

شرح اللمعة الجزء: ٤

الشهيد الثاني

الكتاب: شرح اللمعة
المؤلف: الشهيد الثاني
الجزء: ٤
الوفاء: ٩٦٦
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة:
سنة الطبع:
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة

العنوان

١١

كتاب الدين

٥١

كتاب الرهن

١٠١

كتاب الحجر

١١٣

كتاب الضمان

١٣٥

كتاب الحوالة

١٥١

كتاب الكفالة

١٧٣

كتاب الصلح

١٩٧

كتاب الشركة

٢١١

كتاب المضاربة

٢٢٩

كتاب الوديعة

٢٥٥

كتاب العارية

٢٧٥

كتاب المزارعة

٣٠٩

كتاب المساقاة

٣٢٧

كتاب الاجارة

٣٦٧

كتاب الوكالة

٣٩٥

كتاب الشفعة

٤٢١

كتاب السبق والرماية

٤٣٩

كتاب الجعالة

منشورات
جامعة النجف الدينية

(١٢)

اللمعة الدمشقية

للشهيد السعيد: محمد بن جمال الدين مكي العاملي

(الشهيد الأول)

قدس سره

٧٣٤ - ٧٨٦

الجزء الرابع

(١)

ناشر: انتشارات داوري - قم
تاريخ انتشار: ۱۴۱۰ ه ق

(۲)

الروضة البهية
في شرح
اللمعة الدمشقية
للشهيد السعيد: زين الدين الجبعي العاملي
(الشهيد الثاني)
قدس سره
٩٦٥ - ٩١١

(٣)

الإهداء

إن كان الناس يتقربون إلى الأكابر بتقديم مجهوداتهم فليس لنا
أن نتقرب إلى أحد سوى سيدنا ومولانا إمام زماننا وحجة عصرنا
(الإمام المنتظر) عجل الله تعالى فرجه.

فإليك يا حافظ الشريعة بألطافك الخفية، وإليك يا صاحب
الأمر وناموس الحقيقة أقدم مجهودي المتواضع في سبيل إعلاء كلمة
الدين وشريعة جدك المصطفى وبقية آثار آبائك الأنجيين، دينا قيما
لا عوج فيه ولا أمتا.

ورجائي القبول والشفاعة في يوم لا ترجى إلا شفاعتكم أهل
البيت.

عبدك الراجي

(٤)

(عند الصباح يحمد القوم السري)
كان أملي وطيدا بالفوز فيما أقدمت عليه من مشروع في سبيل الهدف
الأقصى للدراسات الدينية (الفقه الإسلامي الشامل).
فأردت الخدمة بهذا الصدد لأزيل بعض مشاكل الدراسة والآن وقد حقق الله
عز وجل تلك الأمنية بإخراج الجزء الأول من هذا الكتاب الضخم إلى الأسواق.
فرأيت النجاح الباهر نصب عيني: انهالت الطلبة على اقتناؤه بكل
ولع واشتياق.
فله الشكر على ما أنعم والحمد على ما وفق.
بيد أن الأوضاع الراهنة، وما اكتسبته الأيام من مشاكل إنجازات
العمل وفق المراد أخرجتني بعض الشيء. فإن الطبعة بتلك الصورة المنقحة
المزدانة بأشكال توضيحية، وفي أسلوب شيق كلفتني فوق ما كنت
أتصوره من حساب وأرقام مما جعلتني أئن تحت عبئه الثقيل، ولا
من مؤازر أو مساعد
فرأيت نفسي بين أمرين: الترك حتى يقضي الله أمرا كان مفعولا،
أو الإقدام المحمّد مهما كلف الأمر من صعوبات.
فاخترت الطريق الثاني واحتملت صعوباته في سبيل الدين، والإشادة
بشريعة (سيد المرسلين)، وإحياء آثار (أئمة الهدى المعصومين)
صلوات الله وسلامه عليه وعليهم أجمعين
فاتبعت بعون الله عز وجل (الجزء الثالث) (بالجزء الرابع) بعزم
قوي، ونفس آمنة
وكل اعتمادي على الله سبحانه وتعالى وتوسلي إلى صاحب الشريعة
الغراء وأهل بيته الأطهار عليهم صلوات الملك العلام.
ولا سيما ونحن في جوار سيدنا الكريم مولى الكونين (أمير المؤمنين)
عليه الصلاة والسلام.
فيك يا مولاي أستشفع إلى ربي ليسهل لنا العقبات ويؤمن علينا
التبعات إنه ولي ذلك والقادر عليه. السيد محمد كلانتر

إبداء شكر
لا تزال تأتينا رسائل ضافية هي رسل بشرى. تشني علينا هذا
المشروع الجلل، تعرب عن ضمائر صافية تحب الخير، وتهدف الصلاح
لا سيما والقضية إسلامية في كل نواحيها، والمسلمون أبناء الإسلام، والعلماء
رعاهته. فالمشروع يمس الجميع، والجميع يهتمون به كحاجة ضرورية
راهنة.

ومن العلماء الأعلام الذين أتحفونا بمفاخر ثناءهم الصميم سماحة آية الله
الشيخ محمد طاهر آل الشيخ الرضي دام ظله.
أتحفنا برسالة قيمة تحمل في طيها التبجيل البالغ بطبعة هذه الموسوعة
الخالدة، كما وأنها تعرب عن قلب طيب وعطف أبوي شامل. فله دره
وعليه أجره.
السيد محمد كلانتر

سيدنا الحجة العلامة المعظم السيد محمد كلانتر أطال الله بقاءه
مجاهدا مشكورا تحية لائقة ودعاء وتقديرا
السلام عليكم وألطف الله آخذه بيدك للعمل الموفق والنتائج
الفايدة بأفضل الآثار وأتمها دقة وإتقاناً ودعائي لك باستمرار
التأييد لأمثال هذه الأهداف الجليلة متنقلا من الحسن إلى الأحسن
ومن المجيد إلى الأمجد سلسلة أعمال فاضلة وجهود جبارة فشكر
عليها الشكر الجزيل ولو هناك غير الشكر مظهرا للشناء لقدمته
مغبطا به واقتني هديتك المحترمة الأجزاء الثلاثة من كتاب اللمعة
ونظرت فيها فراقني كثيرا ما علقته عليها من استخراج غامض ضميرها
وكشف مبهمات جملها وتوضيح الدقيق من عباراتها فعادت دانية
قطوفها ذلولا صعبا سهلا متناولها ووفرت بذلك وقتا غير قصير
على الأستاذ والطالب حيث اختصرت لهم الزمن وطويت لهم المسافات
الطويلة في طريق مستقيم قريب فإن لم يثنوا عليك قد أثنت
الحقايب وإن لم تشكرك المحافل فقد شكرك النتاج الحافل
ويكفي شاهد عدل على أتعابك القيمة يستلفت النظر ويستثير
الإعجاب تشييد الجامعة الفخم كغرة متألأة في ناصيته بلد (أمير المؤمنين)
عليه الصلاة والسلام وحسبك أعمالك نفسها ذكرا باقيا وثناء وافيا
وثوابا كافيا يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا والسلام عليكم ورحمة الله
وبركاته

الثلاثاء ١٨ شعبان * محمد طاهر آل

١٣٨٧ هـ * الشيخ راضي

كتاب الدين (١)

(وهو قسمان):

(الأول - القرض (٢)) بفتح القاف وكسرهما، وفضله عظيم
(الدرهم منه بثمانية عشر درهما (٣) مع أن درهم الصدقة بعشرة) قيل
والسر فيه: أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، والقرض لا يقع إلا في يد
المحتاج غالبا، وأن درهم القرض يعود فيقرض ثانيا، ودرهم الصدقة
لا يعود.

واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القربة، ومطلق (٤) الثواب
يتوقف عليها، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب، بخلاف الصدقة
فإن القربة معتبرة فيها (٥)، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر

(١١)

إما مشروط بقصد القربة، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار (١) الثواب بواسطة الوجهين (٢)، وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القربة كالكرم (٣). ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول. (والصيغة أقرضتك، أو انتفع به، أو تصرف فيه)، أو ملكتك أو أسلفتك، أو خذ هذا، أو اصرفه (وعليك عوضه)، وما أدى هذا المعنى، لأنه من العقود الجائزة، وهي (٤) لا تنحصر في لفظ، بل تتأدى (٥) بما أفاد معناها (٦)، وإنما يحتاج (٧) إلى ضمنية (وعليك عوضه) ما عدا الصيغة الأولى (٨) فإنها صريحة في معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر (فيقول المقترض: قبلت وشبهه (٩)) مما دل على الرضا

لا توجد لا توجد الصدقة.

- (١) أي من غير اعتبار استحقاق الثواب.
- (٢) وهما: أن درهم الصدقة يقع في يد المحتاج وغيره. والقرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالباً، وأن درهم القرض يعود فيقرض ثانياً، بخلاف درهم الصدقة فإنه لا يعود.
- (٣) فإنه إنما يفعله الكريم صيانة لنفسه، أو عرضه، أو لجاهه، أو للسمعة والشهرة.
- (٤) أي العقود الجائزة.
- (٥) أي العقود الجائزة.
- (٦) أي تتأدى العقود الجائزة بما أفاد مؤدى ذلك العقد: إن قرضا فقرض وإن وكالة فوكالة، وإن جعالة فجعالة، وهكذا.
- (٧) أي القرض.
- (٨) وهو أقرضتك، فإن هذه الصيغة تدل على القرض بالمطابقة.
- (٩) وهو رضيت.

بالإيجاب، واستتقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض، لأن مرجعه (١) إلى الإذن في التصرف. وهو حسن من حيث إباحة التصرف. أما إفادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه، وما استدل به لا يؤدي إليه (٢).
(ولا يجوز اشتراط النفع)، للنهي (٣) عن قرض يجر نفعاً (فلا يفيد الملك) لو شرطه (٤)، سواء في ذلك الربوي، وغيره، وزيادة العين، والمنفعة (حتى لو شرط الصحاح عوض المكسرة، خلافاً لأبي الصلاح)، الحلبي رحمه الله وجماعة حيث جوزوا هذا الفرد (٥) من النفع، استناداً إلى رواية (٦) لا تدل على مطلوبهم. وظهرها (٧)

(١) أي القبض المراد منه (الإقباض) ويدل عليه التعليل المذكور: (لأن مرجعه الخ).

(٢) أي إلى الملك المترتب على صحة القبض.

(٣) الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين والقرض باب ١٩ - الحديث ٩ - ١١.

(٤) أي النفع.

(٥) أي (الصحاح عوض المكسرة).

(٦) سئل أبو عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يقرض الدراهم الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه فقال عليه السلام: لا بأس به، الوسائل كتاب التجارة أبواب الصرف باب ١٢ - الحديث ٥.

فظاهر الرواية لا يدل على اشتراط النفع في متن عقد القرض.

(٧) أي ظاهر الرواية المذكورة في الهامش رقم ٦ بدون شرط النفع.

إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط (١)، ولا خلاف فيه (٢) بل [لا] يكره، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقترض بكرا (٣) فرد بازلا (٤) رباعيا، قال: إن خير الناس أحسنهم قضاء، (وإنما يصح إقراض الكامل) على وجه يرتفع عنه الحجر في المال، وأراد كمال

- (١) أي بدون شرط النفع في متن العقد.
وبهذا التأويل يمكن الجمع بين ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: كل قرض يجز منفعة. الخ وما روي عن الصادق عليه السلام في الوسائل المصدر السابق الهامش ٦ ص ١٣ بحمل الأولى على شرط النفع في متن العقد، والثانية بحملها على عدم اشتراط النفع في متن العقد.
- (٢) أي في إعطاء الزائد الصحيح مكان المكسرة بدون شرط الزيادة في متن العقد.
- (٣) بفتح الباء: الفتى من الإبل جمعه أبكر وبكار وبكران وهو كالغلام من الناس.
- (٤) البازل من الإبل: الذي تم له ثمان سنين ودخل في التاسعة وحينئذ يطلع نابه، وتكمل قوته، ثم يقال له بعد ذلك: بازل عام، وبازل عامين، وهكذا. وليس بعد التاسعة سن يسمى باسم خاص، جمعه بزل وزان ركع، وبزل وزان كتب، وبوازل وزان عوامل.
- وأما الحديث فمروي في المغني ج ٤ ص ٢٨٠، وفي نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٣ وفي صحيح مسلم ج ٥ ص ٥٤ وصحيح البخاري ج ٣ ص ١٤٥. وإليك الحديث بلفظ مسلم عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استلف من رجل - بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة. فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكراه فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال: اعطه

المتعاقدين (١) معا بإضافة المصدر (٢) إلى الفاعل والقابل (٣).
(وكل ما تتساوى أجزاؤه) في القيمة، والمنفعة، وتتقارب صفاته
كالحبوب والأدهان (يثبت في الذمة مثله، وما لا يتساوى) أجزاؤه
كالحيوان (تثبت قيمته يوم القبض)، لأنه وقت الملك، (وبه)
أي بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور، لا بالتصرف، قيل:
لأنه (٤) فرع الملك فيمتنع كونه (٥) شرطا فيه (٦) وإلا (٧) دار (٨)

إياه " إن خيار الناس أحسنهم قضاء " .

والحديث كما تراه يذكر الخيار بدل البازل.

(١) أي المقرض والمقترض.

(٢) وهو كلمة (إقراض).

(٣) المراد من الفاعل والقابل هو الكامل الذي أطلق عليهما. فالمصدر
الذي هو (إقراض) استعمل في دفع المال، والمراد (بالكامل) المضاف إليه:
الفاعل وهو المقرض، والقابل وهو (الآخذ)، أي المستقرض.
فقد استعمل المصدر وأضيف إلى فاعله ومفعوله بلفظ واحد.

(٤) أي لأن التصرف.

(٥) أي كون التصرف.

(٦) أي في الملك.

(٧) أي وإن كان التصرف شرطا في الملك.

(٨) بيان الدور: أن التصرف متوقف على الملكية فإذا كانت الملكية متوقفة
على التصرف أيضا حصل الدور وهو: توقف الشيء على نفسه، فدفعا للدور حكمنا
بالملكية بالقبض فقط من دون توقف الملكية على التصرف.

وفيه (١) منع تبعيته (٢) للملك مطلقا (٣)، إذ يكفي فيه (٤) إذن المالك وهو (٥) هنا حاصل بالعقد، بل بالإيجاب وحيث قلنا بملكه (٦)، بالقبض (فله رد مثله) مع وجود عينه (٧) (وإن كره المقرض)، لأن العين حينئذ (٨) تصير كغيرها من أمواله، والحق يتعلق بذمته فيتخير في جهة القضاء (٩)، ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف وجب دفع

-
- (١) أي في لزوم الدور المذكور نظر، ببيان عدم توقف التصرف على الملكية، بل على الإذن وهو حاصل بالعقد. فإذن لا يلزم الدور إذا قلنا بأن الملك متوقف على التصرف، لأنه أخذ المال مأذونا في التصرف فيه، دون أن يملكه بالقبض فإذا تصرف في المال بالإذن السابق فقد حصل ملكه.
- (٢) أي منع تبعية التصرف للملك.
- (٣) سواء كان الملك تاما كما في الملك العاري عن الخيار بجميع أنحاء أم ناقصا كما لو كان هناك خيار.
- ويحتمل أن يراد بقوله: مطلقا: القول بتوقف التصرف على الملكية في بعض الموارد.
- كما لو كانت عين غير مأذونة في التصرف فيها، فإن التصرف فيها متوقف على الملكية.
- (٤) أي في التصرف.
- (٥) أي إذن المالك بسبب العقد.
- (٦) أي بملك المقرض.
- (٧) أي عين المال.
- (٨) أي حين يملك العين المقرض.
- (٩) برد العين أو غيرها.

العين مع طلب مالكها، يمكن القول بذلك (١) وإن ملكناه (٢)،
بالقبض، بناء على كون القرض عقدا جائزا ومن شأنه رجوع كل عوض
إلى مالكة إذا فسخ كالهبة والبيع بخيار.
(ولا يلزم (٣) اشتراط الأجل فيه) لا له (٤)، ولا لغيره (٥)،
لأنه عقد جائز فلا يلزم ما يشترط فيه، إلحاقا (٦) لشروطه بجزئه
نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم على ما سبق (٧).
(ويجب) على المديون (نية القضاء) سواء قدر على أدائه أم لا

-
- (١) أي وجوب دفع العين مع طلب مالكها.
 - (٢) أي ملكنا المقترض بمجرد القبض.
 - (٣) أي شرط الأجل في القرض لا يكون لازما، لأنه من العقود الجائزة
فلا يلزم الوفاء به.
 - (٤) أي لا لهذا القرض فإنه لو شرط الأجل في هذا المال المقترض لا يلزم
الوفاء به، لأنه عقد جائز وفي أكثر النسخ: "لماله" والمعنى واحد أي لا يلزم
اشتراط الأجل في القرض للمال المقترض.
 - (٥) أي إذا شرط الأجل في عقد القرض لهذا القرض لم يلزم الوفاء به.
وكذا إذا شرط الأجل لأمر آخر في عقد القرض. كما إذا شرط تأجيل ثمن
مبيع في عقد قرض. فإن هذا الاشتراط لا يلزم الوفاء به، لأنه وقع في عقد
غير لازم.
 - (٦) نصب على المفعول لأجله: أي لأجل إلحاق شرط عقد القرض بجزئه
الذي هو الإيجاب والقبول، فكما أن الجزئين جائزان لجواز فسخ كل من الموجب
والقابل، كذلك الشرط فإنه جائز.
 - (٧) من لزوم الشرط إذا كان في عقد لازم.

بمعنى العزم وإن عجز على الأداء إذا (١) قدر، وسواء كان صاحب الدين حاضرا أم غائبا، لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كل واجب، وترك كل محرم. وقد روي (٢): أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه: وأنه ينقص من مؤنته بقدر قصور نيته.

(وعزله عند وفاته، والايضاء به لو كان صاحبه غائبا) لتمييز الحق، ويسلم من تصرف الوارث فيه، ويجب كون الوصاية إلى ثقة، لأنه تسليط على مال الغير وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة، (ولو جهله (٣) ويؤس منه تصدق به عنه) في المشهور. وقيل: يتعين دفعه إلى الحاكم، لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه، ويضعف بأنه إحسان محض إليه، لأنه إن ظهر ولم يرض بها (٤) ضمن له عوضها وإلا (٥) فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقه. والأقوى التخيير بين الصدقة، والدفع إلى الحاكم، وإبقائه في يده.

(ولا تصح قسمة الدين) المشترك بين شريكين فصاعدا (٦)

(١) الظرف متعلق ب " الأداء " .

(٢) الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين باب ٥ - الحديث ٣.

(٣) أي المقرض.

(٤) أي بالصدقة.

(٥) أي وإن لم يظهر صاحب المال فالصدقة عنه أنفع.

(٦) كما إذا كان زيد وعمرو شريكين في رأس مال فأقرضا أشخاصا من المال المشترك بينهما، ثم أرادا الفسخ، أو القسمة ففرضيا بأن ما في ذمة فلان لأحدهما وما في ذمة آخر للآخر. فهذه القسمة غير صحيحة.

على المشهور، (بل الحاصل منه (١) لهما، والتياوي (٢)) بالمثناة وهو الهالك (منهما)، وقد يحتال (٣) للقسمة بأن يحيل (٤) كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطاءها صاحبه ويقبل الآخر، بناء على صحة الحوالة من البرئ (٥)، وكذا لو اصطلحا (٦) على ما في الذمم بعضا ببعض وفاقا للمصنف في الدروس.

(ويصح بيعه بحال) وإن لم يقبض من المديون (٧) وغيره، حالا كان الدين، أم مؤجلا، ولا يمنع تعذر قبضه حال البيع من صحته (٨) لأن الشرط إمكانه (٩) في الجملة لا حالة البيع، ولا فرق في بيعه بالحال

(١) أي من الدين.

(٢) اسم فاعل مشتق من توى يتوي توى فهو أجوف واوي، وناقص يائي ويقال لمثله: "اللفيف المقرون".

(٣) من الحيلة.

(٤) من الحوالة، وحاصل الحيلة: أن يحيل أحد الشريكين شريكه على أحد المديونين بحصته، وكذلك الشريك الآخر يحيل على المديون الآخر شريكه بحصته. (٥) المراد من البرئ الشريك الذي يحيل شريكه على أحد المديونين فإن ذمته بريئة من الدين لشريكه.

هذا بناء على صحة الحوالة ممن هذه صفته.

(٦) بأن يقبل أحد الشريكين ما أقرض شريكه لفلان، وكذا يقبل الشريك الثاني ما أقرض شريكه الأول لشخص آخر.

(٧) الجار والمجرور متعلق بالمصدر وهو بيعه في قول المصنف رحمه الله:

(ويصح بيعه) وكذلك (وغيره): أي يصح بيع الدين بالمديون وب (غير المديون)

(٨) أي من صحة بيع الدين إلى المديون وغير المديون.

(٩) أي إمكان القبض.

بين كونه مشخصاً (١)، ومضموناً (٢) على الأقوى، للأصل، وعدم صدق اسم الدين عليه، (لا بمؤجل) لأنه يبيع دين بدين. وفيه نظر، لأن الدين الممنوع منه: ما كان عوضاً حال كون ديناً بمقتضى تعلق الباء به (٣)، والمضمون عند العقد ليس بدين وإنما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به (٤)، ولأنه يلزم مثله (٥) في بيعه بحال والفرق غير واضح (٦)، ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد ممنوع، أو بعده (٧) فمشترك، وإطلاقهم (٨) له عليه (٩) عرفاً إذا بيع به فيقولون: باع فلان ماله بالدين مجاز (١٠) بقصد أن الثمن

-
- (١) كبيع الدين بهذه الدراهم.
 - (٢) كبيع الدين بالذمة بأن باعه بعشرة دراهم بالذمة.
 - (٣) أي تعلق البيع بالباء في قول القائل بعثك هذا بهذا بأن يكونا دينين سابقين على العقد، لا أنه يبيع دين سابق على العقد بدين يكون ديناً بعد العقد، فإنه دين بنفس العقد كما فيما نحن فيه.
 - (٤) أي بالدين حتى يرد ما قيل: من كونه ديناً بدين.
 - (٥) أي مثل هذا الإشكال في بيع الدين بالحال، فإنه حين البيع بالدراهم الكلية بالحال لا توجد دراهم وإنما توجد بعداً لعدم وجود الكلي في الخارج إلا بوجود أفراد.
 - بخلاف البيع بالدراهم الشخصية فإنه لا يلزم الإشكال فيه.
 - (٦) أي بين الحال والمؤجل.
 - (٧) أي بعد العقد فمشترك بين الحال والمؤجل.
 - (٨) أي إطلاق الناس للدين.
 - (٩) أي على هذا الفرض.
 - (١٠) بالرفع خبر للمبتدأ وهو قوله: " وإطلاقهم "
- (٢٠)

بقي في ذمته بعد البيع، ولو اعتبر هذا الإطلاق (١) جاء مثله في الحال (٢) إذا لم يقبضه، خصوصا إذا أمهله به من غير تأجيل. (وبزيادة) عن قدره، (ونقيصة، إلا أن يكون ربويا) فتعتبر المساواة، (ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري) إلى البائع (على رواية (٣) محمد بن الفضل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام) وقريب منها رواية (٤) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام، وإنما اقتصر على الأولى، لأنها أصرح، وعمل بمضمونها الشيخ وجماعة. ويظهر من المصنف الميل إليه، وفي الدروس لا معارض لها (٥)، لكن المستند (٦) ضعيف، وعموم (٧) الأدلة تدفعه، وحمل (٨) على الضمان مجازا، لشبهه (٩) بالبيع في المعاوضة، أو على فساد البيع، للربا وغيره فيكون

-
- (١) أي إطلاق الدين على هذا الفرض ومنع البيع به.
 - (٢) هذا في الفرد الكلي، لأنه لا يتشخص إلا بوجود أفراده.
 - وأما في الشخصي فلا يصدق عليه بيع الدين بالدين وإن لم يقبضه، بل هو أمانة عند المشتري وإن ذهب الشارح رحمه الله إلى أنه كالكلي.
 - (٣) الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين والقرض باب ١٥ الحديث ٣.
 - (٤) الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين والقرض باب ١٥ الحديث ٢.
 - فالروايتان تدلان على عدم وجوب رد المديون إلى المشتري إلا ذلك.
 - (٥) أي للرواية الأولى.
 - (٦) أي مستند الأولى.
 - (٧) أي عموم أدلة الوفاء بالعقد، منها قوله تعالى: "أوفوا بالعقود".
 - (٨) أي أطلق البيع في المقام على الضمان مجازا: بأن التزم المديون للمشتري مقدارا من المال بقدر الدين أو أكثر.
 - (٩) أي شبه الضمان بالبيع في كون الضمان معاوضة: أي في الجامع الأعم.

الدفع مأذونا فيه من البائع في مقابلة ما دفع، ويبقى الباقي لمالكه. والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع، ويجب مراعاة شروط الربا والصراف (١) ولو وقع (٢) صلحا اغتفر الثاني (٣) خاصة. (ومنع ابن إدريس من بع الدين على غير المديون) استنادا إلى دليل قاصر، وتقسيم غير حاصر (٤)،

(١) فإن كان المال، ربويا لا بد أن يكون العوض والمعوض متساويين، وإن كان العوضان من الأثمان وجب التقابض في المجلس. (٢) أي هذا العقد.

(٣) وهو عدم وجوب التقابض في المجلس لو كان العوضان من الأثمان، فإنه لو صالح صاحب الدين ما في ذمة المديون سقط منه شرائط الصراف - من التقابض في المجلس - لأن الصراف عبارة عن بيع الأثمان بالأثمان، والصلح ليس بيعا. وهذا بخلاف الربا فإنه - وإن وقع صلحا - لا بد فيه من التساوي. (٤) حاصل ما استدل به "ابن إدريس" قدس سره على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادعى صحته وهو أن المبيع إما عين معينة، أو في الذمة والأول إما عين مشاهدة فلا يحتاج إلى وصف.

وأما عين غير مشاهدة فيحتاج إلى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤية. أما الذي في الذمة فهو السلف المفتقر إلى أجل معين والوصف الخاص. قال: والدين ليس عينا مشاهدة ولا معينة موصوفة إذ للمديون التخيير في جهات القضاء وليس بسلم إجماعا ولا قسم رابع هنا. ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع لانعقاده على صحة بيع الدين، ثم أجاب بأن العمومات قد تخص والأدلة هنا عامة فنخصصها ببيعه على غير من هو عليه.

ثم عقب ذلك بأنه تحقيق لا يبلغه إلا محقق أصول الفقه وضابط فروع المذهب وعالم بأحكامه ومحكم لمداره وتقريراته وتقسيماته. ثم استدل أيضا بالإجماع

(والمشهور الصحة) مطلقا (١)، لعموم الأدلة (٢) (ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم) كالخمر والخنزير (ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه (٣) ولو شاهده (٤)) المسلم، لإقرار الشارع له على ذلك (٥)، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهر به لم يجز (٦) ومن ثم (٧) يقيد بالذمي، لأن لحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله (٨) منه.

على عدم صحة جعل الدين مضاربة إلا بعد قبضه، ثم أطنب في ذلك بما لا محصل له. وأنت خبير بأن التقسيم الذي ادعى فيه الحصر لا دليل عليه وأما ما ادعاه من الإجماع وارد عليه وأما ما اعتذر عنه من التخصيص فهو متوقف على قيام المخصص وهو مفقود والمنع من المضاربة على الدين لا مدخل له في المنع من بيعه أصلا وإلا لمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه وإنما المانع عندهم من المضاربة أمر آخر أشرنا إليه في بابه ولا فرق بين البيع للدين والسلم فيه إلا بالأجل، ولا يصير المعلوم مجهولا هذا ما أفاد الشارح قدس سره في الهامش.

- (١) سواء كان المشتري المدين أم غيره.
- (٢) وهو عموم الوفاء بالعقود.
- (٣) أي قبض المسلم من إضافة المصدر إلى فاعله.
- (٤) أي ولو شاهد هذا البيع المسلم. فلو هنا وصلية.
- (٥) أي على بيع الخمر والخنزير من الكافر إلى مثله.
- (٦) أي للمسلم أخذ ذاك الثمن المتظاهر به.
- (٧) أي ومن جهة اشتراط الاستتار قيد الكافر بالذمي، لأنه يعمل بشرائط الذمة ومن حملتها الاستتار بهذه الأشياء، بخلاف الحربي فإنه لا يستتر.
- (٨) أي تناول المسلم من الكافر.

(ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلس)، عملاً بالأصل (١)،
(خلافاً لابن الجنيّد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل، قياساً على الميت،
وهو باطل (٢)، مع وجود الفارق (٣) بتضرر الورثة إن منعوا
من التصرف إلى أن يحل، وصاحب (٤) الدين إن لم يمنعوا، بخلاف
المفلس لبقاء ذمته.

(وتحل) الديون المؤجلة (إذا مات المديون)، سواء في ذلك
مال السلم، والجنائية المؤجلة (٥)، وغيرهما، للعموم (٦)، وكون (٧)،
أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن، وأجل الجنائية بتعيين الشارع وليتحقق

(١) وهو (الاستصحاب) فإنه بعد الحجر يشك في انتفاء أجل الديون
فيستصحب البقاء.

(٢) لأنه قياس محض.

(٣) بين الحجر والموت.

(٤) بالجر عطفاً على مدخول (باء الجارة): أي بتضرر صاحب الدين
إن قلنا بجواز تصرف الورثة بالتقسيم وغيره فصاحب الدين يتضرر، لأنه من الممكن
أن لا يبقى شيء بعد التقسيم للدائن لو صبر إلى أن يحل وقت طلبه.

(٥) كما في قتل الخطأ فإن الدية فيه مؤجلة.

(٦) أي لعموم الروايات الواردة في هذا المقام راجع الوسائل كتاب

التجارة أبواب الدين والقرض باب ١٢ - الحديث ١ - ٢ - ٣.

(٧) دفع وهم حاصله: أن لتأجيل الثمن والمثمن وحلولهما مدخلية في الزيادة

والنقيصة، وبما أن المثمن في السلم مؤجل، والدية في الجنائية بيد الشارع،

فإن الجنائية الخطائية المحضة مؤجلة إلى ثلاث سنوات، وفي شبه العمدة إلى سنتين

فالحكم بالتعجيل مناف لذلك كله. وأجاب الشارح رحمه الله: بأن ذلك كله

صحيح ما لم يرد النص بعموم التعجيل في مطلق ديون الميت. فيختص تلك الأدلة

الفرق بين الجنایات لا يدفع عموم النص (١) (ولا تحل بموت المالك)، دون المديون للأصل (٢)، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي. وقيل: تحل، استناداً إلى رواية (٣) مرسله، وبالقياس على موت المديون. وهو باطل.

(وللمالك انتزاع السلعة) التي نقلها إلى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها مقدماً فيها (٤) على سائر الديان (في الفلاس إذا لم تزد زيادة متصلة) كالسمن، والطول، فإن زادت كذلك (٥) لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلس فيمتنع أخذ العين بدونها (٦) ومعها (٧). (وقيل: يجوز) انتزاعها (وإن زادت) لأن هذه الزيادة صفة محضة وليست من فعل المفلس فلا تعد مالاً له، ولعموم من وجد عين ماله فهو أحق بها (٨)، وفي قول ثالث: يجوز أخذها، لكن يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة، (ولو كانت الزيادة منفصلة) كالولد وإن لم ينفصل، والثمره وإن لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع وكانت

بغير الميت.

- (١) الوسائل أبواب الدين باب ١٢ حديث ١ - ٢ - ٣.
- (٢) وهو (الاستصحاب).
- (٣) الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين والقرض باب ١٢ - الحديث ١
- (٤) أي في هذه السلعة.
- (٥) أي زيادة متصلة كالسمن والطول.
- (٦) أي بدون الزيادة.
- (٧) أي مع الزيادة فإنها مال الغير.
- (٨) هو قول الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم، راجع صحيح مسلم ج ٥ ص ٣١ طبعة مشكول والوسائل كتاب الحجر باب ٥.

الزيادة للمفلس، ولو كانت بفعله كما لو غرس، أو صبغ الثوب،
أو خاطه، أو طحن الحنطة كان شريكا بنسبة الزيادة (١).
(وغرماء الميت سواء في تركته مع القصور) فيقسم على نسبة
الديون (٢)، سواء في ذلك صاحب العين، وغيره، (ومع الوفاء لصاحب
العين أخذها (٣) في المشهور)، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد
وسواء مات محجورا عليه أم لا، ومستند المشهور صحيحة (٤) أبي ولاد
عن (الصادق) عليه السلام.
(وقال ابن الجنيد: يختص (٥) بها وإن لم يكن وفاء) كالمفلس،
قياسا (٦)،

-
- (١) كما لو كانت قيمة الثوب خمسة دراهم فخيطة فصارت قيمته سبعة دراهم
فالزائد وهو الدرهمان يكونان للمالك فيكون المفلس شريكا بنسبة اثنين من سبعة.
(٢) كما لو ترك الميت مائة دينار، وكان أحد غرمائه يطالبه بستين دينارا،
والثاني بتسعين دينارا، والثالث بمائة وخمسين، فمجموع الديون تبلغ ثلاثمائة:
(٦٠ + ٩٠ + ١٥٠) وحيث إن نسبة التركة إلى هذا المجموع نسبة الثلث فيعطى كل
غريم ثلث حقه.
هكذا لصاحب الستين: " عشرون "
لصاحب التسعين: " ثلاثون "
لصاحب المائة والخمسين: " خمسون "
المجموع (١٠٠)
(٣) بإضافة المصدر إلى مفعوله.
(٤) الوسائل، كتاب التجارة أحكام الحجر باب ٥ حديث ٣.
(٥) أي يأخذ العين صاحبها، وإن لم تف التركة بديون الميت جميعا.
(٦) أي قياسا للميت بالمفلس: ببيان أن المفلس لو كانت عنده عين لزيد
وكانت موجودة فحجر على أمواله كان صاحب العين أولى بها من بقية الغرماء.

واستنادا إلى رواية (١) مطلقة في جواز الاختصاص، والأول (٢)، باطل والثاني (٣) يجب تقييده بالوفاء جمعا (٤). وربما قيل: باختصاص الحكم (٥) بمن مات محجورا عليه، وإلا (٦) فلا اختصاص مطلقا (٧)،

وكذلك لو كان عند الميت عين لزيد وهي موجودة كان صاحب العين أولى بها من بقية الغرماء، وإن لم تف تركة بديونه.

(١) راجع الوسائل كتاب التجارة وأحكام الحجر باب ٥ - الحديث ١.

(٢) وهو القياس، لأنه لا بد في قياس حكم على آخر من الإحاطة بجميع المفاسد والمصالح والجهات المحسنة والمقبحة في المقيس عليه حتى يمكن القياس والحكم له، وإلا فلا يجوز القياس.

وأني لبشر وهو موضع السهو والنسيان أن يحيط بتلك الخصوصيات والجهات والنكات.

نعم سوى من اختاره الله عز وجل من عباده الصالحين وهم (الأنبياء والأئمة الطاهرون) صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

(٣) وهي الرواية المطلقة المجردة عن التقييد المشار إليها في الهامش رقم ١ والتي يجب تقييدها بصورة وفاء تركة الميت بالديون.

(٤) أي جمعا بين هذه الرواية المطلقة، وبين روايات أخر مقيدة بصورة وفاء تركة الميت، فإن وفاء فلصاحب العين أخذها، وإلا فلا، فتلك المطلقة تقيده بهذه المقيدة وتحمل عليها.

(٥) وهي أولوية صاحب العين بها إن وفاء التركة.

(٦) أي وإن لم يمت محجورا عليه فلا اختصاص لصاحب العين بها.

(٧) سواء كانت التركة وافية بديون الميت أم لا.

وصحيح النص (١) يدفعه (٢) (ولو وجدت العين ناقصة بفعل المفلس) أخذها إن شاء (وضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبتته) أي نسبة النقص (إلى الثمن) بأن تنسب قيمة الناقص إلى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك (٣) النسبة كما هو مقتضى قاعدة (٤) الأرش، ولثلا يجمع بين العوض والمعوض في بعض (٥) الفروض، وفي استفادة ذلك (٦) من نسبة النقص إلى الثمن خفاء ولو كان النقص بفعل غيره فإن وجب (٧) أرشه ضرب (٨) به قطعاً، ولو كان

-
- (١) الوسائل كتاب الحجر باب ٥ - الحديث ٣ راجع الحديث تعرف كيفية إطلاقه، وأنه كيف يدفع ما أفاده القائل.
- (٢) أي يدفع ما قيل: وهو اختصاص الحكم الذي هي أولوية صاحب العين بها لو مات المفلس محجوراً عليه، وعدم الأولوية لو لم يمت محجوراً عليه.
- (٣) كما لو وجد عين ماله ناقصة بالربع، وكان الثمن مائة دينار فيساهم المالك الغرماء في الربع وهو خمسة وعشرون ديناراً.
- (٤) قد مر في كتاب التجارة ج ٣ في مسألة خيار العيب ص ٤٧٥ فراجع.
- (٥) كما لو كانت قيمة العبد مائتي دينار وثمانه الذي وقع عليه العقد مائة دينار فقطعت يده، وكان أرشها مائة دينار فدفعت إليه الأرش فاجتمع العوض والمعوض حينئذ.
- (٦) وهو الجمع بين العوض والمعوض في بعض الحالات كما عرفت في الهامش رقم ٥.
- (٧) أي أوجب النقص الذي هو بفعل الغير.
- (٨) أي صاحب العين يكون شريكاً بنسبة حقه مع بقية الغرماء حينما يعطي للمفلس أرش في مقابل النقص الوارد.

من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك (١)، سواء كان الفأث مما يتقسط عليه الثمن بالنسبة كعبد من عبيدين أم لا كيد (٢) العبد، لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه، أو بدله. واعلم أن تخصيص النقص بفعل المفلس لا يظهر له (٣) نكته، لأنه (٤) إما مساو لما يحدث من الله تعالى، أو الأجنبي على تقدير

(١) أي يساهم صاحب العين مع بقية الغرماء وإن كان النقص من قبل الباري جل وعلا.

(٢) لأن ثمن العبد لا يقسط على جسده.

(٣) أي بهذا التخصيص.

(٤) هذا إيراد من الشارح على المصنف حيث ذكر النقص الحاصل من المفلس، دون النقص الحاصل من الله تعالى، ومن الأجنبي. وحاصل الإيراد أن النقص الحاصل إما من الله تعالى، أو من الأجنبي، أو من المفلس.

والحاصل من الله تعالى فيه قولان.

(الأول) عدم ثبوت الأرش فيه.

(الثاني) ثبوت الأرش وأنه كالنقص الحاصل من الأجنبي ومن المفلس من دون فرق بينهما.

فإن قلنا بالفرق بين الحاصل من الله تعالى، والحاصل من الأجنبي

ومن المفلس فالنقص الحاصل من المفلس إما أن يكون مساويا لما يحصل من الله تعالى في عدم الأرش فلماذا حكم المصنف على المفلس بالضرب مع الغرماء وخصه بالذكر.

وإما أن يكون مساويا للنقص الحاصل من الأجنبي على القول بالفرق أيضا فلماذا لم يذكر المصنف الأجنبي أيضا وخص الحكم بالمفلس.

الفرق (١)، أو حكم الجميع (٢) سواء على القول الأقوى.
(ولا يقبل إقراره في حال التفليس بعين، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله (٣) فيكون إقراره بها (٤) في قوة الإقرار بمال الغير، وللحجر عن التصرف المالي المانع (٥) من نفوذ الإقرار، (ويصح) إقراره (بدين) لأنه عاقل مختار فيدخل في عموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٦)، والمانع في العين منتف هنا (٧)، لأنه (٨) في العين مناف

وأما على القول بعدم الفرق بين النقص الحاصل من الله تعالى، ومن الأجنبي، ومن المفلس في ثبوت الأرش فيهما، وفي الحاصل من الله تعالى فالجميع أي جميع النقص الحاصل في الموارد الثلاثة على حد سواء في لزوم الأرش.
إذن فلا يعرف وجه خاص لتخصيص المصنف رحمه الله الحكم بالنقص الحاصل من المفلس وعدم ذكره للنقص الحاصل من الله تعالى ومن الأجنبي.
(١) وهو الفرق بين النقص الوارد من الله تعالى في عدم لزوم الأرش عليه، وبين النقص الحاصل من الأجنبي في لزوم الأرش عليه.
(٢) وهم المفلس والأجنبي والله تعالى في لزوم الأرش لو كان النقص الحاصل من قبل هؤلاء.

(٣) أي قبل الإقرار.

(٤) أي بالعين.

(٥) بالحجر صفة للحجر: أي الحجر المانع.

(٦) الوسائل كتاب الإقرار باب ٣ - حديث ٢.

(٧) أي في الدين.

(٨) أي الإقرار.

لحق الدين المتعلق بها (١) (و) هنا (٢) (يتعلق بدمته، فلا يشارك
الغرماء المقر له) جمعا بين الحقين (٣). (وقوى الشيخ رحمه الله)
وتبعه العلامة في بعض كتبه (المشاركة (٤)) للخبر (٥)، ولعموم (٦)
الإذن في قسمة ماله بين غرمائه، وللفرق بين الإقرار، والإنشاء فإن الإقرار
إخبار عن حق سابق، والحجر إنما يبطل إحداث (٧) الملك، ولأنه (٨)

-
- (١) أي بالعين.
(٢) أي في الإقرار بالدين.
(٣) أي بين حق الغرماء وحق المقر له.
(٤) أي مشاركة المقر له مع الغرماء.
(٥) نفس المصدر المشار إليه في رقم ٦ ص ٣٠.
(٦) الوسائل كتاب الحجر باب ٦ - الحديث ١.
(٧) أي أن الإقرار بالدين إنما يمنع مشاركة المقر له مع الغرماء لو كان
في إقرار المفلس إحداث ملك جديد، وأما إذا لم يلزم ذلك كما فيما نحن فيه فإقراره
في حق الدائن موجب لمشاركة المقر له مع الغرماء. وهذا دليل ثالث للشيخ فيما
ذهب إليه من مشاركة المقر له مع الغرماء.
(٨) هذا دليل رابع من الشيخ رحمه الله فيما ذهب إليه من مشاركة المقر له
مع الغرماء:
بيان أن البينة إذا قامت على أن الشيء الفلاني لزيد تكون موجبة لثبوت
مشاركة من كانت له البينة مع الغرماء.
فكذلك إقرار المفلس المحجور عليه في حق شخص موجب لمشاركة المقر له
مع الغرماء.
وهذا الاستدلال مبني على التشبيه، والتنظير، وقياس أحد الفردين بالآخر
في الحكم. وهو استدلال ضعيف.

كالبينة، ومع قيامها (١) لا إشكال في المشاركة.
ويشكل (٢) بأن رد إقراره (٣) ليس لنفسه، بل لحق غيره
فلا ينافيه (٤) الخبر، ونحن قد قبلناه (٥)، على نفسه بإلزامه بالمال بعد

(١) أي البينة.

(٢) هذا إيراد من (الشارح) على ما أفاده (الشيخ) رحمه الله: من مشاركة
المقر له مع الغرماء لو أقر المفلس المحجور عليه (بالدين) فيما استدل به الشيخ
على مذهبه بأمر أربعة.

الأول: الخبر الوارد: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) وقد مر في الهامش
رقم ٦ ص ٣٠.

الثاني: عموم الإذن.

الثالث: الفرق بين الإقرار والإنشاء كما عرفت في الهامش رقم ٧ ص ٣١.

الرابع: أن الإقرار كالبينة كما عرفت في الهامش رقم ٨ ص ٣١.

وحاصل الإيراد: أن هذا النوع من الإقرار خارج عن عموم (إقرار العقلاء)
خروجا موضوعيا وأنه لا يشمل هذا الفرد، لأن قبول إقرار العقلاء إنما يأتي إذا
كان الإقرار على ضرر المقر وفيما نحن فيه ليس كذلك، إذ الإقرار هنا لنفع المقر،
لأنه يريد التخلص من المقر له بمشاركته مع الغرماء.
وهذا الإقرار وإن لم يكن لنفسه ونفعه إلا أنه مردود، لأنه إقرار
في حق الغير.

(٣) أي إقرار المفلس المحجور عليه في هذا المورد.

(٤) أي رد مثل هذا الإقرار غير مناف للخبر الوارد: (إقرار العقلاء

على أنفسهم جائز)، لأنك عرفت آنفا في الهامش رقم ٢ - أن خروجه خروج
موضوعي، وأنه ليس من أفراد تلك القاعدة الكلية (إقرار العقلاء).

(٥) أي (إقرار العقلاء على أنفسهم) قد قبلناه إذا أوجب ضررا على نفسه

الحجر (١)، ومشاركة (٢) المقر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء في المعنى، وكونه (٣) كالبينة مطلقا ممنوع، فما اختاره المصنف أقوى. وموضع الخلاف ما لو أسنده (٤) إلى ما قبل الحجر،

-
- وألزم المقر بدفع المال إلى المقر له بعد رفع الحجر عنه.
- (١) أي بعد استيفاء الغرماء حقوقهم ورفع الحجر عنهم كما علمت في الهامش رقم ٤ ص ٣٢.
- (٢) رد على الدليل الثالث - وهو الفرق بين الإقرار والإنشاء - فيما استدل به الشيخ رحمه الله على مذهبه.
- وحاصل الرد: عدم الفرق بينهما، وأن الإقرار مساو للإنشاء في المعنى، لأن المانع من قبول إنشاء المفلس حالة الحجر هو إحداث ملكية جديدة للغير. وهذا المعنى بعينه موجود في الإقرار، لأن قبول إقراره مستلزم لإثبات حق جديد للغير، وثبوت حق جديد للغير موجب لمشاركة المقر له للغرماء.
- فكما أن إنشاء ملكية جديدة كان ممنوعا، كذلك الإقرار بكل شيء موجب لإثبات حق للمقر له الموجب لمشاركته مع الغرماء ممنوع أيضا.
- (٣) أي وكون الإقرار كالبينة مطلقا ممنوع. هذا رد على الدليل الرابع من الأدلة التي استدل بها الشيخ على مشاركة المقر له للغرماء لو أقر المفلس بدين لشخص.
- وحاصله: أن الإقرار لا يكون كالبينة في جميع الموارد حتى فيما نحن فيه، وهي: مشاركة المقر له مع الغرماء في أموال المفلس لو أقر المفلس لشخص بدين، بل الكلية ممنوعة. نعم هي صحيحة في بعض الموارد.
- (٤) أي موضع الخلاف بين الفقهاء في كون الإقرار بالدين من المفلس هل يوجب مشاركة المقر له مع الغرماء أو لا يوجب؟ إنما يكون فيما إذا كان إقراره قبل الحجر، لا بعده.

أما بعده (١) فإنه لا ينفذ معجلا قطعا، نعم لو أسنده (٢) إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جناية، شارك (٣) لوقوع السبب (٤) بغير اختيار (٥) المستحق فلا تقصير، بخلاف المعامل (٦).

(ويمنع المفلس من التصرف) المبتدأ (في أعيان أمواله) لحق الغرماء، لا من مطلق التصرف، واحترزنا بالمبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنه ليس بابتداء تصرف، بل هو أثر أمر سابق على الحجر، وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به. وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة، أم يجوز اقتراحا (٧)؟ الأقوى الثاني (٨)، نظرا إلى أصل (٩) الحكم، وإن تخلفت (١٠) الحكمة. وقيل:

- (١) أي لو أسند المفلس الدين إلى سبب بعد الحجر عليه.
- (٢) أي الدين الحاصل بعد الحجر.
- (٣) أي شارك المقر له مع الغرماء.
- (٤) وهو إتلاف المال من قبل المفلس، أو إحداث جناية من قبل المفلس أيضا
- (٥) لأن الإتلاف، أو الجناية إنما وقع من المفلس من دون اختيار المقر له الذي هو المستحق.
- بخلاف الإقرار في الدين فإنه وقع باختيار من الدائن وأنه دايته وأعطاه مع علمه بأنه محجور عليه.
- والمراد من المستحق: المقر له الذي يستحق ثمن التالف، ودية الجناية.
- (٦) وهو الدائن، أو غيره لأنه أعطاه باختياره كما علمت في الهامش رقم ٥
- (٧) أي بلا فائدة ترجع إلى الغرماء.
- (٨) وهو الفسخ اقتراحا ومن دون موجب وسبب لذلك.
- (٩) وهو جواز الفسخ.
- (١٠) أي وإن تخلفت الغبطة والمصلحة.

تعتبر الغبطة في الثاني (١) دون الأول (٢).
وفرق المصنف رحمه الله بينهما (٣) بأن الخيار (٤) ثابت بأصل العقد
لا على طريق المصلحة (٥)، فلا يتقيد (٦) بها (٧)، بخلاف العيب (٨).
وفيه (٩) نظر بين، لأن كلا منهما (١٠) ثابت بأصل العقد على غير جهة
المصلحة، وإن كانت الحكمة المسوغة له (١١) هي المصلحة، والإجماع (١٢)
على جواز الفسخ بالعيب وإن زاد القيمة، فضلا (١٣) عن الغبطة فيه.

-
- (١) وهو ظهور العيب في المبيع.
 - (٢) وهو الفسخ بالخيار.
 - (٣) أي بين الفسخ بالعيب، والفسخ بالخيار.
 - (٤) أي خيار الفسخ.
 - (٥) وهي الغبطة.
 - (٦) أي خيار الفسخ غير مقيد بالمصلحة.
 - (٧) أي بالمصلحة.
 - (٨) أي بخلاف خيار العيب فإنه متقيد بالمصلحة.
 - (٩) أي في هذا الفرق بين خيار الفسخ وخيار العيب، بتقييد الأول
بالمصلحة وعدمه في الثاني.
 - (١٠) أي من خيار الفسخ وخيار العيب.
 - (١١) أي لجعل أصل الخيار.
 - (١٢) هذا تأييد من الشارح فيما ذهب إليه من عدم الفرق بين خيار العيب
وخيار الفسخ في عدم لزوم المصلحة فيهما.
 - وحاصل التأييد: أن الإجماع قائم على جواز الفسخ بالعيب وإن زادت قيمة
العيب كما لو كانت عزيزة الوجود فإن لصاحب العين الفسخ وإن كان محجورا عليه
(١٣) أي فضلا عن الغبطة والمصلحة في المعيب.

وشمل التصرف في أعيان الأموال ما (١) كان بعوض (٢)،
أو غيره (٣)، وما (٤) تعلق بنقل العين، والمنفعة (٥)، وخرج به (٦)
التصرف في غيره (٧)، كالنكاح، والطلاق، واستيفاء القصاص، والعفو
عنه وما يفيد تحصيله (٨) كالاختطاب، والاتهاب (٩)، وقبول الوصية
وإن منع منه (١٠)،

-
- (١) (ما) موصولة منصوبة محلا مفعول به (لشمل): أي شمل قول المصنف:
(ويمنع المفلس من التصرف في أعيان أمواله) التصرف الذي كان بنحو العوض
كالبيع والإجارة والهبة المعوضة ففي هذه الموارد يكون المفلس ممنوعا أيضا
من التصرف.
- (٢) كما علمت في الهامش المتقدم رقم ١.
- (٣) كالهبة غير المعوضة والهدية والصدقة.
- (٤) (ما) موصولة منصوبة محلا عطف على (ما كان)، أي وشمل أيضا
قول المصنف: (ويمنع المفلس من التصرف في أعيان أمواله) التصرف الذي يتعلق
بنقل العين كبيع العين وهبتها.
- (٥) كسكنى الدار بعوض وغيره، فنقل العين أعم من نقل الشيء ونقل منفعته.
- (٦) أي بقول المصنف: (في أعيان أمواله).
- (٧) أي في غير (أعيان أمواله) والتذكير باعتبار لفظ (الأعيان) فالمعنى
أنه خرج مطلق تصرف المفلس بقول المصنف: (في أعيان أمواله)، فإن
تصرفه في غير الأعيان باق كما كان قبل الحجر.
- (٨) مرجع الضمير: (المال) المستفاد من سياق العبارة.
- (٩) أي قبول الهبة.
- (١٠) أي وإن منع المفلس المحجور عليه من التصرف بعد الاختطاب وبعد قبول
الهبة، لأن قبول الهبة وتحصيل الاختطاب وما يحصل بسببهما يكون للغرماء ويتعلق

بعده (١)، وبالمنافي (٢) عن وصيته وتدبيره فإنهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه في ذلك ونحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه (وتباع) أعيان أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل (٣) كالمنفعة أو جرت، أو صولح عليها (٤) وأضيف (٥) العوض إلى أثمان ما يباع (وتقسم على الغرماء) إن وفي، وإلا فعلى نسبة أموالهم (٦)، (ولا يدخر للمؤجلة التي لم تحل حالة القسمة (شئ) ولو حل بعد قسمة البعض

به حقهم، فيمنع من التصرف فيه حينئذ.

(١) أي بعد تلك التصرفات الجائزة.

والحاصل أن المفلس له التصرف في كل ما يكون موجبا لكسب المال الحلال كالاحتطاب وقبول الهبة وما شاكلهما لكنه بعد الاكتساب وقبول الهبة ليس له التصرف في ماله، لتعلق حق الغرماء به حينئذ كما علمت في هامش رقم ١٠ ص ٣٦.

(٢) أي وخرج بقول الشارح: (المنافي لحق الغرماء) - الوصية والتدبير -.

(٣) أي ولو لم تقبل أعيان أمواله البيع كالمنفعة تؤجر تلك العين، كما لو كانت الدار موقوفة على المفلس فإن عينها لا تباع لكنها تؤجر لاستيفاء المنفعة.

(٤) أي صولح على هذه المنفعة بعوض.

(٥) أي تضاف إجارة منافع أمواله لو لم يجز بيعها وثمان ما صولح عليه

إلى أثمان ما يبيع من أمواله، ثم يقسم الجميع على الغرماء إن وفي.

(٦) كما لو كانت أموال المفلس خمسمائة دينار، وكان غرماؤه الأربع - مثلا -

يطالبه أحدهم بمائة دينار، والثاني بمائتين، والثالث بثلاثمائة، والرابع بأربعمائة.

فمجموع الديون ألف دينار، ومجموع المال خمسمائة، وهي نسبة النصف،

فيعطى لكل غريم نصف طلبه، فيعطى لصاحب المائة: خمسون؛ ولصاحب المائتين

مائة، ولصاحب الثلاثمائة مائة وخمسون، ولصاحب الأربعمائة مائتان.

شارك (١) في الباقي، وضرب بجميع المال (٢)، وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم (ويحضر كل متاع في سوقه) وجوبا مع رجاء زيادة القيمة وإلا استحبابا، لأن بيعه فيه (٣) أكثر لطلابه (٤)،

(١) أي شارك الدين الذي حل وقته حين القسمة مع بقية الديون فيما بقي من أموال المفلس.

(٢) أي ساهم الباقيين بجميع طلبه، مثاله: لو حل دين غريم خامس في المثال السابق - بعد ما أخذ الغرماء نصف ما عين لهم الحاكم، يعني أخذ صاحب المائة خمسا وعشرين وبقي أن يأخذ خمسا وعشرين. وهكذا.

وكان هذا الغريم الخامس يطالب المفلس بمائتين وخمسين دينارا. فعند ذلك يضرب هذا بمائتين وخمسين، وصاحب المائة السابق بخمسين، وصاحب المائتين بمائة، وصاحب الثلثمائة بمائة وخمسين، وصاحب الأربعمائة بمائتين فيكون مجموع الديون: $٥٠ + ١٠٠ + ١٥٠ + ٢٠٠ + ٢٥٠ = (٧٥٠)$ والباقي من المال (٢٥٠) وهي بالنسبة إلى الديون نسبة الثلث، فيعطى لكل غريم ثلث طلبه، فصاحب المائة والخمسين يأخذ (خمسين) بعد ما كان قد أخذ (خمسا وسبعين) وكان له أن يأخذ أيضا (خمسا وسبعين) لولا حلول دين هذا الخامس، وهكذا كل يأخذ طلبه الباقي، وكذا يأخذ الخامس ثلث مجموع طلبه أي ثلاثا وثمانين دينارا وثلثمائة فلس وكسرا.

(٣) أي في سوق المتاع.

(٤) مقصوده رحمه الله أن المتاع إذا كان في سوقه يشتري أكثر مما إذا كان في غير سوقه كما إذا بيع الذهب في سوق الصاغة، والكتب في سوقها والطعام في سوقه فإن صرف هذه الأشياء يكون بكثرة، لوجود طلابها. بخلاف ما لو بيع الذهب في سوق الكتب، أو الكتب في سوق الصاغة فإنه لا يوجد له طلاب هناك.

وأضبط لقيمته (١).

(ويحبس لو ادعى الإعسار حتى يثبته) باعتراف الغريم (٢)،
أو بالبينة المطلعة على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقا (٣)،
أو بتلف (٤) المال حيث لا يكون منحصرا في أعيان مخصوصة (٥)،
وإلا (٦) كفى اطلاعها على تلفها، ويعتبر في الأولى (٧) مع الطلاع
على باطن أمره بكثرة (٨) مخالطته، وصبره (٩) على ما لا يصبر عليه

فالجار والمجور وهو (لطالبه) متعلق بالمصدر في قوله: (لأن بيعه) أي

بيع الطعام مثلا في سوقه لطالبه أكثر من بيعه في غير سوقه.

(١) لأن أهل الخبرة والبصيرة يجتمعون في الأسواق المخصصة لبيع الأشياء

(٢) أي الدائن.

(٣) من دون بيان السبب.

(٤) أي شهدت البينة بإعسار المديون بتلف ماله.

(٥) فلو كان المال المدعى تلفه منحصرا بين أعيان مخصوصة فإن البينة

يمكنها الشهادة على صدقه أو كذبه، فيكفي في شهادة البينة حينئذ اطلاعها

على تلفها وعدمه.

(٦) أي وإن كان منحصرا في أعيان مخصوصة كما ذكرنا في الهامش المتقدم

رقم ٥.

(٧) أي وهي البينة المطلعة على باطن أمر المحجور عليه.

(٨) الجار والمجور متعلق بالمصدر: (الاطلاع) في قوله: مع الاطلاع أي

مع الاطلاع بسبب كثرة مخالطة البينة.

(٩) بالجر عطفًا على مدخول باء الجارة أي (وبصبره) على أمر لا يصبر

عليه ذوو اليسار كصبره على البرد القارص من دون نار، أو رداء، أو رثاء ثياب

لا تتحمل عادة.

ذوو اليسار عادة، أن (١) تشهد بإثبات يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف، بأن يقول: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، ونحو ذلك (٢). وهل يتوقف ثبوته (٣) مع البينة مطلقا (٤) على اليمين قولان؟ وإنما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالا كالقرض، أو عوضا عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران (٥) كالجناية والإتلاف قبل قوله في الإعسار بيمينه، لأصالة عدم المال وإنما أطلقه المصنف اتكالا على مقام الدين في الكتاب، (فإذا ثبت) إعساره (خلى سبيله)، ولا يجب عليه التكسب لقوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة (٦)).

(وعن علي عليه الصلاة والسلام) بطريق السكوني أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول: اصنعوا به ما شئتم (إن شئتم فأجروه، وإن شئتم استعملوه (٧)، وهو يدل على وجوب التكسب) في وفاء الدين، (واختاره ابن حمزة والعلامة) في المختلف، (ومنعهُ الشيخ وابن إدريس) للآية (٨)، وأصالة البراءة.

-
- (١) أي علاوة على الاطلاع على باطن أمره أن تشهد.. الخ
(٢) كمسكنه ونفقة واجبي نفقته.
(٣) أي الإعسار.
(٤) سواء كانت البينة مطلعة على باطن أمره أم لا.
(٥) وهما: المال والعوض عن مال كثمن المبيع.
(٦) البقرة: الآية ٢٨٠.
(٧) الوسائل كتاب الحجر باب ٧ - الحديث ٣.
(٨) وهي: فنظرة إلى ميسرة.

(والأول (١) أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة والمتكسب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحينئذ (٢) فهو خارج من الآية (٣)، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه (٤) تحمل الرواية (٥).
(وإنما يحجر على المديون إذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يحجر عليه إجماعاً، وإن ظهرت عليه إمارات الفلاس، لكن لو طولب بالدين فامتنع تخيير الحاكم بين حبسه إلى أن يقضي بنفسه، وبين أن يقضى (٦) عنه من ماله، ولو يبيع ما خالف (٧) الحق، (وطلب (٨) الغرماء الحجر)، لأن الحق لهم فلا يتبرع الحاكم به (٩)

-
- (١) وهو وجوب التكسب كما دل عليه الحديث عن علي عليه الصلاة والسلام الوسائل كتاب الحجر باب ٧ الحديث ٣.
(٢) أي حين كان قادراً على التكسب.
(٣) أي القادر على التكسب خارج عن منطوق الآية: (فنظرة).
(٤) أي على التكسب اللائق بحاله.
(٥) وهي المروية عن علي عليه الصلاة والسلام في الهامش رقم ١.
(٦) أي الحاكم.
(٧) أي غير الحق المدعي، كما لو كان الدائن يطلب دراهم وليس للمدين سوى الطعام، فهنا يبيع الحاكم الطعام ويقضي عنه دينه.
(٨) هذا شرط ثان للحجر على المفلس، فهو فعل ماضٍ من باب نصر ينصر والشرط الأول قصور ماله عن دينه.
(٩) أي بالحجر على المدين أي ليس للحاكم قبل طلب الغرماء الحجر على أموال المفلس.

عليهم. نعم لو كانت الديون لمن له (١) عليه (٢) ولاية كان له (٣) الحجر، أو بعضها (٤) مع التماس الباقيين، ولو كانت (٥) لغائب لم يكن للحاكم ولايته (٦) لأنه (٧) لا يستوفي له (٨)، بل بحفظ أعيان أمواله، ولو التمس بعض الغرماء فإن كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحجر وعم (٩) وإلا (١٠) فلا على الأقوى.
(بشرط (١١) حلول الدين) فلو كان كله، أو بعضه مؤجلا

(١) أي للحاكم.

(٢) مرجع الضمير (من) الموصولة، المراد منها المجنون والصبي.

(٣) أي للحاكم.

(٤) مرجع الضمير الديون أي بعض الديون لمن كان للحاكم عليه الولاية كالصبي أو المجنون، فللحاكم الحجر على أموال المفلس إذا التمس الباقيون.
(٥) أي الديون.

(٦) مرجع الضمير " الغائب " : أي ليس للحاكم على الغائب ولاية، فليس له الحجر.

(٧) أي الحاكم.

(٨) أي الغائب.

(٩) أي عم حجر أموال المفلس لجميع الغرماء.

(١٠) أي وإن لم تكن في أموال المفلس زيادة على ديون الملتزمين فلا يجوز الحجر عليها.

والنكته في عدم جواز الحجر في هذه الصورة واضحة، لأنه لو حجر على أموال المفلس باستدعاء بعض الديان وأعطى لهم ديونهم ضاعت حقوق الآخرين.
(١١) هذا شرط ثالث لجواز الحجر.

لم يحجر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ (١)، نعم لو كان بعضها حالا
جاز مع قصور المال عنه (٢) والتماس أربابه.
(ولا تباع داره، ولا خادمه، ولا ثياب تحمله). ويعتبر في الأول
والأخير ما يليق بحاله كما وكيف (٣)، وفي الوسط ذلك (٤)، لشرف،
أو عجز، وكذا دابة ركوبه، ولو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتحد (٥)
ولو زادت (٦) عن ذلك (٧) في أحد الوصفين (٨) وجب الاستبدال،
والاقتصار على ما يليق بحاله، (وظاهر ابن الجنيد بيعها (٩) في الدين

-
- (١) أي حين كان كله أو بعضه مؤجلا.
(٢) أي عن بعض الديون الحالة.
(٣) ما أفاده الشارح (ره) في هذا المقام بهذا النحو من التوسعة لا يخلو
من إشكال، إذ الأخبار المتظافرة كما تأتي الإشارة إليها في الهامش رقم ٢ ص ٤٤ صريحة
في الظل فقط أي تكون له دار تظله، وليس فيها ما يشعر بالكمية والكيفية.
وهو المطابق للدين الحنيف الإسلامي.
وفي بعض الأخبار إشارة إلى بيع الدار وهي تدل على ما ذكرناه.
(٤) أي كما وكيف وقد عرفت الخدشة في الأول والأخير، والأوسط
مثلهما.
(٥) أي كما أن المتحد يستثنى كذلك المتعدد يستثنى.
(٦) أي الأشياء الثلاثة.
(٧) أي عما يليق بحاله.
(٨) أي في الكيفية: بأن كان له ملابس ثمنها أكثر مما يليق بحاله فتستبدل
بما يليق بحاله، أو الكمية كما لو كان له جبتان واللائق بحاله جبة واحدة فتباع
إحدهما، دون الأخرى.
(٩) أي الدار والخادم والثياب.

(واستحب للغريم تركه (١)، والروايات متضافرة بالأول (٢) وعليه العمل، وكذا تجري عليه نفقته يوم القسمة (٣)، ونفقة واجبي النفقة، ولو مات قبلها (٤) قدم كفنه (٥)، ويقتصر منه على الواجب وسطا (٦) مما يليق به عادة، ومؤنة (٧) تجهيزه. وهذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبته (٨) وإن جرت العادة باختصاص الفلاس باب، ورعاية (٩) لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

-
- (١) مرجع الضمير " المديون ": أي قال ابن الجنيد باستحباب ترك الدائن للمديون هذه الأشياء الثلاثة.
- (٢) وهو الاستثناء، راجع الوسائل كتاب التجارة باب ١١ الحديث ١.
- (٣) إنما قيد ب (يوم القسمة)، لأنه ربما يتوهم عدم جواز إعطاء المديون النفقة (يوم القسمة).
- فلدفع التوهم خص (يوم القسمة) بالذكر، وإلا فلا إشكال في جواز الإنفاق على المفلس من يوم الحجر.
- (٤) أي (قبل القسمة).
- (٥) أي (على الغرماء).
- (٦) أي حد الوسط مما يليق بحال الميت، لا الكفن العالي، ولا الكفن الوضيع
- (٧) بالرفع عطفا على مدخول (قدم): أي قدم تجهيز الميت على الغرماء كما يقدم كفنه عليهم.
- (٨) أي لمناسبة الدين بالفلس.
- (٩) بالنصب مفعول لأجله فهو علة ثانية لذكر هذه الأمور في باب الدين

(القسم الثاني دين العبد).

خصه (١) بناء على الغالب من توليه (٢) ذلك، دون الأمة. ولو أبدله بالمملوك كما عبر غيره عم، (لا يجوز له التصرف فيه) أي في الدين بأن يستدين، لا فيما استدانه (٣) وإن كان حكمه كذلك، لدخوله (٤) في قوله: (ولا فيما بيده) من الأموال (إلا بإذن السيد) سواء قلنا بملكه أم أحلناه، (فلو استدان بإذنه)، أو إجازته (فعلى المولى (٥) وإن أعتقه)، وقيل: يتبع به مع العتق، استنادا إلى رواية (٦) لا تنهض حجة فيما خالف القواعد الشرعية، فإن العبد بمنزلة الوكيل وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق، ولو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه (٧) قولاً واحداً.

(ويقتصر) المملوك (في التجارة على محل الإذن) فإن عين له نوعاً، أو مكاناً، أو زماناً تعين وإن أطلق تخير، (وليس له الاستدانة

(١) أي العبد، دون الأمة.

(٢) أي من تولي العبد الدين، دون الأمة فإنها لا تستدين.

(٣) مقصوده رحمه الله: أن العبد لا يجوز له الاستدانة والاستقراض ابتداءً وليس المقصود من عبارة المصنف رحمه الله أنه ليس للعبد التصرف في ما استدانه واستقرضه وإن كان هو أيضاً كذلك لا يجوز له التصرف.

(٤) أي لدخول ما استدانه واستقرضه.

(٥) أي على المولى إيفاء دين العبد حينما أجازته وأذن له.

(٦) الوسائل كتاب التجارة باب ٣١ - الحديث ٢.

(٧) أي على المولى من دون مخالف.

بالإذن في التجارة (١) لعدم دلالتها (٢) عليها إلا أن تكون (٣) لضرورتها كتنقل المتاع وحفظه مع الاحتياج إليه (٤) (فتلزم ذمته (٥)) لو تعدى المأذون نطقاً (٦)، أو شرعاً (٧) (لو تلف يتبع به بعد عتقه) ويساره (على الأقوى)، وإلا (٨) ضاع، ولو كانت عينه باقية رجع إلى مالكه، لفساد العقد، (وقيل: يسعى فيه) العبد معجلاً (٩)،

-
- (١) أي لو أذن المولى للعبد في التجارة فلا يجوز له أن يستقرض من الخارج ليتجر به، لأن الإذن في التجارة ليس إذناً في الاستقراض، لعدم دلالة التجارة على الاستدانة، لا بالمطابقة ولا بالتضمن ولا بالالتزام.
- (٢) مرجع الضمير التجارة، كما وأن مرجع الضمير في عليها إلى الاستدانة.
- (٣) أي الاستدانة تكون لحاجة ضرورية في التجارة كتنقل المتاع وحفظه.
- (٤) أي إلى النقل.
- (٥) أي ذمة العبد. فالمعنى أن العبد لو تعدى في ما أذن له المولى كما لو قال له: اتجر في النجف الأشرف سنة كذا في الحنطة أو الشعير مثلاً، فخالف أحد هذه الأمور، ثم خسر بعد ذلك فالديون الطارية تكون على ذمته لا على ذمة المولى بخلاف ما إذا لم يخالف فإن تلف البضاعة أو خسرانها يكون على المولى.
- (٦) كما ذكر في الهامش رقم ٥.
- (٧) كما إذا حصلت ضرورة للحفظ أو النقل، فإنه يجب عليه شرعاً أن يستدين لحفظ المتاع، فإذا لم يفعل وتلف ضمن المتاع، أو استدان أكثر من اللازم فذمته مشغولة بالزائد.
- (٨) أي وإن لم يعتق أو لم يوسر، ذهب من كيس الدائن، أو المولى.
- (٩) أي قبل العتق.

استنادا إلى إطلاق رواية (١) أبي بصير وحملت على الاستدانة للتجارة (٢) لأن الكسب للمولى فإذا لم يلزمه (٣) فعله لا يدفع من ماله (٤). والأقوى أن استدانتة لضرورة التجارة إنما يلزم مما في يده (٥)، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه (٦) تحمل الرواية. (ولو أخذ المولى ما اقترضه المملوك) بغير إذنه أو ما في حكمه (٧) (تخير المقرض بين رجوعه على المولى)، لترتب يده على ماله مع فساد القرض، (وبين اتباع (٨) العبد) بعد العتق واليسار، لأنه كالغاصب أيضا، ثم إن رجوع المولى قبل أن يعتق المملوك لم يرجع المولى عليه

(١) راجع الوسائل كتاب التجارة أبواب الدين والقرض باب ٣١ الحديث ١.

- فإنك تجدها مطلقة في التجارة وغيرها، من دون اختصاصها بالتجارة. (٢) أي استدان للتجارة لغير ضرورة، فإن هذا الدين لا يلزم المولى فلا يدفع المولى من ماله، فيستسعى العبد حتى يفي الدين. (٣) أي إذا لم يلزم المولى فعل العبد وهو الاستقراض لحفظ المتاع، أو نقله، فالضمير في يلزمه للمولى وفي فعله للعبد. (٤) الضمير في " ماله " للمولى والفاعل ل " يدفع " المولى أيضا. (٥) أي في يد العبد. (٦) أي وعلى قصور ما في يده عن أداء الدين. (٧) وهو الإذن الشرعي كالاقتراض لضرورة التجارة. (٨) أي اتباع المقرض للعبد بأن يصبر حتى يعتق العبد ويوسر.

لأنه لا يثبت له في ذمة عبده مال، وإن كان (١) بعده وكان (٢) عند أخذه (٣) للمال عالما بأنه قرض (٤) فلا رجوع له (٥) على المملوك أيضا لتفريطه، وإن كان قد غره (٦) بأن المال له اتجه رجوعه عليه (٧) لمكان الغرور (٨)، وإن رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله (٩) الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه.

(١) أي رجوع الدائن على المولى بعد عتق العبد ويساره، فالضمير في بعده للعتق.

(٢) أي المولى.

(٣) أي المولى.

(٤) أي كان المولى حين أخذ المال من العبد عالما بأن ما في يده قد استقرضه من الناس.

(٥) أي للمولى، لأنه لا يجوز له أخذ مال حصل عليه العبد بدون إذنه.

(٦) مرجع الضمير المولى، كما وأن فاعل (غره) العبد.

(٧) يحتمل أن يكون مرجع الضمير " المولى " أو " العبد " والأول أقرب

(٨) لأن المغرور يرجع على من غره.

(٩) أي للعبد الرجوع على المولى، لعلم المولى بأن ما في يده قرض فهو أقدم على أخذه وتلفه من دون أن يجوز له، فقاعدة " من أقدم " تشملته.

كتاب الرهن (١)
(وهو وثيقة للدين) والوثيقة فعيلة بمعنى المفعول أي موثوق به
لأجل الدين، والتاء فيها لنقل اللفظ من الوصفية (٢) إلى الاسمى كثناء
الحقيقة (٣) لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ (٤) والخبر (٥)

(١) الرهن - لغة - : ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، جمعه: رهان،
رهون، رهن بضميتين.

يقال: رهنه الشيء ورهن عنده الشيء متعديا إلى مفعولين من باب منع يمنع
وأرهنه الشيء من باب الأفعال فهما بمعنى واحد.
ومن كلا البابين بمعنى جعل الشيء رهنا: أي وضعه عند الدائن لينوب مناب
ما أخذ منه.

ورهنين بمعنى محبوس: ومنه قوله تعالى: كل نفس بما كسبت
رهينة أي محبوسة وتطلق الرهينة على العين التي تجعل عند الدائن بإزاء الدين،
لأنها محبوسة عند المرتهن.

ويحتمل أن يكون المعنى الشرعي مأخوذا من هذا.

(٢) إذ أصله " وثيق " وزان فعيل وهو وصف فنقل منه وصار اسما للشيء
الذي يجعل وثيقة للدين. فتأؤه ناقلة وليست للتأنيث.

(٣) أصله حقيق وزان فعيل نقل من الوصفية إلى الاسمى فتأؤه أيضا ناقلة
وليست للتأنيث.

(٤) وهو لفظ (هو).

(٥) وهو لفظ (وثيقة).

في التذكير والتأنيث، وأتى بالدين معرفة من غير نسبة له (١) إلى المرتهن
حذرا من الدور (٢) باعتبار أخذه في التعريف، وفي بعض النسخ لدين
المرتهن.

ويمكن تخلصه (٣) منه (٤) بكشفه (٥) بصاحب الدين، أو من له
الوثيقة من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه (٦). والتخصيص بالدين
إما مبني على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضمونا كالغصب،
لكن فيه (٧) أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه، وعلى ما يمكن تطرق

(١) أي الدين بأن يقال: لدين المرتهن.

(٢) بيان الدور: أنه لو قلنا في تعريف الرهن: (هو وثيقة لدين المرتهن)
بإضافة الدين إلى المرتهن توقف تعريف كل منهما على الآخر: أي تعريف الرهن
على المرتهن في قولك: (الرهن وثيقة لدين المرتهن).

