

مسالك الألفهام

الجزء: ٤

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٤

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٤

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	كتاب الرهن
٧	تعريف الرهن
٨	ألفاظ إيجابه
٩	كفاية الإشارة والكتابة
٩(ش)	اشتراط العربية والماضوية
١٠	ما يتحقق به القبول
١٠	يصح الارتهان سفرا وحضرا
١١	اشتراط الرهن بالقبض
١٣	لو قبضه بغير إذن الراهن
١٣	لو مات الراهن قبل القبض أو جن
١٥	لا يشترط استدامة القبض
١٥	إذا كان مقبوضا على وجه محرم
١٧	لو رهن ما هو غائب
١٧	إذا اختلفا في حصول القبض
١٨	لا يجوز تسليم المشاع إلا برضا الشريك
٢٠	في شرائط الرهن
٢٠	من شرطه أن يكون عينا لا دينا
٢١	رهن المنفعة
٢١	في رهن المدبر
٢٣(ش)	في رهن الذمي الخمر
٢٣(ش)	رهن الأرض الخراجية
٢٣(ش)	رهن مالا يمكن إقباضه
٢٤	لو رهن ما يمكن إقباضه ولم يسلمه
٢٤	رهن العبد المسلم والمصحف عند الكافر
٢٤	رهن العين الموقوفة
٢٥	الرهن في زمان الخيار
٢٥	رهن العبد المرتد والجاني
٢٦	رهن ما يسرع إليه الفساد
٢٨	الحق الذي يصح الرهن عليه
٢٨	الرهن على الدين الثابت في الذمة
٢٩	الرهن على الدية قبل الاستقرار
٣٠	الرهن على مال الجعالة والكتابة
٣١	الرهن على العمل المؤجر عليه

٣١	الرهن على دينين متعاقبين
٣٣	شروط الراهن
٣٣	اشتراط الكمال والبلوغ
٣٤	شروط المرتهن وأحكامه
٣٤	الارتهان على مال اليتيم
٣٤	إسلاف مال اليتيم
٣٥	إقراض مال اليتيم
٣٦	إذا شرط المرتهن الوكالة في البيع
٣٧	بطلان الرهن بموت المرتهن
٣٧	لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن
٣٩	يجوز للمرتهن ابتياع الرهن
٣٩	المرتهن أحق من سائر الغرماء بالرهن
٤٠	الرهن أمانة في يد المرتهن
٤٠	وظيفة المرتهن تجاه العين المرهونة
٤١	إذا خاف المرتهن جحود الوارث
٤٢	لو وطئ المرتهن الأمة المرهونة
٤٣	إذا وضعاه على يد عدل أو عدلين
٤٤	لو باعه المرتهن أو العدل ثم ظهر فيه عيب
٤٥	وظيفة الراهن تجاه ورثة المرتهن
٤٧	أحكام الراهن
٤٧	لا يجوز تصرف الراهن في الرهن
٤٨	في عتق الراهن والمرتهن
٤٩	وطئ الراهن أمته المرهونة
٤٩	إذا صارت المرهونة أم ولد
٥٠	إذن المرتهن في بيع الرهن
٥١	إذا حل الاجل وتعذر الأداء
٥٢	أحكام متعلقة بالرهن
٥٢	الرهن لازم
٥٣) ٥٣	مبطلات الرهن
٥٤	الرهن أمانة بعد البطلان
٥٥	لو شرط إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعا
٥٦	لو غصبه ثم رهنه صح
٥٩	ما يحصل من الرهن من فوائد ونماء
٦١	إذا رهن مال غيره بإذنه
٦٢	لو بيع بأكثر من ثمن مثله
٦٣	إذا رهن النخل لم تدخل الثمرة
٦٣	إذا رهن الأرض لم يدخل الزرع والشجر

٦٤	ما ينبت في الأرض بعد الرهن
٦٤	لو رهن لقطه مما يلقط
٦٥	في جناية العبد المرهون
٦٦	جناية العبد المرهون على مولاه
٦٧	جناية العبد المرهون على من يرثه المالك
٦٨	لو أتلف الرهن متلف
٦٨	لو رهن عصيرا فصار خمرا
٦٩	لو رهن خمرا فانقلب خلا
(٧٠)ش	لو جمع خمرا مرقا فصار خلا
(٧٠)ش	لو غصب عصيرا فصار خمرا ثم خلا
٧١	لو رهن بيضة فصارت فرخا
٧١	إذا رهن اثنان عبدا بينهما
٧٢	في النزاع الواقع فيه
٧٢	نزاع الشريك والمرتهن في إمساك العين
٧٢	إذا امتنع الراهن من استئمان وارث المرتهن
٧٣	إذا فرط في الرهن فتلف
٧٤	لو اختلفا فيما على الرهن
٧٦	لو اختلفا في كون الشيء ودبعة ورهنا
٧٧	إذا أذن المرتهن في البيع ثم رجع فاختلفا في تقدمه وتأخره
٧٩	إذا اختلفا فيما يباع به الرهن
٨٠	إذا اختلفا فيما هو رهن
٨١	لو كان له دينان أحدهما برهن فدفع إليه مالا واختلفا
٨١	لو اختلفا في رد الدهن
٨٣	كتاب المفلس
٨٥	تعريف المفلس
٨٦	شروط الحجر على المفلس
٨٧	من شروطه أن تكون الديون حالة
٨٨	من شروطه التماس الغرماء
٨٨	يمنع من التصرف احتياطا للغرماء
٨٩	لو تصرف يكون باطلا
٩٠	لو أقر بدين سابق
٩٢	لو أقر بعين لاحد
٩٣	لو قال: هذا المال مضاربة لغائب
٩٤	في بقاء خيارات المفلس بعد الحجر
٩٥	لو كان له حق فقبض بعضه
٩٦	في القرض الحادث بعد الحجر
٩٧	لو أتلف مالا بعد الحجر

٩٧	لو أقر بمال مطلقاً بعد الحجر
٩٨	لا تحل الدين المؤجل بالحجر وتحل بالموت
٩٨	اختصاص الغريم بعين ماله
٩٨	إذا وجد الدائن عين ماله في أموال المفلس
٩٩	إذا وجد الدائن عين ماله في أموال الميت
١٠٠	لو وجد الدائن بعض ماله
(١٠٠)ش	لو كان له الخيار قبل التفليس
١٠٣	لو حصل نماء لعين مال الدائن
١٠٤	إذا بلغت ثمرة النخل بعد التفليس
١٠٥	النماء الذي لا يجوز للدائن أخذه
١٠٦	لو فلس المشتري فللشريك حق الشفعة والبائع أسوة مع الغرماء
١٠٨	خيار المؤجر إذا فلس المستأجر
١١٠	لو فلس مشتري الأرض بعد الغرس والبناء
١١٢	لو اشترى زيتاً فخلطه
١١٣	لو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق
١١٤	لو صبغ الثوب كان شريكاً للبائع
١١٥	لو عمل المفلس فيه عملاً بنفسه
١١٦	لو أسلم في متاع فأفلس المسلم إليه
١١٧	إذا أولد الجارية ثم فلس
١١٧	إذا جني على المفلس خطأً أو عمداً
١١٨	يجب عليه مؤاجرة أملاكه
١١٨	إذا شهد عليه بمال
١١٩	إذا مات المفلس حل ما عليه دون ماله
١١٩	في وجوب إنظار المعسر
١٢٠	القول في قسمة ماله
١٢٠	يستحب إحضار كل متاع في سوقه
١٢٠	يستحب حضور الغرماء لدى البيع
١٢١	البدء ببيع ما يخشى تلفه ثم بالرهن
١٢١	في تعيين المنادي بالبيع
١٢٢	أجرة المنادي بالبيع
١٢٢	في إقباض مال المفلس
١٢٣	في تأخير القسمة لمصلحة
(١٢٣)ش	مستثنيات الدين
١٢٤	لو بيع مال المفلس وطلب المشتري الفسخ
١٢٤	نفقة المفلس وعائلته
١٢٤	كفن المفلس
١٢٥	إذا ظهر غريم بعد القسمة

١٢٦	تختص القسمة بالديون الحالة
١٢٧	إذا جنى عبد المفلس
١٢٧	حبس المعسر
(١٢٧)ش	لا يجوز الحبس مع ظهور الاعسار
١٢٨	في ما يثبت به الاعسار
١٢٨	إذا تناكروا وكان له مال ظاهر
(١٢٨)ش	يحل لصاحب الدين الاغلاظ في القول
١٢٩	لو لم يكن له مال ظاهر وادعى الاعسار
١٢٩	إذا شهدت البينة بتلف أمواله أو بالاعسار
١٣٤	إذا ادعى الاعسار ولم يعلم له أصل مال
١٣٤	إطلاقه من الحبس بعد القسمة
١٣٤	هل يزول الحجر بمجرد الأداء
١٣٧	كتاب الحجر
١٣٩	تعريف الحجر
١٤٠	موجبات الحجر
(١٤٠)ش	حصر أسبابه في ستة
١٤١	ما يعلم به البلوغ - الانبات
(١٤٢)ش	امارات البلوغ لا تختص بالمسلم
(١٤٢)ش	خروج المنى من الموضع المعتاد
١٤٣	يشترك في هذين الذكور والإناث
١٤٤	من علامات البلوغ السن
١٤٥	الحمل والحيض
١٤٧	الخنثى المشكل
١٤٨	الرشد المعتبر في رفع الحجر
١٤٩	هل تعتبر العدالة؟
١٥٠	كيفية اختبار الرشد
١٥١	بماذا يثبت الرشد
١٥١	من هو السفية؟
(١٥٢)ش	ما يصح من السفية وما لا يصح
١٥٤	في وكالته لاجراء عقد
١٥٤	لو أذن له الولي في النكاح
١٥٥	إجازة الولي لتصرفات السفية
١٥٥	الحجر على المملوك والمريض
١٥٨	أحكام الحجر
١٥٨	توقف الحجر على حكم الحاكم
١٥٩	إذا بايعه أحد بعد الحجر
١٦٠	لو أودعه ودیعة فأتلفها

١٦١	لو فك حجره ثم عاد مبذرا
١٦١	الولاية على الطفل والمجنون
١٦٢	الولاية على السفية والمفلس
١٦٣	إذا أحرم السفية بالحج
١٦٤	حلف السفية وحنثه
١٦٥	إذا وجب له القصاص أو الدية
(١٦٦)ش	يختبر الصبي قبل البلوغ
(١٦٦)ش	إذا اختبر بالبيع فهل يصح بيعه
١٦٩	كتاب الضمان
١٧١	تعريف الضمان
١٧٢	الضمان ثلاثة أقسام
١٧٣	ضمان المال
١٧٤	شروط الضامن وأحكامه
١٧٤	ضمان المملوك
١٧٧	لو شرط الضمان من مال معين
١٧٩	اشتراط علم الضامن بالمضمون له والمضمون عنه
١٨٠	اشتراط رضا المضمون له
١٨١	لا يشترط رضا المضمون عنه
١٨٢	الضمان ناقل من ذمة إلى ذمة
١٨٣	إذا أبرئ المضمون عنه لم يبرأ الضامن
١٨٣	يشترط في الضامن الملاءة أو العلم بإعساره
١٨٤	لو بان إعساره بعد الضمان
١٨٤	الضمان المؤجل في الدين الحال وبالعكس
١٨٨	لا مطالبة في الضمان المؤجل إلا بعد الاجل
١٨٨	لو مات الضامن حل وأخذ من تركته
١٨٩	إذا زاد أجل الضمان على أجل الدين
١٨٩	متى يرجع الضامن إلى المضمون عنه
١٩٠	ينعقد الضمان بالكتابة أيضا
١٩٠	الحق المضمون
(١٩٠)ش	ضمان ثمن المبيع
١٩٢	ضمان مال الجعالة والسبق والرماية
١٩٣	ضمان مال الكتابة
١٩٤	ضمان نفقة الزوجة
١٩٥	ضمان الأعيان المضمونة
١٩٥	ضمان الأمانات
١٩٦	الضمان عن الضامن
١٩٧	لا يشترط العلم بكمية المال

١٩٧	ما يثبت كون المال في ذمة المضمون عنه
١٩٩	ضمان ما يتحدد في الذمة
٢٠٠	أحكام ضمان المال
٢٠٠	إذا ضمن عهدة الثمن لزمه دركه
٢٠١	لو تقايلا أو تلف قبل القبض لم يلزم الضامن
٢٠٢	لو ظهر في المبيع عيب سابق
٢٠٣	إذا ظهر المبيع أو بعضه مستحقا
٢٠٤	الضمان للمشتري درك ما يحدثه في المبيع
٢٠٥	إذا ضمن أحد المدينين الآخر لدائن واحد
٢٠٦	إذا رضي الدائن ببعض المال
٢٠٦	إذا دفع الضامن عوضا عن المال
٢٠٧	إذا دفع المدين المال إلى الضامن أو الدائن
٢٠٨	اختلاف الضامن والمضمون له في القبض
٢٠٨	موارد تهمة المدين إذا شهد لصالح الضامن
٢٠٩	لو لم تقبل شهادة المدين فحلف الدائن
٢١٠	لو لم يشهد المدين لصالح الضامن
٢١٠	إذا ضمن المريض ثم مات
٢١١	إذا ضمن الدين المؤجل حالا
٢١٢	الحوالة
٢١٢	تعريف الحوالة
٢١٣	شروط الحوالة
(٢١٣)ش	يشترط رضا المحيل والمحال عليه والمحتال
٢١٤	الحوالة تنقل المال من ذمة إلى ذمة
٢١٤	المحيل يبرأ بمجرد الحوالة
٢١٥	الحوالة على من ليس عليه دين
٢١٦	لا يجب القبول وإن أحال على ملي
٢١٦	لو قبل الحوالة ثم افتقر المحال عليه أو بان فقره
٢١٧	شروط المال في الحوالة
(٢١٧)ش	يشترط أن يكون معلوما ثابتا في الذمة
٢١٧	الترامي والدور في الحوالة
٢١٧	إذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة
٢١٨	لا فرق فيه بين المثلي والقيمي
٢١٨	يشترط تساوي المالين
٢٢٠	اختلاف المحيل والمحال عليه
٢٢١	الحوالة بمال الكتابة
(٢٢١)ش	إحالة المكاتب سيده بضمن المبيع
٢٢٢	أحكام الحوالة

٢٢٢	إذا قال أحلتك ثم قال قصدت الوكالة
٢٢٦	إذا اختلفا قبل القبض بين الحوالة والوكالة
٢٢٨	إذا كان للمحيل دين على اثنين متضامنين فأحال بدين عليهما
٢٣٠	إذا أحال المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب
٢٣٣	لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم انفسخ البيع
٢٣٣	لو ثبت بطلان البيع في الموضوعين السابقين
٢٣٤	الكفالة
٢٣٤	شروط الكفالة
٢٣٤)ش	يعتبر رضا الكفيل والمكفول له
٢٣٥	تصح الكفالة حالة ومؤجلة
٢٣٥	إذا اشترط الاجل لا بد من كونه معلوما
٢٣٦	إذا امتنع الكفيل من تسليم المكفول عنه
٢٣٧	الفرق بين قوله: إن لم أحضره كان علي كذا وقوله: علي كذا إلى كذا إن لم أحضره
٢٤٥	من أطلق غريما أو قاتلا من يد صاحب الحق قهرا
٢٤٦	لا بد من كون المكفول معينا
٢٤٦	مسائل في الكفالة
٢٤٦	إذا أحضر الغريم قبل الاجل
٢٤٧	لو سلمه وكان ممنوعا من تسلمه
٢٤٧	لو كان الغريم محبوسا
٢٤٧	إنظار الكفيل إذا كان المكفول عنه غائبا
٢٤٨	إذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف إلى بلد العقد
٢٤٨	اختلاف الكفيل والمكفول له في ثبوت حق له على الغريم
٢٤٩	إذا تكفل رجلان برجل وسلمه أحدهما
٢٥٠	لو تكفل لرجلين برجل وسلمه لأحدهما
٢٥٠	إذا مات المكفول برئ الكفيل
٢٥١	إذا سلم المكفول نفسه أو سلمه أجنبي
٢٥١	اختلاف الكفيل والمكفول له في إبراء الغريم
٢٥٢	لو كفل الكفيل آخر
٢٥٣	كفالة المكاتب
٢٥٣	التعبير بكفالة الرأس أو البدن ونحو ذلك
٢٥٧	كتاب الصلح
٢٥٩	تعريف الصلح
٢٦٠	الصلح أصل أو فرع
٢٦١	الصلح مع الاقرار والانكار
٢٦٢	لا يصح الصلح في تحليل الحرام والعكس
٢٦٣	الصلح من جهل المصطلحين بموضع النزاع
٢٦٤	الصلح لازم يقبل التقايل

٢٦٥	صلح الشريكين على كون الربح والخسران لأحدهما وللآخر رأس ماله
٢٦٥	لو كان معهما درهمان يدعيهما أحدهما والآخر يدعي أحدهما
٢٦٦	لو أودعه أحد درهمن وآخر درهما وامتزج الجميع وتلف درهم
٢٦٧	لو كان لاحد ثوب بعشرين ولآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها
٢٦٨	إذا بان أحد العوضين مستحقا بطل الصلح
٢٦٩	يصح الصلح على عين أو منفعة بعين أو منفعة
٢٦٩	لا يعتبر في الصلح ما يعتبر في بيع الصرف
٢٦٩	لو أتلّف ثوبا قيمته درهم فصالح على درهمن
٢٧٠	إذا صالح على سكنى الدار فهل يجوز الرجوع فيه
٢٧٠	لو ادعى اثنان كل منهما نصف الدار وصدق ذو اليد أحدهما وصالحه على ذلك النصف
٢٧٣	الصلح على سقي الزرع أو الشجر
٢٧٤	طلب الصلح ليس إقرارا وطلب البيع إقرار
٢٧٥	أحكام النزاع في الأملاك
٢٧٥	إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة
٢٧٧	فتح الأبواب المستحقة في الطرق النافذة
٢٧٨	إخراج الجناح والباب في الطرق المرفوعة
٢٨١	مشاركة أصحاب الدور في الزقاق
٢٨١	لو أحدث في الطريق المرفوع حدثا جاز إزالته
٢٨٣	أهل الدرب النافذ شرع في إخراج الروشن
٢٨٤	وضع الجذوع على حائط الجار
٢٨٦	في تداعي الجيران الجدار بينهما
٢٨٨	اختلاف الجيران في النخص
٢٨٨	تصرف الشركاء في الحائط
٢٩٠	تصرف الشركاء في دولاب أو بئر أو نهر
٢٩١	انهدام الجدار المشترك بين السفلى والعلو
٢٩٢	تنازع صاحب السفلى والعلو في الجدار والسقف
٢٩٣	إذا خرجت أغصان الشجر إلى ملك الجار
٢٩٥	تداعي صاحب السفلى والعلو في الدرج
٢٩٧	تنازع راكب الدابة وقابض اللجام
٢٩٧	التنازع في الثوب في يد أحدهما أكثره
٢٩٧	التنازع في العبد ولأحدهما عليه ثياب
٢٩٨	التنازع في الدابة ولأحدهما عليه حمل
٢٩٨	التنازع في الغرفة على بيت أحدهما وبابها إلى غرفة الآخر
٢٩٩	كتاب الشركة
٣٠١	تعريف الشركة
٣٠٤	أقسام الشركة
٣٠٤	المشترك عين أو منفعة أو حق

٣٠٤	سبب الشركة إرث أو عقد أو مزج أو حيازة
٣٠٥	تحقق الشركة بالمزج
٣٠٦	لو أراد الشركة فيما لا مثل له
٣٠٧	الشركة بالاعمال
٣٠٨	الشركة بالوجوه
٣٠٩	شركة المفاوضة
(٣٠٩ش)	الشركة بالأموال (شركة العنان)
٣١١	شروط الشركة
٣١١	الربح تابع للمال
٣١١	إذا اشترط عدم تبعية الربح للمال
٣١٣	إذا اشترط زيادة الربح للعامل
٣١٤	عدم جواز التصرف بدون إذن الشريك
٣١٥	الشركة غير لازمة
٣١٦	شرط التأجيل في الشركة
٣١٦	لا يضمن الشريك ما تلف في يده
٣١٧	يبطل الاذن بالجنون والموت
٣١٨	القسمة
٣١٨	تعريف القسمة
٣١٩	ما يجوز قسمته ومالا يجوز
٣٢١	لا يقسم الوقف
٣٢٣	أحكام الشركة
٣٢٣	لا تنعقد الشركة بدفع الدابة والراوية إلى السقاء
٣٢٤	الاحتطاب والاحتشاش بنية الشركة
٣٢٥	هل يشترط في الحيازة نية التملك
٣٢٨	إذن أحد الشريكين في التصرف بشرط تنصيف الربح
٣٢٨	اختلاف الشريكين في شراء متاع لهما أو لأحدهما
٣٢٩	اختلاف أحد الشريكين مع المشتري وتصديق الشريك الآخر
٣٣٠	لو ادعى تسليمه إلى الشريك وصدقه البائع
٣٣٢	لو باع اثنان شيئين مختلفي القيمة معا بثمن واحد
٣٣٣	في تقسيم الأجرة في شركة الأبدان
٣٣٤	إذا استوفى أحد الشريكين بعض الدين الذي لهما
٣٣٨	الاستيجار للاحتطاب ونحوه
٣٤١	كتاب المضاربة
(٣٤٣ش)	تعريف المضاربة والفرق بينها وبين القرض والبضاعة
٣٤٤	" عقد المضاربة "
٣٤٤	المضاربة جائزة من الطرفين
٣٤٤	اشترط الاجل

٣٤٥	اشترط خصوصية في الشراء
٣٤٦	اشترط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه
٣٤٧	العامل يتصرف بالاذن كما يتصرف المالك
٣٤٨	نفقته في السفر من أصل المال
٣٤٩	لو كان لنفسه مال فالوجه التقسيط
٣٥٠	نفقة الرجوع إذا فسخ المضاربة في السفر
٣٥٠	ابتياح المعيب والرد بالعيب وأخذ الأرش
٣٥٠	إطلاق الاذن يقتضي النقد بثمن المثل من نقد البلد
٣٥١	يجب أن يشتري بعين المال
٣٥٢	الشراء في الذمة
٣٥٢	مخالفة الاذن يوجب الضمان والربح بينهما
٣٥٣	تبطل المضاربة بموت كل منهما
٣٥٥	شروط مال المضاربة
٣٥٥(ش)	يشترط أن يكون عينا ودراهم أو دنانير
٣٥٦	لو دفع آلة الصيد بحصة
٣٥٧	يعتبر العلم بالمقدار إذا كان المال مشاعا
٣٥٨	يشترط فيه التعيين
٣٥٨	إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه
٣٥٩	القراض على ما في يد الغاصب
٣٦٠	القراض على الدين
٣٦٠	القراض على ثمن المبيع قبل بيعه
٣٦١	لو مات المالك وبالمال متاع فأقره الوارث
٣٦١	اختلاف المالك والعامل في قدر رأس المال
٣٦٢	خلط العامل مال القراض بماله
٣٦٣	ربح المضاربة
٣٦٣	اللازم في المضاربة هو السهم دون الأجرة
٣٦٤	الربح مشاع بينهما
٣٦٤	لو قال: خذه قرضا والربح لي يمكن جعله بضاعة
٣٦٥	لو قال: خذه فاتجر به والربح لي كان بضاعة
٣٦٥	لو شرط أحدهما شيئا معينًا والباقي بينهما فسد
٣٦٦	العبارات المختلفة في تعيين الربح
٣٦٧	لو شرط لغلامه أو لأجنبي حصة
٣٦٨	عبارات أخرى في تعيين الربح
٣٦٩	الاختلاف في نصيب العامل
٣٧٠	المضاربة في مرض الموت
٣٧٠	إذا ادعى العامل الخسارة أو التلف
٣٧١	العامل يملك حصته بظهور الربح

٣٧٤	أحكام المضاربة
٣٧٤	ضمان تلف المال وقبول قول العامل فيه
٣٧٥	إذا اشترى من يعتقد على المالك
٣٧٩	إذا كان المال لامرأة فاشترى زوجها
٣٨٠	إذا اشترى العامل أباه
٣٨٢	إذا فسخ المالك أو العامل أوهما
٣٨٥	لو مات المالك والمال عروض
٣٨٦	إذا قارض العامل غيره
٣٨٨	إذا أنكر العامل المضاربة وادعى التلف
٣٨٩	إذا تلف مال القراض أو بعضه
٣٩٠	إذا قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف وتفاضلا في النصف الآخر
٣٩١	إذا اشترى العامل عبدا فتلف الثمن قبل قبضه
٣٩٢	إذا نص قدر الربح فطلب أحدهما القسمة
٣٩٣	لا يصح أن يشتري المالك من مال القراض
٣٩٤	لا يشتري السيد من عبده القن دون المكاتب
٣٩٤	إذا دفع مالا قراضا وشرط أن يأخذ له بضاعة
٣٩٦	إذا كان مال القراض مائة فحسر عشرة و أخذ المالك عشرة ثم ربح في الباقي
٣٩٧	لا يصح أن يشتري العامل جارية يطأها
٣٩٧	إذا مات العامل وفي أمواله مال المضاربة

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الرابع

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

(١)

هوية الكتاب:

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع إسلام ج ٤.

تأليف: زين الدين بن علي العاملي " الشهيد الثاني " .

تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الإسلامية.

صف الحروف: مؤسسة المعارف الإسلامية.

الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ . ق.

المطبعة: حافظ

العدد: .. ٢٠٠٠ نسخة.

السعر: .. ٤١٠٠ ريال.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب - ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٣٢٠٠٩

(٤)

كتاب الرهن
والنظر فيه يستدعي فصولاً:
الأول
في الرهن
وهو وثيقة لدين المرتهن.

-
- (١) الصحاح ٥: ٢١٢٨، معجم مقاييس اللغة ٢: ٤٥٢.
(٢) المدثر: ٣٨.

(٧)

ويفتقر إلى الإيجاب والقبول، والإيجاب كل لفظ دل على الارتهان، كقوله: رهنتك، أو هذه وثيقة عندك، أو ما أدى هذا المعنى.

لفظي.

الثاني: تخصيص الوثيقة بالدين يرد على عكسه الرهن على الدرك، وعلى الأعيان المضمونة، كالمغصوب والمستعار مع الضمان، فإنها ليست ديناً. الثالث: أن إدخال المرتهن في التعريف يفضي إلى الدور، لأن المرتهن قابل الرهن، أو من له الرهن ونحوه، فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر. ويمكن دفع الأول بجعل " التاء " في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفية إلى الإسمية لا للتأنيث، كما في تاء الحقيقة والأكيلة والنطيحة، فيحصل المطابقة. والثاني ببنائه على عدم جواز الرهن على المذكورات، فإن فيه خلافاً، وليس في كلامه الآتي إشعار بحكمه نفيًا ولا إثباتًا، بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت إشعار بعدم صحة الرهن عليها. وعلى تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بأن الرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين. والثالث بإمكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن في مفهومه، بأن يقال: هو صاحب الدين، أو من له الوثيقة، ونحو ذلك.

وعرفه في الدروس بأنه " وثيقة للمدين يستوفي منه المال " (١). فسلم من بعض ما يرد هنا، ويزيد أنه صرح بجواز الرهن على الأعيان المضمونة، فذكر المدين ليس بجيد إلا بالتأويل.

قوله: " والإيجاب كل لفظ دل على الارتهان - إلى قوله - أو ما أدى هذا المعنى "

مما يؤدي المعنى " وثقتك "، و " هذا رهن عندك " . و " أرهنت " - بزيادة الهمزة - فإنه لغة قليلة فيه لا يبلغ شذوذها حد المنع، بل هي أوضح دلالة من كثير مما عدوه. وزاد في الدروس: " أنه لو قال: خذه على مالك أو بمالك، فهو رهن. ولو قال:

(١) الدروس: ٣٩٥

ولو عجز عن النطق كفت الإشارة. ولو كتب بيده والحال هذه،
وعرف ذلك من قصده، جاز.

أمسكه حتى أعطيك مالك، وأراد الرهن جاز. ولو أراد الوديعة أو أشبهه فليس
برهن " (١).

وقد استفيد من ذلك كله أن الرهن لا يختص بلفظ، ولا بلفظ الماضي، بل
كل ما دل على الرضاء بالرهن من الألفاظ كاف. والوجه فيه: أن الرهن ليس على حد
العقود اللازمة، لأنه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في
اللازم ترجيح من غير مرجح، خصوصاً مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكره
في العقد اللازم.

واستقرب في التذكرة عدم اشتراط اللفظ العربي (٢). ووافق في الدروس (٣).
وفي التذكرة: " الخلف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في
البيع بجملته آت هنا " وهو حسن. واعتبر في التذكرة (٤) مع ذلك كله وقوعه بلفظ
الماضي مع أنه أجاز " هذا رهن، أو وثيقة عندك " وليساً ماضيين، بل هما جملتان
إسميتان. ولو قيل: إنهما بمعناه أو أدل منه من حيث دلالة الإسمية على الثبوت، رد
بأنه شرط لفظ الماضي لا معناه، وبأن ذلك يستلزم جواز البيع بها، بأن يقول: هذا
مبيع لك بكذا، وهم لا يقولون به. والظاهر أنه احترز بالماضي عن المستقبل خاصة،
كما يشعر به قوله بعده بلا فصل: " فلو قال: أرهنك كذا أو أنا أقبل، لم يعتد به ".
وقد تقدم أن الشهيد - رحمه الله - أجاز بلفظ الأمر " خذ وامسكه ".
قوله: " ولو عجز عن النطق كفت الإشارة ".

يعتبر في الإشارة كونها مفهومة للمقصود، ولا تنحصر في عضو. ويفهم من قوله
بعد الكتابة: " وعرف ذلك من قصده " أنه لا يكفي الكتابة بمجردا. وهو كذلك،

(١) الدروس: ٣٩٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٢.

(٣) الدروس: ٣٩٥.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

والقبول هو الرضا بذلك الايجاب.
ويصح الارتهان سفرا وحضرا.

لعدم العلم بثبوت القصد إلى الرهن بها مجردة، لامكان العيب أو إرادة أمر آخر. ولا يرد مثله في الإشارة، لأننا اعتبرنا فيها أيضا إفهام المقصود. ولا يعتبر دفع إمكان غيره في الواقع، لاحتمال اللفظ الصريح له أيضا، بل الافهام للمقصود عرفا. وفي التذكرة اعتبر مع الكتابة الإشارة الدالة على الرضا (١). وهو كما هنا، إلا أن عبارة المصنف أشمل.

قوله: " والقبول هو الرضا بذلك الايجاب "

أشار ب " ذلك " إلى أنه لا ينحصر في لفظ. والقول فيه كما مر في الايجاب.

ويمكن أن تدل على أنه لا ينحصر في اللفظ أيضا، لامكان استفادة الرضا

بالفعل والإشارة ونحوهما، وإن لم يكف ذلك في الايجاب. والفرق أن الرهن لازم

من قبل الراهن، لأنه يتعلق بحق غيره، فيجوز أن يعتبر في حقه ما لا يعتبر في حق

المرتهن، حيث إنه من قبله جائز، لأنه يتعلق بحقه فيكفي فيه ما يكفي في العقود

الجائزة المحضنة. ولكن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي. وهو أجود.

والكلام في اعتبار المضي أو ما يقوم مقامه، وعدم الفصل بين الايجاب والقبول

بما يعتد به كما مر، إذ يمكن القول باعتبارهما، نظر إلى اللزوم بوجه، وعدمه التفاتا

إلى الجواز من قبل القابل

قوله: " ويصح الارتهان سفرا وحضرا "

نبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢)، حيث شرط في صحته السفر، نظرا

إلى ظاهر قوله تعالى: * (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة) * (٣)

فشرط

السفر، ومفهوم الشرط حجة. وأجيب بأنه مبني على الأغلب، فإن عدم الكاتب

عادة لا يكون إلا في السفر. ومثله قوله تعالى: * (وإن كنتم مرضى أو على سفر - إلى

(١) التذكرة ٢: ١٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

وهل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح.

قوله - فلم تجدوا ماء فتيمموا* (١) فإن عدم الماء يكون في السفر غالباً. مع أنه معارض باشتراطه بعدم الكاتب، مع أنه غير شرط بموافقة الخصم. وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله رهن درعه عند يهودي وهو حاضر بالمدينة (٢). قوله: " وهل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح "

اختلف أصحابنا في اشتراط القبض في الرهن، بمعنى كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبة في كونه كذلك بالنسبة إلى ملك المتهدب، وعدمه. فاختار المصنف وجماعة (٣) الاشتراط، استناداً إلى قوله تعالى: * (فرهان مقبوضة) * (٤) من حيث إنه تعالى أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقق المطلوب شرعاً بدونه، كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة، حيث قرنا بهما. وروى محمد بن قيس، عن الصادق عليه السلام: " لا رهن إلا مقبوضاً " (٥). ويضعف بأن دلالة الآية من حيث المفهوم الوصفي، وهو ضعيف. والرواية ضعيفة السند. والحق: أن وصف القبض في الآية للارشاد، كما يرشد إليه اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب، والاجماع على أن استدامة القبض ليست شرطاً، بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل به، فلا يتحقق الغاية المطلوبة منه. ويبقى مع نافي الاشتراط أصالة العدم - حيث لا دليل صالحاً عليه - وعمومات الأوامر الدالة على الوفاء بالعقد (٦).

(١) النساء: ٤٣

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

(٣) النهاية ٤٣١، المراسم: ١٩٢، الدروس: ٣٩٥.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٥) التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٩، الوسائل ١٣: ١٢٣ - ١٢٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الرهن

ح ١ و ٢ تفسير العياشي ١: ١٥٦ ح ٥٢٥. والرواية عن أبي جعفر عليه السلام.

(٦) المائة: ١

وربما استدل بالآية من حيث إنه أمر بالرهن المقبوض، فدل على تحقق الرهن بدون القبض، إذ لو لم يتحقق بدونه لم يحسن وصفه به، كما لا يحسن أن يقول: رهن مقبولة أو موجبة.

ويضعف بأن الصفة قد تكون كاشفة، كوصف التجارة بالتراضي، وبأن القائل باشتراط القبض لا يجعله شرطاً للصحة حتى لا يتحقق بدونه، بل للزوم، كما أشرنا إليه. ولا شبهة في أن العقد الجائز من الطرفين يطلق عليه اسمه بطريق الحقيقة، بخلاف ما هو شرط الصحة كالقبول، فإنه لا يتحقق بدونه. وقد ظهر بما حررناه قوة عدم الاشتراط.

بقي هنا بحث، وهو أن القائل باشتراط القبض لا يقول إن الرهن بدونه يقع باطلاً، بل هو صحيح عنده إلا أنه غير لازم، كما أشرنا إليه. قال في التذكرة: " ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحاً غير لازم، بل للراهن الامتناع من الاقباض، والتصرف فيه بالبيع وغيره لعدم لزومه " (١). فعلى هذا ينقسم الرهن الصحيح إلى لازم من طرف الراهن وجائز من الطرفين، وإطلاق الرهن إنما ينزل على الصحيح، ولا يقتضي أحد القيدتين إلا بأمر خارج.

ويشكل حينئذ فيما لو شرط الرهن في عقد لازم، فإن ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح أعم من اللازم، فينبغي أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وإن لم يلزم. وحينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك، لجوازه من طرفه، ولا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه. فينبغي التقييد في الاشتراط برهن مقبوض ونحوه. وفي الاكتفاء بدلالة القرائن عليه وجه. ويظهر من الشهيد (٢) - رحمه الله - أن الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم.

(١) التذكرة ٢: ٢٤

(٢) هكذا في النسخ ولعله اشتباه نشأ في النسخ من اشتراك الشهيد والشيخ في رمز " ش " فإن الشهيد صرح في الدروس: ٣٩٦ بعدم وجوب القبض حتى مع الشرط ولكن نسبة إلى الشيخ راجع المبسوط ٢: ١٩٨ وإن كان غير صريح أيضاً في ما هنا

ولو قبضه من غير إذن الراهن، لم ينعقد. وكذا لو أذن في قبضه،
ثم رجع قبل قبضه.
وكذا لو نطق بالعقد ثم جن، أو على أغمي عليه، أو مات
قبل القبض

وفي القواعد (١) استشكل في استحقاق المرتهن المطالبة به على القول
بلاشتراط. وللتوقف مجال، إذا لم تدل القرائن على إرادته. وعلى ما اخترناه من عدم
اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن بدونه، فلا يمكن فسحه. لكن في استحقاق
المرتهن الاقباض ما مر، ومن قال به ثم قال به هنا (٢).
واعلم أن اطلاق الشرط على القبض بطريق المجاز، فإن الشرط مقدم على
المشروط في الوجود، وهنا لا يعتبر تقدمه إجماعاً، فكونه جزء السبب أنسب.
قوله: " ولو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد ".
أي لم ينعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن. وليس المراد بالمنفي انعقاد
الرهن، لأنه منعقد بدون القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً، غايته أنه لا يلزم بدونه كما
مر. ويمكن أن يريد أنه لا ينعقد الرهن، بمعنى أنه لا يلزم بذلك، ويكون الانعقاد
كناية عن اللزوم. ويؤيده عطفه حكم المسألة الآتية على هذا الحكم، وإنما يتم مع
إرادة انعقاد الرهن. وهذا أظهر في مقصوده
قوله: " وكذا لو نطق بالعقد ثم جن، أو أغمي عليه، أو مات قبل
القبض ".

