته والأب تعود ولايته بالتوبة ولا تعود ولاية القاضي والوصي بالإفاقة بعد الجنون (الخامس) الحرية فلا تصح الوصية إلى مملوك غيره إلا بإذن مولاه وتجاوز الوصية إلى المرأة والأعمى والوارث (السادس) كفاية الوصي واهتداؤه إلى ما فوض إليه فلو قصر عن ذلك نصب الحاكم معه أميننا وكذا لو تجدد

قال دام ظلّه: (الرابع) العدالة وفي اعتبارها خلاف الأقرب ذلك ويشكل الأمر في الأب الفاسق.

أقول: شرط الشيخ في المبسوط والمفيد في المقنعة وابن حمزة وسالار وابن البراج عدالة الوصي في صحة الوصية إليه لأنها أمانة على مال الغير فلا يناط بالفاسق (ولأن الوصية ركون إلى الوصي قطعاً ولا شيء من الفاسق يركن إليه لأنه ظالم ولا شيء من الظالم يركن إليه لقوله تعالى ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار (١) وابن إدريس تارة شرطها وتارة لم يشرطها والمصنف لم يشرطها في المختلف لأنها نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكالة (وفيه نظر) لأنها نيابة في حق غير المنوب فيعتبر فيها العدالة كتوكيل الوكيل وتوكيل الأب في حق ولده والأصح عندي اشتراطها وهو اختيار والدي المصنف هنا لأن الوصي يعتبر إقراره ولا شيء من الفاسق يعتبر إقراره أما (الأولى) فظاهرة متفق عليها (وأما الثانية) فلقوله تعالى إن جاءكم فاسق فبئس ما آتواكم به لو كنتم تعلمون (٢) (ولأن) الفاسق لا يساوي المؤمن فلا يصح الوصية إليه وإلا لثبت المساواة (أما الأولى) فلقوله تعالى أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون (٣) (و أما الثانية) فلأن المساواة لا تعم وإلا لارتفعت الاثنية بينهما فيعم نفيها لأنه نقيضها والجزئيتان لا تتناقضان واستيفاء البحث فيه في الأصول وأما الأب فهل ينزل بنفسه

(١) هود - ١١٥

(٢) الحجرات - ٦

(٣) السجدة - ١٨.

العجز بعد الموت ولا ينعزل بخلاف العدل إذا فسق وهل تعتبر الشروط حالة الوصية أو الوفاة خلاف أقر به الأول فلو أوصى إلى طفل أو مجنون أو كافر ثم مات بعد زوال المانع فالأقرب البطلان.

المطلب الثاني في الأحكام الوصية بالولاية كالوصية بالمال في أنها عقد جازئ لكل من الموصي والموصي الرجوع فيه لكن الوصي إذا قبل الوصية لم يكن له الرد بعد وفاة الموصي وله الرد في حال حياته فإن بلغه الرد صح وإلا بطل ولزمه حكم الوصية فإن امتنع أجبره الحاكم على القيام بها، ولو لم يقبل الوصية ابتداء ولم يعلم بها حتى مات الموصي ففي إلزامه بها نظر والوصي أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعد أو تفريط أو مخالفة

(يحتمل) ذلك لأن الولاية تتضمن الأمانة والفاسق ليس أهلاً لها (ويحتمل عدمه) لأن المقتضي لثبوت الولاية الأبوة (ولأن) شفقة الأب تمنعه عن ضياع مال الابن عليه بخلاف الوصي الفاسق والأصح عندي أنه لا ولاية له ما دام فاسقاً لأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرف عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه فإن عاد عادت ولايته. قال دام ظله: وهل تعتبر الشروط حالة الوصية أو الوفاة (إلى قوله) فالأقرب البطلان.

أقول: وجه الأول أنها حال تحمل الأمانة وحال الركون إليه (ولأنه) لو مات على تلك الحالة لثبت التصرف (ولأن) مقتضى الوصية أن لا مانع للتصرف إلا حياة الموصي لا غير وليس هناك وهو اختيار ابن إدريس (ويحتمل) الثاني لأنها حال الولاية (وإنما) تحتاج إليها في تلك الحال (واعلم) أن اشتراطها عند الوفاة ثابت بإجماع وأما الخلاف ففي اشتراطها حال الوصية والحق عندي اشتراطها من حين الوفاة مدة بقائها. المطلب الثاني في الأحكام قال دام ظله: ولو لم يقبل الوصية ابتداء ولم يعلم بها حتى مات الموصي ففي إلزامه بها نظر.

شرط الوصية وله أن يستوفي دينه على الميت مما في يده وإن كان له حجة من غير إذن الحاكم وأن يشتري لنفسه من نفسه وأن يبيع على الطفل من ماله فيكون موجبا قابلا بشرط البيع بثمن المثل وأن يقضي ديون الصبي وأن ينفق عليه بالمعروف وليس له أن يزوج الأطفال وله تزويج إمائهم وعبيدهم وليس له أن يشهد للأطفال بحق له فيه ولاية ويجوز في غيره إلا أن يكون وصيا في الثلث فيشهد بما يتسع له التصرف باتساع الثلث والقول قوله في الانفاق وقدره بالمعروف لا في الزيادة عليه وفي تلف المال من غير تفريط وفي عدم الخيانة في البيع وغيره، ولو نازعه في تاريخ موت أبيه إذ به تكثر النفقة أو في دفع المال إليه بعد البلوغ فالقول قول الصبي مع اليمين.

ولو أوصى إلى اثنين فصاعدا فإن أطلق أو شرط الاجتماع لم يجز لأحدهما

أقول: أطلق الأصحاب عدم جواز رد الوصية لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره (١) وعن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته فإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل (٢) والظاهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف جوازه وهو الأقوى عندي للأصل ولإزالة الضرر الواصل إليه بالتحمل غير المستحق وقال تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج (٣) وقال عليه السلام لا ضرر ولا إضرار في الإسلام (٤)

أو لأن قبولها والتصرف فيها تبرع في التصرف للغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالكالة (ولأنه) لا ولاية له على الغير فيلزمه أمر بغير اختياره.

قال دام ظله: ولو أوصى إلى اثنين فصاعدا (إلى قوله) فإنه ينفرد بالإنفاق خاصة.

(١) ثل ب ٢٣ خبر ٣ من كتاب الوصية

(٢) ثل ب ٢٣ خبر ١ من كتاب الوصية.

(٣) الحج ٧٧

(٤) ثل في جميع أخبار باب ١٣ من كتاب إحياء الموات إلا أنه ليس فيها لفظة على الإسلام وفي بعضها لا ضرر ولا إضرار على مؤمن.