وتعريف المرتهن على الرهن، لاشتقاقه من الرهن الذي هو المبدأ للمرتهن
فما أخذ معرفة بالفتح الذي هو الرهن صار معرفة بالكسر الذي هو المرتهن وهو
معنى الدور - أي توقف الشيء على نفسه.

(٣) مرجع الضمير إما المصنف، أو تعريف المصنف

(٤) أي من الدور.

(٥) بمعنى التفسير: أي تفسير المرتهن بصاحب الدين فلا يلزم الدور

بأن نقول: المراد من المرتهن في التعريف الدائن، أو من له الدين.

(٦) أي في تعريف المرتهن فإنه إذا فسر المرتهن بصاحب الدين فلا يلزم دورا

(٧) أي في تخصيص المصنف الرهن بالدين المبني على عدم جواز الرهن

على غير الدين.

ضمانه كالمبيع (١) وثمنه (٢)، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، ونقصان قدرهما، أو (٣) على أن الرهن عليهما (٤) إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق، أو تعذر العين. وفيه (٥) تكلف، مع أنه (٦) قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً، وفيه (٧) على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن إمكان الوثيقة بدون الرهن،

-
- (١) في أن المشتري يأخذ من البائع وثيقة فيما إذا تبين مستحقاً للغير.
 - (٢) كما أن البائع يأخذ من المشتري وثيقة فيما إذا تبين أن الثمن مستحق للغير أو لأجل الحصول على نفس الثمن.
 - (٣) تعليل ثان لتخصيص المصنف الدين بالذكر.
 - (٤) أي على الثمن والمثمن.
 - (٥) أي في التعليل الثاني (وهو أن الرهن عليهما إنما هو لاستيفاء الدين .. الخ) تكلف، لعدم تسمية تعذر العين أو ظهور استحقاقها للغير، ديناً.
 - (٦) أي المبيع يبقى بحاله من دون أن يظهر مستحقاً للغير ولا يظهر فيه خلل فلا يشمل لفظ الدين مثل هذا الرهن الذي يؤخذ على المبيع.
 - (٧) هذا إيراد من الشارح على تعريف المصنف في قوله: (وهو وثيقة للدين).

وحاصل الإيراد: أنه لو أضيف لفظ الدين إلى المرتهن بأن يقال: (الرهن وثيقة لدين المرتهن) لكان التعريف مانعاً للأغيار ولا يشملها، وكان لازم الإضافة خروج مثل الوديعة، والعارية، ومطلق وضع اليد على مال الغير ولو غصباً إن كانت هذه الإضافة تستلزم الدور كما عرفت، لكنها مستلزمة لخروج مثل الوديعة والعارية عن التعريف لأنها قيدت بالمرتهن، وهو لا يشمل الودعي والمستعير والغاصب.

وأما إذا لم يضاف الدين إلى المرتهن كما فعل المصنف فالتعريف شامل لمثل

بل بالوديعة والعارية ومطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصة عند جحود المديون الدين، وهو (١) توثيق في الجملة، ويفتقر الرهن إلى إيجاب وقبول كغيره من العقود.

(والإيجاب رهنتك، أو وثقتك) بالتضعيف، أو أرهنتك بالهمزة (أو هذا رهن عندك، أو على مالك)، أو وثيقة عندك، أو خذه على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن، (وشبهه) مما أدى هذا المعنى (٢)، وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة (٣)، ولا في الماضي (٤)، لأنه (٥) جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه (٦) فغلب فيه (٧) جانب الجائز مطلقا (٨)، وجوزه المصنف في الدروس بغير العربية، وفاقا للتذكرة.

الوديعة والعارية والغصب، لأن جميعها يمكن أن تقع وثيقة للأخذ مقاصة عند جحود المدين للدين.

- (١) أي مطلق وضع اليد.
 - (٢) كقولك: خذ هذا واستوف منه طلبك عند الحاجة.
 - (٣) مثل النكاح والبيع والإجارة.
 - (٤) كقولك: خذ هذا وثيقة على مالك بصيغة الأمر.
 - (٥) أي الرهن.
 - (٦) أي من الرهن.
 - (٧) أي في الرهن.
 - (٨) مقصوده رحمه الله أن عدم اختصاص صيغة الرهن بلفظ خاص إنما هو لأجل أن الرهن من العقود الجائزة.
- ولما كان الرهن من قبل أحدهما وهو المرتهن جائزا فغلب هذا الجواز على الطرف الآخر الذي هو الراهن وإن كان الرهن لازما من قبله فجعل الرهن

(وتكفي الإشارة في الأخرس) وإن كان عارضا، (أو الكتابة معها) أي مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابة، لإمكان العبث، أو إرادة أمر آخر (فيقول المرتهن: قبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب، وفي اعتبار المضي والمطابقة بين الإيجاب والقبول وجهان. وأولى بالجواز هنا (١) لوقوعه (٢) ممن هو ليس بلازم من طرفه (٣)، (ويشترط دوام الرهن) بمعنى عدم توقيته بمدة (٤)، ويجوز تعليق الإذن في التصرف على انقضاء أجل (٥)، وإطلاقه (٦)، فيتسلط عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه (فإن ذكر أجلا) للتصرف (اشترط ضبطه) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، أما لو شرطه (٧) للرهن بطل العقد (٨).

كالعقد الجائز من الطرفين في عدم انحصار لفظ فيه، فإذا لا يختص بلفظ خاص، بل يجوز إتيانه بكل لفظ يشير إلى معنى الرهن.

(١) أي في طرف المرتهن، لأن الرهن كان من قبله جائزا.

(٢) أي الرهن.

(٣) وهو المرتهن.

(٤) بمعنى أن لا يجعل الراهن أو المرتهن زمانا معيناً للرهن.

(٥) كشهرا أو شهرين مثلا فلا يتسلط المرتهن على التصرف إلا بعد انقضاء الأجل.

(٦) أي وإطلاق الإذن، فهو بالرفع عطف على فاعل يجوز: أي ويجوز إطلاق الإذن في التصرف، من دون تقييده بالأجل.

(٧) أي الأجل.

(٨) لعدم جواز توقيت الرهن وإن كان الدين موقتا.

(ويجوز اشتراط الوكالة) في حفظ الرهن، وبيعه، وصرفه في الدين (للمرتهن، وغيره، والوصية له (١)، ولوارثه (٢) على تقدير موت الراهن قبله، (وإنما يتم) الرهن (بالقبض على الأقوى) للآية (٣) والرواية (٤). ومعنى عدم تماميته (٥) بدونه (٦) كونه (٧) جزء السبب للزومه من قبل الراهن كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب (٨). وقيل: يتم بدونه للأصل (٩)، وضعف سند الحديث، ومفهوم (١٠) الوصف في الآية. واشترطه (١١) بالسفر فيها وعدم الكاتب يرشد إلى كونه

-
- (١) أي وتجوز الوصية من الراهن للمرتهن في حفظ الرهن وبيعه وصرفه في الدين.
- (٢) أي وتجوز الوصية من الراهن لوارث المرتهن إذا مات الراهن قبل المرتهن أو قبل وارثه.
- (٣) " فرهان مقبوضة " البقرة: الآية ٢٨٣ .
- (٤) الوسائل كتاب الرهن باب ٣ - الحديث ١ .
- (٥) أي الرهن .
- (٦) أي بدون القبض .
- (٧) أي القبض .
- (٨) وهو الآخذ فإنه لا يملك الهبة إلا بعد القبض .
- (٩) وهو الأصل العدمي .
- (١٠) بالجر عطفًا على مدخول (وضعف) أي ولضعف مفهوم الوصف في " فرهان مقبوضة " فإننا لا نقول بحجته .
- (١١) مرجع الضمير (القبض) كما وأن المرجع في (فيها) الآية الشريفة فالمعنى: أن اشتراط القبض في السفر في الآية الكريمة - مع عدم وجود الكاتب - دليل على أن الأمر في الآية للإرشاد لا أنه مولوي .

للإرشاد، ويؤيده (١) كون استدامته (٢) ليست بشرط، بل قبض (٣) المرتهن، لجواز توكيله الراهن فيه وهذا أقوى، وعلى اشتراطه (فلو جن) الراهن، (أو مات، أو أغمي عليه، أو رجع فيه (٤) قبل إقباضه بطل) الرهن كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء. وقيل: لا يبطل، للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقا (٥)، فيقوم وليه مقامه، لكن يراعي ولي المجنون مصلحته (٦)، فإن كان الحظ (٧) في إلزامه (٨) بأن يكون (٩) شرطا في بيع يتضرر (١٠) بفسخه أقبضه (١١) وإلا (١٢) أبطله. ويضعف بأن لزومه (١٣) على القول به (١٤) مشروط بالقبض،

-
- (١) أي كون الأمر للإرشاد.
(٢) أي القبض.
(٣) أي ليس أيضا شرطا في صحة العقد.
(٤) أي رجع عن الرهن، و (في) هنا بمعنى (عن).
(٥) أي من الطرفين.
(٦) أي مصلحة الراهن.
(٧) أي المصلحة.
(٨) أي في إلزام العقد، ويحتمل أن يكون المراد: إلزام المرتهن.
(٩) أي الرهن.
(١٠) أي الراهن.
(١١) فاعل (أقبض) الولي، كما وأن مرجع الضمير في (وأقبضه) المرتهن
(١٢) أي وإن لم تكن هناك مصلحة للراهن أبطل الولي الرهن.
(١٣) أي لزوم الرهن.
(١٤) مرجع الضمير (القبض) أي لزوم الرهن على القول باشتراط القبض

فقبله (١) جائز مطلقاً (٢)، فيبطل كالهبة قبله (٣)، ولو عرض ذلك (٤) للمرتهن فأولى بعدم البطلان (٥) لو قيل به (٦) ثم، ولو قيل به (٧) في طرف الرهن فالأقوى عدمه هنا (٨). والفرق (٩) تعلق حق الورثة والغرماء بعد موت الرهن بماله، بخلاف موت المرتهن فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته (١٠) لعدم المنافي (١١)، على هذا (١٢) لا يجبر الرهن على الإقباض لعدم لزومه بعد إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم (١٣) فيبني على القولين (١٤).

-
- (١) أي قبل القبض.
 - (٢) أي من قبل الرهن والمرتهن.
 - (٣) أي قبل القبض.
 - (٤) أي الإغماء والجنون والموت.
 - (٥) أي بطلان الرهن.
 - (٦) أي بعدم البطلان في طرف الرهن.
 - (٧) أي بطلان الرهن.
 - (٨) أي في طرف المرتهن.
 - (٩) أي الفرق بين بطلان الرهن بموت الرهن، وعدم بطلانه بموت المرتهن.
 - (١٠) وهي العين المرهونة.
 - (١١) وهو تعلق حق الغرماء هنا.
 - (١٢) أي وعلى اشتراط القبض في اللزوم.
 - (١٣) كالبيع.
 - (١٤) وهما: القول باستحقاق المرتهن القبض في الرهن المشروط، والقول بعدم استحقاق المرتهن القبض.

(ولا يشترط دوام القبض)، للأصل بعد تحقق الامتثال به (١)
(فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس) وهو موضع وفاق، (ويقبل إقرار
الراهن بالإقباض)، لعموم (٢) إقرار العقلاء (إلا أن يعلم كذبه)
كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز وهما بالشام وأقبضته إياها
فلا يقبل، لأنه محال عادة، بناء على اعتبار وصول القابض، أو من يقوم
مقامه إلى الرهن في تحققه، (فلو ادعى) بعد الإقرار بالقبض (المواطأة)
على الإقرار والإشهاد عليه إقامة لرسم (٣) الوثيقة حذرا من تعذر
ذلك (٤) إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه لجريان العادة
بذلك (٥) (فله إحلاف المرتهن) على عدمها (٦) وأنه (٧) وقع موقعه.
هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض
لم تسمع دعواه ولم يتوجه اليمين، وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر
الإقرار لأنه تكذيب للشهود، ولو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلا
ممكنا فله إحلاف المرتهن أيضا (٨)، وإلا (٩) فلا على الأقوى.

فإن قلنا باستحقاق المرتهن القبض وجب إقباضه وإلا فلا.

- (١) أي بالقبض.
- (٢) الوسائل كتاب الإقرار باب ٣ الحديث ٢.
- (٣) وهو الإشهاد.
- (٤) أي من إقامة رسم الوثيقة الذي هو الإشهاد.
- (٥) أي بهذه المواطأة.
- (٦) أي على عدم المواطأة.
- (٧) أي الإقرار.
- (٨) كما كان له الإحلاف في صورة المواطأة.
- (٩) أي وإن لم يظهر الراهن تأويلا ممكنا.

(ولو كان) الرهن (بيد المرتهن فهو قبض) لصدق كونه رهنا مقبوضا، ولا دليل على اعتباره (١) مبتدأ بعد العقد، وإطلاق العبارة (٢) يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره كالمغصوب. وبه صرح في الدروس، والوجه (٣) واحد، وإن كان منهيًا عن القبض هنا (٤) لأنه (٥) في غير العبادة غير مفسد. وقيل: لا يكفي ذلك (٦)، لأنه (٧) على تقدير اعتباره في اللزوم ركن فلا يعتد بالمنهي عنه منه (٨)، وإنما لا يقتضي (٩) الفساد حيث تكمل (١٠) الأركان، ولهذا (١١) لا يعتد به (١٢) لو ابتدأه بغير إذن الراهن، (و) على الاكتفاء به (١٣) (لا يفتقر

-
- (١) أي القبض.
 - (٢) أي عبارة المصنف وهو قوله: (ولو كان بيد المرتهن فهو قبض).
 - (٣) وهو صدق كونه " رهنا مقبوضا " .
 - (٤) أي في الغصب.
 - (٥) أي النهي.
 - (٦) أي القبض في الرهن إذا كان القبض على طريق الغصب.
 - (٧) أي القبض.
 - (٨) أي من القبض الغصبي، لأنه منهي عنه.
 - (٩) أي النهي.
 - (١٠) ومن جملة الأركان: القبض، وهنا لم تكمل الأركان لغصبية القبض، فيحتاج إلى قبض جديد.
 - (١١) أي ولأجل أن القبض المنهي عنه لا يعد قبضا.
 - (١٢) أي بالقبض.
 - (١٣) أي بالقبض السابق، سواء كان بالغصب أم بالإذن.

إلى إذن جديد (في القبض (١)، ولا إلى مضي زمان) يمكن فيه تجديده (٢) لتحقيق القبض قبله (٣)، فاعتبار أمر آخر (٤) تحصيل للحاصل (٥)، وللأصل (٦).
وقيل: يشترطان (٧) في مطلق القبض السابق (٨)، وقيل: في غير الصحيح (٩)، لأن (١٠)،

-
- (١) هذا كان القبض بالإذن، وأما إذا كان بالغصب فيحتاج إلى إذن جديد قطعاً.
- (٢) أي القبض.
- (٣) أي قبل العقد.
- (٤) أي الإذن الجديد.
- (٥) إذ القبض كان حاصلًا قبل العقد فلا يتجدد.
- (٦) وهو عدم اشتراط تجديد القبض، وعدم اشتراط مضي الزمان.
- (٧) أي الإذن الجديد، ومضي الزمان.
- (٨) سواء كان عن إذن أم لا.
- (٩) أي في غير القبض الصحيح كالغصب.
- (١٠) هذا تعليل للقول الأول: وهو اشتراط الإذن، ومضي الزمان في القبض السابق، سواء كان عن إذن أم لا.
- وحاصل التعليل: أن المعتبر من القبض هو القبض الواقع بعد الرهن لا غير، دون الحاصل منه قبل الرهن.
- فالملاك في الاعتبار هو الحصول على الإذن الجديد كما هو القول في القبض الابتدائي.
- إذن فالإذن في القبض يستدعي شيئين: -
(الأول) تحصيل القبض.

المعتبر منه (١) ما وقع بعد الرهن وهو (٢) لا يتم إلا بإذن (٣) كالمبتدأ (٤)، والإذن فيه (٥) يستدعي تحصيله، ومن ضروراته (٦) مضي زمان، فهو (٧) دال عليه (٨) بالمطابقة، وعلى الزمان (٩) بالالتزام (١٠)،

(الثاني) مضي زمان في التحصيل.
أما الأول فيدل عليه بالمطابقة.
وأما الثاني فيدل عليه بالالتزام.
لكن الأول (وهي الدلالة المطابقة) منتفية، لاستلزامها تحصيل الحاصل
لحصول القبض قبل الإذن فلا يتصور قبض جديد.
ولاستلزامها اجتماع المثليين: وهما القبض السابق والقبض الجديد، وكلا
الاستلزامين باطل فتبقى الدلالة الالتزامية فقط.
(١) أي من القبض.
(٢) أي وقوع القبض بعد الرهن.
(٣) أي بالإذن الجديد بعد العقد، لأن القبض السابق كان منهيًا عنه
لكونه غصبا.
(٤) كما في القبض الابتدائي حيث يحتاج إلى الإذن.
(٥) أي في القبض.
(٦) أي ومن ضرورات تحصيل القبض.
(٧) أي الإذن في القبض.
(٨) أي على تحصيل القبض.
(٩) أي وعلى مضي الزمان.
(١٠) أي بالدلالة الالتزامية، لكون مضي الزمان من ضرورات تحصيل
القبض.

لكن (١) مدلوله المطابقي منتف، لإفضائه (٢) إلى تحصيل الحاصل (٣) واجتماع الأمثال (٤)، فيبقى الالتزامي (٥) ويضعف (٦) بمنع اعتبار المقيد بالبعدية، بل الأعم (٧) وهو (٨) حاصل، والزمان (٩) المدلول عليه التزاما من توابعه ومقدماته فيلزم من عدم اعتباره (١٠) انتفاؤه (١١)، نعم لو كان قبضه (١٢)،

-
- (١) هذا الاستدراك من تكملة القول الأول: وهو اشتراط القبض، ومضي الزمان مطلقا، سواء كان القبض السابق عن إذن أم لا كما في الغصب.
- (٢) أي المدلول المطابقي.
- (٣) وهو حصول القبض قبل الإذن فلا معنى لتحصيل القبض الجديد.
- (٤) وهو اجتماع القبض السابق والقبض الجديد.
- (٥) أي الدلالة الالتزامية فقط.
- (٦) هذا رد من (الشارح) على القول الأول وهو: اشتراط القبض ومضي الزمان، وأن المعتبر من القبض هو القبض الواقع بعد الرهن.
- وحاصل الرد: منع اعتبار (البعدية) في القبض - كما ادعاه المستدل - بل القبض أعم من البعدية والقبيلية، وأنى له الإثبات.
- (٧) أي الأعم من البعدية والقبيلية.
- (٨) أي القبض حاصل سواء كان بالإذن أم بالغصب.
- (٩) يعني الزمان الذي هو المدلول الالتزامي كما ادعاه المستدل.
- (١٠) أي المدلول المطابقي.
- (١١) أي انتفاء الدلالة الإلزامية، لتبعية الدلالة الإلزامية للدلالة المطابقية.
- (١٢) أي قبض الرهن، وهو مصدر مضاف.
- ويحتمل أن يكون (قبضه) فعل ماض واسم كان يرجع إلى المرتهن، والضمير في (قبضه) إلى الرهن.

بغير إذن توجه اعتبارهما (١) لما تقدم (٢)، وعلى تقديره (٣) فالضمان باق إلى أن يتحقق ما يزيله (٤) من قبل المالك على الأقوى.
(ولو كان) الرهن (مشاعا فلا بد من إذن الشريك في القبض، أو رضاه بعده)، سواء كان مما ينقل أم لا، لاستلزامه (٥) التصرف في مال الشريك، وهو (٦) منهي عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعا. ويشكل فيما يكفي فيه مجرد التخلية، فإنها لا تستدعي تصرفا، بل رفع يد الراهن عنه (٧) وتمكينه (٨) منه وعلى تقدير اعتباره (٩) فلو قبضه بدون إذن الشريك وفعل محرما فهل يتم القبض قولان، منشؤهما النهي المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن، وهو اختيار المصنف، وأن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر

-
- (١) وهما: (الإذن الجديد) و (مضي الزمان).
(٢) وهو كون القبض ركنا في لزوم الرهن فلا اعتبار بالقبض المنهي عنه فلزم من اعتبار القبض الجديد اعتبار مرور الزمان أيضا.
(٣) أي اعتبار الإذن الجديد في القبض، سواء كان بالغصب أم بغيره كما في القبض المستدعي للضمان.
(٤) أي ما يزيل الضمان، وهو الإذن الجديد.
(٥) أي القبض.
(٦) أي التصرف في مال الشريك.
(٧) أي عما يكفي فيه مجرد التخلية.
(٨) مرجع الضمير المرتهن، والمصدر أضيف إلى المفعول، والفاعل محذوف أي تمكين الراهن للمرتهن.
(٩) أي إذن الشريك.

شرعا. وهو أجود، ولو اتفقا على قبض الشريك جاز فيعتبر سماعه الإذن فيه.

(والكلام: إما في الشروط، أو اللواحق)

(الأول: شرط الرهن أن يكون عينا مملوكة يمكن قبضها ويصح بيعها) هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر (١)، ومنها ما هو شرط في اللزوم كالمملوكية، باعتبار رهن ملك الغير (٢) ولا يضر ذلك (٣)، لأنها شروط في الجملة، ولأن المملوكية تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها (٤) (فلا يصح رهن المنفعة) كسكنى الدار وخدمة العبد، لعدم إمكان قبضها، إذ لا يمكن إلا بإتلافها (٥)، ولتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها (٦) وهو استيفاء الدين منه، وهي إنما تستوفى شيئا فشيئا، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله. كذا قيل. وفيه نظر (٧)، (ولا الدين) بناء على ما اختاره من اشتراط القبض

(١) أي شرائط الصحة أكثر من غيرها.

(٢) لكن لزوم الرهن متوقف على الإجازة.

(٣) أي إتيان المصنف هذه الشرائط في سياق واحد من دون أن يميز بعضها عن بعض مع أن بعضها شروط الصحة، وبعضها شروط اللزوم.

(٤) أي في بعض مواردنا، كالخمر والخنزير للمسلم، وكالحر مطلقا،

سواء كان للمسلم أم للكافر، فإن الرهن غير صحيح بهذه الأعيان.

(٥) أي إتلاف المنفعة، فإن القبض عليها يستلزم إتلافها شيئا فشيئا، مع أن الدوام والثبات من لوازم الرهن.

(٦) أي من المنفعة.

(٧) وجه النظر: أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه

لأن الدين أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يقبض بعد ذلك ليس نفسه (١)، وإن وجد في ضمنه. ويحتمل جوازه (٢) على هذا القول، ويكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفاً كهبة ما في الذمة.

وعلى القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه، وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء الحكم (٣) على القول باشتراط القبض وعدمه فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه، لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، وعدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف في الدروس. وتعجبه في موضعه، والاعتذار له عن ذلك بعدم المنافاة بين عدم اشتراطه (٤)،

أو من عوضه، ولو بيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، والمنفعة يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهناً. وقريب منه القول في القبض، لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعة ويكون عوضها رهناً. إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجرة جائز وإنما الكلام في المنفعة نفسها. والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد: إمكان رهنه، والمانع عارض، بخلاف المنفعة.

هكذا أفاد الشارح رحمه الله في الهامش.

- (١) أي الأمر الكلي، إذ الكلي الطبيعي موجود بوجود أفراده.
- (٢) أي جواز وقوع الدين رهناً.
- (٣) أي جواز رهن الدين وعدمه.
- (٤) أي القبض.

واعتبار كونه (١) مما يقبض مثله مع تصريحه بالبناء المذكور غير مسموع.
(ورهن المدبر إبطال لتدييره على الأقوى)، لأنه من الصيغ
الحائزة فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعاً (٢) إذ لا يتم المقصود
من عقد الرهن إلا بالرجوع. وقيل: لا يبطل به (٣) لأن الرهن
لا يقتضي نقله عن ملك الراهن، ويجوز فكه فلا يتحقق التنافي (٤)
بمجردة، بل بالتصرف. وحينئذ (٥) فيكون التدبير مراعى بفكه (٦)
فيستقر (٧)، أو يأخذه (٨) في الدين فيبطل (٩)، واستحسنه في الدروس
(ولا رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً، أو المرتهن (١٠))
وإن وضعهما على يد ذمي، لأن يد الودعي كيد المستودع، خلافاً للشيخ

(١) أي الرهن.

(٢) عن التدبير.

(٣) مرجع الضمير (الرهن) والفاعل في يبطل (التدبير) أي لا يبطل
التدبير بالرهن.

(٤) أي التنافي بين التدبير والرهن.

(٥) أي حين جعل العبد المدبر رهناً.

(٦) أي بفك الرهن.

(٧) أي يستقر التدبير بعد فك الرهن.

(٨) مرجع الضمير " المدبر " والفاعل في يأخذه (المرتهن).

(٩) أي التدبير.

(١٠) أي إن كان المرتهن مسلماً لا يصح رهن الخمر والخنزير عنده. هذا
في صورة كون الراهن ذمياً، سواء وضع الذمي الرهن عند ذمي آخر وديعة،
أو عند نفس المرتهن.

حيث أجازته كذلك (١)، محتجا بأن حق الوفاء إلى الذمي فيصح، كما لو باعهما وأوفاه ثمنهما، والفرق واضح (٢)، (ولا رهن الحر مطلقا) من مسلم وكافر، عند مسلم وكافر، إذ لا شبهة في عدم ملكه، (ولو رهن ما لا يملك) الراهن وهو مملوك لغيره (وقف على الإجازة) من مالكة فإن أجازته صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفا مطلقا (٣) وإن رده بطل.

(ولو استعار للرهن صح) ثم إن سوغ له المالك الرهن كيف شاء جاز مطلقا (٤)، وإن أطلق ففي جوازه (٥) فيتخير (٦) كما لو عمم (٧)

-
- (١) أي إذا وضع الرهن عند المرتهن المسلم لكن في يد ذمي، لتعلق حق الاستيفاء إلى الودعي الذمي حينئذ.
 - (٢) أي الفرق بين رهن الخمر والخنزير في عدم جوازه وإن كان عند ودعي ذمي، وبين بيع الخمر والخنزير وأداء دين المسلم من ثمنها واضح. إذ يد الذمي الودعي في الأول كيد المسلم في التسلط على البيع والاستيفاء وهو ممنوع منه، بخلاف الصورة الثانية، فإن البيع فيها جائز للذمي، وللمسلم استيفاء طلبه من الثمن.
 - (٣) أي في جميع العقود من غير اختصاص له بالرهن، فالعقد صحيح لكنه موقوف على الإجازة.
 - (٤) بأي مبلغ كان الرهن، وبأية مدة كانت.
 - (٥) أي جواز الرهن كيف شاء.
 - (٦) أي يكون مخيرا على الرهن كيف شاء.
 - (٧) أي المعير.

أو المنع (١) للغرر (٢) قولان، اختار أولهما (٣) في الدروس، وعلى الثاني (٤) فلا بد من ذكر قدر الدين، وجنسه، ووصفه وحلوله أو تأجيله، وقدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى، ويجوز الرجوع في العارية ما لم ترهن عملاً بالأصل (٥).

(وتلزم (٦) بعقد الرهن) فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول. ثم إن فكه ورده تاماً برئ، (ويضمن الراهن لو تلف) وإن كان بغير تفريط، (أو بيع) بمثله إن كان مثلياً، وقيمته يوم التلف إن كان قيمياً. هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعارة، وعلى تقدير بيعه فاللازم لمالكه ثمنه إن بيع بثمن المثل، ولو بيع بأزيد فله (٧) المطالبة بما بيع به. (ويصح رهن الأرض الخراجية) كالمفتوحة عنوة، والتي صالح الإمام عليه الصلاة والسلام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم الخراج كما يصح بيعها (تبعاً للأبنية والشجر)، لا منفردة.

(١) أي المنع من التخيير كيف شاء.

(٢) أي للغرر على المعير لو رهن المستعير الملك كيف شاء.

(٣) وهو التخيير كيف شاء.

(٤) وهو المنع من التخيير كيف شاء.

(٥) وهو الاستصحاب، لأن العارية من العقود الجائزة.

(٦) أي العارية.

(٧) أي فللمعير.

(ولا رهن الطير في الهواء) لعدم إمكان قبضه، ولو لم يشترطه (١) أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه، (إلا إذا اعتيد) عوده، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادة، (ولا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مشاهداً) بحيث لا يتعذر قبضه عادة، ويمكن العلم به، (ولا رهن المصحف عند الكافر، أو العبد المسلم) لاقتضائه الاستيلاء عليهما، والسبيل (٢) على بعض الوجوه وبيع ونحوه، (إلا أن يوضع على يد مسلم)، لانتهاء السبيل بذلك، وإن لم يشترط بيعه للمسلم، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره أو الحاكم مع تعذره، ومثله لا يعد سبيلاً لتحقيقه وإن لم يكن هناك رهن (ولا رهن الوقف) لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقاً (٣). نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه (٤)، (ويصح الرهن في زمن الخيار) لثبوت الثمن في الذمة وإن لم يكن (٥) مستقراً (وإن كان) الخيار (للبيع، لانتقال المبيع) إلى ملك المشتري (بالعقد على الأقوى)، لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره، ولأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب (٦)، وعلى قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبيع،

(١) أي القبض.

(٢) عطفاً على (لاقتضائه) أي لاقتضاء الرهن السبيل.

(٣) بأي وجه من الوجوه.

(٤) كما إذا آل أمره إلى الخراب، أو انتفى موضوع الوقف.

(٥) أي البيع.

(٦) وهو تصرف المالك في ملكه كيف شاء.

أو لهما لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه (١).
 (ويصح رهن العبد المرتد ولو عن فطرة)، لأنه لم يخرج بها (٢)
 عن الملك، وإن وجب قتله، لأنه حينئذ كرهن المريض الميؤوس من برئه
 ولو كان امرأة، أو ملياً فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً (٣)،
 وقبول توبته (٤)، (والجاني (٥) مطلقاً) عمداً وخطأً، لبقاء المالية
 وإن استحق العامد القتل، ولجواز العفو. ثم إن قتل بطل الرهن.
 وإن فداه مولاه أو عفى الولي بقي رهناً، ولو استرق بعضه بطل الرهن
 فيه خاصة، وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفداء وجهان
 كالبيع (٦) (فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجناية) لسبقها (٧)، ولتعلق
 حق المجني عليه بالرقبة، ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد (٨)
 بخلاف المرتهن فإن حقه لا ينحصر فيها (٩)،

-
- (١) أي قبل انقضاء الخيار، إذا كان الخيار للبايع.
 (٢) الظاهر: ارجاع الضمير إلى (الارتداد) باعتبار معنى (الردة).
 (٣) لا في الارتداد الفطري ولا في الملي.
 (٤) أي المرتد الملي إذا كان رجلاً.
 (٥) أي ويصح رهن العبد الجاني.
 (٦) كما في القتل الخطائي فإنه لو باع المولى عبده الجاني خطأ فهو دليل
 على التزامه بالفداء.
 (٧) أي لتقدم حق المجني عليه على حق الرهن.
 (٨) أي لم يلزم السيد بإعطاء بدل الجاني، لتعلق الحق بشخص العبد الجاني
 (٩) الظاهر أن مرجع الضمير (الرقبة) المذكورة في عبارة الشارح.
 فالمعنى أن المرتهن إذا تعذر عليه تحصيل حقه فله استرقاق العبد من غير انحصار
 حقه في العهد، بل له الرجوع إلى الراهن، ولا يسقط حقه إذا مات العبد المرهون

بل تشترکہا (١) ذمة الراهن، (ولو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب، والرطب (فليشترط بيعه، ورهن ثمنه) فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه، أو يأمر به (٢)، فإن تعذر جاز له البيع، دفعا للضرر، والخرج.
(ولو أطلق (٣) الرهن ولم يشترط بيعه، ولا عدمه (حمل) عليه ((٤)) جمعا بين الحقين (٥) مع كونه (٦) حالة الرهن صالحا له. وقيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق البيع، وعدم صلاحيته، لكونه (٧)

-
- (١) مرجع الضمير (الرقبة): أي تشترك ذمة الراهن في الرقبة في كونها موردا للحق أيضا.
(٢) مرجع الضمير البيع فالمعنى أن الحاكم يأمر المرتهن أو غيره ببيع المرهون حتى يستوفي دينه.
وفعل المضارع وهو (يأمره) منصوب هنا لكونه عطفا على (ليبيعه الحاكم)
(٣) أي فيما يسرع إليه الفساد قبل الأجل.
(٤) أي على بيعه وجعل الثمن رهنا.
(٥) وهما: حق الراهن، وحق المرتهن: أما حق الراهن فيحتمل أن يكون فيما يقدمه رهنا للمرتهن، فإن من حق الراهن قبول المرتهن الرهن إذا كان الرهن جامعا لشروط الرهن.
وأما حق المرتهن فمعلوم: وهو استيفاء حقه.
(٦) أي ما يوضع رهنا.
(٧) أي ما يوضع رهنا فهو على الدوام. وما يتسارع إلى الفساد في قوة الهالك.

رهنًا على الدوام، فهو في قوة الهالك وهو (١) ضعيف، لكونه عند العقد مالا تاما وحكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه صيانة للمال جائز (٢)، لفساده (٣)، واحترز بقوله: قبل الأجل، عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله (٤) فإنه لا يمنع، وكذا لو كان الدين حالا، لإمكان حصول المقصود منه، ويجب على المرتهن السعي على بيعه بأحد (٥) الوجوه، فإن ترك مع إمكانه (٦) ضمن، إلا أن ينهأه المالك فينتفي الضمان، ولو أمكن إصلاحه بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه، ومؤنة إصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان.
(وأما المتعاقدان: فيشترط فيهما الكمال بالبلوغ، والعقل، والرشد، والاختيار، (وجواز التصرف) برفع الحجر عنهما في التصرف المالي، (ويصح رهن مال الطفل للمصلحة) كما إذا افتقر إلى الاستدانة لنفقته، وإصلاح عقاره، ولم يكن يبيع شيء

-
- (١) هذا رد من الشارح (٥).
 - (٢) مرفوع خبر للمبتدأ وهو قوله: (وحكم الشارع) أي حكم الشارع ماض في بيعه.
 - (٣) أي لأن المبيع يفسد فيما بعد، فاللام تعليل لجواز حكم الشارع ببيعه
 - (٤) أي (قبل الفساد).
 - (٥) من الشرط، والإطلاق، وبعد الأجل هذا إذا كان الرهن مما يتسارع إليه الفساد.
 - (٦) أي البيع.

من ماله أعود (١)، أو لم يمكن وتوقفت (٢) على الرهن، ويجب كونه (٣) على يد ثقة يجوز (٤) إيداعه منه، (و) كذا يصح (أخذ الرهن له (٥)، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أو خيف على ماله من غرق، أو نهب). والمراد بالصحة هنا (٦) الجواز بالمعنى الأعم. والمقصود منه الوجوب، ويعتبر كون الرهن مساويا للحق، أو زائدا عليه ليتمكن استيفاؤه منه، وكونه بيد الولي، أو يد عدل ليتم التوثق، والإشهاد (٧) على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة. فلو أدخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

(ولو تعذر الرهن هنا) وهو في موضع الخوف على ماله (أقرض من ثقة عدل غالبا) هكذا (٨) اتفقت النسخ، والجمع بين العدل والثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده كثيرا في الأخبار (٩)

(١) أي أنفع.

(٢) أي الاستدانة.

(٣) أي الرهن.

(٤) الجملة مجرورة محلا صفة ل (ثقة): أي يجوز إيداع الرهن عنده.

(٥) أي للطفل.

(٦) أي في مسألتنا هذه تكون الصحة بمعناها الأعم من الوجوب والإباحة لا الأخص الذي هي الإباحة، لأنه قد يجب إيداع مال الطفل، أو رهنه كما هنا.

(٧) بالرفع عطف على (ويعتبر) أي ويعتبر الإشهاد على الحق.

(٨) أي قيد (غالبا) في جميع النسخ موجود، لكنه غير لازم، لعدم الاحتياج إليه، لأن إقراض المال يلزم أن يكون إلى عدل في جميع الحالات. فالقيد زائد.

(٩) الوسائل - كتاب القضاء - أحكام القضاء - باب ١١ الحديث ٤ - ٥.

وكلام (١) الأصحاب محتملا (٢) لما هو أعم منه.
ووصف الغلبة للتنبيه على أن العدالة لا تعتبر في نفس الأمر،
ولا في الدوام، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه
كما عرفته في باب الشهادات، والمعتبر وجودها غالبا.
(وأما الحق فيشترط ثبوته في الذمة)

أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقرا (كالقرض (٣) وضمن المبيع)
ولو في زمن الخيار، (والدية بعد استقرار الجناية) وهو انتهاءها إلى الحد
الذي لا يتغير موجبها لا قبله (٤)، لأن ما حصل بها (٥) في معرض
الزوال بالانتقال إلى غيره (٦). ثم إن كانت حالة، أو لازمة للجاني
كشبيه العمد جاز الرهن عليها (٧) مطلقا (٨)، (وفي الخطأ) المحض
لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول، لأن المستحق عليه غير معلوم،

-
- (١) بالجر عطفًا على الأخبار.
 - (٢) بالنصب حال لفاعل (حاول) الذي هو ضمير المصنف (ره).
 - (٣) مثال لثبوت الحق في الذمة.
 - (٤) أي لا قبل الانتهاء إلى ذلك الحد.
 - (٥) أي بالجناية.
 - (٦) أي غير الحد الذي وصل إليه.
 - (٧) أي على الدية.
 - (٨) أي بعد الحلول وقبله.
 - (٩) إذ تكون دية قتل الخطأ على العاقلة الموجودين عند حلول الدية.
ووقت حلولها بعد انقضاء ثلاث سنوات حسب المقرر الشرعي.
إذن لا يمكن التعجيل في أخذ الرهن من الموجودين حال وقوع الجناية.

إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق والمستحق عليه. ويجوز الرهن (عند الحلول على قسطه) وهو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة.

(ومال الكتابة (١) وإن كانت مشروطة على الأقرب) لأنها لازمة للمكاتب (٢) مطلقا (٣) على الأصح. والقول الآخر أن المشروطة جائزة من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز (٤) نفسه، فلا يصح الرهن على مالها (٥)، لانتفاء فائدته (٦) إذ له إسقاطه (٧) متى شاء. وهو على تقدير تسليمه (٨) غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار.

وفي قول ثالث: أن المشروطة جائزة من الطرفين، والمطلقة لازمة من طرف السيد خاصة، ويتوجه (٩) عدم صحة الرهن أيضا كالسابق (١٠).

-
- (١) أي ويجوز الرهن على مال الكتابة.
 - (٢) بالفتح المراد منه (العبد).
 - (٣) سواء كانت الكتابة مشروطة أم مطلقة.
 - (٤) كما لو قلل العبد من طعامه حتى ضعف ولم يقو على العمل.
 - (٥) بكسر اللام، ومرجع الضمير الكتابة.
 - (٦) أي الرهن.
 - (٧) أي مال الكتابة.
 - (٨) أي على تقدير تسليم أن عقد الكتابة جائز.
 - (٩) في نسخة " يتجه "
 - (١٠) وهو القول الثاني القائل بعدم جواز الرهن في مال الكتابة المشروطة.

(ومال (١) الجعالة بعد الرد)، لثبوتها في الذمة (٢) حينئذ
 (لا قبله (٣)) وإن شرع فيه (٤) لأنه لا يستحق شيئاً منه إلا بتمامه (٥)
 وقيل: يجوز بعد الشروع، لأنه يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار،
 وهو ضعيف. والفرق واضح، لأن البيع يكفي في لزومه إبقاؤه على حاله
 فتتقضي المدة، والأصل عدم الفسخ عكس الجعالة (٦).
 (ولا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن) لتحصل الفائدة
 المطلوبة من التوثق به (فلا يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه مدة
 معينة)، لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين المخصصة
 حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت ونحوه بطلت الإجارة، (فلو أجره
 في الذمة جاز) كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره،
 لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي
 وجه اتفق، (وتصح زيادة الدين على الرهن) فإذا استوفى الرهن بقي
 الباقي منه متعلقاً بدمته (٧)، (وزيادة الرهن على الدين) وفائدته سعة
 الوثيقة، ومنع الراهن من التصرف في المجموع فيكون باعثاً على الوفاء،
 وإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظاً للدين.

-
- (١) أي ويجوز الرهن في مال الجعالة.
 (٢) أي في ذمة المجاعل حين رد العامل الضالة وأوصلها إلى مالكها.
 (٣) لا قبل الرد.
 (٤) أي في العمل.
 (٥) أي بتمام العمل.
 (٦) فإن في الجعالة لا بد من العمل، فلو ترك العمل في الأثناء لا يستحق
 العامل شيئاً من المجاعل.
 (٧) أي الراهن المدين.

(وأما اللواحق فمسائل):
الأولى (إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله) على ما ذكره
جماعة منهم العلامة، لأن الرهن لازم من جهة الراهن وهو الذي شرطها (١)
على نفسه فيلزم من جهته.
(ويضعف بأن المشروط في اللازم (٢) يؤثر جواز الفسخ لو أدخل
بالشرط، لا وجوب (٣) الشرط) كما تقدم من أن المشروط في العقد
اللازم يقلبه جائزاً عند المصنف وجماعة، فحينئذ (٤) إنما يفيد إخلال
الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد، وذلك (٥) لا يتم في عقد
الرهن، لأنه (٦) دفع ضرر بضرر أقوى (٧)، وإنما تظهر الفائدة (٨)
فيما لو كان الراهن قد شرطها (٩) في العقد اللازم كبيع (فحينئذ لو فسخ)

-
- (١) أي الوكالة.
 - (٢) أي في العقد اللازم.
 - (٣) أي لا أن الشرط موجب لوجوب المشروط.
 - (٤) أي حين يقلبه جائزاً.
 - (٥) أي تسلط المرتهن على فسخ العقد لا يترتب عليه فائدة للمرتهن، بل فيه ضرر عليه، لزوال وكالته. فإذا دفع هذا الضرر عن نفسه بفسخ العقد يتوجه عليه ضرر أشد وهو فوات الرهن الذي كان وثيقة عنده عن الدين.
 - (٦) وهو فسخ عقد الرهن، فلازمه ذهاب الرهن عليه فيلزم أن يكون دفع الفاسد بالأفسد.
 - (٧) وهو ذهاب الرهن عليه.
 - (٨) أي فائدة شرط الوكالة.
 - (٩) أي الوكالة.

الراهن (الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط (١) بالرهن)، والوكالة (إن كان) هناك بيع مشروط فيه ذلك (٢)، وإلا (٣) فات الشرط على المرتهن بغير فائدة. ويشكل بما تقدم (٤) من وجوب الوفاء بالشرط، عملاً بمقتضى الأمر (٥)، خصوصاً في ما يكون العقد المشروط فيه كافياً في تحققه (٦) كالوكالة (٧) على ما حققه (٨)،

-
- (١) هذه فائدة اشتراط الوكالة في العقد، بخلاف ما إذا كان اشتراط الوكالة في متن عقد الرهن، فإنه لا يفيد فسخاً، حيث إن المرتهن لا يقدم على فسخ عقد الرهن، لتضرره بذلك وهو المعبر عنه بدفع الفاسد بالأفسد.
- (٢) أي الرهن والوكالة.
- (٣) أي وإن لم يفسخ المرتهن العقد المشروط فيه الوكالة فات على المرتهن شرط الوكالة على كل حال، من دون فائدة.
- (٤) في كتاب المتاجر في خيار الاشتراط ج ٣ ص ٥٠٦.
- (٥) وهو قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" فإن الأمر بالوفاء بالعقد يستلزم الوفاء بالشرط.
- (٦) أي في تحقق الشرط وهو شرط النتيجة، فإن الوكالة هنا - أي في شرط النتيجة كقول البائع: بعثك هذا بهذا بشرط أن أكون وكيلك على كذا - لا تحتاج إلى صيغة أخرى، لتامة الوكالة بمجرد العقد.
- بخلاف ما إذا كانت الوكالة شرط فعل كقول البائع: بعثك هذا بهذا بشرط أن أوكلك في كذا، لعدم تحقق الوكالة في هذه الصورة إلا بإنشاء صيغة أخرى مستقلة.
- (٧) أي كشرط الوكالة.
- (٨) في كتاب المتاجر في خيار الاشتراط ج ٣ ص ٥٠٧.

المصنف من أنه (١) يصير كجزء من الإيجاب والقبول يلزم (٢) حيث يلزمان.
ولما كان الرهن لازما من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك (٣) خصوصا هنا (٤)، فإن فسخ المشروط فيه وهو الرهن إذا لم يكن في بيع (٥) لا يتوجه (٦)، لأنه يزيد ضررا فلا يؤثر فسخه (٧) لها (٨) وإن كانت جائزة بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمة بشرطها في اللازم (٩) على ذلك الوجه (١٠).
(الثانية - يجوز للمرتهن ابتياعه (١١)) من نفسه إذا كان وكيلا في البيع، ويتولى طرفي العقد، لأن الغرض بيعه بثمن المثل وهو (١٢)

-
- (١) أي شرط النتيجة.
 - (٢) أي الشرط.
 - (٣) أي لازم.
 - (٤) أي في شرط النتيجة.
 - (٥) وهو المعبر عنه بالعقد اللازم.
 - (٦) أي الفسخ لا يتوجه، لأنه يزيد ضررا آخر الذي هو أقوى من فسخ العقد.
 - (٧) أي فسخ المرتهن.
 - (٨) أي للوكالة وإن كانت جائزة بحسب أصلها.
 - (٩) أي في العقد اللازم.
 - (١٠) هو شرط النتيجة.
 - (١١) أي شراء الرهن.
 - (١٢) أي بيعه لنفسه.

حاصل، وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض (١) لها. وربما قيل بالمنع، لأن ظاهر الوكالة لا يتناول (٢)، وكذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى. وقيل: لا (وهو مقدم به على الغرماء) حيا كان الرهن أم ميتا، مفلسا كان أم لا، لسبق تعلق حقه، (ولو أعوز) الرهن ولم يف بالدين (ضرب (٣) بالباقي) مع الغرماء على نسبه (٤).
 (الثالثة - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه) بانتفاع، ولا نقل ملك، ولا غيرهما إذا لم يكن المرتهن وكيلًا، وإلا جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مر، (ولو كان له نفع) كالدابة، والدار (أو جر) باتفاقهما، وإلا (٥) أجره الحاكم.
 وفي كون الأجرة رهنا كالأصل قولان كما في النماء المتجدد مطلقا (٦).
 (ولو احتاج إلى مؤنة) كما إذا كان حيوانا (فعلى الراهن) مؤنته لأنه المالك، فإن كان في يد المرتهن وبذلها الراهن أو أمره بها، أنفق ورجع بما غرم، وإلا استأذنه، فإن امتنع (٧)، أو تعذر استئذانه لغيبه أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع، وأشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجع (٨)، فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله

-
- (١) أي الراهن لم يتعرض خصوصية المشتري في متن العقد.
 (٢) وهو بيعه لنفسه.
 (٣) أي ساهم المرتهن بباقي الدين مع بقية الغرماء.
 (٤) كما سبق في كتاب الدين الجزء الرابع من طبعتنا الجديدة ص ٢٦.
 (٥) أي وإن لم يتفق الراهن والمرتهن على الإيجار.
 (٦) سواء أمكن فصله كالشعر والوبر أم لا، كالسمن، والطول، والعرض
 (٧) أي الراهن.
 (٨) أي المرتهن على الراهن بما غرمه على الرهن.

في قدر المعروف منه بيمينه، ورجوعه (١) به.
(ولو انتفع المرتهن به (٢) بإذنه) على وجه العوض، أو بدونه
مع الإثم (لزمه الأجرة)، أو عوض المأخوذ كاللبن، (وتقاصا (٣))
ورجع ذو الفضل بفضله. وقيل: تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن
مطلقا (٤)، استنادا إلى رواية (٥) حملت على الإذن في التصرف والإنفاق
مع تساوي الحقين (٦)، ورجح في الدروس جواز الانتفاع بما يخاف
فوته على المالك عند تعذر استئذانه، واستئذان الحاكم. وهو حسن.
(الرابعة يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء) إذا لم يكن وكيلا
(لو خاف جحود الوارث)، ولا بينة له على الحق (إذ القول قول
الوارث مع يمينه في عدم الدين، وعدم الرهن) لو ادعى المرتهن الدين

-
- (١) بالرفع معطوفا على قوله: قبول قوله، أي والأقوى رجوع المرتهن في قدر
المعروف من الإنفاق، ومرجع الضمير في به (القدر المعروف من الإنفاق).
(٢) أي بالرهن.
(٣) أي يقاص كل من الرهن والمرتهن فيما زاد له من الحق عند صاحبه،
فإن كان الإنفاق من المرتهن أكثر مما انتفع به قاص المرتهن الرهن فيما يساوي
ما انتفع به، ويرجع على الرهن بالزائد مما أنفق.
وإن كان الانتفاع من ناحية المرتهن أكثر من الإنفاق قاص الرهن المرتهن
بما يساوي الإنفاق، ورجع عليه بالزائد مما انتفع به، والتقاص هنا يكون من الدين
الذي عليه.
(٤) سواء زاد الإنفاق على الانتفاع أم الانتفاع على الإنفاق.
(٥) الوسائل كتاب الرهن باب ١٢.
(٦) وهما: حق الرهن في الانتفاع الزائد، وحق المرتهن في الإنفاق.

والرهن. والمرجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده (١)، وكذا يجوز له ذلك (٢) لو خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلا، ولو كان له بينة مقبولة عند الحاكم لم يجز له (٣) الاستقلال بدون إذنه، ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه (٤) إلى اليمين لو اعترف، لعدم التضرر باليمين الصادق وإن كان تركه تعظيما لله أولى.

(الخامسة لو باع أحدهما) بدون الإذن (٥) (توقف على إجازة الآخر)، فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن، أو إجازته بطل الرهن من العين والثلث، إلا أن يشترط كون الثمن رهنا، سواء كان الدين حالا أم مؤجلا فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتهن كذلك بقي الثمن رهنا وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلا إلى أن يحل. ثم إن وافقه (٦) جنسا ووصفا صح، وإلا (٧) كان كالرهن. (وكذا عتق الراهن) يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل (٨) برده

-
- (١) أي الوارث.
 - (٢) أي الاستقلال بالاستيفاء.
 - (٣) أي للمرتهن.
 - (٤) أي المرتهن.
 - (٥) أي إذن الآخر.
 - (٦) أي وافق الثمن جنس الرهن ووصفه.
 - (٧) أي وإن لم يوافق الثمن الرهن المبيع جنسا ووصفا كان كالرهن في احتياجه إلى البيع.
 - (٨) أي العتق برد المرتهن. فمرجع الضمير في برده (المرتهن).

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

(ولو وطأها الراهن) بإذن المرتهن، أو بدونه وإن فعل محرما
(صارت مستولدة مع الإحبال)، لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن
وإن منع من التصرف فيها (وقد سبق) في شرائط المبيع (جواز
بيعها حينئذ (٨)، لسبق حق المرتهن على الاستيلاء المانع منه (٩).

-
- (١) الجار متعلق ب (سكوته). فالمعنى أن السكوت من قبل المرتهن
لا يوجب لزوم العتق مطلقا، بل إذا امتد إلى حين انفكاك الرهن بأحد أسبابه
كإعطاء الراهن دينه، أو تبرع أجنبي، أو أسقط المرتهن حقه عن ذمة الراهن.
(٢) على العتق.
(٣) من الراهن.
(٤) وهنا ليس ملكا للمرتهن.
(٥) أي الإذن.
(٦) أي للقربة المطلقة، من دون أن يوقعه عن شخص معين.
(٧) أي كغير المرتهن من المأذونين في العتق.
(٨) أي حين وطأها بغير إذن وحملت من الراهن.
(٩) هذا من الموارد المستثناة من (منع بيع أم الولد).

وقيل: يمنع مطلقا (١)، للنهي عن بيع أمهات الأولاد (٢) المتناول بإطلاقه هذا الفرد، وفصل ثالث بإعسار الراهن فتباع، ويساره فتلزمه القيمة تكون رهنا، جمعا بين الحقين (٣). وللمصنف في بعض تحقیقاته تفصیل رابع وهو بیعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه.

وكيف كان فلا تخرج عن الرهن بالوطئ، ولا بالحبل، بل يمتنع البيع ما دام الولد حيا، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن (٤) لزوال المانع، (ولو وطأها المرتهن فهو زان)، لأنه وطأ أمة الغير بغير إذنه.

(فإن أكرهها فعليه العشر أن كانت بكرا، وإلا) تكن بكرا (فنصفه)، للرواية (٥)، والشهرة، (وقيل: مهر المثل)، لأنه عوض الوطئ شرعا. وللمصنف في بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين (٦)، ويجب مع ذلك (٧) أرش البكارة، ولا يدخل

-
- (١) أي يمنع البيع، سواء كان الوطئ عن إذن أم لا، وسواء كان مع الإعسار أم مع اليسار.
 - (٢) أي الإماء التي ولدن من مواليهن.
 - (٣) أي بين حق الراهن في أم ولده، وبين حق المرتهن في الرهن.
 - (٤) الجار متعلق ب (بيعت). فالمعنى أن جواز بيع الجارية هنا لأجل الرهن أي بيعت لأجل الرهن.
 - (٥) الوسائل كتاب النكاح باب ٣٥ الحديث ١.
 - (٦) أي بين العشر، أو نصفه، وبين مهر المثل.
 - (٧) أي مع ما يأخذ من العشر، أو نصفه، أو مهر المثل.
 - (٨) أي الأرش.

في المهر، ولا العشر، لأنه حق جنائية، وعوض جزء فائت، والمهر على التقديرين (١) عوض الوطئ. ولا يشكل بأن البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيبا فينبغي أن يجب مهر الثيب، لأنه (٢) قد صدق وطؤها بكرا وفوت منها جزء فيجب عوض كل منهما (٣)، لأن أحدهما (٤) عوض جزء، والآخر (٥)، عوض منفعة.

(وإن طاوعته فلا شيء)، لأنها بغي ولا مهر لبغي (٦). وفيه أن الأمة لا تستحق المهر، ولا تملكه فلا ينافي ثبوته (٧) لسيدها مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه " ولا تزر وازرة وزر أخرى (٨) ". والقول بثبوته عليه (٩) مطلقا (١٠) أقوى، مضافا إلى أرش البكارة كما مر (١١). وقد تقدم مثله.

-
- (١) وهما: البكارة، والثيبوبة.
 - (٢) تعليل لعدم ورود الإشكال. والضمير هنا ضمير الشأن.
 - (٣) أي كل من الجزء الفائت ومن الوطئ.
 - (٤) وهو أرش البكارة.
 - (٥) وهو المهر عوض الوطئ.
 - (٦) أي الزانية.
 - (٧) أي ثبوت المهر لسيدها. فلا منافاة لهذه مع هذا الثبوت.
 - (٨) الأنعام: الآية ١٦٤.
 - (٩) أي على المرتهن.
 - (١٠) سواء طاوعت أم لا.
 - (١١) أي تفاوت قيمتها ما بين كونها باكرة وثيبة في ص ٨٥.

(السادسة الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق) بأدائه ولو من متبرع غيره. وفي حكمه (١) ضمان الغير له مع قبول المرتهن، والحوالة به (٢)، وإبراء المرتهن له منه. وفي حكمه (٣) الإقالة المسقطة للثمن المرهون به، أو للمثمن (٤) المسلم فيه المرهون به. والضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين، ولو خرج من بعضه (٥) ففي خروج الرهن أجمع، أو بقاءه كذلك (٦)، أو بالنسبة أوجه. ويظهر من العبارة بقاءه أجمع، وبه صرح في الدروس، ولو شرط كونه رهنا على المجموع خاصة تعيين الأول (٧)، كما أنه لو جعله رهنا على كل جزء منه فالثاني (٨). وحيث يحكم بخروجه عن الرهانة (فيبقى

-
- (١) أي وفي حكم الخروج عن الرهن.
 - (٢) أي بالدين فيرجع المرتهن على المحال عليه.
 - (٣) أي وفي حكم الإبراء (الإقالة) المسقطة للحق المرتهن به. بمعنى أنه لو بيع شيء ثم أراد البايع رهنا على ثمن المبيع فأعطى له الرهن، ثم أقال البايع أو المشتري البيع فالإقالة هنا تسقط الثمن عن المشتري فيرتفع موضوع الرهن فيرجع الرهن إلى المشتري.
 - (٤) أي وفي حق الإبراء (الإقالة) المسقطة للمثمن المرتهن به. بمعنى أنه لو أسلف المشتري الثمن إلى البايع وأخذ رهنا على المثمن المؤجل فأقال أحدهما الآخر ارتفع موضوع الرهن هنا أيضا، لأن الإقالة مسقطة للمثمن المؤجل، فيرجع الثمن إلى المشتري، والرهن على البايع.
 - (٥) أي من بعض الرهن.
 - (٦) أي أجمع.
 - (٧) وهو خروج الرهن أجمع.
 - (٨) وهو البقاء أجمع.

أمانة في يد المرتهن) مالكية لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة، لأنه مقبوض بإذنه وقد كان وثيقة وأمانة، فإذا انتفى الأول (١) بقي الثاني (٢)، ولو كان الخروج من الحق بإبراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به، أو رد الرهن، بخلاف ما إذا علم.

(ولو شرط كونه مبيعا عند الأجل بطلا) الرهن والبيع، لأن الرهن لا يؤقت، والبيع لا يعلق، (و) لو قبضه كذلك (٣) (ضمنه (٤) بعد الأجل)، لأنه حينئذ بيع فاسد، وصحيحه مضمون، ففاسده كذلك، (لا قبله (٥))، لأنه حينئذ رهن فاسد، وصحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعدة (٦) مطردة. ولا فرق في ذلك (٧) بين علمهما بالفساد، وجهلها، والتفريق (٨).

(السابعة يدخل النماء المتجدد) المنفصل كالولد والثمرة (في الرهن على الأقرب)، بل قيل: إنه إجماع، ولأن (٩) من شأن النماء تبعية

-
- (١) وهي الوثيقة.
(٢) وهي الأمانة.
(٣) أي موقتا ومعلقا.
(٤) أي الرهن.
(٥) أي لا قبل الأجل.
(٦) وهي (ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده)، (وما لا يضمن بفساده لا يضمن بصحيحه).
(٧) أي في بطلان البيع، وضمان الرهن.
(٨) بأن علم أحدهما، دون الآخر.
(٩) دليل ثان لدخول النماء في الرهن. والدليل الأول (الإجماع).

الأصل، (إلا مع شرط عدم الدخول) فلا إشكال حينئذ (١) في عدم دخوله، عملاً بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفاع الإشكال (٢). وقيل: لا يدخل بدونه (٣) للأصل، ومنع الإجماع. والتبعية (٤) في الملك، لا في مطلق الحكم. وهو أظهر، ولو كان متصلاً كالطول والسمن دخل إجماعاً.

(الثامنة ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت)، لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، ولأنه وثيقة على الدين فيبقى ما بقي (٥) ما لم يسقطه المرتهن، (لا الوكالة، والوصية (٦) لأنهما إذن في التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات (٧) بطل (٨) كنفائره من الأعمال المشروطة بمباشر معين (٩)، (إلا مع الشرط)

-
- (١) أي مع شرط عدم الدخول.
 - (٢) وهو إشكال دخول النماء في الرهن.
 - (٣) أي بدون الشرط.
 - (٤) بالرفع، والواو استينافية. فالمعنى أن ما أفاده المستدل من تبعية النماء للأصل إنما هو في الملك فقط، وأن النماء ملك لمالك الأصل.
 - أما كون النماء تابعاً للأصل في كل أحكامه التي من جملتها الرهنية فممنوع.
 - (٥) أي الدين. فالمعنى أن الرهن باق ما دام الدين باقياً.
 - (٦) أي الوكالة والوصاية اللتان جاءتا من قبل الراهن للمرتهن لا ينتقلان إلى وارث المرتهن بموته.
 - (٧) أي المأذون وهو المرتهن في المقام.
 - (٨) أي الإذن الصادر من الموكل والموصي. وهو الراهن في المقام.
 - (٩) كما في الأجير الذي شرط عليه المباشرة بنفسه.

بأن يكون (١) للوارث بعده (٢)، أو لغيره فيلزم عملا بالشرط.
(وللراهن الامتناع من استئمان الوارث) وإن شرط له وكالة البيع
والاستيفاء، لأن الرضا (٣) بتسليم (٤) المورث لا يقتضيه (٥) ولاختلاف
الأشخاص فيه (٦) (وبالعكس) للوارث (٧) الامتناع من استئمان الراهن
عليه (٨) (فليتفقا على أمين) يضعانه تحت يده وإن لم يكن عدلا،
لأن الحق لا يعدوهما (٩) فيتقيد برضاهما، (وإلا) يتفقا (فالحاكم)
يعين له عدلا يقبضه لهم، وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه
في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بموت الموكل وإن كانت
مشروطة في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون
بمنزلة الوصي في الحفظ.
(التاسعة لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف في يده، (إلا بتعد
أو تفريط (١٠))، ولا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن، فإن تعدى

-
- (١) أي أحدهما وهي الوصاية، أو الوكالة.
 - (٢) أي بعد موت المرتهن،
 - (٣) أي رضا الراهن.
 - (٤) أي تسليم الراهن الرهن للمورث.
 - (٥) أي استئمان الوارث.
 - (٦) أي في الاستئمان.
 - (٧) أي وارث المرتهن.
 - (٨) أي على الرهن.
 - (٩) أي لا يخرج عنهما.
 - (١٠) وهو الإخلال في حفظ الشيء عن التلف، أو السرقة، أو عروض
النقص، خلافا للتعدي فإنه إعمال شيء موجب للنقص، أو التلف.

فيه، أو فرط ضمنه (فتلزم قيمته يوم تلفه) إن كان قيميا
(على الأصح)، لأنه (١) وقت الانتقال إلى القيمة، والحق قبله (٢)
كان منحصرًا في العين وإن كانت مضمونة.
ومقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض (٣)، أو أعلى القيم من يوم
القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة
كالغاصب (٤).
ويضعف بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف تعتبر قيمته فيه (٥)
وبأن المطالبة (٦) لا دخل لها في ضمان القيمي (فالأقوى الأول (٧)
مطلقا (٨)).

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو نقص في العين غير
مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال ونحوه، ثم تلف
اعتبر أعلى القيم المنسوبة (٩) إلى العين من حين التفريط إلى التلف،
ولو كان مثليا ضمنه بمثله إن وجد، وإلا فقيمة المثل عند الأداء

-
- (١) أي يوم التلف.
 - (٢) أي قبل التلف.
 - (٣) أي يوم قبض وثيقة الدين وهو الرهن.
 - (٤) في أنه يؤخذ بأشق الأحوال.
 - (٥) أي قبل التفريط.
 - (٦) أي مطالبة الراهن المرتهن بالقيمة لا دخل لها في الضمان، لأن المرتهن
كان ضامنا بمجرد التلف قبل المطالبة، فلا معنى لكون المطالبة موجبة للضمان.
 - (٧) وهو ضمان يوم التلف، لأنه وقت الانتقال.
 - (٨) سواء زادت قيمته عن يوم التلف أم نقصت.
 - (٩) بالجر صفة للقيم.

على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل وإن كان متعذراً، وانتقاله إلى القيمة بالمطالبة (١)، بخلاف القيمي لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقاً (٢).

(ولو اختلفا في القيمة حلف المرتهن)، لأنه المنكر، والأصل برائته من الزائد. وقيل: الراهن (٣)، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً بتفريطه فلا يقبل قوله. ويضعف بأن قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً، أو خائناً.

(العاشرة - لو اختلفا في) قدر (الحق المرهون به، حلف الراهن على الأقرب) لأصالة عدم الزيادة، وبراءة ذمته منها، ولأنه منكر، وللرواية (٤). وقيل: قول المرتهن استناداً إلى رواية (٥) ضعيفة، (ولو اختلفا في الرهن والوديعة) بأن قال المالك: هو وديعة، وقال الممسك: هو رهن (حلف المالك) لأصالة عدم الرهن، ولأنه منكر، وللرواية (٦) الصحيحة. وقيل: يحلف الممسك استناداً إلى رواية ضعيفة (٧). وقيل:

(١) أي بسبب المطالبة، فالباء سببية.

(٢) سواء طالب الراهن أم لا، لأنه من ابتداء التلف فذمته مشغولة من حينه.

(٣) أي حلف الراهن.

(٤) الوسائل كتاب الرهن باب ١٧ - الحديث ١ - ٢.

(٥) الوسائل كتاب الرهن باب ١٧ - الحديث ٤.

(٦) الوسائل كتاب الرهن باب ١٦ - الحديث ١.

(٧) الوسائل كتاب الرهن باب ١٦ - الحديث ٣.

الممسك إن اعترف له المالك بالدين، والمالك إن أنكره (١) جمعا بين الأخبار (٢)، وللقرينة (٣). وضعف المقابل (٤) يمنع من تخصيص الآخر (ولو اختلفا في عين الرهن) فقال: رهنتك العبد فقال: بل الجارية (حلف الراهن) خاصة (وبطلا (٥))، لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه (٦) جائز من قبله فيبطل بإنكاره، لو كان (٧) حقا، وانتفاء (٨) ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن. (ولو كان) الرهن (مشروطا في عقد لازم تحالفا)، لأن إنكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن حيث إنه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي

-
- (١) أي الدين.
 - (٢) وهي الأخبار المختلفة التي ذكرت في كتاب الوسائل في أبواب الرهن باب ١٦ فراجع.
 - (٣) أي اعتراف المالك بالدين للممسك قرينة على أن العين في يد الممسك رهن فيقدم قول الممسك وهو المرتهن.
 - (٤) وهي الرواية الضعيفة التي دلت على تقديم قول الممسك لا تقاوم الصحيحة ولا تخصصها. والرواية الصحيحة هي الرواية الواردة في تقديم قول المالك فيما إذا أنكر كما علمت في الهامش رقم ٦ ص ٩٣ - فأين للضعيفة من مقاومتها للصحيحة وتخصيصها.
 - (٥) أي (رهن العبد) لإنكار المرتهن، و (رهن الجارية) لحلف الراهن.
 - (٦) أي الرهن، فإذا أنكر الرهن بطل فهو دليل لبطلان رهن العبد.
 - (٧) أي ما يدعيه المالك وهو الراهن.
 - (٨) دليل لبطلان رهن الجارية الذي يدعيه المرتهن.

هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن (١) لأن شرط الرهن من مكملاته فكل يدعي ثمنا غير ما يدعيه الآخر فإذا تحالفا بطل الرهن، وفسخ المرتهن العقد المشروط فيه (٢) إن شاء، ولم يمكن استدراكه (٣) كما لو مضى الوقت المحدود له (٤). وقيل: يقدم قول الراهن كأول (٥).

(الحادية عشر لو أدى (٦) ديناً وعين به رهناً) بأن كان عليه ديون وعلى كل واحد رهن خاص فقصد بالمؤدى (٧) أحد الديون بخصوصه ليفك رهناً (فذلك) هو المتعين، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدى (٨)، (وإن أطلق) ولم يسم أحدها (٩) لفظاً لكن قصده

(١) كما لو قال المرتهن: بعثني هذا بعشرة دنانير بشرط أن تكون الجارية رهناً.

وقال الراهن: بعثك هذا بعشرة دنانير بشرط أن يكون العبد رهناً، فالاختلاف واقع في تعيين الثمن، لأن شرط رهن العبد، أو الجارية من مكملات الثمن (٢) أي في الرهن.

(٣) أي الرهن المشروط في العقد.

(٤) أي للدين.

(٥) وهي الدعوى الأولى وهو (اختلاف الراهن والمرتهن في عين الرهن) في أنه يقدم قول الراهن.

(٦) أي في مقام وفاء الدين.

(٧) أي الدين المؤدى.

(٨) على صيغة الفاعل المراد منه الراهن.

(٩) أي أحد الديون.

(فتخالف في القصد) فادعى كل منهما (١) قصد الدافع دينا غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده، لأن الاعتبار بقصده وهو أعلم به وإنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، ودعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد، ولو تخالفا فيما تلفظ بإرادته فكذلك (٢). ويمكن رده (٣) إلى ما ذكره (٤) من التخالف في القصد، إذ العبرة به (٥)، واللفظ كاشف عنه. (وكذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن، وآخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به) ليفك الرهن، وادعى الغريم الدفع عن الخالي ليبقى الرهن فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلا من قبله (٦) كالأول (٧).

-
- (١) الراهن والمرتهن، أو الدائن والمديون. فالأول يدعي أنه أراد بأداء المبلغ الكذائي فك الرهن الفلاني، والثاني يقول: إنك أردت غيره. فكل منهما يدعي خلاف ما يدعيه الآخر.
 - (٢) أي حلف الدافع أيضا كما كان الحلف للدافع في الصورة الأولى، فالمعنى أنه لو تخالف الراهن والمرتهن في الألفاظ الصادرة من الراهن. فقال الراهن: تلفظت بكذا وهو دال على الدين الفلاني. وقال المرتهن: تلفظت بكذا الدال على دين غير الدين الذي يعينه الدائن.
 - (٣) أي رد التخالف فيما تلفظ به إلى التخالف في القصد حتى لا يحتاج إلى جعلهما صورتين.
 - (٤) أي المصنف.
 - (٥) أي بالقصد.
 - (٦) أي من قبل الراهن.
 - (٧) وهو التخالف في القصد.

(الثانية عشر - لو اختلفا فيما يباع به الرهن) فأراد المرتهن بيعه بنقد، والراهن بغيره (بيع بالنقد الغالب)، سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما، والبائع المرتهن إن كان وكيلا (١)، والغالب (٢) موافق لمراده، أو رجع (٣) إلى الحق، وإلا (٤) فالحاكم، (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق (٥)) منهما (٦) إن اتفق، (فإن باينهما (٧) عين الحاكم) إن امتنعا من التعيين. وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما (٨)

- (١) في البيع.
- (٢) أي النقد الغالب، (والواو) حالية.
- فالمعنى أن المرتهن يبيع الرهن إذا كان وكيلا في البيع والحال أن النقد الغالب يكون موافقا لمراده، أي ما يطلب بيعه به.
- (٣) أي رجع المرتهن إلى الحق وهو رضاؤه بالبيع بالنقد الغالب وإن لم يكن موافقا لمراده، وهذا رجوع من المرتهن إلى الحق وانصياع وخضوع منه للشرع.
- (٤) أي وإن لم يكن نقد الغالب موافقا لمراده ولم يكن وكيلا في البيع تولى الحاكم بيع الرهن.
- (٥) أي حق المرتهن.
- (٦) أي من النقدين الغالبين.
- (٧) أي بابن الدين - وهو حق المرتهن - النقدين الغالبين.
- (٨) أي أحد النقدين الغالبين أقرب إلى الصرف إلى الحق.
- كما لو كان طلب المرتهن (العملة الأجنبية)، والنقد الغالب الدينار العراقي، أو الريال الإيراني.
- فإذا كانت العملة الأجنبية أسهل صرفا بأحدهما كالدينار العراقي مثلا تعيين بيعه به.

أقرب إلى الصرف إلى الحق، وعدمه (١)، وفي الدروس: لو كان أحدهما
وعنى به (٢) المتباينين أسهل صرفاً إلى الحق تعين، وهو حسن. وفي التحرير:
لو بايناه (٣) بيع بأوفرهما حظاً (٤). وهو أحسن، فإنه ربما كان عسر
الصرف أصلح للمالك (٥) وحيث يباع بغير مراده (٦) ينبغي مراعاة
الحظ له كغيره (٧) ممن يلي عليه الحاكم.

-
- (١) أي عدم الأقربية إلى الصرف.
 - (٢) أي بأحد النقدين الغالبيين الذين يباينان الحق.
 - (٣) أي النقدان الغالبان باينا الحق، فمرجع الضمير (الحق).
 - (٤) أي استفادته ونفعه أكثر للراهن.
 - (٥) وهو الراهن.
 - (٦) أي مراد الراهن.
 - (٧) أي كغير الراهن.

كتاب الحجر (١)

(وأسبابه ستة) بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، وإلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن في المرهون، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يمكن عوده إلى الإسلام (٢). والستة المذكورة هنا هي: (الصغر. والجنون. والرق، والفلس. والسفه. والمرض) المتصل بالموت.

(ويمتد حجر الصغير حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم (٣)، (ويرشد، بأن يصلح ماله) بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه، وتمنع إفساده وصرفه (٤) في غير الوجوه الثلاثة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح (٥)، فإذا تحققت الملكة

(١) مصدر حجر يحجر وزان نصر ينصر بمعنى منع يقال: حجره عن كذا: أي منعه عن التصرف.

وشرعا هو المنع المخصوص بأسباب ذكرها المصنف. (٢) وهو الملي.

(٣) الجزء الثاني ص ١٤٤.

(٤) بالنصب عطفًا على مفعول (تمنع): أي وتمنع صرف ماله.

(٥) كما يستفاد من إطلاق عبارة المصنف، بل المراد من الإصلاح هو الإصلاح مع صدق الرشد.

المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (وإن كان فاسقا) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد (١) من غير اعتبار أمر آخر معه (٢). والمفهوم من الرشد عرفا هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقا.

وقيل: يعتبر مع ذلك (٣) العدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي (٤) عن إيتاء السفهاء المال، وما (٥) روي أن شارب الخمر سفيه، ولا قائل بالفرق (٦)، وعن ابن عباس (٧) أن الرشد هو الوقار، والحلم، والعقل. وإنما يعتبر على القول بها في الابتداء (٨)، لا في الاستدامة، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداء، ويتوجه

-
- (١) كما في قوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " النساء: الآية ٥ فإنها لا تدل على اعتبار غير الرشد.
 - (٢) أي مع إيناس الرشد.
 - (٣) أي مع الإصلاح.
 - (٤) وهو قوله تعالى: " لا تؤتوا السفهاء أموالهم ".
 - (٥) مجرور محلا عطف على مدخول (لام الجارة): أي للنهي ولما روي فالآية بانضمام الرواية إليها تدل على لزوم العدالة بناء على أن الفاسق سفيه وأي سفاهة أعظم من الفسق كما في الرواية. والرواية في الوسائل كتاب الوصايا باب ٥٣ الحديث ٢ (٦) بين الخمر وغيرها.
 - (٧) الدر المنثور ج ٢ ص ١٢١.
 - (٨) أي في أول البلوغ، فلو عرض الفسق بعد ذلك لم يضر ولا يحجر عليه

على ذلك (١) أنها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعده (٢) لوجود المقتضي (٣).

(ويختبر) من يراد معرفة رشده (بما يلائمه) من التصرفات والأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة، وعدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء بمعنى مماكسته (٤) فيهما على وجههما (٥)، ويراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك (٦)، وسلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد.

وإن كان من أولاد من يصاب عن ذلك اختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفي (٧) الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك (٨)، فإن وفي بالأفعال الملائمة فهو رشيد، ومن تضييعه: إنفاقه في المحرمات، والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته، وبلده،

(١) أي على اشتراط العدالة.