الضمير في الجميع يعود إلى الراهن. والمشبه به في السابق الحكم بعدم
الانعقاد. ولا معنى لكون الانعقاد المنفي هنا القبض، لأنه لم يحصل أصلاً، بل المراد
به الرهن كما أسلفناه.
ولا شبهة في كون عروض هذه الأشياء للراهن لا يقتضي انعقاد الرهن، بناء
على اشتراط القبض فيه، وإنما الكلام في أنه هل يبطل بذلك، بناء على أنه قبل
القبض عقد جائز، ومن شأن الجائز بطلانه بعروض هذه الأشياء، كالهبة قبل القبض،

(١) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

(٢) في " ه " ما قال به هنا

وبه قطع في القواعد (١) والدروس (٢)، أو لا يبطل بذلك، لأنه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا، بل هو آيل إلى اللزوم، كبيع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البائع زمنه، وبه قطع في التذكرة (٣)؟ فعلى الثاني يقوم الولي مقام الراهن في استحقاق الاقباض، لكن ولي المجنون يراعي مصلحته، فإن كان الحظ في الاقباض بأن يكون شرطا في بيع يتضرر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، وإن كان الحظ في تركه لم يجز له إقباضه.

وعبارة المصنف قاصرة عن إفادة أحد الحكمين، فإن ما حكم به من عدم الانعقاد لا يشتهبه أمره على أحد. ولو عرض ذلك للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو لم نقل به ثم، فينتقل القبض إلى وليه. ولو قلنا بالبطلان لو كان العروض للراهن فالأقوى أنه لا يبطل هنا. والفرق تعلق حق الورثة والديان بعد موت الراهن به، فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن، فإن الدين باق فيبقى وثيقة.

وفي الدروس (٤) وافق هنا على عدم البطلان، مع حكمه به في الراهن معولا على هذا الفرق. ويحتمل البطلان فيه أيضا، لما مر من كونه من العقود الجائزة قبل القبض. وعلى تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الاقباض، لأنه لم يلزم بعد، إلا أن يكون مشروطا في عقد لازم، فالأقوى وجوبه وإلزامه به، خلافا للشهيد (٥) والفاضل (٦)، فإن لم يتفق القبض إما لعدم إمكان إجباره عندنا، أو لعدم اختياره عندهما، تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط فيه. وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض (٧). وهذا البحث كله ساقط عند من لا يشترط القبض، للزومه قبله، فلا

(١) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

(٢) الدروس: ٣٩٦.

(٣) التذكرة ٢: ٢٦.

(٤) الدروس: ٣٩٦.

(٥) الدروس: ٣٩٦.

(٦) القواعد ١: ١٦٢.

(٧) في ج ٣: ٤٥٥ - ٤٥٦.

وليس استدامة القبض شرطا، فلو عاد إلى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة.
ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصبا، لتحقق القبض.

تؤثر فيه هذه العوارض منهما.

قوله: " وليس استدامة القبض شرطا - إلى قوله - لم يخرج عن الرهانة "

هذا عندنا موضع وفاق، نقل الاجماع عليه في التذكرة (١). نعم، خالف فيه جماعة (٢) من العامة، نظرا إلى الوصف المتقدم في الآية (٣). وعدم دلالتها على الاستمرار واضح.

قوله: " ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصبا، لتحقق القبض "

إذا اشترطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب، كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بعارية أو وديعة أو إجارة، لتحقق تمامية السبب، لأن استدامة القبض قبض حقيقة، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. وأما كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فلا دليل عليه، فيكتفى بالسابق والمقارن.
وهذا كله واضح في قبض مأذون فيه شرعا كما مثلنا، فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب والمستام والمشتري فاسدا، فقد أطلق المصنف والأكثر الاكتفاء به، لما تقدم من الدليل، إذ يصدق على الرهن أنه مقبوض، ولأننا إذا اشترطنا القبض في الرهن كان مستحقا على الراهن، فإذا كان في يد المرتهن وصل إلى حقه. وعلى تقدير كون القبض المذكور منهيًا عنه لا يقدر هنا، لأن النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد.

(١) التذكرة ٢: ٢٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٤٠١.

(٣) البقرة: ٢٨٣

وقيل بعدم الاكتفاء به، لأن القبض - على تقدير اشتراطه - ركن من أركان العقد من الجهة التي يعتبر لأجلها وهو اللزوم، ولهذا أوجبوا عليه الاقباض لو كان الرهن مشروطا عليه، وإذا وقع منهيًا عنه لا يعتد به شرعا. وإنما لا يقتضي النهي الفساد في مثل ذلك حيث يكمل أركان العقد، مع أنهم قطعوا بأنه لو قبض بدون إذن الراهن لم يعتد به. وقد تقدم (١) في كلام المصنف. فلو كان مطلق القبض كافيا لزم مثله في ذلك القبض المبتدأ بغير إذن، ويمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغة، وقد تقدم.

وقطع في التذكرة (٢) باشتراط الإذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض هنا. وهو متجه. بل ربما قيل باشتراطهما في المقبوض صحيحا أيضا، استنادا إلى أن القبض إنما يعتبر بعد الرهن، وهو لا يتم إلا بإذن. ثم الإذن في القبض يستدعي تحصيله، ومن ضروراته مضي زمان، فهو دال على القبض الفعلي بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام. ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي، لتعذر المطابقي. ويضعف بمنع افتقاره إلى القبض والإذن المقيدتين بعبدة الرهن، إذ لا دليل عليه، بل غايته الدلالة على الأعم، ومنع بقاء المعنى الالتزامي، لأن الزمان المدلول عليه التزاما من توابع القبض، ضرورة افتقار تحصيله مع عدمه إلى الزمان، فمع حصوله لا معنى لا اشتراط الزمان لتحصيله. بل التحقيق أن اعتبار الزمان من باب المقدمة، لأن المطلوب إنما هو الفعل، فحيث يتوقف عليها يثبت وإلا فلا، كالمثال المشهور في الأمر بسقي الماء، فإن كان على مسافة بعيدة دل بالمطابقة على السقي وبالالتزام أو الاقتضاء على قطع المسافة، وإن كان المأمور حاضرا عنده لم يفتقر إليه. وقد ظهر بذلك ضعف القول بالافتقار إليهما في المقبوض بإذن، وعدمه في

(١) راجع ص ١٣.

(٢) التذكرة ٢: ٢٥. وإنما ذكره بناء على اشتراط القبض، وهو لا يقول به

ولو رهن ما هو غائب، لم يصير رهنا، حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن ويقبضه.

ولو أقر الراهن بالاقباض، قضى عليه إذا لم يعلم كذبه.
ولو رجع لم يقبل رجوعه، وتسمع دعواه لو ادعى المواطاة على
الاشهاد، ويتوجه اليمين على المرتهن على الأشبه.

غيره. وحيث يفتقر الغاصب إلى تجديد الإذن في القبض فالضمان باق عليه إلى أن يتحقق ما يزيله. وسيأتي الكلام إن شاء الله في باب حكم الضمان (١).
قوله: " ولو رهن ما هو غائب - إلى قوله - ويقبضه ".

المراد أنه لا يصير رهنا لازما بدون ذلك، وإلا فقد تقدم (٢) أن أصل الرهن يتحقق بدون القبض، بناء على اشتراطه، غايته كونه عقدا جائزا.
واعتبار حضور المرتهن عنده أو من يقوم مقامه ظاهر إن كان الرهن منقولا، لأن المعتمد في قبضه نقله، أو اعتباره بالكيل أو الوزن إن كان مما يدخله ذلك، وأما لو كان غير منقول فإنه يكفي فيه التخلية. ثم إن لم يطلق عليه اسم القبض بها.
كما لو كان غائبا، فلا بد من وصول المرتهن أو وكيله إلى موضع الرهن، ليتصور قبضه عادة، لأن المعتمد في القبض كونه تحت يده، ومع البعد عادة يمتنع ذلك. والحاصل: أن القبض هنا كالقبض في البيع، فجميع ما تقدم فيه آت هنا. ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث

قوله: " ولو أقر الراهن بالاقباض قضى عليه إذا لم يعلم كذبه " .
كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته إياها، فإنه لا يلتفت إليه، لأنه محال عادة، بناء على ما سلف من اعتبار وصول المرتهن أو من يقوم مقامه إلى الرهن ويقبضه.

قوله: " ولو رجع لم يقبل رجوعه - إلى قوله - على الأشبه " .
أي لو رجع الراهن عن اقراره بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه، وحكم

(١) في ص: ٥٦ - ٥٨.

(٢) راجع ص ١١ - ١٢

ولا يجوز تسليم المشاع إلا برضا شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل، على الأشبه.

عليه به، ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه له على المرتهن اليمين. نعم، لو ادعى الغلط في إقراره، وأظهر تأويلا ممكنا - بأن قال: إني أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به، حيث يمكن في حقه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى كتاب كتبه إلي وكيلى فظهر مزورا، ونحو ذلك - سمعت دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقي، أو على نفي ما يدعيه الراهن، لأن الأصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع. واستقرب في التذكرة (١) توجه اليمين له على المرتهن وإن لم يظهر تأويلا، محتجا بأن الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقق ما فيها، فلا حاجة إلى تلفظه به. وأما دعوى المواطاة في الاشهاد إقامة لرسم الوثيقة - أي لى لأجل كتابتها والشهادة عليها، حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض - فالأقوى أنها مسموعة، بمعنى توجه اليمين بها أيضا على المرتهن بما تقدم، لجريان العادة بوقوع مثل ذلك. ويحتمل عدم السماع، لأنه مكذب لاقراره الأول. ولا يخفى أن سماع دعواه إنما يتم لو شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الاقباض وفعله لم تسمع دعواه، ولم يثبت على المرتهن اليمين. وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الاقرار لم يلتفت إليه، لأنه تكذيب للشهود. قوله: " ولا يجوز تسليم المشاع - إلى قوله - على الأشبه ". هذا يتم في المنقول، لاستلزامه التصرف في مال الغير، فلا يصح إلا بإذنه، أما ما يكفي فيه مجرد التحلية ففي اشتراط إذنه نظر، أقربه العدم، لأن الغرض مجرد رفع يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه، وهو لا يستدعي تصرفا في ملك الغير، وحينئذ فالقول بعدم التسوية أجود. وقد تقدم (٢) في البيع أيضا. ثم على تقدير عدم الجواز في الصورتين لو قبضه بدون إذن الشريك وفعّل

(١) التذكرة ٢: ٤٣.

(٢) راجع الجزء الثالث: ٢٤٠.

محرمًا هل يتم القبض؟ قيل: لا، للنهي (١)، كما لو قبضه وبدون إذن الراهن. وهو اختيار الشهيد (٢) رحمه الله. والأقوى تحققه، لأن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن في قبض حق الراهن، وكونه قبضا واحدا لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة. واختاره العلامة (٣) وجماعة (٤).

ولو اتفقا على جعل الشريك وكيلا في القبض جاز، فيعتبر سماع الشريك إذن الراهن في قبضه للرهن وإذن المرتهن فيه، وإن لم يأذن الراهن للمرتهن في توكيل الشريك.

(١) الوسائل ١٣: ١٧٨ - ١٧٩ ب " ٥ " من أبواب كتاب الشركة ح ١.

(٢) الدروس: ٣٩٦.

(٣) التذكرة ٢: ١٧.

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

الثاني
في شرائط الرهن
ومن شرطه أن يكون عينا مملوكا، يمكن قبضه، ويصح بيعه، سواء
كان مشاعا أو منفردا. فلو رهن دينا لم ينعقد.

قوله: " ومن شرطه أن يكون عينا مملوكا... الخ ".
هذه شرائط للرهن في الجملة، لكنها ليست على وتيرة واحدة، فإن المملوكية
شرط وقوعه لازما مع باقي الشرائط، وإلا فرهن ما لا يملك صحيح كما سيأتي،
ولكنه موقوف على إجازة المالك، وأما باقي الشرائط فهي شرط للصحة عنده.
قوله: " فلو رهن دينا لم ينعقد ".
بناء على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض، والدين لا يمكن قبضه، لأنه
أمر كلي لا وجود له في الخارج، مع احتمال جواز رهنه على هذا القول، كهبة ما في
الذمم، ويجتزأ بقبض ما يعينه المديون. ولو لم نشترط القبض فالمتجه جواز رهن
الدين، لوجود المقتضي - فإنه مال مملوك - إلى آخر ما يثبت اعتباره - وانتفاء المانع.
وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء المنع فيه على اشتراط القبض، فقال: " لا
يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه، لعدم تعيينه حالة
الرهن " (١). لكنه في القواعد (٢) جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض وعدم جواز رهن

(١) التذكرة ٢: ١٦

(٢) حكم بعدم جواز رهن الدين في ١: ١٥٨، وبعدم اشتراط القبض في ١: ١٦١، إلا أنه قال
فيه: ليس شرطا على رأي.

وكذا لو رهن منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد.
وفي رهن المدبر تردد، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدبيره.

الدين، فتعجب منه شيخنا الشهيد - رحمه الله - في الدروس (١). وتعجبه في موضعه،
خصوصا وقد صرح بأن المنع من رهنه مبني على اشتراط القبض.
واعتذر له المحقق الشيخ علي (٢) بأن عدم اشتراط القبض لا ينافي اشتراط كون
الرهن مما يقبض مثله، نظرا إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما
أرشدت إليه الآية الكريمة (٣)، فأحدهما غير الآخر.

وفيه: - مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض - منع
اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلا، إذ لا دليل عليه. والآية قد تقدم عدم
دالتها على اعتبار القبض، بل الارشاد إليه. والمعتذر - رحمه الله - قد بالغ في تحقيق
دالتها على ذلك، ومنع دلالتها على اعتبار القبض في محل (٤) البحث عنه. ولو سلم
اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له في فرد من أفراد
ماله. فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه. ولو فرض كونه
محتملا لما ذكر لا يدفع التعجب عند ضعف المأخذ.
قوله: " وكذا لو رهن منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد "

وذلك لأن المطلوب بالرهن - وهو التوثق على المال - لا يحصل بها، لأنها تستوفي
شيئا فشيئا، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله. والمطلوب من الرهن أنه متى تعذر
استيفاء الدين أستوفي من الرهن. والأمر على مختار المصنف من اشتراط القبض
واضح، لأن المنافع لا يصح إقباضها إلا باتلافها. ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع
وفاق.

قوله: " وفي رهن المدبر تردد، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدبيره " .
منشأ التردد: من أن التدبير من الصيغ الجائزة التي يصح الرجوع فيها

(١) الدروس: ٣٩٧.

(٢) جامع المقاصد ٥: ٤٩، وفي النسخة خطأ مطبعي إذ ورد فيها " والحكم بصحته لا ينافي اشتراط
كون الرهن مما لا يقبض مثله " والصحيح مما يقبض مثله.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٩٤.

أما لو صرح برهن خدمته مع بقاء التدبير، قيل: يصح، التفاتا إلى الرواية المتضمنة لجواز بيع خدمته، وقيل: لا، لتعذر بيع المنفعة منفردة، وهو أشبه. ولو رهن ما لا يملك لم يمض، ووقف على إجازة المالك. وكذا لو رهن ما يملك وما لا يملك، مضى في ملكه، ووقف في حصة الشريك على إجازته. ولو رهن المسلم خمرا لم يصح، ولو كان عند ذمي.

كالوصية فإذا تعقبه الرهن أبطله، كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة، لكون ذلك رجوعا عنه، لأن الغرض من العقود المملكة ملك من انتقل إليه ولا يتم إلا بالرجوع، ومن الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتدبير. وهو قول الأكثر. ومن أن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكه، فلا يتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن، بل بالتصرف فيه. وهو قول الشيخ (١) محتجا عليه بعدم الدليل على بطلان كل واحد منهما. وحينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه في الدين فيبطل. واستحسنه في الدروس (٢). وربما بني القولان على أن التدبير هل هو عتق بصفة، أو وصية بالعتق؟ فعلى الأول لا يبطل، لأن العتق لازم، وعلى الثاني يبطل.

وهذا البناء ضعيف عندنا، لاجتماعنا على جواز الرجوع في التدبير، فيكون وصية. وإنما بنى هذا البناء أصحاب الشافعي (٣). ومن قال منهم بأنه عتق بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه ومن قال منهم إنه وصية اختلفوا، فبعضهم جعله رجوعا لما ذكرناه، وبعضهم منعه أيضا.

قوله: "أما لو صرح برهن خدمته مع بقاء التدبير - إلى قوله - وهو أشبه".

هذه المسألة من جزئيات رهن المنافع، وقد تقدم (٤) عدم جواز رهنها. وإنما

(١) المبسوط: ٢: ٢١٣.

(٢) الدروس: ٣٩٨.

(٣) المهذب راجع المجموع ١٣: ٢٠١.

(٤) في ص ٢١.

ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصح أيضا، ولو وضعها على يد ذمي، على الأشبه.
ولو رهن أرض الخراج لم يصح، لأنها لم تتعين لواحد. نعم، يصح رهن ما بها من أبنية وآلات وشجر.
ولو رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير في الهواء، والسماك في الماء، لم يصح رهنه.

خص منافع المدبر بالذكر لما روي (١) من جواز بيع خدمته فيصح رهنها، لأن ما جاز بيعه جاز رهنه. والأقوى عدم الجواز.
قوله: " ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصح أيضا، ولو وضعها على يد ذمي على الأشبه "

جوز الشيخ في الخلاف (٢) رهن الذمي الخمر للمسلم إذا وضعها عند ذمي، لأن الحق في وفاء الدين للذمي، فيصح الرهن كما لو باعها ووفاء ثمنها، لأن الرهن لا يملك للمرتهن، وإنما يصير محبوسا عن تصرف الراهن. والأصح عدم الجواز، لأن يد الذمي الودعي كيد المسلم، وله تسلط على الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه، وهو هنا ممتنع.

قوله: " ولو رهن أرض الخراج لم يصح... الخ ".
أرض الخراج هي المفتوحة عنوة، والتي صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين، وضرب عليهم الخراج، وقد تقدم (٣) حكمها مرارا. والأصح جواز رهنها تبعا لآثار المتصرف من بناء وشجر ونحوهما، لا منفردة.
قوله: " ولو رهن ما لا يصح إقباضه كالطير في الهواء والسماك في الماء لم يصح "

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

(٢) الخلاف ٣: ٢٤٨ مسألة ٥٢ كتاب الرهن.

(٣) كما في ج ٣: ٥٦ و ١٦٨.

وكذا لو كان مما يصح إقباضه ولم يسلمه.
وكذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا وقيل: يصح
ويوضع على يد مسلم، وهو أولى.
ولو رهن وقفا لم يصح.

هذا على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض واضح، ومع ذلك ينبغي تقييد
الطير بما لا يوثق بعوده عادة، والسّمك بكونه في ماء غير محصور بحيث يتعذر قبضه
عادة، وإلا صح. وقد تقدم في البيع نظيره. ولو لم يشترط القبض أمكن القول
بالصحة مطلقا، لعدم المانع. وتخيل تعذر استيفاء الحق من ثمنه - لعدم صحة بيعه
- يندفع بإمكان الصلح عليه. وكلية " ما صح بيعه صح رهنه " ليست منعكسة كليا،
عكسا لغويا. وقد تقدم مثله في الدين.
قوله: " وكذا لو رهن ما يصح إقباضه ولم يسلمه ".
هذا إنما يتم لو كان القبض شرطا للصحة، وقد تقدم (١) أنه شرط للزوم
خاصة. وقد صرح به في التذكرة (٢). ويمكن أن يكون المصنف تجوز هنا في إطلاق
عدم الصحة على عدم اللزوم أو التمام.
قوله: " وكذا لو رهن عند الكافر - إلى قوله - وهو أولى ".
وجه المنع: أن ارتهانه له يقتضي الاستيلاء عليه على بعض؟ الوجوه ببيع ونحوه،
وإن كان في يد غيره، وهو سبيل عليه منفي بالآية (٣). وما اختار المصنف حسن،
لمنع تحقق السبيل بذلك، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلا
ببيع المالك أو من يأمره بذلك. ومع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع ويوفيه. ومثل
هذا لا يعد سبيلا، لأن مثله يتحقق وإن لم يكن هناك رهن.
قوله: " ولو رهن وقفا لم يصح ".
لعدم إمكان استيفاء الدين منه، إذ لا يجوز بيعه. وعلى تقدير جوازه على

(١) في ص ١١.

(٢) التذكرة ٢: ٢٤.

(٣) النساء: ١٤١.

ويصح الرهن في زمان الخيار، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه.
ويصح رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة، والجاني خطأ، وفي العمد تردد. والأشبه الجواز.

بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وفقا، فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا. نعم، لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه. قوله: " ويصح الرهن في زمن الخيار - إلى قوله - على الأشبه ". مقتضى التعليل أن الراهن هو المشتري، بناء على انتقال الملك إليه وإن كان ثم خيار، خلافا للشيخ (١) - رحمه الله - حيث حكم بعدم انتقال الملك إليه لو كان الخيار للبائع أو لهما. ويشكل حينئذ جواز رهن المشتري في صورتين وإن قلنا بملكه، لما فيه من التعرض لابطال حق البائع. ومثله بيعه وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك. وتحرير المسألة يحتاج إلى التطويل.
نعم، لو كان الخيار له خاصة فلا إشكال، ويكون الرهن مبطلا للخيار. وكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما، ويكون فسحا للبيع. قوله: " ويصح رهن المرتد ولو كان عن فطرة ".
الصحة في غير الفطري وفي الأثني واضحة، لقبول توبته، فماليته باقية فيه، أما الفطري فيشكل فيه الصحة، لأنه لا تقبل توبته، ويجب إتلافه شرعا، فتنتفي غاية الرهن، وهي التوثق. ووجه الجواز: جواز بيعه وبقاء ماليته حالة الرهن. وتعرضه للاتلاف لا يصلح للمنع، كرهن المريض المدنف. وهو أجود. قوله: " والجاني خطأ، وفي العمد تردد. والأشبه الجواز ".
منشأ التردد في العمد من استحقاقه القتل، فهو في حكم التالف، كما مر، ومن بقاء المالية بالفعل، ولجواز العفو. والأقوى الجواز، كما يصح بيعه، وقد تقدم. ثم إن قتله بطل الرهن، وإن فداه مولاه أو عفى الولي بقي رهنا.

(١) المبسوط ٢: ٢١١.

ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه جاز، وإلا بطل، وقيل: يصح ويجبر مالكة على بيعه.

وأما في الخطأ فالمالية باقية من حيث عدم جواز القتل، لكن معرضة للزوال، باسترقاق المجني عليه له أو بقدر الجناية منه، لو لم يفده المولى، لأن حقه مقدم على المرتهن، فإن استرقه أو بعضه بطل الرهن في ذلك أيضا.

ويفهم من العبارة أن جواز رهن الجاني خطأ لا خلاف فيه، مع أن الشيخ (١) منع من رهنه أيضا، محتجا بتعلق الأرش برقبته. وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاما بالفداء وجهان، تقدم في مثلهما في البيع (٢).

قوله: "ولو رهن ما يسرع إليه الفساد - إلى قوله - على بيعه".

القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ (٣) - رحمه الله - لعدم جواز بيعه بدون إذنه، وفوات المالية بدونه، فهو في قوة التالف.

وشمل قوله: "وإلا بطل" ما لو شرط عدم البيع، وما لو أطلق. ووجه البطلان في الأول واضح، لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، فيبطل وأما مع الاطلاق فيبعد البطلان، لأنه حين الرهن مال مملوك يمكن بيعه، فلا مانع من رهنه، فإذا خيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع أجبره الحاكم، جمعا بين الحقيين. ويحتمل في صورة شرط عدم البيع ذلك أيضا، بتقريب ما تقدم. وشرط عدم البيع لا يمنع صحة الرهن، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك، صيانة للمال.

واحترز المصنف بقوله: "قبل الأجل" عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله، بحيث يمكن بيعه قبله، فإنه لا يمنع. وكذا لو كان الدين حالا، لامكان حصول المقصود منه.

ولو ترك المرتهن السعي في بيع ما يفسد - حيث صح رهنه - بمراجعة المالك أو

(١) المبسوط ٢: ٢١٣.

(٢) في ج ٣: ١٧١.

(٣) المبسوط: ٢: ٢١٦.

الثالث

في الحق

وهو كل دين ثابت في الذمة، كالقرض، وضمن المبيع. ولا يصح فيما لم يحصل سبب وجوبه، كالرهن على ما يستدينه، وعلى ثمن ما يشتريه.

قوله: " وهو كل دين ثابت في الذمة "

المراد بالثابت في الذمة المستحق فيها، وإن لم يكن ثبوته مستقرا، كالثمن في مدة الخيار. واحترز بالدين على العين، فلا يصح الرهن عليها، سواء كانت أمانة في يده، كالوديعة والعارية غير المضمونة، أم كانت مضمونة، كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع الضمان. وعدم جواز الرهن على الأول موضع وفاق، وإن احتمل طرو الضمان بالتعدي. وأما الثاني فقد أطلق المصنف وجماعة المنع، استنادا إلى أن مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن، وفي الأعيان يمتنع ذلك، لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر.

ويضعف بأن الأمر ليس منحصرا في الاستيفاء عند وجود العين، بل يمكن التوثق بالرهن بأخذ عوضها عند تلفها. ولا يرد مثله في الأعيان التي ليست مضمونة، حيث يحتمل تجدد سبب الضمان، لعدم كونها عند الرهن مضمونة، فإن الرهن إنما يصح عند وجود سبب الضمان، إما بدين، أو ما في حكمه كالعين المضمونة، بخلاف ما يمكن تجدد سببه، فإنه كما سيتجدد من الدين. وإطلاق الأدلة الدالة على جواز الرهن على الحقوق يتناول محل النزاع. نعم، الآية الشريفة (١) المنبهة على الرهن

(١) البقرة: ٢٨٣.

ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت، كالدية قبل استقرار الجناية. ويجوز على قسط كل حول بعد حلوله.

متعلقها الدين، إلا أنها لا تمنع من غيره إلا من باب المفهوم الضعيف. وهذا قوي. وهل يلحق بالأعيان المضمونة رهن المبيع وثمانه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما ونحوه، ونقصان قدرهما كيلا أو وزنا؟ قيل: نعم، اختاره الشهيد (١) - رحمه الله - وجماعة (٢)، لتحقق الفائدة وهي التوثق والارتفاق، وقيل: لا، لعدم وجود المقتضي الآن، وما يتجدد يكون كما يتجدد في الأمانات السابقة، مع الاجماع على عدم جواز الرهن عليها.

ويمكن الفرق بأن ما يتجدد من الأسباب الموجبة للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد، كما هو واضح في نقصان المقدار واستحقاق العين، فيكون عند الرهن مضمونا في نفس الأمر على تقدير الحاجة إليه، بخلاف الأمانات فإن سبب الضمان متجدد ظاهرا وفي نفس الأمر، فلا يتحقق المقتضي حين العقد. وحيث جوزنا الرهن على الأعيان المضمونة فمعناه الاستيفاء منه إذا تلفت أو نقصت أو تعذر الرد، وإلا فلا. وقد تقدمت الإشارة إليه. قوله: " كالدية قبل استقرار الجناية "

أي قبل انتهائها إلى الحد الذي يوجب الدية، وإن علم أنها تأتي على النفس، لعدم ثبوت ذلك حين الرهن. وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره، بل هو في الحقيقة ليس بثابت حينئذ، لأن الشارع لم يرتب لها حكما إلى أن يستقر.

ثم إن كانت حالة أو لازمة للجاني كشيبه العمد، جاز الرهن عليها حالة ومؤجلة. وإن كانت مؤجلة على العاقلة كالخطأ، لم يصح الرهن عليها إلى أن تحل، لأن المستحق عليه هنا غير مضبوط، لأن المعتمد ثم بمن وجد منها عند الحلول جامعا

(١) الدروس: ٤٠٢.

(٢) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢: ٤٥، والعلامة في التحرير: ٢٠٥، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٨٩.

وكذا الجعالة قبل الرد، ويجوز بعده.
وكذا مال الكتابة. ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه. ويطل الرهن
عند فسخ الكتابة المشروطة.

للشروط، بخلاف الدين المؤجل. ومنه الدية على غير العاقلة، لاستقرار الحق على
مستحق عليه معين.

وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وإن لم تستقر هي،
كقطع ما يوجب الدية، فإن غايته الموت ولا يوجب أكثر منها، بخلاف ما دون ذلك.
وليس ببعيد.

قوله: " وكذا الجعالة قبل الرد "

أي لا يصح الرهن على مالها، لعدم استحقاق المجعل له المال قبل تمام
العمل وإن شرع فيه، كما سيأتي في بابه إن شاء الله. واختار في التذكرة (١) جوازه بعد
الشروع وقبل الاتمام، لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار.
وفيه نظر، لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء الآن وإن عمل أكثره. والفرق

بينها وبين البيع في زمن الخيار واضح، لأن البيع متى أبقى على حاله انقضت مدة
الخيار وثبت له اللزوم، والأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة، فإن العمل فيها
لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء، والأصل عدم الاكمال.

قوله: " وكذا مال الكتابة. ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه "

الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة إجماعاً، فيجوز الرهن على مالها بغير
خلاف. وإن كانت مشروطة فعند الشيخ - رحمه الله - (٢) وجماعة (٣) أنها جائزة من
قبل

العبد، فيجوز له تعجيز نفسه، فلا يصح الرهن على مالها، لانتهاء فائدة الرهن وهي
التوثق، إذ للعبد إسقاط المال متى شاء، ولأنه لا يمكن استيفاء الدين من الرهن،

(١) التذكرة ٢: ٢٤.

(٢) المبسوط ٢: ١٩٧.

(٣) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢: ٤٤، وابن إدريس في السرائر ٢: ٤١٧، ويحيى بن سعيد
في الجامع: ٢٨٧.

ولا يصح على ما لا يمكن استيفأؤه من الرهن، كإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته. ويصح فيما هو ثابت في الذمة، كالعمل المطلق. ولو رهن على مال رهنا، ثم استدان آخر، وجعل ذلك الرهن عليهما، جاز.

لأنه لو عجز صار الرهن للسيد، لأنه من جملة مال المكاتب. والأقوى المشهور من لزومها مطلقا كالمطلقة، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فتتحقق الفائدة (١)، ويصح الرهن على مالها. ولو قلنا بجوازها لا يمتنع الرهن، كالثمن في مدة الخيار. وعلى ما قررناه فإطلاق المصنف حكاية المنع أولا ثم حكمه بالجواز مطلقا ثانيا غير جيد. قوله: " ولا يصح على ما لا يمكن استيفأؤه - إلى قوله - كالعمل المطلق ".

لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدين منه مع تعذر الوفاء، أو لا معه، لم يصح الرهن على الحق المتعلق بعين مخصوصة، كما لو آجره نفسه شهرا معيناً، أو داره كذلك، أو دابته المعينة لحمل معين، ونحو ذلك، لأن تلك المنفعة لا يمكن استيفأؤها إلا من العين المخصوصة، حتى لو تعذر الاستيفاء منها لموت أو خراب ونحوهما بطلت الإجارة، بخلاف الإجارة المتعلقة بالذمة، كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو بغيره، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق، ومن أي عين كان، فيصح الرهن عليها، لا مكان استيفائها منه. قوله: " ولو رهن على مال رهنا، ثم استدان آخر، وجعل ذلك الرهن عليهما جاز ".

لعدم المانع منه مع وجود المقتضي، فإن التوثق بشئ لشيء آخر لا ينافي التوثق لآخر به، خصوصا مع زيادة قيمته على الأول. ولا يشترط فسخ الرهن الأول ثم

(١) كذا في النسخ. ولعل الصحيح إسقاط " من " من العبارة أو تكون الجملة " على الأقوى المشهور " وتحذف الفاء من " فتتحقق ".

الرابع في الرهن

ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف، ولا ينعقد مع الاكراه.
ويجوز لولي الطفل رهن ماله، إذا افتقر إلى الاستدانة، مع مراعاة
المصلحة، كأن يستهدم عقاره فيروم ربه، أو يكون له أموال يحتاج إلى
الانفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله،
إذا كان استبقاؤها أعود.

قوله: " ولا ينعقد مع الاكراه " .

أي لا ينعقد انعقادا تاما على حد ما يقع من المختار، لا أنه يقع باطلا، لأنه
لو أجازته بعد ذلك مختارا صح؟ فهو كعقد الفضولي، لا كعقد غير كامل العقل،
كالصبي والمجنون، حيث لا يقع وإن أجازاه بعد الكمال. ومن ثم فصله عنه بقوله:
" ولا ينعقد " بعد قوله " يشترط " تنبيها على اختلاف الحكم باختلاف العبارة. ولا
يخفى أن ذلك كله في غير الاكراه الراجع للقصد، فإن عبارته حينئذ تصير كعبارة غير
الكامل. وقد سبق تحقيق ذلك كله في البيع (١).

قوله: " ويجوز لولي الطفل رهن ماله... الخ " .

ضابط جواز الرهن حيث تكون الاستدانة له أولى من بيع شيء من ماله
بحسب نظر الولي، ويتوقف على الرهن. وكذا يجوز ذلك حيث يجوز البيع ولم يمكن.
وحيث يجوز الرهن يجب كونه في يد أمين يجوز إيداعه منه. ولا فرق بين الأولياء في
ذلك. نبه عليه في التذكرة (٢). وهذا الحكم ما لا خلاف فيه عندنا، وإنما خالف فيه

(١) في ج ٣: ١٥٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٤.

الخامس
في المرتهن
ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف،
ويجوز لولي اليتيم أخذ
الرهن له.
ولا يجوز أن يسلف ماله، إلا مع ظهور الغبطة له، كأن يبيع بزيادة
عن الثمن إلى أجل.

بعض الشافعية، فمنع من رهن ماله مطلقا.
قوله: " ويجوز لولي اليتيم أخذ الرهن له ".
يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاص، فلا يجب، لأصالة العدم، خصوصا إذا
كان الدين في ذمة ملي أو ثقة، ولجواز إبطاع ماله ولا يتصور فيه الرهن. والأولى أن
يراد به معناه الأعم، فيشمل الوجوب، وهو المراد هنا. وبه قطع في التذكرة، فإنه
قال: ولو كان المشتري موسرا لم يكتف الولي به، بل لا بد من الارتهان بالثمن. قال:
ولو لم يحصل، أو حسن الظن بيساره وأمانته، أمكن البيع نسيئة بغير رهن، كما يجوز
إبطاع مال الطفل: إنتهى (١).
وحيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساويا للحق أو زائدا عليه، ليتمكن استيفاءه
منه، وكونه بيد الولي أو يد عدل ليتم التوثق، والاشهاد عليه. ولو أخل ببعض هذه
ضمن.
قوله: " ولا يجوز أن يسلف ماله إلا مع ظهور الغبطة ".
وحيث يجوز يجب كون المديون ثقة مليا، ويرتهن على الحق ما يفي بقيمته.
كل ذلك مع الامكان.

(١) التذكرة ٢: ١٤.

ولا يجوز له إقراض ماله إذ لا غبطة فيه. نعم، لو خشى على المال من غرق أو حرق أو نهب وما شاكله، جاز إقراضه وأخذ الرهن. ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً.