التفرد عن صاحبه بل يجب عليهما التشاور في كل تصرف فإن تشاحا لم ينفذ ما تفرد به أحدهما من التصرف إلا فيما لا بد منه كأكل اليتيم ولبسه (ويحتمل) عندي مع نهيه

أقول: تقرير هذه المسألة أنه إذا أوصى إلى اثنين فلا يخلو إما أن يختلف محل ولايتهما أو يتحد والأول لا اشتراك بينهما بل ينفرد كل واحد ما فوض إليه باتفاق الإمامية وأكثر الأمة كان يوصي إلى أحدهما بقضاء ديونه وإلى الآخر بالولاية على أطفاله (والثاني) يشتركان في الولاية فلا يخلو إما أن يوصي إليهما على الاجتماع أو ينص على الاجتماع والانفراد لكل منهما أو يجعل لأحدهما على الاجتماع لا غير وللآخر على الانفراد والاجتماع أو يطلق (فالأول) يحرم على كل واحد منهما الانفراد بالتصرف في شئ أصلا ويجب عليهما الاجتماع ويجبرهما الحاكم عليه وينفذ تصرف أحدهما منفردا في

رد الأعيان المستحقة للغير كالودائع والأعيان المغصوبة لوقوعه موقعه (ولأن) لمالكها أخذها بغير إذن أحدهما (وأما العقود) وما يتعلق بالاجتهاد فلا يصح باتفاق الكل، وإنما الخلاف في ما إذا تشاحا ولم يتفقا على النظر في شئ هل ينفذ ما تفرد أحدهما به من التصرف في ما لا بد منه كأكل اليتيم ولبسه (فهذه) مسألة الكتاب المقصودة هنا بالذات (فنقول) قال الشيخ في النهاية نعم وهو المشهور بين الأصحاب (ووجهه) أن في تأخير هذه الأشياء إلى اجتماعهما ضررا (ولأنه) لو اقتضى امتناع أحدهما من الفعل امتناع الآخر منه لما أتما بامتناعهما إذ امتناع كل واحد منهما يوجب منع الآخر ولا أثم على الترك مع المنع من الفعل (ولأن) كل واحد منهي عن الفعل مع ترك الآخر والمنهي عنه لا يأثم بتركه لاستحالة اتحاد متعلق الأمر والنهي (وفيه نظر) لانتقاضه بالواجب على المجموع كالجمعة، وقال في المبسوط والخلاف لا يجوز الانفراد مطلقا وهو اختيار ابن إدريس والمصنف ومذهبه أنه يضمن المنفرد بالاتفاق مع النهي عن الانفراد لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ولا إذن شرعي لأنه ليس بولي قهري شرعا وإنما يتصرف بما تقتضيه الوصية ولا تقتضي الانفراد والضرر يندفع بإذن الحاكم أو الحسبة مع تعذره لا بالوصية لما رواه محمد بن الحسن الصفار في الصحيح

عن التفرد تضمين المنفق وحمل قول علمائنا على ما إذا أطلق فإنه ينفرد بالاتفاق خاصة ويجبرهما الحاكم على الاجتماع فإن تعذر استبدل بهما وليس لهما قسمة المال. ولو مرض أحدهما أو عجز ضم الحاكم إليه من يعينه ولو مات أو فسق استبد

قال كتبت إلى أبي الحسن العسكري عليه السلام رجل كان أوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما

أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف الآخر فوق عليه السلام لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت وأن يعمل على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى (١).

قال الصدوق والتوقيع عندي بخط الإمام (ع)

فقد أطلق المنع ولو جاز في البعض لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو الإغراء بالجهل لأنه أطلق العام وأراد الخاص من غير قرينة و (أجاب) المصنف عن إطلاق تجويز الانفراد في ما لا بد منه بأنه محمول على ما إذا أطلق الوصية فإنه يجوز الانفراد بما لا بد منه (والثاني) أن يجعل لكل واحد منهما التصرف على الاجتماع والانفراد وكل واحد منهما وصي كامل بانفراده فيجوز لكل الانفراد ويجوز لهما الاجتماع فيتخيران في ذلك باتفاق الأمة (والثالث) وهو تجويز الانفراد لواحد خاصة فلكل ما فوض إليه لا يتعداه (وأما الرابع) وهو أن يوصي إليهما ويطلق ولا ينص على الاجتماع ولا على الانفراد واختلف الأصحاب هنا فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يجوز الانفراد ويجب الاجتماع وهو اختيار ابن إدريس وابن حمزة وظاهر كلام علي ابن بابويه وأبي الصلاح وقال الشيخ في النهاية إن شرطا أن لا يمضيا الوصية إلا بعد أن يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الانفراد وإن لم يكن الموصي قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما أن يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية وكذا قال ابن البراج وهو يعطي أنه مع الإطلاق يجوز التفرد واختار المصنف الأول وهو الأصح عندي (لأنه) إنما أوصى إلى مجموع اثنين لا إلى كل واحد ولرواية محمد بن الحسن الصفار المتقدمة.

قال دام ظله: ولو مرض أحدهما أو عجز ضم الحاكم إليه (إلى قوله)

(١) ثل باب ٥١ خبر ١ من كتاب الوصية.

الآخر بالحكم من غير ضم على إشكال ولعل الأقرب عندي وجوب الضم لأنه لم يرض برأي واحد ولو سوغ لهما الاجتماع والانفراد تصرف كل واحد منهما كيف شاء و إن انفرد، ويجوز أن يقتسما المال ويتصرف كل منهما في ما يصيبه وفيما في يد صاحبه كما يجوز انفراده قبل القسمة فإن مرض أحدهما أو عجز لم يضم الحاكم إليه معينا وإن قلنا بالضم مع الاجتماع ولو خرج أحدهما عن الوصية بموت أو فسق لم يضم الحاكم، ولو شرط لأحدهما الانفرد دون الآخر وجب اتباعه. ولو شرط استقلال أحدهما عند موت الآخر صح شرطه، ولو جعل لأحدهما النظر في قسط المال وفي طائفة من الأولاد أو في المال خاصة وللآخر في الباقي أو في الأولاد صح ولو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو لم يكن رجوعا ولو لم يقبل عمرو انفرد زيد ولو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا مع قرينة دالة على الرجوع أو على التفرد، ولو قال لزيد أوصيت إليك ثم قال ضمنت إليك عمروا فإن قبلا معا لم ينفرد أحدهما وإن لم يقبل عمرو انفرد زيد ولو قبل عمر وضم الحاكم آخره، ولو اختلفا

في التفريق على الفقراء تول الحاكم التعيين على ما يراه، ولو اختلفا في حفظ المال فإن كان في يدهما موضع للحفظ حفظ فيه وإلا سلماه إلى ثالث يكون نائبا لهما وإلا تولاه الحاكم، ولو قال أوصيت إلى زيد فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ويكون كل منهما وصيا إلا أن عمرو أوصى بعد زيد وكذا أوصيت إليك فإن كبر ابني فهو وصيي.