(٢) أي بعد الابتداء.

(٣) وهي الأدلة التي تمسك بها القائل بالعدالة ابتداء.

(٤) مصدر ماكس يماكس، يقال: ماكسه أي استحطه الثمن وطلب نقصه منه. وهي المداقة في إتمام القيمة والمحاورة في ذلك.

(٥) أي على الطريق المتعارف في البيع والشراء من المداقة في ثمن المبيع من طرف البائع أو المشتري.

(٦) أي المماكسة والمساومة على وجههما.

(٧) أي يجمع طلباتهم.

(٨) مما يدل على كماله ورشده.

وشرفه، وضعته. والأمتعة واللباس كذلك (١).
وأما صرفه في وجوه الخير من الصدقات، وبناء المساجد، وإقراء
الضيف فالأقوى أنه غير قادح مطلقا (٢)، إذ لا سرف في الخير،
كما لا خير في السرف، وإن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال
كالغزل، والخياطة، وشراء آلاتهما المعتادة لأمثالهما بغير غبن، وحفظ
ما يحصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجره مثلها إن عملت للغير،
وحفظ ما تليه من أسباب البيت، ووضعها على وجهه، وصون أطعمته
التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأر ونحو ذلك، فإذا تكرر ذلك
على وجه الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا. ولا يقدر فيها وقوع ما ينافيها
نادرا من الغلط والانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيرا من الكاملين
ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملا بظاهر الآية (٣).
(ويثبت الرشد) لمن لم يختبر (بشهادة النساء في النساء لا غير)
لسهولة اطلاعهن عليهن غالبا، عكس الرجال، (وبشهادة الرجال
مطلقا) ذكرا كان المشهود عليه، أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير
مقيدة (٤). والمعتبر في شهادة الرجال اثنان، وفي النساء أربع، ويثبت
رشد أنثى بشهادة رجل وامرأتين أيضا، وبشهادة أربع خنثى.
(ولا يصح إقرار السفية بمال) ويصح بغيره كالنسب وإن أوجب

-
- (١) أي كالأطعمة النفيسة في أنها يراعى فيها اللياقة بحسب الوقت والبلد.
(٢) سواء كانت لائحة بحاله أم لا.
(٣) كما مرت الإشارة إليها في الهامش رقم ١ ص ١٠٢.
(٤) يكون المشهود عليه رجلا.

النفقة، وفي الإنفاق عليه (١) من ماله (٢) أو بيت المال قولان،
أجودهما الثاني، وكالاترار بالجنانية الموجبة للقصاص وإن كان نفسا،
(ولا تصرفه في المال) وإن ناسب أفعال العقلاء، ويصح تصرفه فيما
لا يتضمن إخراج المال كالطلاق (٣)، والظهار، والخلع.
(ولا يسلم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالي ممنوع منه.
(ويجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود) أي في جميعها. وإن كان
قد ضعف إطلاقه (٤) عليه (٥) بعض أهل العربية، حتى عده في " درة
الغواص " من أوهام الخواص، وجعله مختصا بالباقي أخذا له من السؤر
وهو البقية، وعليه جاء قول النبي صلى الله عليه وآله لابن غيلان
لما أسلم على عشر نسوة: أمسك عليك أربعاً، وفارق سائرهن (٦)، لكن
قد أجازهم بعضهم. وإنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلوقة
مطلقاً (٧)، بل مما يقتضي التصرف في ماله (ويمتد حجر المجنون)
في التصرفات المالية وغيرها (حتى يفيق) ويكمل عقله (والولاية في مالهما)
أي الصغير والمجنون (للأب والجد) له وإن علا (فيشتركان في الولاية)
لو اجتماعاً، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضا قدم عقد السابق

(١) أي على المقر له الذي أقر له السفية.

(٢) أي من مال السفية.

(٣) هذا إذا كان الزوج قد أعطى مهرها قبل السفه. وأما إذا لم يعطها
وصار سفية فلا يصح طلاقه.

(٤) أي إطلاق (السائر) على (الجميع).

(٥) أي على الجميع.

(٦) المغني ج ٧ ص ٥.

(٧) سواء كان في ماله أم في مال الغير.

فإن اتفقا ففي بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أو وجه، (ثم الوصي) لأحدهما مع فقدهما، (ثم الحاكم) مع فقد الوصي. (والولاية في مال السفه الذي لم يسبق رشده كذلك) للأب والجد إلى آخر ما ذكر عملا بالاستصحاب (فإن سبق) رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه (فللحاكم) الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، وهو منتف، والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل وإن تخلف في بعض الموارد (١). وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقا (٢)، لظهور توقف الحجر عليه، ورفع على حكمه (٣) في كون النظر إليه، (والعبد ممنوع) من التصرف (مطلقا) في المال وغيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق فإن له إيقاعه وإن كره المولى، (والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث)، إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه بثمان مثله نفذ، (وإن نجز) ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجارة (على الأقوى) للأخبار (٤) الكثيرة الدالة عليه منطوقا ومفهوما، وقيل: يمضي من الأصل للأصل، وعليه شواهد من الأخبار (٥) (ويثبت الحجر على السفه بظهور

-
- (١) كما سبق قريبا في موارد ولاية الأب، والجد، والوصي لهما.
(٢) أي وإن لم يسبق رشده.
(٣) أي على حكم الحاكم.
(٤) راجع الوسائل كتاب الوصايا - باب حكم تصرفات المريض المنجزة في مرض الموت فإنك تجد هناك الأحاديث الواردة في هذا الباب.
(٥) الوسائل كتاب الوصايا - باب ١٠ - الحديث ٤.

سفهه، وإن لم يحكم الحاكم به (١) لأن المقتضي له (٢) هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه (٣)، ولظاهر قوله تعالى: " فإن كان الذي عليه الحق سفيها (٤) " حيث أثبت عليه الولاية بمجردة.
(ولا يزول) الحجر عنه (إلا بحكمه (٥)) لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، وقيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط (٦) بنظر الحاكم. وقيل: يتوقفان (٧) على حكمه لذلك (٨). وقيل: لا فيهما (٩)، وهو الأقوى، لأن المقتضي للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بثبوتة، ويزول بزواله، ولظاهر قوله تعالى: " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا

(١) أي بالحجر.

(٢) أي للحجر.

(٣) مرجع الضمير (السفه) كما وأن مرجع الضمير في (تحقيقه) الأول (الحجر).

فالمعنى أنه متى وجد السفه يثبت الحجر عليه وإن لم يحكم الحاكم بالحجر.

(٤) البقرة: الآية ٢٨٢.

(٥) أي بحكم الحاكم.

ولا يخفى أن رفع الحجر عن السفه يحتاج إلى حكم الحاكم. وأما وضع الحجر عليه فلا يحتاج إليه.

(٦) أي يتعلق بنظر الحاكم.

(٧) أي وضع الحجر، ورفع الحجر.

(٨) أي لأجل التعليل المذكور: (وهو خفاء السفه) لاحتياجه إلى الاجتهاد وقيام الأمارات.

(٩) أي لا يتوقف حجر السفه على حكم الحاكم لا في الوضع ولا في الرفع.

إليهم أموالهم (١) " حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

(ولو عامله العالم بحاله استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان المعاملة (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه (٢)، ولو كان جاهلا بحاله فله الرجوع مطلقا (٣)، لعدم تقصيره. وقيل: لا ضمان مع التلف مطلقا (٤)، لتقصير من عامله قبل اختباره. وفصل ثالث: فحكم بذلك (٥) مع قبض السفية المال بإذن مالكة ولو كان بغير إذنه ضمنه مطلقا (٦)، لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم فيكون قابضا للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلّف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكة. وهو حسن.

(وفي إيداعه، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر)

من (٧) تفريطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ولا تؤتوا السفهاء أموالكم (٨)، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر،

-
- (١) النساء: الآية ٥.
- (٢) لقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء "
- (٣) أي وإن تلف المال.
- (٤) سواء كان عالما بالسفه أم لا.
- (٥) أي بعدم الضمان، سواء كان عالما، أم لا.
- (٦) سواء كان عالما أم لا، وسواء تلف المال أم لا.
- (٧) دليل لعدم ضمان السفية، لأن (المعامل) - بصيغة الفاعل - قد فرط بماله حيث سلمه إلى من نهى الله عنه.
- (٨) النساء: الآية ٤.

ومن عدم (١) تسليطه على الإلتلاف، لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإلتلاف حصل من السفية بغير إذن فيضمنه كالغصب، والحال أنه بالغ عاقل، وهذا هو الأقوى.

(ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا وعشرين سنة) إجماعا منا لوجود المقتضي للحجر، وعدم صلاحية هذا السن لرفعه. ونبه بذلك (٢)، على خلاف بعض (٣) العامة، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا وعشرين سنة يفك حجره به وإن كان سفيها، (ولا يمنع من الحج الواجب مطلقا)، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمنذور قبل السفه، لتعيينه عليه، ولكن لا يسلم النفقة، بل يتولاها الولي، أو وكيله (٤)، (ولا) من الحج (المندوب إذا استوت نفقته) حضرا وسفرا، وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر. (وتعقد يمينه) لو حلف: (ويكفر بالصوم) لو حنث، لمنعه

(١) دليل لضمان السفية.

(٢) (وهو عدم رفع الحجر عن السفية ببلوغه هذه السن).

(٣) قال أبو حنيفة: إذا بلغ السفية خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله. المغني ج ٤ ص ٤١١.

(٤) معناه تسليم المال منهما إلى الرفقة ممن يوثق به.

ولا أظن أن المراد من (بل يتولاها الولي، أو وكيله) أي وكيل الولي: أنهما يسافران معه، لأنهما إن سافرا على نفقة أنفسهما فذلك غير مراد قطعا، إذ لا مبرر لذلك.

وإن سافرا على نفقة السفية فذاك موجب لزيادة صرف المال وهو ممنوع.

من التصرف المالي، ومثله (١) العهد والنذر، وإنما ينعقد ذلك (٢) حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي.
هذا مع تعيينه، أما لو كان مطلقاً لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد (وله العفو عن القصاص)، لأنه ليس بمالي، (لا الدية)، لأنه تصرف مالي، وله الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

(١) أي ومثل انعقاد اليمين انعقاد النذر والعهد.

(٢) أي العهد والنذر واليمين.

(١١٠)

كتاب الضمان (١)
 والمراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة والكفالة، لا الأعم (٢)
 الشامل لهما (وهو التعهد بالمال) أي الالتزام به (من البرئ) من مال
 مماثل لما ضمنه للمضمون عنه. وبقيد المال خرجت الكفالة فإنها تعهد
 بالنفس، وبالبريء الحوالة بناء على اشتراطها (٣) بشغل ذمة المحال عليه
 للمحيل بما أحال به.
 (ويشترط كماله) أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر (٤)،
 أو اسم الفاعل (٥)، أو المقام (٦) (وحرثته) فلا يصح ضمان العبد
 في المشهور، لأنه لا يقدر على شيء. وقيل: يصح ويتبع به بعد العتق
 (إلا أن يأذن المولى فيثبت) المال (في ذمة العبد)، لا في مال المولى
 لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما (٧) فلا يدل على الخاص (٨)،

-
- (١) مصدر ضمن يضمن الشيء معناه - لغة - : التكفل. وشرعا بالمعنى
 الأخص (وهو التعهد بالمال).
 (٢) (وهو التعهد المطلق)، سواء كان في الأموال أم في الأبدان.
 (٣) أي الحوالة.
 (٤) وهو (الضمان) فالمصدر دال على اسم الفاعل، لأنه لا بد له من فاعل
 وهو (الضامن).
 (٥) وهو (البرئ) في قول الماتن.
 (٦) لأن الكلام في الضمان، والضامن.
 (٧) أي من ذمة المولى، ومن ذمة العبد.
 (٨) وهي ذمة المولى.

وقيل: يتعلق بكسبه حملا على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء (١) وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقا (٢)، كما لو أمره بالاستدانة (٣)، وهو متجه، (إلا أن يشترط كونه من مال المولى) فيلزم بحسب ما شرط ويكون (٤) حينئذ كالوكيل، ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه (٥) من جملته، ثم إن وفى الكسب بالحق المضمون وإلا ضاع ما قصر، ولو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان، أو بقاء التعلق به وجهان.

(ولا يشترط علمه (٦) بالمستحق (٧) للمال المضمون وهو المضمون له بنسبه أو وصفه، لأن الغرض إيفاءه الدين وهو لا يتوقف على ذلك (٨)، وكذا لا يشترط معرفة قدر الحق المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنيا للمجهول، فلو ضمن

-
- (١) أي يقع الأداء بعد الضمان، ولا يتراخى عنه، فإن قلنا بتبعية الضمان إلى ما بعد العتق فربما أوجب تراخي الأداء عن الضمان.
 - (٢) سواء كان بكسب العبد أم من غيره.
 - (٣) لأن المولى إذا أمر عبده بالاستدانة يكون الوفاء من مال المولى مطلقا لا في خصوص كسب العبد.
 - (٤) أي العبد.
 - (٥) أي كسب العبد.
 - (٦) أي الضامن.
 - (٧) على صيغة الفاعل: أي لا يشترط علم الضامن بمن يضمن له المال.
 - (٨) أي على معرفة الضامن المضمون له.

ما في ذمته (١) صح على أصح القولين، للأصل، وإطلاق النص (٢) ولأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرع. هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك (٣) كالمثال (٤)، فلو لم يمكن كضمنت لك شيئاً مما في ذمته (٥) لم يصح قطعاً، وعلى تقدير الصحة (٦) يلزمه (٧) ما تقوم به البينة أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد (٨)، أو يوجد في دفتر (٩)، أو يقر به المضمون عنه (١٠)، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول (١١) في الضمان، وعدم ثبوت الثاني (١٢)، وعدم نفوذ الإقرار

(١) أي لو ضمن ضامن ما في ذمة شخص من دون أن يعرف المضمون له وقدر المال.

(٢) الوسائل كتاب الضمان باب ٢ - ٣.

(٣) أي بعد الضمان.

(٤) كما في قوله (فلو ضمن ما في ذمته) فإنه يمكن العلم بالمقدار المضمون بعد الضمان.

(٥) أي في ذمة الدائن.

(٦) أي صحة الضمان حيث اجتمعت الشروط.

(٧) أي الضامن. هذا إذا كانت هناك خصومة بين المضمون له والمضمون عنه، أو بين المضمون له والضامن فحينئذ يحكم الحاكم على طبق البينة.

(٨) أي من الدين بعد الضمان، فإن الدين المتجدد لا يلزم الضامن.

(٩) أي في دفتر المضمون له الذي هو الدائن.

(١٠) وهو المديون.

(١١) وهو الدين المتجدد بعد الضمان.

(١٢) وهو (ما وجد في دفتر المضمون له).

في الثالث (١) على الغير، وكون (٢) الخصومة حينئذ (٣) مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه (٤) ما يثبت بمنازعة (٥) غيره (٦)، كما (٧)

-
- (١) وهو إقرار المضمون عنه الذي هو المديون، لأن إقراره نافذ على نفسه لا على الضامن فلا ينافي القاعدة المشهورة: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز).
(٢) تعليل لعدم ثبوت الزائد من الدين على الضامن بحلف المضمون له حين رد المضمون عنه اليمين الموجهة إليه.
بيان ذلك: أن الخصومة وإن كانت بين المضمون له في طرف وكل من الضامن والمضمون عنه في طرف آخر.
بمعنى أن خصومة المضمون له موجهة ضد الضامن والمضمون عنه كليهما، لكنه مع ذلك لا يثبت على الضامن ما ثبت على المضمون عنه بسبب يمين المضمون له في الصورة الرابعة: وهو (حلف المضمون له بسبب اليمين المردودة من قبل المضمون عنه).
(٣) أي حين النزاع بين المضمون له، والمضمون عنه.
(٤) أي الضامن.
(٥) مصدر مضاف إلى المفعول وهو لفظ (غير) المراد منه المضمون عنه والفاعل محذوف وهو المضمون له: فالمعنى أنه بمنازعة المضمون له مع المضمون عنه، وثبوت الحق على المضمون عنه لا يثبت حق في ذمة الضامن.
(٦) مرجع الضمير (الضامن).
(٧) أي كما وأنه لا يثبت على المضمون عنه ما أقر به الضامن للمضمون له من الدين الزائد الذي يدعيه المضمون له على المضمون عنه.
فالحاصل: أنه كما لا يثبت في ذمة الضامن المقدار الزائد من الدين المدعى من قبل المضمون له على المضمون عنه بمجرد منازعة المضمون له مع المضمون عنه كذلك لا يثبت على المضمون عنه المقدار الزائد من الدين بمجرد إقرار

لا يثبت ما يقر به، في الرابع (١).
نعم (٢) لو كان الحلف برد الضامن ثبت (٣) ما حلف (٤)،

الضامن للمضمون له.

(١) الجار والمجرور متعلق ب (وكون الخصومة).

أي أن الخصومة بين الضامن والمضمون عنه في الصورة الرابعة (وهو حلف المضمون له باليمين المردودة من قبل المضمون عنه) إلى آخر ما ذكر في الهامش رقم ٢ من الصفحة ١١٦.

ولا يخفى عليك أن هذه الجملة: وهو (في الرابع) من العبارات الغامضة وقد يتخيل أنها متعلقة بقول الشارح: (ما يقر به) مع أن ما أقر به الضامن ليس داخلا في الأقسام الأربعة، إذ الأقسام الأربعة - هي: (تجدد الدين) و (وجوده في دفتر) و (إقرار المضمون عنه) و (حلف المضمون له باليمين المردودة).

فإقرار الضامن للمضمون له بالدين الزائد لا يثبت حقا على المضمون عنه فهو خارج عن الأقسام الأربعة كما علمت، إذن فالمتعين أن (في الرابع) متعلق ب (وكون الخصومة).

(٢) استدراك لثبوت الدين الزائد على الضامن لو رد اليمين الموجهة إليه من قبل المضمون له التي وجهها إليه المضمون عنه فلو لم يحلف ورد اليمين أيضا توجه ثبوت الزائد عليه.

(٣) أي الزائد على الضامن بمجرد رده اليمين الموجهة إليه من قبل المضمون له

(٤) فاعل حلف (المضمون له) أي ثبت على الضامن الزائد بعد

حلف المضمون له.

عليه (١).
(و) كذا (لا) يشترط علمه (بالغريم) وهو المضمون عنه،
لأنه وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون.
ويمكن أن يريد به الأعم منه (٢)، ومن المضمون له، ويريد
بالعلم به (٣): الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهولة (٤)
الاقتضاء، وما شاكلة، لأن الغرض إيفاءه الدين، وذلك (٥) لا يتوقف
على معرفته (٦) كذلك (٧)، (بل تميزهما) أي المستحق (٨) والغريم
ليمكن توجه القصد (٩) إليهما، أما الحق فليمكن أدائه، وأما المضمون له
فليمكن إيفاءه، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه.
ويشكل بأن المعبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره

(١) مرجع الضمير (ما الموصولة): أي ثبت على الضامن ما حلف عليه
المضمون عنه.

(٢) أي من الغريم.

(٣) أي بالغريم.

(٤) تعليل لعدم لزوم علم الضامن بنسب المضمون عنه، أو بوصف
من أوصافه، لاستحباب كون المؤمن سهل القضاء، وسهل الاقتضاء كما في الخبر:
"المؤمن سهل القضاء وسهل الاقتضاء".

(٥) أي إيفاء الدين.

(٦) أي الغريم.

(٧) أي بخصوصياته من النسب، أو الوصف.

(٨) وهو المضمون له، والمراد من الغريم: المضمون عنه.

(٩) أي قصد الضامن إلى كل من الغريم والمستحق.

المضمون له، وذلك (١) غير متوقف على معرفة من عليه الدين. فلو قال شخص: إني استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً فقال آخر: ضمننتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقاً (٢)، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه (٣).

(ولا بد له من إيجاب وقبول مخصوصين (٤))، لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، (والإيجاب ضمننت، وتكفلت)، ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها (٥) المال (وتقبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة عليه صريحاً، (ولو قال مالك عندي، أو علي، أو ما عليه (٦) علي فليس بصريح)، لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مالا، وأنه قادر على تخليصه، أو أن عليه السعي، أو المساعدة، ونحوه.

وقيل إن "علي" (٧) ضمان، لاقتضاء علي الالتزام، ومثله (٨) في ذمتي وهو متجه، أما ضمانه علي (٩) فكاف، لانتفاء الاحتمال،

(١) أي التزام الضامن للمال الذي يذكره المضمون له.

(٢) أي من دون أن يعرفه.

(٣) أي بخصوص من عليه الدين وهو المضمون عنه.

(٤) أي إيجاب مخصوص بالضمان، وقبول مخصوص به.

(٥) أي متعلق الكفالة.

(٦) أي ما على المديون.

(٧) في قول القائل: مالك علي، أو ما عليه علي.

(٨) أي مثل (علي) في اقتضائه الضمان.

(٩) أي لو قال القائل: (ضمانه علي).

مع تصريحه (١) بالمال (فيقبل المستحق) وهو المضمون له. (وقيل: يكفي رضاه) بالضمان وإن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة، وسهولة القضاء، فلا بد من رضاه (٢) به (٣) ولكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين.

والأقوى الأول (٤)، لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب وقبول لفظين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه (٥) يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة (٦).

وعلى القول الآخر (٧) (فلا يشترط فورية القبول)، للأصل، وحصول الغرض. وقيل: لا يشترط رضاه مطلقا (٨)، لما روي من ضمان علي عليه الصلاة والسلام دين الميت الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الصلاة عليه، لمكان دينه (٩). (ولا عبرة بالغريم (١٠)) وهو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه

(١) أي مع تصريح الضامن بقوله: ضمان مالك علي.

(٢) أي المستحق.

(٣) أي الضمان.

(٤) وهو الاحتياج إلى القبول اللفظي، دون الرضا القلبي.

(٥) أي من اشتراط القبول اللفظي.

(٦) ومن جملتها فورية القبول.

(٧) وهو كفاية الرضا من دون اللفظ.

(٨) لا لفظا، ولا قلبا.

(٩) الوسائل كتاب الضمان أحكام الضمان باب ٣ الحديث ٢.

(١٠) أي برضى الغريم.

وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه. (نعم لا يرجع (١) عليه مع عدم إذنه) في الضمان وإن أذن في الأداء، لأنه متبرع، والضمان هو الناقل للمال من الذمة، (ولو أذن) له في الضمان (رجع) عليه (بأقل الأمرين مما أداه، ومن الحق) فإن أدى أزيد منه (٢) كان متبرعا بالزائد، وإن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء، ولو وهبه (٣) بعد ما أدى (٤) الجميع (٥) البعض (٦)، أو الجميع جاز رجوعه (٧) به، ولو أدى عرضا (٨) رجع بأقل الأمرين من قيمته (٩) ومن الحق، سواء رضي المضمون له به (١٠) عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

(ويشترط فيه) أي في الضامن (الملاءة) بأن يكون مالكا لما

-
- (١) أي الضامن، والضمير في (عليه) يرجع إلى المضمون عليه.
(٢) أي من الحق.
(٣) فاعل وهب: (المضمون له)، ومرجع الضمير في وهبه: (المضمون عنه).
(٤) أي الضامن.
(٥) مفعول أدى، وفاعله: الضامن.
(٦) مفعول ثان ل (وهبه) كما وأن (الجميع) الثاني معطوف على البعض.
(٧) أي الضامن، ومرجع الضمير في (به) (البعض - أو الجميع).
فالمعنى أن المضمون له لو وهب للمضمون عنه بعض الدين، أو جميعه بعد أن أدى الضامن الدين جاز للضامن الرجوع على المضمون له بذلك البعض الموهوب أو الكل.
(٨) أي متاعا بدل النقد.
(٩) أي من قيمة المتاع، والمراد من الحق: (الدين).
(١٠) أي بالمتاع.

يوفي به الحق المضمون، فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره (١)) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ. وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ، لتحقق الشرط (٢) حالته وكما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر (٣).
 (ويجوز الضمان حالا، ومؤجلا (٤)، عن حال ومؤجل (٥))،
 سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتتا، للأصل.
 ثم إن كان الدين حالا رجع مع الأداء مطلقا (٦)، وإن كان (٧) مؤجلا فلا رجوع (٨) عليه إلا بعد حلوله وأدائه مطلقا (٩) (والمال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه) وهو المال الثابت في الذمة وإن كان

-
- (١) أي بإعسار الضامن.
 - (٢) وهي الملاءة. أي الغنى.
 - (٣) كما لو سافر، أو مات.
 - (٤) بأن يقول: أضمن لك الآن على أن أوفيك بعد شهر.
 - (٥) فصور المسألة أربعة:
 (الأولى) الضمان الحال عن الدين الحال.
 (الثانية) الضمان المؤجل عن الدين الحال.
 (الثالثة) الضمان الحال عن الدين المؤجل.
 (الرابعة) الضمان المؤجل عن الدين المؤجل.
 (٦) سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.
 (٧) أي الدين.
 (٨) أي للضامن، ومرجع الضمير في (عليه): (المضمون عنه).
 (٩) سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.

متزلزلا (١)، (ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن) أي دركه على تقدير الاحتياج إلى رده (لزمه) ضمانه (في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق (٢)) للمبيع المعين ولم يحز المالك البيع، أو أجازة ولم يحز قبض البائع الثمن (٣)، ومثله (٤) تبين خلل في البيع (٥) اقتضى فساد من رأس، كتخلف شرط، أو اقتران شرط فاسد (٦)، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل والمجلس (٧)، والحيوان، والشرط وتلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه (٨) حين الضمان

-
- (١) كما في البيع الخياري.
 - (٢) أي ظهر مستحقا للغير.
 - (٣) بل يريد المالك قبض الثمن بيده.
 - ولا يخفى عليك أنه لا مجال لبطلان البيع هنا، لأنه بعد الإجازة يكون البيع صحيحا. نعم للمالك فسخ المعاملة لو لم يعط البائع الثمن للمالك، لخيار تخلف الثمن. وكذا يحتمل الخيار للمشتري حيث إنه دفع الثمن. والحال أن المالك الأصلي يريد منه قبض الثمن مرة أخرى فيتضاعف عليه الثمن.
 - ويحتمل بطلان البيع رأسا، لأن المالك أجاز البيع ولم يحز القبض الذي هو من مستلزمات البيع فيبطل البيع رأسا.
 - (٤) أي ومثل ظهور استحقاق المبيع للغير في بطلان البيع رأسا.
 - (٥) كما لو لم يقترن القبول بالإيجاب.
 - (٦) كما لو شرط في البيع ارتكاب محرم كشرب الخمر مثلا.
 - فهذه الوجوه كلها توجب بطلان البيع من أصله. فإذا تخلف الثمن على المشتري لزم الضامن.
 - (٧) أي كخيار المجلس.
 - (٨) وهو البائع.

على تقدير طروء الانفساخ بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر (١)
(ولو ضمن له) أي للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدثه)
المشتري في الأرض (من بناء، أو غرس) على تقدير ظهورها مستحقة
لغير البائع، وقلعه (٢) لها، أو أخذه أجرة الأرض (فالأقوى جوازه)
لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير.
وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق
المشتري الأرض على البائع حينئذ (٣)، وإنما استحققه بعد القلع.
وقيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس
العقد وإن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيدا.
وهو ضعيف، لأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا
على الانتفاع (٤) مجانا (٥)،

(١) أي حين البيع لم يكن بطلان البيع معلوما، لكنه بعد تمام البيع تبين
بطلانه.

(٢) أي قلع المالك الأصلي، كما وأن مرجع الضمير في (أخذه) المالك،

(٣) أي حين تبين أن الأرض مستحقة للغير.

(٤) أي انتفاع المشتري، فالألف واللام عوض عن المضاف إليه الذي هو
المشتري. كما وأن الضمير في (ضمانه) يرجع إلى (البائع) و (مسلطا) بصيغة
الفاعل وهو منصوب بناء على كونه خبرا ثانيا لقوله: لكونه بائعا أي - لكونه
بائعا ومسلطا.

(٥) منصوب على الحالية: أي والحال أن تسليط البائع للمشتري
على الانتفاع يكون مجانا.

ضمانه (١) بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان.

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه (٢) حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته (٣)، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، ونظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه (٤) عهدة المبيع لو ظهر معينا فيطالب المشتري بالأرش، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، ووجه العدم (٥) هنا أن الاستحقاق له (٦) إنما حصل بعد العلم بالعيب، واختيار أخذ الأرش. والموجود (٧) من العيب حالة العقد ما كان (٨) يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه (٩)

-
- (١) بالرفع فاعل لقوله: (لا يلزم).
فحاصل المعنى: أنا لو سلمنا أن العقد بنفسه موجب للضمان، لكنه لا يلزم من ذلك صحة ضمان الدرك بعقد الضمان.
(٢) أي عن البائع. وحاصله: إنا لو قلنا بصحة الضمان هنا يحصل للمشتري في الرجوع فيما أحدث: حق بنفس العقد، وحق بالضمان. فإذا أسقط المشتري حقه بالرجوع الذي حدث بنفس العقد يبقى له حق الرجوع بسبب الضمان (٣) أي صحة الضمان.
(٤) بالرفع خبر للمبتدأ وهو (ونظير). ومرجع الضمير (الغير) أي غير البائع.
(٥) أي عدم صحة ضمان الأرش.
(٦) أي للأرش. (٧) الواو حالية، أي والحال أن الموجود.. الخ.
(٨) أي لم يكن.
(٩) أي بين الأرش وبين الرد.

وبين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان (١).
والحق (٢) أنه أحد الفردين الثابتين تخييرا حالة البيع، فيوصف
بالثبوت قبل اختياره (٣) كأفراد الواجب المنخير (٤).
(ولو أنكر المستحق (٥) القبض) من الضامن (فشهد عليه الغريم)
وهو المضمون عنه (قبل (٦))، لأنه إن كان آمرا بالضمان (٧)،

(١) أي ضمان الأرش، وحاصل الاستدلال على عدم صحة ضمان الأرش
هنا: - أن الضمان يجب أن يكون لشيء قد ثبت وجوده وثبت استحقاق المضمون له
إليه، فيضمنه الضامن تأمينا على دركه لدى الحاجة.
وهنا لم يثبت استحقاق المضمون له للأرش ولا ثبت تعيين الأرش،
بل الثابت فردان مخيرا بينهما: الأرش والرد. فهو (ضمان لما لم يجب) وهو باطل
كما تقرر في محله.

(٢) هذا توجيه لصحة ضمان الأرش. وحاصله: أن الأمرين الثابت أحدهما
تخييرا يصدق عليهما: (أنهما ثابتان)، لأن السبب وهو العيب كان حاصلًا حالة
البيع، فالمسبب عنه وهو استحقاق المشتري لاختيار الأرش، أو الرد كان ثابتا
لا محالة، إذن لا مانع من ضمان الأرش ودرك العيب بعد كونه ثابتا ولو تخييرا.
(٣) أي قبل اختيار الأرش.

(٤) هذا تنظير للمقام بالواجب المنخير شرعا، كالتخيير بين خصال كفارة
الصوم فكما يصدق على أفراد الواجب المنخير أنها ثابتة ثبوتا تخييريا، كذلك هنا
تثبت الأرش والرد ثبوتا تخييريا.
(٥) أي المضمون له.

(٦) أي قبل ما شهد به الغريم من الإقباض.
(٧) هذا توجيه لقبول قول الغريم بشأن الضامن، وحاصله: أن شهادة
الغريم وهو المضمون عنه مقبولة في حق الضامن، سواء كان الضامن مأمورا

فشهادته عليه (١) شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادة لغيره (٢) فتسمع، وإن كان الضامن متبرعا عنه فهو (٣) أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته (٤) من الدين أدى أم لم يؤد.

من قبل الغريم في ضمانه أم كان متبرعا في ذلك. أما لو كان مأمورا، فإن شهادة الغريم بالأداء شهادة على نفسه، حيث إنه يثبت بذلك استحقاق الضامن للرجوع عليه، فهو إقرار على نفسه بثبوت حق للغير عليه فلا مانع من قبول قوله في ذلك. وأما لو كان الضامن متبرعا فإن شهادة الغريم بشأنه حينئذ تكون من قبيل شهادة الأجنبي لأجنبي، لا يجلب نفعا لنفسه ولا يدفع ضررا عنها فلا مانع أيضا من قبول شهادته بشأنه.

(١) أي شهادة الغريم على القبض.
(٢) أي كما أنها شهادة من الغريم على نفسه، كذلك أنها شهادة لغيره أيضا والمراد بالغير هو الضامن. فهذه الشهادة لا مانع من قبولها، لما سبق من أنها لا تكون مثارا للشبهة والتهمة فلا وجه لردها.

(٣) أي المضمون عنه.
(٤) هذا وجه لكون الغريم - في صورة تبرع الضامن - أجنبيا فتقبل شهادته في حقه.

وحاصله: أن الضامن بمجرد ضمانه قد حول ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه، سواء أدى أم لم يؤد، بناء على مذهبنا من أن الضمان: انتقال ما في الذمم.

إذن أصبح المضمون عنه برئ الذمة بمجرد الضمان فلا شيء له ولا عليه في أداء الضامن وعدم أداءه، فهو أجنبي بالنسبة إليه فلا مانع من قبول قوله في ذلك.

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة) بأن تفيده (١) الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه (٢) لو لم يثبت الأداء (٣) فترد (٤). وللتهمة صور: منها أن يكون الضامن معسرا (٥) ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته (٦) عود الحق إلى ذمته. ومنها أن يكون الضامن (٧) قد تجدد عليه الحجر للفلس،

(١) هذا بيان لصورة كون الشهادة متهمة.

(٢) أي ما يغرمه المضمون عنه، أي يستفيد المضمون عنه بشهادته استفادة مادية.

(٣) فهنا يقوم المضمون عنه بالشهادة ليثبت الأداء من الضامن فيثبت استحقاق الضامن للرجوع عليه، لكن يستفيد بذلك فائدة أخرى كما يأتي.

(٤) أي فترد شهادة الغريم عند هذه التهمة.

(٥) توضيح هذه الصورة: -

كون الضامن معسرا مع عدم علم المضمون له بإعساره - لأنه لو كان عالما بإعساره لم يكن له فسخ الضمان - فيفسخ ضمانه ويرجع على المضمون عنه. وعند ذلك يشهد المضمون عنه بأداء الضامن كي يدفع عن نفسه كلفة رجوع المضمون له عليه.

(٦) أي يدفع المضمون عنه بسبب هذه الشهادة إعادة - الحق إلى ذمته بفسخ المضمون له للضمان. وهذه فائدة موجبة لاتهام المضمون عنه، فلذا لا تقبل شهادته.

(٧) توضيح هذه الصورة: -

كون الضامن قد حجر عليه بسبب فلسه، وأن المضمون عنه هو من جملة غرمائه، والمفروض أن ما يوجد من أموال المحجور عليه يقسم بين غرمائه الموجودين، وكلما قل الشريك توفر نصيب باقي الشركاء.

وللمضمون عنه عليه (١) دين فإنه يوفر بشهادته مال المفلس (٢) فيزداد ما يضرب به (٣).

ولا فرق في هاتين (٤) بين كون الضامن متبرعا، وبسؤال، لأن فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين (٥)، ومع الإفلاس ظاهر (٦).

وجعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن (٧) قد صالح

وعند ذلك يشهد المضمون عنه بأن الضامن قد أدى ما ضمنه قبل ذلك ليدفع بذلك اشتراك المضمون له مع الغرماء.

(١) أي على الضامن.

(٢) أي الغريم يوفر مال الضامن ويزيده بسبب شهادته والمراد بالزيادة: عدم طرو النقص عليه بسبب ازدياد الغرماء. فهو يقلل من الغرماء فتزداد حصة باقيهم.

(٣) أي تزداد حصة ما يضربه المضمون عنه في حصص سائر الغرماء في صورة دفع المضمون له.

(٤) وهما: صورة إعسار الضامن مع عدم علم المضمون له بإعساره. وصورة الحجر على الضامن للفلس.

(٥) سواء كان بسؤال أم تبرعا.

(٦) حيث يجوز للمضمون له فسخ الضمان والرجوع على المضمون عنه لو لم يثبت الأداء.

(٧) توضيحه: أن نفرض أن الضامن صالح المضمون له بثمانين دينارا بدلا من حقه الذي كان مائة دينار مثلا. وكان أصل الضمان بسؤال من المضمون عنه. فإذا ثبت الأداء فإن للضامن الرجوع على المضمون عنه بنفس المبلغ الذي دفعه إلى المضمون له وهو الثمانون.

على أقل من الحق فيكون رجوعه (١) على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع (٢)، فنجر شهادة المضمون عنه تهمة بتخفيف الدين عنه (٣) وفيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، فلا يرجع به وإن لم يثبتته (٤) فتندفع التهمة وتقبل الشهادة كما نبه عليه المصنف بقوله: (ومع عدم قبول قوله (٥)) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو غرم الضامن رجوع (٦)) على المضمون عنه (في موضع الرجوع) وهو ما لو كان ضامنا بإذنه (بما (٧) أداه أولاً) لتصادقهما (٨) على كونه (٩) هو المستحق في ذمة المضمون عنه،

وإذا لم يثبت الأداء فإن للمضمون له الرجوع على المضمون عنه بتمام حقه وهي المائة، لأنه إنما صالح الضامن نفسه دون غيره. وعند ذلك يشهد المضمون عنه بالأداء حتى لا يغرم سوى الثمانين للضامن. (١) أي رجوع الضامن على المضمون عنه. (٢) وهو الثمانون في مفروض المثال كما تقدم في هامش رقم ٧ ص ١٢٩. (٣) بمقدار عشرين ديناراً في المثال المفروض. (٤) أي وإن لم يثبت الضامن قبض المضمون له. (٥) أي شهادة المضمون عنه فالمراد من القول: الشهادة. (٦) أي رجوع الضامن - بما غرمه - على المضمون عنه. (٧) الجار متعلق ب (رجع): أي رجوع الضامن - بما غرمه - على المضمون عنه. (٨) وهما: الضامن والمضمون عنه. (٩) مرجع الضمير (ما أداه أولاً) لا ما غرمه ثانياً.

واعترافه (١) بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانياً، هذا (٢) مع مساواة الأول (٣) للحق، أو قصوره، وإلا (٤) رجع عليه بأقل الأمرين منه (٥) ومن الحق، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه (٦).
ومثله (٧) ما لو صدقه (٨) على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله (٩) في عدم قبول قوله.
(ولو لم يصدقه على الدفع) الذي ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أدائه أولاً وأدائه أخيراً، لأن الأقل إن كان هو الأول (١٠)

-
- (١) أي الضامن.
 - (٢) أي الرجوع بما أداه.
 - (٣) وهو ما دفعه أولاً.
 - (٤) أي وإن لم يساو ما دفعه أولاً، بأن كان أكثر أو أقل.
 - (٥) أي مما دفع أولاً.
 - (٦) لأنه إن كان دفع الأقل فلا يحق له أخذ الأكثر، وإن كان دفع الأكثر كان متبرعاً بالزائد.
 - (٧) أي ومثل ما سبق في الأداء من عدم قبول شهادة المضمون عنه.
 - (٨) مرجع الضمير (الضامن) كما وأن فاعل صدق (المضمون عنه) أي لو صدق المضمون عنه الضامن على الدفع من دون شهادة على (أنه دفع إلى المضمون له أكثر من حقه) فإنه لا يستحق على الضامن إلا مقدار الحق، فإن صدقه على أنه دفع ما يساوي الحق أو أقل يغرم المضمون عنه للضامن ما صدقه (٩) أي دخوله (ما لو صدقه) في قول المصنف رحمه الله حيث قال: "ومع عدم قبول قوله"، فإن عدم قبول قوله إما للشهادة المردودة، أو هو تصديق فلا تعتبر شهادة.
 - (١٠) أي ما دفعه أولاً.

فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، وأن المضمون له ظلمه في الثاني (١)
وإن كان الثاني فلم يثبت ظاهراً سواه. وعلى ما بيناه (٢) يرجع بالأقل
منهما (٣)، ومن الحق.

-
- (١) أي ما دفعه ثانياً.
(٢) عند قوله: " وإلا رجع عليه بأقل الأمرين " وقد أشرنا إليه في الهامش
رقم ٦ ص ١٣١.
(٣) مما دفعه أولاً وثانياً.

(١٣٢)

كتاب الحوالة (١)

(الحوالة وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله) للمحيل. هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة، وإلا فالأقوى جوازها على البرئ للأصل لكنه يكون أشبه بالضمان " لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله لها (٢) ضامن لدين المحتال (٣) على المحيل ولكنها لا تخرج بهذا الشبه (٤) عن أصل الحوالة فتلحقها أحكامها. (ويشترط فيها رضی الثلاثة) أما رضی المحيل والمحتال فموضع وفاق ولأن من عليه الحق مخير في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها (٥)،

(١) اسم مصدر من أحال يحيل إحالة يقال: أحلته بدينه أي نقلته من ذمة إلى ذمة أخرى.

ومثله: أحال عليه بدينه.

وشرعا: عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله، أو إلى ذمة غير مشغولة على الاختلاف فيه.

وأركان الحوالة أربعة: المحيل، والمحال، والمحال عليه، والمحال به وهو المال الذي حوله المحيل على المحال عليه.

(٢) أي للحوالة.

(٣) أي المحال.

(٤) أي الشبه بالضمان.

(٥) محلا مرفوع خبر للمبتدأ وهو (ودينه) ومرجع الضمير (الحقوق) الدال عليها لفظ (الحق) الكلي.

والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل فلا يلزمه (١) نقله (٢) إلى ذمة أخرى بغير رضاه، وأما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور، ولأنه أحد أركان الحوالة، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة، وصعوبة. وفيه نظر. لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضاه من عليه الحق (٣)، كما لو وكله (٤) في القبض منه. واختلاف (٥) الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق، ومن نصبه خصوصا مع اتفاق الحقيين جنسا، ووصفا، فعدم اعتباره أقوى.

نعم لو كانا مختلفين، وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضاه المحال عليه، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضاه المتعاضين، ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضا، وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما، لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال. ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي، والمطابقة، وغيرهما

-
- (١) أي المحتال.
 - (٢) مرجع الضمير (المحيل)، أو (الحق) فالمصدر مضاف إما إلى الفاعل أو إلى المفعول والمعنى واحد: أي لا يلزم المحتال هذا النقل، إلا إذا اقترن برضاه.
 - (٣) وهو المحال عليه.
 - (٤) مرجع الضمير (المحتال) والفاعل (المحيل) فإن توكيل المحال المحتال لا يتوقف على رضا المحال عليه.
 - (٥) رد على الاستدلال الثالث وهو (لاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة وصعوبة).

وأما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما، ومتأخرا، ومقارنا، ولو جوزنا الحوالة على البرئ اعتبر رضاه قطعا، ويستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا يعتبر رضى المحيل قطعا، لأنه وفاء دينه بغير إذنه.

والعبارة عنه (١) حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركن (٢) العقد. وحيث تتم الحوالة تلزم (فيتحول فيها المال) من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (كالضمان) عندنا، ويبرأ المحيل من حق المحال بمجرد ما وإن لم يبرئه المحتال، لدلالة التحول عليه (٣) في المشهور (٤). (ولا يجب) على المحتال (قبولها على الملىء)، لأن الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء وإنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا، وما ورد من الأمر بقبولها على الملىء على تقدير صحته محمول على الاستحباب، (ولو ظهر إعساره) حال الحوالة بعدها (٥) (فسخ المحتال) إن شاء، سواء، شرط يساره أم لا، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر عملا بالاستصحاب (٦).

-
- (١) مرجع الضمير (العقد): أي التعبير عن عقد الحوالة.
 - (٢) أي كل واحد من المحتال والمحال عليه يقوم بركن من العقد.
 - (٣) مرجع الضمير (البراءة) وهو مصدر فيجوز ارجاع الضمير إليه بالتذكير.
 - (٤) قيد لبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة.
 - (٥) أي ظهر بعد الحوالة إعساره حالها.
 - (٦) أي استصحاب جواز الفسخ الذي كان حاصلًا قبل تجدد اليسار.

ولو انعكس بأن كان موسراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار،
لوجود الشرط.

(ويصح ترامي (١) الحوالة) بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر
ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، وهكذا ويبرأ المحال عليه في كل مرتبة
كالأول، (ودورها (٢)) بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب (٣)
على المحيل الأول، وفي صورتين (٤) المحتال متحد، وإنما تعدد المحال
عليه (٥).

(وكذا الضمان) يصح تراميه بأن يضمن الضامن آخر ثم يضمن
الآخر ثالث، وهكذا.

ودوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب (٦)،

(١) مر شرح (الترامي) في كتاب الصلاة ص ٣٥٥ بكلا معنييه وهما:

الترامي الصعودي، والترامي النزولي فراجع.

وهذا التعبير منا ولم يسبقنا أحد في ذلك وله الحمد على ما أنعم.

(٢) بالرفع عطف على "ترامي": أي ويصح دور الحوالة.

(٣) أي في بعض أدوارها.

(٤) وهما: صورة دور الحوالة، وصورة تراميها.

(٥) والمحيل أيضا يتعدد.

فشخص واحد يمكن أن يكون محيلاً ومحالاً عليه، سوى الأول والآخر
إذا لم تدر الحوالة وبقية مترامية فالأول في هذا الفرض يكون محيلاً لا غير،
والآخر محال عليه لا غير.

فإذا دارت فالكل محيل ومحال عليه.

(٦) أي في بعض أدوار الضمان كما يضمن المضمون عنه الضامن الأخير.

ويمكن أن تتجدد الضمانات على هذا النحو فتدور مرتين، وثلاث، وهكذا

ومنعه (١) الشيخ رحمه الله لاستلزامه جعل الفرع (٢) أصلاً، ولعدم الفائدة (٣)، ويضعف بأن الاختلاف فيهما (٤) غير مانع وقد تظهر الفائدة (٥) في ضمن الحال مؤجلاً (٦)،

كما أن الحوالة كان يمكن فيها ذلك.

(١) أي الدور في الضمان.

(٢) وهو المضمون عنه، لأن الأصل الضامن. فجعل المضمون عنه ضامناً لازماً أن يصير أصلاً.

(٣) في هذا الضمان، لرجوع الدين إلى المديون الأول، فإذا رجع الدين إلى المديون الأول انتفت فائدة الضمان.

(٤) أي الاختلاف في الأصلية والفرعية.

(٥) أي فائدة الدور في الضمان.

(٦) بيان ذلك: أن الضمان يصح أن يقع حالاً ومؤجلاً، لدين حال ومؤجل.

أما الضمان الحال للدين المؤجل فمورده ما إذا كان في ذمة المضمون عنه دين مؤجل فيضمنه الضامن حالاً فتشتغل ذمته بدين حال.

وأما ضمان الحال للدين الحال فمورده ما إذا كانت ذمة المضمون عنه مشغولة بدين حال فيضمنه الضامن كذلك.

وأما الضمان المؤجل للدين الحال فمورده اشتغال ذمة المديون بدين حال، ثم يضمنه الضامن مؤجلاً.

وأما الضمان المؤجل للدين المؤجل فواضح. فعلى هذا لو كان في ذمة شخص دين حال فيضمنه آخر حالاً، أو مؤجلاً، ثم ضمن الآخر آخر حالاً، أو مؤجلاً

ثم ضمن هذا الأخير آخر مؤجلاً فيصبح الدين مؤجلاً.

فإذا دار الضمان على المديون الأول وهو المضمون عنه الأصلي وضمن هذا

وبالعكس (١)، وفي الضمان (٢) بإذن وعدمه. فكل ضامن يرجع

الضامن الأخير مع الأجل انتقل الحق إلى ذمته موجلا. بينما كان قبل هذا الدور الدين حالا فيستفيد المضمون عنه من الأجل. (١) وبالعكس أي ويستفيد الدائن من الحلول فيستحق المطالبة. ويكفي في تأجيل الدين أن يضمن المديون الأصلي الدين مؤجلا حينما يدور عليه وإن كانت الضمانات قبله حالة، وكذا العكس في حلول الدين. (٢) أي وتظهر الفائدة في الضمان أيضا إذا وقع بإذن المضمون عنه فإن الضامن يرجع على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه فله الرجوع بما ضمنه عنه، أو غرم له.

وهذا بخلاف ما إذا كان الضمان بغير إذن من المضمون عنه فإنه حينئذ ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه بشئ مهما بلغ الأمر. ففي صورة ترامي الضمان يرجع كل ضامن على مضمونه إذا كان الضمان بإذن منه، وليس له الرجوع على المضمون عنه الأول، اللهم إلا أن يكون ضامن هذا الضامن بإذن من المضمون عنه الأول. فإذا فرضنا أن الضمانات وقعت كلها بدون إذن من الذين ضمنوا عنهم فليس لهم الرجوع أبدا على ما ضمنوا عنهم، بخلاف ما إذا كانت الضمانات بإذن من الذين ضمنوا عنهم، فإن لكل ضامن الرجوع على المضمون عنه الذي ضمنه، لا على المضمون عنه الأول.

هذا إذا كانت الضمانات كلها واقعة عن الإذن وكذا إذا وقع بعضها بإذن، وبعضها بلا إذن فالواقع بالإذن يرجع فيه على المضمون عنه، والذي لم يقع بالإذن لم يرجع على المضمون عنه.

نعم إذا ضمن أحد الضامنين في بعض المراتب بإذن المديون الأول فإن الضامن حينئذ يرجع عليه وهذا المعنى هو الذي أشار إليه (الشارح) بقوله:

مع الإذن (١) على مضمونه. لا على الأصيل (٢)، وإنما يرجع عليه (٣) الضامن الأول إن ضمن بإذنه (٤).
وأما الكفالة فيصح تراميها، دون دورها (٥) لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر منها (٦).
(و) كذا تصح (الحوالة بغير جنس الحق) الذي للمحتال على المحيل بأن يكون له عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاء (٧) أم اعتياضا (٨)، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي. وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

(بإذن وعدمه).

- (١) أي إذن المضمون عنه في المراتب المترامية.
- (٢) وهو المضمون عنه الأول.
- (٣) أي على الأصيل الذي هو المضمون عنه الأول.
- (٤) مرجع الضمير (الأصيل) أي كان ضمان الضامن الأول بإذن الأصيل الذي هو المضمون عنه الأول.
- (٥) بأن يتكفل المكفول الأول الكفيل الأخير وهو لا يصح، لأن بحضور المكفول الأول تبطل الكفالات اللاحقة.
- (٦) أي من الكفالات الواقعة بعد الكفالة الأولى.
- (٧) بمعنى أن المحتال قد استوفى دينه من المحيل بنفس الحوالة.
- (٨) وهو تعويض ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه. ولا يخفى عدم الفرق بين المعنيين في النتيجة لأنها واحدة. فلماذا فرق قدس سره بينهما؟
وقد مر شرح (الاعتياض) اشتقاقا في كتاب الزكاة المجلد ٢ ص ٤٩ هامش رقم ٥ فراجع.

ولو انعكس فأحاله (١) بحقه على من عليه (٢) مخالف صح أيضا بناء على اشتراط رضی المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضا بتقريب التقرير (٣)، ولا يعتبر التقابض في المجلس حيث تكون (٤) صرفا، لأن المعاوضة على هذا الوجه (٥) ليست بيعا، ولو لم يعتبر رضی المحال عليه صح الأول (٦)، دون الثاني (٧)، إذ (٨) لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه، وخالف الشيخ رحمه الله وجماعة فيهما فاشتروا تساوي المحال به وعليه جنسا ووصفا، استنادا إلى أن الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلا وله على المحال دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم

(١) مرجع الضمير (المحتال). وفاعل أحال (المحيل).

(٢) وهو المحال عليه.

(٣) وهو قول (الشارح): لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير).

(٤) أي (الاعتياض) بأن كانت ذمة أحدهما مشغولة بالدراهم، والآخر بالدنانير، أو بالعكس، والحوالة قد تكون بغير جنس الحق، أو به، وما على المحال عليه يختلف عنه.

(٥) أي بطريق الحوالة.

(٦) وهي الحوالة بغير جنس الحق.

(٧) وهي الحوالة بجنس الحق على من عليه من غير جنس الحق فإنه لا تصح الحوالة من المحيل على المحال عليه حين كان المحال عليه مديونا من غير جنس الحق المحال به

(٨) تعليل للثاني (وهو عدم صحة الحوالة بجنس الحق على من عليه من غير جنس الحق).

ولم يقع عقد يوجب ذلك (١)، لأننا إن جعلناها استيفاءً كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه (٢) وأقرضه المحال عليه وحقه الدارهم، لا الدنانير (٣)، وإن كانت معاوضة فليست (٤) على حقيقة المعاوضات (٥) التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل (٦) من جنس مال (٧)، أو زيادة قدر (٨)، أو صفة (٩)، وإنما هي معاوضة إرفاق، ومسامحة للحاجة، فاعتبر فيها (١٠) التجانس والتساوي (١١)، وجوابه (١٢) يظهر مما ذكرناه.

(وكذا) تصح (الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين) أي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه دفعة

-
- (١) أي تحويل ما في ذمة المحال عليه بالدرهم.
 - (٢) من المحيل بنفس الحوالة.
 - (٣) فكيف تتحول إلى الدنانير، والمفروض أن ما في ذمة المحال عليه الدرهم
 - (٤) أي الحوالة: كما وأن اسم كانت (الحوالة).
 - (٥) كالبيع وأمثاله.
 - (٦) وهي المنافع.
 - (٧) كمعاوضة الذهب بالفضة، أو بالعكس، أو النقد بالعرض.
 - (٨) كمعاوضة الأكثر بالأقل.
 - (٩) كمعاوضة الجيد بالرديء.
 - (١٠) أي في هذه المعاوضة الإرفاقية.
 - (١١) في القدر، والصفة.
 - (١٢) أي جواب (الشيخ) يظهر مما ذكرناه: (وهو أن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي)، سواء كان استيفاء أم اعتياضاً.

واحدة (١)، أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل (٢)، لا مطلقا، لئلا يصير المالان في ذمة الثاني، ووجه جواز الحوالة عليهما ظاهر، لوجود المقتضي للصحة، وانتفاء المانع، إذ ليس (٣) إلا كونهما متكافلين، وذلك (٤) لا يصلح مانعا، ونبه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث منع منه (٥)، محتجا باستلزامها زيادة الارتفاق (٦)،

-
- (١) بأن نطقا دفعة واحدة بأن يقول كل واحد لصاحبه: ضمنت ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان.
- (٢) بأن ضمن الثاني ما في ذمة الضامن الأول من الدين الأصلي الذي كان عليه فقط، لا منضمنا إلى ما ضمنه الضامن الأول من الدين الأصلي الذي كان في ذمته من المحيل.
- والمراد من المتلاحقين: أن يضمن أحدهما ما في ذمة صاحبه أولا بأن يقول: ضمنت لك ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان، ثم يتبعه الثاني بأن يقول: ضمنت ما في ذمتك من الدين الذي عليك لفلان. لا مع ما ضمنته عني، ولا يطلق الثاني صيغة الضمان بأن يقول: ضمنت ما في ذمتك من الدين، فإن في صورة الإطلاق يتحول ما في ذمة الأول من الدين الأصلي والدين الذي جاء من الضمان إلى ذمته كما أفاده الشارح أيضا.
- (٣) أي ليس المانع.
- (٤) أي كونهما متكافلين لا يمنع عن صحة الحوالة.
- (٥) أي من الحوالة على اثنين متكافلين.
- (٦) أي الارتفاق بالمحتمال في بعض صورته كما لو أراد المحتمل السفر وكان حمل المبلغ معه في معرض الخطر، فإن الحوالة بالنسبة إليه إرفاق حيث إنه يتسلم المبلغ في البلد الذي أراد السفر إليه.

وهو (١) ممتنع في الحوالة، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه (٢) من غير زيادة ولا نقصان قدرا ووصفا. وهذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة (٣)، فيتخير حينئذ (٤) في مطالبة كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه

(١) الظاهر أن مرجع الضمير (الزيادة) وتذكيره باعتبار كونها مصدرا. والمراد من الامتناع هنا (عدم جواز زيادة الارتفاق) في الحوالة. (٢) أي للحق المحال عليه.

(٣) كما هو رأي (أبناء السنة) وإليك نص عباراتهم قال (ابن قدامة في المغني) ج ٤ ص ٤٨٠ باب الضمان: الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما. فاشتقاقه من (الضم).

وقال (القاضي): هو مشتق من الضميم، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق. هذا ما أفاده (إخواننا السنة) في الضمان وقد عرفت معنى الضمان في كتاب الضمان عندنا: أنه نقل الحق من ذمة إلى أخرى.

(٤) أي حين القول بأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى كما ذهب إليه (إخواننا السنة).

فالمعنى أن الضامن عندما يضمن الحق تشتغل ذمته بالدين ولا تبرأ ذمة المضمون عنه، بل الذمتان مشغولتان فللمضمون له الرجوع على كل منهما. وقد عرفت أن أصحابنا لا يوافقون على هذا الرأي بل يقولون: إن اشتغال ذمة المضمون عنه يتحول إلى اشتغال ذمة الضامن، وأن المضمون عنه تبرأ ذمته من الحق، فليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه، بل له الرجوع على الضامن فقط.

فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه فيبقى الأمر كما كان، ومع تسليمه (١) لا يصلح للمانع، لأن مطلق الارتفاق بها (٢) غير مانع إجماعاً، كما لو أحاله على أملى (٣) منه وأحسن وفاء. (ولو أدى المحال عليه فطلب (٤) الرجوع) بما أداه على المحيل (لإنكاره (٥) الدين) وزعمه أن الحوالة على البرئ بناء على جواز الحوالة عليه (وادعاه (٦) المحيل، تعارض الأصل) وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل (والظاهر) وهو كونه مشغول الذمة، إذ الظاهر أنه لولا اشتغال ذمته (٧) لما أحيل عليه (والأول) وهو الأصل (أرجح) من الثاني حيث يتعارضان غالباً، وإنما يتخلف في مواضع نادرة (٨) (فيحلف) المحال عليه على أنه برئ من دين المحيل، (ويرجع) عليه بما غرم، (سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحوالة، أو الضمان) لأن الحوالة على البرئ أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

-
- (١) أي مع تسليم أن الحوالة على هذا الوجه (وهو كون الحوالة على المتكافلين) تستلزم زيادة الارتفاق.
(٢) مرجع الضمير (الحوالة) والباء بمعنى (في).
(٣) أي أغنى منه.
(٤) أي طلب المحال عليه من المحيل ما أداه للمحتال بأن قال: لست مديناً لك وقد أديت ما حولته علي.
(٥) أي إنكار المحال عليه. فالمصدر مضاف إلى الفاعل.
(٦) أي ادعى الدين.
(٧) أي ذمة المحال عليه. ولا نسلم أن الظاهر في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه، إذ كثير من التجار يحولون على زملائهم من غير اشتغال ذمتهم لهم.
(٨) وفي تضاعيف الكتاب إشارة إلى كثير من موارد.

وأيضاً فهو (١) يطلق على ما يشملهما (٢) بالمعنى الأعم فيصح التعبير به عنها.

ويحتمل الفرق بين الصيغتين فيقبل (٣) مع التعبير بالضمان، دون الحوالة عملاً بالظاهر، ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق تعارض أصل الصحة (٤) والبراءة (٥) فيتساقطان، ويبقى (٦) مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه (٧)، ولا يمنع (٨)

(١) أي الضمان.

(٢) أي يشمل الحوالة والضمان وهو التعهد بالمال، سواء كان بلفظ الضمان أم الحوالة.

(٣) أي يقبل إنكار الدين من الضامن بناء على صحة ضمان البرئ، دون الحوالة فإنها إذا كانت بلفظ الحوالة لا يقبل إنكار المحال عليه الدين عملاً بالظاهر هذا بناء على صحة الحوالة على البرئ.

(٤) أي الأصل في أفعال المسلم هي الصحة.

(٥) أي براءة ذمة المحال عليه من الدين.

فالمعنى أن أصالة الصحة تتعارض مع أصل البراءة فيتساقط الأصلان بالتعارض.

(٦) أي ويبقى في صالح المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، سواء كان الإذن في عقد صحيح أم في عقد باطل.

(٧) أي المحال عليه يرجع على المحيل بعد تعارض الأصلين وسقوطهما، لأن دفع المحال عليه الحوالة كان بإذن المحيل.

(٨) دفع وهم:

حاصله: أن الحوالة إذا كانت على البرئ فهي باطلة. فالإذن - الذي كان في ضمنها - يتبع الحوالة في البطلان.

وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها،
لاتفاقهما (١) على الإذن، وإنما اختلفا في أمر آخر (٢)، فإذا لم يثبت (٣)
يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء (٤) المقتضي للرجوع، ويحتمل عدم
الرجوع ترجيحاً للصحة (٥) المستلزمة لشغل الذمة (٦).

فكيف يحكم بـرجوع المحال عليه على المحيل إذا كان الإذن باطلاً؟
(١) جواب عن الإشكال المذكور، حاصله: أن المحيل والمحال عليه
قد اتفقا على الإذن في الدفع لتصديق المحيل المحال عليه بالأذن، ولا يمنع بطلان
الحوالة من صحة الإذن، كما إذا لم يقع الإذن في عقد أبداً.
(٢) وهو اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل.
(٣) أي الأمر الذي اختلفا فيه (وهو اشتغال الذمة).
(٤) أي وفاء المحال عليه دين المحيل.
(٥) أي أصالة الصحة.
(٦) أي ذمة المحال عليه.

كتاب الكفالة (١)

(وهي التعهد بالنفس) أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، وشرطها رضی الكفيل والمكفول له، دون المكفول، لوجوب الحضور عليه (٢) متى طلبه صاحب الحق ولو بالدعوى، بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به. ويفتقر إلى إيجاب وقبول (٣) بين الأولين (٤) صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم. (وتصح حالة (٥) ومؤجلة) أما الثاني فموضع وفاق، وأما الأول فأصح القولين، لأن (٦) الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول. وقيل:

(١) من كفّل الرجل أي ضمنه على أن يأتي به لدى الحاجة أو متى طلبه المكفول له.

ويقال: كفّل المال أي ضمنه فهو من باب نصر ينصر، ويأتي أيضا من باب ضرب يضرب، ويأتي من باب حسب يحسب، ومن باب شرف يشرف. فهي اسم مصدر ومصدرها كفلا وكفولا.

(٢) أي على المكفول، واللام في (لوجوب الحضور) تعليل لعدم اعتبار رضی المكفول.

(٣) الإيجاب من الكفيل، والقبول من المكفول له.

(٤) هو الكفيل والمكفول له.

(٥) المراد من الحال: إحضار المكفول متى طلبه المكفول له.

والمراد من المؤجل: إحضار المكفول بعد أجل معين، أما قبله فغير واجب.

(٦) تعليل لصحة الكفالة حالا.

لا تصح إلا مؤجلة (إلى أجل معلوم) لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره (١) من الآجال المشترطة، (ويبرأ الكفيل بتسليمه (٢)) تسليمًا (تمامًا) بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول، وضعف المكفول له، وفي المكان (٣) المعين إن بيناه في العقد، وبلد (٤) العقد مع الإطلاق، (وعند الأجل) أي بعده إن كانت مؤجلة، (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة، ونحو ذلك، فإذا سلمه كذلك (٥) برئ، فإن امتنع (٦) سلمه إلى الحاكم وبرئ أيضًا، فإن لم يمكن (٧) أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، وامتناعه من قبضه، وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تامًا وإن لم يكن (٨) من الكفيل على الأقوى، وبتسليم غيره له كذلك (٩).
(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به فإن أبى (فللمستحق)

-
- (١) أي كغير الأجل الذي في الكفالة من الآجال الآخر المشترطة في العقود
(٢) أي بتسليم المكفول.
(٣) الظرف متعلق بقول المصنف: (بتسليمه): أي ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول إلى المكفول له في المكان المعين لو عين المكان في العقد.
(٤) بالجر عطفًا على مدخول حرف الجار أي ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول له في بلد العقد إذا كان العقد مطلقًا ولم يعين فيه مكان خاص.
(٥) أي تامًا وفي الوقت المعين وفي المكان الخاص.
(٦) أي المكفول له من التسلم.
(٧) أي لم يمكن تسليمه إلى الحاكم، لعدم وجوده.
(٨) أي التسليم.
(٩) أي تسليمًا تامًا في الوقت المعين وفي المكان الخاص.

طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن
أداؤه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالتقصاص (١)، والزوجية (٢)،
والدعوى (٣) بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً، ألزم بإحضاره حتماً
مع الإمكان وله (٤) عقوبته عليه كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته
عليه (٥)، فإن لم يمكنه الإحضار وكان له بدل كالدية في القتل وإن كان
عمداً، ومهر (٦) مثل الزوجة ووجب عليه البذل.
وقيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق (٧) مطلقاً (٨)،
لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. وهو قوي.
ثم على تقدير كون الحق مالا وأداه الكفيل فإن كان قد أدى

-
- (١) إذ لا يمكن التقاص من الكفيل، لأن الجاني غيره.
 - (٢) فيما لو كفل للزوجة الإتيان بزوجه، أو كفل للزوج إحضار زوجته
فإنه حينئذ لا يمكن أن يقوم الكفيل بوظائف الزوجية بدلاً عن الزوج، أو الزوجة
 - (٣) بالجر أي وكالدعوى، بأن أقام المكفول له على المكفول دعوى توجب
العقوبة بالحد، أو التعزير فإنه حينئذ لا يمكن أن يقيم على الكفيل الحد، ولا التعزير
بل يلزم الكفيل - في أمثال هذه الموارد التي لا يمكن أن يقوم بنفسه مقام المكفول -
مجرد إحضار المكفول فقط مع الإمكان.
 - (٤) الظاهر ارجاع الضمير إلى (المكفول له) بأن يطلب من الحاكم إحضار
المكفول ومرجع الضمير في عقوبته (المكفول).
 - (٥) أي على الأداء. ومرجع الضمير في (مع قدرته): (الممتنع).
 - (٦) بالجر عطفاً على مدخول (كاف الجارة) أي كالدية، وكمهر المثل.
 - (٧) أي المكفول له.
 - (٨) أي وإن كان الحق مما يمكن أدائه.

بإذنه (١) رجع عليه، وكذا (٢) إن أدى بغير إذنه مع كفالته بإذنه،
وتعذر إحضاره، وإلا (٣) فلا رجوع.
والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا
وإن كفّل بغير الإذن، بخلاف الضمان (٤): أن الكفالة لم تتعلق بالمال
بالذات (٥)، وحكم الكفيل بالنسبة إليه (٦) حكم الأجنبي فإذا أداه
بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن (٧)، لانتقال المال إلى ذمته
بالضمان، فلا ينفعه (٨) بعده الإذن في الأداء، لأنه كإذن البرئ

-
- (١) أي المكفول. ومرجع الضمير في (عليه) أيضا المكفول.
(٢) أي وكذا يرجع الكفيل على المكفول لو كانت الكفالة بإذنه، ولم يكن
الأداء بإذنه.
(٣) أي وإن لم تكن الكفالة، ولا الأداء بإذنه.
(٤) في أنه لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه فلا رجوع للضامن
على المضمون عنه وإن أذن له بعد ذلك بالأداء.
(٥) بل تعلقت أولا وبالذات بالنفس، فحينئذ لم تتعلق ذمة الكفيل بالمال ولم
تشتغل به.
(٦) أي إلى المال.
(٧) فيما إذا ضمن بغير إذنه فهنا لا يرجع الضامن على المضمون عنه
وإن أذن له المضمون عنه بعد ذلك بالأداء، لانتقال المال إلى ذمة الضامن بمجرد
الضمان.
(٨) أي إذن المضمون عنه بعد ضمان الضامن بلا إذنه غير مفيد في رجوع
الضامن عليه، لاشتغال ذمة الضامن بالدين قبل أن يأذن المضمون عنه له.

للمديون في أداء دينه (١).
وأما إذنه في الكفالة إذا تعذر إحضاره، واستثنائه (٢) في الأداء
فذلك (٣) من لوازم الكفالة، والإذن فيها إذن في لوازمها.
(ولو علق الكفالة) بشرط (٤) متوقع، أو صفة (٥) مترتبة
(بطلت) الكفالة، (وكذا الضمان والحوالة) كغيرها من العقود اللازمة
(نعم لو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا صحت الكفالة أبدا
ولا يلزمه المال المشروط، ولو قال: علي كذا إن لم أحضره لزمه
ما شرطه من المال إن لم يحضره (٦)) على المشهور.

-
- (١) فكما أن البرئ لو قال للمديون: أد دينك. لم يكن قوله هذا موجبا
لاشتغال ذمته، وليس للمديون الرجوع عليه، فكذلك المضمون عنه لو لم يأذن
في بادئ الأمر بالضمان، ثم أذن للضمان بعد أن ضمن الضامن بالأداء ليس للضامن
الرجوع على المضمون عنه.
(٢) بالرفع معطوف على فاعل (تعذر) أي وتعذر استثنائه.
(٣) أي أداء الدين عن المكفول.
(٤) كقدوم شخص متوقع مجيئه مثلا.
(٥) كالصحة من المرض مثلا.
(٦) المدة في الصيغة الأولى محدودة، بخلاف الثانية فإنها غير محدودة فيها.
والفرق بين الصيغة الأولى، والثانية: أن في الأولى يبدأ الكفيل بصيغة
الكفالة، وبعد أن تمت يشترط على نفسه المال إن لم يحضره، فلا يلزمه المال حيث
لم يقع في متن العقد.
بخلاف الثانية فإن الكفيل يبدأ بالمال في متن العقد فيلزمه المال، حيث شرطه
في نفس العقد.

ومستند الحكمين رواية (١) داود بن الحصين (٢) عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام. وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر (٣)، ولكن المصنف والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين (٤) على النص مع ضعف سنده.

(١) الوسائل كتاب أحكام الضمان - باب ١٠ - الحديث ٢. (٢) مصغرا.

(٣) وأما في التركيب الشرعي فواضح، حيث وقع الشرط في الصيغة الأولى خارج العقد، بخلاف الثانية فإن الشرط وقع في متن العقد. (٤) أي لم يتصرفوا في النص، ولم يأولوه كما تصرف (الشيخ الحر العاملي) قدس سره وأول الحدث في هامش كتابه (الوسائل) الطبعة الحديثة ب (طهران) وإليك نص ما أفاده طيب الله روحه:

" لا يبعد أن تكون الدراهم التي حكم بعدم لزومها هنا ما كان مغايرا ومخالفا لما في ذمة المكفول، ويكون الكفيل التزم بها عقوبة له إن لم يحضر المكفول. والتي حكم بلزومها هي التي في ذمة المكفول. وربما فهم هذا من قوله: إلا أن يبدأ بالدراهم بأن تكون (اللام) للعهد في ذمة المكفول.

ووجه بعض فقهاءنا بأنه إذا بدأ بالرجل كان كفالة، وكان ذكر الدراهم تأكيدا، لأنه إذا لم يحضره لزمه المال وإن لم يشترط، وإن بدأ بالدراهم كان ضمان " انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

وقد عرفت في التعليقة رقم ٦ ص ١٥٥ ما أولناه فتصبح للحديث ثلاث تأويلات. ثم إن المراد من الدراهم التي حكم صاحب الوسائل بلزومها والمراد من قوله: (وربما فهم هذا) في الصيغة الأولى: هي الدراهم التي جعلها على نفسه عقوبة.

وربما تكلف متكلف بما لا يسمن ولا يغني من جوع، وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشرائع (١) وغيره.
(وتحصل الكفالة) أي حكم (٢) الكفالة (بإطلاق الغريم من المستحق قهراً) فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه (٣) إن أمكن (٤) وعلى ما اخترناه (٥) مع تعذر إحضاره لكن هنا (٦) حيث يؤخذ منه (٧)

وفي الصيغة الثانية: الدراهم التي في ذمة المكفول. والمراد من قوله (اللام للعهد): إشارة إلى الدراهم المعهودة في ذمة المكفول (١) راجع المسالك المجلد الأول (القسم الثالث) في الكفالة فإنك تجد ما أفاده (الشهيد الثاني) قدس سره مشروحا مفصلا.
(٢) وهو إلزام المطلق للغريم بإحضاره فإن امتنع حبس.
(٣) مرجع الضمير: (المكفول) أي يؤدي ما على المكفول.
(٤) أي كان ما عليه ممكناً الأداء، ولا يكون من قبيل القصاص، والزوجية والدعوى المستلزمة للحد.
(٥) وهو إلزام الكفيل بإحضار المكفول، إلا إذا تعذر الإحضار فيسقط، ويؤدي عنه ما عليه في صورة تعذر الإحضار.
والواو في (وعلى ما اخترناه): استينافية، لا عاطفة. وحق العبارة هكذا: "وعلى ما اخترناه لا يؤدي الكفيل على المكفول إلا مع تعذر إحضاره".
(٦) أي إذا أطلق الشخص الغريم من يد المستحق الذي هو الدائن، أو غيره.
(٧) أي من المطلق.

المال لا رجوع له (١) على الغريم إذا لم يأمره (٢) بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع (٣)، (فلو كان الغريم قاتلاً) عمداً كان أم شبهه (لزمه (٤) إحضاره، أو الدية)، ولا يقتص منه في العمد لأنه لا يجب على غير المباشر. ثم إن استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص (٥) وإن تمكن الولي منه (٦) في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم، وإن لم يقتص من القاتل، لأنها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق (٧)، ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعدر استيفاء الحق (٨) من قصاص، أو مال، وأخذ الحق من الكفيل كان له (٩) الرجوع على الذي خلصه، كتخليصه (١٠) من يد المستحق.

-
- (١) أي للمطلق على الغريم وهو المديون الذي أطلق سراحه.
 - (٢) مرجع الضمير (المطلق). وفاعل لم يأمره (الغريم).
 - (٣) بخلاف عقد الكفالة إذا كان بإذنه فإنه مستلزم للرجوع.
 - (٤) أي المطلق.
 - (٥) وهو المطلق.
 - (٦) أي من الغريم.
 - (٧) أي عدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق - وهو المكفول له - الدية، أو العفو.
 - (٨) أي من الهارب.
 - (٩) أي للكفيل.
 - (١٠) مرجع الضمير الغريم. فالمعنى أنه كما يرجع المستحق على المطلق الذي أطلق سراح الغريم، كذلك يرجع الكفيل على الذي خلص الغريم من يده.

(ولو غاب المكفول) غيبة يعرف موضعه (أنظر) الكفيل
بعد مطالبة المكفول له بإحضاره (١)، (وبعد الحلول) إن كانت مؤجلة
(بمقدار الذهاب) إليه (والإياب) فإن مضت ولم يحضره حبس
وألزم ما تقدم (٢)، ولو لم يعرف موضعه لم يكلف إحضاره، لعدم
إمكانه ولا شئ عليه، لأنه لم يكفل المال، ولم يقصر في الإحضار.
(وينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد)، لأنه المفهوم
عند الإطلاق.