قوله: " ولا يجوز له إقراض ماله - إلى قوله - وأخذ الرهن ".
المراد إقراضه من غيره، فإن ذلك غير جائز إلا مع مصلحة الطفل، كخوف تلف المال، فيقرضه من الثقة الملية، ويرهن عليه ويشهد، كما مر.
وأما إقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك، لأنه تصرف في مال اليتيم، وهو مشروط بالمصلحة. ويحتمل جواز إقراضه مع عدم الضرر على الطفل، وإن لم يكن له مصلحة، لاطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولي يتيماً فاستقرض منه، فقال: " إن علي بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك " (١) والرواية - مع تسليم سندها - مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة. وفي التذكرة (٢) شرط في جواز إقراضه الولاية والملاءة ومصلحة الطفل، واحتج عليه بالرواية المذكورة.
ومن مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه، بتسويس الحنطة وشبهها، فيقرضها من الثقة الملية - مع الامكان - بالرهن، ليؤمن جحوده وتعذر الايفاء.
قوله: " ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً ".
أي تعذر الرهن. وظاهره وجوبه حينئذ، لشرطه تعذره في إقراضه الثقة، فيؤيد كون الجواز بمعناه الأعم. ومقتضى العبارة أن مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة ولا ملياً، لانضباط الدين بالرهن. وفي التذكرة (٣) اعتبار الرهن والملاءة والثقة جميعاً مع الامكان، وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.
وبقي فيها وفي العبارة ما لو تعذر الثقة أيضاً، فظاهرهما عدم جواز الإقراض

(١) الكافي ٥: ١٣٢ ح ٨، التهذيب ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣، الوسائل ١٢: ١٩٢ ب " ٧٦ " من أبواب ما يكتسب به ح ١. وفي المصادر: ولي مال يتيماً.

(٢) التذكرة ٢: ٨١.

(٣) التذكرة ٢: ٨١ - ٨٢.

وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدل معين، لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة، على تردد.

حينئذ. ويشكل حيث يؤدي تركه إلى تلف المال، فإنه لا يزيد على أكل المقترض له، بل الظاهر أن المقترض كذلك أولى، لامكان حصوله منه، بخلاف ما لو ترك. وعلى تقدير تحقق عدم الوفاء وتحقق التلف بدونه يمكن أولوية إقراضه، لثبوته في ذمته، فيحتمل تخلصه أو وارثه منه، أو أخذه منه في الآخرة، بخلاف التلف من الله، إلا أن يثبت العوض عليه تعالى، فقد يحتمل ترجيحه، لأنه أكثر.

والمراد بقول المصنف: " من الثقة غالباً " الثقة في ظاهر الحال، بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، ولا يشترط العلم بذلك، لتعذره، فعبر عن الظاهر بالغالب، نظراً إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة، لا أن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل من أحواله، فإن ذلك غير كاف. والظاهر أن المراد بالثقة في هذا ونظائره العدل، لأن ذلك هو المعتبر شرعاً، مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية، فإنها أعم من الشرعية، على ما يظهر الآن من عرف الناس. قوله: " وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد - إلى قوله - على تردد ".

إطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلاً في البيع، لكن يجوز اشتراط كونه وكيلاً في عقد الرهن، لأنه من الشروط السائغة. وكذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده، والوصية إليهما بذلك بعد الموت. وكذا يجوز اشتراطها لغيره وغير وارثه. فإذا شرط ذلك فهل للراهن فسخها بعده؟ قولان، أحدهما الجواز، إما لأن الوكالة من العقود الجائزة، ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ. أو لأن الشروط لا يجب الوفاء بها وإن كانت في عقد لازم، بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه إن كان، كما مر. أو لأن لزوم الشرط إنما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع، والرهن ليس كذلك، فإن ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجح.

ويضعف الأول: بأن جواز الوكالة بحسب أصلها لا ينافي لزومها بسبب عارض، كشرطها في عقد لازم، وهو هنا كذلك. والثاني: بمنع عدم وجوب الوفاء بالشروط في العقود اللازمة، وقد تقدم، مع

وتبطل مع موته، دون الرهانة.
ولو مات المرتهن، لم تنقل إلى الوارث، إلا أن يشترطه. وكذا إن كان
الوكيل غيره.
ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، حتى يعلم
بعينه.

أن الوكالة هنا مما العقد المشروط فيه كاف في تحققها، فلا يحتاج بعده إلى صيغة أخرى
لها، لأن الغرض منها مجرد الإذن بأي لفظ اتفق. وقد تقدم أيضا أن ما العقد كاف
في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول، فحيث يكون لازما يلزم وإن قلنا بعدم
وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحققه.
والثالث: بأن عقد الرهن لما كان من طرف الراهن لازما كان ما يلتزمه الراهن
لازما من قبله، عملا بمقتضى اللزوم، والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم.
ولما كان من طرف المرتهن جائزا كان ما يلتزمه كذلك، فيجوز له فسخ الوكالة. وهو
واضح، لأنها حقه، فيجوز له تركه.
وأما فسخ العقد المشروط فيه فإنه لا يتوجه هنا، لأن فسخ المرتهن للرهن يزيده
ضررا. نعم، لو كان مشروطا في بيع مثلا توجه فسخه، إلا أن المقصود هنا شرطها
في عقد الرهن خاصة.
قوله: " وتبطل مع موته دون الرهانة ".
أي تبطل الوكالة المشروطة له أو لغيره بموت المشروط له، لا لكون الوكالة من
العقود الجائزة، ومن شأنها أن تبطل بالموت، بل لأن الوكالة إذن في التصرف،
فيقتصر فيها على من أذن له، فإذا مات بطلت من هذا الوجه، كما تبطل العقود
اللازمة - كالإجارة - بموت من شرط عليه العمل بنفسه.
وأما الرهن فلا يبطل، لأنه وثيقة على الدين، فما دام الدين باقيا يبقى الرهن،
ولا يقتضي إذنا بمجرد في التصرف، كما مر. فعلى هذا تنتقل الرهانة إلى الوارث لو
كان الميت المرتهن والوكالة له، دون الوكالة، إلا مع شرطها للوارث، كما مر.
قوله: " ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم
بعينه ".

المراد أن الرهن لم يعلم كونه موجودا في التركة ولا معدوما، فحينئذ يكون كسبيل مال المرتهن، أي بحكم ماله، بمعنى أنه لا يحكم للراهن في التركة بشئ، عملا بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، وأصالة براءة ذمته من حق الراهن، إذ الرهن لم يتعلق بذمته، لأنه أمانة، ولا بماله، لأصالة بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق أحد فيه شيئا. هذا بحسب الظاهر، وإن كان في نفس الأمر يمكن كونه من جملة التركة.

وقوله: " حتى يعلم بعينه " " المراد به أن الحكم المذكور ثابت إلى أن يعلم وجود الرهن في التركة يقينا، سواء علم معيناً، أو مشتبهاً في جملة التركة، وإن كان ظاهر العبارة يؤذن بخلاف ذلك، وأن الرهن إذا لم يعلم في التركة متعينا متميزا فهو كسبيل ماله. وليس بمراد قطعها، إذ لا فرق في ثبوت حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا في مال آخر، أو متيقنا وإن كان مجهول العين. وطريق التخلص حينئذ الصلح.

واعلم أن المصنف وغيره ذكروا هذه المسألة (١) هنا جازمين بحكمهما على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متحدة، وذكروا نظيرها في باب الوديعة وباب القراض (٢)، واستشكلوا حكمها. والأمر فيه كذلك، فإن أصالة براءة ذمة المرتهن معارضة بأصالة بقاء المال، والحال أنه في يد المرتهن، وقد قال - صلى الله عليه وآله - : " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٣)، فإذا مات ولم يعلم بعينه فأصالة بقاءه وثبوت يده يقتضي كونه في يده، فإذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاءه، وإن لم يتحقق كونه من جملة التركة، لاحتمال كونه في محل آخر، إلا أن على المرتهن التخلص منه، وحيث لم يتعين يكون مضمونا، خصوصا إذا أمكنه الوصاية والاشهاد فلم يفعل.

وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود، فيقدم بقدره على غيره من الديان، لأنه بمنزلة الشريك، حيث حكم ببقاء ماله. ويحتمل كونه بمنزلة الديان،

(١) راجع القواعد ١: ١٦٤، ١٩١، ٢٥١.

(٢) راجع القواعد ١: ١٦٤، ١٩١، ٢٥١.

(٣) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤ ح ١٠٦، المستدرک ١٤: ٨ ذيل ح ١٢، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن.
والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره
من الغرماء، سواء كان الراهن حيا أو ميتا على الأشهر. ولو أعوز ضرب
مع الغرماء بالفاضل.

لعدم العلم ببقاء عين المال، وأصالة بقاءه بحسب الظاهر، فيكون بمنزلة الدين (١).
ويمكن أن يقال على أصل هذا الاشكال: لا تعارض بين الأصليين السابقين،
فإن أصالة بقاء المال يمكن أن يجامع أصالة البراءة، لأن المال بيد المرتهن غير مضمون
بل هو أمانة، ثم يمكن تلفه بغير تفريط، فلا يكون مضمونا. وحديث " على اليد ما
أخذت حتى تؤدي " لا بد من تخصيصه بالأمانات، ولم يعلم هنا ما يزيل الأمانة،
فيبقى أصالة براءة الذمة رافعة لاستحقاق الراهن عن المال والذمة، لعدم التعارض،
فيتم ما أطلقوه حيث يشتهه الحال. وهذا البحث جار في كل أمانة يمكن تلفها قبل
الموت بغير تفريط.

قوله: " ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن ".
موضع الشبهة الموجبة لذكر المسألة ما لو كان وكيلا في البيع، فإنه حينئذ يجوز
له أن يبيعه من نفسه، ويتولى طرفي العقد، لأن الغرض وهو البيع بثمن المثل
حاصل، وخصوصية المشتري ملغاة، حيث لم يتعرض لها. وربما قيل بالمنع، لأن
ظاهر الوكالة لا يتناوله. والأقوى الجواز كما في كل وكالة. وكذا يجوز له أن يبيع على
ولده بطريق أولى. ومنع ابن الجنييد من بيعه على نفسه وولده وشريكه ومن يجري
مجراهما (٢)، لتطرق التهمة.

قوله: " والمرتهن أحق باستيفاء دينه - إلى قوله - على الأشهر ".
يتحقق التعارض في الحي إذا كان مفلسا محجورا عليه، إذ بدونه يتخير في
الوفاء. والخلاف في تقديم المرتهن على غرماء الميت، فقد روي (٣) أنه حينئذ وغيره
سواء. والأقوى تقديمه مطلقا، لسبق تعلق حقه بالعين.

(١) في " ه " : الديان.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٢.

(٣) الوسائل ١٣: ١٣٩ " ب " ١٩ من أبواب الرهن ح ١، ٢.

والرهن أمانة في يده لا يضمنه لو تلف، ولا يسقط به شيء من حقه ما لم يتلف بتفريطه.

ولو تصرف فيه بركوب أو سكنى أو إجازة ضمن ولزمته الأجرة. وإن كان للرهن مؤنة كالدابة أنفق عليها وتقاصا، وقيل: إذا أنفق عليها كان له ركوبها، أو يرجع على الراهن بما أنفق،

قوله: " والرهن أمانة - إلى قوله - بتفريطه " .

هذا هو المشهور، بل ادعى عليه الشيخ الاجماع (١). وقد روي أنه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيمته وبين الدين. (٢) وهو متروك. وعليه نبه المصنف بقوله: " ولا يسقط من حقه شيء " وإلا فلولا الرواية لم يصح إطلاق سقوط شيء من حقه وإن حكم بضمان الرهن، لأن الدين قد لا يكون من جنس ما يضمن به التالف، فلا يسقط من الحق شيء، وإن كان التالف مضمونا، لاختلاف الحقيين. قوله: " ولو تصرف فيه - إلى قوله - ولزمه الأجرة " .

ضمان الأجرة في الأولين واضح، لأنه انتفاع بمال الغير بغير إذنه، فيضمن أجرته. وأما ضمان الأجرة بالإجازة فإنما يتم مع مضي مدة تقابلها أجرة عادة، لا بمجرد عقد الإجازة، كما يقتضيه ظاهر العبارة، وإن كان ذلك يعد تعديا، إلا أن الأجرة لا تترتب عليه إلا بمضي مدة يحتملها، كما لا يخفى. ثم على تقدير ضمان الأجرة في الثلاثة تختلف كيفية الضمان، فإن المضمون في الأولين أجرة المثل، وأما الثالث فإذا مضت مدة الإجازة، أو ما يقابل بأجرة، فإن الراهن يتخير بين فسخ الإجازة والرجوع بأجرة المثل، وبين الإجازة، فيرجع بالمسمى.

قوله: " وإن كان للرهن مؤنة - إلى قوله - أو يرجع على الراهن بما أنفق " .

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

(٢) انظر الوسائل ١٣: ١٢٥ ب " ٥ " من أبواب أحكام الرهن.

ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه. أما لو اعترف بالرهن وادعى ديناً، لم يحكم له، وكلف البيعة، وله إخلاف الوارث إن ادعى عليه العلم.

القول للشيخ (١) - رحمه الله - استناداً إلى رواية أبي ولاد (٢). والمشهور أنه ليس للمرتهن التصرف في الرهن مطلقاً إلا بإذن الراهن، فإن تصرف لزمته الأجرة فيما له أجرة، والمثل أو القيمة فيما يضمن كذلك، كاللبن. وأما النفقة فإن أمره الراهن بها رجع بما غرم، وإلا استأذنه، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع، وأشهد عليه، ليثبت له استحقاقه، فإن تصرف مع ذلك في شيء مما ذكر سابقاً ضمنه مع الإثم، وتقاصاً، ورجع ذو الفضل بفضله. وهذا هو الأقوى. والرواية محمولة على الإذن في التصرف والانفاق مع تساوي الحقين. وربما قيل بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استيذانه واستيذان الحاكم. واستحسنه في الدروس (٣). وفي الرواية دلالة عليه. قوله: " ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه " .

المراد أنه لم يكن وكيلاً في البيع، إما لعدمها ابتداءً، وإما لبطلانها بموت الراهن كما مر، فإنه حينئذ يجوز له أن يبيع بنفسه ويستوفي إن خاف جحود الوارث للدين. والمراد الخوف المستند إلى القرائن المثمرة للظن الغالب. وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضاً، ولم يكن وكيلاً. كل ذلك مع عدم البيعة المقبولة عند الحاكم، وإلا لم يجز، بل يثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع. وربما ألحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين، فيجوز الاستبداد بالبيع دفعاً له. وليس بمعتمد.

(١) النهاية: ٤٣٥.

(٢) الكافي ٥: ٢٣٦ ح ١٦، الفقيه ٣: ١٩٦ ح ٨٨٩، التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٨، الوسائل

١٣: ١٣٤ ب " ١٢ " من أبواب أحكام الرهن ح ١.

(٣) الدروس: ٣٩٩.

ولو وطئ المرتهن الأمة مكرها كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر، وقيل: عليه مهر أمثالها. ولو طاوعته لم يكن عليه شيء. وإذا وضعاه على يد عدل فللعدل رده عليهما، أو تسليمه إلى من يرتضيانه.

قوله: " ولو وطئ المرتهن الأمة مكرها - إلى قوله - مهر أمثالها ". المراد العشر إن كانت بكرا، ونصف العشر إن كانت ثيبا. وقيل: مهر أمثالها مطلقا، لأنه عوض الوطئ شرعا. وربما قيل بتخير المالك بين الأمرين. ورجحه الشهيد - رحمه الله - في بعض حواشيه. وهل يجب مع ذلك أرش البكارة فلا يدخل في المهر؟ يحتمله، لأنه عوض جزء فإيت، والمهر - على أي وجه كان - عوض الوطئ. فإن قيل: إذا وجب أرش البكارة صارت ثيبا، فيجب عليه مهر الثيب خاصة.

قلنا: إذا وطئها بكرا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال، وفوت جزءا منها، فيجب عوض كل منهما ولا يتداخلان، ولأن أحدهما عوض جزء، والآخر عوض منفعة. وربما قيل بدخوله في العشر وعدم دخوله في مهر المثل. وأكثر عبارات الأصحاب هنا مطلقة.

قوله: " ولو طاوعته لم يكن عليه شيء ". هذا هو المشهور، ومستنده قوله - صلى الله عليه وآله -: " لا مهر لبغي " (١) وهو نكرة في سياق النفي، فيعم. وفيه: منع دلالة على موضع النزاع، لأن الأمة لا تستحق المهر ولا تملكه فلا ينافي استحقاق سيدها له، مع كون التصرف وقع في ملكه بغير إذنه. وأيضا فالمهر شرعا يطلق على عوض بضع الحرة، حتى سميت بسببه مهيرة، بخلاف الأمة، فالنفي محمول عليها لهذين الوجهين، مضافا إلى ما ذكرناه، فثبوت المهر أقوى. والمراد به أحد الأمرين السابقين. ثم على تقدير نفيه لا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا، لأنها جناية على مال الغير، فيثبت أرشها.

(١) لم نعثر عليه بلفظ وورد النهي عنه في البخاري ٣: ١١٠ باب ثمن الكلب من كتاب البيوع، وورد أنه سحت في الوسائل ١٢: ٨٣ ب " ١٤ " من أبواب ما يكتسب به ح ٦.

ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، ولا إلى أمين غيرهما من غير إذنهما. ولو سلمه ضمن. ولو استترا أقبضه الحاكم. ولو كانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدل آخر، من غير ضرورة، لم يجز. ويضمن لو سلم.

وكذا لو كان أحدهما غائبا. وإن كان هناك عذر سلمه إلى الحاكم. ولو دفعه إلى غيره من غير إذن الحاكم ضمن. ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما، ولو أذن له الآخر.

قوله: " ولو استترا - إلى قوله - ويضمن لو سلم " .

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

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

لأننا نقول: إن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا، بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة، ومن القواعد المقررة - وسيأتي في بابها - أن الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع امكان المالك، ولا مع غيبته إلا مع الضرورة، وهذه من أفراد تلك. ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع إليه في الموضوعين. وفي هذا الفرق بحث. ولو تعذر الحاكم واضطر إلى الايداع أودعه الثقة، وأشهد عليه عدلين، ولا ضمان.

قوله: " ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما ولو أذن له الآخر " .

ولو باع المرتهن أو العدل الرهن، ودفع الثمن إلى المرتهن، ثم ظهر فيه عيب، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن. أما لو استحق الرهن استعاد المشتري الثمن منه.

لأن الراهن لم يرض بأمانة أحدهما منفرداً، فلا يجوز لأحدهما الانفراد وإن أذن الآخر. ومتى سلمه أحدهما إلى صاحبه ضمن كل منهما في الجملة، لكن هل يضمن الجميع بناء على أن كلا منهما يجب على حفظه أجمع، وقد حصل منه سبب الضمان للجميع، فيتخير المالك في تضمين أيهما شاء، أم يضمن النصف لأنهما بمنزلة أمين واحد، والواجب عوض كل واحد، وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان، أحدهما بالتفريط، والآخر بالعدوان؟ فيه وجهان، أجودهما الأول لما ذكر. ويضعف الثاني بمنع كونهما بمنزلة أمين واحد، بل كل واحد منهما أمين على الجميع، وإن كان قد شرط انضمامه إلى الآخر. وتساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط، كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة. وعلى هذا فالأجود استقرار الضمان على من تلف في يده، مع احتمال استقراره على من ضمنه المالك. قوله: " ولو باع المرتهن الرهن أو العدل - إلى قوله - استعاد المشتري الثمن منه " .

الفرق بين العيب والاستحقاق: أن العيب لا يبطل البيع وإنما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ، وهو مسبوق بقبض المرتهن الثمن، وتعلق حق الوثيقة به، سواء كان قد أخذ من دينه أم أبقاه وثيقة، بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع، لأنه وقت نقل الثمن إلى الراهن، فلا يبطله الفسخ الطارئ من المشتري، بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن، بخلاف ظهور استحقاق الرهن، فإنه يبطل البيع من أصله، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن، ولا يصح قبض المرتهن له، وحينئذ فيطالب به من هو في يده من العدل والمرتهن. ولو وجدته تالفاً، فإن كان تلفه في يد العدل، والمشتري عالم بأنه وكيل، فالرجوع على الراهن. وإن لم يعلم رجوع على العدل، لأن المعاملة بينهما، والثمن

وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث.
فإن اتفقا على أمين، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه.
ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره، إن اختلف المرتهن
والمالك.

مملوك للمشتري، فيكون مضمونا على من هو في يده ظاهرا، ويرجع العدل على
الراهن. وإن كان التلّف في يد المرتهن رجع عليه بالعوض أيضا. وهل يغرمه المرتهن،
أو يرجع على الراهن؟ نظر. ومقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن
بالاستحقاق، لغروره. والكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر
مستحقا.

قوله: " وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى
الوارث "

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

وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن والعدل، لأنهما
في القبض بمنزلة الوكيل تبطل وكالته بموت الموكل، وإن كانت مشروطة في عقد
الرهن، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته، فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.
قوله: " ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمين غيره إن اختلف المرتهن
والمالك "

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

(١) كذا في " ب " و " س " وفي غيرهما: الراهن.

السادس

في اللوائح

وفيه مقاصد:

الأول: في أحكام متعلقة بالراهن.

لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام، ولا سكني، ولا
إجارة. لو باع أو وهب وقف على إجازة المرتهن.

قوله: " لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكني ولا
إجارة " .

لما كان الرهن وثيقة لدين المرتهن، إما في عينه، أو بدله، لم تتم الوثيقة إلا
بالحجر على الراهن وقطع سلطنته، ليتحرك إلى الأداء، فمن ثم منع الراهن من
التصرف في الرهن، سواء أزال الملك كالبيع، أم المنفعة كالإجارة، أم انتقص
المرهون به وقلل الرغبة فيه كالتزويج، أم زاحم المرتهن في مقصوده كالرهن لغيره، أم
أوجب انتفاعا وإن لم يضر بالرهن كالأستخدام والسكني، ولا يمنع من تصرف يعود
نفعه على الرهن، كمدأوة المريض، ورعي الحيوان، وتأبير النخل، وختن العبد،
وخفض الجارية، إن لم يؤد إلى النقص.

إذا تقرر ذلك، فلو تصرف الراهن بما يمنع منه، فإن كان بعقد كان موقوفا
على إجازة المرتهن، فإن أجازته صح، وإلا بطل. وإن كان بانتفاع منه أو ممن سلطه
عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرما.
ثم إن قلنا إن النماء المتجدد يتبع الرهن يثبت عليه أجرة ذلك، إن كان مما له

وفي صحة العتق مع الإجازة تردد، والوجه الجواز. وكذا المرتهن.
وفي عتقه مع إجازة الراهن تردد، والوجه المنع،

أجرة عادة، وكانت رهنا. وإن لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء. وأطلق الشيخ (١) - رحمه الله - أنه لو آجره فالأجرة له، وجوز للراهن الانزاء على الأنتى مطلقا. وهو ضعيف، لتعرضه للنقص، ولأنه انتفاع في الجملة ينافي الحجر. هذا كله إذا لم يكن العقد أو الإذن من الراهن للمرتهن، فلو كان معه بأن آجره أو أسكنه أو حلله (٢) الوطئ أو باعه وشبه ذلك صح، لانحصار الحق فيهما، كما لو اتفقا على ذلك للغير.

قوله: " وفي صحة العتق مع الإجازة تردد، والوجه الجواز ".
منشأ التردد: من كون العتق إيقاعا، فلا يكون موقوفا، لاعتبار التنجيز فيه، ومن أن المانع حق المرتهن وقد زال بإجازته. وهو أقوى. ونمنع منافاة التوقف المذكور للتنجيز، كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضا، فإن التوقف الممنوع هو توقف المقتضي على شرط، لا على زوال مانع. وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتك الرهن لزم.

قوله: " وكذا المرتهن ".

عطف على أول المسألة. والمشبه به عدم جواز تصرف الراهن في الرهن بشيء من الأمور المذكورة سابقا، لا على مسألة العتق، لأنها تأتي.

قوله: " وفي عتقه إجازة الراهن تردد، والوجه المنع ".

وجه التردد قريب مما سبق، إلا أن المنع هنا أقوى، بل كثير من الأصحاب لم يتوقف في حكمه، لأن المرتهن غير مالك، ولا عتق إلا في ملك، فيكون كالفضولي لا يصح عتقه الإجازة.

(١) المبسوط ٢: ٢٣٨.

(٢) في " س " : حلل له.

لعدم الملك ما لم يسبق الإذن.
ولو وطئ الراهن فأحبها، صارت أم ولده، ولا يبطل الرهن.
وهل تباع؟ قيل: لا، ما دام الولد حيا، وقيل: نعم، لأن حق
المرتهن أسبق، والأول أشبه.

قوله: " ما لم يسبق الإذن "

أي إذن الراهن للمرتهن في العتق، فإنه يصح العتق حينئذ، لزوال المانع.
وقد يشكل بأن المرتهن غير مالك، وإذن الراهن له لا يصيره ملكا له، فيأتي ما تقدم.
ويندفع بما سيأتي - إن شاء الله تعالى في العتق - من أن المأذون والمأمور بعتق عبده عن
غيره يصح عتقه، وينتقل إلى ملك الأمر المأذون له قبل إيقاع الصيغة أنا يسيرا، أو
بالصيغة المقترنة بالأمر أو الإذن.

ولو كان إذن الراهن للمرتهن في عتقه مطلقا أو على الراهن فلا إشكال، لأن
المرتهن حينئذ وكيل عن المالك. ولو حملت العبارة على ذلك كان أولى، واسترحنا من
ذلك الاشكال المتوقف زواله على أمور خفية.

قوله: " وهل تباع؟ قيل: لا - إلى قوله - والأول أشبه "

إذا وطئ الراهن أمته المرهونة فأحبها صارت أم ولد، سواء وطئ بإذن
المرتهن أم لا، وإن لزمه الإثم في الثاني والتعزير. وعلى التقديرين لا يبطل الرهن،
لعدم المنافاة بينه وبين الاستيلاد، لجواز موت الولد.
وهل يجوز بيعها مع حياته لأجل الدين؟ أقوال، أحدها: الجواز مطلقا،
لاطلاق الأوامر ببيع الرهن في الدين (١)، وسبق حق المرتهن على الاستيلاد. وثانيها:
المنع مطلقا، للنهي عن بيع أم الولد (٢)، وتشبثها بالحرية، وبناء العتق على التغليب.
كل ذلك ما دام ولدها حيا زمن الرهن. وثالثها: التفصيل بإعسار الراهن فتباع،

(١) الوسائل ١٣: ١٢٤ ب " ٤ " من أبواب أحكام الرهن ح ١، ٢، ٣.
(٢) الوسائل ١٣: ٥١ ب " ٢٤ " من أبواب بيع الحيوان و ١٦: ١٠٧ ب " ٦ " من أبواب الاستيلاد.

ولو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطئ.
ولو أذن له في بيعها فباع بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهنا.

ويساره فتلزم القيمة من غيرها يكون رهنا، جمعا بين الحقيين. اختاره في التذكرة (١)، وهو قول الشيخ في الخلاف (٢).

ومرجع الأقوال إلى تعارض أدلة منع بيع أم الولد وتسويغ بيع الرهن، فمنهم من جمع بينهما، ومنهم من رجح. والأقوى ترجيح جانب الرهن، لسبق سببه، فتجوز البيع مطلقا أقوى.

وربما قيل بجواز بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه.

واختاره الشهيد - رحمه الله - في بضع حواشيه. فتكون الأقوال أربعة.

قوله: " ولو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم يخرج عن الرهن بالوطئ " .

لا شبهة في عدم خروجها عنه بمجرد الوطئ، إذ لا منافاة بينهما، بل لا تخرج بالحبل أيضا، كما قدمناه، وإن منعنا من بيعها، لا مكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله.

قوله: " ولو أذن له في بيعها فباع بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهنا " .

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

(١) التذكرة ٢: ٢٨.

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

(٣) المبسوط ٢: ٢١٠.

ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله. ولو كان بعد حلوله صح. وإذا حل الأجل وتعدر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلا، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، ليلزمه البيع. فإن امتنع كان له حبسه، وله أن يبيع عليه.

هذا كله مع عدم شرط جعل الثمن رهنا عند الإذن في البيع. وإلا لزم قطعاً، لعموم قوله - صلى الله عليه وآله -: "المؤمنون عند شروطهم" (١). ولا فرق في ذلك أيضاً بين أن يكون الدين حالاً ومؤجلاً. ومثله في الجواز ما لو كان الدين مؤجلاً، فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه، فيلزم الشرط، لأنه شرط سائغ تدعو الحاجة إليه. نبه عليه في التذكرة (٢).
قوله: "ولو أذن الراهن - إلى قوله - ولو كان بعد حلوله صح".

وجه عدم الجواز ظاهر، لعدم استحقاقه حينئذ، والإذن في البيع لا يقتضي الإذن في تعجيل الاستيفاء. ولو كان ذلك بعد الحلول فقد أطلق المصنف - رحمه الله - صحة التصرف للمرتهن. وهو مبني على كون الحق موافقاً للثمن جنساً ووصفاً، فلو تخالفا لم يجز التصرف فيه إلا بإذن المرتهن، كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن، لافتقاره إلى معاوضة أخرى.

قوله: "وإذا حل الأجل - إلى قوله - وله أن يبيع عليه".
هذا حكم استيفاء المرتهن حقه من الرهن. وحاصله: أنه إن كان وكيلاً باع الرهن بنفسه مع حلول الدين إما بأصله أو بانقضاء أجله، حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن، ما لم يشترط عليه تأخير التصرف إلى مدة، فيقوم مقام تأجيل الدين. وإن لم يكن وكيلاً طلب من الراهن البيع، أو الإذن فيه، فإن فعل وإلا رفع

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "

من أبواب المهور ح ٤.

(٢) التذكرة ٢: ٣٠.

الثاني: في أحكام متعلقة بالرهن.
الرهن لازم من جهة الراهن، ليس له انتزاعه إلا مع إقباض الدين
أو الإبراء منه، أو تصريح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان.

أمره إلى الحاكم، والمصنف - رحمه الله - طوى هذه الواسطة لظهور أمرها، فيلزمه
الحاكم بالبيع أو يبيع عليه، لأنه ولي الممتنع.
وهذا كله لا إشكال فيه، وإنما يقع الاشتباه في موضعين، أحدهما: لو كان حقه
لا يمكنه إثباته عند الحاكم، لعدم بينة مقبولة أو حاضرة عنده. والثاني: ما لو تعذر
وصوله إلى الحاكم، لعدمه، أو لبعده. فيحتمل حينئذ قويا جواز استقلاله بالبيع
بنفسه، ويستوفي حقه، كما لو ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا
بينة. وهو خيرة التذكرة (١)، بل فرضها فيما هو أبلغ من ذلك، وهو ما لو لم يكن في
البلد حاكم. والظاهر أن المعتبر بعده بحيث يشق التوصل إليه عادة، لا مطلق كونه
في غير البلد.

ولو أمكن إثباته عند الحاكم بالبينة، لكن افتقر إلى اليمين، لكون المدعى
عليه غائبا ونحوه، فالظاهر أنه غير مانع، ولا يجوز له الاستقلال، لا مكان الاستيفاء
من وكيل المديون، وهو الحاكم، فلا يستبد بنفسه، مع احتمال الجواز، دفعا لمشقة
الحلف بالله تعالى.

قوله: " الرهن لازم - إلى قوله - من الارتهان "

عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة إلى الجواز واللزوم، فهو لازم من قبل الراهن،
وجائز من قبل المرتهن. والفرق أن الراهن يسقط حق غيره، والمرتهن يسقط حق
نفسه. وليس له نظير في العقود إلا الكتابة المشروطة عند الشيخ - رحمه الله - (٢)، فإنها
لازمة من قبل السيد جائزة من قبل العبد. نعم ربما ناسبه عقد الفضولي من أحد
الجانبيين، فإنه لازم من قبل من عقد لنفسه، جائز من قبل من عقد عنه فضولا.

(١) التذكرة ٢: ٣٢.

(٢) المبسوط ٦: ٩١.

وعلى هذا يمكن تمثيه في سائر العقود على هذا الوجه.
إذا تقرر ذلك، فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير إذن المرتهن مطلقاً. وما استثناه
المصنف يخرج عن كونه رهناً، فالاستثناء فيه منقطع.
وجملة ما ذكره من مبطلات
الرهن ثلاثة:

أحدها: إقباض الدين، ولا يعتبر كونه من الراهن، بل لو أقبضه غيره - وإن
كان متبرعاً - فك الرهن. وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن، والحوالة به.
وثانيها: إبراء المرتهن له من الدين. وفي حكمه الإقالة المسقطة للثمن المرهون
به، أو المثمن المسلم فيه المرهون به. وبالجملة: فالضابط براءة ذمة الراهن من جميع
الدين، فلو عبر به المصنف كان أشمل، مضافاً إلى الثالث: وهو إسقاط المرتهن حقه
من الرهانة، بمعنى فسخه لعقدها. وأمره واضح، لجوازه من قبله.
بقي في المسألة أمر آخر، وهو ما لو أقبضه البعض، أو أبرأه هو منه، فهل
يكون حكمه حكم ما لو أقبض الجميع أو أبرأ منه؟ يحتمل ذلك، لأن الرهن إنما وقع
في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع، وقد ارتفع بعضه، فيرتفع المجموع،
ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه. فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء ما من
الدين وإن قل. ويحتمل بقاءه أجمع ما بقي من الدين جزء، نظر إلى الغالب من تعلق
الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن. وهذا هو الذي قواه في الدروس (١)،
وادعى في المبسوط أنه إجماع (٢). والأول مختار القواعد (٣).
نعم، لو شرط كونه رهناً على المجموع لا على كل جزء منه فلا إشكال في
الأول، كما أنه لو شرط كونه رهناً على كل جزء فلا إشكال في بقائه ما بقي جزء.
وعلى الأول لو بذل الراهن شيئاً من الدين، ففي وجوب قبوله في غير ما يلزم

(١) الدروس: ٤٠٣.
(٢) المبسوط ٢: ٢٠٢.
(٣) قواعد الأحكام ١: ١٦٥ - ١٦٦.

وبعد ذلك يبقى الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يجب تسليمه إلا مع المطالبة.

منه نقص المالية - كمال السلم وثمان المبيع - نظر، من أدائه إلى الضرر بالانفساخ، ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ما ذكر ويمكن أن يلحق هذا الفرد بنقص المالية، فإن إبطال الرهن موجب للنقص، خصوصاً مع إعسار الراهن، فيؤدي إلى الضرر المنفي.

وبقي في المسألة عند الإطلاق احتمال ثالث، وهو مقابلة أجزاء الرهن بأجزاء الدين وتقسيمه عليها، كما هو مقتضى كل معاوضة، فإذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف، ومن الثلث الثلث، وهكذا. وهذا الاحتمال متوجه، لأن إطلاق المقابلة بين الأمرين في المعاملة يقتضي ذلك، إلا أنه يشكل بما لو تلف جزء من المرهون، فإنه يقتضي أن لا يبقى الباقي رهناً على مجموع الدين، بل على جزء يقتضيه الحساب. ويمكن اندفاع هذا بما ذكره في توجيه الاحتمال الثاني من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن، ومرجعه إلى دلالة العرف على هذا المعنى. قوله: " وبعد ذلك يبقى أمانة في يد المرتهن لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة " .

المراد: أنه يبقى في يد المرتهن بعد انفساخ الرهن أمانة مالكية لا شرعية، ومن لوازمها عدم وجوب تسليمها إلى مالكيها إلا بمطالبته، بخلاف الشرعية. وإنما كان كذلك لأنه مقبوض بإذن المالك، وقد كان وثيقة وأمانة، فإذا سقطت الوثيقة بقيت الأمانة، فتصير بمنزلة الوديعة، لا بمنزلة ما لو أطار الرياح ثوبا إلى دار إنسان، حيث يلزمه رده على مالكيه ابتداءً، أو إعلامه به. وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالأمانة الشرعية، حيث إن الشارع جعله أمينا عليه دون المالك، فتجب المبادرة إلى أحد الأمرين، لأن المالك لم يرض بكونه في يده.

ولو شرط إن لم يؤد، أن يكون الرهن مبيعا، ولم يصح.

ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (١)، حيث ذهب إلى أنه إذا قضاه يكون مضمونا، وإذا أبرأه ثم تلف الرهن في يده لا يضمنه استحسانا. وهو تحكم، بل ينبغي العكس، فإنه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة. وأما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن، فلا يكون تاركا لماله باختياره. قال في التذكرة: وينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين، ولم يعلم الراهن، أن يعلمه بالإبراء ويرد الرهن عليه، لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقة، بخلاف ما إذا علم، لأنه قد رضي بتركه في يده (٢). وهو حسن. قوله: " ولو شرط إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعا لم يصح ". المراد: أنه رهنه الرهن على الدين المؤجل، وشرط له إن لم يؤد الدين في ذلك الأجل يكون الرهن مبيعا له بالدين، أو بقدر مخصوص، فإنه لا يصح الرهن، ولا البيع. أما الرهن فلائنه لا يتوقف إلا بالوفاء، وأما البيع فلائنه لا يتعلق. وعبارة المصنف مطلقة، إلا أنها منزلة على ذلك، وإن كان الاطلاق مبطل أيضا، إلا أنه حيث لم يعين وقتا لا يتحقق عدم الوفاء ما دام الراهن حيا، فيتعلق البيع على الوفاة (٣). وهو غير صحيح أيضا، إلا أن الأصحاب وغيرهم فرضوها كما ذكرناه. وقد يكتفى في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق، فهو شرط فاسد دخل على العقد فأفسده، كما تقدم.