لم يرض برأي واحد.
أقول: ينشأ (من) إطلاق أكثر الأصحاب أنه يستبد من غير ضم (ولأنه) مع وجود الوصي لا ولاية للحاكم معه هكذا أطلق الأصحاب أيضا (ولأن) التخصيص بالذكر يدل على نفيه عما عداه عند قوم مطلقا وهنا اتفاقا (ومن) أن الموصي أوصى إلى الاثنين ولم يوص إليه بانفراده فلم يجز له التفرد والأقرب وجوب الضم لأنه أوصى إلى مجموع ولم يرض برأيه وحده وهو الأصح عندي لأن الحاكم له من الولاية ما كان للوصي الذي بطلت وصيته بفسقه أو موته كما لو مات الوصي الواحد فإن للحاكم الولاية إجماعا.

ويجوز أن يجعل للوصي جعلاً ولو لم يجعل جاز له أخذ أجره المثل عن نظره في ماله (وقيل) قدر الكفاية (وقيل) أقلهما وإذا أوصى إليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شيء منه وإن كان موصوفاً بصفات المستحقين، وله إعطاء أهله وأولاده مع الوصف ولو قال جعلت لك أن تضع ثلثي فيمن شئت أو حيث رأيت فله أن يأخذ كما يعطي غيره من غير تفضيل.

ولو أوصى إليه بتفريق ثلثه فامتنع الوارث من اخراج ثلث ما في يده فالأقرب اخراج الثلث كله مما في يده تجانس المال أو اختلاف، وله أن يقضي ما يعلمه من الديون من غير بينة بعد إحلّاف أربابها ورد الوديعة.

قال دام ظلّه: ويجوز أن يجعل للوصي جعلاً (إلى قوله) وقيل أقلهما أقول: الأول قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الأيتام وهو الأقوى عندي (والثاني) قول الشيخ أيضاً في النهاية (والثالث) قول الشيخ في الخلاف والتبيان وقال في المبسوط إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين من كفايته وأجره مثله وقال ابن إدريس يأخذ قدر الكفاية (لقوله تعالى) ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف (١) فهذه خمسة أقوال: قال دام ظلّه: ولو أوصى إليه بتفريق ثلثه (إلى قوله) تجانس المال أو اختلاف.

أقول: لأنه يستحق تفريق الثلث فإذا لم يعط الوارث مما في يده كان له الأخذ من غيره اقتصاصاً كولي لدين ووكيله (ولأن) الوارث غصب حق الغير فكان للموصى إليه بالتفريق تغريمه من التركة (ولأن) عليه أن يؤدي من العين ومع التعذر فالعوض عنها والأول متعذر والثاني ممكن فتعين (ومن) أن له ولاية التفريق لا المعاوضة (ولأن) الوصية لم تتناول مما في يده إلا ثلثه والأصح الأول.

(١) النساء - ٦.

الفصل الخامس

في ما به تثبت الوصية وأحكام الرجوع

تثبت الوصية بالمال بشهادة عدلين ومع عدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة وشهادة واحد مع اليمين ومع امرأتين وتقبل المرأة في ربع ما شهدت به (وهل) يفتقر إلى اليمين فيه إشكال وشهادة اثنتين في النصف وثلاث في ثلاثة أرباع وأربع في الجميع (وهل) يثبت النصف أو الربع بشهادة الرجل من غير يمين الأقرب ثبوت الربع إن لم نوجب اليمين في طرف المرأة.

الفصل الخامس

في ما به يثبت الوصية وأحكام الرجوع

قال دام ظله: وتقبل المرأة في ربع ما شهدت به وهل يفتقر إلى اليمين فيه إشكال.

أقول: ينشأ (من) إطلاق الرواية القبول فلو احتاج إلى يمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة (ولأن) الأصحاب أطلقوا ثبوت ربع الوصية وربع ميراث المستهل بشهادة الواحدة ولم يوجبوا اليمين وقد نص ابن إدريس عليه فإنه قال تقبل شهادة القابلة وحدها إذا كانت بشهادة العدالة في استهلال الصبي في ربع ميراثه بغير يمين وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية وشهادة اثنتين في نصف ميراث المستهل ونصف الوصية وذلك لا يجوز إلا عند عدم الرجال (وعلى المسألتين) إجماع أصحابنا فلاجل ذلك قلنا بذلك (ومن) أنها شاهد واحد واحتاج الرجل فهي أولى (ولأن) الأصل عدم الوصية وعدم الاستهلال فلا يحصل الظن المساوي لليقين شرعا في وجوب العمل إلا باليمين والأول أصح.

قال دام ظله: وهل يثبت النصف أو الربع (إلى قوله) في طرف المرأة
أقول: هنا مسألتان يتفرعان على قبول شهادة المرأة الواحدة بالوصية من غير يمين (أ) هل يقبل شهادة الرجل الواحد في النصف من غير يمين (يحتمل)
ذلك لأن شهادته بمنزلة شهادة امرأتين (ويحتمل) عدمه لعدم النص عليه وهذا هو

والأقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي ولا تثبت الولاية إلا بشهادة عدلين ولا تقبل شهادة النساء وإن كثرن ولا بشاهد ويمين.، وفي قبول أهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر أقربه عدم القبول.

الأصح عندي (ب) تقبل شهادته في الربع من غير يمين قال المصنف الأقرب ذلك (ووجه القرب) أنه أولى من المرأة فيكون من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى (ومن) عدم النص وهذا هو الأصح عندي وقوله (إن لم نوجب اليمين في طرف المرأة) إنما قيد بذلك لأنه لو قلنا بوجوب اليمين فهنا لم يتفرع وجوب قبول الرجل بغير يمين لأنه ينتفي دلالة مفهوم الموافقة فيجب حينئذ اليمين مع شهادة الرجل الواحد فيثبت كل الوصية.