ويشكل لو كانا في برية، أو بلد غريبة قصدهما مفارقتة سريعا
لكنهم لم يذكروا هنا خلافا كالسلم، والإشكال يندفع بالتعيين،
(ولو عين غيره) أي غير موضع العقد (لزم) ما شرط، وحيث
يعين، أو يطلق ويحضره في غير ما عين شرعا لا يجب تسلمه وإن
انتفى الضرر، ولو قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حالة الكفالة
فلا يلزمني إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع الدعوى إلى صحة
الكفالة، وفسادها فيقدم قول مدعى الصحة، (وحلف المستحق) وهو
المكفول له ولزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق،
لأنه (٣) لإثبات حق يصحح الكفالة (٤)، ويكفي فيه (٥) توجه الدعوى

(١) إذا كانت الكفالة حالة.

(٢) من البدل، دون القصاص، والحد، والزوجية كما علمت.

(٣) أي الحلف السابق.

(٤) دون الحق الأصلي.

(٥) أي في الحلف السابق. فالمعنى: أن الحلف إنما يصحح أصل الكفالة،
دون الحق المدعى.

وأما نفس الحق فيحتاج إلى إقامة بينة.

نعم لو أقام بينة بالحق وأثبتته عند الحاكم ألزمه (١) به كما مر (٢)، ولا يرجع به (٣) على المكفول، لاعترافه (٤) ببراءة ذمته، وزعمه بأنه مظلوم.

(و كذا (٥) لو قال) الكفيل للمكفول له: (أبرأته (٦)) من الحق، أو أوفاكه (٧)، لأصالة (٨) بقاءه. ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برئ (٩) من دعوى الكفيل، ولزمه (١٠) إحضاره، فإن جاء بالمكفول فادعى (١١) البراءة

(١) مرجع الضمير (الكفيل): والفاعل في ألزمه إما الحاكم، أو المستحق، والمرجع في (به) (الحق).

(٢) في كتاب القضاء.

(٣) مرجع الضمير (الحق). والفاعل في (ولا يرجع): (الكفيل).

(٤) أي الكفيل والمرجع في (ببراءة ذمته): (المكفول) ومنشأ اعتراف

الكفيل قوله للمكفول له: (لا حق لك على المكفول حالة الكفالة).

(٥) أي وكذا يحلف المستحق الذي هو المكفول له.

(٦) بصيغة الخطاب.

(٧) فعل ماض من أوفى يوفي من باب الأفعال. فاعله المكفول: والكاف

مفعوله الأول الذي هو (المستحق). والهاء مفعوله الثاني الذي هو (الحق):

أي أوفاك المكفول الحق.

(٨) تعليل لحلف (المستحق): أي لأصالة بقاء الحق.

(٩) بصيغة المعلوم: أي برئ المكفول له - بعد الحلف - من دعوى الكفيل.

(١٠) مرجع الضمير (الكفيل). وفاعل (لزمه) إحضاره ومرجع الضمير

في إحضاره (المكفول) أي لزم الكفيل إحضار المكفول.

(١١) أي المكفول.

أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها (١) للكفيل، لأنها (٢) كانت لإثبات الكفالة، وهذه (٣) دعوى أخرى وإن لزمتم تلك (٤) بالعرض، (فلو لم يحلف (٥) ورد اليمين عليه (٦) أي على الكفيل فحلف (برئ من الكفالة والمال بحاله (٧)) لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين (٨) كما مر، ولأنه (٩) لا يبرأ بيمين غيره.

-
- (١) فاعل حلف (المكفول له): أي لم يكتف بحلف المكفول له للكفيل
 - (٢) أي اليمين الأولى كانت لإثبات بقاء الكفالة ولا ربط لها بهذه الدعوى وهي تحتاج إلى يمين أخرى.
 - (٣) مرجع اسم الإشارة (دعوى المكفول البراءة).
 - وحاصل المراد: أن دعوى المكفول براءة ذمته من الحق دعوى ثانية غير دعوى الكفيل، لأن مرجع دعوى الكفيل زوال الكفالة، والمكفول له يدعي بقائها ولزوم إحضار المكفول، ولا يتم هذا بالحلف من المكفول له على بقاء الحق فتكون اليمين عرضية لأجل إثبات الكفالة. فلا تنفع اليمين الأولى للدعوى الثانية.
 - (٤) مرجع الإشارة (اليمين) الأولى: أي وإن لزمتم تلك اليمين بالعرض وهو أنها لأجل إثباته الكفالة.
 - (٥) أي المستحق.
 - (٦) أي على الكفيل.
 - (٧) أي بعد حلف الكفيل لا يسقط المال على المكفول، بل باق في ذمته حتى يثبت سقوطه. ومرجع الضمير في منه: (المال).
 - (٨) هما: دعوى الكفيل زوال الكفالة والمكفول له يدعي بقائها.
 - ودعوى المكفول براءة ذمته من الحق.
 - (٩) أي المكفول.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة برئاً (١) معاً، لسقوط الكفالة بسقوط الحق (٢)، كما لو أداها، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف (٣) برئاً معاً.
 (ولو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما إياه تاماً (٤)، لحصول الغرض (٥)، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبي. وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان أجودهما الثاني (٦)، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة. وكذا (٧) القول في تسليم نفسه، وتسليم الأجنبي له.
 وقيل: لا يبرأ مطلقاً (٨)، لتغاير الحقين (٩). وضعفه ظاهر (١٠)

-
- (١) أي الكفيل والمكفول.
 (٢) لتبعية الكفالة للحق فإذا سقط سقطت.
 (٣) أي المكفول. والفاعل في برئاً (الكفيل والمكفول) أيضاً.
 (٤) أي تسليمها تاماً.
 (٥) من استيفاء حقه من قصاص، أو دين أو نفقة.
 (٦) وهو الإطلاق من دون قيد النية عن نفسه، أو عن شريكه.
 (٧) أي وكذا يكفي في سقوط الكفالة لو سلم المكفول نفسه، أو سلمه أجنبي إلى المكفول له.
 (٨) سواء سلمه عن نفسه أم عن شريكه، أو سلمه إلى المكفول له مطلقاً من دون قيد (النية عن نفسه أو عن شريكه).
 (٩) وهما: حقا الكفيلين. بناء على أن للمكفول له حقا مستقلاً على كل من الكفيلين.
 (١٠) وجه ظهور الضعف: أنه لو جاز أن يبرأ الكفيل بتسليم الأجنبي المكفول للمكفول له فتسليم الشريك له أولى.

وتظهر الفائدة (١) لو هرب بعد تسليم الأول (٢).
(ولو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما) معا، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهم للواحد إحضاره وقد حصل.
(ويصح التعبير) في عقد الكفالة (بالبدن، والرأس، والوجه)
فيقول: كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه، لأنه يعبر بذلك عن الجملة، بل عن الذات عرفاً، وألحق به (٣) الكبد، والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، والجزء (٤) الشائع فيه (٥) كتلته، وربعه، استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.
وفي غير البدن نظر. أما الوجه والرأس فإنهما وإن أطلقا

-
- (١) أي بناء على القولين: وهما القول ببرائة الشريك بتسليم شريكه، وعدم البرائة بتسليم الشريك. فإنه لو سلمه أحد الشريكين وقلنا بعدم براءة الشريك الثاني فإنه يجوز للمكفول له إلزام الثاني بإحضاره.
بخلاف ما لو قلنا ببرائة الشريك بتسليم شريكه المكفول فإنه لا يحق للمكفول له إلزام الشريك بالإحضار، لأنه قد برئ من ذلك بتسليم شريكه المكفول.
(٢) أي الشريك الأول.
(٣) أي بالبدن.
(٤) بالرفع عطف على قوله: (الكبد).
(٥) أي في البدن كما لو قال: أكفل ثلث زيد أو رבעه مثلاً.

على الجملة (١) لكن يطلقان على أنفسهما (٢) إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهر (٣) من إطلاقهما على الجملة. وحمل (٤) اللفظ المحتمل للمعنيين (٥) على الوجه المصحح (٦) مع (٧) الشك في حصوله،

-
- (١) وهو البدن أي وإن أطلق الرأس والوجه على الجملة.
(٢) وهما: الرأس والوجه خاصة، فإن إطلاقهما على نفس الرأس والوجه إطلاقاً شائعاً ومتعارفاً.
بخلاف إطلاقهما على الجملة التي هو البدن فإنه ليس إطلاقاً شائعاً متعارفاً.
(٣) بل إطلاقهما على أنفسهما أشهر قطعاً. فهنا إطلاقان للرأس والوجه: (إطلاق) حقيقي وهو إطلاقهما على نفس الرأس والوجه وهو المعبر عنه بالإطلاق الشائع المتعارف.
(وإطلاق مجازي) وهو إطلاقهما على الجملة وهو المعبر عنه بالإطلاق غير الشائع، وغير المتعارف.
فأحد الإطلاقين. وهو الإطلاق المجازي يصحح الكفالة دون الآخر وهو الإطلاق الحقيقي.
(٤) مرفوع على الابتداء خبره (غير جيد).
(٥) وهما: المعنى الحقيقي. والمعنى المجازي.
(٦) وهو المعنى المجازي المصحح للكفالة.
(٧) حاصل المراد: أنه إذا كان للرأس وللوجه إطلاقان كما عرفت فكل واحد من المعنيين يكون مشكوكاً فيه لإرادة المتكلم له. فكيف يحمل اللفظ على أحدهما تعييناً لأجل تصحيح الكفالة مع الشك في مراد المتكلم؟
ومرجع الضمير في حصوله (المعنى المصحح). وهو المعنى المجازي: أي ومع الشك في حصول المعنى المجازي لإرادة المتكلم.

وأصالة (١) البراءة من مقتضى العقد غير (٢) جيد.
نعم (٣) لو صرح بإرادة الجملة

(١) بالجر عطفًا على مدخول (مع): أي ومع أصالة البراءة فهو وجه لعدم جواز حمل اللفظ على أحد معنييه تصحيحًا للكفالة. بيانه: أن نفس الشك في المراد كاف في عدم جواز هذا الحمل مضافًا إلى وجود أصل موضوعي في المقام. وهي: أصالة عدم ترتب مقتضى العقد. وهو (وجوب إحضار المكفول على الكفيل) وذلك للشك في انعقاد العقد على وجه يترتب عليه هذا الأثر فالأصل عدمه حتى يثبت.

لا يقال: الأصل الأولي هنا صحة العقد لكونه مبني العقلاء في معاملاتهم وعقودهم وإيقاعاتهم فكيف يحكم بأصالة البراءة؟ فإنه يقال: الأمر كما تقول وأن الأصل الأولي يقتضي الصحة لكن هذا بعد تمامية أركان العقد من الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وغير ذلك مما له دخل في صحة العقد.

وأين هذا مما نحن فيه الذي هو الشك في صحة استعمال اللفظ المحتمل للمعنيين مع الشك في كون المعنى المحتمل مرادًا للمتكلم. فالمقام مقام جريان أصالة البراءة، لا أصالة الصحة.

(٢) مرفوع، خبر لقوله: (وحمل..).

(٣) استدراك عما أفاده (الشارح) قدس سره أنفا من عدم صحة حمل

اللفظ على المعنى المجازي مع الشك في كونه مرادًا للمتكلم. وحاصله: أن المتكلم لو صرح بأنه أراد الجملة: أي تمام البدن من الجزئين الرأس، والوجه لكان صحيحًا، نظير ما لو صرح بإرادة أحد المعنيين من كل لفظ مشترك.

من الجزئين (١) اتجهت الصحة (٢) كإرادة (٣) أحد معنيي المشترك كما أنه لو قصد الجزء بعينه (٤) فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه (٥)، وأما (٦)،

فكذلك لو كانت هناك قرينة على إرادة ذلك.

(١) هما: الوجه والرأس.

(٢) أي صحة الكفالة.

(٣) تنظير لحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على أحد المعنيين.

وحاصله: أنه كما يجوز حمل اللفظ المشترك بين المعنيين بالاشتراك اللفظي على أحد معنييه بالخصوص مع تصريح المتكلم بذلك، أو مع نصب قرينة معينة لأحدهما كذلك يجوز حمل اللفظ على أحد معنييه الحقيقي والمجازي لو صرح المتكلم بذلك، أو قامت عليه قرينة.

(٤) بأن عبر بالرأس أو الوجه وأرادهما بعينهما ولم يقصد المتكلم (الجملة) منهما.

فحكم هذا التعبير حكم ما لو عبر الكفيل بالقلب أو الوجه في عدم صحة الكفالة به. فكما أنه لا يصح في الكفالة التعبير بالقلب أو الكبد بالخصوص من دون إرادة الجملة منهما، فكذلك لو قصد من الرأس أو الوجه نفس الجزء الحيوي الذي لا يبقى الإنسان بدونه مجردا عن إرادة الجملة.

وزيادة توضيح هذا في الهامش رقم ٦.

(٥) مرجع الضمير (الجزء الحيوي): أي بدون ذلك الجزء الحيوي

كالقلب والكبد حيث إن الإنسان لا يعيش بدونهما.

(٦) هذا شروع في بيان عدم صحة الكفالة إذا عبر الكفيل بلفظ يخص أحد أعضاء البدن دون الجملة ولو كان ذلك العضو عضوا حيويا.

بيانه: أن الأعضاء التي لا تبقى الحياة بدونها على قسمين: قسم يطلق

ما لا تبقى الحياة بدونه (١) مع عدم إطلاق اسم الجملة (٢) عليه (٣) حقيقة فغاياته أن إطلاقه (٤) عليها (٥) مجاز، وهو (٦)،

ويراد به الجملة كالوجه والرأس، إذ يمكن أن يشار إلى وجه زيد ويقال: هذا زيد مثلاً.

وقسم لا يصح فيه هذا الإطلاق كالقلب والكبد.

(أما القسم الأول) الذي يصح إطلاقه وإرادة الجملة منه ويمكن الإشارة إليه فهو أولى في إطلاقه على الكل من القسم الذي لا يصح إطلاقه على الجملة كما عرفت في الهامش رقم (٧) ص ١٦٤.

هذا ما يفهم من عبارة (الشارح) رحمه الله، إذن تكون العبارة في قوله رحمه الله: (مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه) مقلوبة: والأصل هكذا: (مع عدم إطلاق اسم الجزء على الجملة).

فالمعنى أن إطلاق مثل هذا الجزء لا يكفي في إثبات الأحكام الشرعية مثل إلزام الكفيل بإحضار المكفول، أو إدانته بالحق.

وبما أن الكفالة من العقود اللازمة فلا يصح استعمال الألفاظ المجازية المحتملة للوجهين فيه، بل الواجب استعمال اللفظ الصريح فيه.

(١) مرجع الضمير (ما) الموصولة في قول الشارح: (وأما ما لا تبقى الحياة بدونه): أي وأما العضو التي لا تبقى الحياة بدونه.

(٢) وهو البدن.

(٣) مرجع الضمير (الجزء الحيوي).

(٤) أي إطلاق (الجزء الحيوي).

(٥) أي على الجملة.

(٦) أي إطلاق مثل الجزء الحيوي على الجملة مجازاً غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية.

غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية، ويلزم مثله (١) في كل جزء من البدن، والمنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس والوجه مع قصد الجملة بهما.

(دون اليد والرجل) وإن قصدتها (٢) بهما (٣) مجازاً، لأن المطلوب شرعاً كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة، والتعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة فكان في قوة كفالة الجملة ضعيف (٤)، لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافياً في صحته وإن توقف إحضاره عليه، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو منتف. (ولو مات المكفول) قبل إحضاره (بطلت) الكفالة، (لفوات متعلقها) وهو النفس، وفوات الغرض لو أريد البدن.

-
- (١) أي مثل إطلاق القلب والكبد وإرادة الجملة - في عدم جوازه، وعدم كفايته في صحة عقد الكفالة - إطلاق سائر أجزاء البدن مطلقاً كالصدر والبطن والرجل واليد حيث لا يجوز إطلاق شيء من هذه الأجزاء وإرادة الجملة منه في كفالة الجملة، نظراً إلى عدم إمكان إحضار ذلك الجزء إلا بإحضار الجميع. والمنع عام في جميع الأجزاء سواء كانت مما تبقى الحياة بدونها كاليد والرجل أم لا تبقى بدونها كالرأس والقلب كما أفاده الشارح قدس سره بقوله: (والمنع في الجميع أوجه).
- (٢) أي قصد الجملة.
- (٣) أي باليد والرجل.
- (٤) كما عرفت عند قوله: (وهو غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية) لعدم جواز حمل اللفظ المحتمل للمعنى الحقيقي والمجازي على أحدهما، ولما يذكره الشارح رحمه الله قريباً.

ويمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا، وكفلت بدنه، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس.

ويضعف بأن مثل ذلك منزل على المتعارف، لا على المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين (١)، (إلا في الشهادة على عينه (٢)) ليحكم عليه (بإتلافه، أو المعاملة) له (٣) إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف. ولا فرق حينئذ (٤) بين كونه قد دفن وعدمه، لأن ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

-
- (١) سواء قال: كفلت بدنه، أم قال: كفلت فلانا.
 - (٢) أي على شخصه بأن قال الشاهد: هذا هو الذي أتلف مال المكفول له
 - (٣) أي لصالح الميت.
 - (٤) أي في وجوب إحضاره.

كتاب الصلح (١)
(وهو جائز مع الإقرار والإنكار) عندنا مع سبق نزاع
ولا معه (٢)، ثم إن كان المدعي محقا استباح ما دفع إليه المنكر صلحا
وإلا فهو حرام باطنا، عينا كان أم دينا، حتى لو صلح عن العين (٣)
بمال فهي (٤) بأجمعها حرام، ولا يستثنى له (٥) منها (٦) مقدار
ما دفع (٧) من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر. نعم لو استندت
الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقا على أحد فأنكر،
وصالحه على إسقاطها بمال فالمتجه صحة الصلح.

(١) لغة اسم مصدر من المصالحة. والمصالحة مصدر صلح يصلح وزان
ضارب يضارب.

وشرعا عقد شرع لقطع المنازعة بين المتخاصمين.

(٢) أي لا مع سبق نزاع، بل تشرع في كل مورد وقع الاشتباه في الحق،
وأراد الطرفان خلاص ذمتهما فيصطلحان على ما تفرغ ذمتهما به.

(٣) كما لو ادعى زيد على عمرو عينا خارجية كدار، أو عقار ولم يكن محقا
في دعواه وتخلص المدعى عليه منه بأن يدفع العين ويأخذ مقدارا من المال فالعين
التي أخذها المدعي بالصلح حرام كلها.

(٤) أي العين المدعاة بأجمعها حرام.

(٥) أي للمدعي.

(٦) أي من العين.

(٧) أي ما دفعه المدعي.

ومثله (١) ما لو توجهت الدعوى بالتهمة، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها.

(إلا ما أحل حراماً، أو حرم حلالاً) كذا ورد في الحديث (٢) النبوي صلى الله عليه وآله وسلم تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر ونحوه.

وتحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله ونحوه والصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.

وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعتة (٣)، أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهراً، وإن فسد باطناً، وهو (٤) صالح للأمرين (٥) معاً، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق.

وحيث كان عقداً جائزاً في الجملة (٦) (فيلزم بالإيجاب والقبول

(١) أي ومثل (ما لو وجد بخط مورثه).

(٢) الوسائل كتاب الصلح باب ٣ الحديث ٢.

(٣) أي منفعة المدعى. ومرجع الضمير في بدله (المدعى).

(٤) أي التفسير الأخير للصلح.

(٥) وهما: تحليل الحرام، وتحريم الحلال، لأن ما يأخذه حرام بالنسبة إليه فيستحله.

والآخر يعطى ما لا هو حلال له فيحرمه على نفسه بالصلح، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب فإن ما يأخذه الكاذب حرام له، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق، لأن ما يعطيه حلال له ويحرمه على نفسه بالصلح.

(٦) أي لا في جميع الموارد، كالموارد التي حرم فيها حلال، أو حلل حرام.

الصادرين من الكامل) بالبلوغ والرشد (الجائز التصرف) برفع الحجر،
وتصح (١) وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحت
وقبلت، وتفريع اللزوم على ما تقدم (٢) غير حسن، لأنه (٣) أعم منه (٤)
ولو عطفه بالواو كان أوضح، ويمكنه التفاته إلى أنه عقد والأصل
في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية (٥)
المقتضي له (٦).

(وهو أصل في نفسه) على أصح القولين وأشهرهما، لأصالة عدم
الفرعية، لا فرع البيع، والهبة، والإجارة، والعارية، والابراء كما ذهب
إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع
الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية إذا
تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير
عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين استنادا إلى إفادته فائدتها (٧)
حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما ألحق به.
وفيه أن إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتحاد، كما لا تقتضي
الهبة بعوض معين فائدة البيع.

-
- (١) أي وتؤدى.
 - (٢) وهو قول المصنف رحمه الله: (وهو جائز مع الإقرار والإنكار).
 - (٣) مرجع الضمير (ما تقدم).
 - (٤) أي من الصلح.
 - (٥) وهي قوله تعالى: "أوفوا بالعقود".
 - (٦) أي للزوم.
 - (٧) مرجع الضمير: المذكورات من البيع، والإجارة، الهبة، والعارية، والابراء.

(ولا يكون طلبه إقراراً) لصحته مع الإقرار والإنكار، ونبه به على خلاف بعض العامة (١) الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فرع عليه أن طلبه إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح وإنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزماً له.

(ولو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركة) وإرادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء (٢).

(ولو شرطاً بقائهما على ذلك (٣)) بحيث يكون ما يتحدد من الربح والخسران لأحدهما، دون الآخر (ففيه نظر) من مخالفتها (٤) لوضع الشركة حيث إنها تقتضي كونهما على حسب رأس المال، ومن (٥) إطلاق

(١) وهو الشافعي حيث ذهب إلى عدم صحة الصلح مع الإنكار، لأنه معاوضة على ما لم يثبت (المغني لابن قدامة كتاب الصلح - ج ٤ - ص ٤٢٧).

(٢) أي للآخر.

(٣) أي على أن يكون رأس المال لأحدهما، والربح والخسران للآخر.

(٤) مرجع الضمير (الشرط) وهو: كون رأس المال لأحدهما والربح والخسران للآخر فهو دليل لعدم جواز هذا الشرط لأن الشركة تقتضي كون الربح والخسران على حسب رأس المال.

(٥) دليل لجواز هذا الشرط. وإليك نص الحديث " عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، وكان من المال دين، وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى - أي الخسران - فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترط " الخ.

الوسائل كتاب الصلح باب ٤ الحديث ١.

الرواية بجوازه بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادة القسمة صريحا فيجوز مع ظهوره (١)، أو ظهور الخسارة مطلقا (٢).
ويمكن أن يكون نظره (٣) في جواز الشرط مطلقا وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ وجماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه (٤)، ولعموم (المسلمون عند شروطهم (٥)). والأقوى المنع. وهو مختاره في الدروس.
(ويصح الصلح على كل من العين، والمنفعة بمثله (٦)،

فالرواية مطلقة حيث قال عليه السلام: (لا بأس إذا اشترط) سواء كان الشرط في الابتداء أم في الأثناء.

- (١) أي ظهور الربح.
- (٢) سواء أرادا فسخ الشركة أم لا.
- (٣) أي نظر المصنف.
- (٤) أي على صحة هذا الشرط، وإطلاق الرواية مستفاد من قوله: (لا بأس إذا اشترط) فإنه مطلق سواء كان اشتراطهما في ابتداء العقد أم بعده وقد تقدم الحديث في الهامش رقم ٥ ص ١٧٦.
- (٥) الوسائل كتاب التدبير والمكاتبة باب ٤ الحديث ٨.
- (٦) أي الصلح على العين بالعين، والصلح على المنفعة بالمنفعة كما لو كانت داران مشتركتان بين اثنين فوقع الصلح على كون منفعة إحداهما لأحدهما، ومنفعة الأخرى للآخر، أو إحدى الدارين لأحدهما عينا، والأخرى للآخر. فهذا صلح على منفعة بمثلها، وعلى عين بمثلها.
والخلاصة: أن متعلق الصلح إما عين، أو منفعة، أو دين، أو حق كالشفعة وعلى التقادير الأربع إما أن يكون الصلح مع العوض، أو بدونه فهذه ثمانية صور بعد ضرب الاثنين في الأربعة $٢ / ٤ = ٨$ وعلى الأول وهو الصلح مع العوض

وجنسه (١) ومخالفه (٢) لأنه بإفادته (٣) فائدة البيع صح على العين، وإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة، والحكم في المماثل، والمجانس، والمخالف فرع ذلك (٤)، والأصل (٥) والعموم (٦) يقتضيان صحة الجميع، بل (٧) ما هو أعم منها كالصلح على حق الشفعة والخيار وألوية التحجير،

السادس عشر الصلح على حق بحق.

فهذه ستة عشر أضف إليها أربعة أخرى التي هي بلا عوض: وإليك صورها

الأول الصلح على عين بلا عوض.

الثاني الصلح على منفعة بلا عوض.

الثالث الصلح على دين بلا عوض.

الرابع الصلح على حق بلا عوض.

فهذه صور الجميع كلها صحيحة.

نقلنا هذه الصور بالمعنى من كتاب (وسيلة النجاة) لفقهاء أهل البيت

المرحوم آية الله (السيد أبو الحسن) الموسوي الأصفهاني قدس سره.

(١) المراد من (بجنسه) كون العوضين من جنس واحد كالصلح

على الدنانير بالدنانير، والصلح على السكنى بالسكنى في الصلح على المنفعة.

(٢) بأن يكون أحد العوضين في الصلح منفعة، والآخر عينا.

(٣) أي الصلح.

(٤) أي فرع كون الصلح يفيد فائدة البيع والإجارة.

(٥) وهو أن الأصل في العقود الصحة.

(٦) وهو قوله تعالى: "أوفوا بالعقود".

(٧) أي الأصل والعموم يقتضيان أعم مما ذكر كما في الهامش رقم ٦ ص ١٧٧.

والسوق (١)، والمسجد (٢)، بعين ومنفعة وحق آخر، للعموم (٣).
(ولو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل
الصلح) كالبيع (٤)، ولو كان مطلقا (٥) رجع ببدله، ولو ظهر في المعين
عيب فله الفسخ.
وفي تخييره بينه وبين الأرش وجه قوي، ولو ظهر غبن لا يتسامح
بمثله ففي ثبوت الخيار كالبيع وجه قوي، دفعا للضرر المنفي الذي يثبت
بمثله الخيار في البيع.
(ولا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس)، لاختصاص
الصرف بالبيع، وأصالة الصلح، ويحى على قول الشيخ اعتباره (٦).
وأما من حيث الربا كما لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته
فيه (٧)، بل في كل معاوضة، لإطلاق التحريم في الآية (٨)،
والخبر (٩).

-
- (١) أي الصلح على حق الأولوية في السوق وهو المعبر عنه في عصرنا
الحاضر ب (سرقفلي، أو السرقفلية).
 - (٢) كالصلح على حيازة المكان في المسجد.
 - (٣) وهو قوله تعالى: (أوفوا بالعقود).
 - (٤) إذا كان العوض معيناً، لا كلياً فكما أن البيع يبطل بذلك كذلك الصلح
(٥) أي غير معين.
 - (٦) أي اعتبار القبض في المجلس.
 - (٧) أي في الصلح ومرجع الضمير في ثبوته (الربا).
 - (٨) وهو قوله تعالى: " أحل الله البيع وحرم الربا " البقرة
الآية ٢٧٥.
 - (٩) المستدرک کتاب التجارة - أبواب الربا - باب ١ الحديث ١٣.

(ولو أتلف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصحة)، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان. وهذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجه الجواز (١) أيضا، لكن الجواز لا يقول به (٢).

(ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي (٣) سنة (٤) فيها صح) للأصل (٥)، ويكون هنا مفيدا فائدة العارية، (ولو أقر (٦) بها ثم صالحه على سكنى المقر صح) أيضا، (ولا رجوع) في الصورتين (٧) لما تقدم من أنه عقد لازم، وليس فرعا على غيره (٨).

-
- (١) أي جواز الصلح بالزيادة والنقصان في هذا المورد.
 - (٢) أي باختصاص الربا بالبيع، ومع أن المجوز قائل بالضمان القيمي بالقيمة وعدم اختصاص الربا بالبيع مع ذلك يقول بجواز الصلح في المقام.
 - (٣) أي مدعي الدار.
 - (٤) مفعول فيه للسكنى، أي صالح منكر الدار السكنى لمدعيها سنة على أن تكون الدار له أي للمنكر، وسكنى سنة في الدار لمدعيها. والظاهر أن المسألة هنا أعم من أن تكون الدار في يد المدعي، أو المنكر.
 - (٥) أي أصالة الصحة في العقود.
 - (٦) أي منكر الدار أقر بأنها للمدعي، ثم تصالحا على سكنى المقر مدة معلومة.
 - (٧) وهما: (صورة إقرار المنكر). و (صورة عدم إقراره).
 - (٨) فلا يقال: الصلح في المقام يفيد فائدة العارية، والعارية يجوز فيها الرجوع

(وعلى القول بفرعية (١) العارية، له (٢) الرجوع) في الصورتين (٣) لأن متعلقه المنفعة بغير عوض فيهما (٤). والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضا عن المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض فيكون (٥) عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها. (ولما كان الصلح مشروعا لقطع التجاذب والتنازع) بين المتخاصمين بحسب أصله وإن صار (٦) بعد ذلك أصلا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة (ذكر فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون، (ولنشر) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل): (الأولى لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما) خاصة (فلثاني نصف درهم) لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يدا (٧) فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منهما (٨) قضي به للآخر، ولو نكلا معا، أو حلفا قسم بينهما نصفين، (وللأول

(١) أي بفرعية الصلح للعارية في المقام.

(٢) أي للمصالح.

(٣) تقدمت الصورتان في الهامش رقم ٧ ص ١٨١.

(٤) أي في الصورتين.

(٥) أي ما في يده بعنوان العارية.

(٦) أي الصلح.

(٧) لأن المفروض أن الدرهمين في يد كلا المتخاصمين.

(٨) أي من المتخاصمين.

الباقي (١)) قال المصنف في الدروس: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فإنه تقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني (٢) للأول، وكذا في كل مشاع، وذكر فيها (٣) أن الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا، وذكروا المسألة في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا، وجاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا (٤) فاليمين. وما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضا فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

(و) وكذا لو أودعه رجل درهمين، وآخر (٥) درهما وامتزجا لا بتفريط، وتلف أحدهما فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر (٦) بينهما.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه (٧) السكوني عن الصادق عليه السلام.

ويشكل هنا مع ضعف المستند بأن التألف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا (٨) فكيف يقسم الدرهم

-
- (١) وهو الدرهم والنصف.
 - (٢) وهو المدعي للدرهم المشاع بأن يحلف على نفي ادعاء الآخر الكل.
 - (٣) أي في الدروس.
 - (٤) أي المتخاصمان امتنعا عن الصلح فاليمين عليهما بخلاف ما إذا تصالحا عليهما.
 - (٥) أي وأودعه آخر.
 - (٦) أي الدرهم الآخر.
 - (٧) الوسائل كتاب الصلح باب ١٢.
 - (٨) لكون الدراهم معينة.

بينهما، مع أنه (١) مختص بأحدهما قطعاً. والذي يقتضيه النظر، وتشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، ومال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب، والقول في اليمين كما مر من عدم تعرض الأصحاب له وربما امتنع (٢) هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه. واحترز بالتلف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط فإن الودعي يضمن التألف فيضم إليهما ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك التعاسر (٣) على عين فيتجه القرعة، ولو كان بدل الدراهم مالا (٤) يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميز وهو (٥) متساويها كالحنطة والشعير وكان لأحدهما قفيزان مثلاً، وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين (٦)، وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز. والفرق أن الذهاب هنا (٧) عليهما معاً، بخلاف الدراهم، لأنه (٨) مختص بأحدهما قطعاً،

-
- (١) أي الدرهم.
 - (٢) أي امتنع (الحلف).
 - (٣) التعاسر: عدم الوفاق وعدم الوثام أي مع عدم اتفاقهما على التقسيم.
 - (٤) خبر كان.
 - (٥) أي المال الممتزج الذي لا تتميز أجزاءه وهذا إنما يكون في الأمور المتساوية كالحنطة والشعير ونحوهما.
 - (٦) فيذهب على صاحب القفيزين ثلثان من القفيز التألف، وعلى صاحب القفيز ثلث.
 - (٧) أي في باب ما يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميز.
 - (٨) أي التألف من الدرهمين.

(الثانية يجوز جعل السقي بالماء عوضا للصلح) بأن يكون
مورده (١) أمرا آخر من عين، أو منفعة، (و) كذا يجوز كونه (٢)
(موردا له (٣))، وعوضه أمرا آخر كذلك (٤)، وكذا لو كان
أحدهما (٥) عوضا، والآخر موردا (٦) كل ذلك مع ضبطه (٧) بمدة
معلومة، لو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما، أو بالسقي بالماء أجمع (٨)
دائما وإن جهل المسقى (٩) لم يبعد الصحة، وخالف الشيخ رحمه الله
في الجميع (١٠) محتجا بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين والبئر،
وبيع جزء مشاع منه (١١)، وجعله عوضا للصلح، ويمكن تخصيصه (١٢)
المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق (١٣) مطلقا في عبارة كثير.
(وكذا) يصح الصلح (على إجراء الماء على سطحه، أو ساحته)

-
- (١) أي ما يصلح عليه.
 - (٢) أي كون السقي.
 - (٣) أي للصلح.
 - (٤) أي من عين، أو منفعة.
 - (٥) أي أحد السقيين. بأن يصلح بسقي على سقي.
 - (٦) أي موردا للصلح. أي ويجوز الصلح عليه
 - (٧) أي ضبط السقي.
 - (٨) أي بمجموع الماء المعلوم.
 - (٩) أي في الصورة الثانية وهو السقي بالماء أجمع.
 - (١٠) وهو جعل السقي عوضا في الصلح، أو موردا للصلح.
 - (١١) أي من الماء.
 - (١٢) أي (الشيخ) قدس سره.
 - (١٣) أي المنع مطلقا، سواء كان مضبوطا أم غير مضبوط.

جاعلا له (١) عوضا وموردا (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء) بأن يقدر مجراه (٢) طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة عن المحل (٣) المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره (٤) مطلقاً (٥)، لكن ينبغي مشاهدة الماء، أو وصفه، لاختلاف الحال بقلته، وكثرتة، ولو كان (٦) ماء مطر اختلف أيضاً بكبير ما يقع عليه وصغره فمعرفة (٧) تحصل بمعرفة محله، ولو سقط السطح (٨) بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما، لتوقف الحق (٩) عليه، وليس على المصالح مساعدته.

(الثالثة لو تنازع صاحب السفلى والعلو في جدار البيت (١٠))

- (١) أي للماء عوضاً في الصلح، أو مورداً له.
- أما كون الماء عوضاً فكما إذا صلح على شيء بإجراء الماء على سطحه.
- وأما كون الماء مورداً فكما إذا صلح على إجراء الماء على سطحه بإزاء مال أو شيء آخر.
- (٢) أي السطح، أو الساحة.
- (٣) وهو السطح، أو الساحة.
- (٤) أي أسفله.
- (٥) قليلاً كان أو كثيراً.
- (٦) أي السقي بماء مطر وصولح عليه على اعتبار أن ماء المطر بعد وقوعه في ملكه يكون ملكاً له، فلو صلح على إجراء هذا الماء صح.
- (٧) أي ماء المطر.
- (٨) أي السطح المصالح عليه قبل إجراء الماء عليه.
- (٩) أي حق المصالح عليه. ومرجع الضمير في (عليه): (الإصلاح).
- (١٠) المقصود من البيت: الغرفة التحتية.

حلف صاحب السفلى) لأن جدران البيت كالجزم منه فيحكم بها (١) لصاحب الجملة وقيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة والأشهر الأول، (و) لو تنازعا (٢) (في جدران الغرفة يحلف صاحبها (٣)) لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا (٤)، لأن صاحب البيت لا تعلق له به (٥) إلا كونه موضوعا على ملكه، وذلك (٦) لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد (٧)، (وكذا) يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا (في سقفها) الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى (٨).

(ولو تنازعا في سقف البيت) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقرع بينهما)، لاستوائهما في الحاجة إليه، والانتفاع به، والقرعة لكل أمر مشتبه.

ويشكل بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حق لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب الغرفة فكان كالجزم من كل منهما. وفي الدروس قوي

-
- (١) أي بالجدران.
 - (٢) أي صاحب السفلى والعلو.
 - (٣) أي صاحب الغرفة.
 - (٤) أي في جدران الغرفة، بخلاف جدران البيت حيث يجري الإشكال فيه
 - (٥) أي بالجدار، ومرجع الضمير (في كونه): (الجدار) أيضا.
 - (٦) أي وكون الجدار موضوعا على ملكه.
 - (٧) أي يد صاحب العلو.
 - (٨) أي كون السقف فوقاني من الغرفة لصاحب الغرفة أولى.

اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، وإلا (١) أختص بالحالف لما ذكر من الوجه (٢).

وقيل: يقضى به (٣) لصاحب الغرفة، لأنها لا تتحقق بدونه، لكونه أرضها، والبيت يتحقق بدون السقف وهما متصادقان (٤) على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر. وليس ببعيد.

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت (٥) أما ما لا يمكن كالأزج (٦) الذي لا يعقل إحداثه (٧) بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد (٨) فيحصل به الترصيف (٩) بين السقف

(١) أي وإن لم يحلف كلاهما ولم ينكلا، بل حلف أحدهما فقط.

(٢) وهو استواءهما في الحاجة إليه والانتفاع به.

(٣) أي بالسقف والمراد من القضاء هنا (الحكم).

(٤) أي متفقان.

(٥) كالسقف التي تبنى بالأخشاب والحديد حيث يمكن بعد كمال الجدران بناية السقف عليها بهذه المواد.

ففي هذه الصورة يحتمل الاشتراك، ويحتمل اختصاص أحدهما به.

(٦) الأزج وزان سبب جمعه أزاج أصله أءزاج مثل أسباب، فانقلبت

الهمزة الثانية ألفا فصار (آزاج) والمراد به هنا: سقف مقوس يبنى بالآجر، والعامّة تقول: العقادة.

(٧) أي إحداث السقف.

(٨) أي الحل والشد.

(٩) وهو ضم بعض الحجارة إلى بعض في البناء.

والجدران فهو لصاحب السفلى بيمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه.
 (الرابعة إذا تنازع صاحب غرف الخان، وصاحب بيوته (١)
 في المسلك). والمراد به (٢) هنا مجموع الصحن بدليل قوله: (حلف
 صاحب الغرف في قدر ما يسلكه، وحلف الآخر على الزائد)، لأن
 النزاع لو وقع على مسلك في الجملة، أو معين لا يزيد عن القدر (٣)
 لم يكن على الآخر حلف، لعدم منازعته له (٤) في الزائد.
 ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف
 وله عليه يد في جملة الصحن. وأما الزائد عنه (٥) فاختصاص صاحب
 البيوت به أقوى، لأنه (٦) دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر
 اختصاصه به.

وفي الدروس رجح كون المسلك بينهما (٧)، واختصاص الأسفل
 بالباقي. وعليه جماعة، لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه،
 وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما واحتمل الاشتراك في العرصة (٨)
 أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو (٩)،

-
- (١) أي بيوت الخان. والمراد بها الغرف السفلى.
 (٢) مرجع الضمير (المسلك).
 (٣) أي قدر ما يسلكه.
 (٤) أي لصاحب البيوت. ومرجع الضمير في منازعته (صاحب الغرف)
 (٥) أي عن المسلك.
 (٦) أي الزائد.
 (٧) أي مشترك بينهما.
 (٨) أي الساحة.
 (٩) أي خط يوصل باب الخان بالمرقي.

ولا يمنع من وضع شئ فيها، ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

ثم إن كان المرقى في صدر (١) الصحن تشاركا في الممر إليه، أو أختص به الأعلى (٢)، وإن كان المرقى في دهليزه خارجا (٣)، لم يشارك الأسفل (٤) في شئ من الصحن، إذ لا يد له (٥) على شئ منها، ولو كان المرقى في ظهره (٦) أختص صاحب السفلى بالصحن والدهليز أجمع.

(و) لو تنازعا (في الدرجة يحلف العلوي)، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفلى وكما يحكم بها (٧) للأعلى يحكم بمحلها، (وفي الخزانة (٨) تحتها يقرع بينهما، لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، وكونها (٩) هواء لملك الأعلى وهو كالقرار فيقرع،

-
- (١) أي في داخل الساحة بناء على ما ذكره في (الدروس).
 - (٢) بناء على ما ذكره هنا (من اختصاص الممر بصاحب الغرف).
 - (٣) أي عن الساحة.
 - (٤) بالنصب، بناء على المفعولية. وفاعل لم يشارك: (الأعلى) أي لم يشارك صاحب الأعلى صاحب الأسفل.
 - (٥) أي للأعلى ومرجع الضمير في منها (العرضة).
 - (٦) أي في ظهر الخان من الخارج.
 - (٧) أي بالدرجة ومرجع الضمير في محلها: (الدرجة). والمقصود من محلها: الأرض التي بنيت الدرجة فوقها.
 - (٨) أي المخزن وهو الفراغ الذي تحت الدرج.
 - (٩) بالجر عطفًا على مدخول باء الجارة: في (بكونها) أي وبكونها، فهو دليل

ويشكل بما مر في السقف (١)، ويقوى استواءهما فيها (٢) مع حلف كل لصاحبه، وهو اختياره في الدروس، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها.

ويشكل أيضا الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قضي بالخزانة لهما، أو حكم بها للأسفل بوجه (٣) تكون (٤) الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، لعين ما ذكر (٥)، خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده فينبغي حينئذ (٦) أن يجري فيها الخلاف السابق (٧) ومرجه (٨)، ولو قضينا بالسقف للأعلى زال الإشكال هنا، وإنما يأتي على مذهب المصنف هنا وفي الدروس فإنه (٩) لا يجمع

لكون الأعلى ذا حق. كما وأن الأول وهو قوله: (بكونها متصلة بملك الأسفل) دليل لكون الأسفل ذا حق.

(١) من قول (الشارح): (ويشكل بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين، بل هو حق لأحدهما مشتبه).

(٢) أي في الخزانة.

(٣) أي بأمانة، أو بقرينة، أو بتمامية موازين الحكم، أو بإقرار صاحب الأعلى.

(٤) الجملة جزاء للشرط في قوله: (إذا قضي بالخزانة).

(٥) أي يجري في الدرجة كل ما جرى في السقف من الأقوال والاحتمالات

(٦) أي خصوصا مع الحكم بالخزانة للأسفل وحده.

(٧) الذي جرى في السقف.

(٨) بصيغة المفعول أي ما رجح هناك، كذلك يرجح هنا.

(٩) أي مذهب المصنف حيث قوى في الدروس اشتراكهما مع حلفهما،

أو نكولهما، وإلا أختص بالحالف، وهنا حكم بالقرعة.

اختصاص العلوي بها مطلقاً (١).
 (الخامسة لو تنازع راكب الدابة، وقابض لجامها) فيها
 (حلف الراكب) لقوة يده، وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض.
 وقيل: يستويان في الدعوى، لاشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل له
 في الترجيح، ولهذا لم تؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتي،
 وما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً،
 وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما. وهو قوي فيحلف كل منهما لصاحبه
 إن لم يكن بينة، وأما اللجام فيقضى به لمن هو في يده، والسرج لراكبه
 (ولو تنازعا ثوباً في يد (٢) أحدهما أكثره فهما سواء لاشتراكهما)
 في اليد ولا ترجيح لقوتها، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنه
 من واد واحد، بخلاف الركوب وقبض اللجام. نعم لو كان أحدهما
 ممسكاً له، والآخر لابساً فكمسألة الراكب والقابض، لزيادة تصرف
 اللابس على اليد المشتركة.
 (وكذا) لو تنازعا (في العبد وعليه ثياب لأحدهما) ويدهما
 (عليه) فلا يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده
 إذ لا دخل للباس في الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها (٣) بغير
 إذن مالكتها، أو بقوله، أو بالعارية، ولا يرد مثله في الركوب، لأن

-
- (١) بل في بعض الصور وهو صورة خروج القرعة باسمه، أو نكول السفلي
 وحلف العلوي.
 (٢) الجار والمجورور خبر مقدم للمبتدأ وهو (أكثره): أي أكثره في يد
 أحدهما.
 (٣) أي الثياب.

الراكب ذو يد بخلاف العبد فإن اليد للمدعي، لا له (١). ويتفرع عليه ما لو كان لأحدهما عليه (٢) يد، وللآخر ثياب خاصة فالعبرة بصاحب اليد.

(ويرجح صاحب الحمل (٣) في دعوى البهيمة الحاملة) وإن كان للآخر عليها يد أيضا بقبض زمام، ونحوه (٤)، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح. وفي الدروس سوى بين الراكب، ولابس الثوب، وذو الحمل في الحكم. وهو حسن، (و) كذا يرجح (صاحب البيت في) دعوى (الغرفة) الكائنة (عليه وإن كان بابها مفتوحا) إلى المدعي الآخر، لأنها موضوعة في ملكه وهو هواء بيته، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى وغيرها، وإلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى، مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، وعدم تأثير قوة اليد.

(السادسة لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلا بينائهما) معا اتصال ترصيف (٥)، وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط المتصل به (فإن حلفا، أو نكلا فهو لهما، وإلا) فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر (فهو

(١) أي لا للعبد، فإن العبد لا يد له أصلا.

(٢) أي على العبد.

(٣) الحمل بالكسر: المحمول.

(٤) كسوق الدابة من خلفها مثلا.

(٥) وهو الشد والحل.

للحالف، ولو اتصل بأحدهما) خاصة (حلف) وقضى له به.
ومثله ما لو كان لأحدهما عليه (١) قبة (٢)، أو غرفة، أو سترة (٣)
لصيورته بجميع ذلك إذا يد فعليه اليمين مع فقد البينة.
(وكذا لو كان) لأحدهما خاصة (عليه جذع) فإنه يقضى له به
بيمينه، أو لهما فلهما، ولو اتصل بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا
على الأقوى، وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات، ومع الآخر
الباقية، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف (أما الخوارج) من أحد الجانبين
أو منهما من نقش، أو وتد، أو رف ونحوها (والروازن) كالطاقات
(فلا ترجيح بها)، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور
الآخر (إلا معاقد القمط) بالكسر وهو الحبل الذي يشد به الخص (٤)
وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف وخوص وغيرها فإنه
يقضى بها فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا (في الخص) بالضم
وهو البيت الذي يعمل من القصب، ونحوه على المشهور بين الأصحاب
ومنهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين. وهو الموافق للأصل.

-
- (١) أي على الحائط.
(٢) بالضم هو البيت من الشعر.
(٣) بالضم.
(٤) بالضم والتشديد: البيت من القصب وجمعه أخصاص ومنه الحديث
(الخص لمن إليه القمط): أي شد الحبل.

كتاب الشركة (١)

الشركة بفتح الشين فكسر الراء، وحكي فيها كسر الشين فسكون الراء (وسببها قد يكون إرثا) لعين، أو منفعة، أو حق بأن يرثا مالا أو منفعة دار استأجرها مورثهم، أو حق شفعة، وخيار، (وعقدا (٢)) بأن يشتريا دارا بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزء مشاعا منها ولو على التعاقب، أو يستأجراها، أو يشتريا بخيار لهما، (وحيازة (٣)) لبعض المباحات (دفعه) بأن يشتركا في نصب حباله، ورمي سهم مثبت فيشتركا في ملك الصيد، ولو حاز كل واحد شيئا من المباح منفردا عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه، وإلا اشتركا أيضا على الأقوى، فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب وقد لا توجبه في الدفعة، (ومزجا) لأحد مالیهما بالآخر بحيث (لا يتميز) كل منهما عن الآخر بأن يكونا متفقين جنسا ووصفا، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر كالحنطة بالشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة، ونحو ذلك فلا اشتراك. ولا فرق هنا بين وقوعه اختيارا، أو اتفاقا.

(والشركة قد يكون عينا) أي في عين كما لو اتفق الاشتراك

-
- (١) هو اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز الواحد عن الآخر.
 - (٢) عطف على (إرثا): أي وسببها قد يكون عقدا.
 - (٣) عطف على (إرثا): أي وسببها قد تكون الحيازة.

بأحد الوجوه السابقة (١) في شئ من أعيان الأموال، (ومنفعة)
كالاشتراك في منفعة دار استأجرها، أو عبد، أو وصي لهما بخدمته،
(وحقاً) كشفعة، وخيار، ورهن وهذه الثلاثة (٢) تجري في الأولين (٣)
وأما الأخيران (٤) فلا يتحققان إلا في العين، ويمكن فرض الامتزاج
في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزين بها، حيث نجوزه (٥) متميزة
ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

(والمعتبر) من الشركة شرعاً عندنا (شركة العنان) بكسر العين
وهي شركة الأموال، نسبت إلى العنان وهو سير اللجام الذي يمسك به
الدابة، لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ، التصرف، واستحقاق الربح
على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا
تساويا في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث
يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه
ويطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق
يده في سائر ماله.

وقيل: من عن إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه
أو لأنها أظهر أنواع الشركة. وقيل: من المعانة وهي المعارضة، لمعارضة
كل منهما بما أخرجته الآخر.
(لا شركة الأعمال) بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه،

-
- (١) كالإرث، أو الحيازة، أو الخلط، أو العقد.
 - (٢) وهي الشفعة، والخيار، والرهن.
 - (٣) وهما: الإرث، والعقد: أي تكون هذه مسببة من الإرث والعقد.
 - (٤) وهما: الحيازة، والمزج.
 - (٥) أي التزين.

ويشتركا في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرا ونوعا أم اختلف فيهما أم في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح، لأن كل واحد منهما متميز ببدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان.

(ولا) شركة (المفاوضة) وهي أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز (١)، ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك.

ولا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، وثياب البدن، وجارية يتسرى (٢) بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. وكذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجنائية على الحر، وبذل الخلع، والصداق إذا لزم أحدهما. (و) لا شركة (الوجوه) وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا (٣) في الذمة على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما، أو أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى حامل (٤) على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجيه لا مال له، وحامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الحامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح

(١) هو المعدن.

(٢) أي يتمتع بها تمتعا جنسيا.

(٣) أي يشتريا.

(٤) أي المجهول غير المشهور.

بينهما، أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له، وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

(و) المشتركان شركة العنان (يتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه والضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا ومتفاوتا (١)، فلو عبر به (٢) لكان أخصر وأدل على المقصود (٣)، إذ (٤) لا يلزم

(١) أي أن كان المال بين الشريكين متساويا كان الربح بينهما متساويا. وإن كان المال بينهما متفاوتا كان الربح أيضا بينهما متفاوتا. (٢) أي بقول الشارح: (والضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا ومتفاوتا).

(٣) وهو التساوي والتفاوت في الربح.

(٤) تعليل من الشارح في كون عبارة المصنف غير واف بالمقصود وأن المصنف لو أتى بعبارة الشارح: (والضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا ومتفاوتا) كان أخصر وأدل، ببيان أن قول المصنف: (ولو اختلفا اختلف الربح) لا يدل على أن اختلف الربح كان حسب اختلاف المال، بل يدل على مجرد الاختلاف. فمثلا إذا كان لأحدهما خمسون دينارا، وللآخر مائة دينار لكنهما اشترطا على أن يكون لصاحب الخمسين (أربعون بالمائة) من الربح. ولصاحب المائة (ستون بالمائة) فإن نسبة الربحين نسبة الخمسين إلى ثلاثة أحماس.

ولكن نسبة المالين نسبة الثلث إلى الثلثين فلم يكن اختلاف الربحين على حسب اختلاف المالين، ولا على تلك النسبة.

فعبارة المصنف رحمه الله تشمل هذا الفرض مع أنه غير مقصود. فالحاصل أن كلمة لو تدل بالوضع على ملازمة الجزاء للشرط: أي اختلاف

من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه (١) على النسبة، (ولو شرطاً غيرهما) أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين بأن شرطاً فيه (٢) تفاوتاً حينئذ (٣)، أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كمية (فالأظهر البطلان) أي بطلان الشرط، ويتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف، فإن عملاً كذلك (٤) فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ويكون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله.

ووجه البطلان بهذا الشرط أن الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها عوض، ولا وقع اشتراطها (٥) في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة، وليس هذا أحدها فيبطل الشرط ويتبعه العقد المتضمن للإذن في التصرف، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير (٦) ولم يحصل (٧). وينبغي تقييده (٨) بعدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة،

الربح ملازم لاختلاف الشريكين في مقدار المال مع أن هذه الملازمة غير ثابتة.

- (١) أي الربح.
- (٢) أي في الربح.
- (٣) أي حين تساوي المالين.
- (٤) أي مع بطلان الشركة وبطلان الإذن في التصرف.
- (٥) أي الزيادة، ونائب الفاعل في (ولتضم) الزيادة.
- (٦) وهو الشرط الفاسد.
- (٧) أي التراضي.
- (٨) أي البطلان.

وإلا (١) اتجه الجواز.
وقيل: يجوز مطلقا (٢) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، والمؤمنون
عند شروطهم، وأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه (٣)
موضع النزاع.

(وليس لأحد الشركاء التصرف) في المال المشترك (إلا بإذن
الجميع) لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا وشرعا، (ويقتصر
من التصرف على المأذون) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى)
المأذون (ضمن).

واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد
على أحد الوجوه السابقة (٤)، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز
تصرف الملاك في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم
العقود، وقبلت الحكم بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول (٥). والمصنف
رحمه الله أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام (٦)،
وإلى الثاني (٧) بالإذن المبحوث عنه هنا، (ولكل) من الشركاء
(المطالبة بالقسمة عرضا) بالسكون وهو ما عدا النقدين (كان المال،
أو نقدا. والشريك أمين) على ما تحت يده من المال

(١) أي وإن شرطت له الزيادة في العمل.

(٢) سواء كانت زيادة في العمل أم لا.

(٣) أي ومن الإرفاق.

(٤) وهي الإرث والعقد والحيازة والمزج.

(٥) وهو اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد.

(٦) بقوله: وسببها قد يكون إرثا وعقدا ومزجا وحيازة.

(٧) وهو العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك.

المشترك المأذون له في وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعد) وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال، (أو تفريط) وهو التقصير في حفظه، وما يتم به صلاحه (ويقبل يمينه في التلف) لو ادعاه بتفريط وغيره (وإن كان السبب ظاهرا) كالحرق، والغرق. وإنما خصه لإمكان إقامة البينة عليه، فربما احتتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامة، أما دعوى تلفه بأمر خفي كالسرقة فمقبول إجماعا. (ويكره مشاركة الذمي وإبضاعه) وهو أن يدفع إليه مالا يتجر فيه والربح لصاحب المال خاصة (١)، (وإيداعه) لقول الصادق عليه السلام: " لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يضيفه المودة (٢) ". (ولو باع الشريكان سلعة صفقة، وقبض أحدهما من ثمنها شيئا شاركه الآخر) فيه على المشهور، وبه أخبار (٣) كثيرة، ولأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه (٤) بينهما كذلك (٥) وقيل: لا يشارك (٦) لجواز أن يبرئ (٧) الغريم (٨) من حقه،

-
- (١) وللذمي الأجرة خاصة، لا أن عمله يذهب سدى.
(٢) الوسائل كتاب الشركة باب ٢ الحديث ٢.
(٣) الوسائل كتاب الشركة باب ١.
(٤) أي من الثمن.
(٥) أي مشترك بينهما.
(٦) أي لا يشاركه الآخر لو قبض الأول من الثمن شيئا.
(٧) أي الشريك الآخر.
(٨) هو المشتري للسلعة المشتركة.
والمعنى: أنه لو باع الشريكان سلعة فلكل من الشريكين الحق في ثمنها.

ويصالحه عليه من غير أن يسري (١) إلى الآخر، فكذا الاستيفاء (٢) ولأن (٣) متعلق الشركة هو العين وقد ذهبت، وال عوض أمر كلي لا يتعين إلا بقبض المالك، أو وكيله، ولم يتحقق هنا بالنسبة إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه (٤).

وعلى المشهور (٥) لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته، بل يتخير (٦) بينها (٧)، وبين مطالبة الغريم (٨) بحقه ويكون قدر حصة الشريك (٩) في يد القابض كقبض الفضولي إن أجازه (١٠)،

فإذا قبض أحد الشريكين شيئاً من الثمن لا يشاركه الآخر فيه على هذا القول، لجواز إبراء الشريك الآخر للغريم - الذي هو المشتري - عن حقه " أو المصالحة على حقه.

(١) مجرداً، لا مزيد على صيغة المعلوم، والمعنى أن إبراء الشريك غير ملازم لسريانه إلى الشريك الآخر.

(٢) أي لو استوفى أحد الشريكين شيئاً من الثمن لا يسري إلى الآخر بناء على هذا القول.

(٣) دليل ثان لعدم مشاركة الآخر لما قبضه الشريك الأول من الثمن.

(٤) بناء على هذا الفرض أنه قبضه لنفسه، لا على وجه الاشتراك.

(٥) وهو مشاركة الشريك الآخر للشريك الأول.

(٦) أي الشريك الذي لم يقبض.

(٧) أي بين المشاركة.

(٨) وهو المشتري.

(٩) أي الشريك الآخر الذي لم يقبض.

(١٠) مرجع الضمير (القابض). والفاعل في (أجاز): الشريك الآخر الذي لم يقبض.

ملكه (١) ويتبعه (٢) النماء، وإن رده (٣) ملكه القابض، ويكون (٤) مضمونا عليه على التقديرين (٥). ولو أراد (٦) الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال (٧) فليبع حقه للمديون (٨) على وجه يسلم من الربا بثمن (٩) معين فيختص به وأولى منه (١٠) الصلح عليه، أو يبرئه من حقه ويستوهب عوضه، أو يحيل به (١١) على المديون، أو يضمه (١٢) له ضامن.

-
- (١) مرجع الضمير: (قدر حصته). والفاعل في ملكه: (الشريك الآخر الذي لم يقبض).
- (٢) مرجع الضمير (قدر حصته) أي ويتبع النماء قدر حصة الشريك الآخر في الملك.
- (٣) مرجع الضمير (القبض) والفاعل في (رده) الشريك الآخر الذي لم يقبض.
- (٤) أي المال.
- (٥) وهما: الرد والإجازة.
- (٦) وهو الشريك القابض.
- (٧) أي من دون ضمان.
- (٨) وهو المشتري.
- (٩) الجار والمجرور متعلق ب (فليبع) أي فليبع بثمن معين.
- (١٠) أي من البيع بأن يصلح القابض حقه من المشتري بشئ آخر.
- (١١) أي بحقه بمعنى أن القابض يحيل شخصا آخر على المديون لقبض حقه.
- (١٢) أي حقه. ومرجع الضمير في (له): الشريك القابض فالمعنى أن شخصا ثالثا يضمن عن المديون حق الشريك القابض.

وموضع الخلاف (١) مع حلول الحقين (٢) فلو كان أحدهما (٣) مؤجلا لم يشارك (٤) فيما قبضه الآخر (٥) قبل حلول الأجل، واحترز بيعهما صفقة عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وإن كان (٦) لواحد، كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحدا، ومتعددا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، وفي حكم الصفقة ما (٧) اتحد سبب شركته كالميراث، والإتلاف، والاقتراض من المشترك.

-
- (١) أي الاختلاف في المشاركة وعدمها.
 - (٢) أي حق الشريكين بأن باعا نقدين فقبض أحدهما مقدار حصته من الثمن ولم يقبض الآخر فهنا يجري الخلاف المتقدم في أنه هل أنه يشاركه الآخر الذي لم يقبض أم لا.
 - (٣) أي أحد الحقين.
 - (٤) أي صاحب التأجيل.
 - (٥) وهو صاحب التعجيل.
 - (٦) أي البيع.
 - (٧) أي في حكم البيع بصفقة واحدة كل أمر أوجب شركة شخصين في مال واحد عند ثالث، فتقاضا بعضه أحدهما فإن الآخر يشاركه فيما قبض. وذلك كالأمثلة التالية: -
الأول - ولدان ورثا أباهما دينا على زيد، فإن أحدهما لو قبض منه شيئا فالآخر شريكه في ذلك.
الثاني - لو أتلّف زيد مالا مشتركا بين شخصين، فهما شريكان فيما يقبضانه منه.
الثالث - لو اقترض زيد من المال المشترك بين شخصين فهما شريكان فيما يقبضانه منه.

(ولو ادعى المشتري من المشتركين (١)) المأذونين (شراء شيء لنفسه، أولهما حلف) وقبل يمينه، لأن مرجع ذلك (٢) إلى قصده وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد (٣)، وإنما لزمه الحلف (٤) مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله (٥) لإمكان (٦) الاطلاع عليه بإقراره.

-
- (١) أي المشتري الذي هو أحد المشتركين. فالجار والمجرور حال من المشتري
(٢) أي تعيين أنه شراه لنفسه، أو لهما.
(٣) دفع وهم، حاصله:
أن الاشتراك يعين تصرف الشريكين في كون معاملتهما تكون مشتركة دائماً.
ودفعه: أن الاشتراك بمجرد لا يقتضي ذلك، بل لكل واحد منهما قصد الاشتراك فيما يتعاملانه، أو قصد الانفراد.
(٤) أي لماذا لزم عليه الحلف.
(٥) أي من قبل القاصد الذي هو المشتري هنا.
(٦) تعليل للزوم الحلف على المشتري المدعي.

(٢٠٧)

كتاب المضاربة (١)

(وهي أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه) مأخوذة من الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما (٦)، فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه.

وأهل الحجاز يسمونها قراضا من القرض وهو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه (٣) قطعة وسلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة وهي المساواة، ومنه: "قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك (٤)".

ووجه التساوي هنا أن المال من جهة، والعمل من أخرى، والربح في مقابلتهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته.

(١) المضاربة: مصدر باب المفاعلة، وهي تقع من الجانبين كما يحققه الشارح رحمه الله.

(٢) أي عن العامل وصاحب المال، ذاك بالسعي، وهذا بالطلب.

(٣) أي من المال.

(٤) أي ساوهم في الأمور ما داموا ساووك فيها، أي تساو معهم في حركاتهم وسكناتهم، وعاداتهم، فإن تركت عاداتهم واعتزلتهم فإن الناس لا يتركونك وشأنك.

(وهي جائزة من الطرفين) سواء نض المال (١) أم كان به عروض يجوز لكل منهما فسخها، ومن لوازم جوازها منهما (٢) وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه.

وفي اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه بالفعل أيضا قولان؟ لا يخلو ثانيهما من قوة.

(ولا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها (٣) بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط، ولا تصير لازمة بذلك (٤)، ولا في الأجل (٥) بل يجوز فسخها (٦) فيه عملا بالأصل (٧)، (ولكن اشتراط الأجل (يشتر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد)، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده (٨)، وكذا لو أجل (٩) بعض التصرفات

(١) أي صار نقدا.

(٢) أي من طرفيهما.

(٣) أي في المضاربة.

(٤) أي بالشرط.

(٥) أي ولا يجب الوفاء بالأجل.

(٦) أي فسخ المضاربة. ومرجع الضمير في فيه (الأجل).

(٧) وهو الأصل العدمي.

(٨) أي بعد تمام الأجل.

(٩) أي أجل المالك بأن قال للعامل: أمسك عن البيع أو الشراء حتى الوقت الفلاني، أو بع أو اشتر إلى شهر واحد مثلا، فإنه لا يجوز للبايع ولا للمشتري تعدي تلك المدة الموقته.

كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعا خاصا (١).
ويفهم من تشريكه (٢) بين اشتراط اللزوم والأجل، تساويهما
في الصحة، وعدم لزوم الشرط.
والمشهور أن اشتراط اللزوم مبطل، لأنه مناف لمقتضى العقد (٣)
فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد
التصرف بوقت خاص وهو غير مناف (٤)، ويمكن أن يريد المصنف
ذلك (٥) وإنما شرك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقا (٦) وإن افترقا
في أمر آخر (٧).
(ويقصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع
التجارة، ومكانها، وزمانها، ومن يشتري منه، ويبيع عليه، وغير ذلك
فإن خالف ما عين له ضمن المال، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط

-
- (١) من أنواع البيوع، أو أنواع السلع بأن قال المالك للعامل: بع مرابحة
إلى وقت كذا، أو اشتر الحنطة إلى وقت كذا.
 - (٢) أي من تشريك المصنف حيث قال: (ولا يصح اشتراط اللزوم
أو الأجل فيها) فجمعهما في الحكم.
 - (٣) الذي هو الجواز.
 - (٤) لمقتضى العقد.
 - (٥) أي البطلان في شرط اللزوم، وعدم اللزوم في شرط الأجل.
 - (٦) سواء في شرط اللزوم، وفي شرط الأجل.
 - (٧) وهو بطلان العقد في شرط اللزوم، وعدم بطلانه في شرط الأجل.
والخلاصة أن شرط اللزوم وشرط الأجل كليهما مشتركان في البطلان.
وأما الإبطال فيختص بالأول، دون الثاني.

للأخبار (١) الصحيحة، ولولاها (٢) لكان التصرف باطلا (٣)، أو موقوفا على الإجازة.

(ولو أطلق) له الإذن (تصرف بالاسترباح (٤)) في كل ما يظن (٥) فيه حصول الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، ويتولى أيضا بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، ولا أجره له على مثل ذلك، حملا للإطلاق على المتعارف، وله الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالة، ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها.

(وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال) والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه (٦) إليه من مأكول، وملبوس، ومشروب ومركوب، وآلات ذلك، وأجرة المسكن، ونحوها، ويراعي فيها (٧) ما يليق به عادة مقتصدا، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يحسب له. وإذا

(١) الوسائل كتاب المضاربة أحاديث الباب ١.

(٢) أي الأخبار الصحيحة المشار إليها في الهامش رقم ١.

(٣) ولم يكن الربح للعامل، بل كان مختصا للمالك.

(٤) أي مقتصرا على البيع المرابحي فقط.

(٥) من أنواع السلع.

(٦) أي في السفر. ومرجع الضمير في إليه (ما) الموصولة المفسرة

ب (من) البيانية.

فالمعنى أن كل ما يحتاجه العامل في السفر من الملبوس والمأكول والمركوب

والمشروب يخرج من أصل المال.

(٧) أي في المذكورات.

عاد من السفر فما بقي من أعيانها ولو من الزاد يجب رده إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر إن كان (١) ممن يعود إليه قبل فساد (٢). ولو شرط عدمها لزم (٣)، ولو أذن له بعده (٤) فهو تبرع محض (٥)، ولو شرطها فهو تأكيد (٦). ويشترط حينئذ (٧) تعيينها (٨) لئلا يتجاهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع (٩)، ولا يعتبر في ثبوتها (١٠) حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح، وإلا كانت منه (١١). ومؤنة المرض في السفر على العامل، وكذا (١٢) سفر لم يؤذن فيه وإن استحق الحصة (١٣) والمراد بالسفر: العرفي، لا الشرعي وهو ما اشتمل

-
- (١) أي كان العامل من العمال الذين يعودون إلى السفر ثانياً.
 - (٢) أي الزاد.
 - (٣) أي ولو شرط المالك على العامل عدم الإنفاق في السفر لزم الشرط.
 - (٤) أي بعد شرط عدم الإنفاق في السفر.
 - (٥) وفائدته جواز رجوع المالك عن إجازته.
 - (٦) لأن إطلاق العقد بنفسه يقتضي جواز الإنفاق في السفر فلو شرط الإنفاق تأكد حينئذ.
 - (٧) أي حين اشتراط الإنفاق في السفر.
 - (٨) أي تعيين النفقة.
 - (٩) لا بالاشتراط كما فيما نحن فيه.
 - (١٠) أي النفقة في السفر.
 - (١١) أي وإن ربح كانت النفقة من الربح.
 - (١٢) أي وكذا نفقة السفر الذي لم يأذن المالك للعامل، فعلى العامل.
 - (١٣) أي الحصة من الربح.

على المسافة (١) فينفق وإن كان قصيرا أو أتم الصلاة (٢) إلا أن يخرج عن اسم المسافر (٣)، أو يزيد (٤) عما تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف (٥).

واحترز بكمال النفقة (٦) عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنه لا ينفق فيه سواه (٧)، ونبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح كما مر.

(وليشتر نقدا بنقد البلد، بثمن المثل فما دون) فلو اشترى نسيئة أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليا، فإن أجازاه المالك صح، وإلا بطل، لما في النسيئة (٨) من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك، وقد لا يقدر عليه (٩)،

(١) أي قطع الطريق.

(٢) كما إذا كان كثير السفر، أو سفره سفر معصية.

(٣) بأن كانت المسافة قصيرة جدا.

(٤) بأن سافر أكثر من الحاجة التجارية.

(٥) وهو السفر التجاري.

(٦) أي في قول المصنف: (وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال).

(٧) أي سوى الزائد ومرجع الضمير في (فيه) إلى (السفر).

فالمعنى: أن العامل لو كان في الحضر يصرف على نفسه يوميا خمسة دراهم

ففي السفر التجاري إن احتاج إلى سبعة دراهم فالزائد يحتسب عليه.

(٨) أي في اشتراء العامل سلعة نسيئة.

(٩) أي لا يقدر المالك على الخروج عن عهدة الثمن.

أو لا يكون له (١) غرض في غير ما دفع (٢) وحملا في الأخيرين على المتعارف (٣). وما فيه الغبطة كالوكيل (٤).
(ولبيع كذلك) بنقد البلد نقدا (بثمن المثل فما فوقه)
لما في النسيئة من التغرير بمال المالك وحملا للإطلاق على المتعارف وهو نقد البلد كالوكالة.

وقيل: يجوز بغيره (٥)، وبالعرض (٦) مع كونه (٧) مظنة للربح لأن الغرض الأقصى منها ذلك (٨)، بخلاف الوكالة. وفيه قوة.
ولو أذن المالك في شيء من ذلك (٩) خصوصا، أو عموما
كتصرف برأيك، أو كيف شئت (١٠) جاز بالعرض قطعا، أو النقد

(١) أي للمالك.

(٢) من رأس المال.

(٣) أي ولحمل الأخيرين وهما: الشراء بنقد البلد، والشراء بثمن المثل
فما دون.

ونصب (حملا) على المفعول لأجله، أي ولأجل حمل الأخيرين.

(٤) أي إذا رأى العامل مظنة للربح في شراء النسيئة، أو بغير نقد البلد،
أو بأزيد من ثمن المثل فليفعل، لأن الغرض هو الاسترباح كما أن الوكيل حين يرى
الغبطة والمنفعة فيما وكل فيه يجب عليه أن يفعل ذلك. فالعامل كالوكيل.

(٥) أي بغير نقد البلد.

(٦) أي بيع المتاع بالمتاع.

(٧) أي مع كون البيع بغير نقد البلد، أو بالعرض.

(٨) أي الغرض الأقصى من المضاربة الربح.

(٩) أي من البيع بغير نقد البلد، أو البيع بالعرض.

(١٠) كلاهما مثال للإذن العمومي.

وثن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح (١). نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

(وليشتر بعين المال)، لا بالذمة (٢) (إلا مع الإذن في الذمة) ولو بالإجازة، فإن اشترى فيها بدونها (٣) ولم يذكر المالك لفظا ولا نية (٤) وقع له (٥)، ولو ذكره (٦) لفظا فهو فضولي، ونية (٧) خاصة فهو للعامل ظاهرا، وموقوفا باطنا، فيجب التخلص من حق البائع (ولو تجاوز ما حد له المالك) من الزمان والمكان والصنف (ضمن، والربح على الشرط (٩)) كما مر، أما لو تجاوز بالعين (٩)،

(١) أي مع الإذن الخاص من المالك في بيع المتاع بغير نقد البلد، أو بغير ثمن المثل.

(٢) أي الكلي.

(٣) أي في الذمة بدون الإذن.

(٤) أي إن لم يذكر العامل اسم المالك في الشراء في الذمة، ولا نواه كي تكون ذمة المالك مشغولة.

(٥) أي وقع البيع أو الشراء للعامل وفي ذمته.

(٦) أي لو ذكر العامل المالك لفظا وقع البيع أو الشراء فضوليا متوقفا على إجازة المالك.

(٧) أي لو ذكر العامل المالك نية لا لفظا وقع البيع أو الشراء له ظاهرا، ولكن يتوقف على إجازة المالك باطنا.

(٨) أي على ما عيناه من النصف، أو الربع، أو الثلث.

(٩) كما لو اشترى عينا غير ما عينه المالك.

والمثل (١) والنقد (٢) وقف على الإجازة فإن لم يجر بطل.
 (وإنما تجوز) المضاربة (بالدراهم والدنانير) إجماعاً، وليس ثمة
 علة مقنعة غيره (٣) فلا تصح بالعروض (٤) ولا الفلوس (٥) ولا الدين
 وغيرها، ولا فرق بين المعين والمشاع (٦).
 (وتلزم الحصة (٧) بالشرط)، دون الأجرة، لأنها معاملة صحيحة
 فيلزم مقتضاها وهو ما شرط للعامل من الحصة. وفي قول نادر أن اللازم
 أجرة المثل، وأن المعاملة فاسدة، لجهالة العوض والنصوص الصحيحة (٨)
 على صحتها (٩)، بل إجماع المسلمين يدفعه.
 (والعامل أمين لا يضمن إلا بتعد، أو تفريط) ومعهما يبقى العقد
 ويستحق ما شرط له وإن ضمن المال.
 (ولو فسخ المالك للعامل أجرة مثله إلى ذلك الوقت) الذي فسخ
 فيه (إن لم يكن) ظهر (ربح)، وإلا فله حصته من الربح.

-
- (١) بأن اشترى بأزيد من ثمن المثل، أو باع بأنقص من ثمن المثل.
 - (٢) بأن اشترى بالنسيئة، أو بغير نقد البلد، وكذا البيع.
 - (٣) أي غير الإجماع.
 - (٤) أي الأمتعة.
 - (٥) وهي المسكوكات غير الذهب والفضة.
 - (٦) أي لا فرق في صحة المضاربة بين ما إذا عينت الدراهم والدنانير بالعين الشخصية، أو كانت ضمن دراهم ودنانير مشاعة.
 - (٧) أي الحصة المشتركة من الربح لكل من العامل والمالك تلزم لهما ويجب على المالك الوفاء به وأداء حصة العامل المعينة.
 - (٨) الوسائل كتاب المضاربة أحاديث الباب ٣.
 - (٩) أي النصوص دالة على صحة المضاربة.

وربما أشكل الحكم بالأجرة على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، وتسلبت المال على الفسخ من مقتضياتها (١) فالعامل قادم على ذلك فلا شيء له سوى ما عين. ولو كان المال عروضاً عند الفسخ فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه منه (٢)، وإلا (٣) لم يجز (٤) إلا بأذن المالك وإن ربح حيث لا يكون بالفعل. ولو طلب المالك إنضاضه (٥) ففي إجبار العامل عليه قولان أجودهما العدم.