وخالف في ذلك بعض العامة (٤)، فصحح الرهن وأفسد البيع، لأن الراهن إذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه. وفساده ظاهر، لأن مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد. إذا تقرر ذلك، فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل لا قبله،

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٤٧٩.

(٢) التذكرة ٢: ٤١ - ٤٢.

(٣) في " ن " و " س " و " م " : الوفاء.

(٤) المغني لابن قدامة ٤: ٤٦٦.

ولو غصبه ثم رهنه صح، ولم يزل الضمان. وكذا لو كان في يده
بيع فاسد. ولو أسقط عنه الضمان صح.

لأنه في مدة الأجل رهن فاسد، وبعده مبيع فاسد، وفاسد كل عقد يتبع صحيحه في
الضمان وعدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك، وحيث
كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك.
والسر في ذلك أنهما تراضيا على لوازم العقد، فحيث كان مضمونا فقد دخل
القابض على الضمان، ودفع المالك عليه، مضافا إلى قوله صلى الله عليه وآله: " على
اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١) وهو واضح. وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم
واقعا على اعتقاد صحة العقد، فلم يقصد المسلم ضمانا، بل سلم على قصد العدم،
ولم يلتزم المتسلم ضمانا أيضا، فينتفي المقتضي له.
وهذا القسم إنما يتم لو كانا جاهلين بالفساد، أو عالمين به لإذن الدافع في
القبض، فيكون بمنزلة الأمانة. وكذا لو كان الدافع عالما به والقابض جاهل. أما لو
انعكس أشكل من حيث إن القابض أخذ بغير حق، والدافع توهم اللزوم، وإلا لما
رضي بدفع ماله، فينبغي أن يكون مضمونا، لعموم الخبر السالف، إلا أن
الأصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد. ويمكن توجيهه
أيضا بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه، والمتسلم تسلمه منه كذلك،
وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل، والمانع غير معلوم.
قوله: " ولو غصبه ثم رهنه صح - إلى قوله - ولو أسقط عنه الضمان
صح ".

الضمير البارز في " غصبه " و " رهنه " يعود إلى المال المجعول رهنا، وأما المستكن
فيهما فلا يخلو من خفاء، فيمكن حينئذ أن يكون الفعلان مبنيين للمعلوم، فيعود
ضمير " غصب " إلى فاعل الغصب المدلول عليه بالمقام، أكتفي به لأمن اللبس.
وضمير " رهن " يعود إلى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب، لاستلزامه غاصبا
ومغصوبا منه. وعلى هذا فيصير ضمير " رهنه " البارز أحد مفعوليه، والثاني محذوف.

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، المستدرک للحاکم ٢: ٤٧، عوالي اللئالي ٣: ٢٤٦ ح ٢.

والتقدير رهنه منه، أو إياه، أو الغاصب، ونحوه.
ويمكن بناء الصيغة الأولى للمجهول، وضميره المستكن نائب الفاعل،
وضمير " رهنه " المستكن يعود إليه. أي لو غصب إنسان ماله، ثم رهنه ذلك
المغصوب منه. والتقدير أنه رهنه من الغاصب، إلا أن فيه قصور العبارة عن تأدية
هذا التقدير، ولا بد منه، لأنه مفروض المسألة، إلا أنه يظهر بمعونة ما يأتي من قوله:
" ولم يزل الضمان "

ويمكن العكس، بأن تبني الصيغة الأولى للمعلوم، والثانية للمجهول،
وتقدير الأولى كما مر، وضمير " رهنه " المستكن الذي هو نائب الفاعل يعود إلى
الغاصب، والبارز إلى المال المضمّر في " غصبه ". ولا يحتاج إلى بيان الفاعل، لظهور
أن الراهن شرعا لا يكون إلا المالك المغصوب منه. وهذا الوجه الأخير أوجه الثلاثة،
وإن اشتركت في الدلالة على صعوبة تأليف العبارة.

إذا تقرر ذلك فنقول: قد عرفت فيما تقدم (١) أنه يجوز رهن العين المغصوبة عند
الغاصب، والخلاف في أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد، أم لا بد فيه من إذن
جديد؟ وأن المصنف اختار تحققه بمجرد العقد، اكتفاءً بالقبض السابق. وبقي
الكلام هنا في أن الضمان الذي كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن أم لا؟
وإنما يقع الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق، كما اختاره المصنف، أما لو قلنا بافتقار
الرهن إلى قبض جديد، فلا شبهة في أنه قبله مضمون، لأنه مقبوض بالغصب.
والمصنف - رحمه الله - جزم ببقاء الضمان وإن تحقق القبض المصحح للرهن. ووجهه:
أن الضمان كان حاصلًا من قبل، ولم يحصل ما يزيله فيستصحب. وإنما قلنا إنه لم
يحصل ما يزيله، لأن الحاصل - وهو الرهن المقبوض - يجمع الضمان، كما لو تعدى
المرتهن في الرهن، فإنه يصير مضمونا ضمان الغصب، وهو رهن كما كان. وإذا لم يكونا
متنافيين استمر الضمان، لعدم المعارض، ولقوله - صلى الله عليه وآله -: " على اليد

(١) في ص: ١٥.

ما أخذت حتى تؤدي " (١)، ولأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته، بناء على احتياج المبتدأ إلى المؤثر قطعاً، واستغناء الباقي عنه، أو الخلاف في احتياجه، فإن المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه. وإذا كانت حالة الرهن القوية - وهي استدامته - لا تمنع حالة الضمان الضعيفة - وهي ابتداءه - كما إذا طرأ التعدي على الرهن، فلأن لا تمنع حالة الرهن الضعيفة - وهي ابتداءه - حالة الضمان القوية - وهي استدامته - فيما لو طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى، خصوصاً وقد تقدم أن وجه الاكتفاء بالقبض السابق - وإن كان غصباً - صدق قوله تعالى: * (فرهان مقبوضة) * (٢)، أعم من كونه مقبوضاً أمانة وعدواناً، وحينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمراً إلى أن يقبضه المالك، ثم يرده إليه أو يسقط عنه ضمانه.

واستقرب العلامة في القواعد (٣) زوال الضمان هنا بمجرد العقد، لانصراف القبض المستدام بعده إلى الرهن المقتضى لصيرورته أمانة، ولزوال السبب المقتضى للضمان، لأنه لم يبق غاصباً، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه. وحدوث التعدي في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب، والحال أن هنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب. والأقوى الأول. وقد عرفت أنه لا منافاة بين انصراف القبض إلى الرهن وبقاء الضمان.

والوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق، وجدد له المالك الإذن في القبض، بتقريب الدليل، إلا أن زوال الضمان هنا أقوى، لأن إذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه إياه ثم دفعه إليه، لأنه حينئذ كوكيله، بخلاف السابق. وهذا البحث آت في كل قبض مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد، والسوم على القول به، والمستعير المفرط، والمشروط عليه الضمان، لاشتراك الجميع في المعنى.

(١) راجع ص ٥٦.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

وما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن.
ولو حملت الشجرة، أو الدابة، أو المملوكة بعد الارتهان، كان الحمل
رهنًا كأصل على الأظهر.

قوله: " وما يحصل من الرهن من فائدة فهي للراهن ".
المراد بما يحصل منه زوائده وفوائده، متصلة كانت أم منفصلة، متولدة كالثمرة
أم لا كالكسب، فإن جميعها ملك للراهن تبعًا للأصل، فإن حبسه لحق المرتهن لا
يخرجه عن حقيقة الملك. ويبقى أنه هل يدخل معه في الرهن أم لا؟ وسيأتي.
قوله: " ولو حملت الدابة أو الشجرة أو المملوكة - إلى قوله - على
الأظهر ".

عدوله عن المسألة السابقة إلى الأمثلة المذكورة يوهم أن الخلاف فيما ذكر، وقد
كان الأولى تفريعها على السابق، بأن يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكًا للراهن:
وهل يدخل في الرهن تبعًا للأصل، أم لا؟ ويحكم بما يختاره.
والحاصل: أن فوائد الرهن وزوائده المتجددة بعد الارتهان إن كانت متصلة
اتصالًا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول دخلت إجماعًا، وإن كانت منفصلة
كالثمرة والولد، أو يقبل الانفصال كالشعر والثمرة قبل الجذاذ، ففي دخولها قولان:
أحدهما: - وهو المشهور، بل ادعى عليه ابن إدريس (١) الاجتماع، (وقبله
المرتضى في الإنتصار) (٢) - ما اختاره المصنف، وهو دخولها فيه. ووجهه إما الاجماع
المنقول بخبر الواحد، وأن النماء من شأنه تبعية الأصل في الحكم، كما يتبع ولد
المديرة لها فيه.
والثاني: عدم الدخول، ذهب إليه الشيخ (٣)، وتبعه العلامة (٤) وولده (٥)،

(١) السرائر ٢: ٤٢٤.

(٢) الإنتصار: ٢٣٠. وما بين المعقوفتين ورد في هامش " و " وأنه بخطه قدس سره.

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

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٦٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦.

ولو كان في يده رهنان بدينين متغايرين، ثم أدى أحدهما، لم يجز إمساك الرهن الذي يخصه بالدين الآخر.

والمحقق الشيخ علي (١)، لأصالة عدمه، ولأن الأصل في الملك أن يتصرف فيه مالكة كيف شاء، خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه، فيبقى الباقي. واحتج له العلامة (٢) برواية السكوني (٣)، وصحيحة إسحاق بن عمار (٤) عن الكاظم (عليه السلام)، ولا شاهد فيهما، لأن الأولى - مع ضعفها - تضمنت كون المنفعة في مقابلة النفقة، والثانية أن الغلة لصاحب الأصل. ولا نزاع فيه، إذ لا يلزم من دخوله في الارتهان خروجه عن الملك.

ويمكن أن يقال: على القول بعدم الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن، لأن المنفعة إذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها، لكن الاجماع على منعه. ويندفع ذلك بأن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة، بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون، ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمرة والولد لم يمنع من التصرف فيها.

ولعل هذا القول أقوى. والاجماع ممنوع. والتبعية في الملك مسلمة، لا في مطلق الحكم. وتبعية ولد المدبرة لتغليب جانب العتق.

ولو شرط المرتهن دخولها، أو شرط الراهن خروجها، ارتفع الاشكال ولزم الشرط. واستثنى في التذكرة (٥) من ذلك ما يتجدد من المنافع بالاختيار، كإكتساب العبد، فلا يصح اشتراط دخوله، لأنها ليست من أجزاء الأصل، فهي معدومة على الإطلاق.

(١) جامع المقاصد ٥: ١٣٢.

(٢) المختلف: ٤١٨.

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

(٤) الكافي ٥: ٢٣٥ ح ١٢، التهذيب ٧: ١٧٣ ح ٧٦٧، الفقيه ٣: ٢٠٠ ح ٩٠٧ بتفاوت يسير، الوسائل ١٣: ١٣٠ ب " ٨ " من أبواب كتاب الرهن ح ١.

(٥) التذكرة ٢: ٣٧.

وكذا لو كان له دينان، وبأحدهما رهن، لم يجز له أن يجعله رهنا بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف. وإذا رهن مال غيره بإذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته.

قوله: " وكذا لو كان له دينان وبأحدهما رهن لم يجز أن يجعله رهنا بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف ".
أي لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه بغير رضا الراهن، وإلا فقد تقدم (١) أنه يجوز إدخال الدين المتجدد في الرهن، وجعل الرهن على دين آخر مع التراضي.
قوله: " وإذا رهن مال غيره بإذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته ".

أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، وسموه استعارة للرهن، وجعلوها مضمونة على الراهن وإن تلفت بغير تفريط، ولازمة لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن، وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول.
ثم إن فكه الراهن ورده إلى مالكة تاما فلا بحث. وإن تلف في يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن، وضمن الراهن مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا. والمعتبر في القيمة يوم التلف، لأنه لم يخرج عن ملك المعير. هذا إن اختلفت القيمة بتفاوت السوق، فإن تفاوته غير مضمون على الغاصب على الأقوى، فهنا أولى. وإن كان التفاوت لنقص في العين ضمنه المستعير، كما يضمن الجملة. وفي حكم التلف تعذر رده لغصب ونحوه، أما تعذره لبيع المرتهن له فسيأتي حكمه، فإطلاق المصنف تعذر إعادته يحتاج إلى التقييد.
وإنما يلحق هذه العارية بالحكمات السابقان بعد الرهن، أما قبله فالأقرب انتفاؤها، فلا يضمن إلا بالتفريط، ويجوز للمعير الرجوع فيها. وكذا يجوز بعده قبل

(١) في ص: ٣١ - ٣٢.

ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به.

القبض إن جعلناه شرطاً في اللزوم.

ثم إن سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء، جاز رهنه مما شاء، على أي مقدار شاء، بأي أجل شاء. وإن قيد له بعضها تقيد. وإن أطلق الإذن ففي جوازه قولان، أحدهما الجواز، ويتخير كما لو عمم، عملاً بالاطلاق. وبه قطع في الدروس (١). والثاني: المنع، لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت الدين والمرتهن والأجل. وهو أولى. فيذكر قدر الدين وجنسه ووصفه، وحلوله أو تأجيله، وقدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل، فإنه يدخل بطريق أولى.

قوله: " ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به "

إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره، من جواز بيعه إن كان وكيلاً، وإلا استأذن المالك، وإلا الحاكم كما مر. فإذا باعه على وجه يصح فليكن بثمن المثل فصاعداً، كما في كل وكيل، فإن باعه بأكثر فللمالك الأكثر، لأنه ثمن ملكه، إذ العين باقية على ملكه إلى زمان البيع، ولا يتصور بيعه بنقصان عن قيمته. فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر الأمرين من القيمة وما بيع به، لايهامه إمكان بيعه بدون القيمة، وهو ممتنع، بخلاف الزيادة، لا يمكن اتفاق راغب فيها يزيد عن ثمن المثل، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريره، لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله. وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء، مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه. ويشكل بأن المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله، فإن كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه، وإلا لم يصح البيع.

(١) الدروس: ٣٩٧.

وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة، وإن لم تؤبر.
وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع، ولا الشجر، ولا النخل. ولو
قال: بحقوقها، دخل. وفيه تردد، ما لم يصرح.

قوله: " وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وإن لم تؤبر ".
زوائد الرهن الموجودة حال الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن، أو
متصلة لكن تقبل الانفصال كالثمرة والشعر والصوف المستجزين، لم يدخل في الرهن
على المشهور. واستقرب في التذكرة دخول الصوف والشعر على ظهر الحيوان، محتجا
بأنه كالجزة منه، وتردد في دخول اللبن في الضرع (١). وفي القواعد (٢) تردد في
الأميرين.

ولا فرق في ذلك بين ثمرة النخل وغيره، وإنما خص المصنف ثمرة النخل،
لأنها بعد الظهور وقبل التأبير تدخل في بيع الأصل، بخلاف غيرها من الثمار، فإنها
متى ظهرت لا تدخل في عقد مطلقا. ولما كان ذلك الحكم مختصا بالبيع نبه المصنف
عليه هنا. ونبه به أيضا على خلاف بعض العامة (٣) حيث أدخله، قياسا على البيع.
كل ذلك مع عدم الشرط.

قوله: " وكذا لو رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل.
ولو قال: بحقوقها، دخل. وفيه تردد ".

منشأ التردد: من توهم كون الشجر من حقوق الأرض، كما فهمه الشيخ (رحمه
الله) (٤)، ومن ظهور عدمه، إذ لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا. والأصح عدم
الدخول. وقد سبق مثله في البيع (٥). نعم لو قال: بجميع ما اشتملت عليه، أو نحوه،
دخلت على الظاهر.

(١) لم نجد ذلك في التذكرة ولا في غيره من كتب العلامة، بل الوارد فيها عدم الدخول إلا مع
الشرط. راجع التذكرة ٢: ٣٧ والمختلف: ٤١٨ والتحرير ١: ٢٠٥.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٥.

(٣) المجموع ١٠: ١٤٩.

(٤) المبسوط ٢: ٢٤١.

(٥) راجع ج ٣: ٢٣٠.

وكذا ما ينبت في الأرض بعد رهنها، سواء أنبتة الله سبحانه أو
الراهن أو أجنبي، إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون.
وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأشبه.
ولو رهن لقطعة مما يلقط كالخيار، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية
صح. وإن كان متأخرا تأخرا يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميز،
قيل: يبطل، والوجه أنه لا يبطل. وكذا البحث في الخرطة مما يخرط،
والجزء مما يجز.

قوله: " وكذا ما ينبت في الأرض - إلى قوله - من الشجر المرهون ".
إنما خص ذلك بعد حكمه بعدم دخول النماء المتجدد، للتنبية على أن مثل
هذا لا يعد نماء للأرض، فلا يجري فيه الخلاف، وأما ما كان منه من الشجر المرهون
فلا إشكال في بقاءه على ما كان، لا أنه يتجدد له الدخول.
وهل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن؟ يحتمله، لأنه تصرف في الرهن
وانتفاع به فيتوقف، وعدمه، لأنه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدواء. وقد
تقدم. نعم، لو أضر بالأرض فلا ريب في توقفه على إذنه. وكذا لو كان الغرس من
غير المرهون.

قوله: " وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو
الأشبه ".

وجه ما اختاره المصنف: أن ابقاءه في المحل المرهون تصرف فيه، وهو ممنوع
منه، كما لو وضع متاعه في الدار. ووجه العدم: أصالته، ومنع أن مثل ذلك يعد
تصرفا. وقد يفرق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه، فهو سبب في بقاءه، بخلاف
ما أنبتة الله تعالى. نعم، لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره على إزالته أقوى.
قوله: " ولو رهن لقطعة مما يلقط كالخيار - إلى قوله - والوجه أنه لا
يبطل ".

لا إشكال في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه، لعدم المانع ووجود المقتضي

وإذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته، وكان حق المجني عليه أولى.

وإن جنى خطأ، فإن افتكه المولى بقي رهنا، وإن سلمه كان للمجني عليه منه بقدر أرش الجناية والباقي رهن. وإن استوعبت الجناية قيمته، كان المجني عليه أولى به من المرتهن.

للصحة أما معه فقال الشيخ (رحمه الله) (١): إنه لا يصح الرهن، لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز، ولأنه لا يصح بيعه عند الأجل لجهله، فلا يصح رهنه. ويضعف بمنع تعذر الاستيفاء، لامكانه بالصلح، ولأن المعتمد اجتماع شرائط الصحة وقت الرهن، وهي حاصلة. وصحة البيع - لو سلم شرطيتها - فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الرهن، لأنه وقت اعتبار الشرايط، وهي حاصلة أيضا. فما اختاره المصنف من عدم البطلان أصح.

قوله: " وإذا جنى المرهون عمدا تعلقت الجناية برقبته، وكان حق المجني عليه أولى "

إنما كان حق المجني عليه أولى، مع أن سببه متأخر عن حق المرتهن، ومن شأن السابق التقدم عند التعارض، لوجوه:

الأول: أن حق المجني عليه متعين في الرقبة، ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد شيء، وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن، فلا يفوت حقه بفواتها.

ومرجع ذلك إلى أن للمرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه.

الثاني: أن حق المجني عليه يتقدم على حق المالك، فلأن يتقدم على حق المرتهن أولى.

الثالث: أن تعلق المرتهن بالرهن أضعف من تعلق المجني عليه، ومن ثم كان للمجني عليه الاستيفاء بدون مراجعة المالك، بخلاف المرتهن. وهذه الوجوه الثلاثة

(١) المبسوط ٢: ٢٤٢.

ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه، ولا يخرج عن الرهانة. ولو كانت الجناية نفسا جاز قتله. أما لو كانت خطأ لم يكن لمولاه عليه شيء، وبقي رهنا.

واردة في جناية العمد، وأما الخطأ فيختص بالأولين. إذا تقرر ذلك فنقول: جناية العبد المرهون إن كانت نفسا، وأوجبت قصاصا، فأمره إلى المجني عليه، فإن اقتص بطل الرهن. وكذا إن استرقه. وإن عفى عنه بقي رهنا، إذ لم يبطل الرهن بالخيانة، وإنما تزاحمت عليه الحقوق. وإن عفى على مال، فإن بذله السيد بقي رهنا أيضا، وإلا بيع العبد وبطل الرهن، وإن عاد إلى ملك الراهن. وإن أوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه، وبقي رهنا أيضا. وإن أوجبت مالا في بعض صور العمد، أو في الخطأ مطلقا، فالأمر كما قررناه من أنه إن فداه السيد بقي رهنا. وإن استرق أو بيع، فإن فضل منه شيء بقي كذلك، وإلا بطل الرهن. ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض، أو انتقصت القيمة به، بيع الجميع، والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا، كما لو اضطر إلى بيع الرهن.

ولا فرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء، أو بأمر السيد، وإن كان مكرها له عندنا، وإن كان مع الاكراه يحبس المكره حتى يموت. نعم، لو كان العبد غير مميز، أو أعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد في جميع أوامره، فقد قال في التذكرة (١): إن الجاني هو السيد، وعليه القصاص أو الضمان، ولا يتعلق برقبة العبد شيء، بل يبقى رهنا وإن كان السيد معسرا.

قوله: "ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه - إلى قوله - وبقي رهنا". جناية العبد على سيده إن كانت عمدا، وأوجبت قصاصا، تخير مولاه أو وليه بين القصاص والعفو، فإن اقتص وبقي حيا - كما لو كانت على طرف - بقي رهنا، وإلا فات. وإن أوجبت مالا في العمد - على بعض الوجوه - أو في الخطأ، لم يثبت

(١) التذكرة ٢: ٣٩.

ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك ما ثبت للموروث من القصاص، أو انتزاعه في الخطأ إن استوعبت الجناية قيمته، أو إطلاق ما قابل الجناية إن لم يستوعب.

للمولى شيء، لأن العبد ماله، ولا يثبت له مال على ماله، وإلا لزم تحصيل الحاصل، بخلاف القصاص في النفس والطرف، لأنه شرع للزجر والانتقام، والعبد أحق بهما سيما عن سيده.

قوله: " ولو كانت الجناية على من يرثه المالك... الخ "

إذا جنى العبد المرهون على من يرثه المالك، فإن كانت في غير النفس فأمره يتعلق بالمجني عليه، وهو في ذلك كأجنبي. وقد تقدم حكمه. وفي عبارة المصنف بسبب ذلك تجوز، لأنه جعل الحكم في جميع الأقسام للمالك. وإن كانت نفساً وأوجبت قصاصاً فله قتله، لأنه لا يخرج عن حكم القسمين (١) السابقين. وهو واضح. وإن اختار الاسترقاق، أو كانت خطأ، أو كان المورث قد مات في القسم الأول قبل الاستيفاء، ثبت للمالك ما كان يثبت لمورثه من الحكم قصاصاً ومالاً، فله فكه من الرهن لأجل المال.

والفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه - مع أن الحق للمولى في الموضوعين - أن الواجب في الجناية على المولى له ابتداء، ويمتنع أن يجب له على ماله مال، كما مر، أما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداءً للمجني عليه، وإنما ينتقل الحق إلى الوارث من المورث، وإن كان دية، لأنها محسوبة من تركته، يوفي منها دينه وينفذ وصاياه. وكما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده، لا يمتنع انتقاله عنه إليه، فيفكه من الرهن لذلك.

ونبه بالفرق على خلاف بعض الشافعية (٢)، حيث حكم بسقوط المال بانتقاله

(١) في هامش " ه " و " و " : " القسمان هما الجناية على نفس السيد وعلى نفس الأجنبي، والقصاص ثابت فيهما. بخطه قدس سره "

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٤٥٣، الفتح العزيز ١٠: ١٥٣ - ١٥٤.

ولو أتلّف الرهن متلف، ألزم بقيمته وتكون رهنا، ولو أتلّفه المرتهن. لكن لو كان وكيلا في الأصل لم يكن وكيلا في القيمة، لأن العقد لم يتناولها.
ولو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن. فلو عاد خلا، عاد إلى ملك الراهن.

إلى سيده، ويبقى رهنا، للوجه الذي انتفى لو كان المال للسيد ابتداء. قوله: " ولو أتلّف الرهن متلف ألزم بقيمته وتكون رهنا... إلخ ".
الاتلاف مشعر بالمباشرة، وهو يقتضي الضمان. والحاصل: أن إتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمة، سواء كان المتلف الراهن أم المرتهن أم الأجنبي، كان العوض رهنا، لكن لو كان المرتهن وكيلا في حفظ الأصل، أو في بيعه، بطلت وكالته. والفرق بين الرهن والوكالة - مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين - أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفى الحق من قيمتها، فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن، بخلاف الوكالة، فإنها إذن منوطة بما عينه المالك. والأغراض تختلف كثيرا في حفظ الأموال وبيعها باختلاف الأشخاص، فربما استأمنه على عرض ولا يستأمنه على قيمته. وربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه، وليس بعارف بغيره.

قوله: " ولو رهن عصيرا فصار خمرا، بطل الرهن فلو عاد خلا عاد إلى ملك الراهن ".

إنما يبطل الرهن بذلك بطلانا مراعى ببقائه كذلك أو بتلفه، فلو عاد خلا عاد الرهن، وإن كانت عبارة المصنف تؤذن بخلاف ذلك، من حيث البطلان، ومن قوله: " عاد إلى ملك الراهن "، فإنه يشعر بعدم عوده رهنا، كما لو ملك الراهن الرهن بعد انتقاله عن الرهن (١) بوجه من الوجوه. ولو قال: فلو عاد خلا رجع رهنا،

(١) كذا في " س " وفي غيرها " عن الرهن ". والأولى " عنه " .

ولو رهن من مسلم خمرا لم يصح. فلو انقلب في يده خلا، فهو له على تردد.

كان أحصر وأفاد الحكمين، فإن عوده رهنا يستلزم عود ملك الراهن. والحاصل: أنهم لا يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال أثره بالكلية، بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقية. وتبقى علاقة الرهن، لبقاء أولوية المالك على الخمر المتخذ للتخلييل، فكأن الملك والرهن موجودان فيه بالقوة القريبة، لأن تخلله متوقع. والزایل المعبر عنه بالبطلان الملك والرهن بالفعل، لوجود الخمرية المنافية. ونظير ذلك أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت بذلك من حكم العقد، وحرّم وطؤها عليه، فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد. وكذلك إذا ارتد أحد الزوجين.

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

قوله: " ولو رهن من مسلم خمرا لم يصح، فلو انقلب في يده خلا فهو له على تردد "

ضمير " له " يعود على المرتهن المدلول عليه ب " رهن "، فإنه يقتضي رهننا ومرتها. والمراد: أنه إذا رهنه الخمر وأقبضه إياها لم يصح الرهن، لأن الخمر لا تملك للمسلم وإن اتخذت للتخلييل، فإذا دفعها إلى المرتهن وتخللت في يده ملكها المرتهن، لاستيلاء يده عليها، كما يملك سائر المباحات التي لا يد لأحد عليها بذلك. ووجه التردد في ذلك: مما ذكر، ومن أن يد الأول لم تزل بالرهن، لأن الراهن له يد على الرهن في الجملة، وهي أسبق. ويقوى ذلك لو كانت محترمة، وهي التي اتخذها الراهن للتخلييل، أما غيرها فالأول أقوى.

وكذا لو جمع خمرا مرقا. وليس كذلك لو غصب عصيرا.

قوله: " وكذا لو جمع خمرا مرقا " .

أي جمعه وصار في يده خلا، فإنه يكون له على تردد فيه، مما ذكر سابقا. ويزيد احتمال كونه للأول ضعفا بخروج أولوية يده بإراقتها، فانتفى تعلقه بها بالكلية، فتكون ملكا للثاني.

وربما وجه ملك الأول بأن جمع الثاني لها محرم، فلا تثبت يده عليها، فلا يصح تملكها. وهو ممنوع، لأن تحريم الجمع إنما يتم لو لم يرد التخليل، وأما لو أراد صح له ذلك، كما يصح إبقاؤها وحفظها لذلك، ومن ثم سميت محترمة، أي يحرم غصبها وإتلافها على من هي في يده، ولولا احترامها لأدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة، فالقول بملك الجامع لها أقوى. واعلم أن الخمر مؤنث سماعي، فحق الضمائر العائدة إليها أن تكون مؤنثة، وهي في عبارة المصنف ليست كذلك، لكنه جائز غير فصيح.

قوله: " وليس كذلك لو غصب عصيرا " .

بمعنى أنه لو غصب عصيرا فصار في يد الغاصب خمرا ثم عاد خلا، فإن الغاصب لا يملكه، بل يكون ملكا للمغصوب منه، لأنه غصبه وهو ملكه، فلم يكن ليد الغاصب أثر. وإن كان قد ينقذ احتمال ملكه، من حيث زوال ملك المغصوب منه بصيرورته خمرا، فتصير كالمعدوم، فإذا تخللت في يد الغاصب ملكها باليد الطارئة بعد التخليل. ولا يؤثر كونه غاصبا قبل ذلك، لأن الغصب زال بالخمرية، حيث لم يبق مالا. وهو ممنوع بما تقدم من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخليل، كيف وقد كانت من قبل مالا محضا.

ولقد كان على المصنف أن يذكر قبل هذه المسألة حكم من غصب خمرا من غيره فتخلل في يده، فإن في ملك الغاصب له خلافا مشهورا، ثم يقول: وليس كذلك لو غصب عصيرا، إذ لا خلاف في هذه. وأيضا فالحكم السابق ليس فيه

ولو رهنه بيضة فأحضنها، فصارت في يده فرخا، كان الملك والرهن باقيين. وكذا لو رهنه حبا فزرعه.

وإذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما، كانت حصة كل واحد منهما رهنا بدينه. فإذا أده صارت حصته طلقا، وإن بقيت حصة الآخر.

حكم غصب الخمر، وإنما فيه جمع المراق ورهنه. وكلاهما لا يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير، وإن كان في الحقيقة مسلوبا، إذ ليس من شكله. وإنما يناسبه سلب حكم غاصب الخمر إن حكم فيه بملك الغاصب، كما اختاره جماعة (١). قوله: " ولو رهنه بيضة - إلى قوله - فزرعه ".

وجهه واضح، فإن هذه الأشياء نتيجة ماله، ومادتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغير. والاستحالات المتجددة صفات حصلت فيها، وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكونات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له، فليس للمرتهن في ذلك شئ.

ونبه بذلك على خلاف من قال: إن هذه التغيرات تفيد ملك القابض، تنزيلا للعين بمنزلة التالف، فغايتها ضمان المثل أو القيمة. وهو ضعيف جدا. وقد ذكروا هذه المسألة في باب الغصب. وخالف فيها جماعة من العامة (٢) والشيخ (٣) من أصحابنا في بعض أقواله.

قوله: " إذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما... إلخ ".

هذا عندنا موضع وفاق، ووجهه أن رهن كل منهما عند الاطلاق ينصرف إلى دينه لا إلى دين صاحبه، فإن ذلك هو مقتضى العرف، إلا أن يصرحا بكون كل منهما قد رهن على حصته على دينه ودين صاحبه، فإنه حينئذ لا ينفك إلا بوفاء الدينين. ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (٤)، حيث حكم بأن الاطلاق منصرف إلى

(١) منهم العلامة في القواعد ١: ٢٠٦، وولده فخر المحققين في الإيضاح ٢: ١٥.

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

(٣) الخلاف ٣: ٤٢٠، المبسوط ٣: ١٠٥.

(٤) بدائع الصنائع ٦: ١٣٨، فتاوى قاضيخان " المطبوع بهامش الفتاوى الهندية " ٣: ٥٩٩.

الثالث: في النزاع الواقع فيه.

وفيه مسائل:

الأولى: إذا رهن مشاعا، وتشاح الشريك والمرتهن في إمساكه، انتزعه الحاكم وآجره إن كان له أجره، ثم قسمها بينهما بموجب الشركة، وإلا استأمن عليه من شاء، قطعاً للمنازعة.

الثانية: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة إلى الوارث، فإن امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك، فإن اتفقا على أمين، وإلا استأمن عليه الحاكم.

جعل كل منهما على الدينين، فلا ينفك حتى يوفيا معا، ويكون حصة كل منهما بالنسبة إلى دين الآخر بمنزلة المستعار للرهن. وإنما يقع الاشتباه في المسألة لو جعلنا إطلاق الرهن موجبا لكونه على كل جزء من الدين. ولو قلنا بانفكاكه أجمع عند وفاء بعض الدين فلا شبهة هنا في الانفكاك. وقد تقدم (١) البحث في ذلك.

قوله: " إذا رهن مشاعا - إلى قوله - إن كان له أجره ". لا فرق بين اختلافهما في إمساكه لاغ جل القبض وإمساكه لأجل الاستيمان إلى أن يحل الأجل، فإن الحاكم ينصب له عدلا ليقبضه عن الرهن، وليكن بإذن الراهن، وللأمانة. ثم إن كان ذا أجره الحاكم أو من نصبه مدة لا تزيد عن أجل الحق، فلو زادت بطل الزائد، وتخير المستأجر مع جهله إلا أن يجيز المرتهن. ثم إن قلنا بدخول النماء المتجدد في الرهن تعلق الرهن بحصة الراهن من الأجره، وإلا فلا.

قوله: " إذا مات المرتهن - إلى قوله - كان له ذلك ". قد تقدم أن الرهن لا يبطل بموت كل منهما، لأنه لازم من جهة الراهن،

(١) في ص: ٥٣.

الثالثة: إذا فرط في الرهن وتلف لزمته قيمته يوم قبضه، وقيل: يوم هلاكه، وقيل: أعلى القيم.

وحق للمرتهن، ولكن الوكالة في حفظه وبيعه تبطل، لفوات متعلقها وإن كانت مشروطة في عقد لازم، فإن الأغراض تختلف في الاستيمان باختلاف الأشخاص. وحينئذ فإن اتفقا على أمين وإلا رجع (١) أمره إلى الحاكم، لأنه ولي الممتنع. وهذا كله واضح.

قوله: " إذا فرط في الرهن - إلى قوله - أعلى القيم "

حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه مبني على أن القيمي يضمن بمثله. ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر، لأنه ثم لم يكن مضمونا، فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان.

والقول بضمانه يوم هلاكه للأكثر، ومنهم المصنف في النافع (٢)، لأنه وقت الحكم بضممان القيمة، لأن الحق قبله كان منحصرًا في العين، وإن كانت مضمونة. هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو بسبب نقص في العين غير مضمون، أما لو فرط فنقصت العين بهزال ونحوه ثم هلك اعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف كالغاصب، لأن ضمان الأجزاء تابع لضمان العين.

والقول بأعلى القيم يحتمل ما ذكرناه، ووجهه واضح، وأن يريد به الأعلى من حين التلف إلى الحكم عليه بالقيمة، وهو قول ابن الجنيد (٣)، والأعلى من حين القبض إلى يوم التلف مساواة للغاصب. حكاها في النافع (٤) ونسب إلى الشيخ في المبسوط (٥). وأطلق جماعة الأعلى كما أطلق المصنف. ويضعف قول ابن الجنيد بأن المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي، والأخير بأنه غير مضمون قبل التفريط، فلا

(١) في " ب " رفع.

(٢) المختصر النافع ١: ١٣٨.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤١٧.

(٤) المختصر النافع ١: ١٣٨.

(٥) نسبه السيوري إلى الشيخ في المبسوط راجع التنقيح الرائع ٢: ١٧٤ ولم نثر عليه في المبسوط.

فلو اختلفا في القيمة كان القول قول الراهن. وقيل: القول قول المرتهن. وهو أشبه.
الرابعة: لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن.
وقيل: القول قول المرتهن، ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن. والأول أشهر.

وجه لاعتبار قيمته.

هذا كله إذا كان قيميا، ولو كان مثليا ضمن بمثله إن وجد، وإلا فقيمة المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب قبله إنما كان المثل، وإنما انتقل إلى القيمة حينئذ لتعذر المثل، بخلاف القيمي، فإن القيمة استقرت في الذمة من حين التلف قطعا، وإنما يقع الاشتباه في قدرها حينئذ بسبب الاعتبارات السابقة.
قوله: " فلو اختلفا في القيمة فالقول قول الراهن... إلخ ".
الأشبه أشبه، لأنه منكر للزائد، والأصل عدمه وبراءته منه. والقول الأول للأكثر، نظرا إلى كون المرتهن صار خائنا، فلا يقبل قوله. ويضعف بأننا لم نقبل قوله من هذه الحيثية، بل لما ذكرناه.