قال دام ظله: والأقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي أقول: إذا شهد عدل واحد مسلم وذمي بالوصية فالأقرب عندي وعند والدي المصنف الاحتياج إلى اليمين مع المسلم ولا اعتبار بشهادة الذمي هنا (ووجه القرب) إنه لا اعتبار بشهادة الذمي للآية (ولأن) الذمي إنما يقبل بشرط عدم المسلم والشرط منتف هنا (ويحتمل) عدمه لقوله تعالى (أو آخران من غيركم) (١) وإذا قبل ذمي مع ذمي آخر فمع مسلم أولى والأصح اقتصاراً على محل النص: قال دام ظله: وفي قبول أهل الذمة مع عدم عدول المسلمين نظر أقربه عدم القبول:

أقول: نقرر أصل هذه المسألة المتفرعة عليه (فنقول) ثبتت الوصية بالمال بشاهدين ذكرين عدلين في دينهما من أهل الذمة مع فقد عدول المسلمين (عندنا - خ) لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت الآية (٢) والمراد من غيركم أهل الكتاب لأن الخطاب

(١) المائة ١٠٤.

(٢) المائة ١٠٤.

ولو أشهد عبدين على حمل أمته أنه منه وأنهما حران ثم مات فردت شهادتهما وأخذ
التركة غيره ثم أعتقهما وشهدا قبلت للولد ورجعا رقا ويكره له استرقاقهما ولا تقبل شهادة
الوصي فيما هو وصي فيه ولا في ما يجر به نفعاً وإن كان اتساع ولاية.
(والوصية) عقد جائز من الطرفين يجوز للموصي الرجوع فيها سواء كانت بمال
أو ولاية ويتحقق الرجوع بالتصريح وبفعل ما ينافي الوصية وينظمها أمور أربعة:

للمسلمين وغيرهم كفار وغير أهل الذمة لا تقبل شهادتهم إجماعاً فتعين أهل الذمة وحيث
شروط عدالة المسلمين ففيهم في دينهم أولى بالاشتراط (لا يقال) قيل من غيركم أي من
عشيرتكم (وقيل) من غير ملككم والقائلون بالثاني قال بعضهم أنها منسوخة بقوله
تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (١) وهو عام (لا نا نقول) ليست بمنسوخة بل
هي محكمة فإن النسخ خلاف الأصل وهو قول ابن عباس وابن المسيب وابن جبير و
ابن سيرين والشعبي والثوري وتفسيره بغير عشيرتكم ممنوع ويطلق بأنه خطاب
للمؤمنين كافة والضمير في غيركم راجع إليهم والأصل عدم الإضمار وغير المؤمنين
الكفار (ولأن) يحيى بن محمد روى عن الصادق عليه السلام قال سألته عن قول الله تعالى
يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم (إلى قوله) أو آخران من غيركم قال من
أهل الكتاب فإن لم يجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس الحديث (٢) إذا تقرر ذلك
فنقول

هل يقبل شهادة أهل الذمة العدول في دينهم مع عدم عدول المسلمين في الولاية وهذه هي
المسألة المذكورة في الكتاب هنا قال المصنف (فيه نظر) ينشأ (من) وجود المقتضي وهو
تعذر عدول المسلمين المفضي إلى تعذر إثبات الوصية (ولأنه) ينتقل بشهادتهما المال الذي
يرثه الطفل إلى غيره بالوصية فأثبت ولايته عليه أولى من إثبات ملك عليه (غيره -
خ ل) (ومن) حيث عدم النص فإن الكتاب العزيز ناطق بعدم الركون إليهم في قوله
ولا تركنوا إلى الذين ظلموا (٣) وقبول شهادتهم ركون إليهم وأما ثبوت المال

(١) الطلاق - ٢

(٢) ثل كتاب الوصية

(٣) هود - ١١٥.

(الأول) صريح الرجوع مثل رجعت ونقضت وفسخت وهذا لوراثي ولو قال هو من تركتي فليس برجوع على إشكال ولو قال هو ميراثي أو هو حرام على الموصى له أو هو ميراث أو إرث فهو رجوع.

(الثاني) ما يتضمن الرجوع كالبيع والعتق والكتابة والهبة مع الإقباض و بدونه ولكن لا يملك هنا المتهد وكذا الرهن والوصية بالبيع أو الكتابة، ولو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمره فهو رجوع ما لم ينص على التشريك، ولو قال الذي أوصيت به لزيد فقد أوصيت به لعمره فهو رجوع والتدبير رجوع، ولو أوصى له بثلاث ماله ثم باع المال لم يكن رجوعا بخلاف ثلث معين أو عين مخصوصة ولو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد بعين ثم لعمره بأخرى وقصر الثلث ثم أوصى بالأولى لبكر فالأقرب تقديم وصية عمرو.

فللنص عليه (ولأن) كل كافر فاسق ولا شيء من الفاسق تقبل شهادته فلا شيء من الكافر تقبل شهادته والأولى بينة مجمع عليها بين المسلمين وأما الثانية فلقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنياً فتبينوا (١) والأصح عندي أنها لا تقبل في الولاية ولا وجه لاحتمال القبول عندي.

قال دام ظله: ولو قال هو من تركتي فليس برجوع على إشكال.
أقول: ينشأ (من) أن الموصى به تركته (ومن) العرف إذ هو في العرف دال على أنه للورثة والأصح الأول لأن التركة ما تركه الميت من مال وهو أعم من الموصى به والميراث والعام لا ينافي شيئاً من جزئياته.
قال دام ظله: ولو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد (إلى قوله) فالأقرب تقديم وصية عمرو.

أقول: وجه القرب أن وصية بكر متأخرة عن وصية عمرو والوصية الأولى بالعين لزيد بطلت فلا حكم لها (ومن) حيث إنه أوصى باخراج هذه العين قبل الوصية باخراج العين التي لبكر والاعتبار إنما هو بالإخراج عن ملكه لا خصوصيات الموصى لهم

(١) الحجرات - ٦.

الثالث مقدمات الأمور التي لو تحققت لناقضت الوصية كالعرض على البيع و مجرد الإيجاب في الرهن والهبة أما تزويج العبد والأمة وإجارتها وتعليمهما فليس برجوع والوطني مع الاعتزال ليس برجوع وبدونه دليل على قصد الرجوع لأنه تسرى ولو أوصى له بسكنى دار سنة ثم أجرها سنة لم تنفسخ فإن مات فالأقرب أن له سنة كاملة بعد انقضاء مدة الإجارة.

فيقوم بكر مقام الأول وهو زيد في التقديم لو قصر الثلث عن الوصايا والأصح الأول. قال دام ظله: ولو أوصى له بسكنى دار سنة (إلى قوله) بعد انقضاء مدة الإجارة.