ولو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض (٦) يفسد العقد الجائز أو من قبل العامل فلا أجرة له، بل الحصة إن ظهر ربح. وقيل: له الأجرة أيضاً (٧).

(والقول قول العامل في قدر رأس المال)، لأنه منكر للزائد والأصل معه.

(و) في (قدر الربح (٨)) لأنه أمين فيقبل قوله فيه. (وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد) لترتفع الجهالة

(١) أي المضاربة.

(٢) أي من الربح.

(٣) أي لم يكن به ربح.

(٤) أي لم يجز للعامل بيع المال.

(٥) أي لو طلب المالك من العامل أن يجعل المال نقداً.

(٦) كموت، وجنون.

(٧) كما لو كان الفسخ من غير ناحية العامل.

(٨) أي القول قول العامل أيضاً لو اختلفا في قدر الربح.

عنه، ولا يكتفى بمشاهدته. وقيل: تكفي المشاهدة. وهو ظاهر
اختياره هنا (١)، وهو مذهب الشيخ والعلامة في المختلف، لزوال معظم
الغرر بالمشاهدة، وللأصل (٢)، ولقوله صلى الله عليه وآله: "المؤمنون
عند شروطهم"، فإن قلنا به (٣) واختلفا في قدره (٤) فالقول قول
العامل كما تقدم، للأصل (٥) والأقوى المنع (٦).
(وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك، كمن ينعقد
عليه) أي على المالك (٧)، لأنه تخسير محض، والغرض من هذه المعاملة
الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه كان فضوليا مع علمه بالنسب والحكم (٨)
أما مع جهله بهما (٩)، أو بأحدهما ففي صحته وعتقه عن المالك، أو إلحاقه

-
- (١) أي في هذا الكتاب (اللمعة) من قوله: "والقول قول العامل في قدر
رأس المال" لو اختلفا فيه.
وظاهر هذا الكلام أنهما اكتفيا عند العقد بالمشاهدة، ولذلك يقبل قول
العامل في قدره بعد قبضه ومحاسبته عنده.
(٢) أي أصل الجواز.
(٣) أي بالاكْتفاء بالمشاهدة.
(٤) أي في قدر المال.
(٥) أي أصل عدم الزيادة.
(٦) أي عدم صحة الاكتفاء بالمشاهدة.
(٧) بأن يشتري أبا المالك، وبما أن المال ماله فينعقد عليه قهرا.
(٨) وهو الانعتاق.
(٩) أي بالنسب، والحكم.

بالعالم (١) وجهان، مأخذهما: انصراف (٢) الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به فلا يدخل هذا فيه (٣) مطلقا (٤)، ومن كون (٥) الشرط بحسب الظاهر (٦)، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معيبا لا يعلم بعيبه فتلف به (٧)، (و) كذا (لا يشتري (٨) من رب المال شيئا)، لأن المال له، ولا يشتري مال الإنسان بماله. (ولو أذن في شراء أبيه) وغيره ممن ينعق عليه (صح وانعق) كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان (وللعامل الأجرة (٩)) سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه (١٠) فظاهر إلا على الاحتمال (١١)

-
- (١) أي العالم بالنسب، والحكم.
 - (٢) هذا دليل عدم الإلحاق.
 - (٣) أي لا يدخل صورة الانعتاق في الإذن المقيد حسب الظاهر بكونه مما يمكن بيعه، أو الاسترباح به.
 - (٤) سواء كان عالما بهما، أو بأحدهما، أو جاهلا.
 - (٥) هذا دليل الإلحاق.
 - (٦) أي شرط كون الإذن فيما يمكن بيعه، أو الاسترباح به. وهذا الاشتراط اشتراط ظاهري، فلا يشمل الغافل.
 - (٧) أي بالعيب. فلا يكون العامل ضامنا.
 - (٨) أي لا يشتري العامل شيئا من المالك بمال المضاربة.
 - (٩) أي أجرة المثل في هذه الصورة.
 - (١٠) أي مع عدم ظهور الربح فظاهر أن للعامل الأجرة.
 - (١١) وهو أن العامل أقدم على معاملة جائزة من طرف المالك ومع احتمال هذا الفسخ والانسفاخ فلا أجرة له.

السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأما مع ظهوره (١) فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن، لأن متعلقه ما فيه ربح ولو بالمظنة وهو منفي هنا، لكونه مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه بطلت (٢) ويحتمل ثبوت الحصة إن قلنا بملكها بالظهور لتحققه (٣) ولا يقدر عتقه القهري، لصدوره بإذن المالك، كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهوره (٤) وحينئذ (٥) فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري، أو مع اختيار الشريك (٦) السبب. (ولو اشترى) العامل (أبا نفسه)، وغيره ممن ينعقد عليه (صح) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعتق نصيبه) أي نصيب العامل، لاختياره السبب المفضي

(١) أي ظهور الربح.

(٢) أي المضاربة.

(٣) أي لتحقق الربح.

(٤) أي بعد ظهور الربح.

(٥) أي حين ظهور الربح.

توضيحه: أن العامل اشترى أبا المالك بإذنه بجميع رأس المال وظهر الربح بمجرد الشراء بأن اشتراه مائة فزادت قيمته إلى مائة وعشرين.

فإن للعامل حصة في هذا العشرين، نصفه أو ربعه.

ولكن بما أن الأب ينعقد على ولده ويسري العتق إلى هذا المقدار الذي

يكون في حصة العامل أيضا بقانون السريان في العتق فالعامل يرجع إلى المالك بهذا المقدار من حصته الفائتة.

(٦) وهو المالك هنا.

إليه كما لو اشتراه بماله، (ويسعى المعتق) وهو الأب (١) (في الباقي)
وإن كان الولد موسرا، لصحيحة محمد بن أبي عمير عن الصادق
عليه السلام (٢) الحاكمة باستسعائه من غير استفصال (٣).
وقيل: يسري على العامل مع يساره، لاختياره السبب (٤) وهو
موجب لها (٥) كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وحملت الرواية (٦) على إعساره
جمعا بين الأدلة (٧).
وربما فرق بين ظهور الربح حالة الشراء، وتجده (٨) فيسري
في الأول (٩) دون الثاني (١٠) ويمكن حمل الرواية عليه (١١) أيضا.

-
- (١) أي أب العامل يسعى للمالك.
(٢) الوسائل كتاب المضاربة باب ٨ الحديث ١.
(٣) بين يسار العامل وإعساره.
(٤) وهو شراء أبيه.
(٥) أي الشراء عن اختيار موجب للسراية في العتق.
(٦) الحاكمة باستسعاء الأب.
(٧) أي بين الأدلة القائلة بوجود دفع الخسارة على المعتق عليه دون
المعتق.
(٨) وبين هذه الرواية القائلة بوجود الاستسعاء على الأب المعتق.
(٩) أي بعد الشراء.
(١٠) وهو ظهور الربح حال الشراء.
(١١) وهو ظهور الربح بعد الشراء.

وفي وجه ثالث بطلان البيع (١)، لأنه، مناف لمقصود القراض (٢) إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح، والشراء المتعقب للعتق ينافيه (٣) والوسط (٤) قوي لولا معارضة إطلاق النص الصحيح (٥).

-
- (١) أي شراء العامل أباه.
(٢) أي المضاربة.
(٣) أي ينافي التقليب للاسترباح.
(٤) أي القول الوسط وهو الفرق بين يساره وإعساره.
فالأقوال ثلاثة: استسعاء الأب. التفصيل بين يسار العامل وإعساره. البطلان
(٥) المتقدم عن محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام ص ٢٢٤ رقم ٢

كتاب الوديعة (١)

(وهي استنابة في الحفظ) أي استنابة فيه بالذات (٢)، فلا يرد مثل الوكالة في بيع شيء، أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه (٣) إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات الإذن فيما وكل فيه. ثم الاستنابة إنما تكون من المودع (٤) والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي. وكأن التعريف (٥)،

-
- (١) اسم من أودع يودع إيداعاً.
(٢) لأن العقد في الوديعة يتعلق بنفس الاستنابة في الحفظ، بخلاف الوكالة مثلاً فإنها استنابة في البيع وتستلزم الاستنابة في الحفظ أيضاً.
(٣) أي في الحفظ.
(٤) هذا إشكال على المصنف في تعريف الوديعة. وحاصل الإشكال: أن الوديعة أمر يتحقق من الطرفين: إيداع المودع. وقبول المستودع. وأما الاستنابة فهي طلب النيابة وهو أمر يتحقق من المودع فقط. فلا تصلح الاستنابة تعريفاً للوديعة.
(٥) هذا جواب الإشكال: وهو أن من عادة المصنف في تعريف المعاملات: أنه يصرف عقودها، وبما أن عقد الوديعة يكتفى فيه بالإيجاب فقط، فلذلك تسامح وأطلق الاستنابة - التي هي في الواقع إيجاب فقط - على الوديعة.

لما كان لعقدها كما علم (١) من مذهب المصنف وكان المعبر منه الإيجاب
تسامح في إطلاقها عليه (٢)، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها فإنها
لو تجردت عنه لم تؤثر (٣).

(وتفتقر إلى إيجاب وقبول) كغيرها من العقود، (ولا حصر
في الألفاظ الدالة عليها) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي
كل لفظ دل عليها، بل التلويح والإشارة المفهومة لمعناها اختياراً.
(ويكفي في القبول الفعل)، لأن الغرض منه الرضا بها. وربما
كان الفعل وهو قبضها أقوى من القول، باعتبار دخولها في ضمانه،
والتزامه (٤) بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى،
إلا أن فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم إلا بصيغة من الطرفين.
ومن ثم قيل: إنها إذن مجرد، لا عقد، وكيف كان لا تجب مقارنة
القبول للإيجاب قولياً كان، أم فعلياً:

(ولو طرحها عنده) ولم يحصل منه (٥) ما يدل على الرضا،
ولا قبضها، (أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعة)، لانتفاء القبول
الشرعي فيهما.
وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً، أو ما في حكمه (٦)

-
- (١) من عادة المصنف أنه بصدد تعريف العقود من المعاملات، دون
نفسها كما مر في كتاب البيع وغيره.
 - (٢) أي إطلاق الاستنابة على عقد الوديعة.
 - (٣) فهو تعريف باللائم.
 - (٤) هذا مبتداء، خبره قوله: أولى.
 - (٥) أي من الودعي.
 - (٦) كالإشارة.

يفيده (١)، وقد لا يحصل (٢) بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني (٣) لا تصير وديعة وإن قبل قولاً أو فعلاً لكن في الثاني (٤) يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة وفي الأول (٥) تتم (٦) بالقبول بهما (٧) فيجب عليه الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب (٨) فيجب من باب المعاونة على البر كفاية لكن لا ضمان بتركه.

وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقاً (٩)، بل يجوز تركها وإن قبضها به (١٠) في حضور المالك (١١) وغيبته، إلا أن يكون المكروه (١٢)،

(١) أي يفيد معنى الوديعة.

(٢) أي الإيجاب.

(٣) وهو مجرد الطرح الذي لم يحصل به الإيجاب.

(٤) وهو القبول الفعلي.

(٥) أي الطرح المنضم إليه ما يدل على الإيجاب.

(٦) أي الوديعة.

(٧) أي القول، والفعلي.

(٨) أي تلف المال.

(٩) سواء قبض أم لا.

(١٠) أي بالإكراه.

(١١) الجار والمجرور متعلق بقوله: يجوز تركها.

(١٢) بصيغة الفاعل.

مضطرا إلى الإيداع (١) فيجب إعانته عليه كالسابق (٢).
فقوله (٣): " فلا يجب حفظها " مطلق في الثاني (٤) من حيث
الوديعة، ومع عدم القبول، أو القبض في الأول (٥) على ما فصل.
(ولو قبل) الوديعة قولاً، أو فعلاً (وجب) عليه (الحفظ)
ما دام مستودعاً، وكذا بعده إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه
وبذلك (٦) يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ، وعدم وجوب البقاء
على الوديعة من حيث إنها عقد جائز.
(ولا ضمان عليه) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدي فيها)
بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود
(أو التفريط) بأن قصر في الحفظ عادة (فلو أخذت منه (٧) قهراً
فلا ضمان) إن لم يكن سبباً في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم،
أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته (٨)،

-
- (١) بأن أخذته السلطة الزمنية فاضطر إلى إيداع ما عنده قبل الذهاب
إلى السلطة، فطرحه عند شخص ليحفظه له، أو أكرهه عليه.
فهذا يجب عليه القبول والحفظ.
(٢) وهو ما كان يجب عليه الحفظ من باب المعاونة على البر كفاية.
(٣) أي قول المصنف.
(٤) وهو صورة الإكراه.
(٥) وهو صورة الطرح.
(٦) أي كون الوديعة مما يجب حفظها بعد القبول. ولكنها غير واجبة البقاء
فيجوز فسخها.
(٧) أي من الودعي.
(٨) أي مع مظنة وصول الخبر إلى الظالم وأخذه.

ومثله (١) ما لو أخبر (٢) بها اللص فسرقها.
ولا فرق (٣) بين أخذ القاهر لها بيده (٤) وأمره (٥) له بدفعها
إليه كرها، لانتفاء (٦) التفريط فيهما فينحصر الرجوع (٧) على الظالم
فيهما (٨) على الأقوى.
وقيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني (٩)، وإن استقر
الضمان على الظالم (١٠).
(ولو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها بالوسائل الموجبة
لسلامتها (١١) (وجب ما لم يؤد إلى تحمل الضرر الكثير، كالجرح،
وأخذ المال (١٢)) فيجوز تسليمها حينئذ (١٣) وإن قدر على تحمله. والمرجع

-
- (١) أي ومثل السعي بالوديعة إلى الظالم.
 - (٢) أي الودعي.
 - (٣) أي في عدم الضمان.
 - (٤) أي بنفسه بمعنى أنه باشر الأخذ.
 - (٥) أي القاهر. ومرجع الضمير في (له): (الودعي).
 - (٦) تعليل لعدم الفرق.
 - (٧) أي رجوع المالك.
 - (٨) وهما: أخذ القاهر الوديعة بنفسه مباشرة، وأمره للودعي بدفعها إياه.
 - (٩) وهو أمر القاهر الودعي بدفعها إياه.
 - (١٠) بأن يرجع الودعي على الظالم.
 - (١١) كالإخفاء والتورية وغيرهما.
 - (١٢) أي أخذ مال شخص الودعي.
 - (١٣) أي يجوز للودعي تسليم الوديعة إلى الظالم حين انجرار عدم التسليم إلى ضرر
كثير وإن كان الودعي قادرا على تحمل ذلك الضرر الكثير.

في الكثرة والقلّة إلى حال المكره (١)، فقد تعد الكلمة اليسيرة من الأذى (٢) كثيرا في حقه، لكونه جليلا (٣) لا يليق بحاله ذلك. ومنهم (٤) من لا يعتد بمثله، وأما أخذ المال فإن كان مال (٥) المستودع لم يجب بذله مطلقا (٦)، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها (٧) ما أمكن، فلو ترك (٨) مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما (٩) يمكن سلامته، وإن لم يمكن إلا بأخذها أجمع فلا تقصير، ولو أمكن الدفع عنها بشئ من ماله (١٠) لا يستوعب

-
- (١) بالفتح وهو الودعي.
 - (٢) أي السباب والفحش.
 - (٣) أي عظيم القدر والمنزلة.
 - (٤) أي ومن الودعي من لا يعتد بمثل هذا السباب.
 - (٥) بالنصب خبر لكان: أي إن كان المال المأخوذ مال شخص الودعي فلا يجوز بذله في سبيل حفظ مال المودع.
 - (٦) سواء كان المال المأخوذ من الودعي بقدر الوديعة أم أنقص.
 - (٧) مرجع الضمير: (الوديعة) كما وأنها المرجع في (عنها) أي إن كان المال المأخوذ من الودعي من نفس الوديعة، فإن كان المأخوذ بعض الوديعة وجب على الودعي أن يدفع عن الوديعة بإعطاء بعضها حتى يتمكن من الاحتفاظ على بقيتها.
 - (٨) أي لو ترك الودعي إعطاء بعض مال الوديعة إلى الظالم في سلامة الوديعة مع إمكان سلامتها حينئذ فأخذ الظالم الجميع ضمن الودعي بقدر ما كان يمكنه سلامته، لا كلها.
 - (٩) أي المقدار الذي كان الودعي يمكنه التحفظ من الوديعة، لا جميع المال.
 - (١٠) أي من مال الودعي.

قيمتها (١) جاز (٢)، ورجع (٣) مع نيته.
 [وفي وجوبه نظر (٤)]، ولو أمكن حفظها عنه بالاستتار (٥)
 منه وجب فيضمن بتركه (نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيوري)
 بما يخرج عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان ويخصه بوقت
 أو جنس، أو مكان، أو نحوها، مغاير لما استودع، وإنما تجب التورية
 عليه مع علمه (٦) بها، وإلا سقطت (٧)، لأنه كذب مستثنى للضرورة
 ترجيحاً لأخف القبيحين (٨) حيث تعارضاً.
 (وتبطل) الوديعة (بموت كل منهما): المودع والمستودع، كغيرها
 من العقود الجائزة، (وجنونه وإغمائه) وإن قصر وقتها (فتبقى)
 في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه أو وليه،
 أو يده بعد صحته على تقدير عروضه له (أمانة شرعية) أي مأذونا

-
- (١) أي قيمة الوديعة.
 (٢) أي جاز الدفع إلى الظالم بشئ من مال نفسه حتى يتخلص.
 (٣) أي الودعي على المالك مع نية الرجوع.
 (٤) بين القوسين لا يوجد في بعض النسخ المخطوطة والمطبوعة.
 (٥) أي استتار الودعي. ومرجع الضمير في (منه): الظالم أي لو تمكن
 الودعي من تحفظ الوديعة عن الظالم وجب عليه ذلك.
 (٦) أي مع معرفة الودعي بأساليب التورية.
 (٧) أي التورية. أي وجوبها فيكذب حينئذ صريحاً، لأنه كذب جائز.
 فقول الشارح: "لأنه كذب.. الخ" تعليل لوجوب الكذب حينئذ.
 (٨) وهما: قبح الكذب. وقبح الغصب مع العلم بأن قبح الكذب أهون
 من قبح الغصب إذا كان الغرض من الكذب حفظ مال مسلم محترم.

في حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطلان إذنه بذلك (١).
ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها (٢) وإن لم يطلبها
المالك.

(ولا يقبل قول الودعي) وغيره ممن هي في يده (في ردها
إلا ببينة)، بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك فإنه لا يجب ردها بدون
الطلب، أو ما في حكمه كانقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله
في ردها كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية،
والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعية ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة، والمضاربة
بموت، ونحوه، وما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعة، وما ينزع
من الغاصب بطريق الحسبة (٣)، وما (٤) يؤخذ من الصبي والمجنون
من مال الغير وإن كان كسبا من قمار (٥) كالجوز والبيض، وما يؤخذ
من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسيانا (٦)،

(١) أي بعروض هذه الأمور.

(٢) بخلاف الوديعة المالكية، فإنها لا يجب ردها إلا مع طلب المالك.
(٣) كأن يرى المسلم أن مال أخيه المسلم قد سرق وهو قادر على إنقاذه
من السارق فأنقذه من يده حسبة لله جل شأنه، فيكون المال عنده أمانة شرعية.
(٤) أي يجد مالا لأحد بيد طفل، أو مجنون فيأخذه منهما تحفظا على مال
ذلك الغير.

(٥) أي اكتسب الطفل، أو المجنون ذلك المال من حرام كالقمار، ونحوه.

(٦) بأن يأخذ المال من الطفل، أو المجنون غفلة عن أنه طفل، أو مجنون.

- وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة كالصندوق من مال لا يدخل في المبيع (١) واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك (٢). وضابطه (٣): ما أذن في الاستيلاء عليه شرعا ولم يأذن فيه المالك. (ولو عين) المودع (موضعا للحفظ اقتصر) المستودع (عليه (٤)) فلا يجوز نقلها إلى غيره (٥) وإن كان أحفظ عملا بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك (٦). وقيل: يجوز إلى الأحفظ لدلالته عليه بطريق أولى. وهو ممنوع (٧) وجوز آخرون التخطي إلى المساوي، وهو قياس باطل. وحينئذ (٨) فيضمن بنقلها عن المعين مطلقا (٩) (إلا أن يخاف تلفها فيه (١٠))

-
- (١) بأن يجد في الصندوق ما يكون خارجا عن المبيع. وقوله: (من مال) متعلق بقوله: (وما يوجد): أي وما يوجد من المال في الأمتعة المشتراة، كما لو وجد شيئا في الصندوق فهو عنده أمانة شرعية. (٢) يعني يكون اللقيط - مع ظهور المالك - أمانة شرعية في يد اللاقط. (٣) أي القاعدة الكلية في الأمانة الشرعية. (٤) أي على المكان المعين. (٥) ولو لم يصدر منه نهي عن مكان آخر. (٦) أي في حفظ الوديعة. (٧) لعدم الأولوية نظرا إلى اختلاف الأغراض. (٨) أي حينما نقله إلى الأحفظ أو إلى المساوي، مع فرض عدم الجواز. (٩) أي سواء كان أحفظ أم مساويا. (١٠) أي في المكان المعين.

فينقلها (١) عنه إلى الأحفظ، أو المساوي مع الإمكان (٢)،
فإن تعذر (٣) فالأدون، (ولا ضمان) حينئذ للإذن فيه شرعا وإنما جاز
المساوي هنا (٤) لسقوط حكم المعين بتعذره (٥) فينتقل إلى ما في حكمه (٦)
وهو المساوي، أو ما فوقه، ويمكن شمول كلامه (٧) للأدون عند الخوف
وإن وجد المساوي، كما يشمل المنع (٨)،

-
- (١) أي الوديعة.
(٢) أي إمكان النقل إلى المساوي، أو الأحفظ.
(٣) أي النقل إلى المساوي، أو الأحفظ.
(٤) أي في الفرض الأخير وهو الخوف من التلف.
(٥) أي بتعذر المعين.
(٦) أي إلى ما في حكم المعين وهو المساوي.
(٧) أي يشمل كلام المصنف وهو قوله: (إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها
عنه): (المكان الأدون) أيضا إذا خيف تلف الوديعة في المكان الذي عينه المودع
فيجوز نقلها منه إلى هذا المكان.
(٨) أي ويشمل كلام المصنف وهو قوله: (إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها
عنه) (المكان الأعلى) في عدم جواز نقل الوديعة من المكان الذي عينه المودع
لو لم يكن هناك خوف.
فالحاصل أن جواز النقل من المكان الذي عينه المودع إلى غيره (الأدون
والأعلى) دائر مدار الخوف وعدمه فإن صدق الخوف جاز النقل من المكان المعين
إلى (المكان الأدون).
وإن لم يصدق الخوف لم يجز النقل من المكان المعين وإن كان المنقول إليه
(أعلى) من المكان المعين.
ومرجع الضمير في عدمه: (الخوف). أي عند عدم الخوف من تلف الوديعة

من الأعلى عند عدمه، ويشمل (١) أيضا فيهما (٢) ما لو نهاه عن غير المعين وعدمه (٣). وهو كذلك (٤).
(ويحفظ) الوديعة (بما جرت العادة به) في مكان الوديعة وزمانها، لأن الشارع لم يحد لها حدا فيرجع إلى العادة (كالثوب، والنقد في الصندوق) المقفل، أو الموضوع في بيت محرز عن الغير، (والدابة في الإصطبل) المضبوط بالغلق، (والشاة في المراح) كذلك (٥) أو المحفوظ بنظر المستودع.
وهذه الثلاثة (٦) مما جرت العادة بكونها حرزا لما ذكر (٧)،

(١) أي ويشمل كلام المصنف في الصورتين - وهما: صورتا جواز النقل من المعين إلى (الأدون) عند الخوف: وعدم جواز النقل من المعين إلى (الأعلى) عند عدم الخوف - ما لو نهاه أي حتى لو نهاه المالك عن النقل، وعدمه: أي وعدم نهيه.

والخلاصة: أن الحكم بالجواز في الصورة الأولى، وعدمه في الصورة الثانية ثابت، سواء نهاه المالك عن النقل إلى غير المعين أم لم ينهه.
(٢) أي في الصورتين: جواز النقل عند الخوف، وعدم جواز النقل عند عدمه.

(٣) أي وعدم نهيه.

(٤) أي هذا الشمول واقع في محله. والحكم بذلك صحيح.

(٥) أي المضبوط بالغلق.

(٦) الصندوق - الإصطبل - المراح.

(٧) من النقد والدابة والشاة.

وقد يفتقر إلى أمر آخر (١)، أو يقوم غيرها مقامها (٢) عادة.
ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه (٣)، وغيره
ولا بين من يعلم أنه لا حرز له وغيره (ولو استودع (٤) من طفل،
أو مجنون ضمن)، لأنهما ليسا أهلا للإذن فيكون وضع يده على مالهما
بغير إذن شرعي فيضمن، إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية
الحسبة (٥)، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن.
ولا فرق (٦) بين كون المال لهما، أو لغيرهما، وإن ادعى إذنه لهما
في الإيداع.

(١) كدفن الصندوق تحت الأرض أو جعل حارس على الوديعة إذا كان
المكان لا يسلم من السرقة.

(٢) أي يقوم غير هذه الثلاثة مقامها كوضع الشاة في بيت.

(٣) أي لا فرق بين من يملك الحرز أي ما يحافظ عليه ولو بالسهر، وبين
من لا يملكه.

وكذا لا فرق بين من يعلم أن المستودع لا حرز له أو لا يعلم بذلك فالواجب
على المستودع في هذه الصور بتمامها محافظة الوديعة فمرجع الضماير في يملكه: (الحرز)
وفي غيره: (من لا يملك الحرز) وفي له: (المستودع) وفي غيره: (من لا يعلم).
والفاعل في يعلم: (المودع) أي لا فرق في جميع هذه الصور في وجوب المحافظة
على المستودع.

(٤) أي لو تقبل شخص مال الطفل، أو المجنون وديعة واستلمه فيكون
ضامنا، لأنه وضع يده على مالهما من دون إذن شرعي لعدم قابليتهما للإذن.

(٥) كما علمت في الهامش رقم ٣ ص ٢٣٦.

(٦) أي ولا فرق في الضمان في الصورة الأولى وهو (عدم خوف التلف)
وعدم الضمان في الصورة الثانية وهو (خوف التلف) بين كون المال للطفل والمجنون

(و) حيث يقبض الوديعة منهما مع جوازه (١) أولاً معه (٢)
(بيراً بالرد إلى وليهما) الخاص (٣)، أو العام مع تعذره (٤)، لا إليهما
(ويجب إعادة الوديعة على المودع) مع المطالبة في أول وقت الإمكان
بمعنى رفع يده عنها، والتخلية بين المالك وبينها (٥)، فلو كانت
في صندوق مقفل ففتحه عليه (٦)، أو بيت محرز فكذلك (٧)،
لا نقلها (٨) إلى المالك زيادة على ذلك.

أم لغيرهما، وإن ادعيا أنهما مأذونان من قبل الولي في إيداعهما. فمرجع الضمير
في إذنه: (الولي).

- (١) كما في مورد خوف تلف المال في يد الصبي والمجنون.
- (٢) كما في صورة عدم الخوف، فمرجع الضمير في " لا معه ": (عدم الخوف).
- (٣) كالأب والجد للأب.
- (٤) أي مع تعذر وجود الولي الخاص لو أعطى المستودع الوديعة إلى الحاكم الشرعي الجامع لشرائط الإفتاء والقضاء برئت ذمته من الضمان.
- (٥) أي بين الوديعة.
- (٦) أي على المستودع، فالظرف مرفوع محلاً خبر للمبتدأ وهو (ففتحه).
- والمعنى: أن الوديعة لو كانت في صندوق مقفل فطلبها المودع من المستودع ففتح الصندوق من قبل المستودع للمودع يعد تخلية منه له ويعد رفع اليد عنها. ولا يجوز قراءة عين الفعل من " ففتحه " بالفتح بل هي بالسكون.
- (٧) أي وكذا لو كانت الوديعة في بيت محفوظ وجب على المستودع فتح البيت للمودع، ففتحه للمودع يعد تخلية ورفع اليد عنها.
- (٨) أي ليس على المستودع نقل الوديعة بل عليه فتح الصندوق، أو البيت فقط فالزائد من ذلك لا يكون عليه.

والعذر (١) الشرعي كإكمال الصلاة وإن كانت نفلا على الأقوى (٢) ما لم يتضرر المالك بالتأخير، والعادي (٣) كانتظار انقطاع المطر، ونحوه (٤) كالعقلي (٥)، وفي إكمال الطعام والحمام وجهان. والمعتبر في السعي القصد (٦) وإن قدر على الزيادة. والحكم ثابت كذلك (٧) (وإن كان) المودع (كافرا) مباح المال كالحربي، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد. وروى (٨) الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: " سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا، والمودع رجل خارجي شيطان، فلم أدع شيئا (٩) فقال عليه السلام: قل له: يرد عليه فإنه إئتمنه عليه

(١) بالرفع مبتداء، خبره: (كالعقلي) الآتي أي العذر الشرعي مثل العذر العقلي.

(٢) قيد للصلاة النافلة، لا للصلاة الواجبة.

كما وأن (ما لم يتضرر) قيد لكلي الصلاتين (الواجبة والنافلة).

(٣) بالجر عطفًا على الشرعي أي العذر العادي كالعذر الشرعي.

(٤) كانتظار الضياء في الظلام.

(٥) الظرف مرفوع محلا خبر للمبتدأ وهو قوله: (والعذر الشرعي).

(٦) أي المعتبر في المشي: المشي المتوسط لا العدو، كما في قوله تعالى: (وأقصد في مشيك).

(٧) أي في وجوب إعادة الوديعة على النحو المذكور.

(٨) التهذيب كتاب الوديعة باب ١٦ الحديث ٨.

(٩) أي لم أترك في حق الرجل المودع شيئا من قبيل هذه الكلمات: " إنه شيطان خارجي ".

بأمانة الله "، وعن الصادق عليه السلام " أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا (١) ".

(ويضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبة)، وإمكان الرد على الوجه السابق، لأنه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه، (أو أودعها) لغيره، ولو لزوجته، أو ثقة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطر إليه (٢) بأن خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك، والحاكم أودعها (٣) العدل. وفي حكم إيداعها اختيارا إشراك (٤) الغير في اليد ولو زوجة وولدا، ووضعها (٥) في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، (أو سافر بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاما، أو خاصا، أو إيداعها العدل فترك وأخذها معه فيضمن.

(١) الوسائل كتاب أحكام الوديعة باب ٢ الحديث ٥.

(٢) أي إلى الإيداع.

(٣) جواب (لو الشرطية) في قوله:

فلو اضطر إليه، أي لو اضطر إلى الإيداع أودع الوديعة.

و (العدل) منصوب على أنه مفعول ثان ل (أودعها).

(٤) مرفوع على أنه مبتدأ مؤخر خبره (وفي حكم إيداعها) أي وفي حكم

إيداع الوديعة في حالة الاختيار ومن دون ضرورة تقتضي إيداعها لو أشرك المستودع الغير في التصرف عليها - ولو كان الغير زوجته أو ولده - في أن المستودع يكون ضامنا لو تلفت.

(٥) بالرفع عطفا على (إشراك) فهو مبتدأ مؤخر خبره (وفي حكم

إيداعها) أي وفي حكم إيداع الوديعة في حالة الاختيار ومن دون ضرورة وضعها

أما مع الضرورة بأن تعذر جميع ما تقدم، وخاف عليها في البلد، أو اضطر إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ. والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً، وفي السفر (١) العرفي أيضاً فما قصر عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه مصاحبته مع أمن الطريق، ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها، واستثني منه (٢) ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع منتجعاً (٣)، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدم (٤) المالك عليه. (أو طرحها في موضع تتعفن فيه) وإن كان حرزا لمثلها،

في محل مشترك في التصرف بحيث لا تلاحظ الوديعة في سائر الأوقات فإن المستودع يكون ضامناً لها لو تلف.

(١) الجار والمجرور متعلق ب (والمعتبر) أي والمعتبر في السفر السفر العرفي كما وأن المراد من التعذر التعذر العرفي أيضاً.

(٢) أي استثني من عدم جواز السفر (الصورة التي جعلت الوديعة عنده حال كونه مسافراً) و (مسافراً) منصوب على الحالية.

(٣) أي طالباً للكلاء. فالمعنى أن المستودع لو كان طالباً للكلاء فأودع شخص عنده وديعة وهو في تلك الحالة جاز للمستودع أخذ الوديعة وصحبها معه في السفر.

(٤) أي لإقدام المالك على حالة سفر المستودع. في تعليل لعدم الضمان في الصورتين.

وهما: صورة كون الودعي مسافراً. وصورة كونه منتجعاً أي طالباً للكلاء.

لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمر آخر هذا (١) منها. وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب. وضابطه ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه، (أو ترك سقي الدابة، أو علفها ما لا تصبر عليه عادة)، ومثلها المملوك والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه فيضمنها حينئذ (٢) وإن ماتت بغيره. ولا فرق في ذلك (٣) بين أن يأمره بهما (٤)، ويطلق، وبينها، لوجوب حفظ المال عن التلف، هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة وهو أحد القولين في المسألة. والأقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب

-
- (١) أي عدم طرح الوديعة في مكان عفن شرط كما يشترط عدم جواز أخذها وصحبها معه في السفر.
- فلو طرحها المودع في ذلك المكان ضمنها كما كان يضمنها لو أخذها وصحبها معه في السفر بلا ضرورة.
- (٢) أي حين أن قصر المستودع في سقي الدابة وعلفها، وإن ماتت الدابة بسبب آخر غير قلة الأكل والشرب.
- (٣) أي في ضمان الوديعة.
- (٤) وهما: السقي والعلف.
- والمراد من الإطلاق في قوله (ويطلق): عدم الأمر والنهي من المودع في السقي والعلف.
- وكان الأنسب في العبارة أن يقال: (ولا فرق بين أن يأمر بهما وبينها عنهما ويطلق).

على مالكة لا على غيره، نعم يجب في الحيوان مطلقا (١) لأنه ذو روح لكن لا يضمن بتركه كغيره (٢).

واعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم فإن تعذر (٣) أنفق هو وأشهد عليه ورجع به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراده وقبل قوله فيها، وفي القدر (٤) بالمعروف، وكذا القول مع نهى المالك له عنه (٥). وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

(أو ترك نشر الثوب) الذي يفسده طول مكثه كالصوف، والإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع (٦) بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه، وكذا عرضه (٧) على البرد.

-
- (١) سواء أمره بهما أم نهاه عنهما.
 - (٢) لتوجه الحكم التكليفي نحوه، دون الوضعي.
 - (٣) أي لو تعذر وجود الحاكم الشرعي.
 - (٤) أي وقبل قوله في القدر المعروف وهو القدر المتعارف أيضا ومرجع الضمير في فيها (نية الرجوع).
 - (٥) أي عن الإنفاق.
 - فالمعنى أن قول المستودع يقبل لو ادعى نهى المودع له عن الإنفاق. فلو ماتت الدابة لم يكن ضامنا حينئذ.
 - (٦) أي خوف التلف، فلو لم يلبس الثوب وتلف ضمن.
 - (٧) أي وكذا يجب على المستودع عرض الثوب على البرد لو احتاج إليه فلو لم يفعل وتلف ضمن.

ومثله (١) توقف نقل الدابة إلى الحرز، أو العلف، أو السقي على الركوب، والكتاب على تقليبه، والنظر فيه فيجب ذلك كله، ويحرم بدونه، (أو انتفع بها (٢)) لا لذلك، (أو مزجها) بماله، أو بمال غيره بحيث لا يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا وإن كانا لواحد ومثله (٣) لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده، للتعدي في الجميع. (وليرد) الوديعة حيث يؤمر به (٤)، أو يريده هو (٥) (إلى المالك أو وكيله) المتناول وكالته (٦) مثل ذلك (٧) مخيرا فيهما (٨)، (فإن تعذر)

(١) أي ومثل نشر الثوب في وجوبه ركوب الدابة لو احتاج نقلها إليه فلو لم يفعل وتلفت الدابة ضمنها. وكذا تقليب الكتاب لو احتاج إليه واجب على المستودع فلو لم يفعل وتلف ضمن. (٢) أي بالوديعة، لا لأجل النشر، أو النقل، أو عرضها على البرد بل لغاية أخرى غير هذه الغايات فإنه يضمنها لو تلفت الوديعة. (٣) أي ومثل مزج الوديعتين لو كانتا لواحد خلط الوديعة بمال آخر لمالك الوديعة لم يودعها عنده. (٤) أي بالرد. ونائب الفاعل في يؤمر: (المستودع). (٥) أي وكذا يرد الوديعة لو أراد المستودع الرد. (٦) سواء كانت وكالة الوكيل خاصة في أخذ الوديعة فقط أم أعم من ذلك (٧) أي مثل تسليم الوديعة إلى الوكيل. فالوكالة إذا كانت هكذا فالواجب على المستودع رد الوديعة إلى الوكيل. (٨) أي المستودع مخير في رد الوديعة إلى المالك أو إلى وكيله ويحتمل أن تكون (فيهما) بمعنى بينهما أي مخيرا بينهما.

للمالك، أو وكيله (فالحاكم) الشرعي (عند الضرورة إلى ردها)، لا بدونه (١)، لأن (٢) الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلته (٣).

وإنما جاز الدفع إليه (٤) عند الضرورة دفعا للحرص والإضرار، وتنزيلا له (٥) حينئذ منزلة من لا وكيل له، وتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعا لماله، أو استقلالها، أو الخوف عليها من السرقة، أو الحرق، أو النهب، ونحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم، أو المالك. (ولو أنكر الوديعه حلف) لأصالة البراءة، (ولو أقام) المالك (بها بينة قبل حلفه ضمن)، لأنه متعد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: لا تستحق عندي شيئا وشبهه) كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها ولا عوضها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يقبل قوله بيمينه أيضا، وإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة

(١) أي لا بدون الاضطرار.

(٢) تعليل لعدم جواز الرد بدون الضرورة.

(٣) أي بمنزلة الوكيل في الحفظ، بل هو وكيل في الحفظ.

(٤) أي إلى الحاكم الشرعي دفعا للحرص والضرر المتوجهين نحوه لو لم يدفعها إليه. وهما منفيان عنه.

(٥) أي وتنزيلا للحاكم الشرعي حين الضرورة والالتجاء منزلة شخص لا وكيل له فإنه في هذه الحالة يجب دفع مال مثله إلى الحاكم.

عنده، ولا يناقض قوله البيينة، ولو أظهر لإنكاره الأول (١) تأويلا كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها، أو ضمانها، ونحو ذلك فالأقوى القبول أيضا، واختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته. (والقول قول الودعي في القيمة لو فرط) لأصالة عدم الزيادة عما يعترف به.

وقيل: قول المالك (٢)، لخروجه (٣) بالتفريط عن الأمانة، ويضعف بأنه (٤) ليس مأخذ القبول. (وإذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) إن اتحد، (أو إلى من يقوم مقامه) من وكيل، وولي، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية، وإلا فالى الأهل (٥)، وولي الناقص (٦)،

-
- (١) وهو إنكار الوديعة.
 - (٢) أي يقدم قول المالك.
 - (٣) أي لخروج الودعي عن الأمانة فلا يكون أمينا فلا يقبل قوله.
 - (٤) أي قبول قول الودعي ليس مبنيًا على أنه أمين حتى يقبل قوله حين كونه أمينا ولم يفرض في الأمانة، ولا يقبل قوله عند خروجه عن الأمانة بسبب التفريط، بل إنما يقبل قوله لكونه منكرًا للزيادة.
 - ومرجع الضمير في بأنه: (الأمانة) واسم (ليس) مستتر يرجع إلى الأمانة و (مأخذ) منصوب على الخبرية. وتذكير الضمير باعتبار المصدر.
 - فالمعنى أن الأمانة ليس مبني القبول حتى يقال: إن عدم الأمانة مبني عدم قبول قول الودعي.
 - (٥) أي يسلم الودعي الوديعة إلى من كان كاملا وأهلا للتسلم.
 - (٦) أي يسلم الودعي الوديعة إلى ولي الوارث إن كان ناقصا عن الأهلية كالطفل والمجنون.

(ولو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقيين (ضمن للباقي) بنسبة حصتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، وتجب المبادرة إلى ردها إليهم حينئذ (١) كما سلف (٢)، سواء علم الوارث بها أم لا. (ولا يبرأ) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فرط) بتركه غير مقفل، ثم قفله، ونحوه، لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد له الاستئمان بغير رد كأن يقول له: أودعتكها، أو استأمنتك عليها، ونحوه على الأقوى. وقيل: لا يعود بذلك، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه، أو يبرئه من الضمان على قول قوي. (ويقبل قوله بيمينه في الرد) وإن كان مدعياً بكل وجه (٣) على المشهور، لأنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك والأصل براءة ذمته

(١) أي حين موت المودع.

(٢) في قول المصنف رحمه الله: (وتبطل الوديعة بموت كل منهما) إلى قوله: (فتبقى في يده أمانة شرعية).

(٣) أي بكل وجه ادعى الودعي رد الوديعة وبأي نحو ادعاها، وفسر بعض قول الشارح رحمه الله: (بكل وجه) بمعنى أي تفسير: أي لو فسر المدعي بأي تفسير من معانيه الثلاثة التي مضت في كتاب القضاء ج ٣ ص ٧٦ في الهامش رقم ٢ - ٣ - ٤ - ٥ من طبعها الجديدة.

والأظهر المعنى الأول الذي اخترناه، لأن من تلك المعاني: أن المدعي لو ترك الخصومة لترك. وهذا التفسير للمدعي لا يأتي هنا، لأنه لو ترك مدعي رد الوديعة دعواه لم يتركه المودع، بل يطالبه بالوديعة طلباً حثيثاً.

هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لو ادعاه على غيره (١) كوارثه فكغيره من الأمناء، لأصالة عدمه وهو (٢) لم يَأتمنه فلا يكلف تصديقه.

ودعوى ردها (٣) على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده

(١) أي على غير من ائتمنه المودع كوارثه حيث يكون وارثا في المستقبل فإنه حينئذ لو ادعى ردها إلى مثل هذا الوارث يطالب بالبينة. كما لو ادعى ردها إلى أمين فإنه يطالب بالبينة.

(٢) الواو الحالية أي والحال أن المودع لم يَأتمن الوارث فلا يكلف بتصديقه للودعي لو ادعى رد الوديعة إلى مثل هذا الوارث الذي يكون في المستقبل وارثا (٣) أي ودعوى الودعي رد الوديعة على الوكيل مثل دعواه ردها على الموكل لأن يد الوكيل كيد الموكل.

كتاب العارية

بتشديد الياء، وتخفف، نسبة إلى العار، لأن طلبها عار، أو إلى العارة مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابة للإجابة، أو من عار إذا جاء وذهب لتحويلها من يد إلى أخرى، أو من التعاور وهو التداول. وهي من العقود الجائزة تثمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالبا، (ولا حصر أيضا) أي عودا إلى ما ذكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجابا وقبولا، بل كل ما دل على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب. ويكفي الفعل في القبول، بل لو استفيد رضاه من غير الألفاظ كالكتابة، والإشارة ولو مع القدرة على النطق كفي. ومثله (١) ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجدته عاريا، أو محتاجا إلى لبسه، أو فرش لضيافته فراشا، أو ألقى إليه وسادة، أو مخدة. واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتعاه. وينبغي تقييده (٢) بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد في الآية،

-
- (١) أي ومثل (ما لو استفيد رضاه): هذه الأشياء المذكورة في قول الشارح: (ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجدته عاريا، أو محتاجا إلى لبسه، أو فرش لضيافته) إلى آخر ما ذكره.
- (٢) أي تقييد جواز الانتفاع بشرط كونه دون الأكل من حيث الأهمية، لا فوق الأكل.
- ويحتمل أن يكون المراد من التقييد: تقييد حسن الظن كما هو الظاهر من عبارة الشارح رحمه الله فيما يأتي بقوله: (لا مطلق حسن الظن).

بجواز الأكل (١) من بيته بمفهوم الموافقة (٢)، وتعديه (٣) إلى من تناولته من الأرحام، لا مطلق حسن الظن لعدم الدليل، إذ المساوي (٤) قياس، والأضعف (٥) ممتنع بطريق أولى. (ويشترط كون المعير كاملاً جائز التصرف، ويجوز إعاره الصبي

-
- (١) في قوله تعالى: ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أحوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتا النور الآية ٦١.
- (٢) وهي الأولوية: فإذا كان الأكل جائزاً مع أنه يلزم ذهاب العين فغيره مع عدم ذهابها أولى.
- كما هو الحكم في قوله تعالى: (ولا تقل لهما أف) حيث إنها تدل بالموافقة على عدم جواز السب والفحش والضرب والقتل بطريق أولى.
- (٣) عطف على مدخول ينبغي أي وينبغي التعدي من الصديق إلى بقية الأرحام المذكورة في الآية الكريمة.
- (٤) وهو ما كانت منفعة المتاع مساوية للأكل من حيث الضرر على الصديق فهو قياس محض والقياس باطل.
- (٥) وهو ما كانت منفعة المتاع أشد خسارة على الصديق فهو ممتنع بطريق أولى.

بإذن الولي) لمال نفسه، ووليه (١)، لأن المعتمد إذن الولي وهو كاف في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يقبل قول الصبي في حقه (٢)، إلا أن تنضم إليه قرائن تفيد الظن المتأخيم للعلم به، كما إذا طلبها (٣) من الولي فجاء به الصبي وأخبر أنه أرسله بها، ونحو ذلك، كما يقبل قوله في الهدية (٤)، والإذن في دخول الدار بالقرائن، ولا بد مع إذن الولي له في إعاره ماله من وجود المصلحة بها بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت (٥)، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال (٦)، ونحو ذلك (٧).

(وكون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها) فلا يصح إعاره

-
- (١) بالجر عطفاً على نفسه أي يجوز للصبي إعاره ماله ومال وليه بإذن الولي في ماله ومال وليه.
 - (٢) أي إن لم يعلم المستعير بإذن الولي للصبي لم يقبل قوله في حق الولي.
 - (٣) مرجع الضمير: العين المعلومة في المقام. والفاعل في طلبها (المستعير) أي لو طلب المستعير العين من الولي فجاء بها الصبي فهذا قرينة على أن الولي قد أذن للصبي.
 - (٤) بأن قال الصبي: إنها هدية أرسلها الولي، هذا إذا كانت القرائن الحالية تدل على أن ما جاء به هدية.
 - (٥) أي في الوقت الذي يكون المتاع عند المستعير.
 - (٦) كالسجاد الإيراني حيث يضره الإهمال في الصيف في البلاد الحارة.
 - (٧) مما تكون الإعاره في مصلحة الطفل.

ما لا يتم الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمة. ويستثنى من ذلك المنحة وهي الشاة المستعارة للحلب، للنص (١). وفي تعديده إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين (٢) أجود. (وللمالك الرجوع فيها متى شاء)، لاقتضاء جواز العقد ذلك، (إلا في الإعارة للدفن) أي دفن الميت المسلم ومن بحكمه (٣) فلا يجوز الرجوع فيه (بعد الطم)، لتحريم نبشه، وهتك حرمة، إلى أن تدرس عظامه. ولو رجع قبله (٤) جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل (٥) فمؤنة الحفر لازمة لولي الميت، لقدمه (٦) على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره (٧)،

-
- (١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٨٣ من كتاب العارية. وصرح في الجواهر في كتاب العارية بعدم وجود نص في المنحة من طرفنا. (٢) وهو في الشاة فقط. (٣) كالطفل، والمجنون، واللقيط في دار الإسلام. (٤) أي قبل الطم. (٥) وهو استصحاب جواز الرجوع في المستعار للمعير. (٦) لأن الولي أقدم على دفن الميت في الأرض المستعارة التي يجوز لصاحبها الرجوع فيها فما صرفه في الحفر يحسب على الولي، لا على الميت. (٧) مرجع الضمير (المكان المستعار). ومرجع الضمير في عليه (الولي) والمراد من غيره: غير هذا المكان المستعار. وحاصل هذه العبارة: أن الولي في صورة دفنه الميت في الأرض المستعارة ومواراته تحت التراب لا يجوز له نقله منها إلى غير تلك الأرض، لو رجع المالك

مما لا يزيد عوضه عنه (١) فيقوى كونه (٢) من مال الميت، لعدم التقصير (٣)، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه (٤). ويستثنى آخران (٥) أيضا: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك كما لو أعاره لوحا رقع به سفينته ولجج (٦)

عن العارية للزوم النباش والهتك المحرمين.

هذا إذا كان رجوع المالك عن العارية بعد مواراة الميت وطم القبر. وأما إذا كان الرجوع عنها قبل المواراة والطم جاز النقل، لعدم لزوم النباش والهتك المحرمين.

ففي هذه الصورة لو صرف الولي مؤنة لدفن الميت للحفر وغيره كانت عليه لتقصيره بذلك.

نعم إذا كان الولي مجبورا في دفن الميت في الأرض المستعارة بأن تعذر وجود مكان آخر غيرها فحينئذ فكلما صرفه وبذل عليه للحفر ونقله إلى المكان الآخر قبل المواراة والطم كان على الميت، لعدم تقصير الولي حينئذ.

- (١) مرجع الضمير (المكان الآخر). ومرجع الضمير في عوضه: (الحفر) أي في صورة تعذر المكان الآخر تكون المؤنة على الميت، لا على الولي، لو لم تكن قيمة الأرض الأخرى أكثر من قيمة الأرض المستعارة.
- (٢) أي مؤنة الحفر حينئذ أي حين تعذر المكان الآخر.
- (٣) أي من ناحية الولي.
- (٤) أي في الحفر من قبل المعير.
- (٥) أي أمران آخران.

(٦) بالتشديد يقال: لججت السفينة أي دخلت في اللجة. واللجة: معظم الماء أي أكثره والمقصود هنا توغل السفينة في البحر وابتعادها عن الساحل.

في البحر فلا رجوع للمعير إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها (١) مع نزعها من غير ضرر، ولو رجع قبل دخول السفينة، أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز، مع احتمال الجواز مطلقاً (٢) وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر، والثاني (٣) الاستعارة للرهن بعد وقوعه وقد تقدم (٤).

(وهي أمانة) في يد المستعير (لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط) إلا ما استثني (وإذا استعار أرضاً) صالحة للزرع، والغرس، والبناء عادة (غرس، أو زرع، أو بنى) مخيراً فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، وله الجمع بينها بحسب الإمكان لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق، أو التعميم، ومثله (٥) ما لو استعار دابة صالحة للركوب والحمل.

(ولو عين له جهة لم يتجاوزها) ولو إلى المساوي والأدون عملاً بمقتضى التعيين واقتصاراً على المأذون.

وقيل: يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضرراً وهو ضعيف.

(١) أي السفينة من غير ضرر عليها إذا أخذ المعير اللوحة.

(٢) سواء دخلت السفينة في البحر أم لا.

(٣) أي المستثنى الثاني في قوله: "ويستثنى آخران" الاستعارة في الرهن. كما إذا استعار زيد من عمرو عيناً فرهنها فلا يجوز حينئذ للمعير الرجوع في العارية بعد تمامية الرهن.

(٤) في كتاب الرهن من هذا الجزء ص ٦٨.

(٥) أي ومثل (ما إذا استعار أرضاً صالحة للاستفادة في منافع مختلفة): (الدابة الصالحة للركوب والحمل).

ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض في ذلك (١)، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا (٢) مطلقا (٣)، كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقا (٤).
 وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره (٥) ضمن الأرض (٦) ولزمه الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها (٧) ما قابل المأذون على الأقوى، لكونه تصرفا بغير إذن المالك فيوجب الأجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.
 نعم لو كان المأذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدرا معيناً فتجاوزه (٨)، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون (٩)، لأنه بعض ما استوفى من المنفعة

-
- (١) أي في الإذن.
 (٢) أي فلا يجوز التخطي إلى المساوي.
 (٣) سواء علم انتفاء الغرض أم لا.
 (٤) سواء كان إلى (الأدون) أم إلى (المساوي).
 (٥) أي إلى غير المعين.
 (٦) أي أجرتها.
 (٧) أي لا يسقط من الأجرة ما قابل العمل المأذون إن كان العمل المأذون أقل أجرة من العمل الصادر من المستعير.
 (٨) بأن قال المعير: احمل على الدابة وزنة واحدة فحمل المستعير عليها وزنتين.
 (٩) لا يقال: هذا مناف لما تقدم آنفا في الهامش رقم ٧ من عدم سقوط شيء من الأجرة في ما قابل المأذون.

وإن ضمن الدابة أجمع (١).
 (ويجوز له (٢) بيع غروسه، وأبنيته ولو على غير المالك (٣))
 على المشهور، لأنه مالك غير ممنوع من التصرف فيه (٤) فيبيعه ممن يشاء
 وقيل: لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه (٥)
 برجوع المعير، وهو (٦) غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف
 ومستحق القتل قصاصا (٧).
 ثم إن كان المشتري جاهلا بحاله فله الفسخ للعيب، لا إن كان عالما
 بل ينزل منزلة المستعير (٨).
 ولو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح، ووزع الثمن
 عليهما، فيقسط على أرض مشغولة به (٩) على وجه الإعارة مستحق

فإنه يقال: هذا يختلف عن ذلك حيث إن المستعير هناك خالف في نوع
 العمل، وهنا زاد المستعير في قدر العمل المأذون فيه بأن قال له: أحمل وزنة فحمل
 وزنتين.

- (١) لأن المخالف في هذا المقام يكون متعديا، والمتعدي ضامن.
- (٢) أي للمستعير.
- (٣) أي غير مالك الأرض.
- (٤) أي في البناء والغرس.
- (٥) أي ملك المشتري، لجواز رجوع المعير.
- (٦) أي عدم استقرار ملك المشتري.
- (٧) كالعبد القاتل.
- (٨) وللمناقشة فيه - قبل إحراز رضی المعير في البيع - مجال، لاختلاف الأغراض في الإعارة.
- (٩) أي بالزرع، أو البناء.

القلع بالأرث، أو الإبقاء (١) بالأجرة، أو التملك (٢) بالقيمة مع التراضي وعلى ما فيها مستحق القلع (٣) على أحد الوجوه (٤) فلكل (٥) قسط ما يملكه.

(ولو نقصت) العين المعارة (بالاستعمال لم يضمن) المستعير النقص، لاستناد التلف (٦) إلى فعل مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق (٧) وتقييده بالنقص قد يفهم أنها لو تلفت به (٨) ضمنها وهو أحد القولين في المسألة، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً وإن دخل في الإطلاق، فيضمنها آخر (٩) حالات التقويم. وقيل: لا يضمن

(١) عطف على (بالأرث).

وهذا الاستحقاق إما موجب للأرث كما في صورة فعلية القلع. وإما موجب للأجرة كما في صورة الإبقاء.

وإما لا يوجب أرثاً ولا أجرة كما في صورة التملك من قبل المعير برضى المستعير.

(٢) أي تملك صاحب الأرض للزرع، أو البناء.

(٣) وفي بعض النسخ: "مستحق للقلع" وهو غلط.

(٤) أي الوجوه المترتبة على استحقاق القلع التي شرحناها في الهامش رقم ١

(٥) أي فلكل من المعير والمستعير.

(٦) أي تلف البعض الذي هو النقص.

(٧) أي إطلاق الإذن.

(٨) أي بالاستعمال.

(٩) حال من المفعول في قوله: (فيضمنها).

أي فيضمن العين حال كونها في آخر حالات قيمتها المختلفة بحسب الأزمنة وهو يوم التلف.

أيضا كالتقص، لما ذكر من الوجه (١) وهو الوجه (٢).
(ويضمن العارية باشتراط الضمان) عملا بالشرط المأمور بالكون
معه (٣) سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما فيتبع شرطه.
(وبكونها ذهباً، أو فضة (٤)) سواء كانا دنانير ودرهم
أم لا على أصح القولين، لأن فيه (٥) جمعا بين النصوص (٦) المختلفة.
وقيل: يختص (٧) بالنقدين استنادا إلى الجمع (٨) أيضا،
وإلى الحكمة الباعثة على الحكم، وهي (٩) ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون

-
- (١) وهو إطلاق الإذن في التصرف.
 - (٢) أي وهو الصحيح.
 - (٣) في قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) أي كائنون مع شروطهم لا يفارقونها بالتخلف.
 - (٤) أي يضمن العارية إذا كانت ذهباً أو فضة من غير اشتراط الضمان.
 - (٥) أي في كون الذهب والفضة مضمونين بلا اشتراط، سواء كانا دنانير ودرهم، أم غيرهما.
 - (٦) الوسائل كتاب العارية باب ٣ الحديث ١ - ٢ - ٣ حيث تجد الأخبار هناك مختلفة. فبعضها يدل على نفي الضمان على الإطلاق. وبعضها يدل على الضمان إن اشترط، فالقول بضمن الذهب والفضة بلا اشتراط، سواء كانا دنانير ودرهم أم غيرهما هو مقتضى الجمع بين هذه الأخبار المختلفة.
 - (٧) أي الضمان.
 - (٨) أي الجمع بين النصوص.
 - (٩) أي الحكمة.

الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبة بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما (١).

ويضعف بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكم (٢) بغير الواقع (ولو ادعى المستعير (التلف حلف) لأنه أمين فيقبل قوله فيه (٣) كغيره (٤)، سواء ادعاه (٥) بأمر ظاهر أم خفي (٦)، ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس (٧). (ولو ادعى الرد حلف المالك)، لأصالة عدمه (٨)، وقد قبضه

(١) أي بعاريتهما.

(٢) أي هو فرض على خلاف الواقع، لأن الحكم بكون عارية الذهب والفضة موجبة بالذات للتلف: حكم بغير الواقع، لأن الواقع بقاء العين في عاريتهما أيضا.

(٣) أي في التلف.

(٤) أي كغير هذا الأمين من بقية الأمناء.

(٥) أي ادعى التلف بأمر ظاهر كالإحراق والغرق والتخيس.

(٦) كالسرقة.

(٧) بيان ذلك: أن المالك يطالب عين ماله ويدعي بقاءها. فلو لم يقبل الحاكم قول المستعير في تلفها معناه مطالبته برد العين مع أنها تالفة إما بالتلف الظاهري كالإحراق، أو الخفي كالسرقة.

ومن الجائز صدقه في التلف فيلزم حينئذ أي حين عدم قبول الحاكم قوله حبسه اللازم منه تخليده في الحبس.

(٨) أي عدم الرد.

لمصلحة نفسه (١) فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعي.
ومعنى عدم قبول قوله فيه. الحكم بضمانه للمثل، أو القيمة حيث
يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً (٢)، لما تقدم في دعوى التلف (٣)
(وللمستعير الاستئصال بالشجر) الذي غرسه في الأرض المعارة
للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به.
كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، وحرثه، وحراسته، وغيرها (٤)،
وليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالتفرج، (وكذا) يجوز
(للمعير) الاستئصال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس
في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظلل بشجر غيره،
أو في المباح كذلك (٥)، وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم
التصرف في الشجر.
(ولا يجوز للمستعير) إعاره العين المستعارة إلا بأذن المالك،
لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعة
بنفسه، ووكيله، لكن لا يعد ذلك إعاره، لعود المنفعة إليه،
لا إلى الوكيل.

-
- (١) لأنه استعار العين لمصلحة نفسه، بخلاف الودعي الذي قبض العين
لمصلحة المودع.
(٢) سواء تعذرت العين أم لا.
(٣) من أن الحكم عليه برد العين مطلقاً سواء تعذرت أم لا يوجب تخليد
المستعير في الحبس.
(٤) أي وغير هذه الأمور مما لها ربط بالشجر.
(٥) أي وكذلك يجوز له الجلوس في الأرض المباحة وإن اتفق له التظلل
بشجر غيره.

وحيث يعبر (١) يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منهما، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع (٢) على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة (٣) فيرجع (٤) عليه ببدل العين خاصة (٥) ولو كان (٦) عالما استقر الضمان عليه (٧) كالغاصب (٨)، وإن رجع (٩) على الثاني رجع (١٠) على الأول (١١) بما (١٢) لا يرجع (١٣)،

-
- (١) أي يعبر المستعير الأول العين بدون إذن صاحبها.
 - (٢) أي المستعير الأول.
 - (٣) أي العين المستعارة مضمونة على المستعير الثاني إذا اشترط المستعير الأول على الثاني الضمان.
 - (٤) أي المستعير الأول على المستعير الثاني.
 - ومرجع الضمير في عليه: (المستعير الثاني).
 - (٥) أي لا يبدل المنافع، لجهل الثاني بذلك.
 - (٦) أي لو كان المستعير الثاني عالما بأن العين ليست للمستعير الأول.
 - (٧) أي على المستعير الثاني.
 - (٨) في أنه لو غصب شخص عينا، أو منفعة يكون ضامنا لها.
 - (٩) أي المالك على المستعير الثاني مع جهله بكون العين ليست للمستعير الأول.
 - (١٠) أي المستعير الثاني.
 - (١١) أي على المستعير الأول.
 - (١٢) المراد من (ما) الموصولة (المنافع) أي رجع المستعير الثاني بالمنافع فقط على المستعير الأول لو رجع المالك على المستعير الثاني بالمنافع وأخذ مثلها أو قيمتها منه.
 - (١٣) بصيغة المضارع المعلوم. والفاعل: المستعير الأول.

عليه (١) به (٢) لو رجع (٣) عليه (٤)، لغروره، (ولو شرط (٥) سقوط الضمان في الذهب والفضة صح) عملا بالشرط.
(ولو شرط سقوطه (٦) مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز) لأنه في قوة الإذن له (٧) في الإتلاف فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر).
ويحتمل عدم صحة الشرط، لأنهما (٨) من أسباب الضمان فلا يعقل

-
- (١) أي على المستعير الثاني.
(٢) مرجع الضمير (ما) الموصولة المراد منها (المنافع) أي لا يرجع المستعير الأول على المستعير الثاني بتلك المنافع المستوفاة من قبل المستعير الثاني.
(٣) أي المالك.
(٤) أي على المستعير الأول.
وحاصل قوله: (وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه): أن المستعير الثاني - في صورة جهله بكون العين ليست للمعير - لو رجع المالك عليه فله الرجوع على المستعير الأول بكل ما غرمه للمالك حتى بدل المنافع التي أخذها المالك منه.
وأما المستعير الأول فليس له حق الرجوع على المستعير الثاني ببدل المنافع التي استفاد منها - لو رجع المالك عليه بتلك المنافع المستوفاة - لأنه هو الذي سلطه على استيفاء المنافع مجاناً فهو الذي أغراه بذلك فكيف يرجع فيها عليه!؟.
نعم هو يغرم كل ذلك للمالك، لأنه غاصب بالنسبة إليه.
(٥) أي المستعير في متن العقد على المعير.
(٦) أي سقوط الضمان في أية ودیعة كانت في العارية المضمونة أو غيرها.
(٧) أي للمستعير.
(٨) أي التعدي والتفريط.

إسقاطه قبل وقوعه (١)، لأنه كالبراءة مما لم يجب، والأول أقوى.
(ولو قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها حلف الراكب)، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير (٢)، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمته منها (٣).
(وقيل): يحلف (المالك)، لأن المنافع أموال كالأعيان فهي بالأصالة لملك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل وأصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك (٤)، لا من مطلق الحق (٥) بعد استيفائه منفعة ملك غيره (٦). (وهو أقوى)

-
- (١) أي السبب وهو التعدي والتفريط.
ومرجع الضمير في إسقاطه (الضمان).
(٢) المراد من ملك المستعير هو تملك المنافع حيث إنه يملكها إما من باب الإجارة، أو من باب الإعارة.
والمراد من اتفاقهما: اتفاق المالك والراكب.
(٣) أي من الأجرة.
(٤) وهي الأجرة المعينة المدعاة من قبل المالك.
ومرجع في ذمته (الراكب) أي أصالة براءة ذمة الراكب إنما تكون في خصوص الأجرة المعينة المدعاة من قبل المالك.
وأما المنافع مطلقا فلا يصح جريان أصالة البراءة فيها من قبل الراكب، لأنه قد استوفاهما.
(٥) حتى المنافع المستوفاة، بل هذه المنافع يرجع بها المالك على الراكب.
(٦) مرجع الضمير: المستعير الثاني، كما هو المرجع في استيفائه.
والمراد من غيره هو المستعير الأول أي لا معنى لعدم رجوع المستعير الأول

ولكن لا يقبل قوله فيما يدعيه من الأجرة، لأنه فيما مدع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع (١)، بل يحلف على نفي العارية، (ويثبت له أجرة المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه، (إلا أن تزيد) أجرة المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه بعدم استحقاقه سواه (٢). ويشكل (٣) بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجرة المثل، والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي

على المستعير الثاني بعد أن استوفى المستعير الثاني تلك المنافع.
(١) فلا يقبل قوله. والفاعل في قوله بل يحلف: (المالك).

(٢) أي سوى المسمى.

(٣) أي ثبوت أجرة المثل.

توضيحه: أن القول بحلف المالك وإثبات أجرة المثل مشكل، لأن المالك يدعي أجرة هي أكثر من أجرة المثل - فرضا - فالحكم بإعطائه أجرة المثل فقط دون الزائد محتاج إلى دليل شرعي كي يقتضي بنفي المقدار الزائد. والحال أن الدليل على ذلك غير موجود في المقام، إذ ليس في المقام سوى حلف المالك على نفي العارية والحلف على نفي العارية لا يكون حلفا على نفي الإجارة، ولا على نفي الأجرة التي يدعيها المالك.

كما وأن حلفه لم يكن يثبت الإجارة أيضا.

وأما إثبات أقل الأمرين من المسمى وأجرة المثل فهو شيء مسلم، لكن البحث في الدليل على نفي الزائد عن أجرة المثل وأن هذا الزائد بأي مستند نفيه؟ فهذه الزيادة لا تندفع إلا بحلف الراكب على نفيها. إذن لا بد من حلف الراكب حتى لا يأخذ المالك تلك الزيادة أو نكوله حتى يحلف المالك ويأخذ الزيادة.

نفيه (١)، وحلفه (٢) على نفي الإعارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها، وإثبات أقل الأمرين (٣) باليمين (٤) مسلم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره لا يندفع (٥) إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله (٦) فيحلف المالك عليها (٧)،

-
- (١) أي نفي الزائد.
(٢) والحاصل: أن نفي الراكب لتلك الزيادة المدعاة من قبل المالك لا ينسجم مع إنكاره لأصل الإجارة فنفيه محتاج إلى دليل شرعي.
اللهم إلا أن يقال: إن نفي الزائد ملازم لنفي الأصل وهو الكل فالدليل الشرعي على نفي الأصل هو الدليل لنفي الزيادة.
(٢) أي حلف المالك.
(٣) من أجرة المثل والمسمى.
(٤) أي يمين المالك.
وحاصل ما أفاده الشارح رحمه الله في هذا الباب: أن إثبات أقل الأمرين بسبب يمين المالك مسلم لكن يبقى النزاع في الزائد الذي يدعيه المالك على تقدير الزيادة.
وهذه الدعوى باقية لا ترتفع إلا إذا حلف الراكب على نفي الإجارة.
(٥) الظاهر احتياج (لا يندفع) إلى الواو كي تنسجم عبارة الشارح بأن يقال ولا يندفع إلا بحلف الراكب أي لا يندفع نزاع الزائد إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة.
(٦) أي نكول الراكب عن اليمين.
(٧) أي على الإجارة حين نكل الراكب عن اليمين.

ويأخذ الزيادة (١).
فالأقوى حينئذ أنهما يتحالفان لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه
فيحلف المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة ويثبت أقل
الأمرين، لانتفاء الزائد من المسمى (٢) بيمين المستعير، والزائد (٣)
عن أجره المثل باعتراف المالك. وهذا هو الذي اختاره المصنف في بعض
تحقيقاته.
هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة لها أجره عادة، أو ما يدعي
كونها مدة الإجارة، أما قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة،
وتسترد العين.

-
- (١) أي يأخذ المالك الزيادة أي المسمى وإن كان أكثر من أجره المثل.
(٢) أي في صورة زيادة المسمى عن أجره المثل.
(٣) بالجر عطفاً على مدخول (لام الجارة) أي ولانتفاء الزائد في صورة
زيادة أجره المثل عن المسمى.

كتاب المزارعة (١)

(وهي لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما معا، لكنها في الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم) ونسب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر فكأنه لذلك (٢) فاعل كالمضاربة، وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، وبالحصة (٣) إجارة الأرض للزراعة، أو الأعم (٤)، إذ لا تصح (٥) بحصة من الحاصل. وقيد الأجل لبيان الواقع (٦)، أو تخصيص للصحيحة (٧)، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية (٨)، وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف.

-
- (١) مصدر زارع يزارع من باب المفاعلة ولازمها وقوع الفعل من الطرفين كما أفاده الشارح أي يزارع كل واحد صاحبه، إلا أنها في الاصطلاح الشرعي: ما كان من طرف صاحب الأرض، أما العامل فهو قابل لها.
- (٢) أي لأجل طلب الآخر.
- (٣) أي وخرج بالحصة.
- (٤) أي أعم من الزراعة وغيرها.
- (٥) أي الإجارة، لأنه يشترط فيها معلومية العوض وهنا غير معلوم، للجهل بالحصة.
- (٦) لأنه لا بد في كل مزارعة - إذا وقعت - أن تكون بأجل معلوم.
- (٧) إذ الصحيحة منها ما كان مقيدا بالأجل.
- (٨) أي القيد توضيحي فإن الغرض منه إظهار حقيقة المزارعة، إذ ذكر

(وعبارتها: زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، وشبهه) كقبلتك (١) هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحا.

والمشهور جوازها بصيغة إزرع هذه الأرض، استنادا إلى رواية (٢) قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظا) على الأقوى كغيره (٣).
(وعقدها لازم)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، إلا ما أخرجه الدليل. وليس هذا منه إجماعا.

(ويصح التقايل (٤) فيه)، لأنه معاوضة محضة فيقبلها كالبيع، (ولا تبطل بموت أحدهما)، لأن ذلك من مقتضى لزوم. ثم إن كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا (٥) استأجر الحاكم عليه من ماله (٦)، أو على ما يخرج من حصته (٧)،

الشروط ليس من وظيفة التعريف.

(١) الصيغ الثلاثة الأخيرة تحتاج إلى مكمل كقولك قبلتك هذه الأرض لتزرعها إلى مدة معلومة بحصة معلومة.

(٢) التهذيب ج ٧ كتاب المزارعة ص ١٩٧ الحديث ١٨.

(٣) أي كغير هذا العقد من العقود اللازمة.

(٤) وهو إقالة كل منهما الآخر.

(٥) أي وإن لم يكن للعامل وارث، أو كان ولكن لا يعرف الزراعة فإن الحاكم الشرعي يستأجر في الموردین زارعا آخر من مال الوارث.

(٦) أي من المال الموجود فعلا للعامل. والضمير في " عليه " يرجع

إلى (العمل) أي يستأجر الحاكم على العمل من مال العامل المتوفى من يقوم للزرع

(٧) أي من حصة العامل المتوفى، فالحاكم يستأجر عاملا للزراعة بحيث

وإن كان (١) المالك بقيت بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل، واستثنى من الأول (٢) ما لو شرط عليه (٣) العمل بنفسه فمات قبله (٤). ويشكل لو مات بعده خصوصا بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل (٥) لأنه قد ملك الحصة.

(ولا بد من كون النماء مشاعا) بينهما (تساويا فيه، أو تفاضلا) فلو شرط لأحدهما شيء معين وإن كان البذر، وللآخر الباقي، أولهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط، وعدمه، (ولو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه مضافا إلى الحصة) من ذهب، أو فضة، أو غيرهما (صح) على المشهور ويكون قراره (٦) مشروطا بالسلامة كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه، لأنه كالشريك وإن كانت حصته معينة مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك عملا بإطلاق الشرط.

يكون وفاء الأجرة من حصته عند خروجها.

(١) أي كان المتوفى المالك، دون العامل.

(٢) وهي صورة موت العامل.

(٣) أي على العامل.

(٤) أي قبل مباشرة العمل فإنه ليس للحاكم أن يستأجر عاملا للزرع، إذ

العقد كان مع العامل المتوفى نفسه.

(٥) فإن الثمرة بعد ظهورها تحتاج أيضا إلى العمل. فلو مات العامل

قبل تمام العمل، سواء كان العامل هو صاحب الأرض، والبذر للآخر، أم كان

البذر لصاحب الأرض، والعامل هو الآخر.

(٦) أي الشرط المذكور.

(ولو مضت المدة والزرع باق فعلى العامل (١) الأجرة) لما بقي من المدة، (وللمالك قلعه) إذ لا حق للزارع بعدها (٢) فيتخير المالك بين القلع، والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، وإلا قلع، ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيرها، ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع. وهل يستحق المالك قلعه بالأرث، أو مجانا قولان، وظاهر العبارة ككثير عدمه (٣) وعلى القول به، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائما بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعا (٤).

(ولا بد من إمكان الانتفاع بالأرض) في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق (٥) (بأن (٦) يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع (٧)، أو تسقيها الغيوث غالبا)، أو الزيادة (٨) كالنيل. والضابط إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة، فإن لم يمكن

-
- (١) هذا إذا كان البذر للعامل.
 - (٢) أي بعد المدة.
 - (٣) أي عدم استحقاق الأرث.
 - (٤) أي يقوم مقلوعا أيضا. فالتفاوت بين التقويمين هو الأرث.
 - (٥) أي من دون تعيين نوعية الزرع.
 - (٦) بيان لصلاحية الأرض.
 - (٧) بفتح الميم والنون. وقد تضم الميم هو: الحوض الذي يجتمع فيه ماء المطر ويقال له: (البركة).
 - (٨) أي تسقيها الزيادة.

بطلت المزارعة وإن رضي العامل (١)، (ولو انقطع) الماء (في جميع المدة) مع كونه معتادا لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة، (وفي الأثناء يتخير العامل) لطرو العيب، ولا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحته فيستصحب والضرر (٢) يندفع بالخيار، (فإن فسخ فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة، لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له (٣)، وزواله (٤) باختياره الفسخ. ويشكل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، وعمله الماضي مشروط بالحصّة، لا بالأجرة فإذا فاتت (٥) بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك (٦).

-
- (١) لعدم صلاحية الأرض للزراعة حين لم يوجد فيها الماء، أو وجد ولكنه قليل لا يصلح للزراعة.
(٢) دفع وهم:
حاصل الوهم: أن العامل يتضرر ببقاء العقد صحيحا، وذلك لعدم انتفاعه بالأرض الفاقدة للماء.
والجواب أن الضرر الموجه إلى العامل قابل للاندفاع وذلك بجعل الخيار له حينئذ، فلو شاء فسخ العقد.
وهذا جبران للضرر المحتمل.
(٣) أي لذلك الغير.
(٤) أي زوال الانتفاع.
(٥) أي الحصّة.
(٦) أي دفع الأجرة إلى المالك بنسبة ما مضى من المدة التي كان الزرع فيها بعنوان الاستيجار.