قوله: " لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن... إلخ ".
الأول قول الأكثر. وهو الأقوى، لأصالة عدم الزيادة وبراءة ذمة الراهن، ولأنه منكر فيكون القول قوله، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (١)، وموثقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام (٢). والقول الثاني لابن الجنيد (٣)، استنادا إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام: " إن عليا عليه السلام قال:

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

(٢) التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٧٠، الاستبصار ٣: ١٢١ ح ٤٣٣، والوسائل ١٣: ١٣٨ ب " ١٧ " من أبواب كتاب الرهن ح ٣.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤١٧.

يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه " (١). والرواية - مع ضعفها وندورها - معارضة للصحيح مخالفة للأصل.

بقي في المسألة شيء، وهو أن المصنف في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيد بأن القول قول المرتهن ما لم تستغرق دعواه الرهن. ومقتضاه أنه مع الاستغراق لا يقدم قوله، سواء ادعى أن الدين بقدر قيمة الرهن أم أزيد، لتحقق الاستغراق فيهما. وفي النافع (٢) نقل القيل بتقديم قوله ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن. وكذا عبر أكثر الجماعة. ومقتضاه أنه لو ادعى قدر الدين كان القول قوله. والموجب لهذا الاختلاف عبارة ابن الجنيد، فإنه قال: " المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن، فإن زادت دعوى المرتهن على القيمة لا تقبل إلا ببينة " (٣) فإنه في أول العبارة جعل غاية التصديق إحاطة الدعوى بالثمن، والغاية خارجة عن المغيا، فيقتضي عدم التصديق مع الإحاطة، وعقبه بقوله: فإن زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل، ومفهوم الشرط أنه مع عدم الزيادة يقبل. فقد تعارض في كلامه مفهوما غاية والشرط، فاختلف النقل عنه لذلك.

وأما الرواية التي هي مستند الحكم فقد ذكرنا لفظها سابقا لذلك (٤). وحاصلها جعل الإحاطة غاية القبول، ولم يتعرض للزيادة. وحينئذ فيبني على أن الغاية هل هي داخلية في المغيا حيث تنفصل منه حسا أم لا؟ ويبني على ذلك دلالة الرواية. لكن لما كان المختار والمتضح خروجها جعل المصنف في هذا الكتاب شرط القبول عدم الاستغراق، مضافا إلى صدر كلام ابن الجنيد. والجماعة - ومنهم المصنف في النافع - نظروا إلى مجرد كلام ابن الجنيد، واعتبروا منه مفهوم الشرط،

(١) الفقيه ٣: ١٩٧ ح ٨٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٥، التهذيب ٧: ١٧٥ ح ٧٧٤،

الوسائل ١٣: ١٣٨ ب " ١٧ " من أبواب كتاب الرهن ح ٤.

(٢) المختصر النافع ١: ١٣٩. ولكنه لم يسند القول إلى القيل بل إلى الرواية.

(٣) راجع المختلف: ٤١٧.

(٤) في " س " كذلك.

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

وحملوا الغاية عليه جمعا، لأنه الأقوى. وإنما يظهر أثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله وعملنا بالرواية، وحيث أطر حناهما سهل الخطب. قوله: " لو اختلفا في متاع فقال أحدهما: هو وديعة... إلخ ". القول الأول للأكثر، وعليه العمل، لأصالة عدم الرهن، ولأن المالك منكر، فيكون القول قوله، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (١). والقول الثاني للشيخ - رحمه الله - في الاستبصار (٢). وقبله الصدوق (٣)، لرواية عباد بن صهيب (٤) وابن أبي يعفور (٥) عن الصادق عليه السلام. وفيهما - مع ضعفهما - مخالفة

الأصل ومعارضة الصحيح. وفصل ابن حمزة (٦) فقبل قول المرتهن إن اعترف الراهن له بالدين، وقول الراهن إن أنكره، للقرينة. وفيه أيضا جمع بين الأخبار، ولكن قد عرفت ما فيه.

واعلم أن المراد بقول المصنف: " أحدهما " هو المالك، بقرينة ما بعده، وبعدم الفائدة لو كان غيره، فلو أبدله به كان أولى.

(١) المتقدمة في ص ٧٤.

(٢) الاستبصار ٣: ١٢٣.

(٣) المقنع: ١٢٩.

(٤) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٤، الفقيه ٣: ١٩٥ ح ٨٨٨، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٦، التهذيب

٧: ١٧٦ ح ٧٧٦، الوسائل ١٣: ١٣٧ ب " ١٦ " من أبواب الرهن ح ٣.

(٥) الكافي ٥: ٢٣٧ ح ١، الفقيه ٣: ١٩٩ ح ٩٠٦، رواه عن فضالة، عن أبان عن أبي عبد الله

عليه السلام، الاستبصار ٣: ١٢٣ ح ٤٣٧، التهذيب ٧: ١٧٤ ح ٧٧١ بتفاوت، الوسائل

١٣: ١٣٦ ب " ١٦ " من أبواب كتاب الرهن ح ٢.

(٦) الوسيلة ٢٦٦.

السادسة: إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع، ثم اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بعده، كان القول قول المرتهن، ترجيحاً لجانب الوثيقة، إذ الدعويان متكافئتان.

قوله: " إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ثم اختلفا... إلخ "

وجه التكافؤ: أن الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع، والأصل عدمه، والمرتهن يدعي تقدم الرجوع على البيع، والأصل عدم تقدمه أيضاً، فتكافؤ الأصلان فيتساقطان، ويبقى حكم الرهن على العين باقياً، وهو ترجيح جانب الوثيقة. وفيه: أن أصالة بقاء الرهن معارض أيضاً بأصالة صحة البيع، لأن وقوعه معلوم، كما أن وقوع الرهن معلوم، فيتعارضان أيضاً ويتساقطان، ويبقى مع الراهن ملكية المرهون وصحة تصرفه فيه، فإن الناس مسلطون على أموالهم. فإن قيل: أصالة صحة العقد مترتبة على سبقه على الرجوع (١)، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد.

قلنا: وأصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع للبيع، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها. نعم يمكن دفعه بوجه آخر، وهو أن صحة العقد غير معلومة، لقيام الاحتمال المذكور، وصحة الرهن معلومة، لوقوعها سابقاً جامعة للشرائط، وإنما حصل الشك في طروء (٢) المبطل، فيرجح، لأنها أقوى من هذه الجهة. فإن قيل: أن الأصل وإن كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن، إلا أن الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعا لشرائطه، وليس ثم ما يخل بصحته إلا كون الرجوع قبله. ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك، والاستناد إلى أصالة بقاء الإذن السابق، لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه، بل يكفي عدم العلم بوقوعه، وإلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية، إذ لا قطع بانتفاء

(١) في أصل النسخ " الإذن " بدل " الرجوع " والتصحيح من هامش " و " و " ن ".
(٢) في " ه " و " م ": طرف.

الموانع وحينئذ فينتفي (١) حكم كل من الأصليين السابقين. قلنا: لا نسلم وقوع البيع جامعا لشرائطه الشرعية، لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن، وحصوله غير معلوم.

وتنتفح ذلك: أن الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن إلا بإذن معلوم من المرتهن حالة البيع. ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه، لا في وجود المانع. ومعلوم أن الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه، بل لا بد من العلم بحصوله، ليرتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب، كالصلاة مع يقين الطهارة سابقا والشك في بقائها الآن. والأمر هنا كذلك، فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الآن، والشرط المقتضي لصحة البيع وإن كان معلوم الوقوع، لكن لا في زمان البيع، لا باليقين ولا بالاستصحاب، فيرجح جانب الوثيقة كما ذكرناه.

بقي في إطلاق الحكم بذلك بحث آخر، وهو أن ذلك كله إنما يتم حيث يطلقان الدعويين من غير اتفاق منهما على زمان معين للبيع أو الرجوع، أو مع اتفاقهما على وقت واحد، ليتحقق تعارض الأصول المذكورة، أما لو اتفقا على زمان أحدهما واختلفا في تقدم الآخر، فإن الأصل مع مدعي التأخر ليس إلا. ووجه ذلك أنهما لو اتفقا مثلا على وقوع البيع يوم الجمعة، وادعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمان، فالأصل يقتضي تأخره، لأن ذلك حكم كل حادث إلى أن يعلم وجوده، وإنما علم وجوده بعد البيع، فيقدم قول الراهن. ولو انعكس بأن اتفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة، وادعى الراهن وقوع البيع قبله، من غير اتفاق على وقت، فالأصل يقتضي تأخره إلى أن يعلم وجوده، وإنما علم بعد زمان الرجوع، فيقدم قول المرتهن.

(١) في "س" و "م" : فيبقى.

السابعة: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد، ويجبر الممتنع. ولو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا، ردهما الحاكم إلى الغالب، لأنه الذي يقتضيه الاطلاق. ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق.

وهذا التفصيل هو الأقوى، وهو خيرة الدروس (١). وفيما عداه يقدم قول المرتهن كما ذكره الأصحاب، لقيام الدليل على ترجيح جانب الوثيقة، كما حققناه. قوله: " إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد، ويجبر الممتنع "

المراد أن أحدهما طلب ببيعه بالنقد الغالب والآخر بغيره، فإنه يباع بالنقد الغالب (في البلد) (٢)، لانصراف الاطلاق إليه. وإنما فسرنا بذلك ليحصل الفرق بينهما وبين المسألة الآتية حيث قال: " ولو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب " فإن اختلافهما مع اتحاد النقد الغالب منحصر في كون أحدهما موافقا والآخر مخالفا، أو كونهما مخالفتين، فالأول هو الأول والثاني الثانية. ولقد كان ذكر الأولى مغنيا عن الثانية، لامكان أخذها مطلقة بحيث تشملهما.

وتوقف ردهما على الحاكم إنما يحتاج إليه مع عدم كون المرتهن وكيلا، أو معه وقد أراد بيعه بغير الغالب، أما لو كان وكيلا وكالة لازمة وأراد بيعه بالغالب لم يتوقف على إذن الحاكم، ولم يلتفت إلى معارضة الآخر، لانصراف الاطلاق إلى ذلك شرعا وعرفا.

قوله: " ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق ". أي يباع الرهن بما ناسب الحق المرهون عليه، وهو ما يكون من جنسه إن اتفق موافقة أحدهما له، فإن بايناه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين. قال في الدروس:

(١) الدروس: ٤٠٥.

(٢) من " ه " فقط.

الثامنة: إذا ادعى رهانة شيء، فأنكر الراهن، وذكر أن الرهن غيره، وليس هناك بينة، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن، وحلف الراهن على الآخر، وخرجنا عن الرهن.

" ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفا إلى الحق تعين " (١). وهو حسن. وفي قول المصنف: " أشبههما بالحق " تجوز، فإنه مع مناسبة أحدهما له لا يتحقق المشابهة، فإن الشيء الواحد لا يشبه نفسه. وإن خالفاه كان الأسهل صرفا أولى كما ذكره في الدروس، أو كانا سواء كما اختاره في القواعد (٢). وأما مجرد القرب إلى المشابهة مع تحقق المباينة - خصوصا مع بعده عن صرفه إليه عن الآخر - فلا يصلح مرجحا. والظاهر أنه أراد بالمشابهة الموافقة (٣). وفي التحرير: " لو بايناه بيع بأوفرهما حظا " (٤). وهو أقعد من الجميع، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك. قوله: " إذا ادعى رهانه شيء فأنكر الراهن وذكر أن الرهن غيره... إلخ ".

إنما انتفى ما ينكره المرتهن لأن الرهن لمحض حقه فإذا نفاه انتفى عنه بغير يمين، وأيضا فالعقد جائز من طرفه، فانكاره يكون فسخا لرهانه لو كان، وتبقى اليمين على الراهن لنفي ما يدعيه، لرجوع النزاع إلى أن ما يدعيه المرتهن هل هو رهن أم لا؟ والقول قول المالك في عدمه. ولا إشكال في ذلك إذا كان الرهن المتنازع فيه غير شروط في عقد، أما لو كان كذلك ففي بقاء الحكم السابق وجهان، من بقاء المعنى الذي أوجب ذلك

(١) الدروس: ٤٠١ - ٤٠٢.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٣.

(٣) فيما عدا " س " و " م ": الموافق.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٠٦.

التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالا واختلفا، فالقول قول الدافع لأنه أبصر بنيته. وإن اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه، إذا لم يكن بينة.

الحكم، وهو انتفاء ما يدعيه المرتهن، وقبول قول الراهن فيما ينكره، ومن أن إنكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن من حيث إنه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان لزوم ذلك العقد، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن، فإن شرط الرهن من مكملات الثمن، فكل واحد يدعي ثمنا غير ما يدعيه الآخر، فهو كما لو قال: بعثك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية، وقد تقدم أن الحكم في مثل ذلك التحالف وفسخ العقد.

وقرب في القواعد (١) تقديم قول الراهن. ويشكل معه بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط، حيث انتفى كل واحد من الفردين المتنازع في رهنهما، أحدهما بنفي المرتهن، والآخر بانكار الراهن، والحال أنهما متفقان على وقوع عقد بشرط ولم يحصل. وكذلك يشكل فسخه في حق الراهن بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن ما ينفيه، مع إطلاق الأدلة بوجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل على فسخه دليل، فالقول بالتحالف وفسخ العقد بعد ذلك إن أراد المرتهن أقوى. قوله: " لو كان له دينان أحدهما برهن - إلى قوله - أبصر بنيته ". لا شبهة في تقديم قوله، لأن النية من الأمور الخفية التي لا تعلم إلا من قبله، ولكن هل يلزمه مع ذلك يمين؟ يحتمل العدم، لأن دعوى غريمه غير معقولة، إذ لا اطلاع له على نفسه. والحق ثبوته، لا مكان اطلاعه عليه بإقراره، ولسماع الدعوى فيما يخفى بمجرد التهمة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. فلا فرق حينئذ بين تنازعهما على النية ابتداء وعلى اللفظ، بأن ادعى عليه أنك قلت: إنه عن الدين الفلاني. وعبارة المصنف ظاهرة في القسم الأول. قوله: " ولو اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن ".

(١) قواعد الأحكام ١٦٦١.

لأصالة عدم الرد، فيلزم المرتهن بالمثل أو القيمة، لا بالعين، لا مكان أن لا يكون في يده، فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس. والفرق بين المرتهن والمستودع، حيث قبل قوله في الرد، أن المستودع قبض لمصلحة المالك، فهو محسن محض و" ما على المحسنين من سبيل " (١)، بخلاف المرتهن فإنه قبض لمصلحة نفسه. ومثله المستعير والمقارض والوكيل بجعل. والله الموفق.

(١) التوبة: ٩١.

كتاب المفلس

المفلس: هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقي فلوسه.
والمفلس: هو الذي جعل مفلسا، أي منع من التصرف في أمواله.

قوله: " المفلس هو الفقير - إلى قوله - في أمواله ".
عرف المصنف المفلس بتعريفين، أحدهما لغوي والآخر شرعي، فأشار إلى الأول بقوله: " هو الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه ". فهو مأخوذ من الفليس واحد الفلوس، يقال: أفلس الرجل - بصيغة اللزم - فهو مفلس - بكسر اللام - إذا صار كذلك، كما يقال: أذل الرجل إذا صار ذا ذل، وأسهل وأحزن إذا صار إلى السهل والحزن، كما صار هذا إلى الفلوس. وهذا على سبيل الكناية، لأن الغرض ذهاب ماله أو أكثره بحيث لا يبقى منه إلا الردي كالفلوس. ويقال له مفلس بالفتح، يقال: فلسه القاضي تفليسا إذا حكم بإفلاسه.
وإلى الثاني بقوله: " والمفلس... إلى آخره ". وهو - بفتح اللام - أي المجعول مفلسا، وهو الممنوع من التصرف في أمواله، وهذا ليس على وجه التعريف الحقيقي، بل على وجه الايضاح لمعناه الشرعي، وإلا فالممنوع من التصرف في ماله أعم من المفلس، بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر، كما سيأتي.
وكلام المصنف يؤذن بأنه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لأجل الفليس، بل فيه أن تفليسه هو الحجر عليه، كما يقال: فلسه القاضي إذا صيره مفلسا بمنعه له من التصرف. وكلام الفقهاء في هذا الباب مختلف، فإن منهم من جعل التفليس هو الحجر المذكور، كما صنع المصنف، فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا وإن استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها، ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك

ولا يتحقق الحجر عليه إلا بشروط أربعة:
الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم.
الثاني: أن تكون أمواله قاصرة عن ديونه.

وإن لم يحجر عليه. ولهذا يقولون: الفلاس من أسباب الحجر، ويقولون: لو مات
المفلس قبل الحجر عليه لم يترتب الأحكام، ويقولون: شرط الحجر على المفلس
التماس الغرماء له. وسيأتي في عبارة المصنف أنه لا يحجر على المفلس إلا بحكم
الحاكم، وغير ذلك من الأحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة، لكثرة استعمال
الفقهاء له بهذا المعنى. وإطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز إما بما يؤول إليه، أو
باعتبار المعنى اللغوي، فإنه مجاز شرعي بعيد. وأكثر الفقهاء منا ومن غيرنا عرفوه
شرعا بأنه من عليه ديون ولا ماله له يفي بها. وهذا شامل لغير المحجور عليه.
والحق أن الفلاس سابق على الحجر ومغاير له، وهو أحد أسبابه كما ذكروه، لا
عينه، ولا الحجر جزء مفهومه. نعم، قد يطلق التفليس على حجر الحاكم
على المفلس، كما يقال: فلسه القاضي، لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب.
وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلاس والصغر، كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه
المرتبة، وكذا السفية، ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي للفلاس،
لأنه ليس بشرط في تحقق مفهومه شرعا، كما حققناه.

وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم وخصوص من وجه، يجتمعان
في من عليه الديون ولا مال له، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين،
وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد عن ماله. وعلى ما يظهر من
تعريف المصنف وبعضهم فهما متباينان.

قوله: " أن تكون أمواله قاصرة عن ديونه "

فلو كانت مساوية لها أو زائدة لم يحجر عليه عند علمائنا أجمع، بل يطالب
بالديون فإن قضاها وإلا تخير الحاكم مع طلب أربابها بين حبسه إلى أن يقضي المال
وبين أن يبيع متاعه ويقضي به الدين. ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه أمارات

ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون.
الثالث: أن تكون حالة.

الفلس - مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما في يده بإزاء ديته، ولا وجه لنفقته إلا ما في يده - ومن لم يظهر، كمن كان كسوباً ينفق من كسبه، خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد أقواله، وعلى من ظهرت عليه أماراته في آخر، ووافقنا في ثالث. (١)

قوله: " ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون ".
هي الأموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته، كالأعيان التي اشتراها واستدانها، وإنما احتسبت من جملة أمواله لأنها ملكه الآن، وإن كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا بالعوض. وكما تحتسب من أمواله تحتسب أعواضها من جملة ديونه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢) حيث زعم أنها لا يقوم، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا يحتسب من ماله، ولا عوضها عليه من دينه.

واعلم أن ضمير " أمواله " يعود إلى المفلس المبحوث عنه وإن كان هذا الحساب قبل الحجر، لما قد بينا من تحقق الوصف قبل الحجر. وعلى ما ذكره المصنف يرجع إليه بطريق التجوز، أو إلى المديون الذي يراد تعلق الحجر به، لدلالة المقام عليه وإن لم يجر له ذكر.
قوله: " أن تكون حالة " .

فلو كانت مؤجلة لم يحجر عليه وإن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبة في الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة. ولو كان بعضها حالاً أعتبر قصور ماله عنه خاصة، فلو وفى به لم يحجر عليه وإن لم يبق للمؤجل شيء، وإن قصر عن الحال

(١) لم نجد للشافعي هذه الأقوال الثلاثة، ولكن هناك في كلمات الشافعية ما يدل على بعضها.

راجع فتح الوهاب ١: ٢٠١، فتح العزيز ١٠: ٢٠٣.

(٢) لعل المراد به ابن الصباغ الشافعي صاحب كتاب " الشامل في الفقه الشافعي " وليس لدينا

كتابه. راجع التكملة الثانية للمجموع ١٣: ٢٧٨.

الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه. ولو ظهرت
أمارات الفلاس لم يتبرع الحاكم بالحجر. وكذا لو سأل هو الحجر.
وإذا حجر عليه تعلق به منع التصرف، لتعلق حق الغرماء،
واختصاص كل غريم بعين ماله، وقسمة أمواله بين غرمائه.

حجر عليه لها وقسم عليها، ولا يدخر للمؤجل شيء.
قوله: " أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه ".
لأن الحق لهم فلا يتبرع الحاكم عليهم به. نعم، لو كانت الديون لمن له عليه
ولاية كالطفل اليتيم والمجنون والسفيه كان له الحجر، وكذا لو كان بعضها كذلك مع
التماس الباقيين.

ولو كانت الديون لغائب لم يكن للحاكم الحجر عليه، لأن الحاكم لا يستوفي
ما للغائب في الذمم، بل يحفظ أعيان أمواله وإنما يحجر عليه مع التماس البعض إذا
كانت ديونهم بقدر يجوز الحجر به عليه، ثم يعم الحجر الجميع، لثبوت الديون
كلها، واستحقاق أربابها المطالبة بها، بخلاف المؤجلة. واستقرب في التذكرة (١) جواز
الحجر بالتماس بعض أرباب الديون الحالة وإن لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله.
قوله: " وكذا لو سأل هو الحجر عليه ".

هذا هو المشهور، لأن الحجر عقوبة، والرشد والحرية ينافيانه، فلا يصار إليه
إلا بدليل صالح، وإنما يتحقق مع التماس الغرماء. واستقرب في التذكرة (٢) جواز
إجابته محتجاً بأن في الحجر مصلحة للمفلس، كما فيه مصلحة للغرماء، فكما يجاب
الغرماء إلى ملتسمهم حفظاً لحقوقهم فكذا المفلس ليسلم من حق الغرماء ومن الإثم
بترك وفاء الدين، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ

(١) التذكرة ٢: ٥٢.

(٢) التذكرة ٢: ٥٢.

القول
في منع التصرف
ويمنع من التصرف احتياطا للغرماء، فلو تصرف كان باطلا،

بالتماسه خاصة (١).

قوله: " ويمنع من التصرف، احتياطا للغرماء " .

إنما يمنع من التصرف المبتدأ في المال لا من مطلق التصرف، فلا يمنع من
الفسخ بالخيار والعيب، لأنه بابتداء تصرف - وسيأتي التنبيه (٢) عليه في كلام
المصنف - ولا من التصرف في غير المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو
عنه ونحوهما. ولعل المصنف نبه على ذلك بقوله: " احتياطا للغرماء " إذ لا ضرر
على الغرماء في ذلك. وكذا لا يمنع مما يفيد تحصيل المال ولا يقتضي تصرفا فيه،
كالاحتطاب، والاتهاب، وقبول الوصية، فيملك بذلك وإن منع من التصرف فيه
بعده. وكان على المصنف أن ينبه على ذلك.

قوله: " فلو تصرف كان باطلا " .

أي تصرف فيما يمنع من التصرف فيه. والبطلان الذي حكم به يمكن أن
يريد به حقيقته بمعنى بطلان التصرف من رأس، لمنعه منه شرعا، فتكون عبارته
مسلوبة كعبارة الصبي، فلا تصح وإن لحقته الإجازة. وهذا هو المناسب للحجر،
فإن معنى قول الحاكم: حجرت عليك، منعتك من التصرفات. ومعناه تعذر وقوعها
منه. وهو أحد الوجهين في المسألة.

ويمكن أن يريد به عدم نفوذه بحيث لا يتوقف على شيء، على وجه المجاز،
فلا ينافي صحته لو أجازه الغرماء، أو فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم. وهو

(١) التذكرة ٢: ٥٢ راجع سنن البيهقي ٦: ٤٨ .

(٢) في ص: ٩٤ .

سواء كان بعوض، كالبيع والإجارة، أو بغير عوض، كالعتق والهبة. أما لو أقر بدين سابق صح، وشارك المقر له الغرماء.

الوجه الثاني في المسألة، فإنه لا يقصر عن التصرف في مال الغير، فيكون كالفضولي. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف، لأن المراد منه التصرف المنافي لحق الغرماء، كما مر، إذ لا دليل على إرادة غيره، ولأن عبارته لا تقصر عن عبارة السفية المحجور عليه مع صحة تصرفه الملحق بإجازة الولي. ولعل هذا أقوى. فعلى هذا إن أجازته الغرماء نفذ وإلا أحر إلى أن يقسم ماله، لا يباع ولا يسلم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صح، ويتصور الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمة ماله، وبراء بعض الغرماء، ونحو ذلك.

قوله: " سواء كان بعوض كالبيع والإجارة، أو بغير عوض كالعتق والهبة "

المراد بالتصرف الذي بغير عوض ما صادف المال كما ينبه عليه التمثيل بالعتق والهبة، وإلا فالتصرف الذي لا يصادف المال، كله بغير عوض، مع كونه صحيحا، كما بيناه سابقا.

قوله: " أما لو أقر بدين سابق صح، وشارك المقر له الغرماء ". لا اشكال في صحة الاقرار في الجملة، لعموم " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز " (١). وليس الاقرار كالانشاء حيث قيل ببطلانه رأسا، فلا ينفذ بعد الحجر، لأن الغرض من إبطال التصرف إلغاء الانشاء الموجب لاحداث الملك، أما الاقرار فإنه

(١) راجع الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ٢، والمستدرک ١٦: ٣١ ب " ٢ " من كتاب الاقرار ح ١، وعوالي اللئالي ٣: ٤٤٢ ح ٥. وراجع أيضا المختلف: ٤٤٣، والتذكرة ٢: ٧٩، وإيضاح الفوائد ٢: ٤٢٨، وجامع المقاصد ٥: ٢٣٣ فهناك بحث في كون هذه الجملة رواية.

اخبار عن حق سابق لم ييطل (١) بالحجر، فإذا تعلق غرض المفلس ببراءة ذمته بالاقرار
وجب قبوله منه.

وإنما الكلام في أن المقر له هل يشارك الغرماء أم لا؟ فإن فيه خلافاً، فالمصنف
- رحمه الله - قطع بمشاركته، واستقر به العلامة في التذكرة (٢) والتحرير (٣)، وقبلهما
الشيخ في المبسوط (٤)، لأنه عاقل فينفذ (٥)، للخبر (٦)، وعموم الخبر (٧) في قسمة
ماله

بين غرمائه، والمقر له أحدهم، ولأن الاقرار كالبينة، ومع قيامها لا إشكال في
المشاركة، ولانتفاء التهمة على الغرماء، لأن ضرر الاقرار في حقه أكثر منه في حق
الغرماء، ولأن الظاهر من حال الانسان أنه لا يقرب بدين عليه مع عدمه.
ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى، لأننا قبلناه على نفسه، ومن ثم ألزمناه
بالمال بعد زوال الحجر. ولم يدل على أنه جائز على غيره. ولو شارك المقر له الغرماء
لنفذ عليهم، لتعلق حقهم بجميع ماله. ولا معنى لمنعه من التصرف إلا عدم نفوذه
في ماله الموجود، والمشاركة تستلزم ذلك. وتمنع مساواة الاقرار للبينة في جميع
الأحكام. ويظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيمت عليه البينة. وإذا لم تكن
القاعدة كلية لم تصلح كبرى للشكل، ولا ينتج المطلوب. والتهمة موجودة في حق
الغرماء، لأنه يريد إسقاط حقهم باقراره، وتحقق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه

(١) فيما لدينا من النسخ: " لم ييطل به الحجر ". وفي هامش " و " نقلا عن نسخة الشيخ علي حفيد
الشارح " لم ييطل بالحجر ظ ". وهو الصحيح.

(٢) التذكرة ٢: ٥٣.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٢.

(٤) المبسوط ٢: ٢٧٢.

(٥) كذا في النسخ. والمراد نفوذ إقراره. وفي نسخة " ب ": " فينفذ تصرفه ". والظاهر أنه تصحيح
قياسي غير صحيح.

(٦) أي الخبر المتقدم " إقرار العقلاء... ".

(٧) الوسائل ١٣: ١٤٦ ب " ٦ " من كتاب الحجر ح ١.

وكذا لو أقر بعين دفعت إلى المقر له، وفيه تردد، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله.

الضرر عليهم. ولا مكان المواطأة بينه وبين المقر له في ذلك، فلا يتحقق الضرر إلا عليهم. وعلى كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة على الإطلاق، بل غاية أنه قد يكون متهما وقد لا يكون، فلا يصلح جعل عدم التهمة وجهاً للنفوذ مطلقاً. والأقوى عدم المشاركة.

واحترز بالدين السابق عما لو أسند الدين إلى ما بعد الحجر، فإنه لا ينفذ في حق الغرماء، وإن صح الاقرار في نفسه، كما مر، لأن المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت بأعيان أمواله كانت باطلة أو موقوفة، فلا يزيد الاقرار بها عليها. وينبغي تقييده بما يتعلق بالمعاملة ليحصل القطع بعدم المشاركة، أما لو أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جناية ففيه الوجهان السابقان. والفرق أن الجناية والاتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجني عليه، فلا يستند إلى تقصيره، بخلاف المعاملة، لصدورها عن الرضاء والاختيار من الجانبين.

قوله: " وكذا لو أقر بعين - إلى قوله - بأعيان ماله "

جميع ما سبق في تحقيق الوجهين آت هنا. ويزيد ما هنا إشكالا بما أشار إليه المصنف، من تعلق حق الغرماء بأعيان أمواله. وهذا الإشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة، إذ لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقيسيط مساواة لهم، وبين أخذه ذلك البعض تقديماً له عليهم مع تعلق حقهم بالعين، فالقول بعدم النفوذ معجلاً فيهما أقوى. ومما تنفرد به العين لو قلنا بنفوذ الاقرار معجلاً تسليمها إلى المقر له وإن قصر باقي مال (١) المفلس عن ديون الغرماء، لأن الضرب إنما هو بالدين، وصاحب العين يختص بها.

واعلم أن جملة الأقوال في المسألة ارتقت على قدر الاحتمالات الممكنة، وهي

(١) في "س" ما في يد المفلس.

ولو قال: هذا المال مضاربة لغائب، قيل: يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده. وإن قال: لحاضر، وصدقه، دفع إليه، وإن كذبه قسم بين الغرماء.

أربعة نفي نفوذه فيهما. واختاره العلامة في الارشاد (١)، والشهيد (٢) وجماعة (٣) وإثباته فيهما، وهو خيرة التذكرة (٤). وثبوتها في العين دون الدين، ذهب إليه ابن إدريس (٥). وبالعكس وهو ظاهر المصنف في الكتاب وإن كان بعد ذلك تردد (٦). قوله: " ولو قال: هذا المال مضاربة لغائب قيل: يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده ".
القول للشيخ - رحمه الله - في المبسوط (٧). وهو متفرع على قبول إقراره بالعين. ووجه إفراده بالذكر أن الإقرار بالعين كان لمعين فبأخذها عنده، وهاهنا الإقرار لغائب. ويدل عليه قوله بعد ذلك: " وإن كان لحاضر وصدقه دفع إليه، وإن كذبه قسم بين الغرماء ". والحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين.
ويبقى في حكم الشيخ
هنا إشكال من وجهين: أحدهما إثباته اليمين على المقر مع أنه لا يثبت مال الغير. والثاني إقرارها في يده مع أنه مسلوب أهلية اليد، لأن الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية. والظاهر أن هذا هو منشأ إفراد المصنف المسألة بالذكر، وإلا فقد علم حكمها مما تقدم في غير هذين الحكمين. ويمكن أن يدفع الإشكال الثاني بأن المفلس إنما يرفع يده عن ماله لتعلق حق

(١) الارشاد ١: ٣٩٨.

(٢) غاية المراد: ١١٢.

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

(٤) التذكرة ٢: ٥٣.

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

(٦) كذا في النسخ. ولعل الصحيح: " وإن كان ذلك بعد تردد " إذ لا يظهر من المصنف هذا القول إلا بملاحظة ترده.

(٧) المبسوط ٢: ٢٧٩.

ولو اشترى بخيار، وفلس والخيار باق، كان له إجازة البيع وفسخه،
لأنه ليس بابتداء تصرف.

الغرماء به، أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه، لأنه مكلف مختار
رشيد، ويده ليست يد عدوان.

قوله: " ولو اشترى بخيار وفلس والخيار باق... إلخ "

لم يتقدم من المصنف ما يدل على أن التصرف الممنوع منه هو المبتدأ حتى يعلل
بذلك، ولكن قد عرفت مما هنا أنه يريد بالسابق المبتدأ. وليس بجيد، فإن المناسب
دلالة السابق على اللاحق دون العكس.

وحاصل المسألة: أنه لو كان قد اشترى بخيار قبل الحجر عليه وبقيت مدته
إلى بعد الحجر فله فسخ البيع، لأن هذا التصرف أثر أمر سابق على الحجر، فلا يمنع
منه. ولا فرق بين أن يكون له غبطة في الفسخ وعدمها. وكذا له الرد بالعيب السابق
مطلقا. وشرط العلامة هنا اعتبار الغبطة (١). وفرق الشهيد رحمه الله بين الرد بالعيب
والخيار، بأن الخيار يثبت بأصل العقد، لا على طريق المصلحة، فلا يتقيد بها،
بخلاف الرد بالعيب، فإنه يثبت على طريق المصلحة، فيتقيد بها.

وفيه نظر، لأن كلا من الخيارين ثابت بأصل العقد، وإنما افترقا بأن أحدهما
ثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد. ولم يقل أحد بتقيد فسخ العيب في غير
المفلس بالمصلحة، فاعتبار الغبطة فيه هنا - مع كونه ليس من التصرفات المبتدأة -
ليس بجيد. ولو قيل: إن الحكمة الباعثة على إثبات خيار العيب هي الغبطة، نظرا
إلى نقص المعيب، قلنا مثله في الخيار، فإن حكمة الخيار - مع أن الأصل في البيع
اللزوم، لأنه لم يوضع إلا لتملك كل من المتعاضين مال الآخر - إنما هي إمكان
أن يتجدد لذي الخيار ما يوجب إرادة الفسخ فلا يجد السبيل إليه، فشرع الخيار
لذلك. ومن ثم يثبت في الحيوان ثلاثة أيام من غير شرط، لأن الحيوان مما يشتمل على
أمر خفية لا يطلع عليها ابتداء غالبا، بخلاف غيره. ولما أمكن في غيره ذلك شرع

(١) قواعد الأحكام ١: ١٧٣.

ولو كان حق، فقبض دونه، كان للغرماء منعه.

اشتراط الخيار. ومما قد تخلف من أفراد العيب - مما لا غبطة في رده، بل الغبطة في قبوله غالباً - خصاء العبد، فإنه عيب، مع استلزامه زيادة القيمة. ومثله الفسخ بخيار بمجرد التشهي، فالحكم فيهما واحد. وبالجملة فالقواعد الكلية في الأحكام الشرعية أخرجت الأمور الحكمية عن بعض موضوعاتها الجزئية. وفي التذكرة فرق بين الخيار والعيب بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له، فلا يتعلق حق الغرماء بالمال، ويضعف تعلقه به، بخلاف ما إذا خرج معيباً، وإذا ضعف التعلق جاز أن لا يعتبر شروط (١) الغبطة (٢). وفيه نظر، فإن التزلزل مشترك فيهما، فالفرق تحكم. ونقل فيها عن بعض الشافعية اعتبار الغبطة فيهما قياساً، وجعل عدم اعتبار الغبطة فيهما وجهاً. وهو الوجه.

قوله: " ولو كان له حق فقبض دونه كان للغرماء منعه ".
يمكن أن يريد بالاعتصار على قبض البعض إسقاط الباقي. وثبوت منعهم له عن ذلك ظاهر، لأنه تصرف مبتدأ فلا يمكن منه، فيكون قبض البعض كناية عن الاعتصار عليه مع إسقاط الباقي. ويمكن أن يريد به قبض بعض الحق في ذلك المجلس وتأخير الباقي إلى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء. وإنما يكون لهم منعه حينئذ حيث لا يلزم قبض البعض إذا بذله من عليه الحق، كضمن المبيع، فلو كان الحق عوضاً عن دين أو إتلاف مال كان له قبض البعض. وقد تقدم تفصيل ذلك في البيع.
واعلم أن نسبة القبض إليه على طريق المجاز، فإنه لا يمكن من قبض المال، لاقتضاء الحجر ذلك. وإنما المراد إثبات تسلطه على الحكم المذكور وإن كان القابض غيره.

(١) كذا في النسخ. والصحيح شرط الغبطة كما في التذكرة.

(٢) التذكرة ٢: ٥٤.

ولو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر، أو باعه بثمن في ذمته، لم يشارك
الغرماء وكان ثابتا في ذمته.