أقول: إذا أوصى بمنفعة دار سنة ثم أجرها سنة مثلاً نظراً مات بعد انقضاء مدة الإجارة فالوصية بحالها وإن مات قبله فوجهان أقواهما عندي ما هو الأقرب عند المصنف وهو أنه يستأنف للموصى له سنة من حين انقضاء مدة الإجارة (ووجه) القرب استحقاق الموصى له منفعة سنة ولم يمكن إبطال الإجارة فكان له بعدها (ولأن) الوصية تناولت سنة مطلقة وإنما أوجبت السنة الأولى مبادرة إلى توفية حقه فإذا منع مانع أعطي سنة غيرها بخلاف الإجارة (المعينة - خ) فإنها تقتضي الاتصال بالعقد وإلا بطلت لعدم تعيين مبدئها هذا خلف (ولأنه) لا منافاة بين الإجارة المعينة والوصية المطلقة فلا يدل على الرجوع والأصل عدمه (والوجه الثاني) بطلان الوصية لاقتضاء إطلاقها سنة متصلة بالموت ولهذا وجب على الوارث تسليمها إليه بعد الموت على الفور مع عدم المانع ولا يتخير سنة تعيينها وقد استحقت لغيره فيبطل والأصح الأول ونمنع اقتضاء الوصية السنة الأولى بعينها (فعلى الوجه الثاني) لو انقضت مدة الإجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت فالمنفعة بقية السنة للموصى له وتبطل الوصية في ما مضى إن انقضت بعد سنة من يوم الموت بطلت الوصية لأن الوصية تناولت منفعة السنة الأولى فإذا صرفت إلى غيره بطلت الوصية وهذا الاحتمال ضعيف ويتفرع على الوجهين أنه لو لم يكن أجرها الموصى ولم يسلم الوارث إلى الموصى له بلا عذر ومضت سنة فعلى الوجه الأول يسلم إلى الموصى له سنة أخرى (وعلى الثاني) يغرم الوارث

الرابع الفعل المبطل للاسم كما لو أوصى له بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه أو غزل فنسجه أو بقطن فغزله أو بدار فهدمها أو بزيت فخلطه بغيره وكذا الحنطة لو مزجها هذا مع

التعيين (أما) لو أوصى بصاع من صبرة ثم صب عليها غيرها فإنه لا يكون رجوعاً إن كان الممزوج به مماثلاً وإن كان أجود فهو رجوع لأنه أحدث فيه زيادة ولم يرض بالتمليك فيها ولو كان أردى لم يكن رجوعاً ولو انهالت عليه حنطة أجود ففي كونه رجوعاً إشكال ولو بنى عرصة أوصى بها فهو رجوع (وكذا) لو غرسها و (كذا) لو أوصى بثوب فقطعه قميصاً أو بخشب فاتخذه باباً أو بشيء فنقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد على إشكال في ذلك كله.

قيمة منفعة السنة وأصل المسألة مبني على أن الإجارة لا تبطل بموت المؤجر وهو المختار عند المصنف وعندني.

قال دام ظلّه: ولو انهالت عليه (١) حنطة أجود ففي كونه رجوعاً إشكال. أقول: إذا أوصى له بحنطة معينة فانهالت عليها للموصى أجود قبل موت الموصى عن غير فعله ولا إذنه (هل يقتضي) إبطال الوصية فيه إشكال ينشأ من أصالة بقاء الوصية ولأنها كالشركة فلا يمنع ومن خروجها عن إمكان التسليم للموصى به وحده وعدم وجوب تبرع الوارث بالزيادة فصارت كالتالفة والأقوى عندني أنه يكون شريكاً بالنسبة من القيمتين لأن الأصل بقاء الوصية وعدم الرجوع وقوله (في كونه رجوعاً) المراد في حكم الرجوع لمشابهته إياه في الإبطال ما لو خلطها هو بفعله فهو رجوع لأنه هو المانع من التسليم.

قال دام ظلّه: ولو بنى عرصة أوصى بها فهو رجوع (إلى قوله) على إشكال في ذلك كله.

أقول: ينشأ (من) أنها لو بطلت في هذه الصور لكان لوجود المنافي وهذه ليست بمنافية في نفس الأمر لأنه لو صرح ببقائها لثبتت مع هذه الأشياء (ومن) الظاهر فإن هذه التصرفات دالة عرفاً على إبقائها لنفسه وإبطال الوصية فإن قلنا أن البناء

(١) انهالت أي انصبت.

ولو أوصى له بخبز فجعله فتيتا أو بقطن فحشى به فراشا أو برطب فجففه تمرا أو بلحم فقدده ففي كونه رجوعا إشكال، ولو أوصى له بألف ثم أوصى له بألف فهي واحدة وكذا

بألف معينة ثم بألف مطلقة وبالعكس، ولو أوصى بألف ثم بألفين فهي بألفين والرجوع في البعض ليس رجوعا في الباقي.، ولو تغير الاسم تغير فعل الموصي كما لو سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت براحا في حياة الموصي بطلت الوصية على إشكال، ولو لم يكن الانهدام مزيلا لاسم الدار سلمت إليه دون ما انفصل منها

والغرس رجوع في البياض المتخلل ففي المغرس والأس أولى وإلا فإشكال والأقوى عندي أنه رجوع في الأس والمغرس لا غيرهما.

قال دام ظله: ولو أوصى بخبز فجعله فتيتا (إلى قوله) ففي كونه رجوعا إشكال.

أقول: ينشأ (من) الظاهر فإنها ظاهرا تدل على إبطال الوصية (ومن) عدم منافاتها (ولأن) الوصية نقل ملك عنه إلى الموصى له بعد الموت فشرطه الملك قبل الموت وهو حاصل للموصي فلا ينافي ما فعل لبقاء الملك فلا يقتضي بطلان الوصية ولا ينافي أيضا التصرفات المعلولة للملك الغير المزيلة له كالهبة قبل الإقباض والرهن وهو الأقوى عندي.

قال دام ظله: ولو تغير الاسم بغير فعل الموصي (إلى قوله) بطلت الوصية على إشكال.

أقول: ينشأ (من) فقد الموصى به فإنه إنما يعطى ما يطلق اللفظ عليه حقيقة (ومن) تعلق حق الموصى له بالعين ولم تعدم بجميع أجزائها، والأقوى عندي الفرق بين تبدل الصورة النوعية ومجرد الاسم وعدم بعض الأجزاء فإن في الصورة الأولى الأقوى البطلان لعدم الحقيقة الأولى ووجود غيرها في الأخيرين الصحة (أما الثانية) فلأن المقصود الحقيقة والاسم للتعين وهي بعينها موجودة (وأما الثالثة) فالوصية بالكل تستلزم الوصية بالأجزاء فإذا بقي البعض صرف في الوصية. قال دام ظله: ولو لم يكن الانهدام مزيلا لاسم الدار سلمت إليه دون ما انفصل

على إشكال وفي كون الجحود رجوعاً إشكال ينشأ (من) أنه عقد فلا يبطل بجحده كغيره من العقود (ومن) دلالة على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له. خاتمة تشتمل على مسائل متعددة (الأولى) لو أوصى بعبد مستوعب لزيد وبثلث ماله لعمرو ولم يقصد الرجوع ومنع من التقديم وأجاز الوارث قسم العبد أرباعاً (ويحتمل) أسداساً ولو قصد الرجوع

منها على إشكال.