(وإذا أطلق المزارعة (١) زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء إن شرط عليه (٢)، وإنما تخير مع الإطلاق، لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه (٣)، وأولى منه لو عمم الإذن، لدلالته على كل فرد فرد (٤).
وربما فرق بين الإطلاق، والتعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى (٥)، بخلاف التعميم. ومما ذكرناه (٦) يظهر ضعفه.

(ولو عين) شيئاً من الزرع (لم يتجاوز ما عين له)، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب أم صنفياً كالحنطة الفلانية، أم نوعياً (٧) أم غيره، لاختلاف الأغراض باختلافه (٨) فيتعين ما تعلق به (٩)، (فلو) خالف و (زرع الأضر قيل: تخير المالك بين الفسخ فله (١٠)

-
- (١) بأن لا يعين نوع الزرع.
 - (٢) أي شرط حين العقد أن البذر على المالك.
 - (٣) أي في ضمن الفرد.
 - (٤) من أنواع الزراعة.
 - (٥) أي بالفرد الأقوى من الزرع.
 - (٦) وهو قوله: (لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي) إلى آخر ما ذكره
 - (٧) كالحنطة، أو الشعير من دون قيد.
 - (٨) أي باختلاف الزرع.
 - (٩) أي الذي تعلق الغرض به.
 - (١٠) أي فللمالك أجره المثل عما زرعه العامل.

أجرة المثل) عما زرعه، (وبين الإبقاء، فله (١) المسمى مع الأرض).
ووجه التخيير (٢): أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي (٣)
بزيادة (٤) في ضمن زرع الأضر (٥)، فيتخير بين الفسخ لذلك (٦)
فيأخذ (٧) الأجرة لما زرعه، لوقوعه أجمع بغير إذنه، لأنه غير المعقود
عليه، وبين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرض
في مقابلة الزائد الموجب (٨) للضرر.
ويشكل (٩) بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين
ولم يحصل (١٠)،

-
- (١) أي فللمالك الحصة المسماة في العقد مع الأرض وهو التفاوت بين قيمة
الأضر، وقيمة الأنفع.
(٢) أي تخيير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل، وبين الإبقاء فله الحصة
المسماة في متن العقد مع الأرض.
(٣) من قبل العامل.
(٤) الباء بمعنى مع أي مع زيادة.
(٥) الأضر صفة للزرع أي الزرع المخالف لمتن العقد يكون وجوده أضر
للأرض. ولكن نفعه للعامل أكثر كما لو أخذ الزرع المخالف مدة أكثر من الزرع
الذي عينه المالك، أو كان سببا لضعف الأرض.
(٦) أي لأجل الضرر الوارد على أرض المالك.
(٧) أي المالك.
(٨) بالجر نعت (للزائد) أي الزائد الموجب للضرر.
(٩) أي ويشكل تخيير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل، وبين الإبقاء فله
الأخذ بالحصة المسماة.
(١٠) أي الزرع المعين.

والذي زرع لم يتناوله العقد، ولا الإذن (١)، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه (٢) الحصة، ومن ثم (٣) نسبه إلى القيل تنبيهها على تمريره. والأقوى وجوب أجره المثل خاصة.
(ولو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز) فيستحق (٤) ما سماه من الحصة، ولا أرش، ولا خيار، لعدم الضرر. ويشكل بأنه غير معقود عليه أيضا فكيف يستحق فيه شيئا، مع أنه (٥) نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه. والأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق (٦).
(ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل (٧)) وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا واحد (٨) وبعض الآخر، ويتشعب من الأركان الأربعة (٩) صور كثيرة لا حصر لها بحسب شرط

-
- (١) فما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.
(٢) أي في هذا الزرع المخالف الذي لم يتناوله العقد.
(٣) أي ومن أجل هذا الإشكال الذي ذكرناه.
(٤) أي المالك.
(٥) أي الثمر.
(٦) في قول الشارح رحمه الله: (والأقوى وجوب أجره المثل خاصة).
(٧) وهي آلات الحرث والحصد.
(٨) بالجر عطفًا على مدخول " جعل " أي وكذا يجوز جعل واحد من الأشياء المذكورة بتمامه، وبعض الآخر لا كله، على واحد. كأن يجعل البذر كله مثلا مع بعض العمل على العامل، أو المالك.
(٩) وهي: الأرض - البذر - العامل - العوامل.

بعضها من أحدهما، والباقي من الآخر (١).

(١) وإليك بعض صورها:

أما صور ما إذا كان من أحدهما أحد الأربعة، ومن الآخر ثلاثة فهي أربعة:

من أحدهما _ من الآخر

١ الأرض _ العمل والبذر والعوامل

٢ العمل _ الأرض والبذر والعوامل

٣ البذر - الأرض والعمل والعوامل

٤ العوامل - الأرض والعمل والبذر

وأما صور ما إذا كان من كل منهما اثنان فهي ثلاثة:

من أحدهما - من الآخر

١ الأرض والبذر - العمل والعوامل

٢ الأرض والعوامل - العمل والبذر

٣ الأرض والعمل - البذر والعوامل

فمجموع الصور سبعة.

هذا إذا فرضنا الأمور الأربعة كملا ومن غير تكسير: وأما في فرض

التبعض فترتفع الصور إلى ما لا نهاية لها مثلا: -

من أحدهما - من الآخر

١ العمل كله - الأرض والبذر والعوامل

٢ نصف العمل - الباقي والأرض والبذر والعوامل

٣ ثلث العمل الباقي - والأرض والبذر والعوامل

٤ ربع العمل الباقي - والأرض والبذر والعوامل

٥ خمس العمل - الباقي والأرض والبذر والعوامل

٦ سدس العمل - الباقي والأرض والبذر والعوامل

(٢٨٣)

من أحدهما - من الآخر

- ١٠٢ سدس الأرض ونصف البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٣ سدس الأرض وثلث البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٤ سدس الأرض وربع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٥ سدس الأرض وخمسة البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٦ سدس الأرض وسدس البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٧ سدس الأرض وسبع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٨ سدس الأرض وثمان البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٠٩ سدس الأرض وتسع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٠ سدس الأرض وعشر البذر - الباقي والعمل والعوامل

* * *

- ١١١ سبع الأرض وتمام البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٢ سبع الأرض ونصف البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٣ سبع الأرض وثلث البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٤ سبع الأرض وربع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٥ سبع الأرض وخمسة البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٦ سبع الأرض وسدس البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٧ سبع الأرض وسبع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٨ سبع الأرض وثمان البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١١٩ سبع الأرض وتسع البذر - الباقي والعمل والعوامل
 ١٢٠ سبع الأرض وعشر البذر - الباقي والعمل والعوامل

(وكل واحدة من الصور الممكنة جائزة) متى كان من أحدهما بعضها ولو جزء من الأربعة، ومن الآخر - الباقي، مع ضبط ما على كل واحد (١)، (ولو اختلفا في المدة حلف منكر الزيادة)، لأصالة عدمها، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها (٢) فكما سبق (٣)، (و) لو اختلفا (في الحصة) حلف (صاحب البذر)، لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكه في حصة الآخر (٤)، لأصالة عدم خروج ما زاد

من أحدهما - من الآخر

- ٣٢١ تسع البذر وجميع العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٢ تسع البذر ونصف العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٣ تسع البذر وثلث العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٤ تسع البذر وربع العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٥ تسع البذر وخمس العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٦ تسع البذر وسدس العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٧ تسع البذر وسبع العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٨ تسع البذر وثمان العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٢٩ تسع البذر وتسع العوامل - الباقي والعمل والأرض
 - ٣٣٠ تسع البذر وعشر العوامل - الباقي والعمل والأرض
- .. إلى أمثال هذه الفروض التي لا يجمعها حصر

(١) من الأركان الأربعة.

- (٢) أي من المدة كما لو ثبت عند الحاكم بقاء الزرع ستة أشهر ثم زاد عليها.
- (٣) (من أن المدة إذا انقضت والزرع باق فعلى العامل الأجرة لما بقي من المدة، وللمالك قلعه) إلى آخر ما ذكره الشارح.
- (٤) أعم من كونه صاحب الأرض، أو العامل.

عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له (١)، واتفاقهما (٢) على عقد تضمن (٣) حصة إنما نقل عنه في أصل الحصة، لا في الحصة المعينة فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.
(ولو أقاما بينة قدمت بينة الآخر (٤)) في المسألتين (٥) وهو العامل في الأولى، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله، والبينة بينة غريمه (٦) العامل، ومن ليس له بذر في الثانية (٧) من العامل، ومالك الأرض، لأنه الخارج بالنظر إلى البادر حيث قدم قوله مع عدم البينة.

(١) أي لما زاد.

- (٢) دفع وهم، حاصل الوهم: أنه ليس المالك والعامل قد اتفقا على ثبوت حصة للعامل؟ وهذه الحصة المتفق عليها قد نقلت عن (أصل عدم خروج ما زاد عن ملك المالك وعدم استحقاق الآخر لتلك الزيادة).
فلماذا يقدم قول صاحب البذر ولا يقدم قول الآخر؟
فأجاب الشارح رحمه الله بما حاصله: أن الاتفاق إنما وقع على أصل الحصة وهذا مما لا شك فيه.
وإنما الكلام في قدرها. والمشكوك هو المقدار الزائد على ما يعترف به المالك والأصل عدمه.
وجملة " إنما نقل عنه " مرفوع محلا خبر للمبتدأ في قول الشارح: (واتفاقهما).
(٣) مجرور محلا نعت للعقد أي اتفاقهما على عقد تضمن حصة.
(٤) أي مدعي الزيادة.
(٥) وهما: مسألة اختلاف المالك والعامل في المدة. واختلافهما في الحصة.
(٦) أي غريم صاحب الأرض. و (العامل) عطف بيان للغريم.
(٧) أي في المسألة الثانية وهي مسألة الاختلاف في الحصة.

(وقيل: يقرع)، لأنها لكل أمر مشكل.
ويشكل بأنه لا إشكال هنا فإن من كان القول قوله فالبينة بينة
صاحبه فالقول بتقديم بينة المدعي فيهما أقوى، (وللمزارع أن يزارع غيره
أو يشارك غيره)، لأنه يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له
نقلها، ومشاركة غيره عليها، لأن الناس مسلطون على أموالهم. نعم
لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالِكها.
وربما اشترط كون البذر منه (١) ليكون تمليك الحصة (٢) منوطاً به
وبه (٣) يفرق بينه (٤) وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقي
غيره. وهو (٥) يتم في مزارعة غيره، لا في مشاركته. ويمكن الفرق
بينهما (٦) بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة فلا يتسلط
عليه من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإن الغرض
فيها ليس إلا الحصة فلما لكها أن ينقلها إلى من شاء.
(إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له إدخال

-
- (١) أي من المزارع الذي يريد أن يزارع غيره.
 - (٢) أي الحصة التي يشترط لنفسه من الغلة. فإنه لولا ذلك لم يكن وجه
لتملكه شيئاً من الغلة.
 - (٣) أي وبكون البذر من المزارع.
 - (٤) أي بين المزارع.
 - (٥) أي اشتراط كون البذر من المزارع - إذا أراد أن يزارع غيره - يتم
في المزارعة.
 - أما في مشاركة المزارع للغير فلا يأتي هذا الوجه، وهو كون البذر من المزارع
(٦) أي بين المساقاة والمزارعة.

غيره مطلقا (١)، عملا بمقتضى الشرط.
(والخراج (٢) على المالك)، لأنه موضوع على الأرض ابتداء،
لا على الزرع، (إلا مع الشرط) فيتبع شرطه في جميعه، وبعضه،
مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه (٣)، ولو شرط الخراج
على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط
لم يتناولها.

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه (٤) الأجرة)
للباقي، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه (٥) أجرة مثل العامل
والعوامل (٦)، ولو كان (٧) من الزراع فعليه (٨) لصاحب الأرض
أجرة مثلها، ولما شرط عليه من الآخرين (٩)، ولو كان البذر منهما

-
- (١) سواء كان الإدخال بنحو المزارعة، أم المشاركة.
 - (٢) وهي ضريبة الأرض.
 - (٣) أي من الخراج كربعه، أو نصفه، أو خمسه مثلا.
 - (٤) أي على صاحب البذر.
 - (٥) أي على صاحب الأرض.
 - (٦) أي يعطي صاحب الأرض للعامل أجرة عمله، مع أجرة الأدوات
كالمحراث، والمسحاة، والبهيمة الحارثة، وغيرها.
 - (٧) أي البذر.
 - (٨) أي على الزارع.
 - (٩) بصيغة التثنية أي الركنين الآخرين من الأركان الأربعة في المزارعة
وهما: العمل والعوامل.

فالحاصل بينهما، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض، وباقي الأعمال (١).

(ويجوز لصاحب الأرض الحرص (٢) على الزارع) بأن يقدر ما يخصه من (٣) الحصة تخميناً ويقبله (٤) به (٥) بحب (٦) ولو منه (٧) بما خرصه (٨) به (٩) (مع الرضا). وهذه معاملة خاصة

(١) أي لصاحب الأرض أجرة أرضه على العامل، ولصاحب العمل على صاحب الأرض، أجرة العمل، وبقيّة الأركان الأربعة إذا كانت تخصه منها وصاحب الأكثر يستحق الزيادة على الآخر بعد طرح ما يقابل حصته.

(٢) الخرص - بفتح الخاء وسكون الراء - : التخمين.

(٣) (من) بيان ل (ما) الموصولة.

(٤) من باب التفعيل، منصوب عطفاً على مدخول أن الناصبة، فاعله:

(المالك) ومرجع الهاء: (الزارع).

(٥) مرجع الضمير: (ما) الموصولة المراد منها الحصة المختصة للمالك.

(٦) أي بإزاء الحب.

(٧) مرجع الضمير: (الزرع المشترك) بين المالك والزارع.

(٨) مرجع الضمير: (ما) الموصولة والفاعل في (خرص): (المالك).

(٩) مرجع الضمير: (المقدار المخمن).

وحاصل المعنى: أن المالك يجوز له أن يبيع للزارع، أو يصلحه المقدار الذي يخصه من حصته من الزرع تخميناً بمقدار آخر، ويقبله بإزاء الحب الذي يأخذه من الزارع، سواء كان الحب من نفس الزرع المشترك بينهما أم من زرع آخر لكنه يشترط أن لا يكون ذلك المقدار الذي وقع بإزاء حصته أزيد، أو أنقص من الحصة المخمنة كما أفاده الشارح رحمه الله.

مستثناة من المحاقلة (١) إن كانت بيعاً، أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامة، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا شيء) على الزراع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة، ولو أتلّفه متلف ضامن (٢) لم تتغير المعاملة، وطالب المتقبل (٣) المتلف بالعوض، ولو زاد (٤) فالزائد للمتقبل، ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط (٥) بسببه شيء. هذا إذا وقعت المعاملة بالتقبيل، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه (٦)، مع احتمال كونه كذلك (٧)، ولو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه كالبيع (٨) وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع (٩).

-
- (١) وهو بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه وقد تقدم شرحها في الجزء الثالث كتاب التجارة ص ٣٦٣.
 - (٢) القيد لإخراج الحيوان مثلاً حيث لا يتوجه نحوه الضمان.
 - (٣) وهو الزارع.
 - (٤) أي الزرع بأن كان التخمين أقل مما ينبغي.
 - (٥) أي من المالك بسبب هذا النقصان. والفائت من حق الزارع.
 - (٦) من عدم الزيادة والنقصان إذا كانت السلعة من جنس واحد. وغيرهما من شرائطه.
 - (٧) أي لا يشترط فيه شرائط البيع.
 - (٨) أي يشترط فيه شرائط البيع.
 - (٩) في الجزء الثالث كتاب التجارة ص ٣٦٨.

كتاب المساقاة

(وهي لغة) مفاعلة من السقي، واشتق منه (١)، دون باقي أعمالها (٢)، لأنه أنفعها، وأظهرها (٣) في أصل الشرعية، وهو نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار مع كثرة مؤنثه. وشرعا (معاملة على الأصول بحصة من ثمرها). فخرجت بالأصول المزارعة، وبالحصة الإجارة المتعلقة بها (٤) فإنها لا تقع بالحصة (٥)، والمراد بالثمرة معناها المتعارف (٦) لتردده (٧) في المعاملة على ما يقصد

-
- (١) أي إنما اشتق اسم هذه المعاملة (المساقاة) من السقي مع أنها تشتمل على كثير من الأعمال التي من جملتها السقي.!
 - وذلك لأن السقي أنفع الأعمال المقصودة من هذه المعاملة وأظهرها، لأنها إنما تكون في أمثال البساتين المشتملة على الأشجار التي لا تحتاج إلى الغرس، بل إلى مجرد مراعاة الأشجار والمواظبة على سقيها وأمثال ذلك.
 - (٢) أي أعمال المساقاة.
 - (٣) أي أظهر الأعمال.
 - (٤) أي بالأصول.
 - (٥) بل الأجرة المعلومة كما تأتي الإشارة إليها إن شاء الله تعالى.
 - (٦) وهو الذي يؤكل.
 - (٧) مرجع الضمير (المصنف) أي لتردد المصنف في أن المساقاة على الأصول بحصة من الورق أو الورد، هل تصح أم لا.

ورقه وورده، ولو لوحظ إدخاله (١) أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه الورق المقصود والورد، ولم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره لأن ذلك شرط لها (٢)، وذكره (٣) في التعريف غير لازم، أو معيب ومن قيد به (٤) جعله وصفا للشجر مخصصا لموضع البحث، لا شرطا (٥) (وهي لازمة من الطرفين) لا تنفسخ اختيارا، إلا بالتقاييل. (وإيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحا، كقبلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاة ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي، وزاد في التذكرة تعهد نخلي أو اعمل فيه. وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر (٦) من غير نص مخصص مشكل.

وقد نوقش في أمر المزارعة (٧) مع النص عليه، فكيف هذا (٨). (والقبول الرضا به) وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي، كما مر في المزارعة إذ الرضا يحصل بدون القول. والأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه، لأن الرضا أمر باطني

(١) أي إدخال ما يقصد ورقه، أو ورده.

(٢) أي للمساقاة.

(٣) أي شرط الثبوت.

(٤) أي بالثبات بأن قال: (على أصول ثابتة).

(٥) أي لا لكون الثبات شرطا في صحة المعاملة.

(٦) كما أفاده في التذكرة بقوله: "تعهد نخلي"، أو "اعمل فيه".

(٧) حيث ورد وقوعها بلفظ الأمر في النص.

(٨) أي أمر المساقاة.

لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه. وهو السر في اعتبار الألفاظ الصريحة
الدالة على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطني
لا يعلم إلا به ويمكن أن يريد هنا ذلك.
(وتصح) المساقاة (إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة)، سواء
(ظهرت) قبل العقد (أو لا).
والمراد بما فيه مستزاد الثمرة نحو الحرث والسقي، ورفع أغصان
الكرم على الخشب، وتأبير ثمرة النخل. واحترز به عن نحو الجذاذ،
والحفظ، والنقل، وقطع الحطب الذي يعمل به الدبس من الأعمال التي
لا يستزاد بها الثمرة، فإن المساقاة لا تصح بها إجماعاً. نعم تصح الإجارة
حينئذ (١) على بقية الأعمال بجزء (٢) من الثمرة، والجعالة (٣)،
والصلح (٤) (ولا بد) في صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه
(نابتاً) بالنون، أو بالثاء المثلثة (٥)، ويخرج على الأول (٦) المساقاة
على الودي (٧) غير المغروس، أو المغروس الذي لم يعلق (٨) بالأرض،

-
- (١) أي حين لم يبق من العمل ما يستزاد به الثمرة.
 - (٢) أي بجزء معلوم من الكيل، أو الوزن.
 - (٣) أي وتصح الجعالة في بقية الأعمال التي لا تستزاد بها الثمرة.
 - (٤) أي ويصح الصلح في بقية الأعمال التي لا تستزاد بها الثمرة.
 - (٥) أي ثابتاً.
 - (٦) وهو (نابتاً).
 - (٧) وهو (صغار النخل قبل الغرس).
 - (٨) من علق يعلق بمعنى عدم ثبات جذور الشجر وأصوله في الأرض.

والمغارسة (١)، وبالثاني (٢) ذلك، وما لا يبقى غالبا كالخضراوات. ويمكن خروجها (٣) بالشجر فيتحد المعنيان (٤)، (ينتفع بثمرته مع بقاء عينه) بقاء يزيد عن سنة غالبا. واحترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر فإنها ليست كذلك (٥)، وإن تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت، وبقي القطن أزيد من سنة، لأنه خلاف الغالب.

(وفيما له ورق) لا يقصد من عمله بالذات إلا ورقه (كالحناء نظر (٦)) من (٧) أنه في معنى الثمرة فيكون مقصود المساقاة حاصلًا به ومن (٨) أن هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهالة العوض فيقتصر بها على موضع الوفاق، ومثله (٩) ما يقصد ورده، وأما التوت

-
- (١) بالرفع عطفًا على فاعل " ويخرج " الذي هي المساقاة أي ويخرج على الأول وهو (نابتا) المغارسة وهي الإجارة على غرس الأشجار.
 - (٢) وهو (ثابتا) بالثاء المثلثة (الودي) الذي هو صغار النخل ولم يغرس بعد، وخرج أيضا (ما لا يبقى غالبا كالخضراوات).
 - (٣) أي الخضراوات.
 - (٤) وهما: (نابتا. وثابتا).
 - (٥) أي لا تبقى إلى سنة.
 - (٦) هذا هو التردد الذي أشار إليه الشارح رحمه الله وأشرنا إليه في الهامش رقم ٥ - ٦ ص ٣١١.
 - (٧) دليل لجواز وقوع المساقاة على هذه الأشجار.
 - (٨) دليل لعدم جواز وقوع المساقاة.
 - (٩) أي ومثل ما يقصد ورقه: ما يقصد ورده.

فمنه ما يقصد ورقه وحكمه كالحناء (١)، ومنه ما يقصد ثمره، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر، والقول بالجواز في الجميع (٢) متجه (ويشترط تعيين المدة) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا حد لها في جانب الزيادة، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة، (ويلزم العامل مع الإطلاق) أي إطلاق المساقاة بأن قال: ساقيتك على البستان الفلاني سنة بنصف حاصله فقبل (كل عمل يتكرر كل سنة) مما فيه صلاح الثمرة، أو زيادتها كالحرث، والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، ومثله أغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة، أو الأصل، (ومنه زيادة الكرم)، والسقي، ومقدماته المتكررة كالدلو، والرشا (٣) وإصلاح طريق الماء، واستنقائه (٤)، وإدارة الدولاب (٥)، وفتح رأس الساقية، وسدها عند الفراغ، وتعديل الثمرة بإزالة ما يضرها من الأغصان

(١) في أنه محل التردد.

(٢) حتى ما لا يقصد ثمره.

(٣) بالكسر، جمعه أرشية: الحبل.

(٤) في أغلب النسخ الخطية والمطبوعة: (واستنقائه) والصحيح ما أثبتناه، لشمول قول الشارح: (وإصلاح طريق الماء): استنقاء الطريق أيضا. والمراد من استنقاء الطريق كون الطريق بعد إصلاحه قابلا لسقي الشجر أي لوصل الماء إليه.

وأما إذا أرجعنا الضمير إلى الماء فيكون المراد منه: أن العامل يتولى سحب الماء من البئر، أو نحوها.

(٥) أي دولاب الناعور. وفي زماننا هذا يلتزم العامل بنصب المضخات وما يلزمها من العمال، والوقود.

والورق ليصل إليها الهواء، وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك (١)، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضرها، ولقاطها (٢) بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له وما يعمل دبسا فكذا، وهكذا، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه، وتقليبها، ووضعها على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال (ولو شرط بعضه (٣) على المالك صبح) بعد أن يكون مضبوطا (لا جميعه)، لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل فلا بد أن يبقى عليه منه شيء فيه مستزاد الثمرة وإن قل، (وتعيين الحصة بالجزء المشاع) كالنصف، والثلث، (لا المعين) كمائة رطل، والباقي للآخر، أو بينهما.

(ويجوز اختلاف الحصة في الأنواع) كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو النوع الفلاني (إذا علمهاها) أي الأنواع (٤) حذرا من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسين (٥) مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

-
- (١) أي عند نضجها.
 - (٢) بكسر اللام بمعنى جمع العناقيد والتقاطها. ومرجع الضمير (العناقيد) والمراد أن كل شيء يلتقط من الأشجار والنخيل يجب أن يكون في وقته.
 - (٣) أي بعض العمل.
 - (٤) المراد من العلم بأنواعها (هو العلم بأنواع الشجر) وأن أيها أكثر عددا وأيها أقل.
 - (٥) وهما: العنب والتمر مثلا.
- والمقصود أن احتواء البستان على التمر قد يكون أكثر من احتوائه على العنب أو بالعكس.

(ويكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصاة (ذهبا، أو فضة (١))، ولا يكره غيرهما، للأصل. (فلو شرط) أحدهما (٢) (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الثمرة) فلو تلفت أجمع، أو لم تخرج لم يلزم (٣)، لأنه حينئذ أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفاتت شيئا آخر، ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملا بالشرط، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة.

(وكلما فسد العقد فالثمرة للمالك)، لأنها تابعة لأصلها، (وعليه) أجرة مثل العامل)، لأنه لم يتبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجرة.

هذا إذا لم يكن (٤) عالما بالفساد، ولم يكن الفساد بشرط عدم

والمراد من أقل الجزئين أقل الحصتين بأن كان للعامل من حصته ربع من الأكثر، ونصف من الأقل.

ويحتمل أن يكون المراد من (العلم بأنواعها) العلم بكمية الحاصل من النوعين فالحاصل: أنه في صورة جهل العامل والمالك، أو جهل أحدهما يقعان في محذور اختلاف الحصص بحيث يكون الأقل للأكثر، والأكثر للأقل. كما إذا اشتمل البستان على أنواع من الشجر والنخيل، فيجوز حينئذ أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة من النوع الآخر كما إذا جعل النصف في ثمرة النخل، والثلث في الكرم والرابع في الرمان مثلا لكن بشرط علمهما بمقدار كل نوع من الأنواع كما علمت.

(١) أي مقدارا من الدينار والدرهم.

(٢) أي لو شرط رب المال الذهب أو الفضة.

(٣) أي شرط رب المال الذهب أو الفضة.

(٤) أي العامل.

الحصة للعامل، وإلا فلا شيء له، لدخوله (١) على ذلك.
(ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحة)،
لوجود المقتضي (٢)، وانتفاء المانع، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ
في عقد سائغ لازم فيدخل في عموم "المؤمنون عند شروطهم" وأما الثاني (٣)
فلأن (٤) المانع لا يتخيل إلا كونه (٥) لم يرض أن يعطيه (٦) من هذه
الحصة إلا بأن يرضى (٧) منه من الآخر (٨) بالحصة الأخرى. ومثل (٩)

-
- (١) أي لإقدامه.
(٢) وهو أن الشرط شرط سائغ كبقية الشروط في بقية العقود.
(٣) وهو عدم المانع.
(٤) هذا هو المانع الذي يتخيل كونه مانعا.
بيان ذلك: أن المالك لا يرضى إعطاء حصته إلى العامل إلا بعد رضى العامل
وقبوله من المالك حصة أخرى في عقد مساقاة أخرى.
نظير البيع في قول البائع: بعثك داري بألف دينار بشرط أن تبيني دارك
بخمسمائة دينار فقبل المشتري ذلك.
فكما أن هذا الاشتراط في البيع مفسد له، كذلك الاشتراط في عقد
المساقاة مبطل لهذا العقد.
(٥) مرجع الضمير في كونه (المالك). كما وأنه الفاعل في لم يرض.
(٦) مرجع الضمير (العامل). والفاعل في أن يعطيه (المالك).
(٧) الفاعل في بأن يرضى (العامل) ومرجع الضمير في منه (المالك)
والمعنى كما ذكر في الهامش رقم ٤.
(٨) أي من العقد الآخر كما عرفت في الهامش رقم ٤.
(٩) هذا رد من (الشارح) رحمه الله على المانع الذي تخيل كونه مانعا
كما عرفته في الهامش رقم ٤.

هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود والقول بالمنع للشيخ رحمه الله استنادا إلى وجه ضعيف يظهر ضعفه مما ذكر (١) في وجه الصحة.

(ولو تنازعا في خيانة العامل حلف العامل)، لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، ولأصالة عدمها.
(وليس للعامل أن يساقي غيره)، لأن في المساقاة تسليطا على أصول الغير وعملها، والناس يختلفون في ذلك (٢) اختلافا كثيرا، فليس لمن رضي المالك بعمله وأمانته أن يولي من لم يرضه المالك له، بخلاف المزارعة، فإن عمل الأرض غير مقصود، وحصة المالك محفوظة على التقديرين (٣).

وحاصل الرد: أن مثل هذا لا يصلح أن يكون مانعا بعد أن كان من الشروط السائغة كبقية الشروط التي تشترط في ضمن العقد. فالمقتضي الذي هو كون الشرط شرطا سائغا وأنه مما يجب الوفاء به موجود.
والمانع الذي تخيل كونه مانعا مفقود، لأن رضا العامل وقبوله حصة أخرى من المالك في عقد مساقاة أخرى شرط سائغ يصح اشتراطه في متن العقد كبقية الشروط السائغة.

(١) المراد مما ذكر هو قول (الشارح) رحمه الله: (فلأن المانع لا يتخيل إلا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة الخ).
ووجه الضعف ما عرفته من أن مثل هذا الشرط لم يكن مانعا، بل هو شرط سائغ كبقية الشروط السائغة في متن العقد. فمع وجود المقتضي، وفقد المانع كما عرفت لا مانع من اشتراط مثل هذا الشرط في متن العقد.
(٢) أي في العامل.
(٣) سواء باشر العمل بنفسه، أم زارع غيره.

وأما الفرق (١) بأن النماء تابع للأصل وهو (٢) من مالك الأصول في المساقاة، ومن الزارع (٣) في المزارعة فلمالك الأصل (٤) تسليط من شاء دون غيره (٥) فإنما (٦) يتم مع كون البذر من العامل. والمسألة (٧) مفروضة في كلامهم أعم منه (٨)، ومع ذلك (٩) فإن العقد اللازم يوجب الحصة المنصوصة لكل منهما، فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع، لأن المعاملة ليست على نفس الحصة، بل على الأرض، والعمل، والعوامل، والبذر

(١) بين المزارعة والمساقاة في جواز مزارعة الغير في المزارعة، وعدم جواز مساقاة الغير في المساقاة.

(٢) أي الأصل في المساقاة من مالك الأصول.

(٣) أي الأصل في المزارعة من الزارع.

(٤) أي الأصل في المزارعة.

وحاصل الفرق أن الأصل في المساقاة للمالك، وفي المزارعة للعامل، فلهذا جاز في المزارعة أن يزارع العامل غيره، بخلاف المساقاة، فإن العامل ليس له أن يساقي غيره.

(٥) أي دون غير مالك الأصل وهو العامل في المساقاة.

(٦) هذا رد على ما أفاده القائل في الفرق بين المزارعة والمساقاة.

(٧) أي مسألة جواز مزارعة الغير.

(٨) مرجع الضمير (كون البذر من العامل).

فحاصل ما أفاده الشهيد رحمه الله: أن كون الأصول في المزارعة للعامل لا يتم إلا إذا كان البذر من العامل فجواز المزارعة للغير متوقف على كون البذر من العامل، والحال أن مسألة جواز الغير أعم من ذلك حتى لو كان البذر من المالك. (٩) أي ومع أن فرض المسألة أعم من ذلك.

بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئاً تسلط على نقله مع انتفاء المانع.
(والخراج على المالك)، لأنه موضوع على الأرض والشجر فيكون
على مالكهما، (إلا مع الشرط) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصح
مع ضبط المشروط (١)، (وتملك الفائدة بظهور الثمرة) عملاً بالشرط،
فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما فمتى تحققت ملكت كذلك (٢).
(وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب) من المالك والعامل،
لوجود شرط الوجوب وهو تعلق الوجوب بها على ملكه (ولو كانت
المساقاة بعد تعلق الزكاة وجوزناها (٣) بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد
الثمرة حيث جوزناها (٤) مع ذلك (فالزكاة على المالك)، لتعلق الوجوب
بها على ملكه.
(وأثبت السيد) أبو المكارم حمزة (٥) (بن زهرة الزكاة على المالك

-
- (١) وهو مقدار الخراج المشروط على العامل. ويعبر عنه في زماننا هذا
ب (الضرائب).
(٢) أي بينهما.
(٣) بعد تعلق الزكاة.
(٤) أي المساقاة. ومرجع اسم الإشارة (العمل الذي تستزاد به الثمرة).
(٥) هو السيد الجليل العالم الفاضل الفقيه من أكبر فقهاء الإمامية وبيته بيت
شرف في حلب له مصنفات كثيرة في الإمامة والفقه والنحو وغير ذلك.
منها غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع، وقبس الأنوار في نصر العترة
الأطهار.
توفي سنة ٥٨٥ في عمر يناهز ٧٤. وقبره بحلب بسفح جبل جوشن عند
مشهد السقط.
وفي كتاب (غاية الاختصار) أن له تربة معروفة مكتوب عليها اسمه ونسبه

في المزارعة والمساقاة، دون العامل) مطلقا (١)، محتجا بأن حصته (٢) كالأجرة. وهو ضعيف، لأن الأجرة إذا كانت ثمرة، أو زرعا قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأي وجه كان، وإن أراد كالأجرة بعد ذلك (٣) فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح، وتعلق الزكاة لكنه (٤) خلاف الإجماع، ومعه (٥) لا يتم التعليل بالأجرة (٦) بل (٧) يتأخر ملكه عن الوجوب. (والمغارسة باطلة) وهي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرسها

إلى (الإمام الصادق) عليه الصلاة والسلام، وتاريخ موته. يروي عند (شاذان بن جبرئيل) والشيخ (محمد بن إدريس) والشيخ (معين الدين المصري) وابن أخيه السيد النحرير العالم المعظم محي الملة والدين أبو حامد نجم الإسلام محمد بن أبي القاسم عبد الله بن علي بن زهرة صاحب كتاب (الأربعين) في حقوق الإخوان.

(١) سواء تعلق الوجوب قبل الثمر أم بعد الثمر.
(٢) أي العامل.
(٣) أي بعد تعلق الوجوب.
(٤) أي عدم تملك العامل لحصته بالظهور.
(٥) أي ومع الذهاب إلى هذا القول.
(٦) بقوله: إن حصته كالأجرة، لأن العامل لا يملك حصته إلا بعد بدو الصلاح. فالتعليل بتأخر تملكه أولى.
(٧) أي ينبغي التعليل بتأخر تملك العامل للحصة عن بدو الصلاح، (وهو عند وجوب الزكاة).

على أن الغرس بينهما، (ولصاحب الأرض قلعه، وله الأجرة (١))
 عن الأرض، (لطول بقائه) فيها، (ولو نقص (٢) بالقلع ضمن
 أرشه) وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعا، وباقيا في الأرض بالأجرة،
 ولو كان الغرس من مالك الأرض، وقد شرط على العامل غرسه وعمله
 بالحصّة فهو لمالكه، وعليه أجرة الغارس، وما عمل فيه من الأعمال.
 (و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه)
 فطلب الغارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون (٣)
 ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب
 على الآخر إجابته)، لأن كلا منهما مسلط على ماله.
 وحيث يقلعه الغارس يجب عليه طم (٤) الحفر، وأرّش الأرض
 لو نقصت به، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع في الأرض. ولم يفرق
 المصنف كالأكثر في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل، في استحقاق
 الأرش، وثبوت أجرته لو كان الغرس لمالك الأرض، وليس ببعيد
 الفرق (٥)، لتبرع العالم بالعمل (٦)، ووضعه الغرس بغير حق، وبه (٧)

-
- (١) مع إبقاء الأشجار.
 (٢) أي الشجر.
 (٣) أي الأرض.
 (٤) أي دفنها.
 (٥) أي الفرق بين العالم بالفساد والجاهل في استحقاق الأرش.
 (٦) فلا يستحق شيئا حينئذ.
 (٧) أي وبهذا الفرق بين العالم بالفساد فلا يستحق شيئا، وبين الجاهل
 بالفساد فيستحق الأرش فرق بين المغارسة، وبين استعارة الأرض للغرس،

فارق المستعير للغرس، لأنه (١) موضوع بحق وإذن صحيحة (٢) شرعا، بخلاف هذا الغرس.

(ولو اختلفا في الحصة حلف المالك) لأن النماء تابع للأصل فيرجع إلى مالكة في مقدار ما أخرجه منه عن ملكه، مع أصالة بقاء غيره (٣) وعدم انتقاله (٤)، وملك (٥) الغير له (وفي المدة يحلف المنكر) لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة.

لبطلان المغارسة بعلمه بالبطلان فلا يستحق شيئا، لأنه أقدم على الغرس المستلزم للقلع.

وهذا بخلاف الاستعارة فإن المستعير استعار الأرض للغرس فوضع الأشجار فيها وضع بحق فيستحق الأرض لو قلعها المالك.

(١) أي الغرس في الأرض المستعارة موضوع بحق فيستحق الأرض.

(٢) الظاهر أن كلمة (صحيحة) صفة للإذن مع أنه مذكر لكن يمكن أن يراد منه (الإجازة) فيصح وقوعها صفة لها.

(٣) أي غير القدر المتيقن بينهما.

(٤) أي الزائد عما يقدمه المالك.

(٥) بالجر عطفًا على مدخول (وعدم) أي وعدم ملك الغير لهذا الزائد.

تم بحمد الله تعالى تصحيح الجزء الأول من هذا الكتاب الشريف ليلة السادس من جمادى الأولى سنة ١٣٨٧ في مكتبة (جامعة النجف الدينية) العامرة إن شاء الله تعالى إلى ظهور من تحي البلاد بظهوره عجل الله تعالى لصاحبه الفرج بعد أن استفرغ سنتين إلا ثمانية أيام مع كثرة الاشتغال وتشتت البال.

وما أرى هذا التوفيق إلا من توجهات صاحب هذا القبر المقدس أمير المؤمنين علي بن أبي طالب صلوات الله وسلامه عليه وما أكثرها.

وشرعنا بحوله وقوته جل اسمه الشريف في تصحيح الجزء الثاني من هذا

تم الجزء الأول من الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ويتلوه
في الجزء الثاني كتاب الإجارة على يد مصنفها العبد الفقير إلى الله تعالى
زين الدين علي بن أحمد الشامي العاملي عامله الله بلطفه، وعفى عنه وعنهم
وعن جميع المؤمنين بمنه وكرمه إنه أكرم الأكرمين.
واتفق الفراغ منه ظهر يوم الثلاثاء سادس شهر جمادى الأخرى سنة
ست وخمسين وتسعمائة حامدا لله تعالى، مصليا على رسوله وآله، مسلما،
مستغفرا.

المؤلف الكريم من أول (الإجارة) في اليوم الأحد السادس من جمادى الأولى
سنة ١٣٨٧ في نفس المكان وفقنا الله تبارك وتعالى لإتمامه وإكماله إنه جل اسمه
على ذلك قدير وهو حسبنا ونعم الوكيل.
العبد الراجي شفاعته آبائه وأجداده الطيبين الطاهرين المعصومين محمد بن
السيد سلطان الموسوي كلانتر عفي عنهما.

(٣٢٣)

كتاب الإجارة (١)
(الإجارة وهي العقد على تملك المنفعة المعلومة بعوض معلوم)
فالعقد بمنزلة الجنس (٢) يشمل سائر العقود، وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع
والصلح المتعلق (٣) بالأعيان، وبالعوض الوصية بالمنفعة، وبالمعلوم
إصدارها (٤) إذ ليس في مقابلها (٥) عوض معلوم وإنما هو البضع (٦)

-
- (١) مصدر كالإقامة من باب الأفعال أعل إعلالها.
ولها مصدر آخر غير معل وهو (الإيجار).
وتكون الإجارة مصدر المجرد أيضا. كما أن أجر يستعمل فعلا ماضيا لباب
المفاعلة أيضا يقال: أجر يؤجر مؤاجرة.
(٢) إنما قال: بمنزلة الجنس، لأن الجنس يستعمل في الأمور المتأصلة التي
لها حقائق واقعية، دون الأمور الاعتبارية التي ليست لها حقائق واقعية ملموسة
سوى الاصطلاح والاعتبار. وهنا كذلك.
(٣) صفة للصلح.
(٤) بكسر الهمزة مصدر باب الأفعال من أصدق يصدق إصدارا أي
جعل المنفعة صداقا.
(٥) أي في مقابل هذه المنفعة التي جعلت صداقا.
(٦) البضع بالضم يطلق على عقد النكاح، وعلى الجماع، جمعه أبعضاع كقفل
وأقفال.
والمراد منه هنا المعنى الأخير وما إليه من سائر المنافع الزوجية.
فإذا جعلت المنفعة صداقا بإزاء هذه المنافع وغيرها وقعت إزاء هذه اللذة

ولكن ينتقض في طرده (١) بالصلح على المنفعة (٢) بعوض معلوم فإنه ليس إجارة (٣) بناء على جعله أصلاً.
(وإيجابها آجرتك، وأكريتك، أو ملكتك منفعتها سنة) قيد التمليك بالمنفعة، ليحترز به عما لو عبر بلفظ الإيجار والإكراء فإنه لا يصح تعلقه إلا بالعين (٤) فلو أوردتهما على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار مثلاً لم يصح، بخلاف التمليك، لأنه يفيد نقل ما تعلق به فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها وليس ذلك مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيها إضافته إلى المنفعة، ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يعبر بالتمليك.

(ولو) عبر بالبيع و (نوى بالبيع الإجارة فإن أوردته على العين) فقال: بعتك هذه الدار شهراً مثلاً بكذا (بطل)، لإفادته نقل العين وهو مناف للإجارة (وإن قال: بعتك سكنها سنة مثلاً ففي الصحة وجهان) مأخذهما أن البيع موضوع لنقل الأعيان، والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة، وإنه

الجنسية. وهي غير معلومة المقدار. إذ ربما دامت تلك المنافع إلى آخر العمر وهو مجهول، وربما انقطعت في الأثناء بالطلاق، أو المرض، وغيرهما من الموانع.
(١) مرجع الضمير: التعريف أي تعريف المصنف.
والمراد من انتقاض طرده: عدم كونه مانعاً للأغيار.
(٢) أي المنفعة المعلومة.
(٣) مع أنه داخل في التعريف، لكونه عقداً مشتملاً على أركان عقد الإجارة مع أنه ليس بإجارة بناء على كونه عقداً مستقلاً.
(٤) فإنه يقال: آجرتك الدار، وأكريتك الدابة، ولا يقال: آجرتك منفعة الدار.

يفيد نقل المنفعة أيضا في الجملة ولو بالتبع فيقوم مقام الإجارة مع قصدها والأصح المنع.

(وهي لازمة من الطرفين) لا تبطل إلا بالتقابل، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ وسيأتي بعضها، (ولو تعقبها البيع لم تبطل) لعدم المنافاة فإن الإجارة تتعلق بالمنافع، والبيع بالعين وإن تبعتها المنافع حيث يمكن (١) (سواء كان المشتري هو المستأجر، أو غيره) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارة على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجرة والتمن، وإن كان غيره وهو عالم بها صبر إلى انقضاء المدة، ولم يمنع ذلك من تعجيل الثمن (٢) وإن كان جاهلا بها تخير بين فسخ البيع، وإمضائه مجانا مسلوب المنفعة إلى انقضاء المدة، ثم لو تجدد فسخ الإجارة عادت المنفعة إلى البائع، لا إلى المشتري.

(وعذر المستأجر (٣) لا يبطلها) وإن بلغ حدا يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو استأجر حانوتا فسرق متاعه) ولا يقدر على إبداله، لأن العين تامة صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم، (وأما لو عم العذر كالثلج المانع من قطع الطريق) الذي استأجر الدابة لسوكة مثلا (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما)، لتعذر استيفاء المنفعة المقصودة حسا فلو لم يجبر

(١) أي يمكن أن تتبع المنافع العين. فلو بيعت الدار المستأجرة إلى أجل معلوم تنتقل العين إلى المشتري، دون منافعها المستأجرة، فإنها للمستأجر إلى أن تنقضي.

(٢) أي أن البائع له حق مطالبة الثمن من المشتري.

(٣) بأن استأجر الدار مثلا وتعذر عليه السكنى فيها.

بالخيار لزم الضرر المنفي (١)، ومثله (٢) ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذ، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين (٣) ينقضي (٤) مدة العذر، ويحتمل انفساخ العقد في ذلك (٥) كله، تنزيلاً للتعذر منزلة تلف العين.
(ولا تبطل) الإجارة (بالموت) كما يقتضيه لزوم العقد، سواء في ذلك موت المؤجر والمستأجر، (إلا أن تكون العين موقوفة) على المؤجر وعلى من بعده من البطون فيؤجرها مدة (٦) ويتفق موته قبل انقضائها فتبطل، لانتقال الحق إلى غيره، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه (٧) ولهذا لا يملك نقلها، ولا إتلافها.
نعم لو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه، بل من حيث إنه ناظر ومثله (٨) الموصى له بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك (٩)، ولو شرط

-
- (١) في قوله صلى الله عليه وآله: (لا ضرر ولا ضرار).
(٢) أي ومثل (ما لو عم العذر).
(٣) بأن استأجرها لكنس المسجد في (اليوم الخميس) مثلاً فحاضت في ذلك اليوم.
(٤) بصيغة المعلوم وضمير الفاعل يرجع إلى الزمان أي الزمان الذي هو يوم الخميس ينقضي في أثناء مدة العذر.
(٥) أي في تمام هذه الفروض.
(٦) كعشرين سنة مثلاً.
(٧) وهو حياة المؤجر الموقوف عليه.
(٨) أي ومثل الموقوف عليه: الموصى له.
(٩) أي مدة كعشرين سنة مثلاً فمات الموصى له قبل انقضاء المدة فتبطل

على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضا.
(وكلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته وإجارته)
وينعكس في الإجارة كليا (١)، دون الإعارة (٢)، لحواز إعارة
المنحة (٣)، مع أن المقصود منها وهو اللبن لا تبقى عينه، ولا تصح
إجارتها لذلك (٤) (منفردا (٥) كان) ما يؤجر، (أو مشاعا) إذ لا
مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك
ولا فرق بين أن يؤجره من شريكه، وغيره عندنا.
(ولا يضمن المستأجر العين إلا بالتعدي) فيها، (أو التفريط)،
لأنها مقبوضة بإذن المالك لحق القابض. ولا فرق في ذلك بين مدة الإجارة
وبعدها قبل طلب المالك وبعده إذا لم يؤخر مع طلبها اختيارا،
(ولو شرط) في عقد الإجارة (ضمانها بدونهما (٦) فسد العقد)،
لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع، ومقتضى (٧) الإجارة، (ويجوز

الإجارة من حين موته.

- (١) أي كلما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إجارته.
- (٢) فإن الإعارة تصح مع بقاء العين المستعارة، ومع ذهابها. والمعنى أنه
ليس كلما يصح إعارته يصح إجارته كما في المنحة التي تستعار لشرب لبنها
في حين أن اللبن يذهب بالانتفاع.
- (٣) وهي الناقة التي تستعار للبنها.
- (٤) أي لذهاب عينها.
- (٥) أي متميزا.
- (٦) أي بدون التعدي والتفريط.
- (٧) أي ومخالف لمقتضى الإجارة أيضا، فإن مقتضاها عدم الضمان بدون
التعدي والتفريط.

اشتراط الخيار لهما ولأحدهما) مدة مضبوطة، لعموم " المؤمنون عند شروطهم " ولا فرق بين المعينة (١)، والمطلقة (٢) عندنا.
(نعم ليس للوكيل والوصي فعل ذلك) وهو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم (٣) بحيث يفسخ إذا أراد (إلا مع الإذن (٤)، أو ظهور الغبطة (٥)) في الفسخ فيفسخ حيث يشترطها لنفسه، لا بدون الإذن في الوكيل، ولا الغبطة في الوصي، لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها (٦) إضافة الخيار المقتضي للتسلط على إبطالها، وكذا الوصاية، فإن فعل الوصي منوط بالمصلحة.

(ولا بد من كمال المتعاقدين، وجواز تصرفهما) فلا تصح إجارة الصبي وإن كان مميزاً، أو أذن له الولي، ولا المجنون مطلقاً (٧) ولا المحجور بدون إذن الولي، أو من في حكمه (٨) (ومن كون المنفعة المقصودة من العين، والأجرة معلومتين).
ويتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلقة بالمنفعة أو وصفها بما يرفع الجهالة، وتعيين المنفعة إن كانت متعددة في العين ولم

-
- (١) أي الإجارة المعينة كاستيجار دار معينة.
 - (٢) كاستيجار دار كلية غير معينة، لكونها موصوفة.
 - (٣) أي للمؤجر والمستأجر.
 - (٤) للوكيل.
 - (٥) للوصي كما لو آجر الوصي الدار بقيمة يمكن الحصول على أزيد منها بعد الفسخ.
 - (٦) أي في الإجارة.
 - (٧) سواء كان أدوارياً أم إطباقياً.
 - (٨) كالغرماء في المفلس.

يرد الجميع (١)، وفي الأجرة بكيورها، أو وزنها، أو عدها إن كانت (٢) مما يعتبر بها في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك (٣). والأقرب أنه لا تكفي المشاهدة في الأجرة عن اعتبارها) بأحد الأمور الثلاثة إن كانت مما يعتبر بها، لأن الإجارة معاوضة لازمة مبنية على المغابنة فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين أما لو كانت الأجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا قطعا، وهو خارج بقرينة الاعتبار.

(وتملك) الأجرة (بالعقد)، لاقتضاء صحة المعاوضة انتقال كل من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل. وإنما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك فيتبعها النماء متصلا ومنفصلا (٤)، (ويجب تسليمها (٥) بتسليم العين) المؤجرة (وإن كانت على عمل فبعده)، لا قبل ذلك حتى لو كان المستأجر وصيا، أو وكيفا لم يجر له التسليم قبله، إلا مع الإذن صريحا (٦)، أو بشاهد الحال، ولو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ.

(١) كما إذا كان للعين منافع متعددة كالركوب، والحمل، وجر الأثقال، وغيرها.

(٢) أي الأجرة.

(٣) أي إن لم تكن الأجرة مما يعتبر فيها الأمور الثلاثة من الكيل، أو الوزن أو العد كأن تباع العين مشاهدة.

(٤) إذا كانت الأجرة معينة، ولم تكن في الذمة.

(٥) أي الأجرة.

(٦) أي الإذن من الموصي، أو الموكل.

(ولو ظهر فيها) أي في الأجرة (عيب فلاأجير الفسخ، أو الأرش مع التعيين (١) للأجرة في متن العقد، لاقتضاء الإطلاق السليم (٢)، وتعيينه مانع من البديل كالبيع (٣) فيجبر العيب بالخيار (ومع عدمه) أي عدم التعيين (يطلب بالبدل)، لعدم تعيين المعيب أجرة فإن أوجب إليه (٤)، وإلا جاز له الفسخ والرضا بالمعيب فيطالب بالأرش، لتعيين المدفوع عوضا بتعذر غيره.

(وقيل: له الفسخ) في المطلقة مطلقا (٥) (وهو قريب إن تعذر الإبدال) كما ذكرناه، لا مع بدله، لعدم انحصار حقه في المعيب. (ولو جعل أجرتين على تقديرين كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي يوم (آخر) بأجرة (أخرى، أو) جعل أجرتين (إحدهما في الخياطة الرومية) وهي التي بدرزين، (والأخرى على) الخياطة (الفارسية وهي التي بواحد فالأقرب الصحة)، لأن كلا الفعلين معلوم، وأجرته معلومة والواقع لا يخلو منهما، ولأصالة الجواز. ويشكل بمنع معلوميته (٦) إذ ليس المستأجر عليه المجموع، ولا كل

-
- (١) أي تعيين الأجرة بأن كانت عينا خارجية شخصية، لا في الذمة.
 - (٢) أي سلامة الأجرة من العيب، لأن البناء العقلاني والأصل الأولي في المعاملات هي: سلامة الأجرة.
 - (٣) في أنه إذا وقع البيع على شئ معين شخصي فظهر فيه عيب يبطل البيع كما ذكر في الجزء الثالث ص ٣٩٨.
 - (٤) أي إلى البديل فهو المطلوب.
 - (٥) سواء كانت الأجرة معينة أم لا، ظهر فيها عيب أم لا.
 - (٦) مرجع الضمير (العمل) فإن العمل على هذا يصير مجهولا، لتردده بين عمليين فلا يعلم أن الأجير تقبل أي نوع من الخياطتين. ولا يعلم أن العقد وقع

واحد وإلا لوجبا فيكون واحدا غير معين، وذلك غرر مبطل لها كالبيع بثمانين على تقديرين، ولو تحمل مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بثمانين لاشتراكهما في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة.

نعم لو وقع ذلك جعالة توجهت الصحة، لاحتمالها (١) من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة (ولو شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر (٢) لم تصح في مسألة النقل) في اليومين، وتثبت أجرة المثل على المشهور. ومستند الحكمين (٣) خبران أحدهما صحيح (٤) وليس بصريح في المطلوب، والآخر ضعيف (٥)، أو موثق فالرجوع فيهما إلى الأصول الشرعية أولى. وللمصنف رحمه الله في الحكم الثاني بحث نبه عليه بقوله: (وفي ذلك نظر، لأن قضية (٦) كل إجارة المنع من نقيضها) فيمكن أن يجعل مورد الإجارة هنا القسم الذي فرض فيه أجرة، والتعرض للقسم الآخر الخالي عنها تعرضا في العقد لحكم يقتضيه (٧)، فإن قضية الإجارة بالأجرة المنصوصة في الزمن المعين حيث يطلق عدم استحقاق شيء لو لم

على أيتهما.

- (١) أي لتحمل الجعالة ما لا تحتمله الإجارة.
- (٢) وهو عدم الأجرة لو نقل المتاع في يوم الخميس مثلا.
- (٣) وهما: (جعل أجرتين على تقديرين) الذي حكم المصنف بصحته. و (جعل الأجرة على تقدير، وعدمها على تقدير آخر) الذي حكم المصنف بعدم صحته في مسألة النقل.
- (٤) الوسائل كتاب الإجارة باب ١٣ الحديث ١.
- (٥) الوسائل كتاب الإجارة باب ١٣ الحديث ٢.
- (٦) أي مقتضى كل عقد.
- (٧) مرجع الضمير (العقد).

ينقل، أو نقل في غيره (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين (قد شرط قضية العقد فلم تبطل) الإجارة (في مسألة النقل، أو في غيرها (١)) مما شاركها في هذا المعنى وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مقتضى الإجارة الخاصة (غاية ما في الباب أنه إذا أخل بالمشروط) وهو نقله في اليوم المعين (يكون البطلان منسوباً إلى الأجير) حيث فوت الزمان المعين، ولم يفعل فيه ما شرط عليه فلا يستحق شيئاً، لأنه لم يفعل ما استؤجر عليه. (ولا يكون) البطلان (حاصلاً من جهة العقد) فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير، وإثبات (٢) أجرة المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، ولا استؤجر عليه. وهذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب. وهو نظر موجه، إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمن المعين، وما (٣) خرج عنه خارج عنها (٤). وظاهر الرواية، وكلام الأصحاب أن مورد الإجارة

-
- (١) أي في غير مسألة النقل مما تكون على مثلها حيث تجعل الأجرة على تقدير وعدمها على تقدير آخر.
 - (٢) بالجر عطف على مدخول باء الجارة أي فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة، والحكم ب (إثبات أجرة المثل).
 - (٣) وهو غير الزمان المعين أي اليوم الذي فرض فيه عدم الأجرة.
 - (٤) أي عن الإجارة.

كلا القسمين (١) ومن ثم (٢) حكموا بصحتها مع إثبات الأجرة على التقديرين نظرا إلى حصول المقتضي وهو الإجارة المعينة المشتملة على الأجرة المعينة وإن تعددت واختلفت، لانحصارها وتعينها كما تقدم. وبطلانها (٣) على التقدير الآخر. ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة (٤) وهو النقل في الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع نقله في غيره (٥) أولى (٦)، لأنه خلاف قضية الإجارة وخلاف ما تعلقت به، فكان أولى بثبوت أجرة المثل. وجعل (٧) القسمين متعلقها (٨) على تقدير ذكر الأجرة، والأول (٩)

(١) أي كلا اليومين وهما: فرض الأجرة في اليوم المعين، وعدمها في اليوم الآخر.

(٢) أي ومن أجل أن (كلا اليومين) داخلان في الإجارة.

(٣) بالجر عطفًا على مدخول (باء الجارة) أي ومن ثم حكموا ببطلان الإجارة على (التقدير الآخر).

(٤) وهو اليوم المعين الذي فرض فيه الإجارة.

(٥) أي غير اليوم المعين.

(٦) مع أن الأصحاب حكموا بصحة الإجارة، والحال أن الحكم بالبطلان في ذلك الفرض كان أولى من الحكم بالبطلان في هذا الفرض وهو (عدم الأجرة على التقدير الآخر) وهو غير اليوم المعين.

(٧) الواو استينافية.

(٨) أي متعلق الإجارة.

(٩) بالجر عطفًا على مدخول (وجعل القسمين) أي وجعل الأول خاصة (وهو تعيين الأجرة في اليوم المعين).

خاصة على تقدير عدمه (١) في الثاني (٢) مع كونه (٣) خلاف الظاهر (٤)
موجب لاختلاف الفرض (٥) بغير دليل.
ويمكن الفرق بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما (٦)
مورد الإجارة حيث أتى بلازمها وهو الأجرة فيهما (٧)، وإسقاطها (٨)
في التقدير الآخر قرينة عدم جعله (٩) موردا من حيث نفي اللازم (١٠)
الدال على نفي الملزوم (١١)، وحينئذ (١٢) فتنزيله (١٣) على شرط قضية
العقد أولى (١٤) من جعله (١٥)،

-
- (١) أي عدم ذكر الأجرة.
 - (٢) وهو عدم الأجرة على (التقدير الثاني).
 - (٣) مرجع الضمير (الفرق) أي كون هذا الفرق.
 - (٤) لأن ظاهر الأصحاب أن مورد الإجارة (كلا القسمين).
 - (٥) أي فرض الأصحاب وهو كون كلا القسمين موردا للإجارة.
 - (٦) أي جعل التقديرين وهما: نقل المتاع في يوم السبت، ونقله في يوم الأحد.
 - (٧) أي في اليومين.
 - (٨) أي الأجرة.
 - (٩) أي اليوم الثاني.
 - (١٠) وهي الأجرة.
 - (١١) وهو اليوم الثاني.
 - (١٢) أي حين لم يكن اليوم الثاني موردا للإجارة.
 - (١٣) أي هذا الشرط وهو عدم الأجرة على التقدير الآخر.
 - (١٤) لأن مقتضى كل إجارة عدم الأجرة على التقدير الآخر.
 - (١٥) أي هذا الشرط (وهو عدم الأجرة).

أجنبيا مفسدا للعقد بتخلله (١) بين الإيجاب والقبول.
(ولا بد) في صحة الإجارة على وجه اللزوم (٢) (من كون المنفعة مملوكة له) أي للمؤجر، (أو لمولاه) وهو من يدخل تحت ولايته بينوة، أو وصاءة، أو حكم (٣) (سواء كانت مملوكة له بالأصالة) كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة لا بالتبعية للعين، ثم أجرها، أو أوصى له بها (٤)، (أو بالتبعية) لملكه للعين.
(وللمستأجر أن يؤجر) العين التي استأجرها (٥)، (إلا مع شرط) المؤجر الأول عليه (استيفاء المنفعة بنفسه) فلا يصح له حينئذ (٦) أن يؤجر، إلا أن يشترط المستأجر الأول (٧) على الثاني (٨) استيفائه المنفعة له (٩) بنفسه فيصح أن يؤجر أيضا، لعدم منافاتها لشرط المؤجر

-
- (١) أي بتخلل هذا الشرط المفسد.
 - (٢) قيد احترازي لإخراج العقد الفضولي، فإن العقد الفضولي صحيح لكن لزومه موقوف على إجازة المالك.
 - (٣) كالحاكم الشرعي.
 - (٤) أي بالمنفعة.
 - (٥) لعموم (الناس مسلطون على أموالهم).
 - (٦) أي حين إذ شرط المؤجر على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه.
 - (٧) وهو الذي شرط عليه المؤجر الأول الاستيفاء بنفسه.
 - (٨) أي على المستأجر الثاني.
 - (٩) أي للمستأجر الثاني.
- فرض المسألة هكذا: أن المؤجر الأول يقول للمستأجر الأول: آجرتك البستان مثلا بشرط استيفاء المنفعة بنفسك، فللمستأجر الأول إيجار البستان لغيره مع الاشتراط عليه باستيفاء المنفعة بنفسه أي المستأجر الأول نفسه، بأن يباشر

الأول، فإن استيفائه (١) المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه (٢)، وعلى تقدير جواز إيجاره (٣) لغيره هل يتوقف تسليم العين على إذن مالكيها؟ قيل: نعم، إذ لا يلزم من استحقاقه (٤) استيفاء المنفعة، والإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره فيضمن لو سلمها بغير إذن. وقيل: يجوز تسليمها من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين وقد حكم بجوازها (٥)، والإذن في الشيء إذن في لوازمه. وهذا هو الذي رجحه المصنف في بعض حواشيه، وفيه قوة (٦) ويؤيده صحيحة (٧) علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير، وغيرها (٨) أولى.

المستأجر الأول بنفسه أعمال البستان من قطف الثمر وجمعها وحملها، لا المستأجر الثاني.

- (١) أي المستأجر الأول.
 - (٢) أو لغيره.
 - (٣) أي المستأجر الأول.
 - (٤) أي المستأجر الأول.
 - (٥) أي بجواز الإجارة للغير.
 - (٦) لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه.
 - (٧) الوسائل كتاب الإجارة باب ١٦ الحديث ١.
 - (٨) أي وغير الدابة أولى.
- وجه الأولوية أن الدابة بما أنها ذات الروح تحتاج إلى العناية الزائدة أكثر من غيرها.

(ولو آجر الفضولي فالأقرب الوقوف على الإجازة) كما يقف غيرها (١) من العقود وخصها بالخلاف، لعدم النص فيها بخصوصه، بخلاف البيع، فإن قصة عروة البارقي (٢) مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم في شراء الشاة تدل على جواز بيع الفضولي وشرائه، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص (٣) والأشهر توقفه (٤) على الإجازة مطلقا (٥).

(ولا بد من كونها) أي المنفعة (معلومة إما بالزمان) فيما لا يمكن ضبطه إلا به (كالسكنى) والإرضاع (وإما به (٦) أو بالمسافة (٧)) فيما يمكن ضبطه بهما (كالركوب) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين، (وإما به (٨) أو بالعمل) كاستئجار الأدمي لعمل (كالخياطة) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب.
(ولو جمع بين المدة والعمل) كخياطة الثوب في هذا اليوم

-
- (١) أي غير الإجازة.
 - (٢) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥.
 - (٣) وهو قصة عروة البارقي.
 - (٤) أي العقد الفضولي.
 - (٥) سواء كان في البيع أم في غيره.
 - (٦) أي بالزمان.
 - (٧) أي ويمكن ضبطه بالمسافة.
 - (٨) أي بالزمان.

(فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق) بين العمل، والزمان بحيث يتدئ
بابتدائه (١) وينتهي بانتهاؤه، لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء
الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس (٢)، فإن أمر بالإكمال في الأول (٣)
لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا (٤) كان تاركاً للعمل الذي وقع
عليه العقد (٥)، وإن أمر في الثاني (٦) بالعمل إلى أن تنتهي المدة لزم
الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في المدة
المشروطة (٧).

ولو قصد مجرد وقوع الفعل في ذلك الزمان صح مع إمكان وقوعه
فيه، ثم إن وقع فيه (٨) ملك الأجرة، لحصول الغرض، وإن خرجت
المدة قبله (٩)، فإن كان (١٠)،

-
- (١) مرجع الضمير (الزمان). الفاعل في يتدئ (العمل): أي يتدأ
العمل بابتداء الزمان.
 - (٢) أي انتهاء العمل قبل انتهاء الزمان.
 - (٣) وهو انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل.
 - (٤) أي وإن لم يؤمر بالإكمال.
 - (٥) فإن الإجارة وقعت على إكمال خياطة الثوب في اليوم المعين ولم تنته
الخياطة.
 - (٦) وهو انتهاء العمل قبل انتهاء الأجل.
 - (٧) وهو الزمان المشترط في الإجارة.
 - (٨) أي في ذلك الزمان، سواء انتهى العمل قبل انتهاء المدة، أو مع انتهاء
المدة.
 - (٩) أي قبل انتهاء العمل.
 - (١٠) أي خروج الوقت.

قبل الشروع فيه (١) بطلت، وإن خرجت في أثناءه (٢) استحق (٣) المسمى لما فعل.

وفي بطلانها (٤) في الباقي (٥)، أو تخيير المستأجر بين الفسخ في الباقي (٦)، أو الإجازة فيكمل خارجه (٧) ويستحق (٨) المسمى وجهان. وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى. والأوسط (٩) أجود.

(ولا يعمل الأجير الخاص) وهو الذي يستأجره للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة (١٠) أو حكما كما إذا استؤجر لعمل معين أول زمانه اليوم

(١) أي في العمل.

(٢) أي في أثناء العمل.

(٣) أي الأجير.

(٤) أي وفي بطلان الإجازة.

(٥) أي الباقي من العمل الذي لم يتم في الوقت المحدد.

ومعنى بطلان الإجازة أن الأجير لا يستحق الأجرة إذا أكمل العمل خارج الوقت إن لم يقع بينهما عقد جديد.

(٦) أي الباقي من العمل الذي لم يكمل في المدة المعينة.

(٧) أي خارج الوقت.

(٨) أي الأجير.

(٩) وهو تخيير المستأجر بين الفسخ، أو الإجازة واستحقاق المسمى.

(١٠) كما إذا عين المستأجر للأجير مدة العمل في أربعة أيام من يوم السبت إلى نهاية يوم الثلاثاء.

المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده (١) (لغير (٢) المستأجر) إلا بإذنه،
لأنحصار منفعته (٣) فيه (٤) بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عاداته بالعمل
فيه كالنهار، أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤد إلى ضعف
في العمل المستأجر عليه.
وفي جواز عمله لغيره في المعين عملا لا ينافي حقه كإيقاع عقد
في حال اشتغاله بحقه وجهان، من (٥) التصرف في حق الغير.
وشهادة (٦) الحال.
ومثله (٧) عمل مملوك غيره (٨) كذلك (٩). وباعتبار هذا الانحصار

-
- (١) مثال للتعين الحكمي فإن المستأجر لم يعين انتهاء الزمان، لكنه عين
أول الزمان وشرط على الأجير أن لا يتسامح في العمل، فإن مثل هذا التعيين كالتعيين
الحقيقي.
(٢) الجار والمجرور متعلقان بقول المصنف: (لا يعمل).
(٣) أي الأجير.
(٤) أي في المستأجر.
(٥) دليل لعدم جواز العمل في ذلك الزمان المعين وإن كان العمل لا ينافي
حق المستأجر.
(٦) بالجر عطفًا على مدخول من الجارة أي ومن شهادة الحال وهو رضى
المستأجر في ذلك العمل الذي لا ينافي عمله في تلك المدة.
فهو دليل لجواز العمل في تلك المدة المعينة.
(٧) أي ومثل عمل الأجير الذي لا ينافي عمله العمل المستأجر عليه: عمل
العبد لغير مولاه عملا لا ينافي حق المولى.
(٨) أي غير صاحب العمل.
(٩) أي عملا لا ينافي حق المولى.

سُمي خاصا (١)، إذ لا يمكنه (٢) أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود، فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا يخلو إما أن يكون بعقد إجارة، أو جعالة، أو تبرعا، ففي الأول (٣) يتخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد، أو بعضها، وبين إبقائه (٤)، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئا فلا شيء عليه، وإن كان (٥) بعده تبعضت الإجارة، ولزمه (٦) من المسمى بالنسبة (٧)، وإن بقي على الإجارة تخير في فسخ العقد الطارئ، وإجازته إذ المنفعة مملوكة له (٨) فالعاقد عليها فضولي، فإن فسخه (٩) رجع (١٠) إلى أجره المثل عن المدة الفائتة، لأنها (١١) قيمة العمل المستحق له (١٢) بعقد الإجارة وقد أتلّف عليه، ويتخير في الرجوع بها على الأجير، لأنه

-
- (١) أي أجيرا خاصا، لانحصار عمل الأجير للمستأجر.
 - (٢) أي الأجير.
 - (٣) وهو عقد الإجارة.
 - (٤) أي إبقاء عقد نفسه.
 - (٥) أي وإن كان الفسخ بعد الشروع في العمل وإنجاز بعضه.
 - (٦) أي ولزم المستأجر للأجير.
 - (٧) أي بنسبة عمل الأجير، فإن عمل ثلث العمل يعطى ثلث الأجرة المعينة، وإن عمل نصفًا فنصفها. وهكذا.
 - (٨) أي للمستأجر.
 - (٩) أي فسخ العقد الطارئ على عقده.
 - (١٠) أي المستأجر على الأجير.
 - (١١) أي أجره المثل.
 - (١٢) أي للمستأجر الأول. فالمستحق صفة للعمل.

المباشر للاتلاف، أو المستأجر (١)، لأنه المستوفي (٢)، وإن أجازته (٣) ثبت له (٤) المسمى فيه (٥)، فإن كان (٦) قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر (٧)، لأن الأجير هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فأجاز المالك، فإن الفضولي لا يطالب بالثمن (٨)، وإن كان (٩) بعد القبض وكانت الأجرة معينة فالمطالب بها من هي في يده، وإن كانت مطلقة (١٠) فإن أجاز القبض أيضا فالمطالب الأجير، وإلا (١١) المستأجر، ثم المستأجر (١٢) يرجع على الأجير بما قبض مع جهله، أو علمه، وبقاء العين (١٣)،

-
- (١) أي المستأجر الثاني.
 - (٢) أي لعمل الأجير.
 - (٣) أي العقد الطاري.
 - (٤) أي للمستأجر الأول.
 - (٥) أي في العقد الطاري.
 - (٦) أي كانت الإجازة. والتذكير باعتبار تأويلها بالإذن. أي كان الإذن
 - (٧) أي المستأجر الثاني.
 - (٨) لكون ثبوت المسمى قبل قبض الأجير.
 - (٩) أي ثبوت المسمى.
 - (١٠) أي كانت الأجرة مطلقة بمعنى أنها لم تكن عينا شخصية معينة في الخارج بل كانت كلية في الذمة.
 - (١١) أي وإن لم يجز المستأجر الأول.
 - (١٢) أي المستأجر الثاني.
 - (١٣) أي مع بقاء عين الأجرة التي وقع العقد الطاري عليها.

وإن كان عمله بجعالة تخير مع عدم فسخ إجارته (١) بين إجازته (٢) فيأخذ المسمى، وعدمه فيرجع (٣) بأجرة المثل، وإن عمل (٤) تبرعا وكان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل، وإلا (٥) فلا شيء (٦) وفي معناه (٧) عمله لنفسه، ولو حاز شيئا من المباحات بنية التملك ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك (٨) ما ذكرناه (٩).

(ويجوز للمطلق) وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوما، أو (١٠) عن المدة مع تعيين المباشرة كأن يخيط له ثوبا بنفسه من غير تعرض إلى وقت، أو مجرد عنهما (١١) كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان، وسمي مطلقا، لعدم انحصار

-
- (١) أي المستأجر الأول.
 - (٢) أي عقد الجعالة.
 - (٣) أي المستأجر الأول.
 - (٤) أي الأجير.
 - (٥) أي وإن لم يكن للعمل الذي عمله الأجير أجرة في العادة.
 - (٦) أي لا على الأجير، ولا على المستأجر الأول.
 - (٧) أي وفي معنى العمل التبرعي عمل الأجير لنفسه، فإن كان له أجرة عادة فللمستأجر الأول أخذ الأجرة، وإن لم يكن له أجرة فليس للمستأجر شيء.
 - (٨) أي في حيازة المباحات.
 - (٩) من ثبوت أجرة المثل.
 - (١٠) أي مجرد عن المدة.
 - (١١) أي عن المباشرة وعن المدة.

منفعته في شخص معين، فمن ثم جاز له أن يعمل لنفسه وغيره. وتسميته بذلك (١) أولى من تسميته (٢) مشتركا كما صنع غيره، لأنه في مقابلة المقيد وهو الخاص ويبين هذا (٣) الخاص باعتباره الثلاثة (٤) إذ الأول (٥) مطلق بالنسبة إلى المباشرة. والثاني (٦) بالنسبة إلى المدة والثالث (٧) فيهما معا.

وللمصنف رحمه الله قول بأن الإطلاق في كل الإجراءات يقتضي التعجيل، وأنه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه، وإلا تخير بينه، وبين غيره، وحينئذ (٨) فيقع التنافي بينه (٩)، وبين عمل آخر في صورة المباشرة (١٠)، وفرع عليه (١١) عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما منع

-
- (١) أي بالمطلق.
 - (٢) أي هذا النوع من الأجير.
 - (٣) أي يبين الأجير المطلق الأجير الخاص.
 - (٤) أي المجرد عن المباشرة، أو عن المدة، أو عنهما.
 - (٥) وهو المجرد عن المباشرة.
 - (٦) وهو المجرد عن المدة.
 - (٧) وهو المجرد عن المباشرة وعن المدة.
 - (٨) أي حين يجب المبادرة.
 - (٩) أي بين العمل للمستأجر الأول.
 - (١٠) أي في صورة شرط المستأجر الأول على الأجير مباشرته بنفسه لا غير.
 - (١١) أي على وقوع التنافي.

الأجير الخاص (١)، ويرشد إليه (٢) ما تقدم في الحج من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصا (٣)، أو حكما (٤)، كما لو أطلق فيهما (٥)، أو عين في إحديهما بالسنة الأولى، وأطلق في الأخرى وما ذكره (٦)، أحوط، لكن لا دليل عليه (٧) إن لم نقل (باقتضاء) مطلق الأمر (٨) الفور.

(وإذا تسلم) المستأجر (العين ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع) بها فيما استأجرها له (استقرت الأجرة) وإن لم يستعملها، وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة (٩) أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء فتستقر الأجرة، (ولا بد من كونها) أي المنفعة (مباحة فلو استأجره لتعليم كفر، أو غناء)، ونحوه من المعلومات الباطلة، (أو حمل مسكر بطل) العقد، ويستثنى من حمل المسكر الخمر

-
- (١) الذي قيد بالمدة والمباشرة.
 - (٢) أي إلى قول المصنف: (إن الإطلاق في كل الإجازات يستدعي التعجيل). وقد تقدم في الحج ج ٢ ص ١٩٢ من هذه الطبعة.
 - (٣) كما إذا صرح المؤجر على السنة الحالية.
 - (٤) كما في صورة الإطلاق فإنها تنصرف إلى السنة الحاضرة فيقع التنافي بين الإجاريتين فتكون الثانية غير صحيحة.
 - (٥) أي في الإجارة الأولى والإجارة الثانية.
 - (٦) من أن الإطلاق بالنسبة إلى المدة يقتضي التعجيل ويترتب عليه بطلان الإجارة الثانية.
 - (٧) أي على ما ذهب إليه المصنف.
 - (٨) أي غير المقيد بالمدة.
 - (٩) أي مدة الإجارة.