قوله: " ولو أقرضه انسان مالا بعد الحجر - إلى قوله - وكان ثابتا في
ذمته "

هذا في العالم بحاله موضع وفاق، ولاقدامه على دينه حيث علم إعساره وتعلق
حق الغرماء بأمواله، أما لو كان جاهلا فقد جزم المصنف بأنه كذلك، لتعلق
حق الغرماء الموجودين عند الحجر بأمواله وإن كانت متجددة، بناء على تعلق الحجر
بالمتجدد من ماله، فلا يتوجه له الضرب معهم، ولا أخذ عين ماله.
وفيه وجهان آخران، أحدهما: جواز فسخه واختصاصه بعين ماله، لعموم قوله
صلى الله عليه وآله: " صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه " (١). والثاني:
الضرب مع الغرماء، لأن له حقا ثابتا في الذمة، فهو غريم فيضرب به كسائر
الغرماء، ولأنه قد أدخل في مقابل الثمن مالا فيضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعة
على الغرماء.

ويضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله - وإن كان متجددا -
قبل هذا الغريم، مع أن الوجهين متنافران، لأنه إن كان غريما اختص بعين ماله،
وإن لم يكن غريما لم يضرب. وما اختاره المصنف لا يخلو من قوة.
واحترز بكون الثمن في ذمته عما لو اشترى بعين من أعيان ماله، فإن الشراء
يقع باطلا على ما سلف (٢)، أو موقوفا على إجازة الغرماء، أو على فك الحجر وسلامة
تلك العين.

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ ح ٣٥١٩، عوالي اللئالي ٢: ٢٥٦ ح ٢، بتفاوت في الألفاظ.
(٢) في ص: ٨٩.

ولو أتلّف مالا بعد الحجر ضمن، وضرب صاحب المال مع الغرماء.

ولو أقر بمال مطلقا وجهل السبب، لم يشارك المقر له الغرماء، لاحتماله ما لا يستحق به المشاركة.

قوله: " ولو أتلّف مالا بعد الحجر ضمن، وضرب صاحب المال مع الغرماء ".

إنما يضرب صاحب المال المتلف - مع كون السبب متأخرا عن الحجر - لانتفاء رضاه، وإنما ثبت حقه بوجه قهري، فيثبت له استحقاق الضرب. ومن ثم قيل في الجاهل بالمعاملة ذلك، إلا أن بينهما فرقا، وهو أن الجاهل مختار، وربما كان جهله مستندا إلى تقصيره في البحث عن حال معاملة، لأن المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتهه إلا على المقصر في البحث. وفي حكم إتلافه المال جنائته على نفس آدمي محترمة أو طرفه.

قوله: " ولو أقر بمال مطلقا - إلى قوله - ما لا يستحق به المشاركة ".

قد علم مما تقدم أن ثبوت المال في ذمة المحجور عليه قد يكون مما يضرب به، كالذي سبق سببه، والواقع قهرا بعده كالاتلاف والجنائية، وقد لا يكون كذلك، كالمتجدد باختيار الغريم. فإذا أقر بمال مطلقا احتمل كونه مما يضرب به مع الغرماء وعدمه، ومتى احتمل الأمرين يضعف عن مقاومة ما علم تعلقه شرعا بماله، وهو حق الغرماء السابقين على الحجر، فيختصون به، لأصالة عدم استحقاق المقر له المشاركة.

وربما قيل بوجوب استفصاله ليعلم أيستحق المقر له الضرب أم لا؟ ولا شبهة في جوازه وأولويته، أما وجوبه فيمكن دفعه بأن تعلق حق الغرماء بعين ماله لما كان معلوما، وتعلق حق المقر له غير معلوم - لما ذكرناه - فيبقى على أصالة عدم المشاركة إلى أن يثبت خلافها.

ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر، وتحل بالموت.
القول

في اختصاص الغريم بعين ماله
ومن وجد منهم عين ماله كان له أخذها، ولو لم يكن سواها. وله أن
يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاء أو لم يكن، على الأظهر.

قوله: " ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر، وتحل بالموت " .
هذا هو المشهور وعليه العمل، لأصالة بقاء ما كان عليه. وقال ابن الجنيدي:
إنه يحل قياسا على الميت (١). وهو باطل، مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة
إن منعوا من التصرف إلى حلوله، وصاحب الدين إن لم يمنعوا، بخلاف المفلس.
ولا فرق في دين الميت بين مال السلم والجنانية المؤجلة عليه وغيرهما، على
الأقوى، لعموم النص (٢).

ووجه احتمال خروجهما أن الأجل في السلم جزء من العوض، فلو حل مال
السلم لزم نقصان العوض. وأجل الجنانية بتعيين الشارع، فبدونه لا يكون تلك
الدية. وعموم النص يدفع ذلك، ويسقط ما ادعي تأثيره، لأنهما فردان من أفراد
الديون فيتناولهما كغيرهما.

قوله: " ومن وجد منهم عين ماله كان له أخذها - إلى قوله - على
الأظهر " .

هذا هو المشهور وعليه العمل، والنصوص دالة عليه (٣). وللشيخ - رحمه الله -

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

(٢) الوسائل ١٣: ٩٧ ب " ١٢ " من أبواب الدين والقرض ح ١ و ٤.

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

أما الميت، فغرماءه سواء في التركة، إلا أن يترك نحو مما عليه فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها.

قول بأنه لا اختصاص إلا أن يكون هناك وفاء (١)، استنادا إلى صحيحة أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (٢). ولا دلالة فيها، لأنها واردة في غريم الميت لا غريم المفلس. وقد تقدم أنه يمكن تجدد الوفاء - وإن كان في ابتداء الحجر قاصرا عن الدين - إما بإرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أمواله أو نمائها، فلا يرد أن شرط الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء معه؟ ويمكن هنا أيضا أن تكون الديون إنما تزيد عن أمواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده، فإذا أخرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين أمواله صارت وافية بالديون.

قوله: " أما الميت فغرماءه سواء في التركة... الخ ". مستند ذلك صحيحة أبي ولاد التي أشرنا إليها سابقا. والمراد بالنحو هنا المثل، بمعنى أن يكون تركته بقدر ما عليه فصاعدا، بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور. وإنما عبر المصنف بالنحو تبعا للرواية. ولا فرق بين أن يموت المديون محجورا عليه أو لا، لأن الموت بمنزلة الحجر. وقيل: الحكم مختص بالمحجور عليه. وإطلاق النص يدفعه.

والحكمة في شرط الوفاء في مال الميت دون الحي واضحة، لأن الميت لا يبقى له ذمة، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء لئلا يتضرر الغرماء، بخلاف الحي، فإن ما يتخلف من الدين يتعلق بذمته، فربما لا يضيع. والقول بذلك هو المشهور بين الأصحاب. وخالف فيه ابن الجنيد (٣) فحكم بالاختصاص هنا. وإن لم يكن وفاء، كالحي. وهو ضعيف.

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

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

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٦.

وهل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل: نعم. ولو قيل بالتراخي،
جاز.

ولو وجد بعض المبيع سليما أخذ الموجود بحصته من الثمن، وضرب
بالباقى مع الغرماء. وكذا إن وجده معيبا بعيب قد استحق أرشه ضرب
مع الغرماء بأرش النقصان. أما لو عاب بشئ من قبل الله سبحانه أو
جناية من المالك كان مخيرا بين أخذه بالثمن وتركه.

قوله: " وهل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل: نعم، ولو قيل بالتراخي
جاز "

الإشارة بذلك إلى ما تقدم في الحي والميت، فإن في كون الخيار لواجد العين
- حيث يجوز له أخذها - على الفور أم التراخي قولين، منشؤهما إطلاق النص (١)
بثبوتها، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل - وهو الذي مال إليه المصنف هنا - ووجوب
الوفاء بالعقد وبناء البيع على اللزوم، فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع
الضرورة جمعا. والحق أن هذا الخيار خاص مخرج لما ذكر عن العموم أو مقيدله،
فيثبت مطلقا، وإن كان مراعاة الفورية أولى.

قوله: " ولو وجد بعض المبيع سليما - إلى قوله - وتركه "

إذا وجد البائع بعض مبيعه دون بعض فلا يخلو إما أن يكون البعض الفائق
مما يتوسط عليه الثمن، بمعنى بسطه عليه وعلى الباقي بالنسبة، وهو الذي يصح
إفراجه بالبيع، كعبد من عبيد ونصف ثوب، أو لا يكون كذلك، كيد العبد. وعلى
التقديرين: فالتالف إما أن يكون تلفه من قبل الله تعالى، أو بجناية أجنبي، أو من
المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

ومحصل حكمها: أن البعض الفائق إن كان له قسط من الثمن - بالمعنى

(١) المتقدم في ص ٩٨ الهامش رقم (٣).

الذي ذكرناه - (١) فإن البائع يتخير بين أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة التالف، وبين أن يضرب بجميع الثمن. وهذا هو القسم الذي صدر به المصنف، ولا خلاف في حكمه عندنا مطلقاً، ولأن الموجود يصدق عليه أنه عين ماله، فله أخذها. وإنما خالف فيه بعض العامة (٢)، فزعم أنه ليس له الرجوع بالباقي، لأنه لم يجد المبيع بعينه.

وإن لم يكن للفئات قسط من الثمن، كما لو وجد العبد بغير يد، فإن كان فواتها بأفة من الله تعالى فليس للبايع إلا الرضاء به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن، عند المصنف وأكثر الأصحاب، حتى أن المصنف لم ينقل فيه هنا خلافاً. وإنما لم يكن له هنا أرش لأنه لا حق له في العين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، وإنما حقه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونة له، ولم يكن له الرجوع بأرش المتجدد.

وذهب ابن الجنيد إلى مساواة هذا القسم للسابق في استحقاق أرش النقصان (٣). وقواه العلامة في المختلف (٤)، والشيخ علي رحمه الله (٥). وهو حسن، لأن فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مال إلى صاحبه، فإن كان باقياً رجوع به، وإن كان تالفاً رجوع ببدله كائناً ما كان. وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبايع معارض بماله قسط، على أننا لا نقول إنها مضمونة مطلقاً، بل بمعنى أن الفئات في يد المشتري يكون من ماله، لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة، فإذا

(١) في هامش "ن" و"و" و": "ن" بقوله "بالمعنى الذي ذكرناه" على أن أجزاء المبيع مطلقاً لا بد أن يخصها قسط من الثمن، فإن العبد - مثلاً - إذا بذل فيه ثمن معين لا بد أن يصيب يده شيء منه، ولهذا لو كان مقطوع اليد لا يشتري بذلك الثمن، فاطلاقهم أن مثل ذلك لا قسط له لا يخلو من تجوز، وهنا فسره بمعنى أنه لا يفرد بثمان بحيث يباع وحده. منه رحمه الله.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٤٩٩.

(٣) راجع المختلف ٤٢٧.

(٤) راجع المختلف ٤٢٧.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٢٧٤.

ولو حصل منه نماء منفصل كالولد واللبن كان النماء للمشتري، وكان له أخذ الأصل بالثمن. ولو كان النماء متصلاً، كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته، قيل: له أخذه، لأن هذا النماء يتبع الأصل. وفيه تردد.

استحق أرشه "

وإن كان بجناية المشتري فقد قطع المصنف بكونه كالفوات من قبل الله تعالى، لما سبق من التعليل. وعلى ما اخترناه لا فرق. ويحتمل أن يكون جنايته كجناية الأجنبي، لأن اتلاف المشتري نقص واستيفاء، فكأنه صرف جزاء من المبيع إلى غرضه. فهذه جملة أحكام الأقسام.

قوله: " ولو حصل منه نماء - إلى قوله - بالثمن "

هذا موضع وفاق لم يخالف فيه إلا بعض العامة (١)، ولأنه انفصل في ملك المفلس فلم يكن للبائع الرجوع فيه، لأنه ليس عين ماله. ولا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره. ومثله الثمرة المتجددة وإن لم تقطف.

قوله: " ولو كان النماء متصلاً - إلى قوله - وفيه تردد "

القول للشيخ - رحمه الله - (٢) وجماعة (٣) منهم العلامة في القواعد (٤)، محتجين بأن هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس، فلا تعد مالا له، ولأنه يصدق أنه وجد عين ماله فيرجع به. ووجه التردد مما ذكر، ومن كون الزيادة ملكا للمفلس وإن لم تكن بفعله، لأنها نماء ملكه، وأن الرجوع في العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال المفلس. ولا نسلم أنها بقيت عين ماله، بل هي

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٥٠٧.

(٢) المبسوط ٢: ٢٥٢.

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

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٧٥.

وكذا لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها، وبلغت بعد التفليس.

مع شيء آخر.

وربما أشكل الفرق بين الزيادة هنا وفي زمن الخيار، حيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه الزيادة. والفرق - بأن الخيار ثابت بأصل العقد، بخلافه هنا فإنه طار بالحجر - لا يدفع، لاشتراكهما في أن الفسخ من حينه، فالسابق وقع في ملك المشتري.

وذهب جماعة منهم العلامة في المختلف (١) وابن الجنيد (٢) إلى أن الزيادة للمفلس، فإن رجع البائع في العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة. وفي التذكرة (٣) استقرب عدم جواز الرجوع في العين وأطلق، وأراد به " ولو مع رد الزيادة " لأنه علل بعد ذلك مسألة ما لو كان حبا فزرعه، فإنه ليس له أخذه، لأنه إذا لم يكن له أخذ العين مع الزيادة المتصلة فهنا أولى. وحينئذ فتصير الأقوال ثلاثة، وكلها للعلامة (٤).

وقول المصنف: " قيل له أخذه " يحتمل كون الأخذ مجانا - وهو الظاهر - فيكون إشارة إلى قول الشيخ، ويحتمل كون المراد مع رد الزيادة، فتكون إشارة إلى قول ابن الجنيد. والظاهر أن مراده الأول.

قوله: " وكذا لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد التفليس ".

إن كانت الزيادة في الثمرة المذكورة في نفس العين فالحكم كما سلف، بل هي فرد من أفراد تلك المسألة، وهذا هو الذي يقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده. وإن كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء الثمرة على قدرها ففي إلحاقها بها وجهان، من كون الزيادة القيمة حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا، ومن بقاء عين

(١) راجع المختلف: ٤٢٧.

(٢) راجع المختلف: ٤٢٧.

(٣) التذكرة ٢: ٦٥.

(٤) التذكرة ٢: ٦٥.

أما لو اشترى حبا فزرعه وأحصده، أو بيضة فأحضرها وصار منها
فرخ، لم يكن له أخذه، لأنه ليس عين ماله.
ولو باعه نخلا حائلا فأطلع، أو أخذ النخل قبل تأبيره، لم يتبعها
الطلع.

مال البائع من غير تغير فيدخل في عموم الخبر (١). واستقرب في التذكرة (٢) عدم جواز
الرجوع في العين مطلقا متى زادت قيمتها لزيادة السوق. وألحق به ما لو اشتراها
المفلس بدون ثمن المثل.

قوله: "أما لو اشترى حبا - إلى قوله - لأنه ليس عين ماله".
أشار بالتعليل إلى أن الخبر (٣) الدال على الرجوع يقتضي اعتبار كون عين المال
قائمة. وحينئذ فلا رجوع في الحب المزروع والبيضة، لأن الموجود الآن ليس عين
المال وإن كان أصله من ماله. وبهذا فارق الغاصب، لأن التغير في الغصب كان في
ملك المغصوب منه، فكان الموجود له كيف كان. ومثله القول في زرع المرتهن للحب
المرهون. وبالجملة فالمرجع هنا إلى وجود العين لا إلى مجرد الملك. وكذا القول في
العصير إذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل. ولو قلنا بالمنع من الرد في مسألة الزيادة
المتصلة فهنا أولى.

قوله: "ولو باعه نخلا حائلا فأطلع أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها
الطلع".

لأن الطلع ثمرة متجددة في حكم المنفصلة، فلا يتبع، وإنما تبعت في البيع
بنص خاص فلا يتعدى. ونبه بذلك على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث حكم

(١) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ ح ١٩، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب "٥" من
أبواب كتاب الحجر ح ٢.
(٢) التذكرة ٢: ٧١.
(٣) المتقدم آنفا.

وكذا لو باع أمة حائلا فحملت، ثم فلس وأخذها البائع لم يتبعها الحمل.

ولو باع شقصا وفلس المشتري، كان للشريك المطالبة بالشفعة، ويكون البائع أسوة مع الغرماء في الثمن.

بجواز أخذ النخل مع الطلع (١). وهو أحد قولي الشافعي (٢)، إلا أنه قاسه على البيع، والشيخ لا يقول بالقياس. ولو كانت قد أبرت فلا خلاف في عدم التبعية، لأنها حينئذ نماء حصل للمشتري على ملكه، فلا يزول، ولا يتصور تبعيته بوجه. وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور. وإنما خص ثمرة النخل قبل التأبير للتنبيه المذكور. وحيث تكون الثمرة للمشتري وأخذ البائع الشجر يجب عليه ابقاؤها إلى أوان قطعها عادة بغير أجرة.

قوله: " وكذا لو باع أمة حائلا - إلى قوله - لم يتبعها الحمل ". القول في الحمل كما مر في الثمرة. وخالف فيه الشيخ (٣) - رحمه الله - أيضا، فجعل الحمل كالجاء من الأمة (٤)، وحكم بأن بيع الحامل يستتبع الحمل لذلك، فيلزمه مثله هنا، لأن مذهبه أن الزيادة المتصلة لا تمنع أخذ البائع مجانا (٥)، فتكون هنا كذلك، ولكنه لم يصرح به، إلا أن مقدماته تستلزمه. وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البائع إبقاؤه إلى الموضع بغير أجرة. ويمكن اعتبار شرب اللبأ أيضا. وقد ذكره في نظائره محتجين بأن الولد لا يعيش بدونه. قوله: " ولو باع شقصا وأفلس المشتري، كان للشريك المطالبة بالشفعة... الخ ".

(١) المبسوط ٢: ٢٥٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٥٠٩.

(٣) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٤) في " ن " : الأم.

(٥) كما مر في ص ١٠٣.

قد اشتملت هذه المسألة على حكمين:

أحدهما: تقديم حق الشفيع على البائع، ووجهه أن حقه أسبق من حقه، لأن الشفيع استحق العين بالبيع، وحق البائع إنما تعلق بها بالحجر، وهو متأخر عن البيع. ولأن حق الشفيع لاحق للبيع لذاته، وحق البائع لا حق له بواسطة الحجر، وما بالذات أولى مما بالعرض. ولأن حقه أقوى، لأنه يأخذ من المشتري وممن نقله إليه وإن تعدد، ويطل جميع العقود، والبائع إنما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري. ولأنه يأخذها وإن زادت، والبائع لا يأخذها مع الزيادة، على ما تقدم. والثاني: أن الثمن لا يختص به البائع، بل يكون فيه أسوة الغرماء. وذلك لأنه إنما يثبت للمشتري بالأخذ بالشفعة، وفي تلك الحال يكون مالا للمشتري، فيتساوى فيه الغرماء. ولا يقدم به البائع، لأنه ليس عين ماله بل عوضه، وهو لا يقدم بالعوض.

والمصنف اقتصر على الحكمين طارحا ما عداهما عن درجة الاعتبار، لضعفه. وقد حكى الشيخ في المبسوط وجهين آخرين (١). وكذلك العلامة (٢). وهما قولان للشافعية (٣):

أحدهما: أن البائع تقدم على الشفيع، فيفسخ ويأخذ العين، لعموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله (٤)، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها الشريك، والضرر هنا يزول عن الشفيع، لأن البائع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع، ولم يتجدد شركة غيره. ويضعف بمنع شمول الخبر للمتنازع فيه، لسبق حق الشفيع. سلمنا لكن

(١) المبسوط ٢: ٢٥١.

(٢) المختلف: ٤٢٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٤: ٥٢٢.

(٤) المتقدم في ص ١٠٥. هامش رقم (١).

ولو فلس المستأجر، كان للمؤجر فسخ الإجارة، ولا يجب عليه إمضاؤها، ولو بذل الغرماء الأجرة.

تعارض عمومان فيقدم الأسبق. ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمة، وإن كان أصل الحكمة فيها ذلك، بل هي ثابتة بالنص والاجماع، فلا يندفعان بهذه الاعتبارات الوهمية.

وثانيهما: تقديم الشفيع بالعين والبائع بالثمن على سائر الغرماء، حيث تعذر أخذه للعين، وحيث إنه عوض ماله الذي قد وجدته في حال الحجر بعينه. وقد كان حقه التقدم به لولا عروض مانع سابق، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقين. ويضعف بأن الخبر إن أفاده حكما أخذ العين، وإلا لم ينفعه في الثمن، لعدم تناول الخبر له، بل هو من جملة أموال المفلس.

وللشيخ - رحمه الله - في هذه المسألة قول مبني على أصله السابق، وهو أنه مع الوفاء يكون البائع أولى بالثمن، وإن لم يكن في ماله وفاء كان أسوة الغرماء. اختاره في المبسوط (١). وهو ضعيف المأخذ، لكنه غير مخالف في فائدة الحكم، لأنه مع وفاء ماله بدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور، إلا أنه لا يختص الفضل به.

قوله: " ولو فلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الإجارة... الخ ".
إذا أفلس المستأجر ولم يكن قد دفع الأجرة جاز للمؤجر الفسخ وأخذ العين المؤجرة، تنزيلا للمنافع منزلة الأعيان، ولأنه يدخل في عموم الخبر (٢)، لأنه قد وجد عين ماله، وله امضاء الإجارة والضرب مع الغرماء بالأجرة.

وتفصيل المسألة أن الحجر عليه لا يخلو: إما أن يكون قبل مضي شيء من المدة أو بعده. وعلى الثاني إما أن تكون العين المؤجرة فارغة من حق المفلس كالدار، أو مشغولة كالأرض يزرعها أو يجرسها (٣)، والدابة قد حمل عليها وهو في أثناء المسافة

(١) المبسوط ٢ / ٢٥١.

(٢) المتقدم في ص ١٠٥.

(٣) في " ب " و " ن " و " م ": بزرعها وجرسها.

ثم إما أن تكون الإجارة واردة على عين أو ذمة.
فإن كان الحجر قبل مضي شيء من المدة يقبل تقسيط الأجرة عليه، فإن فسخ المؤجر أخذ العين وسقطت الأجرة، وإن اختار امضاء الإجارة ضرب مع الغرماء بالأجرة، وآجر الحاكم العين على المفلس، كما يوجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها، وصرف الأجرة إلى الغرماء. هذا إن كانت معينة، ولو كانت في الذمة واختار المؤجر الامضاء أمره الحاكم بتعيينها ليوجرها.
وإن كان بعد مضي شيء من المدة له قسط من الأجرة، فإن كانت فارغة وفسخ المؤجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة، كما لو باع عبدين فتلف أحدهما ففسخ في الباقي، وإن اختار الامضاء صرف بجميع الأجرة. وإن كانت مشغولة، فإن كان بزرع وقد استحصد واختار الفسخ فله المطالبة بالحصاد وتفرغ الأرض، وإن كان قبله، فإن اتفق مع الغرماء على قطعة قصيلا قطع وكان كالسابق، وإن اتفقوا على البقية فلهم ذلك مع بذل أجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء، إذ فيه مصلحة الذرع الذي هو حقهم، كأجرة الكيال والوزان.
وإن كان دابة تحمل، نقل الحمل إلى مأمّن بأجرة المثل لذلك الحمل من ذلك المكان مقدما بها على الغرماء، كما مر، فإذا نقله سلمه إلى الحاكم مع امكانه، وإلا وضعه على يد عدل. وكذا لو كانت الأجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في أثناء المسافة، فإنه ينقل إلى المأمّن بأجرة مقدمة، دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله. ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الإجارة العين أو الذمة، لتحقق التعيين (١).

(١) في هامش "و" و"ن": "ولم يذكر المصنف حكم ما لو كان المفلس المؤجر. وقد كان الأنسب ذكر أحكامها هنا منه رحمه الله".

ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى ثم فلس كان صاحب الأرض أحق بها وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية. وهل له ذلك مع بذل الأرش؟ قيل: نعم، والوجه المنع.

قوله: " ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى... الخ ".
إنما كان له الرجوع في الأرض مع تغيرها بالغرس لأنها عين ماله، وهي متميزة عن مال المفلس، لا يستلزم الرجوع فيها أخذاً لمال المفلس، ولا ضرر عليه، لأنه يبقى فيها إلى أن يفنى (١) بغير أجر، فيدخل في عموم الخبر (٢). وإنما لم يكن له الإزالة لأنها وضعت بحق في زمن ملكه، فتكون محترمة، ولا يجوز إزالتها، ولا مع الأرش على الأقوى.

والقول بجواز إزالتها مع الأرش للشيخ في المبسوط (٣). وربما استدل له بظاهر الخبر (٤)، حيث إن المتبادر من الرجوع في العين استحقاق منافعتها، فحيث وضع الغرس بحق يجمع بين الحقين بقلعة بالأرش. وعلى هذا ينبغي أن يجوز إبقاؤه بأجرة لا مجاناً، لأن ذلك هو مقتضى التعليل. ولكن لم يذكر أحد استحقاقه الأجرة لو أبقاها. نعم، هو وجه لبعض الشافعية (٥).

والفرق بين هذه وبين العين المؤجرة إذا فسخ فيها المؤجر وقد اشتغلت بغرس المستأجر - حيث إنه يستحق الأجرة فيها كما تقدم، دون هذه - أن المعقود عليه في البيع الرقبة، وإنما تحصل له بالفسخ وإن لم يأخذ الأجرة، وفي الإجارة المعقود عليه هو المنفعة، فإذا فسخ العقد فيها واستوفاه المستأجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائدة، ولم يعد إليه حقه، فلم يستفد بالفسخ شيئاً، فجبرت المنفعة حيث لم يتمكن

(١) في " ن " : يغني. وفي " ب " و " م " : يعني.

(٢) المتقدم في ص ١٠٥ هامش رقم (١).

(٣) المبسوط ٢: ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٤) الآنف الذكر.

(٥) الوجيز ١: ١٧٥.

ثم يباعان فيكون له ما قابل الأرض، وإن امتنع بقيت له الأرض،
وبيعت الغروس والأبنية منفردة.

من استيفائها بالأجرة. وأيضا فإن المشتري دخل على أن لا يضمن المنفعة، فلم يثبت
عليه أجرة، كما لو باع أصولا دون ثمرتها، بخلاف المستأجر، فإن متعلق ضمانه هو
المنفعة، فتجب عليه الأجرة.

وفي حكم الغرس البناء، أما الزرع فيجب على البائع إبقاؤه إلى أوانه بغير
أجرة لو فسخ في الأرض قولاً واحداً. والفرق أن للزرع أمداً قريباً ينتظر، فلا تعد
العين معه كالتالفة فينتظر، بخلاف الغرس والبناء.

وعلى القول بجوز قلع الغرس وإزالة البناء بالأرض، فطريق تقديره أن يقوم
الغرس قائماً إلى أن يفنى (١) بغير أجرة، والبناء ثابتاً كذلك ومقلوعاً، فالأرض هو
التفاوت.

قوله: " ثم يباعان ويكون له ما قابل الأرض - إلى قوله - منفردة ".
هذا تفريع على عدم استحقاق البائع إزالتهما، ولا بالأرض (٢). فالطريق إلى
وصوله إلى حقه أن تباع الأرض بما فيها من البناء والغرس، فله من الثمن ما قابل
الأرض. وطريق معرفته أن يقوماً معاً ثم يقوم الأرض مشغولة بهما ما بقيا مجاناً،
وتنسب قيمتها كذلك إلى قيمة المجموع، ويؤخذ من الثمن لها بنسبة ذلك، والباقي
للمفلس.

هذا إن رضي البائع ببيع الأرض، وإلا لم يجبر عليه، بل يباع مال المفلس على
حالته التي هو عليها من كونه في أرض الغير مستحق البقاء إلى أن يفنى (٣) مجاناً، وإن
استلزم ذلك نقصاناً في قيمته لو ضم إلى الأرض وأخذ للأرض قسطها، فإن ذلك هو
حق المفلس، فلا يؤثر هذا النقصان.

(١) في " ن " و " ب " و " س " : يعني.

(٢) في " س " : ولو بالأرض.

(٣) في " س " و " ن " : يعني. وفي " م " : يعني.

ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله. لم يبطل حق البائع من العين. وكذا لو خلطه بدونه، لأنه رضي بما دون حقه. ولو خلطه بما هو أجود، قيل: يبطل حقه من العين، ويضرب بالقيمة مع الغرماء.

وحيث يباع منفردا يبقى حكمه حكم من باع أرضا واستثنى شجرة، في جواز دخول مالها إليها وسقيها، إلى آخر ما ذكر من أحكامها. وقد تقدمت (١) في البيع. قوله: " ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله... الخ "

إنما لم يبطل حق البائع بمزج المبيع لوجود عين ماله في جملة الموجود، غايته أنها غير متميزة، وذلك لا يستلزم عدمها، إذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم. ويمكن التوصل إلى حقه بالقسمة، لأن الزيت كله سواء، فيأخذ حقه بالكيل أو الوزن. هذا إذا خلطه بمثله أو أردأ. أما لو خلط بالأجود فالأقوى أنه كذلك، لعين ما تقدم، فإن العين موجودة أيضا قطعاً، غاية ما هناك أنه يتعذر تمييزها، لكن يمكن التوصل إلى قيمتها بأن يباعا ويكون له بنسبة ما يخصه من القيمة. وهو مختار العلامة في المختلف (٢) والتحرير (٣). فعلى هذا لو كانت قيمة زيتته درهما، والممزوج به درهمين، يباع وأخذ ثلث الثمن. ويحتمل أن يكون له ذلك في الخلط بالأردأ أيضا، لأنه حقه، والحال أن العين باقية وقد تعذر التوصل إليها، فيعدل إلى القيمة. واختاره في التحرير (٤).

والقول ببطان حقه لو مزجه بالأجود للشيخ (٥) - رحمه الله - وتبعه العلامة في التذكرة (٦) والقواعد (٧)، فيصير للعلامة في المسألة ثلاثة أقوال. ووجه هذا القول أن

-
- (١) في ج ٣ ص ٢٣٠.
 - (٢) المختلف: ٤٢٧.
 - (٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٤.
 - (٤) تحرير الأحكام ١: ٢١٤.
 - (٥) المبسوط ٢: ٢٦٣.
 - (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٩.
 - (٧) قواعد الأحكام ١: ١٧٥.

ولو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق لم يبطل حق البائع من العين، وكان للغرماء ما زاد بالعمل.

العين تصير حينئذ بمنزلة التالفة من طريق المشاهدة والحكم، أما الأول فللاختلاط، وأما الثاني فلأنه لا يمكن الرجوع إلى عيبه بالقسمة، وأخذ المقدار من الممتزج، للاضرار بصاحب الأجود. وهو ضعيف، لأن العين موجودة، ويمكن التوصل إلى الحق بالقيمة. ولو أثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين لزم مثله في القسمين الأخيرين.

وحكى الشيخ - رحمه الله - في قسم الأجود قولاً ثالثاً، وهو أن يدفع إلى البائع من عين الزيت بنسبة قيمة ما يخصه، فإذا خلط جرة تساوي ديناراً بجرة تساوي دينارين فللبائع قيمة ثلث الجميع، فيعطى ثلث الزيت وهو ثلثا جرة. ثم غلظه باستلزامه الربا (١). وهو يتم على القول بثبوتة في كل معاوضة، ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً.

قوله: " ولو نسج الغزل... الخ "

إعلم أن الزيادة اللاحقة للمبيع لا يخلو: إما أن يكون من نفسه أو من خارج. والأول إما متصلة محضاً كالسمن، أو منفصلة محضاً كالولد، أو متصلة من وجه دون آخر كالحمل. وقد تقدم (٢) حكم الثلاثة. والزيادة الخارجية إما أن تكون عيناً محضاً كالغرس، أو صفة محضاً كنسج الغزل وقصر الثوب، أو صفة من وجه وعيناً من آخر كصبغ الثوب. وقد تقدم حكم القسم الأول، وبقي الأخيران. وهذه المسألة حكم الثاني. والثالث بعدها بلا فصل.

إذا تقرر ذلك فنقول: إذا اشترى عيناً وعمل فيها عملاً يزيد في صفتها لا في ذاتها، كأن يطحن الحنطة، أو يخبز الدقيق، أو يقصر الثوب، أو يخيطه بخيوط منه، أو ينسج الغزل، أو ينشر الخشب ألواحاً، أو يعملها باباً، ونحو ذلك، لم يسقط

(١) المبسوط ٢: ٢٦٣.

(٢) في ص ١٠٣.

ولو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمة الصبغ، إذا لم ينقص قيمة الثوب به.

حق رجوع بالعين عندنا، لأن العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها، فكان واجدا عين ماله.

ثم إن لم يزد قيمة المبيع بهذه الصفات فلا شئ للمفلس، سواء غرم المفلس عليه شيئا أم لا. وإن نقصت قيمته فلا شئ للبائع معه لو اختار أخذ العين. وإن زادت القيمة بسببه صار المفلس شريكا فيها كزيادة العين، فتباع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد، فلو كانت قيمة الثوب مائة خاما، ومقصورا مائة وعشرين، كان للمفلس سدس الثمن. هذا هو الذي قطع به المصنف. وهو أحد القولين في المسألة.

والقول الآخر أن العين تسلم إلى البائع مجانا، إلحاقا لهذه الزيادة بالمتصلة كالسمن وغيره، بناء على أن حكم المتصلة ذلك. وقد تقدم (١) الخلاف فيها، فمن حكم هنا بأن الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق أولى. ومن يحكم بكونها للبائع يمكن أن يحكم بأن هذه للمشتري، لأن هذه من فعله أو ما في حكمه، بخلاف السمن والكبر، فإنهما من فعل الله تعالى، وإن كان سببهما من فعل المكلف، كالعلف والسقي. ومن ثم يتخلف السمن عنهما في بعض الأحيان. وربما يحصل بدونهما في آخر. وعلى تقدير استناده إليهما فالفاعل هو الله تعالى، بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما. ومن ثم جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على القسمين ونحوه، كما لا يخفى. والأقوى في الموضوعين أن الزيادة للمفلس، وحينئذ فالمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع.

قوله: " ولو صبغ الثوب كان شريكا للبائع بقيمة الصبغ إذا لم ينقص قيمة الثوب به "

هذا مثال ما لو كانت الزيادة عينا من وجه وصفة من آخر، فإن الصبغ في نفسه

(١) في ص ١٠٣.

وكذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه، كان شريكا للبائع بقدر العمل.

عين، وأحدث للثوب صفة من اللون لم يكن. وحينئذ فيما أن يزيد الثوب في القيمة بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو أكثر، أو لا يزيد شيئا، أو ينقص، ففي الأول يكونان شريكين بنسبة المالين، كما لو كانت قيمة الثوب مائة، والصبغ عشرين، وساوى بعض الصبغ مائة وعشرين، فللمفلس سدس الثمن، والقسمة هنا على الأعيان، ولا يتحقق للصفة حكم، لانتفاء الزيادة بسببها. وفي الثاني يكون للبائع بقدر قيمة الثوب، والنقصان على المفلس، لأن الصبغ تتفرق أجزاءه في الثوب وتهلك والثوب قائم بحاله، فكانت نسبة النقصان إلى الصبغ أولى. لكن يشترط في ذلك أن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه إلى الثوب، وإلا لحقه بحسبه.

وفي الثالث، وهو زيادة قيمته مصبوغا عن قيمة الثوب والصنع، كما لو صار في المثال يساوي مائة وثلاثين، فلا شبهة في كون كل عين محفوظة بقيمتها، وإنما الكلام في الزائد عنهما، فإنه صفة محضة فيجري فيها البحث في المسألة السابقة. فإن ألحقناها بالأعيان فهي بأجمعها للمفلس، وهو الأقوى. وإن ألحقنا الأثر بالعين فهي للبائع. ويحتمل بسطها على نسبة المالين، لعدم الأولوية، حيث إنها تابعة للمعنيين. وإن لم تزد قيمة الثوب شيئا بالصبغ أو نقصت لم يكن للمفلس شيء، لأن عين مال البائع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة، كما مر، والصفة منتفية فتنتفي الشركة فيه قولاً واحداً. ويمكن شمول قول المصنف: " إذا لم ينقص قيمة الثوب به " للقسامين، وإن كان في الثاني أوضح. قوله: " وكذا لو عمل المفلس فيه عملا بنفسه كان شريكا بقدر العمل ".

هذا من أفراد الصفة المحضة. وقد كان يمكن الغنى عنه بالسابق، فإنه أعم من كونه بنفسه وبغيره. وإنما يكون شريكا بقدر العمل مع زيادة العين بقدره خاصة،

ولو أسلم في متاع ثم أفلس المسلم إليه قيل: إن وجد رأس ماله أخذه، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة. وقيل: له الخيار بين الضرب بالثمن أو بقيمة المتاع، وهو أقوى.