أقول: لا إشكال في عدم بطلان الوصية بالدار مع بقاء الاسم وإنما الإشكال في وجوب تسليم ما انفصل منها بالانهدام كالانقراض (١) والآلات إلى الموصى له ومنشأه من أن الوصية تعلقت بالدار والانقراض لا تسمى داراً وإنما يدخل مع بقائها إلى الموت جزء منها وأما مع عدم اسم الدار فلا دليل عليه (ومن) أنها حال الوصية جزء منها فدلّت لفظة الدار عليها بالتضمن فتدخل في الوصية والأصل البقاء والأصح الثاني. قال دام ظله: وفي كون الجحود رجوعاً إشكال (إلى قوله) إلى الموصى له أقول: ذكر المصنف الوجهين (وأنا أقول) الجحود حكم لعدم الوصية في الماضي والمستقبل فيدل الأول عليه بل هو أولى (ووجه الثاني) أن الرجوع يستلزم الإقرار بالوصية والجحود ينافيه ومنافاة اللازم تستلزم منافاة الملزوم فلا يثبت به والأقوى عندي أنه إبطال للوصية.

خاتمة تشتمل على مسائل متعددة

قال دام ظله لو أوصى بعبد مستوعب لزيد (إلى قوله) ولو قصد الرجوع قسم أثلاثاً أقول:، وجه الأول أن الوصايا كالدين (للآية) يقسم التركة مع الإجازة على مجموعها وقد أوصى لواحد بجميعه ولآخر بثلثه فابسط العبد من جنس الكسر ثم تضم إليه (إليها - خ ل) الثلث الموصى به يصير أربعة ثم أقسم العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول (ووجه الثاني) أن للأول ثلثي العبد لا يزاخمه فيه (فيهما - خ ل) أحد ويبقى الثلث الآخر قد أوصى لكل منهما به من غير تقديم فيقسم بينهما

(١) النقص بالكسر اسم البناء المنقوض إذا هدم وبالضم ما انتفض من البنيان والجمع أنقاض ونقوض (أقرب الموارد).

قسم أثلاثا فإن خلف مع العبد مأتين وقيمة العبد مائة ولم يقصد الرجوع أخذ الثاني على الأول مع الإجازة ثلث المال وثلثا عايلا من العبد وهو ربه وللأول ثلاثة أرباعه و لورد الورثة ما زاد على الثلث فللأول نصف العبد على الثاني (ويحتمل) على الأول أيضا وللثاني سدس التركة فيأخذ سدس العبد وسدس المائتين فله من العبد ستة عشر و ثلثان ومن باقي التركة ثلاثة وثلاثون وثلث (ويحتمل) قويا على الأول اقتسامهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في الإجازة فوصية صاحب العبد أقل لأنه شرك معه في وصية غيره ولم يشرك في وصية الثاني غيره فلصاحب الثلث ثلث المائتين من غير مزاحمة ويشتركان في العبد للثاني ثلثه وللآخر جميعه فيصير أرباعا وفي حالة الرد ترد وصيتهما إلى ثلث المال تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر ثم في ثلاثة تكون ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعة

فيكون للأول خمسة أسداس وللثاني سدس كالدعوى المتعارضة في البعض خاصة كما لو ادعى واحد كل العين والآخر ثلثها.
قال دام ظله: وإن خلف مع العبد مائتين (إلى قوله) فله عشر العبد و خمس المأتين على الثاني.

أقول: إذا أوصى لشخص بعين من ماله كعبد معين ولآخر بجزء مشاع كثلث المال أو ربه وأجاز الوارث الوصيتين تفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقسمانه بينهما على قدر حقيهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بمال ولآخر بجزء منه فأما في حال الرد فإن كان وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصي بسدس ماله لرجل ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة سواء إذ لا أثر للرد وإن جاوزناه رددنا وصيتها إلى الثلث وهل يقسم بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين

يأخذ نصيبه من العين والآخر يأخذ حقه من جميع المال (أو يقتسمان) الثلث على حسب مالهما في الإجازة كل منهما محتمل (اعتبارا) بنصه أو باستحقاقهما لو صحت الوصيتان (لأن) النقصان من الشريكين إنما هو على قدر استحقاقهما (ولأن) وصية الثاني تتضمن رجوعا ما عن الأول لمزاحمته إياه والمرجع عنه لا يحتسب (ولأن)

وعشرين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه و هو تسعة تضمها إلى سهام صاحب الثلث فالجميع عشرون ففي الرد تجعل الثلث عشرين فالمال ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وهي عشره ونصف عشره (ويحتمل) مع عدم الإجازة ضم سهامه إلى سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة أخماسا فله عشر العبد وخمس المائتين على الثاني.

صاحب العبد أولى لأنه أوصى له بشئ شرك معه غيره فيه وصاحب الثلث أفرد به بشئ لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم الثلث بينهما حالة الرد على حسب مالهما في الإجازة كسائر الوصايا (ومن) (١) أن حال الإجازة إنما دخل النقص للتزاحم ولولاه لما دخل نقص فلا يوجد غيره فينزل على الوصية (ولأن) كل واحد قد أوصى له بثلث وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل إلى نصف وصيته فيدخل النقص على كل منهما بقدر ماله في الوصية ثم على التقدير الأول يأخذ (٢) صاحب المعين نصيبه منه ويضم للآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة لأن له السدس

وللورثة أربعة أسداس (أم يأخذ) صاحب العين نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال وهو السدس فيحصل هنا احتمالات ثلاث.

(ألف) أن يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين ويأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين والآخر نصيبه من جميع المال - فيأخذ الأول نصف العبد ويأخذ صاحب الثلث سدس العبد

وسدس المائتين - فيأخذ من العبد ستة عشر وثلثا (ومن المائتين) ثلاثة وثلثين وثلثا.

(ب) أن يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين - ويأخذ صاحب المعين نصيبه من المعين وصاحب الثلث يضم نصيبه إلى أنصاء الورثة ويقسم بينهم أخماسا فيكون له عشر العبد وخمس المائتين.

(ج) أن يقسم المال على حسب مالهما في الإجازة فلهيها احتمالان.

(ألف) أن يكون لصاحب الثلث ربع العبد مع الإجازة (فنقول) هنا نضرب

(١) عطف على قوله اعتبارا بنصه من قبيل العطف على المعنى.