بقصد الإراقة أو التخليل، فإن الإجارة لهما جائزة، (وأن يكون (١) مقدورا على تسليمها فلا تصح إجارة الآبق)، لاشتمالها فيه (٢) على الغرر (وإن ضم إليه) شيئا متمولا (أمكن الجواز)، كما يجوز في البيع، لا بالقياس (٣)، بل لدخولها في الحكم بطريق أولى، لاحتمالها (٤) من الغرر ما لا يحتمله (٥)، وبهذا الإمكان (٦) أفتى المصنف في بعض فوائده.

-
- (١) أي ولا بد من أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها. فاسم (يكون) مستتر يرجع إلى المنفعة، والتذكير إنما جاء من قبل مراعاة جانب الخبر وهو (مقدورا) وفق القاعدة المشهورة: (إذا دار الأمر بين المرجع والخبر فمراعاة الخبر أولى) كقوله تعالى: " فلما رأى الشمس بازغة قال هذا ربي " والخبر هنا مذكر - لفظا - وإن كان في الواقع مؤنثا باعتبار ما تعلق به وهو (على تسليمها) كما هو الشأن في كل فعل مبني للمفعول أو نفس اسم المفعول إذا كانا مشتقين من فعل لازم، يقال: هذه المرأة قد غضب عليها أو هي مغضوب عليها، وهكذا ما نحن فيه، تقول: المنفعة مقدور على تسليمها. فإذا صار (مقدور) خبرا عن (يكون) يجوز في الفعل التذكير باعتبار لفظ الخبر مع قطع النظر عن متعلقه، ويجوز التأنيث أيضا باعتبار المرجع والواقع.
- (٢) أي في الآبق، أو في غير المقدور على التسليم.
- (٣) أي لا بقياس الإجارة على البيع.
- (٤) أي لتحمل الإجارة.
- (٥) أي البيع.
- (٦) أي إمكان الجواز فيما إذا ضم إلى غير المقدور شيء متمول.

ووجه المنع فقد النص المجوز هنا (١) فيقتصر فيه على مورده وهو البيع، ومنع الأولوية. وعلى الجواز هل يعتبر في الضميمة إمكان أفرادها بالإجارة (٢)، أم بالبيع، أم يكفي كل واحد منهما (٣) في كل واحد منهما (٤) أوجه: من (٥) حصول المعنى (٦) في كل منهما، ومن (٧) أن الظاهر ضميمة كل شيء إلى جنسه، وقوى المصنف الثاني (٨). ولو أجره ممن يقدر على تحصيله صح من غير ضميمة. ومثله (٩) المغصوب له أجره الغاصب، أو من يتمكن من قبضه. (ولو طرأ المنع) من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أوجرت له،

-
- (١) أي في الإجارة.
(٢) بأن تصلح الضميمة للإجارة مستقلة، أو للبيع فقط، دون الإجارة.
(٣) أي من إمكان الأفراد بالبيع، أو الإجارة.
(٤) أي من البيع والإجارة.
وحاصل المعنى: أن إمكان الأفراد بالإجارة يكفي أن يكون ضميمة في البيع والإجارة.
وكذلك إمكان الأفراد بالبيع يكفي أن يقع ضميمة في البيع والإجارة.
(٥) دليل لجواز صحة ضميمة كل من القابل للبيع أو الإجارة في البيع والإجارة.
(٦) المراد من المعنى حصول التمول في الضميمة.
(٧) دليل لعدم جواز كل من الإجارة والبيع في كل من البيع والإجارة، بل يضم كل جنس إلى جنسه، بأن تجعل الضميمة القابلة للإجارة في الإجارة، والضميمة القابلة للبيع في البيع فقط.
(٨) وهو ضميمة كل شيء إلى جنسه.
(٩) أي ومثل من يقدر على تحصيل العين إجارة العين إلى الغاصب.

(فإن كان المنع قبل القبض فله (١) الفسخ)، لأن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما، ومطالبة المؤجر بالمسمى لفوات المنفعة، وله الرضا بها وانتظار زوال المنع، أو مطالبة المنع بأجرة المثل لو كان غاصبا، بل يحتمل مطالبة المؤجر بها أيضا، لكون العين مضمونة عليه (٢) حتى يقبض، ولا يسقط التخيير (٣) بزوال المنع في أثناء المدة، لأصالة بقاءه، (وإن كان) المنع (بعده) أي بعد القبض، (فإن كان تلفا بطلت) الإجارة، لتعذر تحصيل المنفعة المستأجر عليها، (وإن كان غصبا لم تبطل)، لاستقرار العقد بالقبض. وبراءة المؤجر والحال أن العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها، وإنما المنع عارض، (ويرجع المستأجر على الغاصب) بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده، ولا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها. والظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر، وغيره. (ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ)، لفوات بعض المالية بسببه فيجبر (٤) بالخيار، ولأن الصبر على العيب ضرر منفي. (وفي الأرش) لو اختار البقاء على الإجارة (نظر) من (٥) وقوع العقد على هذا المجموع وهو باق فأما أن يفسخ، أو يرضى بالجميع ومن (٦) كون الجزء الفائت،

-
- (١) أي للمستأجر.
 - (٢) أي على المؤجر.
 - (٣) أي خيار الفسخ.
 - (٤) أي يتدارك.
 - (٥) دليل لعدم ثبوت الأرش لو اختار البقاء.
 - (٦) دليل لثبوت الأرش.

أو الوصف (١) مقصودا للمستأجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فيجبر بالأرث وهو حسن وطريقة معرفته (٢) أن ينظر إلى أجرة مثل العين سليمة، ومعيبة ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة (٣)، وإن اختار (٤) الفسخ وكان قبل مضي شيء من المدة فلا شيء عليه وإلا (٥) فعليه من المسمى بنسبة ما مضى إلى المجموع.

(ولو طرأ) العيب (بعد العقد فكذلك كانهدام المسكن) وإن كان بعد استيفاء شيء من المنفعة، ولا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطا للخيار، لأن المعبر منه ما وقع في العوض المعيب الذي تعلق به المعاوضة وهو هنا المنفعة وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف، وإنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به وإن قل، أو أمكن إزالة المانع، وإلا بطلت، ولو أعاده المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء معتد به ففي زوال الخيار نظر، من (٦) زوال المانع، وثبوت (٧) الخيار بالانهدام فيستصحب (٨)، وهو أقوى.

(١) أي الوصف الفائق كالسعة والقوة والاستحكام.

(٢) أي الأرث.

(٣) مضى شرح نسبة المعيبة إلى الصحيحة مفصلاً في الجزء الثالث كتاب المتاجر (خيار العيب) من ص ٤٧٥ إلى ص ٤٩٥ فراجع كي تستفيد ولا تسامح.

(٤) أي المستأجر.

(٥) أي وإن مضى من مدة الإجارة.

(٦) دليل لزوال الخيار.

(٧) بالجر عطف على مدخول (من الجارة) وهو دليل لثبوت الخيار وبقائه

(٨) أي يستصحب ثبوت الخيار بعد زوال المانع، لثبوت أصل الانهدام

(ويستحب أن يقاطع (١) من يستعمله على الأجرة أولاً) للأمر به في الأخبار. فعن الصادق عليه السلام " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره (٢) " وعن الرضا عليه السلام أنه ضرب غلماناً حيث استعملوا رجلاً بغير مقاطعة وقال: إنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصت أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأي إنك قد زدته (٣) " (وأن توفيه) أجرته (عقيب فراغه) من العمل قال الصادق عليه السلام في الحمال والأجير: " لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته (٤) " وعن حنان ابن شعيب قال: تكارينا لأبي عبد الله عليه السلام قوما يعملون في بستان له وكان أجلبهم إلى العصر فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم (٥).

(ويكره أن يضمن) أي يغرم عوض ما تلف بيده بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البينة على تفريطه،

فيشك في رفعه بمجرد رفع المانع وإن كانت المدة قليلة.

- (١) أي يقرر الأجرة القطعية.
- (٢) الوسائل أحكام الإجارة باب ٣ الحديث ٢ لكن الموجود في المصدر (حتى يعلم ما أجره).
- (٣) الوسائل أحكام الإجارة باب ٣ الحديث ١ لكن الموجود في المصدر (قد نقصته).
- (٤) الوسائل أحكام الإجارة باب ٤ الحديث ١.
- (٥) الوسائل أحكام الإجارة باب ٤ الحديث ٢.

أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه (١) عليه لو قضينا بالنكول (إلا مع التهمة له) بتقصيره على وجه يوجب الضمان.
مسائل:

(الأولى من تقبل عملا فله تقييله غيره بأقل) مما تقبله به
(على الأقرب)، الأصالة الجواز، وما ورد من الأخبار (٢) دالا
على النهي عنه يحمل على الكراهية جمعا بينها وبين ما يدل على الجواز (٣)
هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا إشكال في المنع، وإذا
لم يحدث فيه حدثا وإن قل (٤)، (ولو أحدث فيه حدثا فلا بحث)
في الجواز، للاتفاق عليه حينئذ. وعلى تقدير الجواز فالمشهور اشتراط
إذن المالك في تسليم العين للمتقبل (٥)، لأنها مال الغير فلا يصح تسليمه.
لغيره بغير إذنه، وجواز إجارتها لا ينافيه (٦) فيستأذن المالك فيه،
فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر ففي جوازه (٧) بغير إذنه،
أو تسلطه على الفسخ وجهان، وجواز التسليم بغير إذنه مطلقا (٨) خصوصا
إذا كان المتقبل ثقة قوي،

(١) هكذا في النسخ الموجودة بأيدينا خطية ومطبوعة. والأولى (توجهه)
بالتأنيث إلا أن تؤل بالحلف.

(٢) الوسائل أحكام الإجارة باب ٢٣ الحديث ١ - ٤ - ٧.

(٣) نفس المصدر ونفس الباب.

(٤) أي في هذه الصورة أيضا لا إشكال في المنع.

(٥) أي للمتقبل الثاني.

(٦) أي اشتراط إذن المالك.

(٧) أي تسليم العين.

(٨) سواء كان الحاكم موجودا أم لا.

(الثانية لو استأجر عينا فله إجارتها بأكثر مما استأجرها به)،
للأصل، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود.
(وقيل: بالمنع إلا أن تكون) إجارتها (بغير جنس الأجرة،
أو يحدث فيها صفة كمال) استنادا إلى روايتين (١) ظاهرتين في الكراهة
وإلى استلزامه الربا. وهو ضعيف. إذ لا معاوضة على الجنس الواحد.
(الثالثة إذا فرط في العين) المستأجرة (ضمن قيمتها يوم
التفريط)، لأنه يوم تعلقها بدمته، كما أن الغاصب يضمن القيمة يوم
الغصب. هذا قول الأكثر. (والأقرب) ضمان قيمتها (يوم التلف)
لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قبله وإن حكم بالضمان (٢)، لأن المفروض
بقاء العين فلا ينتقل إلى القيمة، وموضع الخلاف (٣) ما إذا كان
الاختلاف بتفاوت القيمة (٤)، أما لو كان (٥) بسبب نقص في العين
فلا شبهة في ضمانه (٦)، (ولو اختلفا في القيمة حلف الغارم)، لأصالة
عدم الزيادة ولأنه منكر، وقيل: القول قول المالك إن كانت دابة،
وهو ضعيف.
(الرابعة مؤنة العبد والدابة على المالك) لا المستأجر، لأنها
تابعة للملك، وأصالة عدم وجوبها على غير المالك. وقيل: على المستأجر

-
- (١) الوسائل أحكام الإجارة باب ٢٢ الحديث ٤ - ٥.
(٢) قبل التلف بمجرد التفريط.
(٣) أي الخلاف في أن الضمان للقيمة يوم التلف، أو يوم التفريط.
(٤) مع سلامة العين.
(٥) أي تفاوت القيمة.
(٦) أي في ضمان النقص، ولا يخفى أنه بعد ضمان العين الصحيحة الكاملة
لا معنى لضمان هذا النقص، إذ الفرض أن المتلف ضامن للعين كاملة.

مطلقا (١). وهو ضعيف، ثم إن كان المالك حاضرا عندها أنفق، وإلا استأذنه المستأجر في الإنفاق ورجع عليه، (ولو أنفق عليه المستأجر بنية الرجوع) على المالك (صح مع تعذر إذن المالك، أو الحاكم) وإن لم يشهد على الإنفاق على الأقوى، ولو أهمل (٢) مع غيبة المالك ضمن لتفريطه إلا أن ينهأه المالك، (ولو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفته على المستأجر في المشهور) استنادا إلى رواية (٣) سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام. ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة عليه. والأقوى أنه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، وتحمل الرواية مع سلامة سندها عليه (٤)، واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الأجرة. وحيث يشترط فيه (٥)، وفي غيره من الحيوان على المستأجر يعتبر بيان قدرها ووصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداء فإنه يكفي القيام بعادة أمثاله (٦).
الخامسة (لا يجوز إسقاط المنفعة المعينة (٧)) أي الإبراء منها سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه لأنه (٨) عبارة عن إسقاط ما في الذمة فلا يتعلق بالأعيان، ولا بالمنافع

-
- (١) سواء شرط أم لا.
(٢) أي الإنفاق.
(٣) الوسائل كتاب الإجارة باب ١٠ الحديث ١.
(٤) أي على الشرط.
(٥) أي في الأجير المنفذ في الحوائج.
(٦) أي أمثال الأجير.
(٧) كما إذا استأجر دابة معينة للركوب، أو الحمل إلى مسافة معينة.
(٨) أي الإبراء.

المتعلقة بها، (ويجوز إسقاط) المنفعة (المطلقة (١)) المتعلقة بالذمة وإن لم يستحق (٢) المطالبة بها، (وكذا الأجرة) يصح إسقاطها إن تعلق بالذمة، لا إن كانت عينا، (وإذا تسلم) أجييرا ليعمل له عملا (فتلف لم يضمن) صغيرا كان، أم كبيرا، حرا كان، أم عبدا، لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه فكان أمانة في يده (٣)، ولا فرق بين تلفه مدة الإجارة وبعدها، إلا أن يحبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة فيصير بمنزلة المغصوب، وسيأتي إن شاء الله أن الحر البالغ لا يضمن مطلقا. وما عليه من الثياب تابع له (٥) ولو كان (٦) صغيرا أو عبدا ضمنه. السادسة (كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر كالقالب (٧) والزم (٨)، والحزام (٩))،

(١) كما إذا استأجر منه دابة من غير تعيين لها لليوم الآتي. والمراد من الجواز: إبراء ذمة المؤجر. والمعنى: أنه إذا أسقط المنفعة المعينة فإنها لا تسقط.

بخلاف المنفعة المطلقة فإنها تسقط بإسقاطها.

(٢) أي لم يستحق المستأجر، لأنه لم يحل وقتها.

(٣) والأمانة لا تضمن إلا مع التعدي أو التفريط.

(٤) أي وإن كان الحر مغصوبا.

(٥) أي لا تضمن.

(٦) أي الأجير.

(٧) جمعه أقتاب بمعنى الرحل.

(٨) أي المقود وهو الحبل الذي في رقبة الدابة.

(٩) جمعه حزم: ما يشد به وسط الدابة.

والسرج، والبرذعة (١)، ورفع المحمل والأحمال، وشدها، وحطها،
والقايد (٢)، والسائق (٣) إن شرط مصاحبته (٤)، (والمداد في النسخ)
لتوقف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم فيجب من باب المقدمة.
والأقوى الرجوع فيه إلى العرف فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر
لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك هو المقصود من إجارة
العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها
لأجلها، إلا في مواضع نادرة تثبت على خلاف الأصل كالرضاع،
والاستحمام. ومثله (٥) الخيوط للخياطة، والصيغ للصباغة، والكش (٦)
للتقيح، (وكذا يجب) على المؤجر (المفتاح في الدار)، لأنه تابع
للغلق (٧) المثبت الذي يدخل في الإجارة، بل هو كالجزم منه وإن كان
منقولاً، ومن شأن المنقول أن لا يدخل في إجارة العقار الثابت. وأما
مفتاح القفل (٨) فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل، لانتفاء
التبعية عرفاً.

-
- (١) كساء يلقي على ظهر الدابة.
 - (٢) هو الذي يقود الدابة من أمامها.
 - (٣) هو الذي يسرق الدابة من خلفها.
 - (٤) القيد للجميع أي شرط مصاحبة المؤجر مع الدابة.
 - (٥) أي ومثل الرضاع والاستحمام خيوط الخياطة.
 - (٦) بالضم هو الغبار الذي يلحق به ثمر النخل، يؤخذ هذا الغبار من فحلها
فيلحق به إنائها.
 - (٧) هو القفل الثابت في الأبواب.
 - (٨) أي القفل المنقول.

السابعة (لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر) لها، سواء كان هو المالك أم غيره، لأصالة عدمها.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه، وإن كان بعد استيفاء شيء منها، أو الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه متعلق العقد وكان المنكر المالك، فإن أنكر مع ذلك (١) الإذن في التصرف وحلف استحقيق أجره المثل، وإن زادت عن المسمى بزعم الآخر، ولو كان المتصرف يزعم تعيينها (٢) في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن أجره المثل فإن ساواها أخذه، وإن نقص وجب على المتصرف الإكمال (٣)، وإن زاد (٤) صار الباقي مجهول المالك، لزعم المتصرف استحقيق المالك وهو (٥) ينكر، وإن كان (٦) مغايرا له، ولم يرض المالك به وجب عليه الدفع من الغالب، وبقي ذلك (٧) بأجمعه مجهولا،

(١) أي مع إنكار الإجارة.

(٢) أي أجره الدار مثلا.

(٣) أي إكمال أجره المثل.

(٤) أي المال المخصوص الذي يزعمه المتصرف أنه مال الإجارة زائدا عن أجره المثل.

(٥) أي المالك ينكر الزائد فيبقى المال بلا مالك فلا يجوز للمتصرف ولا للمالك التصرف فيه ويرجع أمره إلى الحاكم الشرعي.

(٦) أي وإن كان المال المخصوص الذي يزعم المالك تعيين الأجرة فيه مغايرا للنقد الغالب ولم يرض المالك بغير النقد الغالب.

(٧) أي الذي دفعه المتصرف وكان من غير النقد الغالب.

ويضمن العين (١) بإنكار الإذن، ولو اعترف به (٢) فلا ضمان.
 وإن كان المنكر (٣) المتصرف وحلف وجب عليه أجره المثل،
 فإن كانت (٤) أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له (٥) المطالبة به
 إن كان دفعه (٦)، لاعترافه باستحقاق المالك له (٧) ووجب عليه دفعه
 إن لم يكن دفعه، وليس للمالك قبضه (٨) لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد
 من المسمى، وإن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر (٩) المطالبة
 بالزائد إن كان دفعه، وسقط إن لم يكن، والعين ليست مضمونة عليه (١٠)
 هنا، لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة.
 (ولو اختلفا في قدر الشيء المستأجر) بفتح الجيم وهو العين

-
- (١) أي يضمن المتصرف العين المستأجرة التي تحت يده لو أنكر المالك الإذن في التصرف أيضا علاوة على إنكاره الإجارة.
 (٢) أي اعترف المالك بالإذن في التصرف فقط.
 (٣) أي إن كان المنكر للإجارة المتصرف وحلف على إنكاره الإجارة.
 (٤) أي أجره المثل التي يزعمها المالك.
 (٥) أي لم يكن للمتصرف مطالبة المالك بذاك الزائد. ومرجع الضمير في به (الزائد).
 (٦) أي إن كان المتصرف دفع ذلك الزائد إلى المتصرف.
 (٧) أي لاعتراف المتصرف باستحقاق المالك تلك الزيادة، ويجب عليه دفعها إلى المالك. ومرجع الضمير في عليه (المتصرف) وفي دفعه (الزائد).
 (٨) أي قبض الزائد.
 (٩) الذي هو المتصرف.
 (١٠) أي على المتصرف.

المستأجرة بأن قال: آجرتك البيت (١) بمأة، فقال: بل الدار أجمع (٢) بها (حلف النافي)، لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفقا عليه. وقيل: يتحالفان وتبطل الإجارة، لأن كلا منهما مدع ومنكر، (وفي رد (٣) العين حلف المالك)، لأصالة عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه (٤) مع مخالفته للأصل.

(وفي هلاك (٥) المتاع المستأجر عليه حلف الأجير)، لأنه أمين، وإمكان صدقه فيه، فلو لم يقبل قوله فيه لزم تخليده في الحبس، ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفي كالسرقة.

(وفي كيفية (٦) الإذن) في الفعل (كالتقاء، والقميص) بأن قطعه الخياط قباه فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصا (حلف المالك)، لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله والأصل عدم ما يدعيه الخياط من الإذن، ولقبول قول المالك في أصل الإذن، وكذا في صفته، لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص.

وقيل: يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش والأصل عدمه.

-
- (١) أي الغرفة بقرينة قول الشارح رحمه الله: (بل الدار أجمع).
- (٢) أجمع تأكيد للدار.
- (٣) أي لو اختلفا في رد العين.
- (٤) أي في الرد.
- (٥) أي لو اختلف المالك والأجير في تلف المتاع الذي وقعت الإجارة عليه بأن قال المالك للأجير: أتلفته وأنكر الأجير ذلك وقال: إنه تلف بنفسه من دون أن أتعمد.
- (٦) أي لو اختلف المالك والأجير.

وعلى المختار (١) إذا حلف المالك يثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وقباءً ولا أجره له على عمله، وليس له فتقه ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك، إذ لا عين له (٢) ينزعها، والعمل ليس بعين وقد صدر عدواناً ظاهراً. ولو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزاعها كالمغصوب (٤)، ووجه المنع (٤) استلزامه التصرف في مال الغير، ولو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها (٥) خيطاً لتصير خيوطه في موضع خيوط الخياط إذا سلها (٦) لم يجب إجابته، لأنه (٧) تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط. (وفي قدر (٨) الأجره حلف المستأجر)، لأصالة عدم الزائد: وقيل: يتحالفان كما لو اختلفا في قدر المستأجر (٩)، لأن كلا منهما مدع ومنكر. وهو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، ومقدار العين، والمدة، وإنما تخالفاً على القدر الزائد عما يتفقان عليه فيحلف منكره.

(١) وهو حلف المالك.

(٢) أي للأجير.

(٣) أي هذه الخيوط كالخيط المغصوب في وجوب نزاعها من القميص.

(٤) أي وجه منع نزاع الخيوط من القميص هو أنه مستلزم للتصرف في مال المالك وهو غير جائز.

(٥) أي من خيوط الخياط.

(٦) السل: (الإخراج) أي إذا أخرج الخياط خيوطه.

(٧) أي الشد في طرف خيوط الخياط.

(٨) أي ولو اختلف المالك والمستأجر.

(٩) كما مر في قول المصنف قدس سره: (ولو اختلفا في قدر الشيء المستأجر)

كتاب الوكالة (١)

" الوكالة " بفتح الواو وكسرهما (وهي استنابة في التصرف)
بالذات (٢)، لئلا يرد الاستنابة في نحو القراض، والمزارعة، والمساقاة.
وخرج بقيد الاستنابة الوصية بالتصرف، فإنها إحداث ولاية، لا استنابة
وبالتصرف الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ خاصة، وتفتقر إلى إيجاب
وقبول، لأنها من جملة العقود وإن كانت جائزة.
(وإيجابها وكتلتك، أو استنتك، أو ما شاكله من الألفاظ الدالة
على الاستنابة في التصرف (٣)، وإن لم تكن على نهج الألفاظ المعتمدة
في العقود (٤)، (أو الاستيجاب) والإيجاب (٥) كقوله: وكلني
في كذا، فيقول: وكتلتك، (أو الأمر بالبيع، والشراء) كما دل عليه
قول النبي (٦) صلى الله عليه وآله وسلم لعروة الباقي: اشتر لنا شاة.
(وقبولها قولي) كقبلت، ورضيت، وما أشبهه، (وفعلي)
كفعله ما أمره بفعله، (ولا يشترط فيه) أي في القبول (الفورية)

-
- (١) الوكالة: اسم مصدر من التوكيل بمعنى التفويض جمعها وكالات.
 - (٢) أي (المقصود الأولي الأصلي).
 - (٣) كفوضتك في التصرف.
 - (٤) كالماضوية والعربية.
 - (٥) وهو تقديم القبول على الإيجاب.
 - (٦) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥.
 - (٧) بأن قام الوكيل بما أمره الموكل.

بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طالت المدة، (فإن الغائب يوكل) والقبول متأخر، وكأن جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلا فهو فرع المدعى. (ويشترط فيها التنجيز) فلو علقت على شرط متوقع كقدوم المسافر، أو صفة مترتبة كطلوع الشمس لم يصح. وفي صحة التصرف بعد حصول الشرط، أو الصفة بالإذن الضمني قولان منشأهما: كون (١) الفاسد بمثل ذلك إنما هو العقد، أو الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا (٢)، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة، دون الإذن (٣) ولأن الوكالة أخص (٤) من مطلق الإذن، وعدم (٥) الأخص

(١) دليل على صحة جواز التصرف في الوكالة.

(٢) أي فلا يفسد بفساد العقد.

(٣) أي الإذن العام باق بعد وإن بطلت الوكالة.

(٤) أي إذن مخصوص حيث إن الوكالة نوع خاص من الإذن في التصرف

أما مطلق الإذن العام فإنه يحصل في أنواع مختلفة كالوكالة والإجارة

والوديعة وغيرها فذهاب الإذن الخاص الذي هو في ضمن الوكالة لا يستلزم

ذهاب الإذن العام كما لو تلف فرد من أفراد الإنسان فإنه لا يستلزم فوات النوع

الكلي وهو الإنسان، لاحتمال وجوده في ضمن فرد آخر.

(٥) برفع (عدم) بناء على أنه مبتداء خبره (أعم) وهو من تكملة الدليل الثاني

الذي أفاده الشارح قدس سره على بقاء الإذن في ضمن العقد وهو قوله: (ولأن

الوكالة أخص من مطلق الإذن).

فحاصل التكملة: أن للإذن معنيين: معنى عاماً يحصل بصورة عامة

وفي ضمن أمور عامة.

أعم من عدم الأعم، وأن (١) الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه (٢) من مثل الجعل أمر زائد عليها (٣)، لصحتها بدونها فلا يعقل فسادها مع صحته (٤).

(ويصح تعليق التصرف) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: وكتلك في كذا، ولا تتصرف إلا بعد شهر. لأنه بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها الجامع لشرائطها التي من جملتها التنجيز وإن كان في معنى التعليق، لأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط فلا تقع (٥) بدونها وإن أفاد فائدتها.
(وهي جائزة من الطرفين) فلكل منهما إبطالها في حضور الآخر

وأخرى معنى عاماً يحصل في ضمن أمور خاصة.
وبما أن الوكالة إذن خاص فهي مستلزمة لوجود العام وهو الإذن في نفس الوكالة إذا وجدت.

ففقدان الوكالة التي هي الإذن الخاص لا يستلزم فقدان العام وهو الإذن، لإمكان بقاء العام بنفسه في مفروض الكلام. فلو بطلت الوكالة لم يبطل الإذن العام، لبقائه على ما كان بحاله، وهذا معنى قوله: (وعدم الأخص أعم من عدم الأعم).

(١) هذا دليل لعدم بقاء الإذن الضمني بعد بطلان الوكالة.

(٢) أي عن الإذن.

(٣) أي على الوكالة.

(٤) أي مع بقاء الإذن.

(٥) أي لا تقع العقود بدون الضوابط وإن أفاد العقد فائدة الضوابط.
ومرجع الضمير في فائدتها: (الضوابط).

وغيبته. لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا (١)، (ولو عزله) الموكل (اشترط علمه) بالعزل فلا يعزل بدونه في أصح الأقوال. والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره، وإن كان عدلا واحدا، لصحيفة (٢) هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام، ولا عبرة بخبر غيره (٣) وإن تعدد، ما لم يحصل به العلم، أو الظن المتأخم له، (ولا يكفي) في انعزاله (الإشهاد) من الموكل على عزله على الأقوى، للخبر (٤) السابق، خلافا للشيخ وجماعة.

(و) حيث كانت جائزة (تبطل بالموت، والجنون، والإغماء) من كل واحد منها، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، وسواء أطبق الجنون أم كان أدوارا، وسواء علم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم، (وبالحجر على الموكل فيما وكل فيه) بالسفه، والفلس، لأن منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه.

وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان حريبا فاسترق، ولو كان وكيلا أصبح بمنزلة توكيل عبد الغير (٥).

(ولا تبطل بالنوم ولو تطاول)، لبقاء أهلية التصرف (ما لم يؤد

-
- (١) سواء علم الموكل أم لا.
- (٢) الوسائل أحكام الوكالة باب ٢ الحديث ١.
- (٣) أي يخبر غير العدل إذا لم يحصل العلم بخبره، وأما إذا حصل به العلم، أو الظن القريب للعلم يقبل قوله.
- (٤) المشار إليه في الهامش رقم ٢.
- (٥) فلا تصح الوكالة إلا بإذن الولي.

إلى الإغماء) فتبطل من حيث الإغماء، لا من حيث النوم، ومثله (١) السكر، إلا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل والولي (٢) (وتبطل بفعل الموكل ما تعلق به الوكالة) كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، وفي حكمه (٣) فعله ما ينافيها كعتقه.

(وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمن المثل)، إلا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادة كدرهم في مئة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه فلا يجوز الاقتصار عليه حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذلا للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له (٤)، إلا أن يعين له قدرا فلا يجب تحصيل الزائد، وإن بذل (٥) (حالا) فلا يجوز بالموجل مطلقا (٦) (بنقد البلد)، فإن اتحد تعين، وإن تعدد باع بالأغلب، فإن تساوت النقود باع بالأنفع للموكل، فإن استوت نفعا تخير (وكذا) التوكيل (في الشراء) يقتضيه بثمن المثل حالا بنقد البلد، (ولو خالف) ما اقتضاه الإطلاق، أو التنصيص (ففضولي) يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة المالك. (وإنما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر

-
- (١) أي ومثل النوم في عدم بطلان الوكالة السكر فإنه لا يوجب بطلان الوكالة من حيث السكر، بل من حيث إزالة عقله وذهابه.
 - (٢) حيث يشترط عدالة وكيل الوكيل ووكيل الولي.
 - (٣) أي وفي حكم فعل الموكل ما لو فعل فعلا منافيا للوكالة كما لو أمره ببيع عبده ثم أعتقه هو.
 - (٤) أي لجعل الخيار لنفسه.
 - (٥) أي وإن وجد من يبذل الزائد ويشتريه بزيادة عما عينه الموكل.
 - (٦) أي زاد على ثمن المثل أم لا.

بعينه كالعق (فإن غرضه فيه فك الرقبة سواء أحدثه المالك أم غيره،
(والطلاق) فإن غرضه منه رفع الزوجية كذلك (١).
ومثله (٢) النكاح، (والبيع)، وغيرهما من العقود، والإيقاعات
(لا فيما يتعلق) غرضه بإيقاعه من مباشر بعينه (٣).
ومرجع معرفة غرضه في ذلك (٤) وعدمه إلى النقل (٥)، ولا قاعدة له
لا تنخرم. فقد علم تعلق غرضه (٦) بجملته من العبادات، لأن الغرض
منها امتثال المكلف ما أمر به وانقياده وتذليله بفعل المأمور به ولا يحصل
ذلك بدون المباشرة (كالطهارة) فليس له الاستنابة فيها أجمع، وإن جاز
في غسل الأعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها (٧)، مع توليه النية
ومثل هذا لا يعد توكيلاً حقيقياً، ومن ثم يقع ممن لا يجوز توكيله
كالمجنون، بل استعانة على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق.

-
- (١) أي سواء أحدثه الزوج بنفسه أم بوكيله.
 - (٢) أي ومثل الطلاق في عدم تعلق غرض الشارع بوقوعه من شخص الزوج
 - (٣) فإن الوكالة لا تصح في هذه الموارد.
 - (٤) أي في وقوع الفعل مباشرة وغير مباشرة.
 - (٥) أي النقل الشرعي الوارد عن أهل بيت العصمة والطهارة عليهم الصلاة والسلام واللعنة على أعدائهم أجمعين.
 - (٦) أي غرض الشارع في وقوع الفعل من الشخص بنفسه.
 - (٧) أي يعجز عن غسل الأعضاء ومباشرتها بنفسه فيغسل النائب وجهه العاجز بحدوده، ويديه بحدودهما، ويرفع يده ويمسح بها رأسه، وكذلك يأخذ يديه ويمسح بهما رجليه.
- وأما النية فيتولاها شخصه من دون استنابة فيها.

(والصلاة الواجبة في) حال (الحياة) فلا يستتاب فيها مطلقا (١) إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز استنابة الحي في الحج الواجب (٢)، أو فيهما (٣) خاصة على بعض الوجوه. واحترز بالواجبة عن المندوبة، فيصح الاستنابة فيها في الجملة (٤) كصلاة الطواف المندوب، أو (٥) في الحج المندوب وإن وجب، وصلاة (٦) الزيارة. وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه. وبالجملة فضبط متعلق غرض الشارع في العبادات وغيرها يحتاج إلى تفصيل، ومستند نقلي. (ولا بد من كمال المتعاقدين) بالبلوغ، والعقل. فلا يوكل،

-
- (١) مع العجز وعدمه.
(٢) راجع الجزء الثاني من طبعتنا الحديثة ص ١٦٧ حيث يجوز للعاجز استنابة غيره في الحج، وكذا يجوز له الاستنابة في ركعتي الطواف.
(٣) أي في ركعتي الطواف فقط كما لو أتى بالطواف ونسي صلاته فإنه يجوز لمثل هذا الحاج الاستنابة في الصلاة إذا لم يمكن له مباشرتها بنفسه كعارض عرض له لا يرجى زواله أبدا.
لكن الاستنابة مشروطة في هذه الصورة، لا مطلقة، فلو كان زوال العارض مرجوا لا تجوز، وهذا معنى قول الشارح (على بعض الوجوه).
(٤) أي لا في جميع الموارد.
(٥) عطف على قوله فيهما أي تصح النيابة في صلاة الطواف على بعض الوجوه. وفي صلاة الحج المندوب وإن صار واجبا فيما بعد كما لو أحرم فإنه واجب حينئذ وإن كان مستحبا في البداية.
(٦) أي وتصح الاستنابة أيضا في صلاة الزيارة.

ولا يتوكل الصبي، والمجنون مطلقاً (١)، (وجواز تصرف الموكل) فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. وخص الموكل، لجواز كون المحجور في الجملة وكيلاً لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالسفيه، والمفلس (٢) مطلقاً (٣)، والعبد بإذن سيده. (وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر) في مجلسه (كالغائب) على أصح القولين، لأن الطلاق قابل للنيابة، وإلا لما صح توكيل الغائب. ومنع الشيخ من توكيل الحاضر فيه استناداً إلى رواية (٤) ضعيفة السند قاصرة الدلالة.

(ولا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن (٥) صريحاً) ولو بالتعميم كإصنع ما شئت، (أو فحوى، كاتساع متعلقها) بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم إلا بمساعد ومثله (٦) عجزه عن مباشرته، وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به (٧) وترفع الوكيل عما وكل فيه عادة) فإن توكيله حينئذ يدل بفحواه

-
- (١) بإذن من الولي أم لا، بلغ الصبي عشر سنين أم لا، كان جنونه أدوارياً أم لا.
 - (٢) حيث إنهما يتوكلان عن الغير وإن كانا محجورين من التصرف في مالهما.
 - (٣) أي ولو لم يأذن الولي للسفيه، والغرماء للمفلس.
 - (٤) راجع الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٨.
 - (٥) أي مع الإذن في التوكيل من الموكل.
 - (٦) أي ومثل اتساع متعلق الوكالة في سقوط المباشرة عن الوكيل بنفسه عجز الوكيل عن القيام بالعمل بنفسه، فإن المباشرة تسقط حينئذ.
 - (٧) أي مع علم الموكل بعجز الوكيل عن وظيفة الوكالة بنفسه.

على الإذن له فيه (١)، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا (٢) لم يجز لأنه مستفاد من القرائن، ومع جهل الموكل بحاله (٣) ينتفي. وحيث أذن له في التوكيل فإن صرح له (٤) بكون وكيله وكيلا عنه، أو عن الموكل لزمه حكم من وكله فينزل في الأول (٥) بانعزاله، لأنه فرعه، وبعزل كل منهما (٦) له، وفي الثاني (٧) لا ينزل إلا بعزل

-
- (١) أي في التوكيل، لأن ترفع الوكيل دليل ظاهر على جواز توكيله للغير فهذا الترفع بفحواه أكبر شاهد على ذلك.
- (٢) أي وإن لم يعلم الموكل بترفع الوكيل فلا يجوز للوكيل استنابة الغير في الوكالة، لأن جواز الاستنابة مستفاد من القرائن الحالية وهو الترفع فإذا انتفى العلم بالترفع لعدم العلم به انتفى جواز الاستنابة.
- فالحاصل: أن جواز الاستنابة وعدمه دائر مدار علم الموكل بترفع، الوكيل فإن علم بذلك جازت الاستنابة، وإلا فلا.
- (٣) أي ومع جهل الموكل بحال الوكيل في أنه مترفع ينتفي جواز الاستنابة، لأنك عرفت أن الجواز وعدمه دائر مدار علم الموكل.
- (٤) أي صرح الموكل بكون وكيل الوكيل وكيلا عن نفس الوكيل ومرجع الضمير في وكيله وفي عنه (الموكل).
- (٥) وهو ما لو صرح الموكل بكون الوكيل الثاني وكيلا عن الوكيل الأول فهنا ينزل الوكيل الثاني بمجرد عزل الوكيل الأول، لأنه فرع الوكيل الأصلي فإذا عزل الأصلي فلا يبقى مجال للفرعي.
- (٦) أي وكذا ينزل الوكيل الثاني بعزل كل من الموكل والوكيل الأصلي إذا عزلا هذا الوكيل.
- ومرجع الضمير في منهما (الوكيل الأول والموكل) وفي له (الوكيل الثاني)
- (٧) أي وفي الصورة الثانية وهو ما لو صرح الموكل بكون الوكيل الثاني

الموكل، أو بما أبطل توكيله (١).
وإن أطلق (٢) ففي كونه (٣) وكيلا عنه، أو عن الموكل، أو تخيير
الوكيل (٤) في توكيله عن أيهما (٥) شاء أوجه. وكذا مع استفادته (٦)
من الفحوى، إلا أن كونه (٧) هنا وكيلا عن الوكيل أوجه.
(ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة) فيما وكل فيه ليكون
مليا بتحقيق مراد الموكل، (عارفا باللغة التي يحاور (٨) بها) فيما وكل

وكيلا عني فإنه لا ينعزل بعزل الوكيل الأول لو عزله الموكل بل عزله متوقف
على عزل الموكل له فقط.
(١) أي ينعزل الوكيل الثاني أيضا بعروض عارض على الموكل كالجنون،
أو الإغماء فإنه ينعزل حينئذ.
(٢) أي وإن أطلق الموكل الأول الإذن في الوكالة ولم يبين للوكيل الأول
التوكيل عن أيهما.
(٣) أي ففي كون الوكيل الثاني وكيلا عن الوكيل الأول، أم عن الموكل
ومرجع الضمير في عنه (الوكيل الأول).
(٤) أي تخيير الوكيل الأول في توكيله عن أيهما أي عن الموكل أو عن نفسه
(٥) أي عن الموكل أو عن نفسه.
(٦) أي ومثل الإطلاق في أن الوكيل الثاني وكيلا عن الوكيل الأول
أم عن الموكل.
أو أنه تخيير في الوكالة عن نفسه أو عن الموكل ما لو استفاد الوكيل الثاني
هذا الإطلاق أو التخيير عن ظاهر كلام الموكل.
(٧) أي كون الوكيل الثاني وكيلا عن الوكيل الأول أوجه وامتن.
(٨) أي يكون الوكيل عارفا وعالما بالاصطلاحات المخصوصة التي وكل
فيها مثلا لو وكل في البناء فإنه لا بد من أن يعرف الاصطلاحات المختصة به.

فيه، ليحصل الغرض من توكيله.
وقيل: إن ذلك (١) واجب. وهو (٢) مناسب لمعنى الشرط
بالنسبة إلى الأخير (٣)، (ويستحب لذوي المروءات) وهم أهل الشرف
والرفعة، والمروءة (التوكيل في المنازعات)، ويكره أن يتولوها بأنفسهم
لما يتضمن من الامتهان، والوقوع فيما يكره، روي " أن عليا عليه السلام
وكل عقيلاً في خصومة، وقال: إن للخصومة قحماً، وأن الشيطان
ليحضرها (٤)، وإني لأكره أن أحضرها " - والقحم بالضم المهلكة -
والمراد هنا أنها تقحم بصاحبها إلى ما لا يريد.
(ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل) من حيث إنه ارتداد،
وإن كانت قد تبطل من جهة أخرى في بعض الموارد، ككونه وكيلاً
على مسلم، فإنه في ذلك (٥) بحكم الكافر، ولا فرق بين الفطري، وغيره

-
- (١) أي كونه تام البصيرة وعارفاً باللغة التي يحاور بها.
 - (٢) هذا رأي الشارح رحمه الله فيما أفاده هذا القائل وحاصله: أن هذا
الوجوب الذي ذهب إليه هذا القائل مناسب للوجوب الوضعي أي أن صحة الوكالة
مشروطة بكون الوكيل عارفاً باللغة التي يحاور بها.
 - (٣) وهو كونه عارفاً باللغة التي يحاور بها.
 - (٤) لم نجد سنداً للرواية المذكورة من طرقنا الخاصة وقد روتها أبناء السنة
وتمسكوا بها. راجع المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٧٥.
 - ونحن نستغرب فحوى الرواية: كيف يرتضي الإمام أمير المؤمنين عليه
الصلاة والسلام إصابة الهوان بأخيه الأكبر. وهو بمنزلة نفسه، فما يصيبه فقد أصابه
هو من غير فرق.
 - وعلى أي فالأمر سهل بعد ضعف سند الرواية.
 - (٥) أي وفي وكالته على مسلم.

وإن حكم بطلان تصرفاته لنفسه، (ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم، على قول) الشيخ، والأقوى الجواز على كراهية، للأصل، (ولا الذمي على المسلم لمسلم، ولا للذمي قطعاً) فيهما، لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية (١)، (وباقى الصور جائزة وهي ثمان) بإضافة الصور الثلاث المتقدمة (٢) إلى باقيةها. وتفصيلها: أن كلا من الموكل والوكيل والموكل عليه إما مسلم، أو كافر، ومنه تتشعب الثمان بضرب قسمي (٣) الوكيل في قسمي (٤) الموكل، ثم المجتمع (٥) في قسمي (٦)

-
- (١) " لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً " النساء: الآية ١٤٠
 - (٢) وهي: توكل المسلم للذمي على المسلم على قول الشيخ قدس سره. وتوكل الذمي على المسلم لمسلم. وتوكل الذمي على المسلم للذمي.
 - (٣) وهما: إسلامه وكفره.
 - (٤) وهما: إسلامه وكفره.
 - (٥) وهي: الصور الأربعة الحاصلة من ضرب صورتى الوكيل المسلم والوكيل الكافر في صورتى الموكل المسلم والموكل الكافر.
 - (٦) وهما: إسلامه وكفره فالنتج، أو الحاصل ثمانية صور. وإليك الصور تفصيلاً مع بيان الصحيح منها والفاقد.
 - (الصورة الأولى): وكالة المسلم لمسلم على مسلم صحيح.
 - (الصورة الثانية): وكالة المسلم لمسلم على ذمي صحيح.
 - (الصورة الثالثة): وكالة الذمي لمسلم على ذمي صحيح.
 - (الصورة الرابعة): وكالة الذمي للذمي على ذمي صحيح.
 - (الصورة الخامسة): وكالة المسلم للذمي على ذمي صحيح.
 - (الصورة السادسة): وكالة المسلم للذمي على مسلم باطل على مذهب الشيخ

الموكل عليه، ولا فرق في الكافر بين الذمي وغيره كما يقتضيه التعليل (١)
(ولا يتجاوز الوكيل ما حد له) في طرف الزيادة والنقصان
(إلا أن تشهد العادة بدخوله) أي دخول ما تجاوز في الإذن (كالزيادة
في ثمن ما وكل في بيعه (٢)) بضمن معين، إن لم يعلم منه (٣) الغرض
في التخصيص به (٤)، (والنقيصة في ثمن ما وكل في شرائه) بضمن
معين، لشهادة الحال غالبا بالرضا بذلك فيهما (٥) لكن قد يتخلف
بأن لا يريد الإشطاط (٦) في البيع، أو غيره من الأغراض.
(وتثبت الوكالة بعدلين) كما يثبت بهما غيرها من الحقوق المالية،

(الصورة السابعة): وكالة الذمي على المسلم لمسلم باطل.

(الصورة الثامنة): وكالة الذمي على المسلم لذمي باطل.

(١) وهو عدم تسلط الكافر على المسلم.

(٢) كما لو وكل في بيع المتاع بخمسين دينارا فباعه بستين فالزائد داخل
في الإذن.

(٣) أي من الموكل.

(٤) أي فيما حد له من السعر. فإنه لو علم من الموكل الغرض من التحديد
كما لو أراد نفع المؤمنين مثلا فلا يجوز للوكيل البيع بالزيادة.

(٥) أي في جانب النقيصة والزيادة.

(٦) من الشطط وهو التجاوز عن الحد قال الشاعر:

(حب التناهي شطط * خير الأمور الوسط)

فالشطط في البيع: التجاوز في السعر عن الحد المتعارف بحيث يعد ظلما
وإجحافا.

كذلك في جانب النقيصة عند الشراء فإن الموكل ربما لا يريد أن يظلم الوكيل
البايع في السعر المتعارف.

وغيرها، (ولا تقبل فيها شهادة النساء منفردات)، لاختصاصها (١)
بما يعسر اطلاع الرجال عليه، والوصية (٢) كما سلف في بابه،
(ولا منضمت) إلى الرجال، لاختصاصها (٣) حينئذ بالمال. وما
في حكمه (٤)، والوكالة ولاية على التصرف وإن ترتب عليها المال لكنه (٥)
غير مقصود.

(ولا تثبت بشاهد ويمين)، لما ذكر (٦)، إلا أن يشتمل
على جهتين (٧) كما لو ادعى شخص على آخر وكالة بجعل وأقام شاهدا
وامرأتين، أو شاهدا وحلف معه، فالأقوى ثبوت المال، لا الوكالة
وإن تبعضت الشهادة، كما (٨) لو أقام ذلك بالسرقة، يثبت المال لا القطع
نعم لو كان ذلك (٩) قبل العمل لم يثبت شيء، (ولا بتصديق

-
- (١) أي اختصاص شهادة النساء بما يعسر الاطلاع عليه كالولادة مثلا.
 - (٢) بالجر عطفاً على مدخول (لام الجارة) في قول الشارح: (لاختصاصها)
 - أي اختصاص شهادة النساء بالوصية كما سلف في الجزء الثالث من طبعتنا الحديثة
ص ١٤٤ - ١٤٥.
 - (٣) أي لاختصاص "شهادة النساء منضمت إلى الرجال" بالمال.
 - (٤) أي وما في حكم المال كالجناية الموجبة للدية.
 - (٥) أي المال.
 - (٦) من اختصاص الشاهد واليمين بالمال.
 - (٧) جهة الوكالة وجهة المالية، فتثبت إحداها دون الأخرى.
 - (٨) تنظير لتبعض الشهادة أي لو ثبتت السرقة بالشاهد واليمين، أو الرجل
والمرأة فإنه يثبت المال، دون الحد وهو قطع اليد.
 - (٩) أي لو كانت شهادة الشاهد مع اليمين، أو الرجل والمرأتين قبل شروع
الوكيل فيما يدعي الوكالة فيه.

الغريم (١)) لمدعي الوكالة عليها في أخذ حق منه لغيره، لأنه تصديق في حق غيره.

هذا إذا كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عينا، أما لو كان دينا ففي وجوب دفعه (٢) إليه بتصديقه قولان أجودهما ذلك (٣)، لأنه إقرار في حق نفسه خاصة، إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة، أو وكيله فإذا حضر وأنكر بقي دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه (٤) في ذلك، وإنما ألزم الغريم بالدفع (٥) لاعترافه بلزومه له، وبهذا يظهر الفرق بينه

(١) أي وكذا لا تثبت الوكالة بتصديق المديون لمن يدعي الوكالة في أخذ حق من المديون لغيره لو كان الحق عينا لأن إثبات الوكالة بالتصديق مستلزم لوجوب دفع الحق إلى المدعي وهو غير جائز، لعدم جواز التصرف في مال الغير فالعين باقية إلى أن تسلم إلى صاحبها.

(٢) أي في وجوب دفع الحق لمدعي الوكالة بسبب تصديق الغريم له. ومرجع الضمير في إليه. وفي بتصديقه (مدعي الوكالة) والتصديق مصدر أضيف إلى المفعول والفاعل محذوف أي بتصديق الغريم مدعي الوكالة في وكالته.

(٣) أي وجوب دفع الحق إذا كان دينا إلى مدعي الوكالة أو صدقه الغريم

(٤) أي فلا ضرر على الموكل في وجوب دفع الحق إلى من يدعي الوكالة لو صدقه الغريم، لأن ذمة الغريم بدفع الحق إلى مدعي الوكالة لا تبرأ، فإن جاء الموكل وأنكر الوكالة يتوجه ضرر عليه، بل ذمة الغريم مشغولة إلى أن تبرأ، وإبرؤها وقت إعطاء الدين إلى الموكل.

(٥) دفع وهم حاصل الوهم: أنه كيف يدفع الغريم الحق ثانيا إلى الموكل لو جاء وأنكر مع القول بلزوم دفع الحق إليه لو صدقه فيما ادعاه.

فالجواب أن الغريم إنما ألزم بدفع الحق إلى الموكل ثانيا لأجل تصديقه للوكيل في وكالته فلا ضرر في وجوب الدفع إلى الوكيل على الموكل.

وبين العين، لأنها حق محض لغيره، وفائتها لا يستدرك (١).
نعم يجوز له تسليمها إليه مع تصديقه له، إذ لا منازع له (٢) الآن
ويبقى المالك على حجته، فإذا حضر وصدق الوكيل براء الدافع،
وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها،
وله مطالبة من شاء منهما (٣) بردها، لترتب أيديهما على ماله، وللدافع
مطالبة الوكيل بإحضارها لو طُلب به (٤)، دون العكس (٥) فإن تعذر
ردها، بتلف وغيره تخير في الرجوع على من شاء منهما، فإن رجع على الوكيل
لم يرجع على الغريم مطلقاً (٦)، لاعترافه (٧) ببرائته بدفعها إليه، وإن رجع
على الغريم لم يرجع على الوكيل مع تلفها في يده (٨) بغير تفريط، لأنه

وهذا لا ينافي وجوب الدفع إلى الموكل ثانياً، لأن هذا في قبال اشتغال
ذمة الغريم للموكل، وذاك في تجاه تصديقه للوكيل في ادعاء الوكالة فهما شيئان
غير متنافيين.

- ومرجع الضمير في اعترافه (الغريم) وفي بلزومه (الحق) وفي له (الوكيل)
أي لاعتراف الغريم بأن الحق الذي في ذمتي للوكيل.
(١) أي لا يستدرك للموكل فلا يجب دفع العين إلى مدعي الوكالة.
(٢) أي للوكيل الآن وهي حالة تصديق الغريم للوكيل.
(٣) أي من الغريم. ومن الوكيل.
(٤) أي لو طلب الموكل وهو المالك الغريم بإحضار العين.
(٥) وهو مطالبة الوكيل الغريم لو رجع المالك عليه.
(٦) سواء كان التلف بتفريط من الغريم أم لا.
(٧) أي لاعتراف الوكيل ببرائة ذمة الغريم من الضمان بدفع العين إلى الوكيل
ومرجع الضمير في ببرائته (الغريم) وفي بدفعها (العين).
(٨) أي مع تلف العين في يد الوكيل.

بتصديقه (١) له أمين عنده، وإلا (٢) رجع عليه.
(والوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدي) وهو موضع
وفاق.

(ويجب عليه تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طولب به)، سواء
في ذلك المال الذي وكل في بيعه وثمرته والمبيع الذي اشتراه وثمرته قبل
الشراء، وغيرها. ونبه بقوله: إذا طولب على أنه لا يجب عليه دفعه
إليه قبل طلبه، بل معه، ومع إمكان الدفع شرعا وعرفا كالوديعة (٣)
(فلو أخرج مع الإمكان) أي إمكان الدفع شرعا بأن لا يكون في صلاة
واجبة مطلقا (٤) ولا مریدا لها مع تضيق وقتها، ونحو ذلك من الواجبات
المنافية، أو (٥) عرفا بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها، ولا في حمام
أو أكل طعام، ونحوها من الأعذار العرفية (ضمن، وله أن يمتنع)
من التسليم (حتى يشهد) على الموكل بقبض حقه حذرا من إنكاره
فيضمن له ثانيا، أو يلزمه اليمين.
(وكذا) حكم (كل من عليه حق وإن كان وديعة يقبل قوله)

(١) أي لأن الوكيل بتصديق الغريم له في الوكالة صار أمينا عند الغريم
فلو تلف العين في يده ورجع المالك عليه لم يرجع الغريم على الوكيل.
والفاعل في لم يرجع (الغريم) والضمير في له (الوكيل) وفي عنده (الغريم)
أي يكون الوكيل أمينا لو صدقه الغريم في الوكالة.
(٢) أي وإن كان تلف العين في يد الوكيل بتفريط منه رجع الغريم
على الوكيل لو رجع المالك على الغريم.
(٣) في أنه يجب الدفع إلى المودع أو طالب الودعي بالدفع.
(٤) سواء ضاق الوقت أم وسع.
(٥) أي مع إمكان الدفع عرفا.

في ردها، لافتقاره إلى اليمين فله دفعها بالإشهاد وإن كان صادقا. ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحق بينة، وغيره، لما ذكرناه من الوجه (١)، هذا هو أجدد الأقوال في المسألة. وفرق بعضهم بين من يقبل قوله في الرد، وغيره، وآخرون بين من عليه بقبض الحق بينة، وغيره، ودفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله (٢) خصوصا في بعض الناس، فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين. (والوكيل في الودیعة) لمال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع، (بخلاف الوكيل في قضاء الدين، وتسليم المبيع) فليس له ذلك (٣) حتى يشهد.

والفرق أن الودیعة مبنية على الإخفاء، بخلاف غيرها، ولأن الإشهاد على الودعي لا يفيد ضمانه لقبول قوله في الرد، بخلاف غيره (فلو لم يشهد) على غير الودیعة (ضمن)، لتفريطه إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكل، وإلا انتفى الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إليه (٤). (ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد (٥) بإذن الموكل)، لانتفاء المانع

-
- (١) وهو خوف إنكار الموكل، أو المودع فتقع الحاجة إلى يمين.
 - (٢) أي هذه الفروق المذكورة من التفصيل بين من يقبل قوله وعدمه، وبين من أقام بينة على الحق عند دفعه إلى الوكيل، وبين من لم يكن له البينة.
 - (٣) أي الدفع.
 - (٤) أي إلى الموكل، بتوجه الإشهاد إليه ولم يشهد.
 - (٥) أي في الشراء لنفسه لو أذن الموكل للوكيل ذلك. والشراء لنفسه لا ينافي انصراف إطلاق الوكالة في البيع لغير الموكل، لأن الإذن يرفع المنافاة. وكذا في صورة العكس وهو (ما لو وكل زيد عمروا في شراء متاع لنفسه

حيثُذ (١). ومغايرة (٢) الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار. ولو أطلق (٣) له الإذن ففي جواز توليهما لنفسه قولان منشأهما: دخوله (٤) في الإطلاق. ومن (٥) ظاهر الروايات (٦) الدالة على المنع. وهو أولى. وأعلم أن توليه طرفي العقد أعم من كون البيع، أو الشراء لنفسه (٧) وموضع الخلاف مع عدم الإذن توليه لنفسه (٨)، أما لغيره بأن يكون

فللوكيل تولي طرفي العقد وإن كان المبيع من مال الوكيل).

- (١) أي حين إذن الموكل.
- (٢) دفع وهم حاصل الوهم: أن التغير بين الموجب والقابل واجب وفي صورة اتحاد القابل والموجب في تولي الوكيل طرفي العقد لا تصدق المغايرة. فأجاب الشارح رحمه الله: بأن المغايرة الاعتبارية كافية، فباعتبار أن الوكيل بايع يكون موجبا، وباعتبار أنه مشترك يكون قابلا فهذا المقدار من المغايرة كافية في حصول التعدد بين الموجب والقابل.
- (٣) بأن لم يبين الموكل للوكيل الشراء، أو البيع له، أو لنفسه
- (٤) أي دخول الوكيل في الإطلاق فهو دليل جواز تولي طرفي العقد.
- (٥) دليل لعدم جواز تولي طرفي العقد.
- (٦) الوسائل أبواب عقد النكاح باب ١٠ الحديث ٤.
- (٧) أي تارة يكون الوكيل وكيلا في الشراء بأن يبيع ماله لموكله. وأخرى يكون وكيلا في البيع فيشتري مال موكله لنفسه.
- وثالثة وكيلا عن واحد في الشراء وعن آخر في البيع، فيتولى طرفي العقد في الموارد الثلاثة فيكون موجبا وقابلا.
- (٨) أي عدم إذن الموكل للوكيل توليه طرفي العقد لنفسه. فهذه الصورة - وهو عدم إذن الموكل للوكيل أن يشتري لموكله ما كان وكيلا في الشراء من مال نفسه: بأن يبيعه ما عنده.

وكيلا لهما (١) فلا إشكال إلا على القول بمنع كونه موجبا قابلا، وذلك (٢) لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه (ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر) لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل. وتظهر فائدة إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع (٣) فيدعي الموكل حصولها ليتم له العقد وينكرها الوكيل ليتزلزل ويتسلط على الفسخ. (ولو اختلفا في الرد (٤) حلف الموكل)، لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة بجعل أم لا. (وقيل): يحلف (الوكيل، إلا أن تكون بجعل) فالموكل. أما الأول (٥) فلأنه أمين وقد قبض المال لمصلحة المالك فكان محسنا

أو أن يبيع لموكله ما كان وكيلا عن بيعه لنفسه - هي مورد الخلاف في أنه هل يصح للوكيل توليه طرفي العقد أم لا. (١) بأن يكون وكيلا عن أحدهما في البيع، وعن الآخر في الشراء. (٢) أي القول بمنع تولي طرفي العقد مطلقا. (٣) كما لو اشترى زيد من عمرو متاعا واشترط عليه في متن العقد أن يوكله في بيع عقار له لمدة شهر واحد فانقضت المدة فادعى المشتري عدم توكيل البايع له في بيع العقار ليتسنى له الفسخ لتخلف الشرط. والبايع يدعي توكيله في ذلك الوقت ليتم له العقد ويستقر. فهذا هو المقصود من قول الشارح رحمه الله: (لأمر لا يتلافى حين النزاع). (٤) أي في رد المتاع الذي كان بيد الوكيل، فالوكيل يدعي رده، والموكل ينكره. (٥) وهو حلف الوكيل إذا لم تكن الوكالة بجعل.

محضا كالودعي، وأما الثاني (١) فلما مر، ولأنه (٢) قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض، والمستأجر (٣).
ويضعف بأن الأمانة لا تستلزم القبول، كما لا يستلزمه (٤) في الثاني مع اشتراكها (٥) في الأمانة، وكذلك الإحسان (٦)، والسبيل المنفي (٧) مخصوص، فإن اليمين سبيل.
(و) لو اختلفا (في التلف) أي تلف المال الذي بيد الوكيل

(١) وهو حلف الموكل، لما مر من أصالة عدم الرد في صورة اختلافهما في الرد.

(٢) أي الوكيل قد قبض المال لمصلحة نفسه.

وهذا دليل ثان لحلف الموكل.

(٣) أي في أنهما يقبضان المال لمصلحة أنفسهما.

(٤) أي كما لا يستلزم القبول في الثاني وهو ما كانت الوكالة بجعل.

(٥) أي الصورتين وهما: كون الوكالة بجعل. وكونها بغير جعل.

(٦) أي وكذلك كون الوكيل محسنا في توليه الوكالة بدون جعل لا يستلزم

قبول قوله، لاشتراكهما في الإحسان وإن كان الوكيل في صورة عدم الجعل

في وكالته محسنا محضا، لكن مع ذلك لا يكون هذا دليلا لقبول قوله.

(٧) في الآية الكريمة (ما على المحسنين من سبيل).

وهذا دفع وهم حاصل الوهم: أن توجيه اليمين نحو الوكيل سبيل وهو منفي

بالآية الكريمة.

فأجاب الشارح رحمه الله بما حاصله: أن التمسك بالآية الكريمة في عدم

توجه اليمين نحو الوكيل غير ممكن هنا، لأن الآية الكريمة تنفي كل سبيل مع أن المورد

بحاجة إلى اليمين على أي حال. فالآية الشريفة مخصصة بغير المورد لا محالة إذن

ينبغي التماس دليل آخر غير الآية الكريمة.

كالعين الموكل في بيعها وشرائها، أو الثمن، أو غيره (حلف الوكيل) لأنه أمين، وقد يتعذر إقامة البينة على التلف فقتنع بقوله، وإن كان مخالفا للأصل ولا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهر، وخفي، (وكذا) يحلف لو اختلفا (في التفريط). والمراد به ما يشمل التعدي، لأنه منكر، (و) كذا يحلف لو اختلفا (في القيمة) على تقدير ثبوت الضمان (١)، لأصالة عدم الزائد.

(ولو زوجه امرأة بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (حلف)، لأصالة عدمها (وعلى الوكيل نصف المهر) لرواية (٢) عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام، ولأنه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق، (ولها التزويج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة (ويجب على الزوج) فيما بينه، وبين الله تعالى (الطلاق إن كان وكل) في التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها وتعريضها للتزويج بغيره محرم، (ويسوق نصف المهر إلى الوكيل)، للزومه بالطلاق، وغرم الوكيل بسببه.

(وقيل: يبطل) العقد (ظاهرا، ولا غرم على الوكيل)، لعدم ثبوت عقد حتى يحكم بالمهر، أو نصفه، ولأنه على تقدير ثبوته (٣) إنما يلزم الزوج، لأنه عوض البضع. والوكيل ليس بزواج، والحديث (٤)

-
- (١) في صورة إثبات الموكل التفريط، أو التعدي أو في صورة إقرار الوكيل بالتفريط أو التعدي.
- (٢) الوسائل كتاب الوكالة باب ٤ الحديث ١.
- (٣) أي وعلى تقدير ثبوت العقد فالزوج يكون ملزما بدفع المهر.
- (٤) المشار إليه في الهامش رقم ٢ ضعيف السند لأن في طريقه داود بن الحصين وهو واقفي، ودينار بن الحكم وهو مجهول، ولولا ضعف السند لما أعرضنا

ضعيف السند، وإلا لما كان عنه عدول مع عمل الأكثر بمضمونه،
والتعليل (١) بالفسخ فاسد فالقول الأخير (٢) أقوى.
نعم لو ضمن الوكيل المهر كله، أو نصفه لزمه حسب ما ضمن،
وإنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها، وإلا لم يجوز لها
التزويج قبل الطلاق، لأنها بزعمها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة
بالحال، ولو امتنع من الطلاق حينئذ لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهرا
وحينئذ ففي تسلطها (٣) على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم عليه (٤)
أو على الطلاق، أو بقاءها كذلك (٥) حتى يطلق أو يموت، أو وجه،
ولو أوقع الطلاق معلقا على الشرط كإن كانت زوجتي فهي طالق صح،
ولم يكن إقرارا، ولا تعليقا مانعا، لأنه أمر يعلم حاله، وكذا في نظائره
كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا،
أو غيره من العقود.
(ولو اختلفا في تصرف الوكيل) بأن قال: بعث، أو قبضت،

عنه مع عمل أكثر الأصحاب به.

- (١) وهو قول المستدل - على وجوب الحلف على منكر الزوجية، وثبوت
المهر أو نصفه عليه - : (ولأنه فسخ قبل الدخول).
- وجه الفساد: أن هذا ليس بعقد أصلا حتى يثبت ويستوجب الفسخ.
- (٢) وهو البطلان.
- (٣) أي تسلط المرأة.
- (٤) أي على الفسخ.
- (٥) أي بدون الطلاق.

أو اشترت (١) (حلف) الوكيل، لأنه أمين وقادر على الإنشاء.
والتصرف إليه ومرجع الاختلاف إلى فعله وهو (٢) أعلم به.
(وقيل): يحلف (الموكل)، لأصالة عدم التصرف، وبقاء
الملك على مالكة والأقوى الأول (٣).
ولا فرق بين قوله (٤) في دعوى التصرف: بعثت وقبضت الثمن
وتلف في يدي، وغيره (٥)، لاشتراك الجميع (٦) في المعنى ودعوى (٧)
التلف أمر آخر، (وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به
السلعة) كأن قال الوكيل: اشترته بمائة والحال أنه يساوي مائة، ليتمكن
صحة البيع فقال الموكل: بل بثمانين، يقدم قول الوكيل، لأنه أمين،

-
- (١) الأفعال الثلاثة بصيغة المتكلم بأن قال الوكيل: بعثت ما كنت وكيلا
في بيعه، أو اشترت ما كنت وكيلا في شرائه، أو قبضت ما كنت وكيلا
في قبضه فأنكر الموكل جميع هذه التصرفات.
(٢) أي الوكيل.
(٣) وهو حلف الوكيل.
(٤) أي قول الوكيل.
(٥) أي وغير هذه الدعوى كأن قال: آجرت وقبضت الثمن وتلف
في يدي، أو قال: اشترت وتلف المبيع في يدي.
(٦) وهو البيع والشراء والإجارة وغيرها والمعنى المشترك هو التصرف، لأن
كلا من البيع والشراء والقبض والهبة والوقف والعق والمزارعة والمساقاة تصرف
في مال الموكل وهو ينكرها من أصلها.
(٧) يعني يقبل قوله في ادعاء التصرف لأنه وكيل أمين، أما ادعاؤه التلف
فهو أمر آخر غير ادعاء التصرف، وتجري فيه أحكام آخر.

والاختلاف في فعله (١) ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته وهو الأقوى:
وقيل: قول الموكل، لأصالة برائته من الزائد، ولأن في ذلك (٢)
إثبات حق للبائع عليه (٣) فلا يسمع (٤):

-
- (١) وهو أعلم به.
 - (٢) أي في قبول قول الوكيل.
 - (٣) أي على الموكل.
 - (٤) أي قول الوكيل.

(٣٩١)

كتاب الشفعة (١)

(الشفعة وهي) فعلة من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به أي زوجا كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة. ومنه (٢) الشفاعة والشفع (٣). وشرعا (استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته)، ولا يحتاج إلى قيد الاتحاد (٤)،

(١) الشفعة بالضم وزان غرفة تكرر ذكرها في الحديث وهي في الأصل أي (أصل اللغة): (التقوية والإعانة).

وفي الشرع: استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته. واشتقاقها - على ما قيل - من الزيادة، لأن الشفيع يضم الشقص المبيع إلى شقصه فيشفعه به، كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا.

والشفيع: الجاعل للوتر شفعا. ويقال: الشفعة اسم للملك المشفوع مثل اللقمة اسم للشئ الملقوم. وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك. وبهذا المعنى الأخير تكون الشفعة اسم مصدر.

(٢) أي ومن هذا المعنى وهي (التقوية والإعانة): الشفاعة التي هي طلب العفو من الله عز اسمه عن المذنبين، فإن الشفاعة بهذا المعنى تكون تقوية للمستغفر عن ذنبه وإعانة له.

(٣) أي من هذا المعنى وهي التقوية والإعانة الشفع بمعنى الزوج، لأن الواحد إذا ضم إليه آخر يتقوى به.

(٤) أي اتحاد الشريك بأن يكون الشريك واحدا.

وغيره (١) مما يعتبر في الاستحقاق، لاستلزام الاستحقاق له (٢).
وإنما يفتقر إلى ذكرها (٣) في الأحكام، ولا يرد النقص في طرده (٤)
بشراء الشريك حصة شريكه، فإنه (٥) بعد البيع يصدق استحقاق الشريك
الحصة المبيعة في شركته، إذ ليس في التعريف أنها مبيعة لغيره أو له،
وكما (٦) يصدق الاستحقاق بالأخذ يصدق بنفس الملك.
ووجه دفعه (٧): أن الاستحقاق المذكور هنا (٨) للشريك المقتضي
لكونه شريكا حال شركته، والأمر في البيع ليس كذلك، لأنه حال
الشركة غير مستحق (٩)، وبعد الاستحقاق (١٠) ليس بشريك، إذ المراد
بالشريك هنا الشريك بالفعل (١١)، لأنه المعتبر شرعا، لا ما كان فيه

-
- (١) من الشروط التي تثبت بها حق الشفعة.
 - فالمعنى أن تعريف الشفعة لا يحتاج إلى قيد الاتحاد وغيره.
 - (٢) أي لهذا القيد. وهو الاتحاد وغيره من الشروط.
 - (٣) أي إلى ذكر هذه القيود في الأحكام، دون التعريف.
 - (٤) أي في كون التعريف غير مانع للأغيار.
 - (٥) هذا بيان لعدم طرد التعريف.
 - (٦) هذه الجملة من تكملة النقص الوارد أي أن الشريك كما يستحق الحصة
المبيعة لغيره، كذلك يستحق الحصة المبيعة لنفسه.
 - (٧) أي دفع هذا النقص.
 - (٨) أي في قول المصنف في التعريف.
 - (٩) لأنه لم يكن هناك بيع حتى يستحق الشريك الحصة.
 - (١٠) أي بعد بيع الشريك حصته.
 - (١١) أي من كان شريكا قبل البيع وبعد البيع.

شريكا مع ارتفاع الشركة (١)، نظرا إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه (٢) في المشتق.

نعم يمكن ورود ذلك (٣) مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المباعة، ولو قيد (٤) المبيع بكونه لغير المستحق، أو علق الاستحقاق بتملك الحصة فقال: استحقاق الشريك تملك الحصة المباعة إلى آخره سلم من ذلك (٥)، لأن استحقاق التملك غير استحقاق الملك.

(ولا تثبت لغير) الشريك (الواحد) على أشهر القولين. وصحيح الأخبار (٦) يدل عليه. وذهب بعض الأصحاب إلى ثبوتها مع الكثرة، استنادا إلى روايات (٧) معارضة بأقوى منها (وموضوعها) وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه: (ما لا ينقل كالأرض والشجر) إذا بيع منضمًا إلى مغرسه، لا منفردًا. ومثله (٨) البناء، فلو اشتركت

(١) في صورة البيع وهو شراء الشريك الحصة لنفسه.

(٢) وهي الشركة. والمشتق هو الشريك.

إشارة إلى مسألة أصولية خلافية في أن المشتق هل هو حقيقة في المتلبس بالمبدأ، أم أعم من ذلك.

(٣) أي النقض وهو استحقاق الشريك الحصة إذا اشترها لنفسه.

(٤) أي المصنف.

(٥) أي من النقض الوارد في التعريف.

(٦) راجع التهذيب ج ٧ - ص ١٦٣ الطبعة الحديثة حيث تجد الأخبار

دالة على أن الشفعة لا تثبت لغير الشريك الواحد.

(٧) نفس المصدر.

(٨) أي ومثل الشجر البناء منضمًا إلى الأرض.

غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها، وإن انضمت إلى أرض غيره كالشجر إذا انضم إلى غير مغرسه.
(وفي اشتراط إمكان قسمته قولان) أجودهما اشتراطه، لأصالة عدم ثبوتها في محل النزاع (١)، وعليه شواهد من الأخبار (٢)، لكن في طريقها ضعف. ومن لم يشترط (٣) نظر إلى عموم أدلة ثبوتها، مع ضعف المخصص، وعلى الأول (٤) فلا شفعة في الحمام الصغير، والعضائد (٥) الضيقة، والنهر، والطريق الضيقين، والرحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها.
وفي حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة (٦) (ولا تثبت) الشفعة (في المقسوم) بل غير المشترك مطلقا (٧)، (إلا مع الشركة في المجاز) وهو الطريق، (والشرب (٨) إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم.

-
- (١) وهو ما لا يقبل القسمة.
 - (٢) المصدر السابق ص ٣٩٧ رقم ٦.
 - (٣) أي إمكان القسمة.
 - (٤) وهو اشتراط إمكان القسمة.
 - (٥) عضادتا الباب: الخشبستان المنصوبتان عن يمين الداخل وشماله. والمراد هنا المدخل الضيق للدار بحيث لا يقبل التقسيم.
 - (٦) كما لو كانت حصة أحد الشريكين جزء من عشرة أجزاء في ملك صغير فإنه لو قسم الملك وأعطى حصته تضرر بذلك فهذا يعد مما لا تقبل القسمة.
 - (٧) أي سواء لم يشترك أصلا أم كان وقسم، وبعد القسمة يصدق أنه غير مشترك.
 - (٨) بالكسر: القسمة من الماء.

وهل يشترط قبولهما القسمة كالأصل؟ إطلاق العبارة يقتضي عدمه، وفي الدروس اشترطه والأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة. نعم لو يباع منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

(ويشترط قدرة الشفيع على الثمن)، وبذله للمشتري، فلا شفعة للعاجز، ولا للممتنع مع قدرته، والمماطل (١)، ويرجع في العجز إلى اعترافه، لا إلى حاله، لإمكان استدائه، ولا يجب على المشتري قبول الرهن، والضامن، وال عوض (٢)، (وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفعة لكافر مطلقاً (٣) على مسلم، (ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام) ولو ملفقة (٤)، وفي دخول الليالي (٥) وجهان. نعم لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين كالاعتكاف، ولو ادعى أنه (٦) في بلد آخر أجل زماناً يسع ذهابه، وإيابه، وثلاثة (٧) (ما لم يتضرر المشتري) لبعدها عادة كالعراق من الشام. وفي العبارة أن تضرر المشتري يسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً (٨)،

-
- (١) أي ولا للمماطل.
 - (٢) أي عوض الثمن من متاع أو عقار.
 - (٣) أي بجميع أصنافه.
 - (٤) بأن أخذ بالشفعة أول الظهر فتكون مدة الأجل إلى آخر ظهر يوم الرابع
 - (٥) أي دخول ثلاث ليال بأن كان أول أخذ الشفعة صباحاً فهل يجب دخول ليلة يوم الرابع لتستكمل ثلاث ليال، وثلاثة أيام؟.
 - (٦) أي الثمن.
 - (٧) منصوب بنزع الخافض أي مع ثلاثة أيام إضافة إلى ذلك الزمان.
 - (٨) سواء كان الثمن في البلد النائي أم في غيره.