وإلا جاء فيه ما تقدم من الأقسام.
قوله: " ولو أسلم في متاع ثم أفلس المسلم إليه - إلى قوله - وهو أقوى ".

القول الأول للشيخ رحمه الله (١). ووجهه مع وجدان عين ماله دخوله في العموم (٢)، ومع عدمه يضرب بدينه كما في كل غريم. ودينه هو المسلم فيه فيضرب به. وإنما اعتبر القيمة لأن الضرب باعتبارها، وإلا فالمرجع إلى نفس الدين. ووجه الثاني مع تلف عين ماله ما تقدم (٣) في السلف، من أنه متى تعذر المسلم فيه في وقته تخير المسلم بين الفسخ والصبر، فيكون هنا كذلك، إلا أنه مع الفسخ يضرب بالثمن، ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه، إذ لا صبر هنا لأحد من الغرماء. وهذا هو الأقوى. وهو اختيار الأكثر. ولكن يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه، أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه، فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر. ومن الممكن أن يصل إلى جميع حقه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة وإن كان قاصراً كما مر، فلا بد من ملاحظة مثل هذا القيد. وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضاً.

وفيما قرر به المصنف القول الثاني إجمالاً، وتلخيصه: أنه مع وجود العين - وهو الثمن - يتخير المسلم بين الفسخ فيأخذه، وبين الضرب بدينه وهو المسلم فيه، وإن

(١) المبسوط ٢: ٢٦٦.

(٢) لاحظ ص ٩٨: الهامش رقم ٣.

(٣) في: ج ٣ ص ٤٣٠.

ولو أولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها. ولو طلب
بثمنها جاز بيعها في ثمن رقبتها، دون ولدها.
وإذا جني عليه خطأ تعلق حق الغرماء بالدية، وإن كان عمداً كان
بالخيار بين القصاص وأخذ الدية إن بذلت له. ولا يتعين عليه قبول
الدية، لأنها اكتساب، وهو غير واجب.

وجده تالفاً تخير بين الفسخ فيضرب بالثمن، وبين الامضاء فيضرب بالمسلم فيه.
قوله: " ولو أولد الجارية وفلس جاز لصاحبها انتزاعها - إلى قوله -
دون ولدها " .

وجه جواز انتزاعها ظاهر، فإنها عين ماله، والاستيلاء المتجدد لها لا يمنع
رجوعه، إذ يجوز بيعها في ثمنها حينئذ، وأخذها بمنزلة. ولو اختار الضرب بالثمن
جاز بيعها فيه أيضاً، لما قلناه. وأما الولد فهو حر على كل حال، لأنه ولد من سيدها
حالة ملكه لها، فلا سبيل (١) لأحد عليه.
قوله: " وإذا جني عليه خطأ تعلق حق الغرماء بالدية " .
وفي حكمه الجناية على عبده ومورثه. ولا يصح منه العفو هنا، لأنه تصرف في
المال، وهو ممنوع منه.

قوله: " وإن كان عمداً كان بالخيار - إلى قوله - وهو غير واجب " .
لما كان الواجب في العمد بالأصالة هو القصاص، والمال إنما يلزم بالتراضي،
كان التخيير للمجني عليه - مع بذل الجاني المال - بين القصاص لأنه حقه، وبين أخذ
المال، وبين العفو. ولا يتعين عليه أخذ المال لو بذل له، عملاً بالأصل، ولأنه
اكتساب للمال وهو غير لازم له الآن، كما لا يلزمه قبول الهبة. فإن اقتصر فلا كلام.
وإن رضي بالمال وبذله الجاني تعلق به حق الغرماء. وإن عفا مطلقاً سقط حقه منهما.

(١) في " ه " : ولا سبيل.

نعم، لو كان له دار أو دابة وجب أن يؤاجرها (١). وكذا لو كانت له مملوكة، ولو كانت أم ولد.

وإذا شهد للمفلس شاهد بمال، فإن حلف استحق. وإن امتنع هل يحلف الغرماء؟ قيل: لا، وهو الوجه. وربما قيل بالجواز، لأن في اليمين إثبات حق للغرماء.

قوله: " نعم لو كان له دار أو دابة وجب أن يؤاجرها. وكذا لو كانت له مملوكة ولو كانت أم ولد "

مما يستثنى للمديون مطلقا داره ودابته ومملوكة المحتاج إليه منها. وهذه الثلاثة لا تباع ولا تؤاجر. وما ذكره المصنف يحمل على أحد أمرين: إما بأن تكون هذه الأشياء له على وجه لا يمكن بيعه، بأن تكون موقوفة وهي زائدة على ما يستثنى، وإما على مؤاجرتها زمن الحجر إلى أوان البيع. وأما أم الولد فلا تباع مطلقا، إذا لم تكن عين مال أحد من الغرماء. فيمكن الحكم بمؤاجرتها إذا كانت فاضلة عن خدمته. ولو كانت خدمته تحصل بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكة أخرى، لصدق المملوكية عليها وإن تشبث بالحرية، فيباع ما سواها، مع احتمال عدمه. وضمير " يؤاجرها " المستتر يعود إلى المالك بدلالة السياق. ولكن يجب تقييده بإذن الحاكم. ويمكن أن يعود إليه.

قوله: " وإذا شهد للمفلس شاهد بمال - إلى قوله - إثبات حق الغرماء "

القول بالمنع للشيخ (٢) والأكثر. وهو الأقوى، لأن المال للمفلس إلى أن يقتسمه الغرماء، وإن تعلق حقهم به. والحلف لإثبات مال الغير ممتنع. والقول بالجواز لابن الجنيدي (٣)، بناء على عود النفع إليهم، ويستحقون المطالبة. وهو

(١) كذا في النسخ. والصحيح يؤجرها، ومصدرها الإجارة لا المؤاجرة كما سيأتي في عبارة المصنف والشارح.

(٢) المبسوط ٢: ٢٧٦.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

وإذا مات المفلس حل ما عليه، ولا يحل ما له. وفيه رواية أخرى مهجورة.
وينظر المعسر، ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته. وفيه رواية أخرى مطروحة.

ضعيف، إذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس. وفي حلفهم إشكال من وجه آخر، وهو أن كل واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلفاً لاثبات مال لغيره، وهو باقي الغرماء، وهو ممتنع أيضاً زيادة على ما تقدم. وإن حلف على بعضه، وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط، لم يثبت له أجمع بل بعضه، لأنه مال المفلس، فلا يلتزم ثبوت جميع المال بهذا الحلف. والاعتذار عن حلفه على المجموع بأنه إنما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه، لأنه يتضمن إثبات مال الغير أيضاً.

قوله: " وإذا مات المفلس حل ما عليه، ولا يحل ما له. وفيه رواية أخرى مهجورة "

أما الأول فموضع وفاق. وأما الثاني فالمشهور بقاؤه بحاله، لأصالة البقاء، وانتفاء الدليل، وللفرق بتحقق الضرر في الأول على المالك إن تصرف الوارث، وعلى الوارث إن منع منه إلى أن يحل، بخلاف موت من له الدين. والرواية المذكورة بخلافه رواها أبو بصير، عن الصادق عليه السلام: " قال: إذا مات الميت حل ما له وما عليه من الديون " (١). وعمل بها الشيخ في النهاية (٢)، وتبعه جماعة (٣). والرواية مرسلة. والأصح الأول.

قوله: " وينظر المعسر. ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته. وفيه رواية أخرى مطروحة "

هذا هو المشهور، وعليه العمل. ويدل عليه ظاهر قوله تعالى: * (وإن كان ذو

(١) الكافي ٥: ٩٩ ح ١، التهذيب ٦: ١٩٠ ح ٤٠٧. وفيهما " إذا مات الرجل ... "

(٢) النهاية: ٣١٠.

(٣) في هامش " و " و " ن " : " أبو الصلاح وابن البراج والطبرسي رحمهم الله. منه رحمه الله " راجع الكافي للحلي: ٣٣٣، والمختلف: ٤١٢.

القول
في قسمة ماله
يستحب إحضار كل متاع في سوقه ليتوفر الرغبة،
وحضور الغرماء،
تعرضاً للزيادة.

عسرة فنظرة إلى ميسرة) * (١) وأطلق جماعة (٢) من أصحابنا أنه لا يجب عليه
الاكتساب

أيضاً، ولا قبول الهبة ولا الصدقة ولا الوصية ونحوها. ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله
كان حسناً. والرواية بجواز مؤاجرتة رواها السكوني، عن الصادق عليه السلام عن
أبيه: " أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى
الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن
شئتم فأجروه، وإن شئتم استعملوه " (٣). وعمل بها ابن حمزة (٤). ومال إليه في
المختلف (٥). واختاره الشهيد (٦) رحمه الله.

قوله: " يستحب إحضار كل متاع في سوقه ليتوفر الرغبة ".

إنما يستحب الإحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه، وإلا فالأولى
الوجوب، لأن بيعه فيه أكثر لطلبه، وأضبط لقيمه. ولكن أطلق الجماعة
الاستحباب.

قوله: " وحضور الغرماء تعرضاً للزيادة ".

وحضوره استحباب هذا القسم مناسب، إذ لا خصوصية لهم في الشراء. ويمكن
وجوبه (٧) مع رجاء الزيادة بحضورهم. وكذا يستحب حضور المفلس أو وكيله، فإنه

(١) سورة البقرة: ٢٨٠.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٢٧٤، التذكرة ٢: ٧٣، وجامع المقاصد ٥: ٢٩٧.

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

(٤) الوسيلة: ٢٧٤.

(٥) المختلف: ٤١٤.

(٦) الدروس: ٣٧٣.

(٧) في " ه " : " ويمكن القول بوجوبه... " .

وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه، وبعده بالرهن، لانفراد المرتهن به.
وأن يعول على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس، دفعا للتهمة، فإن
تعاسروا عين الحاكم.

أخبر بقيمة متاعه، وأعرف بجيده من غيره، فيتكلم عليه ويخبر بقدره، ويعرف
المعيب من غيره، وربما كان أكثر للرجبة فيه، وأبعد عن التهمة، وأطيب لنفس
المفلس.

قوله: " وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه " .

جعل هذا من المستحب ليس بواضح، بل الأجود وجوبه، لئلا يضيع على
المفلس وعلى الغرماء، ولوجوب الاحتياط على الأمناء والوكلاء في أموال مستأمنهم،
فهنا أولى، لأن ولاية الحاكم قهرية، فهي أبعد عن مسامحة المالك. وحينئذ فيبدأ بما
يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهة، ثم بالحيوان، ثم بسائر المنقولات، ثم
بالعقارات. هذا هو الغالب. وقد يعرض لبعض ما يستحق التأخر التقدم بوجه.
قوله: " وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به " .

ولأنه ربما زادت قيمته عن الدين فيضم الباقي إلى مال المفلس، وربما نقصت
فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء. وفي حكم الرهن العبد الجاني، لتعلق حق
المجني عليه برقبته واختصاصه، وربما فضل منه فضلة كالرهن. ويفارقه بأنه لو قصر
عنها لم يستحق المجني عليه الزائد، لأن حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين، بخلاف
الرهن فإنه متعلق بهما. وهذا التقديم يناسب الاستحباب، لأن الغرض منه معرفة
الزائد والناقص، وهو يحصل قبل القسمة. وفي التذكرة (١) قدمه على بيع المخوف.
وما هنا أولى.

قوله: " وأن يعول على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس دفعا للتهمة،
فإن تعاسروا عين الحاكم " .

هذا الحكم ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب، لأن الحق في ذلك لهم،

(١) التذكرة ٢: ٥٥.

وإذا لم يوجد من يتبرع بالبيع، ولا بذلت الأجرة من بيت المال،
وجب أخذها من مال المفلس، لأن البيع واجب عليه،
ولا يجوز تسليم
مال المفلس إلا مع قبض الثمن، وإن تعاسرا تقابضا معا.

لكونه مال المفلس، ومصروفا إلى الغرماء. ويمكن مع ذلك الاستحباب، لأن
الحاكم بحجره على المفلس أسقط اعتباره، وكان كوكيله، وحق الغرماء الاستيفاء من
القيمة، وهي حاصلة بنظر الحاكم. والحاصل: أنه يفوض إليهم التعيين، فإن اتفقوا
عليه وإلا عين هو. هذا إذا كان معين كل واحد متطوعا أو بأجرة متحدة، وإلا قدم
المتبرع وقليل الأجرة مع صلاحيته لذلك. وهذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين
الحاكم.

قوله: " وإذا لم يوجد من يتبرع بالبيع، ولا بذلت الأجرة من بيت المال
وجب أخذها من مال المفلس "

مقتضى العبارة جواز بذلها من بيت المال - وبه صرح العلامة في التذكرة - لأنه
معد للمصالح وهذا من جملتها (١). ومعنى قوله: " ولا بدلت من بيت المال " أنه إذا لم
يكن في بيت المال سعة، إما لعدمه، أو للاحتياج إلى صرفه إلى ما هو أهم من ذلك،
جاز أخذها من مال المفلس، لأن البيع حق عليه. وفي القواعد أطلق أن الأجرة على
المفلس (٢). وما هنا أجود.

قوله: " ولا يجوز تسليم مال المفلس إلا مع قبض الثمن. وإن تعاسرا
تقابضا معا "

هذا الحكم واضح، فإن مال الغير يجب الاحتياط فيه كذلك. وهل الحق في
ذلك منحصر في المفلس والغرماء، فيجوز مع رضاهم؟ يحتمله، لأن الحق الآن
منحصر فيهم، وعدمه، لجواز ظهور غريم آخر يتعلق دينه بالمال. وهو أجود.

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٧٣.

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة، قيل: يجعل في ذمة ملي احتياطاً، وإلا جعل وديعة، لأنه موضع ضرورة. ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها، ويبيع منها ما يفضل عن حاجته، وكذا أمته التي تخدمه.

قوله: " ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة - إلى قوله - لأنه موضع ضرورة "

إنما كان ذلك احتياطاً لأن القرض مضمون على المقترض، بخلاف الوديعة، فإنها أمانة لا يؤمن تلفها. واعتبر في التذكرة في المقترض مع الملاءة الأمانة (١). وهو حسن. وقوله: " وإلا " أي وإن لم يوجد مقترض ملي جعل وديعة، وليكن المستودع عدلاً. وينبغي مراعاة من يرتضيه الغرماء والمفلس، ومع الاختلاف يعين الحاكم ونسبة المصنف الحكم إلى القيل يشعر بتوقفه فيه. ووجه التوقف من أن قرض الحاكم في الأموال التي يليها إنما هو الاستيداع، كما هو في أموال اليتامى وغيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس، فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وإن أمكن القرض. وبه قطع في التذكرة (٢). وهو حسن، وإن كان الأول أحوط. قوله: " ولا يجبر المفلس على بيع داره - إلى قوله - وكذا أمته التي تخدمه "

يعتبر في الدار كونها لائقة بحالة كما وكيفاً، فلو زادت في أحدهما وجب الاستبدال بما يليق به، أو بيع الفاضل إن أمكن إفراده بالبيع، وفي الأمة الحاجة إلى خدمتها، أو الأهلية لها بحسب حاله. ومثلها العبد.

وفي حكمها دابة ركوبه ولو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد. وكذا يستثنى له دست ثوب يليق بحاله شتاءً وصيفاً. قال في التذكرة: " والأولى اعتبار ما يليق بحاله في إفلاسه، لا في حال ثروته. ويترك لعياله من الثياب ما يترك له ". قال: " ولا يترك له الفرش والبسط، بل يسامح

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥٦.

ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزيادة، لم يفسخ العقد. ولو التمس المشتري الفسخ، لم يجب عليه الإجابة، لكن تستحب.

ويجرى عليه نفقته ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته، ويتبع في ذلك عادة أمثاله، إلى يوم قسمة ماله، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم. ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء، ويقتصر على الواجب منه.

بالبلد والحصير القليل القيمة (١) ". ولا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا.

قوله: " ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس - إلى قوله - لكن تستحب "

لا ريب في استحباب الإجابة إلى كل إقالة، فهنا أولى، ولكن لا يجب، لأنه صار حقه. هذا إذا لم يكن البيع بخيار للبائع، وإلا جاز الفسخ. وفي وجوبه نظر، أقربه ذلك، وإن كان قد بيع بثمن المثل، للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع. قوله: " ويجرى عليه نفقته - إلى قوله - نفقة ذلك اليوم " .

الظاهر أن المراد بعادة أمثاله من هو في مثل شرفه وصنعته وباقي أوصافه بحسب ما هو عليه الآن. ولو مات بعض من ينفق عليه في أثناء النهار ففي ارتجاع بقية نفقته نظر، من أن النفقة تمليك مطلق، أو بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها. وسيأتي - إن شاء الله تعالى - الكلام فيه.

قوله: " ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه " .

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

(١) التذكرة ٢: ٥٧.

مسائل ثلاث:

الأولى: إذا قسم الحاكم مال المفلس، ثم ظهر غريم، نقضها وشاركهم الغريم.

ويقتصر على الواجب، وهو ثلاثة أثواب. ويعتبر فيها الوسط مما يليق به عادة. ولا يقتصر على الأدون، مع احتمال. وبه قطع في البيان (١). ولو اكتفينا بالثواب الواحد في تأدي الواجب لزم الاقتصار عليه هنا. وكذا يستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها.

قوله: " إذا قسم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها وشاركهم الغريم ".

إذا ظهر غريم بعد القسمة فلا يخلو: إما أن يطالب بعين من مال المفلس، بأن يكون بائعاً ومبيعه قائم، أو يطالب بدين. والأول إما أن يجدها مع بعض الغرماء، أو مع غيرهم، بأن يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله، أو يجدها بأيدي الغرماء بالسوية، وفيما عدا الصورة الأخيرة لا يتوجه إلا نقض القسمة، لأن العين إذا انتزعت من أحدهم بقي بغير حق. وفي الأخير والمطالب بدين قولان: أحدهما - وهو الذي جزم به المصنف - أن القسمة تنقض، لتبين فسادها من حيث إن جميع الغرماء مستوون في المال، وقد وقعت القسمة بغير رضا البعض، فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر لهم شريك آخر. والثاني: أنها لا تنقض، بل يرجع الغريم على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، لأن كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله، فلا يجوز النقض، لأنه يقتضي إبطال الملك الثابت. أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فإنها غير مملوكة له، فتستعاد. ويضعف بأن الملك كان مبنياً على الظاهر من انحصار الحق فيهم، وقد تبين

(١) البيان: ٢٧.

الثانية: إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة، قسم أمواله على الحالة خاصة.

خلافه. ولا فرق في نفس الأمر بين سائر غرمائه. فإن قيل: ذلك إنما يتم في الشركاء، وهنا لا شركة، إذ المال للمفلس. نعم، يستحقون الايفاء، فلا يستحق الغريم الآخر سوى الحصّة، وما عداها لا حق له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبرا. قلنا: هذه وإن جعلها شركة حقيقة، لكن الايفاء أيضا مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرماء، غاية ما فيه أنه لم يكن ظاهرا سواهم، فصحت ظاهرا، فلما تبين من يشاركونهم في استيفاء المال لم تصح القسمة الأولى. والغريم المتجدد وإن لم يستحق سوى الحصّة إلا أنها مشاعة في جميع المال، فتميزه بغير إذنه لا يصح، فكان القول بالنقض أجود. وحينئذ فلا فرق بين الأقسام السابقة كلها. وليس هذا الفسخ الطارئ على هذه القسمة مثل فسخ البيع بأحد أسبابه، لأن ذلك الفسخ يبطله من حينه، وظهور هذا الغريم أبطلها من رأس. وتظهر فائدة القولين في النماء المتجدد بعد القسمة، فعلى النقض يشارك المتجدد فيه دون الآخر. وفيما لو تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى النقض تبين بطلانه دون الآخر. وفي وجوب الزكاة لو بلغ نصيبه نصابا، واجتمعت الشروط، فعلى النقض تبين سقوطها، وعلى الآخر يجب. إلى غير ذلك من الفوائد. قوله: " إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة، قسمت أمواله على الحالة خاصة "

أي مؤجلة عند القسمة، فإنه لا يقسم عليها. أما لو كانت مؤجلة عند الحجر وحلت عند القسمة شاركت، وإن كانت الحجر في ابتدائه لأجل الحالة. ولو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي، وضرب بجميع المال، وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم.

الثالثة: إذا جنى عبد المفلس، كان المجني عليه أولى به، ولو أراد مولاه فكه، كان للغرماء منعه.

ويلحق بذلك:

النظر في حبسه

لا يجوز حبس المعسر، مع ظهور إعساره.

قوله: " إذا جنى عبد المفلس... الخ " .

قد تقدم (١) أن المجني عليه أحق بالعبء الجاني من الغرماء ومن المرتهن، لانحصار حقه في العين بخلافهم. وإنما يكون أحق به مع استيعاب الجناية لقيمته، وإلا استرق منه بقدرها وصرف الباقي إلى الغرماء. وإنما يمنع المولى من فكه مع عدم المصلحة في فكه، فلو فرضت بأن كان كسوبا يثمر مالا إلى حين القسمة، وقيمته باقية، فله فكه لمصلحته.

ولو كان الجاني المفلس كان غريمه أسوة الغرماء. والفرق بين جنايته وجناية عبده واضح، فإن المجني عليه في صورة العبد تعلق حقه بعين العبد، وهنا تعلق بذمة الجاني، فكان كغيره من الغرماء. وقد تقدم (٢) وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر.

قوله: " لا يجوز حبس الغريم مع ظهور إعساره " .

عدل عن الضمير المذكور في العنوان، العائد إلى المفلس، إلى الاسم الظاهر - وهو الغريم - للتنبية على أن هذا الحكم لا يختص بالمفلس، بل يأتي في المديون المعسر. وإنما يحسن العدول لو اشترطنا في صدق التفليس الحجر، وإلا فالمديون المعسر مفلس أيضا.

(١) ص ٦٥ .

(٢) ص ٩٧ .

ويثبت ذلك بموافقة الغريم، أو قيام البينة.
فإن تناكروا وكان له مال ظاهر أمر بالتسليم. فإن امتنع فالحاكم
بالخيار بين حبسه حتى يوفي، وبيع أمواله وقسمتها بين غرمائه.

قوله: " ويثبت ذلك بموافقة الغريم " .

إنما يثبت بموافقة الغريم في حق الموافق خاصة. فلو تعدد الغرماء ووافق بعضهم دون بعض فللمخالف البحث، إلا أن يكون الموافق متعددا عدلا، فيثبت مطلقا.

قوله: " أو قيام البينة " .

نبه بذلك على خلاف بعض العامة (١)، حيث جعل قيام البينة بالاعسار غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر. وسيأتي (٢) الكلام على شرائط البينة وكيفية شهادتها.

قوله: " فإن تناكرا - إلى قوله - بين غرمائه " .

أي لو تناكر الغريم والمديون في الاعسار، بأن ادعاه المديون وأنكره الغريم. ومع ذلك فتفريع ظهور المال عليه منافر. والحاصل: أنه مع عدم إيفاء المديون دينه، وظهور مال له، يأمره الحاكم بالوفاء. فإن امتنع منه تخير بين حبسه وإهانتته إلى أن يوفي، وبين أن يوفي بنفسه. فإن كان ماله من جنس الحق صرفه فيه، وإن كان مخالفا باعه عنه وأوفى.

ويحل لصاحب الدين الاغلاظ له في القول، بأن يقول له: يا ظالم، ونحوه. قال صلى الله عليه وآله: " لي الواجد يحل عقوبته وعرضه " (٣). واللي: المطل. والعقوبة: الحبس. والعرض: الاغلاظ له في القول. فإن أصر على ذلك جاز

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٦ .

(٢) في ص: ١٢٩ - ١٣٤ .

(٣) أمالي الطوسي ٢ : ١٣٤، الوسائل ١٣، ٩٠ ب " ٨ " من أبواب الدين والقرض ح ٤ . راجع سنن أبي داود ٣ : ٣١٣ ح ٣٦٢٨ .

وإن لم يكن له مال ظاهر، وادعى الاعسار، فإن وجد البينة قضي بها. وإن عدمها، وكان له أصل مال، أو كان أصل الدعوى مالا، حبس حتى يثبت إعساره.

وإذا شهدت البينة بتلف أمواله قضي بها، ولم يكلف اليمين، ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره. أما لو شهدت بالاعسار مطلقا، لم يقبل حتى يكون مطلعة على أمره بالصحة المؤكدة، وللغرماء إحلافه دفعا للاحتمال الخفي.

للحاكم ضربه.

قوله: " ولو لم يكن له مال ظاهر - إلى قوله - حتى يثبت اعساره ". المراد أنه كان له قبل الآن قال وادعى الآن تلفه. والمراد بكون أصل الدعوى مالا أن غريمة الذي قد أثبت دينه دفع إليه في مقابلته مالا، بأن باعه سلعة وهو يطالب بثمنها، أو أقرضه مالا، ونحو ذلك، والمديون يدعي تلفه، أو ينكر وصوله إليه مع قيام البينة به، فإنه حينئذ يحبس حتى يثبت (١) إعساره، لأن الأصل بقاء ذلك المال في يده.

وظاهر العبارة - ككثير - أنه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدين وامتناعه من إيفائه. وفي التذكرة (٢) أنه إذا لم يكن له بينة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف، فإذا حلفوا حبس.

قوله: " وإذا شهدت بالبينة - إلى قوله - بالصحة المؤكدة ". إذا شهدت البينة للمديون بالاعسار، فإما أن يكون مستند شهادتها علمها بتلف ماله، أو اطلاعها على حاله. فإن كان الأول بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قبلت، وإن لم تكن مطلعة على باطن أمره، لأن الشهادة بذلك على الاثبات

(١) في " ب " و " م " : يتبين.

(٢) التذكرة ٢ : ٥٨.

المحض، وبشوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره. وإن شهدت بإعساره مطلقا، أي من غير تعرض لتلف أمواله، فلا بد في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة مع المشهود له، ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن أمره غالبا، فإن الأموال قد تخفى، ولا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك.

وإنما اعتبر ذلك هنا دون ما لو شهدا بتلف ماله، لأن مرجع هذه الشهادة إلى الشهادة على النفي، فإن معنى اعساره أنه لا مال له، ومن حق الشهادة على النفي أن لا تقبل، حتى ذهب بعض العامة (١) إلى عدم قبولها هنا لذلك. وإنما قبلت عندنا وعند أكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالاثبات، بأن يكون من أهل الخبرة بحاله، لكثرة خلطته وطول مجاورته حتى اطلعت على باطن أمره، وشهدت مع ذلك بإثبات يتضمن النفي، لا على النفي الصرف، بأن تقول: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه، ونحو ذلك.

فإذا لم تكن مطلعة على الوجه المذكور جاز أن تستند في إعساره إلى ظاهر حاله. ومع ذلك فللغرماء إحلافه، كما ذكره المصنف والجماعة، لأن الاحتمال لا يزول معها رأسا، ولا صراحة فيها بتلف الأموال، فيجبر باليمين. بخلاف بينة الاثبات، فإنه لا يكلف باليمين، كما قطع به المصنف، وتبعه عليه العلامة في غير التذكرة (٢)، أما فيها (٣) فعكس الحكم، وأثبت عليه اليمين في بينة التلف دون بينة الاعسار، محتجا بأن البينة إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالا غيره، فإنه يلزمه اليمين، وأفتى في موضع آخر (٤) منها بأنه لا يمين في الموضوعين، محتجا بأن فيه تكديبا للشهود، ولقوله صلى الله عليه وآله " البينة

(١) المغني لابن قدامة ٤: ٥٤٥.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢١٦ - ٢١٧، قواعد الأحكام ١: ١٧٦، الارشاد ١: ٤٠٠.

(٣) التذكرة ١: ٥٩ و ٥٨.

(٤) التذكرة ١: ٥٩ و ٥٨.

على المدعي واليمين على من أنكر " (١) والتفصيل قاطع للشركة. هذا خلاصة ما ذكره من الحكم، وغاية ما تقرر من الفرق بين الموضوعين.

وأقول: إن تلخيص الحكم في ذلك لا يخلو من إشكال، والفرق لا يخلو من نظر. وذلك لأن شهود تلف ماله إما أن يكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم، من غير معرفة لهم بحال باطن أمره، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف، كما هو الظاهر من قول الجماعة، وتعليقهم المسألة، وتصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبرة بحالة. ويشكل مع هذا ثبوت إعساره، لأن حاله بالنسبة إلى المال باطنا مجهول مطلقا، حتى لو فرضنا أن هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت مال له باطنا، والحال أنه لم يختبر.

وإن أرادوا بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن أمره أن الحاكم لا يعتبر اطلاعه على ذلك - مع أن اطلاعهم معتبر في نفس الأمر - اتكالا على عدالتهم، وأن العدل لا يجازف في شهادته - كما صرح بهذا المعنى بعض الأصحاب (٢) - أشكال الفرق بين الأمرين، لأن ذلك آت في الشهادة على مطلق الاعسار. وتحويلها نحو الإثبات - لئلا يتمحض للنفي - غير متوقف على هذا الشرط، فإن مرجعه إلى تحرير شهادتهم، لا إلى علمنا باخبارهم.

وحكم اليمين متفرع على ما قررناه. فإن اكتفينا في بينة التلف بالاطلاع على ظاهر ماله فلا بد من القول باليمين، لأنه يصير بهذه البينة كمن لم يعلم له أصل مال مع احتمال. ويتوجه عدم الافتقار إلى اليمين في بينة الاعسار المطلعة على الحال، لأن

(١) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣. وفيه: " البينة على من ادعى ... راجع أيضا عوالي اللثالي ١: ٢٤٤ ح ١٧٢، والمستدرک ١٧: ٣٦٨ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥.

(٢) في هامش " و " و " ن ": " هو الشيخ علي في الشرح. منه رحمه الله ". راجع جامع المقاصد ٥: ٣٠٠.

ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعا في التفحص، فلا يكلف مع البيئة أمرا آخر، لأصالة البراءة، ولظاهر الخبر (١). وإن اعتبرنا اطلاع بيئة التلف على باطن أمره - كما ذكره بعضهم - توجه عدم اعتبار اليمين معها، لما ذكرناه.

ويمكن أن يوجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبرة الباطنة في شهادة التلف، لا بالنظر إلى الحاكم ولا بالنظر إلى الشهود: بأن هذا المديون لما كان يعرف له أصل مال ولو يكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال، وإن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، والتكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا باعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه. فلا بد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة، ليحصل الظن بتلف ذلك المال، وإنما يحصل بذلك. فظهر الفرق بين الحالين.

ويوجه به أيضا ما اختاروه (٢) من ثبوت اليمين في الأول دون الثاني، لأن الأول لا يدفع المال الباطني يقينا ولا ظنا، لعدم الاطلاع عليه، بخلاف الثاني، لأن كثرة ملابسته ومجاورته والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عادة يفيد الظن الغالب بعدم المال، فلا يتجه مع ذلك انضمام اليمين إلى البيئة. نعم، لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون، واعترف بعدم غيره، فشهد الشهود بتلفه، لم يجب اليمين في الأول أيضا، ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلا أن هذه مادة خاصة، والمسألة أعم منها. والظاهر من عبارة الأصحاب وغيرهم في هذه المسألة هو ما وجهناه أخيرا من أن شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في أنفسهم ولا عند الحاكم، بخلاف

(١) الوسائل ١٨: ١٧٠ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم.

(٢) في " ب " و " ه " : ما اختاره.

شهود الاعسار. ووجهه ما بيناه. لكن المحقق الشيخ علي - رحمه الله - (١) قرر كلامهم

على ما نقلناه من الوجه، وهو أن المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر، فحصل الالتباس في الفرق على تقريره، ونفي اليمين في الأول وإثباتها في الثاني على تقريرهم، فإن الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبرا فيهما، فإما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضا فيهما، أو نفيه فيهما، اتكالا على العدالة، فالفرق ليس بجيد. وإذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف - على ما ذكره - يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر - كما ذكره في التذكرة - دون العكس، لأن الخبرة الباطنة أفادت ظنا قويا مضافا إلى البينة بعدم المال. ومختار التذكرة في إثبات اليمين في الأول دون الثاني أجود.

واعلم أن الخبرة المعتبرة في شهود الاعسار إن اطلع الحاكم عليها فلا كلام، وإلا ففي الاكتفاء بقولهم له: إنهم بهذه الصفة، وجه قوي. وقطع به في التذكرة (٢). وقد عرفت أنه يعتبر كونها على الإثبات المتضمن للنفي، لأن الشهادة على النفي. الصرف غير مسموعة، لأنه غير محصور، وهو آت في جميع الشهادات التي على هذا النهج. وقد تقدم منها الشهادة على عدم إخراج المالك الزكاة. ومنها الشهادة على نفي البيع أو القرض، ونحوهما من العقود، فإنه لا يكفي قولهم ما باعه كذا، أو ما أقرضه، ونحو ذلك، بل لا بد من حصره على وجه مضبوط، بأن يدعي الخصم أنه باعه يوم كذا عند الزوال في موضع كذا، فيشهد الشاهدان أنه ما باعه في ذلك الوقت، لأنه كان في ذلك الوقت في مكان آخر، أو في كلام آخر، ونحو ذلك. وكما لو ادعى عليه قتلا في وقت معين، فشهد الشاهدان أنه في ذلك الوقت كان ساكن الأعضاء، أو في مكان آخر بعيد عن المقتول، ونحو ذلك. وكما لو ادعى المولى عليه بعد زوال الولاية أن الولي باع على غير المصلحة، فلا تكفي شهادة الشاهدين بذلك،

(١) جامع المقاصد ٥ : ٣٠٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٥٩.

وإن لم يعلم له أصل مال، وادعى الاعسار، قبلت دعواه، ولا يكلف البينة. وللغرماء مطالبته باليمين. وإذا قسم المال بين الغرماء وجب إطلاقه. وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء، أم يفتقر إلى حكم الحاكم؟ الأولى أنه يزول بالأداء، لزوال سببه.

لعدم الحصر في هذا النفي، بل لا بد من بيانه على وجه محصور، بأن يدعي الولي حاجته إلى النفقة فيشهد الشاهدان بغناه بسبب كذا، أو يدعي الولي خوف التلف عليه من وجه، فيشهد الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه الخاص بوجه مضبوط، ونحو ذلك مما لا ينحصر. والمرجع فيه إلى اعتبار انضباط النفي وحصره بالاعتبارات الثبوتية.

قوله: " وإن لم يعلم له أصل مال - إلى قوله - باليمين ". المراد هنا بأصل المال ما يشمل كون الدعوى مالا ليتم الحكم بقبول قوله، فلا يكون بمعنى الأصل السابق في قسيمه، بل أعم منه. والحاصل أنه متى لم يعرف له مال قديم، ولا كان أصل الدعوى مالا، بأن كان مآلها أجرة عمل، أو عوض إتلاف، أو أرش جنائية، ونحو ذلك، قبل قول المديون في عدم المال بغير بينه، لأنه منكر له، والأصل عدمه، خلافا لبعض العامة (١) حيث منع من قبول قوله إلا بالبينة كالسابق، بناء على أن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً قل أم كثر. قوله: " وإذا قسم المال بين الغرماء وجب إطلاقه ". أي إطلاقه من الحبس إن كان محبوساً. ولا يختص ذلك بالمفلس، كأكثر الأحكام السابقة. وأما إطلاق المحجور من الحجر بمعنى فك حجره فسيأتي الكلام فيه.

قوله: " وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء... الخ ". ضمير " عنه " يعود إلى المفلس المحجور عليه. وفيه تشويش للضمائر كما قد

(١) المجموع ١٠: ٢٢٧.

كتاب الحجر

الحجر هو المنع. والمحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله. والنظر في هذا الباب يستدعي فصلين:

قوله: " الحجر هو المنع، والمحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله "

ذكر المصنف - رحمه الله - للحجر تعريفين، لغوي وشرعي. ففي اللغة (١) هو المنع والتضييق، ومنه سمي الحرام حجرا لما فيه من المنع، قال الله تعالى: * (ويقولون حجرا محجورا) * (٢) أي حراما محرما. وسمي العقل حجرا لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضر عاقبته، قال الله تعالى: * (هل في ذلك قسم لذي حجر) * (٣).