(٢) استفهام بقرينة قوله بعد ذلك أم يأخذ صاحب العين الخ.

(الثانية) لو خلف عبدا مستوعبا قيمته مائة وأوصى به لواحد ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه على جهة العول قسم العبد تسعة ستة لصاحب الكل واثنان لصاحب الثلث وواحدة لصاحب السدس (ويحتمل) أن يكون للأول تسعة وعشرون من ستة وثلاثين و للثاني خمسة وللثالث اثنان ولو جعل العول بين المستوعب والآخرين دونهما فللأول

مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر سهما، ثم في ثلاثة يكون ستة وثلاثين (لأننا) نقسم الثلث أثلاثا والثالث الآخر أرباعا - فلصاحب الثلث ثلث المأتين وهو ثمانية من أربعة وعشرين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم من اثني عشر من الفريضة صار له أحد

عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة صار الجميع عشرين، ففي حال الرد نجعل الثلث عشرين والمال كله ستون - فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشرة ونصف عشرة

(والطريق) أن ينسب الثلث إلى ما حصل لهما في حال الإجارة ثم يعطي كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة (وعلى الوجه الأول) ينسب الثلث إلى وصيتهما ثم يعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة (ب) أن يكون العبد أسداسا حال الإجازة (فنقول) هنا يضرب مخرج الثلث في مخرج السدس يكون ثمانية عشر فلصاحب الثلث ثلث المأتين وهو أربعة من اثني عشر وسدس العبد وهو واحد صار خمسة ولصاحب

العبد خمسة أسداس العبد خمسة - صار الجميع عشرة - ففي حال الرد يجعل ثلث المال عشرة والمال كله ثلاثون، فلصاحب العبد خمسة من العبد هي نصفه، ولصاحب الثلث واحد من العبد هو عشره وأربعة من العشرين وهي خمسها. قال دام ظله: (ب) لو خلف عبدا مستوعبا (إلى قوله) وللثالث اثنان.

أقول: وجه الأول ظاهر على طريقة العول فإن الفريضة من ستة للأول ستة ويزاد عليها مثل ثلثها اثنان للثاني ويزاد عليها مثل سدسها واحد للثالث (و أما الثاني) فإن للأول ثلثين لا يدعيها غيره.، أربعة من ستة يبقى ثلث سدس منه يدعيه صاحب الكل وصاحب الثلث ويقسم نصفين، فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر والسدس الآخر يدعيه الثلاثة فيقسم أثلاثا فنضرب ثلاثة في اثني عشر يبلغ ستة و ثلاثين للأول الثلثان بغير منازع أربعة وعشرون ويقسم سدس وهو ستة بينه وبين

ثلاثة أرباع وللثاني السدس وللثالث نصفه ولو رد الوارث قسم الثلث كذلك ولو كان مع العبد مائتان وأوصى لواحد به وآخر بثلث ماله وآخر بسدسه فلصاحب العبد مع الإجازة ثلثا العبد ولصاحب الثلث تسعاه وثلث الدراهم ولصاحب السدس تسعه وسدس الدرهم ومع الرد يضرب صاحب العبد بمائة وصاحب الثلث بها وصاحب السدس بخمسين وينحصر حق صاحب العبد فيه وعلى الاحتمال القوي تجعل الثلث ثمانية عشر للأول ستة من العبد وللثاني اثنان منه وستة من باقي التركة وللثالث واحد منه وثلاثة من باقي التركة.

صاحب الثلث لكل ثلاثة وسدس آخر بين الثلاثة لكل اثنان يكمل لصاحب الكل تسعة وعشرون، ولصاحب الثلث خمسة ولصاحب السدس اثنان. قال دام ظله ولو كان مع العبد مائتان (إلى قوله) وثلثه من باقي التركة. أقول: أما حال الإجازة فما ذكره هنا على الاحتمال الأول (وأما) على الاحتمال الثاني فللأول ثلثا العبد من غير منازع وقد تعارض هو والموصى له بالثلث في السدس فيقسم بينهما نصفين وقد تعارض الثلاثة في السدس فيقسم بينهم أثلاثا فيقسم العبد ستة وثلاثين للأول تسعة وعشرون من ستة وثلاثين من العبد وللثاني خمسة منه وثلث المأتين وللثالث اثنان منه وسدس المأتين. (وأما) حال الرد فيقسم الثلث أحماسا لأن الموصى له بالعبد أوصى له بمائة، والموصى له بالثلث أوصى له بمائة أيضا إذ ثلث المال مائة والموصى له بالسدس قد أوصى له

بخمسين وإنما دخل النقص عليهم في حال الإجازة لضرورة الازدحام وأما حال الرد فلا ازدحام هذا على احتمال قسمة الثلث حال الرد على وصاياهم. (أما) على الاحتمال القوي وهو قسمة الثلث على حسب مالهم في الإجازة يقسم الثلث ثمانية عشر لأن حال الإجازة يقسم العبد تسعة فالتركة بعض فلصاحب العبد ثلثاه ستة وللموصى له بالثلث تسعاه اثنان منه وثلث باقي التركة ستة فتصير ثمانية وللموصى له بالسدس تسع العبد واحد وسدس الدراهم ثلاثة تصير أربعة مجموع سهامهم ثمانية عشر ففي حال الرد يقسم الثلث كذلك (للأول) ستة من العبد وهو ثلاثة (وللثاني) ثمانية منها اثنان من العبد هي تسعة وستة من ثلثي التركة أعني ثمانية

(الثالثة) لو ترك ثلاثة قيمة كل واحد مائة وأوصى بعق أحدهم ولآخر بثلث ماله على سبيل العول عتق من العبد ثلاثة أرباعه وكان للموصى له ربه وثلث العبد الآخر مع الإجازة ومع الرد تبلغ الوصيتان مائتين والثلث مائة وهو مثل نصفه فلكل واحد نصف ما أوصى له به فبعثت من العبد نصفه ولصاحب الثلث سدس كل عبد (ويحتمل ما تقدم).

(الرابعة) إذا كان ما اليتيم غائبا فولاية التصرف في ماله إلى قاضي بلده لا قاضي بلد المال مع عدم الوصي ولو مات صاحب ديون غريبا لم يكن لقاضي بلدة الموت

استيفاء ديونه فإن أخذها حفظها على الوارث (الخامسة) للموصى أن يوكل في آحاد التصرفات التي لم تجر عاداته أن يتولاها.