والموجود في كلامه في الدروس، وكلام غيره اعتباره (١) في البلد النائي خاصة.

(وتثبت) الشفعة (للغائب) وإن طال غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه، أو وكيله ولا عبرة يتمكنه من الإشهاد (٢) وفي حكمه (٣) المريض، والمحبوس ظلماً، أو بحق يعجز عنه، ولو قدر عليه (٥) ولم يطالب بعد مضي زمان يتمكن من التخلص والمطالبة بطلت.

(و) كذا تثبت (للصبي والمجنون والسفيه، ويتولى الأخذ) لهم (الولي مع الغبطة) في الأخذ كسائر التصرفات (٦) ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي، وغيره، وكما يأخذ لهم يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا يأخذ لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته (فإن ترك) في موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، إلا أن ترك لعدم المصلحة، ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب (٧) فيستصحب، أم لا (٨)، التفاتا إلى أنه مقيد بالمصلحة

-
- (١) أي اعتبار الضرر.
 - (٢) في البلد النائي بأن أشهد الشفيع على نفسه بالأخذ بالشفعة.
 - (٣) أي وفي حكم الغائب.
 - (٤) أي عن أداء الحق الذي حبس لأجله.
 - (٥) أي على أداء الحق ولم يطالب بالشفعة بطلت الشفعة.
 - (٦) أي كسائر تصرفات الولي للطفل.
 - (٧) وهو بيع الشريك فيستصحب ثبوت الشفعة بنفس البيع.
 - (٨) أي أم عدم استحقاقهم للشفعة.

ولم تعلم، وجهان أو جههما الثاني (١).
أما المفلس فتثبت له أيضا، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه
من الثمن، فإن بذلوه، أو رضي المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص (٢)
حق الغرماء، ولا يجب عليه (٣) الأخذ ولو طلبوه منه مطلقا (٤)
(ويستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد وإن كان فيه خيار) بناء
على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه (٥) على انقضاء الخيار
كالشيخ توقف على انقضائه.

(و) على المشهور (٦) (لا يمنع) الأخذ (٧) (من التخاير)،
لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري، أو البائع الفسخ بطلت) الشفعة
وإلا استقر الأخذ.

وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه
بالعقد، نظرا إلى عدم الفائدة به قبله (٨)، إذ ليس له (٩) انتزاع العين

-
- (١) وهو عدم استحقاقهم للشفعة بعد الكمال وهو الرشد.
 - (٢) وهو النصف المأخوذ بالشفعة.
 - (٣) أي على المفلس.
 - (٤) سواء بذل الغرماء له الثمن من ماله أم لا.
 - (٥) أي ملك المشتري.
 - (٦) وهو انتقال الملك إلى المشتري بنفس العقد.
 - (٧) أي الأخذ بالشفعة.
 - (٨) مرجع الضمير (انقضاء زمن الخيار) وفيه به (أخذ الشفعة) أي
لا فائدة بأخذ الشفعة قبل انقضاء زمن الخيار.
 - (٩) أي للشفيع.

قبل مضي مدة الخيار، لعدم استقرار ملكه والظاهر أن ذلك (١) جائز، لا لازم، بل يجوز قبله (٢) وإن منع من العين. والفائدة (٣) تظهر في النماء وغيره (٤).
واحتتمل المصنف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ (٥)، لانتهاء فائدته (٦)، إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، كما لو أراد (٧) الرد بالعيب فأخذ الشفيع.
ويضعف بأن الفائدة ليست منحصرة في الثمن فجاز أن يريد (٨) دفع الدرك عنه.
(وليس للشفيع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع، أو يدع لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة، ولأن حقه في المجموع من حيث هو

-
- (١) أي الأخذ بالشفعة قبل مضي زمن الخيار.
 - (٢) أي قبل انقضاء زمن الخيار.
 - (٣) أي فائدة الأخذ بالشفعة في زمن الخيار تظهر في النماء فإنه لو أخذ الشفيع بالشفعة قبل مضي زمن الخيار فالنماء الحاصل للشفيع.
وإن أخذ بعد مضي زمان الخيار فالنماء للمشتري. وهذا رد على من قال بعدم الفائدة في زمن الخيار.
 - (٤) أي وغير النماء كمؤنة المبيع فإنها على الشفيع لو أخذ بالشفعة قبل مضي زمن الخيار. وعلى المشتري لو أخذ بعد مضي زمن الخيار.
 - (٥) أي بأخذ الشفعة.
 - (٦) أي فائدة الخيار.
 - (٧) أي المشتري.
 - (٨) أي المشتري يريد من الخيار دفع الدرك والضمان عن نفسه.

المجموع كالخيار، حتى لو قال: أخذت نصفه مثلا بطلت الشفعة، لمنافاته الفورية، حيث تعتبر.

(ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد) أي بمثله، لعدم إمكان الأخذ بعينه، إلا أن يملكه (١)، وليس (٢) بلازم، (ولا يلزمه غيره (٣) من دلالة، أو وكالة)، أو أجره نقد (٤)، ووزن، وغيرها لأنها (٥) ليست من الثمن وإن كانت من توابعه، (ثم إن كان الثمن مثليا فعليه مثله، وإن كان قيميا فقيمه).

وقيل: لا شفعة هنا (٦)، لتعذر الأخذ بالثمن، وعملا برواية (٧) لا تخلو عن ضعف، وقصور عن الدلالة.

وعلى الأول (٨) يعتبر قيمته (يوم العقد)، لأنه وقت استحقاق الثمن، فحيث لا يمكن الأخذ به تعتبر قيمته حينئذ.

-
- (١) أي الشفيع يملك المثل كما لو تملكه مصادفة فحينئذ يدفعه إلى المشتري
 - (٢) أي تملك الشفيع الثمن ليس بلازم حتى يجب عليه دفعه إلى المشتري بدلا عن الثمن الذي يتعلق بدمته، بل يجوز له دفع غير هذا الثمن إلى البائع.
 - (٣) أي ولا يلزم الشفيع غير هذا الثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع من بقية المصاريف كأجرة الدلال والوكيل.
 - (٤) أي صرف الدراهم والدنانير لو كانت على الصرف أجره.
 - (٥) أي هذه المصاريف من أجره الدلال وأجره النقد والوزن.
 - (٦) أي فيما لو كان الثمن قيميا.
 - (٧) التهذيب الطبعة الجديدة ج ٥ كتاب الشفعة ص ١٦٧ باب ١٤
 - (٨) الحديث ١٧ تجد ضعفه وقصور دلالته، إذ ليس في الحديث أن الدار مشتركة.

وقيل: أعلى القيم من حينه (١) إلى حين دفعها كالغاصب. وهو ضعيف (وهي على الفور) في أشهر القولين، اقتصارا فيما خالف الأصل (٢) على محل الوفاق، ولما روي (٣) أنها كحل العقال، ولأنها شرعت لدفع الضرر، وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى، لأنه إن تصرف كان معرضا للنقص (٤)، وإن أهمل انتفت فائدة الملك. وقيل: على التراخي، استصحابا لما ثبت (٥)، وأصالة (٦) عدم

-
- (١) أي من حين العقد.
(٢) وهو عدم تسلط أحد على أخذ مال الغير بدون رضاه، والأخذ بالشفعة مخالف للأصل، سواء كان فوريا أم لا. فنأخذ بالقدر المتيقن منها وهو الأخذ فوريا، لأنه محل الوفاق.
(٣) أي ولما روي أن الشفعة نظير حل العقال: أي الفك عن ركبة البعير. فكما أن الفك عن ركبته يتم بسرعة كذلك الشفعة يجب أن تتم بسرعة والرواية المذكورة في المغني لابن قدامة كتاب الشفعة ص ٢٦٩.
(٤) كما لو غرس المشتري الأشجار في الأرض المشتراة، أو زرع فيها فإنه لو جاء الشفيع وأراد قلعها تضرر المشتري فيكون تصرفه في معرض النقص والضرر
(٥) أي لأجل استصحاب ما ثبت بأصل البيع وهي الشفعة، فنشك في زوالها في الآن الثاني والثالث. وهكذا فنستصحبها أنا بعد آن.
(٦) بالنصب عطفًا على " استصحابا " وهو مضاف إلى " عدم " ونصبه على المفعول لأجله أي لأجل الاستصحاب، ولأجل أصالة عدم الفورية. والمراد من الأصل هنا العدم: بمعنى أنه بعد ثبوت الشفعة بنفس العقد نشك في أنها تثبت مطلقا أم مقيدة بقيد الفورية فنقول: الأصل عدم اعتبار هذا القيد الزائد وهي الفورية.

(٧) أي كل من الاستصحاب وأصالة عدم الفورية مخرج لنا من الأصل الذي ذكره الشارح رحمه الله بقوله: (من أن الشفعة خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على محل الوفاق) وهي الفورية. فلا استصحاب يخرجنا عن هذا الأصل المذكور ويجوز لنا الشفعة على التراخي وتوضيح هذا الكلام:

أن الأصل الذي ذكره الشارح أولا من قوله: (اقتصارا فيما خالف الأصل على محل الوفاق) كان مبنيا على الاحتياط، حيث إن الشفعة بنفسها - وهي أخذ ملك الغير قهرا عليه - خلاف الأصل الأولي في الملك، من تسلط المالك على ملكه المستفاد من قاعدة (الناس مسلطون على أموالهم).

إذن يجب الاقتصار في الشفعة على القدر المتيقن المتفق عليه لدي الجميع. وهو الأخذ فورا، فلو تراخي الشفيع يشك في ثبوت الشفعة له بعد ذلك، والأصل عدمها جريا مع قاعدة (عدم تسلط الأجنبي على تملك ملك غيره) هذا هو الأصل الذي ذكره الشارح أولا مجملا.

ولكن يخرجنا عن هذا الأصل المقتضي لعدم ثبوت الشفعة في الآن المتأخر أصل آخر تقتضي ثبوت الشفعة متأخرا.

وهذا الأصل الثاني هو (أصالة عدم اشتراط الفورية في الشفعة شرعا). فأصل الشفعة ثابتة بالنص الشرعي. أما قيد (الفورية) فلم يثبت منه. والأصل عدمه. إذن يصبح الشفعة حقا ثابتا على الإطلاق بسبب إطلاق النص الشرعي. وبما أن هذا الأصل بالنسبة إلى الأصل الأول سببي فهو مقدم وحاكم عليه. حيث الشك هناك ناش عن الشك هنا. أي الشك في ثبوت حق الشفعة في الآن المتأخر ناش عن الشك في اعتبار قيد الفورية شرعا. وإذا رفع الأصل قيديته فقد رفع موضوع ذلك الشك.

عن الأصل، والرواية (١) عامية. نعم روى (٢) علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام إنظاره بالثمن ثلاثة أيام. وهو يؤذن بعدم التراخي مطلقا (٣) ولا قائل بالفرق (٤) وهذا حسن. وعليه (٥) (فإذا علم وأهمل) عالما مختارا (بطلت) ويعذر جاهل الفورية كجاهل الشفعة وناسيها. وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة، وكذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلا، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة والسنن المعهودة، وانتظار الجماعة لها، والأكل، والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، وتشجيع المسافر، وشهود الجنازة، وقضاء حاجة طالبها، وعيادة المريض، ونحو ذلك، لشهادة العرف به، إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده بحيث لا يمنعه من شغله (٦) ولا بد من ثبوت البيع عنده بشهادة عدلين، أو الشياخ فلا عبرة بخبر الفاسق، والمجهول، والصبي، والمرأة مطلقا (٧) وفي شهادة العدل

(١) المشار إليها برقم ٣ ص ٤٠٤.

(٢) الوسائل كتاب الشفعة باب ١٠ حديث رقم ١.

(٣) لأن لفظة الإنظار تدل على أن التراخي حكم طارئ، أما الاقتضاء الأولي فهو الفور، و (مطلقا) إشارة إلى أن التراخي لا يجوز في غير مورد الرواية على الإطلاق لا يوما ولا ثلاثة ولا أكثر.

(٤) بين الثلاثة وغيرها.

(٥) أي على البناء على الفورية.

(٦) فحينئذ لا يعذر.

(٧) سواء كانت عادلة أم لا.

الواحد وجه، واكتفى به المصنف في الدروس مع القرينة، نعم لو صدق (١) المخبر كان كثبوته في حقه. وكذا لو علم صدقه بأمر خارج. (ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقاييل، أو فسخ بعيب) أما مع التقاييل فظاهر، لأنه (٢) لاحق للعقد. والشفعة تثبت به (٣) فتقدم، وأما مع العيب فلأن استحقاق الفسخ به فرع دخول المعيب في ملكه، إذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقتربان (٤) ويقدم حق الشفيع، لعموم أدلة (٥) الشفعة للشريك، واستصحاب (٦) الحال، ولأن فيه (٧) جمعا بين الحقين، لأن العيب إن كان في الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمة الشقص، وإن كان في الشقص فالمشتري

-
- (١) أي لو صدق الشريك الذي تثبت له الشفعة بخبر العدل الواحد حينما أخبر، فإنه يجب عليه الأخذ فورا، كما لو ثبت حق الشفعة عنده بعدلين، أو بتواتر أو بغير ذلك.
- (٢) أي التقاييل.
- (٣) أي بالعقد.
- (٤) أي الشفعة والفسخ.
- (٥) وهي قوله عليه الصلاة والسلام: (الشفعة جائزة في كل شيء)، وقوله عليه الصلاة والسلام: (الشفعة في البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن).
- راجع التهذيب كتاب الشفعة باب ١٤ الحديث ٥ - ٧ - ٨ الطبعة الجديدة.
- (٦) بالجر عطفًا على مدخول (لام الجارة) أي ولاستصحاب الحال.
- (٧) أي في تقدم حق الشفيع جمع بين الحقين وهما: حق الشفيع وحق البايع أو المشتري.

يطلب الثمن وهو حاصل له من الشفيع، بخلاف ما إذا قدمنا البائع في الأول (١) فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة (٢) وكذا لو قدمنا المشتري.

وربما فرق بين أخذ الشفيع قبل الفسخ، وبعده (٣)، لتساويهما (٤) في الثبوت فيقدم السابق في الأخذ، ويضعف بما ذكرناه (٥).
وقيل بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد والشفعة تثبت بعده (٦) فيكون العيب أسبق.
وفيه نظر، لأن مجرد وجود العيب غير كاف في السببية (٧)، بل هو مع العقد، كما أن الشركة غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد فهما (٨) متساويان من هذا الوجه (٩)، وإن كان جانب العيب لا يخلو

-
- (١) وهو إذا كان العيب في الثمن المعين.
 - (٢) في بعض النسخ لا توجد كلمة (وقيمة). وهو الأظهر، لأن الشفيع لا حق له في القيمة، وإنما حقه في العين كما هو العنوان في المسألة.
 - (٣) فللشفيع أخذ الشفعة قبل فسخ العقد، دون بعده.
 - (٤) أي لتساوي حق الشفعة، وحق الفسخ فكل منهما مساو للآخر من دون ترجيح. فالسابق بالأخذ هو المرجح.
 - (٥) وهو استحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة، سواء كان قبل الفسخ أم بعده أو لأجل عموم أدلة الشفعة كما عرفتها في ص ٤٠٧ في الهامش رقم (٥) أو لأجل الاستصحاب
 - وهو ثبوت حق الشفعة بنفس العقد، والشك في زوالها بعد الفسخ فيستصحب.
 - (٦) أي بعد العقد.
 - (٧) أي في سببية الفسخ.
 - (٨) أي العيب والشفعة.
 - (٩) وهو كون حق الفسخ بالعيب وحق الشفعة، لا تثبتان إلا بالعقد.

من قوة (١) إلا أنها (٢) لا توجب التقديم فالعمل على ما اختاره (٣) المصنف أولى.

ولو اختار البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به على الشفيح إن كان أخذ بقيمة المعيب، أو بمعيب مثله، وإلا فلا، ولو ترك البائع الرد والأرش " معاً " مع أخذ الشفيح له بقيمة المعيب، أو مثله فلا رجوع له بشيء، لأنه كإسقاط بعض الثمن.

وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص قبل أخذ الشفيح أخذه (٤) الشفيح بما بعد الأرش، لأنه كجزء من الثمن، ولو أخذه (٥) بعد أخذ الشفيح رجع الشفيح به.

ويفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان بغيره بطلت، وقد

(١) لم يظهر لنا وجه القوة، لأن العقد كما وقع على المعيب كذلك وقع على المبيع المشترك أيضاً. فكما أن العيب موجود حال العقد وقبله، كذلك الشركة موجودة حال العقد وقبله فما علل في بعض الحواشي على هذه العبارة (لدخول العيب وخروج الشركة) لا يخلو من نظر لمن أمعن النظر.

(٢) أي هذه القوة لا توجب ترجيح جانب العيب على جانب الشفعة، مع تلك المرجحات الخارجية للشفعة من عموم أدلتها، ومن استصحاب الشفعة بنفس العقد، ومن استحقاق الشفيح الأخذ بالشفعة، سواء كان قبل الفسخ أم بعده (٣) (وهو عدم سقوط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقاييل، أو فسخ بعيب).

(٤) أي الشفيح أخذ الشقص.

(٥) أي أخذ المشتري أرش الشقص.

تقدم (١) ذلك في الفسخ بالخيار، وبقي تجدد الفسخ بذاته كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، وفي بطلانها به (٢) قول، من حيث إنه (٣) يوجب بطلان العقد، وآخر (٤) بعدمه، لأن البطلان من حين التلف لا من أصله (٥)، فلا يزيل ما سبق من استحقاقها (٦)، وثالث (٧) بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فثبت (٨)، وبعده فتبطل، والأوسط (٩) أو وسط.

(و) كذا (لا) تسقط الشفعة (بالعقود اللاحقة) للبيع (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب، أو وقف) لسبق حق الشفيع على ما تأخر من العقود، (بل) للشفيع إبطال ذلك كله) والأخذ بالبيع الأول، (وله أن يجيز) البيع (ويأخذ بالبيع الثاني)، لأن كلا من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، والثاني (١٠) صحيح وإن توقف

(١) في قول المصنف: (فإن اختار المشتري، أو الباع الفسخ بطلت) أي الشفعة.

(٢) أي وفي بطلان الشفعة بتلف الثمن المعين قبل قبض الباع.

(٣) أي تلف الثمن المعين قبل القبض.

(٤) أي وقول آخر بعدم بطلان الشفعة.

(٥) أي لا من أصل العقد، فإن العقد صحيح وبطلانه من ناحية تلف الثمن فهو متجدد.

(٦) أي من استحقاق الشفعة الثابتة بأصل العقد.

(٧) أي وقول ثالث.

(٨) أي الشفعة.

(٩) وهو القول بعدم بطلان الشفعة.

(١٠) أي البيع الثاني.

على إجازة الشفيع، فالتعيين إلى اختياره (١).
(وكذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة، وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده (٢).

ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره (٣) الشفيع بين اللازمة، وغيرها ولا بين المعوض عنها، وغيرها فيأخذ الواهب (٤) الثمن ويرجع (٥) العوض إلى باذله (والشفيع يأخذ من المشتري)، لا من البائع، لأنه المالك الآن (ودرکه) أي درك الشقص لو ظهر مستحقا (عليه (٦)) فيرجع عليه (٧) بالثمن وبما اغترمه لو أخذه المالك، ولا فرق في ذلك (٨) بين كونه في يد المشتري، ويد البائع بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا

-
- (١) أي تعيين الأخذ بالشفعة إلى اختيار الشفيع فإن أراد الأخذ بالبيع الأول بطل الثاني، وإن أراد الثاني أجازته وأخذ به وصح البيعان.
 - (٢) مر نظيره في الجزء الثالث من طبعتنا الحديثة ص ٢٣٢ في أن الإجازة في العقد الفضولي إذا تعلقت بالثمن صح البيع وما بعده من العقود. وإذا تعلقت بالثمن صح البيع وما قبله فراجع.
 - (٣) أي اختار بطلان الهبة.
 - (٤) الذي هو المشتري.
 - (٥) من باب الأفعال أي يرجع الواهب - الذي هو المشتري - عوض الهبة إلى الموهوب.
 - (٦) أي على المشتري الثاني، كما وأنه المرجع في ضمير (عليه) الثاني.
 - (٧) أي يرجع الشفيع على المشتري الثاني.
 - (٨) أي في كون الدرك على المشتري الثاني والأخذ منه.

لا يكلف المشتري قبضه منه، بل يكلف الشفيع الأخذ منه، أو الترك (١) لأن الشقص هو حق الشفيع، فحيث ما وجدته أخذه، ويكون قبضه كقبض المشتري، والدرك عليه على التقديرين (٢).

(والشفعة تورث) عن الشفيع كما يورث الخيار، وحد القذف، والقصاص، في أصح القولين، لعموم (٣) أدلة الإرث. وقيل: لا تورث استنادا إلى رواية (٤) ضعيفة السند. وعلى المختار (٥) فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثة) على نسبة سهامهم، لا على رؤسهم. فللزوجة مع الولد الثمن، ولو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلا واحدا أخذ الجميع، أو ترك) حذرا من تبعض الصفقة على المشتري، ولا يقدر

-
- (١) أي ترك الشفيع الشقص في يد البائع إما بنحو الأمانة عنده، أو بما أن البائع وكيل عنه، أو غير ذلك.
- (٢) وهما: كون الشقص في يده، أو في يد البائع.
- (٣) كقوله تعالى:
- " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين "
- إلى آخر الآية.
- وقوله: " ولكم نصف ما ترك أزواجكم ".
النساء: الآية ٧ - ١١ - ١٢.
- وكقوله عليه السلام: (ما تركه الميت من حق فهو لوارثه).
- (٤) التهذيب كتاب الشفعة باب ١٤ الحديث ١٨ الطبعة الجديدة.
- (٥) من أن الشفعة تورث.

هنا تكثر المستحق وإن كانوا شركاء، لأن أصل الشريك متحد، والاعتبار بالوحدة عند البيع، لا الأخذ.

(ويجب تسليم الثمن أولاً جبراً (١) لقهر المشتري (ثم الأخذ) أي تسلّم البيع، لا الأخذ بالشفعة القولي فإنه (٢) متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفورية (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أي الثمن (في ذمته) فله أن يتسلم المبيع أولاً، لأن الحق في ذلك للمشتري فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك. والمراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه (٣)، إما تجوزاً لكونه (٤) سبباً في إثبات الشفيع، أو وقع سهواً. (ولا يصح الأخذ إلا بعد العلم بقدره، وجنسه)، ووصفه، لأنه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين (فلو أخذه قبله (٥) لغى ولو (٦) قال: أخذته بمهما كان)، للغرر، ولا تبطل بذلك (٧) شفيعته، ويغفر بعد اجتماعه بالمشتري السؤال عن كمية الثمن والشقص بعد السلام والكلام المعتاد.

-
- (١) أي جبراً وتداركاً.
 - (٢) أي الأخذ بالشفعة القولي. و (القولي) نعت للأخذ.
 - (٣) من (أن الحق في ذلك للمشتري) أي الرضاء بتأخير الثمن حق للمشتري. فله ما يشاء في حقه.
 - (٤) أي لكون المشتري سبباً في إثبات وجود الشفيع في الخارج بحيث لولاه لما تحقق الشفيع.
 - (٥) أي قبل العلم.
 - (٦) (لو) هنا وصلية.
 - (٧) أي بأخذ الشفعة قبل العلم بقدر الثمن، أو جنسه.

(ولو انتقل الشقص بهبة، أو صلح، أو صداق فلا شفعة) لما تقدم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعا حتى الصلح بناء على أصالته، (ولو اشتراه بثمان كثير ثم عوضه عنه بيسير، أو أبرأه من الأكثر) ولو حيلة على تركها (أخذ الشفيع بالجميع) إن شاء، لأنه الثمن والباقي معاوضة جديدة، أو إسقاط لما ثبت. ومقتضى ذلك أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري، وجائز للبائع أخذه، وإن كان بينهما مواطاة على ذلك، إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في ذمته، ولا يثبت في ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به. وقال في التحرير: لو خالف أحدهما ما تواطيا عليه فطالب صاحبه بما أظهر له لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن، لأن صاحبه إنما رضي بالعقد المتواطىء، (أو ترك الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم. (ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار (الثمن حلف المشتري) على المشهور، لأنه أعرف بالعقد، ولأنه المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه.

ويشكل بمنع كون حكم المالك كذلك مطلقا (١) وقد تقدم قبول قول المنكر في كثير (٢) خصوصا مع تلف العين وعموم " اليمين على من أنكر (٣) " وارد هنا، ومن ثم (٤) ذهب ابن الجنيد إلى تقديم قول الشفيع، لأنه منكر. والاعتذار للأول (٥) بأن المشتري لا دعوى له

-
- (١) أي في جميع الموارد: الشفعة وغيرها.
 - (٢) أي في كثير من الموارد وإن لم يكن مالكا.
 - (٣) الوسائل كتاب القضاء باب ٢٥ الحديث ٣.
 - (٤) أي ومن أجل أن عموم اليمين على من أنكر.
 - (٥) وهو تقديم قول المشتري.

على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته، ولا تحت يده، إنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه، والمشتري ينكره (١) ولا يلزم من قوله (٢): اشتريته بالأكثر، أن يكون مدعياً عليه (٣) وإن كان (٤) خلاف الأصل، لأنه (٥) لا يدعي استحقاقه إياه (٦) عليه، ولا يطلب تغريمه إياه إنما (٧) يتم قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع. ويأتي فيه (٨) جميع ما سبق (٩).

(١) أي هذا القدر المدعي من قبل الشفيع.

(٢) أي من قول المشتري.

(٣) أي على الشفيع.

(٤) أي الشراء بالأكثر وإن كان خلاف الأصل. لكنه لا يلزم من ذلك أن يكون المشتري مدعياً.

(٥) أي المشتري. كما وأنه المرجع في "استحقاقه" أيضاً.

(٦) أي الأكثر. ومرجع الضمير في عليه (الشفيع) كما وأنه المرجع في تغريمه. والمرجع في إياه (الأكثر).

فالمعنى: أن المشتري لا يدعي استحقاق الأكثر على الشفيع ولا يطلب المشتري تغريم الشفيع بالأكثر.

(٧) الجملة مرفوعة محلاً خبر للمبتدأ هو قول الشارح (والاعتذار للأول)

(٨) أي في تقديم قول الشفيع.

(٩) مما نفاه المعتذر من كون المشتري لا دعوى له على الشفيع، ولا يدعي شيئاً في ذمته. ومن قوله: ولا يلزم من قوله: اشتريته بالأكثر أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل، لأن المشتري لا يدعي استحقاقه الأكثر على الشفيع ولا يطلب تغريم الشفيع.

وكل هذا يتم قبل الأخذ بالشفعة. وأما بعد الأخذ بها فينقلب الأمر، فيكون

لا يقال: إنه لا يأخذ (١) حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره، فما داما متنازعين لا يأخذ ويتجه الاعتذار (٢).
لأننا نقول: المعتبر في أخذه (٣) علمه بالقدر بحسب ما عنده، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعي.
ويمكن أيضا أن يملك (٤) الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده فيصير المشتري مدعيا. وتظهر الفائدة (٥) لو أقاما بينة فالحكم لبينة الشفيع على المشهور (٦)، وبينة (٧) المشتري على الثاني (٨).

المشتري مدعيا على الشفيع بأن في ذمته شيئا وهو الأكثر ويطلب تغريمه بذلك وهكذا.
(١) أي الشفيع.
(٢) أي الاعتذار المذكور.
(٣) أي في أخذ الشفيع فالمصدر أضيف إلى الفاعل وحذف مفعوله وهي (الشفعة) فالمعنى: أن المعتبر في أخذ الشفيع للشفعة إنما هو علمه بقدر الثمن بحسب ما عنده، وليس المعتبر علمه بالثمن على وجه يرفع الاختلاف.
(٤) المراد من التملك هو أخذ الشفيع الشقص وفق معناه المصطلح وهو الأخذ بالشفعة، فإن الأخذ بالشفعة حينئذ قبل دفع الثمن إلى المشتري يتوقف على رضاه بذلك. ثم بعد ذلك يقع النزاع في مقدار الثمن.
(٥) أي الفائدة بين القولين وهما: قول من يقول: (القول قول المشتري) ومن يقول: (القول قول الشفيع).
(٦) وهو تقديم قول المشتري.
(٧) بالجر عطفًا على مدخول (لام الجارة) أي الحكم لبينة المشتري
(٨) وهو تقديم قول الشفيع.

(ولو ادعى أن شريكه اشترى بعده) وأنه يستحق عليه الشفعة
فأنكر الشريك التأخر (حلف الشريك) لأنه منكر، والأصل عدم
الاستحقاق، (ويكفيه الحلف على نفي الشفعة) وإن أجاب بنفي التأخر
لأن الغرض هو الاستحقاق فيكفي اليمين لنفيه. وربما كان صادقا في نفي
الاستحقاق وإن كان الشراء متأخرا لسبب من الأسباب المسقطة للشفعة فلا
يكلف الحلف على نفيه.

ويحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به، لأنه
ما أجاب به إلا ويمكنه الحلف عليه، وقد تقدم مثله في القضاء (١)،
(ولو تداعيا سبق تحالفا)، لأن كل واحد منهما مدع، ومدعى عليه
فإذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر
(ولا شفعة)، لانتفاء سبق.

(١) في الجزء الثالث من طبعتنا الجديدة كتاب القضاء ص ٩٧.

كتاب السبق والرماية (١)

(السبق والرماية) وهو عقد شرع لفائدة التمرن على مباشرة النضال والاستعداد لممارسة القتال. والأصل فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " لا سبق (٢) إلا في نصل (٣)، أو خف (٤)، أو حافر (٥) " وقوله صلى الله عليه وآله وسلم. " إن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر، والخف، والریش، والنصل (٦) ".
(وإنما ينعقد السبق) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ،

-
- (١) السبق: مصدر سبق يسبق من بابي (ضرب يضرب)، و (نصر ينصر) ومعناه، التقدم على الغير، أو الغلبة عليه.
والرماية: مصدر (رمى) ومصدره الآخر (الرمي) ومعناه: إلقاء الشيء يقال: رمى السهم عن القوس: أي ألقاه.
(٢) الوسائل كتاب السبق والرماية - باب ٣ - الحديث ١ - ٢ - ٤.
(٣) النصل: حديدة الرمح والسهم والسكين.
وقد يسمى السيف نصلاً جمعه نصال وأنصل ونصول.
(٤) الخف للبعير والنعام كالحافر لغيرهما جمعه أخفاف وخفاف.
(٥) الحافر للدابة بمنزلة القدم للإنسان جمعه حوافر.
(٦) الوسائل كتاب السبق والرماية باب ١ - الحديث ٦.
الرواية مروية عن (الإمام الصادق) عليه الصلاة والسلام ولعل الأسلحة الحديثة في عصرنا الحاضر تقوم مقام السيف والرمح في جواز الرهن عليها تعميماً لقوله تعالى: وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة الأنفال: الآية ٦١.

والعقل (الخالين من الحجر)، لأنه يقتضي تصرفا في المال (على الخيل والبغال، والحمير) وهي داخله في الحافر المثبت في الخبر (١)، (والإبل والفيلة) وهما داخلان في الخف، (وعلى السيف، والسهم، والحراب (٢)) وهي داخله في النصل، ويدخل السهم في الريش على الرواية الثانية (٣) إذا اشتمل عليه (٤)، تسمية للشئ باسم جزئه، وأطلق السبق على ما يعم الرمي تبعا للنص (٥)، وتغليبا للاسم، (لا بالمصارعة، والسفن، والطيور، والعدو)، ورفع الأحجار، ورميها، ونحو ذلك، لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعية ما خرج عن الثلاثة. هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض، أما لو تجرد عنه ففي تحريمه نظر، من دلالة النص على عدم مشروعيته إن روي السبق بسكون الباء ليفيد نفي المصدر، وإن روي بفتحها كما قيل: إنه الصحيح رواية، كان المنفي مشروعية العوض عليها (٦)، فيبقى الفعل على أصل الإباحة، إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها.

-
- (١) الوسائل كتاب السبق الرماية باب ٣ حديث ١ - ٢ - ٣.
 - (٢) جمع الحربة: وهي آلة من الحديد قصيرة محددة دون الرمح تستعمل في الحرب.
 - (٣) الوسائل كتاب السبق والرماية باب ٣ حديث ١ - ٢ - ٣.
 - (٤) أي على الريش.
 - (٥) المصدر السابق تحت رقم ٣.
 - (٦) أي على هذه الأشياء المذكورة: (المصارعة، العدو، الطيور، رمي الأحجار، رفعها).

ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالة (١) على المنع.

(ولا بد فيها (٢) من إيجاب وقبول على الأقرب)، لعموم قوله تعالى: "أوفوا بالعقود"، "والمؤمنون عند شروطهم" وكل من جعله لازما حكم بافتقاره إلى إيجاب وقبول.

وقيل: هو جعالة لوجود بعض خواصها فيه، وهي (٣): أن بذل العوض فيه على (٤) ما لا يوثق بحصوله (٥) وعدم تعيين العامل (٦)، فإن قوله: من سبق فله كذا غير متعين عند العقد، ولأصالة عدم اللزوم وعدم اشتراط القبول (٧)، والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه، وهو موضع النزاع. سلمنا لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوما وجوازا، وإلا لوجب الوفاء بالعقود الجائزة، وفيه (٨) نظر، لأن وجود بعض

(١) أي الخبر.

(٢) أي في المسابقة.

(٣) أي تلك الخاصة.

(٤) الجار والمجرور مرفوع محلا خبر (أن).

(٥) وهو السبق، فإنه غير مضمون الحصول.

(٦) أي السابق منهما لم يتعين في العقد، للجهل به وهاتان الخاصتان وهما:

(بذل العوض على ما لا يوثق بحصوله)، و (عدم تعيين العامل) من خواص

الجعالة، فإن قول القائل: "من رد علي عبدي فله كذا" قد بذل المال إزاء شيء

غير مضمون الحصول، والعامل أيضا غير معلوم.

(٧) أي والأصل عدم اشتراط القبول.

(٨) أي في هذا الاستدلال.

الخواص لا يقتضي الاتحاد (١) في الحكم مطلقا (٢) وأصالة عدم اللزوم ارتفعت بما دل عليه (٣)، والأصل في الوفاء العمل بمقتضاه (٤) دائما (٥) وخروج العقد الجائز (٦) تخصيص للعام فيبقى (٧) حجة في الباقي (٨). نعم الشك بقي في كونه (٩) عقدا. (وتعيين العوض) وهو المال الذي يبذل للسابق منهما قدرا، وجنسا، ووصفا. وظاهر العبارة ككثير: أنه (١٠) شرط في صحة العقد، وفي التذكرة أنه ليس بشرط، وإنما المعتبر تعيينه لو شرط. وهو حسن. (ويجوز كونه (١١) منهما معا)، ومن أحدهما وفائده (١٢) حينئذ

-
- (١) أي اتحاد الجعالة والسبق والرماية.
 - (٢) أي في جميع الخواص حتى في اللزوم والجواز.
 - (٣) أي على اللزوم وهو "أوفوا بالعقود"، و"المؤمنون عند شروطهم".
 - (٤) أي بمقتضى العقد.
 - (٥) لا كما أفاده المستدل (بأن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه لزوما وجوازا) فإن كان لازما وجب الوفاء به وإن كان جائزا لم يلزم الوفاء به.
 - (٦) كالجعالة، والوكالة، والوصية.
 - (٧) أي العام بعد خروج العقود الجائزة باق على عمومه فيشمل الباقي.
 - (٨) ومن جملة الباقي (السبق والرماية).
 - (٩) أي الشك في كون السبق والرماية عقدا مستقلا حتى يحتاج إلى الإيجاب والقبول.
 - (١٠) أي العوض.
 - (١١) أي العوض من المترامين والمتسابقين.
 - (١٢) أي العوض إذا كان من أحدهما.

أن البازل إن كان هو السابق أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه (ومن بيت المال) لأنه معد للمصالح وهذا منها، لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب (١) عليه إقامة نظام الجهاد، (ومن أجنبي) سواء كان الإمام أم غيره، وعلى كل تقدير فيجوز كونه عينا، ودينا حالا، ومؤجلا.

(ولا يشترط المحلل) وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده (٢) فيتسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر (٣) السابق منهما ثم إن سبق (٤) أخذ العوض، وإن لم يسبق لم يغرم، وهو بينهما كالأمين وإنما لم يشترط (٥) للأصل، وتناول ما دل على الجواز للعقد (٦) الخالي منه، وعند بعض العامة، وبعض (٧) أصحابنا هو شرط، وبه (٨) سمي محللا، لتحريم العقد بدونه عندهم، وحيث شرط لزم، فيجري دابته بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، وإلى ما شرط مع التعيين

-
- (١) وفي النسخ المطبوعة والمخطوطة عندنا: (المرتب).
 - (٢) أي في عقد السبق.
 - (٣) أي ليختبر.
 - (٤) أي المحلل.
 - (٥) أي أي المحلل.
 - (٦) الجار والمجرور متعلق بقوله: وتناول أي لتناول الأدلة التي دلت على جواز السبق والرماية (العقد الخالي) من المحلل.
 - (٧) هو (ابن الجنيد). والمراد من بعض العامة (الشافعي).
 - (٨) أي وبهذا الشرط وهو (دخول الشخص الثالث بينهما).

لأنهما (١) بإخراج السبق (٢) متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرهما.
(ويشترط في السبق تقدير المسافة) التي يستيقان فيها (ابتداء،
وغاية) لئلا يؤدي إلى التنازع، ولاختلاف الأغراض في ذلك اختلافا
ظاهرا، لأن من الخيل ما يكون سريعا في أول عدوه، دون آخره،
فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس (٣)، فينعكس الحكم
(وتقدير الخطر) وهو العوض إن شرطاه، أو مطلقا (٤).
(وتعيين ما يسابق عليه (٥)) بالمشاهدة ولا يكفي الإطلاق (٦)،
ولا التعيين بالوصف، لاختلاف الأغراض بذلك كثيرا (واحتمال السبق
بالمعنيين) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه (فلو علم قصور
أحدهما بطل)، لانتفاء الفائدة حينئذ، لأن الغرض منه استعلام السابق،
ولا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر، لحصول الغرض معه
(وإن جعل السبق) بفتح الباء وهو العوض (لأحدهما) وهو
السابق منهما، لا مطلقا، (أو للمحلل إن سبق، لا لأجنبي)،

-
- (١) أي المتسابقين وهو تعليل لقوله: فيجري دابته بينهما.
(٢) بالتحريك، والمراد منه العوض المعين. فالمعنى: أن المتسابقين ينافر
كل منهما الآخر لأجل الحصول على العوض المعين فحينئذ يجري المحلل دابته بينهما.
(٣) بأن يكون الخيل في بادئ العدو بطيئا، وفي آخر العدو يسرع فصاحبها
يطلب طول المسافة. فهذا معنى انعكاس الحكم.
(٤) شرطا العوض، أو لم يشترطا.
(٥) من فرس، أو بعير. أو فيل، أو سيارة، أو غيرها من المخترعات
الجديدة.
(٦) بأن يقولوا: على البعير، أو على الفرس، بل لا بد من القول: على هذا
البعير مثلا.

ولا للمسبوق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر،
أو للمصلي (١)، والأقل للسابق، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى
من شرعيته وهو الحث على السبق، والتمرن عليه، (ولا يشترط التساوي
في الموقف (٢)) للأصل، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية.
وقيل: يشترط (٣)، لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس، وفروسية
الفارس مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه، فيخل
بمقصوده ومثله (٤) إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى.
(والسابق هو الذي يتقدم على الآخر بالعنق) ظاهره اعتبار التقدم
بجميعه وقيل: يكفي بعضه وهو حسن. ثم إن اتفقا في طول العنق،
أو قصره وسبق الأقصر عنقا ببعضه فواضح، وإلا اعتبر سبق الطويل
بأكثر من القدر الزائد، ولو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق
وفي عبارة كثير أن السبق يحصل بالعنق والكتد معا، وهو بفتح
الفوقانية أشهر من كسرهما: مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وعليه
يسقط اعتبار بعض العنق، وقد يتفق السبق بالكتد وحده كما لو قصر
عنق السابق به (٥)، أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن

-
- (١) وهو الذي يكون فرسه عقيب الفرس الأول.
 - (٢) أي لا يشترط في ابتداء الحركة أن يكونا متساويين في الموقف.
 - (٣) أي التساوي في الموقف.
 - (٤) أي ومثل عدم التساوي في الموقف إرسال الدابتين، في أنه لا يشترط
أن ترسلا معا.
 - (٥) أي بالكتد.

اعتباره (١) به، وبالقوائم فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق، لأن السبق يحصل بهما والجري عليهما.
والأولى حينئذ تعيين السبق بأحد الأربعة (٢) ومع الإطلاق (٣) يتجه الاكتفاء بأحدها، لدلالة العرف عليه، ويطلق على السابق المجلي.
(والمصلي هو الذي يحاذي رأسه صلوى السابق وهما: العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله) والتالي هو الثالث، والبارع الرابع، والمرتاح الخامس، والحظي السادس، والعاطف السابع، والمؤمل مبني للفاعل الثامن واللطيم بفتح أوله وكسر ثانيه التاسع، والسكيت بضم السين ففتح الكاف العاشر، والفسكل بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقنفذ الأخير.
وتظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلي مالا، وللمصلي أقل منه، وهكذا إلى العاشر.

(ويشترط في الرمي معرفة الرشق) بكسر الراء وهو عدد الرمي الذي يتفقدان عليه (كعشرين، وعدد الإصابة) كعشرة منها (٤) وصفتها (٥) من المارق) وهو الذي يخرج من الغرض نافذا ويقع من ورائه، (والخاسق) بالمعجمة والمهملة، وهو الذي يثقب الغرض ويقف فيه، (والخازق) بالمعجمة والزاي. وهو ما خدشه ولم يثقبه وقيل: ثقبه ولم يثبت فيه، (والخاصل) بالخاء المعجمة والصاد

-
- (١) أي اعتبار السبق بالعنق.
 - (٢) وهي (العنق) و (الكتد) و (العنق والكتد) معا، و (القوائم الأربع).
 - (٣) أي مع عدم تعيين السبق بأحد الأربعة.
 - (٤) أي يرمي العشرين. ولكن يصيب الهدف منها عشرة.
 - (٥) أي وصفة الإصابة.

المهملة وهو يطلق على القارع وهو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، وعلى الخارق، وعلى الخاسق (١) وقد عرفتهما (٢)، وعلى المصيب (٣) له كيف كان، (وغيرها (٤)) من الأوصاف كالخاصر وهو ما أصاب أحد جانبيه، والخارم وهو الذي يخرم حاشيته، والحابي وهو الواقع دونه (٥) ثم يحبو إليه مأخوذ (٦) من حبو الصبي، ويقال (٧): على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب (٨) إليه فأصابه وهو المزدلف، والقارع وهو الذي يصيبه بلا خدش. ومقتضى اشتراطه (٩) تعيين الصفة بطلان العقد بدونه، وهو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر.

-
- (١) أي ويطلق الخاصل على الخارق والخاسق كما يطلق على القارع.
 - (٢) أي الخارق والخاسق.
 - (٣) أي ويطلق الخاصل على المصيب له إلى الهدف كيف اتفق أثر فيه أم لم يؤثر.
 - (٤) أي وغير هذه الأوصاف المذكورة من المارق والخاسق والخازق والخاصل.
 - (٥) أي دون الهدف.
 - (٦) أي مشتق من حبو الصبي وهو الزحف على يديه وبطنه في بداية مشيه وكذا السهم حين خطائه يكون كزحف الصبي.
 - (٧) أي ويطلق الحابي.
 - (٨) أي قفز وطفر.
 - (٩) أي ومقتضى اشتراط المصنف رحمه الله (تعيين صفة الرشق) بطلان العقد بدون تعيين الصفة.

وقيل: يحمل على أخير (١) ما ذكره بمعناه الأخير. وهو الأقوى، لأنه القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه، ولأصالة البراءة من وجوب التعيين، ولأن اسم الإصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه ولا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك.

(وقدر (٢) المسافة) إما بالمشاهدة، أو بالتقدير كمائة ذراع، لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد، (و) قدر (الغرض) وهو ما يقصد أصابته من قرطاس، أو جلد، أو غيرهما، لاختلافه بالسعة والضيق. ويشترط العلم بوضعه (٣) من الهدف وهو ما يجعل فيه الغرض من تراب، وغيره، لاختلافه في الرفة، والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابة، (والسبق (٤)) وهو العوض، (وتماثل (٥) جنس الآلة) أي نوعها الخاص كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص (٦)، لاختلاف الرمي باختلافها (لا شخصها (٧))، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله.

-
- (١) وهو الحاصل وهو آخر ما ذكره المصنف من الصفات.
 - ولكن بمعناه الأخير وهو (ما أصاب الهدف كيف اتفق).
 - (٢) أي ويشترط في الرمي معرفة قدر المسافة التي يرميان فيها: وهو (ما بين الموقف والهدف).
 - (٣) أي بوضع الغرض.
 - (٤) أي ويشترط معرفة سبق بفتح الفاء والعين.
 - (٥) أي ويشترط تماثل جنس الآلة في المتراميين من دون فرق بينهما.
 - (٦) أي إلى هيئة خاصة.
 - (٧) أي لا يشترط معرفة شخص الآلة.

بل قيل: إنه لو عينه (١) لم يتعين، وجاز الإبدال، وفسد الشرط وشمل إطلاق الآلة القوس، والسهم، وغيرهما. وقد ذكر جماعة أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس. وأنه لو لم يعين جنس الآلة انصرف إلى الأغلب عادة لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت فسد العقد، للغرر. (ولا يشترط) تعيين (المبادرة) وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما (٢) في الرشق، كخمسة من عشرين، (ولا المحاطة) وهي اشتراط استحقيقه (٣) لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه. (ويحمل المطلق على المحاطة)، لأن اشتراط السابق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد (٤)، وذلك يقتضي إكمال العدد كله لتكون الإصابة المعينة منه، وبالمبادرة قد لا يفتقر إلى الإكمال فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فأصاب

-
- (١) أي لو عين الرامي شخص الآلة.
(٢) أي المتراميين. وحاصل المعنى: أنه لا يشترط في الرمي إتمام العشرين مثلاً. فإن بدر أحدهما ورمى وأصاب الهدف خمسة سهام من العشرين كفى، ولا يجب على المتراميين الإتمام.
بخلاف ما إذا لم يصيبا فإنه واجب عليهما إكمال العدد.
وهذا لا ينافي ما أفاده (المصنف) قدس سره من اشتراط معرفة الرشق الذي هو عدد الرمي.
(٣) أي السابق وهو (العوض) وهو المراد من قوله: لأن اشتراط السابق.
(٤) كخمسة من عشرين، أو عشرة من ثلاثين.

أحدهما خمسة، والآخر أربعة مثلا فقد نضله صاحب الخمسة، ولا يجب عليه الإكمال.

بخلاف ما لو شرطا المحاطة، فإنهما يتحاطان أربعة بأربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد، ويجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد (١) بإصابة خمسة فيما يبقى.

وقيل: يحمل على المبادرة لأنه المتبادر من إطلاق السبق (٢) لمن أصاب عددا معيناً، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما فإنه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته (٣)، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير (٤)، بأن رمى أحدهما في المثال خمسة عشر فأصابها، ورماها الآخر فأصاب خمسة فإذا تحاطا (٥) خمسة بخمسة بقي للآخر عشرة، وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر فيبقى له فضل خمسة وهي الشرط (٦) وما اختاره (٧) المصنف أقوى، لأنه المتبادر، وما ادعي منه (٨)

(١) من المتراميين.

(٢) بفتح الباء وهو (العوض).

(٣) أي الإكمال.

(٤) سواء أكمل العدد أم لم يكمل.

(٥) أي يسقط المتراميان ما تساويا فيه من عدد الإصابة.

(٦) وهو إصابة خمسة من عشرين مثلا.

(٧) وهو حمل المطلق على المحاطة التي يسقط كل من المتراميين ما تساويا

فيه في الإصابة ويأخذان بالزائد. لا على المبادرة.

(٨) أي وما ادعي من التبادر في حمل المطلق على المبادرة.

في المبادرة غير متبادر، ووجوب الإكمال فيها (١) أغلب، فتكثر الفائدة التي بسببها شرعت المعاملة، ولو عينا أحدهما (٢) كان أولى. (فإذا تم النضال) وهو المراد. وتماه بتحقق الإصابة المشروطة لأحدهما، سواء أتم العدد أجمع أم لا (ملك الناضل) وهو الذي غلب الآخر (العوض)، سواء جعلناه (٣) لازما كالإجارة أم جعالة. أما الأول (٤) فلأن العوض في الإجارة وإن كان يملك بالعقد إلا أنه هنا لما كان للغالب وهو غير معلوم، بل يمكن عدمه أصلا توقف الملك على ظهوره (٥)، وجاز كونه (٦) لازما برأسه يخالف الإجارة في هذا المعنى (٧)، وأما على الجعالة فلأن المال إنما يملك فيها بتمام العمل. وجواز (٨) الرهن عليه قبل ذلك وضمانه، نظرا إلى وجود السبب المملك وهو العقد.

-
- (١) أي في المحاطة.
 - (٢) أي المحاطة، أو المبادرة.
 - (٣) أي العقد.
 - (٤) وهو جعل العقد لازما كالإجارة.
 - (٥) أي ظهور الغالب.
 - (٦) أي عقد السبق.
 - (٧) وهو أنه لا يملك العوض بالعقد، بل يملكه بعد الظهور.
 - (٨) دفع وهم، حاصل الوهم: أن جواز الرهن على العوض قبل تمام العمل وجواز الضمان عليه كذلك يقتضي ثبوت العوض في الذمة فلو كان عقد السبق والرمي جعالة لما جاز الرهن والضمان عليه.
- فأجاب الشارح رحمه الله بما حاصله: أن هذا التوجيه والاستدلال إنما يتم في الرهن أما في الضمان فلا يتم.

وهذا يتم في الرهن، أما في الضمان فيشكل (١) بأن مجرد السبب غير كاف (٢)، كيف ويمكن تخلفه (٣) بعدم الإصابة فليس (٤) بتام. وهذا (٥) مما يرجح كونه (٦) جعالة. (وإذا نضل أحدهما صاحبه) بشئ (فصالحه على ترك النضل لم يصح)، لأنه مفوت للغرض من المناضلة (٧)، أو مخالف لوضعها (٨)

ولا يخفى أنه مناقض لما صرح الشارح رحمه الله في (كتاب الضمان) من عدم الفرق بين الرهن والضمان حيث قال المصنف هناك: (والمال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه) وقال الشارح: (وهو المال الثابت في الذمة وإن كان متزلزلا). وكذا قول الشارح رحمه الله: (وهذا يتم في الرهن) مناقض لما صرح به في (كتاب الرهن) من قول المصنف قدس سره: (وأما الحق فيشترط ثبوته في الذمة) هذا ما أفاده سلطان العلماء قدس سره.

(١) أي جواز الضمان.
(٢) لأن الضمان لا بد أن يكون على ذمة مشغولة. ومجرد العقد لولا نضل أحدهما الآخر لا يكون سببا لاشتغال الذمة الفعلي وإن كان ربما ينجر إلى اشتغال الذمة.

(٣) أي تخلف السبب بأن لم ينضل أحدهما الآخر كما لو خرجا متساويين، أو لم يصيبا شيئا، أو أصابا أقل من المشروط.

(٤) أي الاستدلال المذكور ليس بتام بعد ما عرفت من الإشكالات.

(٥) أي كون العوض لا يملك إلا بعد تمام النضال.

(٦) أي كون عقد السبق والرماية.

(٧) لأن الغرض من المناضلة: إبانة حذق الرامي وظهوره أي ليظهر للناس أن أيهما أحذق في النضال.

(٨) أي المناضلة: لأنها شرعت ووضعت لإظهار الغالب منهما.

(ولو ظهر استحقاق العوض) المعين في العقد (وجب على الباذل مثله أو قيمته)، لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فساد (١).
ويشكل بأن استحقاق العوض المعين يقتضي فساد المعاملة كنظائره (٢) وذلك يوجب الرجوع إلى أجره المثل، لا العوض الآخر (٣).
نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين، أو قيمته اتجه سقوط الزائد، لدخوله (٤) على عدمه وهذا هو الأقوى. والمراد بأجره المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة، فإن لم تستقر العادة على شيء رجع إلى الصلح.
وربما قيل بأنه أجره مثل الزمان الذي وقع العمل فيه، نظرا إلى أن ذلك أجره مثل الحر لو غصب تلك المدة. والأجود الأول.

-
- (١) كما لو ظهر أنه مستحق للغير.
(٢) أي كما في كل معاملة وقعت على عوض معين ثم ظهر استحقاقه للغير، فإن المعاملة تبطل من أصلها، دون ما إذا وقعت على العوض الكلي، فإن المعاملة لا تبطل، بل له التبديل.
(٣) وهو مثل المعين، أو قيمته.
(٤) أي لدخول الناظر وإقدامه.

كتاب الجعالة (١)

(الجعالة) لغة مال يجعل على فعل، وشرعا (صيغة ثمرتها) تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما) أي في العمل والعوض كمن رد عبدي فله نصفه مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا تتميز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة، لأن التعيين (٢) شرط في الإجارة، وكذا (٣) عوضها. أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق، وأما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

(ويجوز على كل عمل محلل مقصود) للعقلاء (غير واجب على العامل) فلا يصح على الأعمال المحرمة كالزنا، ولا على ما لا غاية له معتدا بها عقلا كنزف (٤) ماء البئر، والذهاب ليلا إلى بعض المواضع الخطيرة ونحوهما مما يقصده العابثون. نعم لو كان الغرض به التمرن على الشجاعة وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صح، وكذا لا يصح على الواجب عليه كالصلاة. (ولا يفتقر إلى قبول) لفظي، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به (ولا إلى مخاطبة شخص معين فلو قال: من رد عبدي، أو خاط ثوبي)

-
- (١) الجعل بالفتح: المصدر. وبالضم: العوض وهو الذي يجعل أجره في مقابل ما يفعله الإنسان من العمل. ومنه " الجعالة " تستعمل مثلثة الجيم.
 - (٢) أي تعيين المنفعة.
 - (٣) أي وكذا يشترط تعيين عوض المنفعة.
 - (٤) أي نزع الماء جميعا.

بصيغة العموم (فله كذا صح، أو فله مال، أو شيء)، ونحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة وإنما هو شرط في تشخيصه، وتعيينه فإن أراد) ذلك (التعيين فليذكر جنسه وقدره، وإلا) يذكره (١)، أو ذكره ولم يعينه (تثبت بالرد أجره المثل).

ويشكل (٢) بأن ثبوت أجره المثل لا تقتضي صحة العقد، بل هي ظاهرة في فساده، وإنما أوجبها (٣) الأمر بعمل له أجره عادة كما لو استدعاه ولم يعين عوضا، إلا أن يقال: إن مثل ذلك (٤) يعد جعالة أيضا فإنها (٥) لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه (٦) اتفاقهم على الحكم من غير تعرض للبطلان (٧).

وفيه (٨) أن الجعالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقق مفهومها وإن ترتب عليها العوض.

وقيل: إن كانت الجهالة لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض

(١) أي وإن لم يذكر جنس العوض.

(٢) أي ويشكل ثبوت أجره المثل.

(٣) أي أجره المثل.

(٤) أي الأمر بعمل له أجره عادة.

(٥) أي الجعالة لا تنحصر في لفظ، بل تحصل بكل ما يفيدها كقوله: أفل هذا.

(٦) أي إلى هذا القول وهو: (إلا أن يقال: إن مثل ذلك يعد جعالة أيضا).

(٧) أي بطلان عقد الجعالة.

(٨) أي ما قاله هذا القائل.

المعين، لا أجرة المثل كمن رد عبدي فله نصفه فرده من لا يعرفه (١) ولا بأس به (٢). وعلى هذا (٣) فيصح جعله (٤) صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصّة من نماء شجر على عمله، وزرع كذلك (٥) ونحوها. والفرق بينه، وبين الشئ والمال: مقوليتهما (٦) على القليل، والكثير المفضي إلى التنازع والتجاذب فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم فإنه أمر واحد لا يقبل الاختلاف، ومسامه لتشخصه لا يقبل (٧) التعدد، وقبوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم

-
- (١) أي لا يعرف مقدار نصف العبد.
(٢) أي بهذا الفرق، لأن الجهالة إذا كانت بهذه المثابة لا تكون مانعة من التسليم، بخلاف ما لو قال له:
(من رد عبدي فله شئ، أو مال) فإن الجهالة في هذه الصورة تمنع من تحقق الجعالة، لجهالة العوض فيها رأساً.
(٣) أي وعلى هذا القول من (أن الجهالة إذا كانت بهذه المثابة لا تمنع من التسليم) صح جعل العوض.
(٤) أي جعل العوض.
(٥) أي وحصّة من الزرع مجهولة المقدار.
(٦) بالرفع خبر للمبتدأ وهو (والفرق). والمعنى: أن الفرق بين صحة جعل الجعالة صبرة مجهولة المقدار، وعدم صحة جعل الشئ أو المال جعالة إطلاق المال والشئ على القليل والكثير.
(٧) الجملة مرفوعة محلاً خبر للمبتدأ وهو (مسامه).
أي ومسمى العوض - لأجل تشخصه في الخارج بقوله: كنصف العبد وغير ذلك - لا يقبل التعدد.

عليه العامل كيف كان. ويمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص انتفى الغرر، لأنه معين في حد ذاته.
(ويشترط في الجاعل الكمال) بالبلوغ، والعقل، (وعدم الحجر) لأنه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل فإنه يستحق الجعل وإن كان صبيا مميزا بغير إذن وليه، وفي غير المميز، والمجنون وجهان. من (١) وقوع العمل المبذول عليه، ومن (٢) عدم القصد. (ولو عين الجعالة لواحد ورد غيره فهو متبرع) بالعمل (لا شيء له)، للمتبرع، ولا للمعين، لعدم الفعل، (ولو شارك المعين فإن قصد التبرع عليه فالجميع للمعين) لوقوع الفعل بأجمعه له، (وإلا) يقصد التبرع عليه بأن أطلق، أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع على المالك (فالنصف) للمعين خاصة، لحصوله بفعالين: أحدهما مجعول له، والآخر متبرع فيستحق النصف بناء على قسمة العوض على الرأس. والأقوى بسطه على عملهما، فيستحق المعين بنسبة عمله، قصر عن النصف أم زاد. وهو خيرة المصنف في الدروس ومثله (٣) ما لو عمل معه المالك.

(ولا شيء للمتبرع، وتجاوز الجعالة من الأجنبي) فيلزمه المال، دون المالك إن لم يأمره به، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي، (ويجب عليه) أي على الجاعل مطلقا (٤) (الجعل مع العمل

(١) دليل الاستحقاق العوض.

(٢) دليل لعدم استحقاق العوض.

(٣) أي ومثل عمل المتبرع عمل المالك مع العامل.

(٤) سواء كان الجاعل هو الأجنبي أم المالك.

المشروط) حيث يتعين، وإلا (١) فما ذكر بدله (وهي جائزة من طرف العامل مطلقاً) قبل التلبس بالعمل وبعده، فله الرجوع متى شاء، ولا يستحق شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً (٢).
(وأما الجاعل فجائزة) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل،
(وأما بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل) فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض (أما الماضي فعليه أجرته) وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها جائزة من قبله مطلقاً (٣) فإن المراد بالعقد الجائر، أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، وثبوت العوض لا ينافي جوازه كما أنها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة بجعل (٤) بعد تمام العمل.
واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنها جائزة مطلقاً (٥) لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى.
وقيل: أجرة مثله (٦).

-
- (١) أي وإن لم يعين بأن قال: شيء، أو مال فيعطى للعامل ما ذكره (المصنف) رحمه الله من أجرة المثل بدل ما عينه الجاعل بصورة غير مشخصة كما علمت.
(٢) سواء عين الجاعل جعلاً أم لا.
(٣) أي في جميع الصور قبل التلبس بالعمل، وبعد التلبس.
(٤) كأن يقول الموكل لو كيله: أنت وكيل في بيع داري، أو شراء دار لي ولك خمسة دنانير مثلاً.
(٥) أي الجعالة جائزة مطلقاً من الطرفين قبل التلبس وبعده.
(٦) أي يثبت للعامل على الجاعل أجرة مثل ما عمل من العمل قبل الفسخ.

وربما أشكل ذلك (١) فيما لو كانت على رد ضالة مثلا ثم فسخ وقد صارت بيده، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه فلا يتحقق فائدة للفسخ حينئذ.

ويمكن دفعه بأن فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق بنسبته ويبقى له فيما بعد ذلك أجره المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك وهو حفظه عنده، ونحوه، إذ لا يجب عليه حينئذ رده على المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

(ولو رجع المالك فيها (٢) قبل العمل، أو في أثناءه (ولم يعلم العامل رجوعه حتى أكمل العمل فله كمال الأجرة)، ولو علم في الأثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم وينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به ذلك شرعا ليشمل السماع من المالك، والشياخ المفيد للعلم، وخبر العدلين، لا الواحد وإن حكم به (٣) في عزل الوكالة بنص خاص (٤).
(ولو أوقع المالك صيغتين) للجعالة مختلفتين في مقدار العوض (٥)

(١) أي ثبوت أجره المثل.

(٢) أي في الجعالة.

(٣) أي بالخبر الواحد.

(٤) في خصوص الوكالة.

(٥) بأن قال أولا: من رد عبدي فله مائة دينار عراقي، ثم قال ثانيا:

من رد عبدي فله ثمانون دينارا عراقيا.

أو في بعض أوصافها (١) (عمل بالأخيرة إذا سمعها) العامل، لأن الجعالة جائزة، والثانية رجوع عن الأولى، سواء زادت أم نقصت (وإلا) يسمعها (٢) (فالمعتبر ما سمع) من الأولى والأخيرة (٣)، ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع ومن الثانية بنسبة الباقي.

(وإنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود) إلى مالكة مع الإطلاق أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده، (فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل)، لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الاستحقاق.

ومثله (٤) ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا، لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل، ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامتثال، (ولا يستحق الأجرة إلا ببذل الجاعل) أي استدعائه الرد، سواء كان مع بذل عوض أم لا (فلو رد بغيره (٥) كان متبرعا) لا عوض له مطلقا (٦)، وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، أو بقصد يغير ما بذله المالك جنسا، أو وصفا،

-
- (١) بأن قال أولا: من بنا لي دارا من آجر فله خمسمائة دينار عراقي، ثم قال ثانيا: من بنا لي بيتا من الاسمنت فله ألف دينار عراقي.
 - (٢) أي لم يسمع الصيغتين، بل سمع واحدة منهما.
 - (٣) أي الصيغة الأولى والثانية.
 - (٤) أي ومثل الهرب.
 - (٥) أي بغير بذل الجاعل واستدعائه.
 - (٦) قصد التبرع أم لا.

ولو رد بنية العوض مطلقا (١) وكان ممن يدخل في عموم الصيغة، أو إطلاقها ففي استحقاقه قولان، منشأهما: فعله (٢) متعلق الجعل مطابقا لصدوره من المالك على وجه يشمل، وأنه (٣) عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع بإذن الجاعل فقد وجد المقتضي (٤) والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل، ومثله (٥) يشك في مانعته، لعدم الدليل عليه فيعمل المقتضي (٦) عمله، ومن (٧) أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه (٨) في قوة عدمه (٩) عنده. وفصل ثالث ففرق بين من رد كذلك (١٠) عالما بأن العمل بدون

-
- (١) أي من غير تعيين شيء.
 - (٢) دليل لاستحقاق العوض. ومرجع الضمير في فعله: (العامل) فالمصدر أضيف إلى الفاعل، ومفعوله: متعلق الجعل أي إتيان العامل بمتعلق الجعل مطابقا لما أرادته الجاعل.
 - (٣) وجه ثان لاستحقاق العوض.
 - (٤) أي المقتضي للاستحقاق، وهو إتيان الفعل من ناحية العامل تاما، لأن فعل المسلم محترم.
 - (٥) أي ومثل هذا النوع من المانع وهو عدم علم العامل بصدور الجعل يشك في مانعته.
 - (٦) وهو عمل المسلم وأنه محترم ولم يقصد به التبرع.
 - (٧) دليل لعدم استحقاق العوض.
 - (٨) أي عدم سماع العامل بصدور الجعل من المالك.
 - (٩) أي في قوة عدم الجعل من قبل المالك عند العامل.
 - (١٠) إن ناويا للأجر ولم يكن قصده التبرع.

الجعل تبرع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره (١)، لأن الأول (٢) متبرع محضاً، بخلاف الثاني (٣). واستقرب المصنف الأول (٤). والتفصيل (٥) متجه.

مسائل

(كلما لم يعين (٦) جعل) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد وأطلق، أو لذكره مبهماً كما سلف (٧) (فأجره المثل) لمن عمل مقتضاه سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً فلا شيء وقيل: لا أجره مع إطلاق الاستدعاء، والأول (٨) أجود. نعم لو كان العمل مما لا أجره له عادة لقلته فلا شيء للعامل كمن أمر غيره

-
- (١) وهو الذي لا يعلم أن الرد من دون جعل المالك يقع تبرعاً، بل كان يتخيل ثبوت العوض.
 - (٢) وهو علم العامل بأن العمل بدون الجعل تبرع.
 - (٣) وهو عدم علم العامل بأن العمل بدون الجعل تبرع.
 - (٤) وهو استحقاق العامل العوض مطلقاً، سواء علم أن العمل بدون الجعل تبرع أم لم يعلم بذلك.
 - (٥) بين علم العامل بأنه لا يستحق، وبين عدم علمه بذلك.
 - (٦) بصيغة المبني للمفعول.
 - (٧) في قول المصنف: (كمن رد عبدي فله شيء، أو مال).
 - (٨) وهو استحقاق الأجره مع الإطلاق.

بعمل من غير أن يذكر له أجره (١) (إلا في رد الآبق من المصر) الذي فيه مالكة إليه (فدينار، وفي رده من غيره)، سواء كان من مصر آخر أم لا (٢) (أربعة دنانير) في المشهور ومستنده ضعيف (٣). ولو قيل بثبوت أجره المثل فيه (٤) كغيره كان حسنا. والمراد بالدينار على القول به: الشرعي (٥) وهو المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم.

(والبعير كذا) أي كالأبق في الحكم المذكور، ولا نص عليه بخصوصه، وإنما ذكره الشيخان (٦) وتبعهما عليه جماعة.

-
- (١) فإن كان العمل حينئذ مما له أجره عادة فللعامل أجره المثل، وإن لم يكن له أجره عادة فلا يستحق شيئا.
- (٢) بأن يأتي به من البر أو من القرية.
- (٣) والمستند رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "إن النبي صلى الله عليه وآله جعل في رد الآبق دينارا إذا وجد في مصره وإن وجد في غيره فأربعة دنانير".
- وعمل بها أكثر الأصحاب مع ضعف عظيم في طريق الخبر لجماعة منهم (محمد ابن الحسن بن ميمون) وهو ضعيف جدا غال وضاع. ومنهم (عبد الله بن عبد الرحمن الأصب) وحاله كذلك أو زيادة. ومنهم (سهل بن زياد) وحاله مشهور. انتهى نقلا عن الشهيد نفسه رحمه الله.
- (٤) أي في رد العبد الآبق.
- (٥) قد سبق في الجزء الثاني من طبعتنا الحديثة كتاب الزكاة ص (٣٠) رقم (٧) شرح الدينار الشرعي والصيرفي مفصلا فراجع.
- (٦) المراد بهما (الشيخ المفيد والشيخ الطوسي) قدس الله روحهما، والأول هو: أبو عبد الله (محمد بن محمد بن النعمان بن عبد السلام البغدادي) طيب الله روحه

ويظهر من المفيد أن به رواية، لأنه قال: بذلك ثبتت السنة، وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق إشكال. ويقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما (١) عن الدينار والأربعة. وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، والمقدر شرعا، ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته (٢) عن ذلك كثيرا.

(ولو بذل جعلاً) لمن رده واحداً كان أم أكثر (فرده جماعة استحقوه بينهم بالسوية (٣)) ولو كان العمل غير الرد من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح فلكل ما عين.

(ولو جعل لكل من الثلاثة جعلاً مغايراً) للآخرين كأن جعل لأحدهما ديناراً، وللآخر دينارين، وللثالث ثلاثة (فردوه فلكل ثلث ما جعل له)، ولو رده أحدهم فله ما عين له أجمع، ولو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له، (ولو لم يسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله ثلث أجره المثل) ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له ولو رده من لم يسم له وأحدهما (٤) فله نصف أجره مثله، وللآخر

مركزاً حياً لبث الثقافة الإسلامية وعاصمة للدين الإسلامي والمذهب الجعفري بالخصوص على أثر جهود هذا الشيخ الجليل. توفي رحمه الله وتغمده برحمته الواسعة سنة ٤٦٠ هـ ودفن بجامعة المعروف (بجامع الطوسي شمالي الحرم الشريف).

(١) أي العبد الآبق والبعير الشارد.

(٢) أي قيمة العبد والبعير عن المقدر الشرعي.

(٣) أي يقسم الجعل على رؤسهم.

(٤) أي رده أحد الذين سمي له مع من لم يسم له.

نصف ما سمي له، وهكذا، (ولو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبة) أي لو ردوه أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجره المثل، أو المسمى.

(ولو اختلفا في أصل الجعالة) بأن ادعى العامل الجعل وأنكره المالك وادعى التبرع (حلف المالك) لأصالة عدم الجعل، (وكذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الآبق) مع اتفاقهما على الجعالة، بأن قال المالك: إن المردود ليس هو المجعول وادعاه العامل، لأصالة براءة ذمته من المال الذي يدعي العامل استحقيقه.

(ولو اختلفا في السعي بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل) بفتح الجيم، وقال الراد: بل بعده (حلف) المالك (أيضا، للأصل) وهو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده، وإن كان الأصل أيضا عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء (١) ومثله (٢) ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي وإن كان بعد صدوره.

(وفي قدر (٣) الجعل كذلك) يحلف المالك، لأصالة براءته من الزائد، ولأن العامل مدع للزيادة، والمالك منكر (فيثبت للعامل) يمين المالك (أقل الأمرين من أجره المثل، ومما ادعاه)، لأن الأقل إن كان الأجره فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك، وإن كان ما يدعيه العامل، فلاعترافه بعدم استحقيقه للزائد، وبراءة ذمة المالك منه،

(١) لتساقط الأصلين بالتعارض.

(٢) أي ومثل اختلاف الجاعل والعامل في السعي.

(٣) أي لو اختلف الجاعل والعامل في مقدار الجعل.

والحال أنهما معترفان بأن عمله يجعل في الجملة، وأنه عمل محترم فتثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضها (١) بإنكاره، (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك) عن أجرة المثل فتثبت الزيادة، لاعترافه باستحقاق العامل إياها، والعامل لا ينكرها.

(وقال) الشيخ نجيب الدين (ابن نما رحمه الله: إذا حلف المالك على نفي ما ادعاه) العامل (ثبت ما ادعاه) هو، لأصالة عدم الزائد، واتفاقهما على العقد المشخص بالعوض المعين، وانحصاره في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه، لقضية (٢) الحصر (وهو قوي كمال الإجارة) إذا اختلفا في قدره (٣).
وقيل: يتحالفان (٤)، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويثبت الأقل كما مر (٥) والتحقيق أن اختلافهما في القدر إن كان مجردا عن التسمية بأن قال العامل: إني استحق مائة من جهة الجعل الفلاني فأنكر المالك وادعى أنه خمسون، فالقول قول المالك، لأنه منكر محض والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل. ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلا.

(١) أي بعض الأجرة بإنكار العامل الزائد.

(٢) أي لمقتضى الحصر في الدعوى فإنها محصورة في الشقين وهما: ما ادعاه المالك، وما ادعاه العامل.

(٣) تقدم في الجزء الرابع من طبعتنا الحديثة في (كتاب الإجارة) ص ٣٦٣

(٤) القائل (العلامة) قدس الله سره في القواعد.

(٥) من المصنف رحمه الله قوله آنفا: (فيثبت للعامل أقل الأمرين من أجرة المثل. ومما ادعاه).

وإن قال: جعلت لي مائة فقال المالك: بل خمسين ففيه الوجهان
الماضيان (١) في الإجارة.
والأقوى تقديم قول المالك أيضا (٢)، لاتفاقهما على صدور الفعل
بعوض، واختلافهما في مقداره خاصة، فليس كل منهما مدعيا لما ينفيه الآخر.
وإن كان اختلافهما في جنس المجمعول مع اختلافه بالقيمة فادعى
المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادعى العامل جعل غيره مما يساوي
مائتين فالتحالف هنا متعين، لأن كلا منهما يدعي ما ينكره الآخر،
إلا أن ذلك (٣) نشأ من اختلاف الجعل جنسا، أو وصفا، لا من اختلافه
قدرا، وإذا فرض اختلاف (٤) الجنس فالقول بالتحالف أولى وإن تساويا
قيمة. وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم، لأن جماعة كالمحقق
والعلامة شركوا بينه وبين الاختلاف قدرا في الحكم، وليس بواضح.
ويبقى في القول بالتحالف مطلقا (٥) إشكال آخر وهو فيما إذا تساوت
الأجرة (٦) وما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه (٧) عنها، فإنه لا وجه

-
- (١) وهما: (القول قول المالك والقول بالتحالف).
 - (٢) أي يقدم هنا قول المالك كما يقدم قوله لو كان اختلاف المالك والعامل
في القدر مجردا عن التسمية.
 - (٣) أي ادعاء كل منهما ما ينكره الآخر.
 - (٤) أي اختلاف الجاعل والعامل في جنس المجمعول بأن قال الجاعل: جعلت
لك الحنطة عوضا.
وقال العامل: بل جعلت لي ذهبا.
 - (٥) سواء قيل بالتحالف في المتخالفين جنسا، أم قيل به في المتفقين أيضا.
 - (٦) أي أجرة المثل.
 - (٧) أي المالك.

لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدعيه العامل، لثبوت ما حكم به من مدعى المالك زائدا عن الأجرة، أو مساويا باعترافه فتكليف العامل باليمين حينئذ لا وجه له، لاعتراف المالك به، وإنما يتوجه لو زادت أجرة المثل عما يدعيه المالك فيتوقف إثبات الزائد من الأجرة عما يدعيه على يمين المدعي وهو العامل.
" انتهى الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس إن شاء الله تعالى "
أوله كتاب الوصايا
* * *

تمت التعاليق الموضحة لهذا الجزء في ليلة الأحد - الثامن من شهر الله الحرام سنة ١٣٨٧ هـ.ج.
في مكتبة " جامعة النجف الدينية " صانها الله عن الحدثان.
فشكرا له على نعمائه. ونسأله التوفيق لإتمامه، إنه ولي التوفيق.
السيد محمد كلانتر