عشر ثلثها (وللثالث) أربعة هذا على الاحتمال الأول.
وأما على الاحتمال الثاني فإن الثلث يقسم على اثنين وسبعين سهما لصاحب العبد تسعة وعشرون من العبد (ولصاحب) الثلث تسعة وعشرون أيضا من العبد و التركة (ولصاحب) السدس أربعة عشر من العبد والتركة (والأصل) في احتمال (لي - خ ل) قسمة الثلث على حسب الوصيتين أو على حسب مالهما في الإجازة (إن) ما يأخذه صاحب الثلث وصاحب السدس من العبد (هل) يكون الموصى قد رجع فيه عن الوصية لصاحب العبد (أم لا).
(والفائدة) أنه لو رجع عن وصيتهما في العبد يكون ما كان لهما للورثة أم للموصى له بالعبد الأقوى الأول لأن ملك اثنين لشيء واحد محال فلما جعله ملكا بعد وفاته لهما فقد نفى ملك الموصى له بالعبد عنه بعد الوفاة فهو رجوع عنه. قال دام ظله: ولو ترك ثلاثة قيمة كل واحد مائة (إلى قوله) ويحتمل ما تقدم.

أقول: تقرير الاحتمالات في هذه المسألة ووجوهها قد مر في المسألة الثانية لأن الموصى بعثته قائم مقام الموصى له بجميع العبد فيرد ما تقدم من الاحتمالات في الموصى له بالعبد فكلما صح للموصى له بالعبد فهنا ينفذ العتق في مثله فيكون للثاني ما كان له هناك (فمن) الاحتمالات أن ينفذ العتق في خمسة أسداسه ويكون للثاني سدسه وثلث الآخرين كما ذكر (ومنها) أنه مع الرد ينفذ العتق في نصف العبد وللثاني

(السادسة) لو أقام الأب وصيا لأطفاله لم يكن للقاضي تغييره بعد موته إلا أن يتغير حاله ولو كان بأجرة ووجد القاضي المتبرع فالأقرب أنه ليس له العزل إن وفي الثلث وإلا جاز لخفة المؤنة عن الأطفال.

(السابعة) لو أوصى إلى فاسق بتفريق ثلثه فقد سبق بطلان الوصية إليه على رأي فإن فرق لم يضمن إن كان الثلث لقوم معينين لأنهم لو أخذوه من غير دفع جاز.

سدس كل عبد ستة عشر وثلثان (وعلى الاحتمال القوي) ينفذ العتق في ربع العبد و خمسه ولثاني منه عشره ونصف عشره وخمس الآخرين (ويحتمل) نفوذ العتق في نصف العبد ويضم حصة الآخر إلى مال الورثة ويقسم باقي العبد والآخرين أحماسا فلثاني من الموصي بعنقه عشره وخمس الآخرين وللورثة خمسا وأربعة أحماس الآخرين. قال دام ظله: لو أقام الأب وصيا لأطفاله (إلى قوله) لخفة المؤنة عن الأطفال.

أقول: تقرير وجه القرب أن نقول أما مع وفاء الثلث فإنه لا ولاية للحاكم مع الوصي (ولأن) المريض له جعل الولاية على الأطفال والمجانين للغير وله التبرع بثلث ماله فجعله عوضا عن عمل مقصود في نظر العقلاء أولى وأما مع عدم وفاء الثلث (فلأن) العمل الذي وقع في مقابلته أجرة يمكن تحصيله من المساوي بغير أجرة فدفع الأجرة عنه تبرع والتبرع لا يمضي في أكثر من الثلث ولا يجبر الوصي على قبول الأقل فيعزله الحاكم وإلا لزم نقيض أحد الأمرين المذكورين وقد فرض خلافه (ويحتمل) عدم جواز عزله فيعزله مطلقا لأن له جعل الولاية للغير وليس للحاكم مداخلته ودفع أجرة المثل عن العمل ليس بتبرع فلا يعتبر فيه الثلث وليس لأحد منعه (واعلم) أن هذا البحث على تقدير عدم زيادة المدفوع عن أجرة المثل (أما) إذا زاد ولم يخرج من الثلث عزله الحاكم مع عدم قبوله بالأجرة قطعا والأقوى عندي أنه ليس للقاضي العزل إذا لم يزد ما عينه الموصي للوصي عن أجرة المثل ويمضي من الأصل وكذا لو لم يعين أما مع زوال عدالته فتزول ولايته. قال دام ظله: ولو أوصى إلى فاسق (لي قوله) على رأي. قول: الخلاف في هذه المسألة مضي.

وإن كان لغير معينين ضمن لأن تفريقه عليهم يتعلق بالاجتهاد والفاسق ليس من أهله فيضمن للتعدي (وهل) يقبل قول الأمين في التفرقة الأقرب العدم إن كان على قوم معينين والقبول إن كان على قوم غير معينين.

(الثامنة) لو أوصى بالشقص الذي يستحق به الشفعة فحق الشفعة للوارث لا الموصى له (التاسعة) لو دفع إليه مالا فقال اصرف بعضه إلى زيد والباقي لك فمات قبل الدفع انعزل ولو قال ادفع إليه بعد موتي لم ينعزل.

تم الجزء الأول من كتاب قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ويتلوه (الجزء الثاني) من كتاب النكاح إنشاء الله تعالى وفرغ المصنف رحمه الله من تصنيف هذا الجزء ليلة تاسع شهر رمضان سنة تسع وتسعين وستمأة والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا.

تم الجزء الثاني بحمد الله (حسب ما جزيناه) وانتظروا للجزء الثالث من كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

قال دام ظله: وهل يقبل قول الأمين (إلى قوله) على غير معينين أقول: وجه القرب أنه إذا كانوا معينين كان المال لهم وهو في يده ويدعى إيصاله والأصل عدمه وإمكان إقامة البينة هنا إن أنكر الورثة التفرقة،، والأقرب قبول قول الأمين مع اليمين ومع عدم إنكار الوارث يقبل قوله بغير يمين في حقهم وولو أنكر الموصى لهم فالقول قولهم مع اليمين وعليه البينة وأما مع عدم التعيين فلأنه قد رضي باجتهاده ونظره وأمانته فيقبل قوله (ويحتمل) قبول قوله لأن من له ولاية شئ قبل إقراره فيه (ويحتمل) عدم القبول مطلقا للأصل والأصح عندي قبول قوله مطلقا، هذا آخر ما أوردناه في حل إشكالات الجزء الأول من القواعد والحمد لله الذي وفقنا لإتمامه وصلى الله على سيدنا محمد النبي وآله المعصومين وفي آخر كتاب الوصية من بعض نسخ الإيضاح ما هذا لفظه) صورة ما كتبه المصنف قدس الله نفسه الشريفة بالمراحم الربانية - فرغ من تسويده مصنفه العبد الفقير إلى الله تعالى محمد بن الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر في يوم عيد الفطر سنة أربع وعشرين وسبعمأة الهلالية بالحللة بخطه.