وعرفه شرعا بأنه الممنوع من التصرف في ماله. والمراد مطلق التصرف أعم من كونه في جميع المال أو بعضه، فيشمل الحجر على الصبي ونحوه ممن يمنع من الجميع، والحجر على المريض الذي يمنع من التصرف في بعض المال. فلا يرد ما قيل: إنه إن أراد التصرف في الجميع ورد كذا، أو في البعض ورد كذا، فإن " التصرف " في العبارة جنس يصلح للجميع والبعض. ومثله القول في " ماله "، فإنه مفرد مضاف لا يدل على العموم، ولكن يصلح له لو أريد، فيشمل من منع من التصرف في جميعه كالصبي، وفي بعضه كالمريض. ومذهب المصنف أن العبد يملك وإن كان محجورا

(١) راجع الصحاح ٢: ٦٢٣، لسان العرب ٤: ١٦٧.

(٢) سورة الفرقان: ٢٢.

(٣) سورة الفجر: ٥.

الأول

في موجباته

وهي ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس،
والسفه.

أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ
والرشد.

عليه، كما سلف (١) في البيع، وحينئذ فيدخل في التعريف. وإنما يرد النقص به على
من لا يقول بملكه.

وبما قررناه سقط ما أورد عليه أيضا من أنه إن أراد جميع المال خرج المريض،
وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون، وأن العبد خارج، لأنه لا يملك شيئا.
وكذلك ظهر جواب ما قيل من أن أحدا لا يمنع من التصرف في ماله بالأكل والشرب
ونحوهما من الأمور الضرورية، فإنه ليس في التعريف ما يدل على التعميم أو
التخصيص، بل من صدق عليه المنع من التصرف في ماله على أي وجه كان فهو
محجور عليه.

نعم، ربما ينتقض في طرده باليمنوع من التصرف فيه لغصب ونحوه، فإنه لا
يسمى محجورا عليه شرعا، فلو أضاف إليه ما يدل على المنع الشرعي كان حسنا.
واعلم أنه عرف المفلس بهذا التعريف مع أنه أخص منه، فقد تجوز في
تشريكتها فيه.

قوله: " في موجباته وهي ستة "

حصر أسبابه في الستة المذكورة جعلي، لا استقرائي ولا ما سواه. وقد جرت

(١) تقدم من المصنف في ج ٣: ٣٨٢ أنه لو قيل كذلك كان حسنا. فراجع.

ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة.

عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة، وعقد الباب لها. وبقي أقسام كثيرة سواها يتناولها التعريف ولا تذكر هنا، كالحجر على الراهن، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يسوغ عوده، وغير ذلك مما هو مذكور في تضاعيف الفقه. ومرجع الصور إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه، ومن يحجر عليه لحق غيره. فالأول الصبي والمجنون والسفيه، والثاني الباقي. ثم الحجر إما عام في سائر التصرفات، أو خاص ببعضها. والأول إما أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا، والأول الصغر، والثاني الجنون. والخاص إما أن يكون الحجر فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أو لا. والأول السفيه. والثاني إما أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم، أو لا. والأول الفلاس، والثاني المرضى. وباقي الأسباب تعرف بالمقايسة. قوله: " ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة ".

احترز بالخشن عن الشعر الضعيف الذي ينبت قبل الخشن ثم يزول ويعبر عنه بالزغب، وبشعر العانة عن غيره، كشعر الإبط والشارب واللحية، فلا عبرة بها عندنا، وإن كان الأغلب تأخرها عن البلوغ، إذ لم يثبت كون ذلك دليل شرعاً، خلافاً لبعض العامة (١). واستقرب في التحرير (٢) كون ثبات اللحية دليل دون غيره من الشعور، والعادة قاضية به.

ولا شبهة في كون شعر العانة علامة على البلوغ، إنما الكلام في كون نفسه بلوغاً، أو دليلاً على سبق البلوغ. والمشهور الثاني، لتعليق الأحكام في الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام، فلو كان الانبات بلوغاً بنفسه لم يخص غيره بذلك. ولأن البلوغ غير مكتسب، والانبات قد يكتسب بالدواء. ولحصوله على التدرج، والبلوغ لا يكون كذلك. ووجه الأول ترتب أحكام البلوغ عليه، وهو أعم من

(١) المجموع ١٠ : ٢٨١.

(٢) التحرير ١ : ٢١٨.

سواء كان مسلماً أو مشركاً.
وخروج المنى الذي يكون منه الولد، من الموضع المعتاد، كيف كان.

المدعى.

قوله: " سواء كان مسلماً أو كافراً " .

نبه بذلك على خلاف بعض العامة (١) حيث خصه بالكافر، نظراً إلى أنه لا يمكن الرجوع إليهم في الأخبار بالسن والاحتلام، بخلاف المسلم. وربما نسب هذا القول إلى الشيخ رحمه الله (٢).

قوله: " أو خروج المنى الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان " .

اشتملت هذه الجملة على ثلاثة أحكام، تخصيص للمنى الموجب للبلوغ وتعميم (٣):

أحدها: كونه ما يكون منه الولد. وظاهر العبارة أن المنى ينقسم قسمين: ما يكون منه الولد، وما لا يكون، وأن البلوغ لا يتحقق إلا بالأول. وقد فهم هذا المعنى جماعة (٤). وفي حاشية الشهيد (رحمه الله) على القواعد نقلاً عن بعض العلماء: يعلم المنى الذي منه الولد. مما ليس منه بأن يوضع في الماء فإن طفا فليس منه الولد، وإن رسب فممنه الولد. والظاهر أن هذا المعنى فاسد، بل المعتبر في البلوغ خروج المنى مطلقاً، سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا، لا إطلاق النصوص (٥) الدالة على ذلك، المتناولة لمحل النزاع. والوجه في هذه الصفة أنها كاشفة لا مقيدة.

(١) المجموع ١٠ : ٢٧٩ .

(٢) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سره.

(٣) كذا في النسخ المعتمدة ولعل الصحيح (تخصيص المنى... وتعمم).

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٨٢ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٦٨ ، والتحرير ١ : ٢١٨ .

(٥) الوسائل ١ : ٣٠ ب " ٤ " من أبواب مقدمة العبادات.

ويشترك في هذين الذكور والإناث.

والمراد: أن المنى هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وإن تخلف في بعض الأفراد لعارض. وفي بعض العبارات - منها التذكرة - (١): خروج الماء الذي منه الولد. وهو جيد، والصفة فيه مقيدة، فإن الماء شامل. فعدل المصنف - وتبعه العلامة - إلى المنى، ووصفه بذلك. ولا بد فيها أيضا من إرادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك، لئلا يفهم منه اشتراط كونه بالفعل.

وثانيها: كونه من الموضع المعتاد. وإنما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصا وفي بعضها بلوغ النكاح (٢)، وإنما يكون من المعتاد. فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به. ومنه ما لو خرج من أحد فرجي الخنثى.

وثالثها: أنه لا يختص بحالة، بل كيف خرج، ليلا أو نهارا، يقظة ونوما، بجماع وغيره، حكم به لقوله تعالى: * (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم) * (٣). والحلم هو خروج المنى من الذكر، أو قبل المرأة مطلقا، ولا يختص بالاحتلام. نعم، لا بد من كونه في وقت يحتلم البلوغ فيه، فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك. وحده عندنا - في جانب القلة - في الأنثى تسع سنين. وأما في جانب الذكر فما وقفت له على حد يعتد به. نعم، نقل في التذكرة (٤) عن الشافعي أن حده تسع سنين في الذكر والأنثى. وله (٥) فيه وجهان آخران، أحدهما: مضي ستة أشهر من السنة العاشرة، والثاني: تمام العاشرة. ولا يبعد أن ما بعد العاشرة محتمل. قوله: " ويشترك في هذين الذكور والإناث ".

هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق، وإنما نبه به على خلاف الشافعي (٦)، فإن

(١) التذكرة ٢: ٧٤.

(٢) النساء: ٦.

(٣) النور: ٥٩.

(٤) التذكرة ٢: ٧٤.

(٥) المجموع ١٠: ٢٧٨.

(٦) المجموع ١٠: ٢٧٨.

وبالسن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر. وفي أخرى إذا بلغ
عشرا وكان بصيرا أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته، واقتص منه، وأقيمت
عليه الحدود الكاملة.

له قولاً بأن خروج المنى من النساء لا يوجب بلوغهن، لأنه نادر فيهن، ساقط العبرة.
وفساده واضح. وأما الخنثى فتشاركهما في الأول إن نبت على فرجها معا، وإلا فلا.
وأما خروج المنى منها فسيأتي حكمه (١).

قوله: " وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة - إلى قوله - الحدود الكاملة " .
المشهور بين أصحابنا بل كاد يكون إجماعا هو الأول. والمعتبر من السنين
القمرية دون الشمسية، لأن ذلك هو المعهود في شرعنا. ويعتبر إكمال السنة الخامسة
عشرة والتاسعة في الأثني، فلا يكفي الطعن فيها، عملا بالاستصحاب وفتوى
الأصحاب، ولأن الداخل في السنة الأخيرة لا يسمى ابن خمس عشرة (سنة) (٢) لغة
ولا عرفا. والاكتفاء بالطعن فيها وجه للشافعية (٣).

وأما رواية (٤) بلوغ العشر في جواز الوصية فهي صحيحة، وفي معناها روايات
إلا أنها لا تقتضي البلوغ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم، ومن ثم لم تعمم. وأما بلوغ
خمس أشبار فهو في رواية أخرى (٥)، وإن كان المفهوم من العبارة أنهما في واحدة.
ومعنى قوله: " أقيمت عليه الحدود الكاملة " أنه لا ينقص منها شيء، لأن
الصبي إذا فعل ما يوجب الحد على غيره إنما يؤدب بما لا يبلغ الحد.
ولنا رواية أخرى أن الأحكام يجري على الصبيان في ثلاث عشرة سنة وأربع

(١) في ص " ١٤٧ .

(٢) من " س " فقط .

(٣) المجموع ١٠ : ٢٧٨ .

(٤) الكافي ٧ : ٢٨ - ٢٩ ح ٣ ، ٤ ، الفقيه ٤ : ١٤٥ ح ٥٠١ ، ٥٠٣ ، التهذيب ٩ : ١٨١ ح
٧٢٦ ، الوسائل ١٣ : ٤٢٨ ب " ٤٤ " من أبواب الوصايا ح ٢ ، ٣ .

(٥) الكافي ٧ : ٣٠٢ ح ١ ، التهذيب ١٠ : ٢٣٣ ح ٩٢٢ ، الاستبصار ٤ : ٢٨٧ ح ١٠٨٥ ،
الوسائل ١٩ : ٦٦ ب " ٣٦ " من أبواب القصاص ح ١ .

والأنثى بتسع. أما الحمل والحيض، فليسا بلوغا في حق النساء، بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ.

عشرة سنة وإن لم يحتلم (١). وليس فيها تصريح بالبلوغ، مع عدم صحة سندها. وهذه الرواية قدمها المصنف في النافع، ثم عقبها بقوله: " وفي أخرى إذا بلغ عشرا " (٢). وهنا عبر بالأخرى من غير سبق رواية، وليس بجيد (٣). وأما الخنثى فلا نص فيها بالخصوص، ولكن أصالة عدم التكليف والبلوغ يقتضي استصحاب الحال السابق إلى أن يعلم المزيل، وهو بلوغ الخمس عشرة، إن لم يحصل قبله أمر آخر، كما سيأتي. قوله: " والأنثى بتسع ".

هذا هو المشهور وعليه العمل. وقد روي أنه يحصل بعشر سنين (٤). وذهب ابن الجنيد (٥) - فيما يفهم من كلامه - إلى أن الحجر لا يرتفع عنها إلا بالتزويج. وهما نادران. وأطبق مخالفونا على خلاف ما ذهبنا إليه في المرأة، وعلى أن بلوغها بالسن لا يكون دون خمس عشرة سنة، وإنما اختلفوا فيما زاد. قوله: " أما الحمل والحيض... الخ ".

لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ، كما لا خلاف في كونهما بلوغا بأنفسهما. أما الحيض فقد علق الشارع أحكام المكلف عليه في عدة أخبار، كقوله صلى الله عليه وآله: " لا تقبل صلاة حائض إلا بخمار " (٦)، وقوله صلى الله

-
- (١) التهذيب ٦: ٣١٠ ح ٨٥٦، الوسائل ١٣، ٤٣٢ ب " ٤٥ " من أحكام الوصايا ح ٣.
(٢) المختصر النافع: ١٤٠. وفيه " وفي رواية أخرى إذا بلغ عشرا " كما أنه في نسخة " س " من الكتاب أيضا كذلك. والظاهر أنه تصحيح بمراجعة المصدر فإن ظاهر الشرح يدل على أن نسخة النافع عنده " وفي أخرى... ".
(٣) في هامش " و " و " ن ": (ينبغي مراجعة نسخ الشرائع، منه رحمه الله).
(٤) الوسائل ١٣: ١٤٣ ب " ٢ " من أبواب أحكام الحجر ح ٢. لاحظ المبسوط ٢: ٢٨٣ - ٢٨٤.
(٥) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.
(٦) مسند أحمد ٦: ٢٥٩، المستدرک على الصحيحين ١: ٢٥١، سنن البيهقي ٦: ٥٧.

عليه وآله وسلم " إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا " (١) وأشار إلى الوجه والكفين. وأما الحمل فهو مسبوق بالانزال، لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة، كما نبه عليه تعالى بقوله: * (من نطفة أمشاج) * (٢) أي مختلطة ماء الرجل بماء المرأة، فهو دليل، على سبق، البلوغ، إلا أن الولد لا يتيقن إلا بالوضع، فإذا وضعت حكما بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء إن ولدته تاما. لكن لا فرق بين كون ما ولدته تاما وغير تام، إذا علم أنه آدمي أو مبدء نشوه كالعلاقة. إذا تقرر ذلك، فقول المصنف: " بل قد يكونان دليلا " ليس لتردده في دلالتهما، لأنها إجماعية، وإنما أتى ب " بقدر " التقليلية لأنهما مسبوقان غالبا بغيرهما من العلامات، خصوصا السن، فدلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف علمه عليهما نادر، فناسبه التقليل.

ويمكن أن يكون التقليل في الحيض إشارة إلى فائدة أخرى، هي أنه وغيره من الأصحاب (٣) حكموا في باب الحيض بأن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضا وإن كان بصفته، وإنما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها. وإذا كان كذلك فتنفي فائدة دلالة، لأنه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يفتقر إليه. ويمكن أن يقال: تظهر فائدته في المجهول سنها، فإنها إذا رأت ما هو بصفته جامعا لشرائطه في القلة والكثرة يحكم بكونه حيضا، ويكون دليلا على سبق البلوغ، لأن هذا لا يحكم بكونه قبل التسع مع اقترانه بدلالة الغالب على أن مثله لا يقع إلا بعد التسع سنين. ويتناوله دلالة النصوص (٤) على كون الحيض موجبا للأحكام، لأنه. حيض لغة وعرفا. وحينئذ فتظهر مناسبة " قد " التقليلية هنا.

(١) سنن أبي داود ٤: ٦٢ ح ٤١٠٤، سنن البيهقي ٧: ٨٦.

(٢) سورة الانسان: ٢.

(٣) كابن حمزة في الوسيلة: ٥٦، والعلامة في القواعد ١: ١٤.

(٤) الوسائل ٢: ٥٥٩ ب " ١٤ " من أبواب الحيض وغيره.

تفريع
الخنثى المشكل، إن خرج منيه من الفرجين، حكم ببلوغه. وإن
خرج من أحدهما لم يحكم به. ولو حاض من فرج الإناث، وأمنى من فرج
الذكور، حكم ببلوغه.

ومعنى دلالتها على سبقه أنهما إذا وقعا يحكم ببلوغ المرأة قبلهما، فلو أوقعت
عقدا قبلهما بلا فصل يحكم بصحته.
قوله: " الخنثى المشكل إن خرج منيه من الفرجين... الخ ".
لما كان الخنثى المشكل منحصرًا في الذكورية أو الأنثوية، وإنما اشتبه حكمه في
اللاحق بأحدهما، فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيهما - إما
لاشتراكه بينهما كالانبات أو للاحق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة، أو لكونه
جامعًا للوصفين على التقديرين كما لو أمنى من الفرجين - يحكم ببلوغه، لأنه إن كان
ذكرًا فقد أمنى من فرجه المعتاد، وإن كان أنثى فكذلك. ومثله ما لو أمنى من فرج
الذكر بعد مضي تسع، وإن كان الامناء من الذكر، لأنه إن كان أنثى فقد بلغ
بالسن، وإن كان ذكرًا فقد أمنى في وقت إمكانه. أما لو أمنى من أحدهما خاصة فإنه
لا يحكم ببلوغه، لجواز كون ذلك الفرج زائدًا، فلا يكون معتادًا. ومثله ما لو حاض
من فرج النساء خاصة. هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء.
ولبعض العامة قول بأن ذلك كاف في البلوغ، لأن بخروج (١) المني من فرج
الذكر يحكم بكونه ذكرًا، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة. وكذا القول في
الحيض والمني من فرج الأنثى. ولأن خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل
مستحيل، فكان دليل على التعيين. ومتى ثبت التعيين كان دليلًا على البلوغ. ولأن
خروجهما معًا دليلًا على البلوغ فخروج أحدهما أولى، لأن خروجهما يفضي إلى

(١) في ما لدينا من النسخ الخطية: خروج. وفي إحدى الحجريتين بخروج. ولعل الصحيح: لأنه
بخروج.

الوصف الثاني: الرشد، وهو أن يكون مصلحا لماله.

تعارضهما وإسقاط دلالتهما، إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل. ونفى في التذكرة (١) البأس عن هذا القول. وهو في محله. نعم، لو صار ذلك معتادا. قويت الدلالة.

وأما حيضه من فرج الإناث وامناؤه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة، لأنه إما ذكر فقد أمني وإما أنثى فقد حاضت. وللعمامة (٢) قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك، لتعارض الخارجين واسقاط كل واحد منهما الآخر، ولهذا لا يحكم والحال هذه بالذكورة ولا بالأنوثة، فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضا. وهو وجه في المسألة. وفي التذكرة (٣): الأقرب دلالتهما على البلوغ. وهو كذلك. قوله: " الرشد، وهو أن يكون مصلحا لماله ".

ليس مطلق الاصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد (٤) ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال، وتمنع من إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء. واحترزنا ب " الملكة " عن مطلق الكيفية، فإنها ليست كافية، بل لا بد فيها من أن تصير ملكة يعسر زوالها. وب " اقتضائها إصلاح المال " عما لو كان غير مفسد له، لكن لا رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتمد عند العقلاء، فإن ذلك غير كاف في تحقق الرشد، ومن ثم يختبر باعتناؤه بالأعمال اللائقة بحاله، كما سيأتي. وب " منعه من إفساده " عما لو كانت له ملكة الاصلاح والعمل وجمع المال، ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله، فإنه لا يكون رشيدا أيضا.

(١) التذكرة ٢: ٧٤.

(٢) المجموع ١٠: ٢٨٢.

(٣) التذكرة ٢: ٧٤.

(٤) في هامش " و " و " ن ": " عرفه في القواعد بأنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء. وبما قررناه يظهر ما فيه من الخلل. منه رحمه الله ". راجع القواعد ١: ١٦٨.

وهل يعتبر العدالة؟ فيه تردد.

قوله: " وهل تعتبر العدالة؟ فيه تردد "

اعتبر الشيخ - رحمه الله - (١) في تحقق الرشد اصلاح المال والعدالة، فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه، أو بالعكس، لم يرتفع عنه الحجر. وهو مذهب جماعة من العامة (٢) منهم الشافعي (٣). واحتجوا على ذلك بقوله تعالى: * (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) * (٤). وقد روي (٥) أن شارب الخمر سفيه، فيثبت في غيره، إذ لا قائل بالفصل. روي عن ابن عباس في قوله تعالى: * (فإن أنستم منهم رشدا) * (٦): " هو أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل " (٧).

وأكثر أهل العلم على عدم اعتبارها، والاكتفاء بإصلاح المال على الوجه الذي ذكرناه، لأن المفهوم من الرشد عرفا ذلك، وهو المعتبر حيث لم يجد شرعا. ولأن الرشد نكرة مثبتة، فلا تفيد العموم في كل ما يصلح له، بل يصدق في صورة ما، ولا ريب في ثبوته لمصلح ماله وإن كان فاسقا. ولأن الكافر لا يحجر عليه بكفره، فالفاسق أولى.

وإنما يعتبر - على القول بها - في الابتداء لا في الاستدامة. فلو عرض الفسق بعد العدالة، قال الشيخ (رحمه الله): " الأحوط أن يحجر عليه " (٨)، ولم يجعله لازما. وعلى هذا يتوجه أنها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك، لوجود المقتضي. واعلم أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقيم للمسلمين سوق، ولم ينتظم

(١) المبسوط ٢: ٢٨٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٥٧، بدائع الصنائع ٧: ١٧٠، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦.

(٣) الأم ٣: ٢١٥. راجع أيضا المجموع ١٠: ٢٨٣.

(٤) سورة النساء: ٥.

(٥) تفسير العياشي ١: ٢٢٠ الوسائل ١٣: ٤٣٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الوصايا ح ٨.

(٦) سورة النساء: ٦.

(٧) الخلاف ٣: ٢٨٤.

(٨) الخلاف ٣: ٢٨٩ مسألة ٨. وفي المبسوط ٢: ٢٨٥ " الظاهر أنه يحجر عليه ".

وإذا لم يجتمع الوصفان كان الحجر باقيا.
وكذا لو لم يحصل الرشد، ولو طعن في السن.
ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات، ليعلم قوته على
المكايسة في المبايعات، وتحفظه من الانخداع.
وكذا تختبر الصبية، ورشدها أن تتحفظ من التبذير، وأن تعتني
بالاستغزال مثلا والاستئساج، إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاويه من
الحركات المناسبة لها.

للعالم حال، لأن الناس - إلا النادر منهم - إما فاسق أو مجهول الحال. والجهل بالشرط
يقتضي الجهل بالمشروط.

قوله: " وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السن ".
هذا عندنا موضع وفاق. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (١)، حيث زعم
أنه متى بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر، ودفع إليه ماله، وإن كان سفيها.
قوله: " ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات... الخ ".
لما كان الرشد ملكة تقتضي إصلاح المال على الوجه المتقدم فلا بد من اختبار
البالغ قبل فك الحجر عنه، ذكرا كان أو أنثى، ليعلم اتصافه بالملكة المذكورة. وإنما
يتحقق ذلك بتكرر الفعل منه على وجه يصير ملكة له.
وكيفية الاختبار أن ينظر فيما يلائمه من التصرفات والأعمال. فإن كان من
أولاد (٢) التجار فوض إليه البيع والشراء، لا بمعنى أن يبيع ويشترى بل يماكس في
الأموال على هذا الوجه، أو يدفع إليه المتاع ليبيعه، ويراعى إلى أن يتم المساومة ثم
يتولاه الولي، ونحو ذلك. وسيأتي الكلام فيه. فإذا تكرر منه ذلك وسلم من الغبن
والتضييع وإتلاف شيء من المال وصرفه في غير وجهه فهو رشيد. وإن كان من أولاد

(١) اللباب في شرح الكتاب ٢: ٦٨، الفتاوى الهندية ٥: ٥٦، المحلى لابن حزم ٨: ٢٨٠.

(٢) في "س": من أبناء التجارة.

ويثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال، وبشهادة الرجال والنساء في النساء، دفعا لمشقة الاقتصار. وأما السفية فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة.

الأكابر الذين يسانون (١) عن مباشرة البيع والشراء فاختراره بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة لمدة معينة لينفقها في مصالحه أو في مواضعها، أو بأن يستوفي الحساب على معاملتهم، ونحو ذلك.

وإن كان أنثى لم تختبر بهذه الأمور، لأن وضعها لم يكن لذلك. وإنما تختبر بما يلائم عادة أمثالها من الأعمال، كالغزل والخياطة وشراء آلاتهما المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ مال يتحصل في يدها من ذلك، وحفظ ما تليه من آلات البيت وأسبابه، ووضعها على وجهه، وصون أطعمة البيت التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأرة، ونحو ذلك. فإذا تكررت هذه الأفعال من المختبر على وجه أفاد الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا.

قوله: " ويثبت الرشد - إلى قوله - لمشقة الاقتصار ".

المراد أنه يثبت بشهادة رجلين فيهما، وبشهادة أربع نساء في النساء، لأن رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق. وإليه أشار بقوله: " دفعا لمشقة الاقتصار ". وكذا يثبت رشدها بشهادة رجل وامرأتين بطريق أولى، وبشهادة أربع خنثى. قوله: " وأما السفية فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة ".

السفيه يقابل الرشيد، فلما عرف المصنف الرشيد بأنه المصلح لما له، عرف السفية بأنه الذي يصرف ماله في غير الأغراض الصحيحة. وقد عرفت أن الرشد لا يكفي فيه ذلك، بل لا بد من ملاحظة إصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجوه

(١) في " س " : يتحاشون.

فلو باع والحال هذه، لم يمض بيعه. وكذا لو وهب أو أقر بمال.

السابقة، فيكون السفه ترك ذلك، فيتحقق بترك الاشتغال بالأعمال التي ينبغي وقوعها من أمثاله. ولا بد من تقييد صرف المال في غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكة له، بأن يكون ذلك من شأنه. فلا يقدر الغلط والانخداع نادرا، لوقوعه من كثير من المتصفين بالرشد.

والمراد بغير الأغراض الصحيحة ما لا يلائم تصرفات العقلاء غالبا، كتضييع المال، واحتمال الغبن الفاحش في المعاملات، والانفاق في المحرمات، وصرف المال في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله، بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته. ومثله شراء الأمتعة الفاخرة، واللباس كذلك، ونحوه

وأما صرفه في وجوه الخير، كالصدقات، وبناء المساجد، والمدارس، وإقراء الضيف، فإن كان لايقا به عادة لم يكن سفيها قطعا، وإن زاد على ذلك فالمشهور أنه كذلك، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف.

وفي التذكرة أن ما زاد منه على ما يليق به تبذير، لأنه إتلاف في المال، وقال تعالى: * (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط) * (١). وهو مطلق فيتناول محل النزاع. لكنه لا يدل على مطلوبه، لأن الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف، والنهي هنا لا يقتضيه. ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمة كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير. اللهم إلا أن يمنع من كون ذلك لا يليق بهم، والكلام إنما هو في ذلك، كما لو صرف التاجر أمواله كلها في عمارة المساجد، وفك الرقاب، ونحو ذلك، كما مثل به المانع منه. قوله: " فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه، وكذا لو وهب أو أقر بمال "

الضابط: أنه يمنع من جميع التصرفات المالية، سواء في ذلك ما ذكر وغيره. ولا فرق في ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء وغيره، ولا بين الذكر والأنثى.

(١) التذكرة ٢: ٧٦، والآية في سورة الإسراء: ٢٩.

نعم، يصح طلاقه، وظهاره، وخلعه، وإقراره بالنسب وبما يوجب القصاص، إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الاتلاف. ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه.

قوله: " نعم، يصح طلاقه وظهاره - إلى قوله - صيانة المال ". وهذه الأمور لا مال يضيع عليه فيها، أما الطلاق والظهار فظاهر، إذ ليس فيهما إلا فوات الاستمتاع. ولو فاء المظاهر كفر بالصوم. وأما الخلع ففيه كسب للمال، فأولى بعدم المنع. ولا فرق بين كونه بمهر المثل ودونه، لجواز طلاقه بغير شيء، فمهما كان من العوض أولى. ويحتمل المنع بدونه، إجراء له مجرى المعاوضة، كالبيع بدون ثمن المثل. والفرق واضح. وأما الإقرار بالنسب فإن لم يوجب النفقة فقبوله واضح. وإن أوجبها أشكل، من حيث استلزامه لوجوبها، فينبغي أن لا ينفذ، لأنه تصرف في المال. ويندفع بأن الإقرار حينئذ يتضمن شيئين: أحدهما إلحاق النسب، وهو ليس بمال، فيجب أن يثبت. والثاني: الانفاق عليه، وهو تصرف مالي، فلا يثبت، وإن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر غالباً، إلا أن تلازمهما غير معلوم. ومثله - في الإقرار بمتلازمين غالباً، وثبوت أحدهما دون الآخر - الإقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز، فإنه يثبت به المال دون القطع. وبالعكس لو أقر هذا السفية بالسرقة، فإنه يقبل في القطع دون المال.

وحينئذ فينفق على ما استلحقه من بيت المال، لأنه معد لمصالح المسلمين، وهذا منها. وللشهيد (١) - رحمه الله - قول بأنه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع على ثبوت النسب. ولأن في الانفاق عليه من بيت المال إضرار بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله كذلك يمنع من الإضرار بغيره.

ويضعف بأن الإقرار إنما نفذ فيما لا يتعلق بالمال كما قدمناه، وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يقال إن مثل ذلك يضر بهم؟ إذ ذلك آت في كل من يأخذ

(١) نقله في جامع المقاصد ٥: ٢٠١ عن حواشي الشهيد.

ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة، جاز، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف.
ولو أذن له الولي في النكاح، جاز.

منه جزءاً، ولأنه لو قبل في النفقة لأمكن جعله له وسيلة إلى تضييع المال، لأن ذلك من مقتضيات السفه.

وأما اقراره بما يوجب القصاص فإن لم يستلزم فوات النفس ألزم به، لأنه مكلف عاقل، ولا خلاف فيه. وكذا إن كان في نفس وطلب المقر له القصاص. أما لو طلب المال ففي إيجابته إليه نظر، من وجوب حفظ النفس التي هي أولى من حفظ المال، ومن أنه مفوت للغرض من الحجر، لا يمكن أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال. والأقوى وجوب المال.

قوله: " ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة جاز، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف ".

أي لم يسلبه أهلية التصرف مطلقاً، وإنما سلبه أهليته في المال خاصة، وإيقاع صيغة العقد ليس منه. فاللام في " التصرف " إما للعموم، بناء على أن المفرد المحلى به يفيد العموم، أو أراد العموم بضرب من المجاز. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (١)، حيث منع من تصرفه بذلك.

قوله: " ولو أذن له الولي في النكاح جاز ".

إنما يجوز الإذن له فيه إذا عينه على وجه يؤمن معه من إتلاف المال، بأن يعين الزوجة والمهر، مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة، وانصراف إطلاق الإذن إلى كونه بمهر المثل، إلا أن الأول أنسب بالغرض من الحجر.

ولا يخفى أن جواز ذلك من الولي مشروط بالمصلحة، كما لو باشر بنفسه، بل هنا أولى. وكذا القول فيما لو أذن له في غيره من التصرفات المضبوطة، كبيع الشيء الفلاني بكذا. فلو أطلق له الإذن كان لغواً، لاستلزامه فوات الغرض من الحجر

(١) المجموع ١٠ : ٢٨٩.

ولو باع فأجاز الولي، فالوجه الجواز، للأمن من الانخداع.
والمملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى.
والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً، ما لم يحز
الورثة.

عليه.

قوله: " ولو تصرف فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الانخداع ".
الوجه هو الوجه، لما ذكره من الوجه. وخالف في ذلك الشيخ - رحمه الله - (١)
وجماعة (٢)، فحكموا بعدم صحة تصرفه وإن أذن له الولي، فضلاً عن إجازته له.
قوله: " والمملوك ممنوع من التصرف إلا بإذن المولى ".
لا فرق في المنع من تصرفه بدون إذنه بين أن نقول بملكه وعدمه. ويستثنى
من المنع من تصرفه طلاقه، فيجوز بدون إذن مولاه، بل وإن كره، لأن الطلاق بيد
من أخذ بالساق. واستثنى في التذكرة (٣) أيضاً ضمانه، لأنه تصرف في الذمة لا في
العين. ثم إن علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له، و. إلا فله
الرجوع لاعساره. وسيأتي (٤) الكلام فيه.
قوله: " والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً ما لم تجز
الورثة ".

أي ممنوع من إيقاعها على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنها تقع باطلة
في نفسها. والحاصل: أن وصيته بما زاد تكون موقوفة على إجازتهم، فإن أجازوها
صحت وإلا بطلت. وهذا هو المشهور، بل المذهب، خلافاً لعلي بن بابويه (٥)، فإنه

(١) المبسوط ٢: ٢٨٦.

(٢) منهم ابن البراج، حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.

(٣) التذكرة ٢: ٨٧.

(٤) في ص: ١٧٤.

(٥) راجع المختلف: ٥١٠.

وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا. والوجه المنع.

أجاز وصيته بجميع ماله، استنادا إلى رواية (١) قاصرة. وحملت على من لا وارث له، وعلى ما إذا أجاز الورثة. قوله: " وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا. والوجه المنع "

احترز بالتبرعات عن المعاوضات في مرض الموت كالبيع، فإنه يصح إذا وقع بضمن المثل. ولو اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات. والمنجزة المعجلة في حال الحياة كالهبة، والعق، والمحاباة في الثمن، وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل، وإجازة نفسه كذلك.

وفي وقوع هذه وشبهها من أصل المال، أو من الثلث، قولان: أحدهما: أنها من الأصل. ذهب إليه جماعة من المتقدمين، منهم المفيد (٢)، والشيخ في أحد قوليه (٣)، وابن إدريس (٤)، لأنه مالك تصرف في ملكه، فكان ماضيا، كما لو تصرف صحيحا. وعليه شواهد من الأخبار، إلا أن في طريقها عمارا (٥) أو سماعة (٦)، وهما فاسدا الرأي، لكنهما ثقتان. والثاني: أنها من الثلث. ذهب إليه جماعة من المتقدمين، منهم الصدوق (٧)، والشيخ (٨) في أحد قوليه. واختاره عامة المتأخرين، ومنهم المصنف (رحمه الله). وهو

(١) الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، الوسائل ١٣: ٣٦٩ ب " ١١ " من أبواب أحكام الوصايا ح ١٦ و ١٩.

(٢) المقنعة: ٦٧١.

(٣) النهاية: ٦٢٠.

(٤) السرائر ٣: ٢٠٠.

(٥) الوسائل ١٣: ٣٨١ ب " ١٧ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٤، ١.

(٦) الوسائل ١٣: ٣٨١ ب " ١٧ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٤، ١.

(٧) المقنعة: ١٦٦.

(٨) المبسوط ٤: ٤٤.

الأقوى، للنصوص الكثيرة (١) الدالة عليه، بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق. واستثنى منه مواضع تأتي إن شاء الله تعالى. واعلم أن المصنف بعد حصره أسباب الحجر في الستة ذكر منها أربعة، وقد تقدم ذكر المفلس، وترك البحث عن المجنون. ولقد كان الأولى ذكره كغيره. ولعله تركه لقلّة مباحثه إلا أنه غير كاف. وسيأتي له ذكر يسير لا يغني.

(١) الوسائل ١٣: ٣٦٢ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الوصايا ح ٢، ٧، ٨، و ب " ١١ " ح ٤، ٦، ١١، و ب " ١٦ " ح ٢، و ب " ١٧ " ح ١٣، ١٤، ١٦، وغير ذلك.

الفصل الثاني
في أحكام الحجر
وفيه مسائل:

الأولى: لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم. وهل يثبت في السفية بظهور سفهه؟ فيه تردد. والوجه أنه لا يثبت. وكذا لا يزول إلا بحكمه.

قوله: " لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم... الخ ".
لا خلاف في توقف الحجر على المفلس على حكم الحاكم. وفي توقف دفعه على حكمه خلاف سبق (١). وأما السفية ففي توقف الحجر عليه على حكمه، أو الاكتفاء بظهور سفهه، قولان. وكذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه، أو توقفه على الحكم.

ووجه التوقف عليهما - وهو الذي اختاره المصنف - أن الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول إلا بدليل شرعي، وأن السفه أمر خفي، والأنظار فيه تختلف، فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم.
ووجه عدم التوقف فيهما: أن المقتضي للحجر هو السفه، فيجب تحققه، وإذا ارتفع زال المقتضي، فيجب أن يزول. ولظاهر قوله تعالى * (فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) * (٢) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشدا، فلو توقف معه

(١) في ص: ١٣٥.

(٢) سورة النساء: ٦.

الثانية: إذ حجر عليه، فبايعه إنسان، كان البيع باطلا. فإن كان المبيع موجودا، استعادته البائع. وإن تلف، وقبضه بإذن صاحبه، كان تالفا، وإن فك حجره.

على أمر آخر لم يكن الشرط صحيحا، ومفهوم الشرط حجة عند المحققين، والمفهوم هنا أنه مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليهم، فدل على أن وجود السفه وزواله كافيان في إثبات الحجر ورفع، لأن السفه والرشد متقابلان، ولظاهر قوله تعالى * (فإن كان الذي عليه الحق سفيها...)* الآية (١) أثبت عليه الولاية بمجرد السفه، فتوقفها على أمر آخر يحتاج إلى دليل، والآية الأخرى تساق لرفعه، كما مر. وهذا هو الأقوى. وفي المسألة قولان آخران، أحدهما: عدم توقف ثبوته على حكمه، وتوقف رفعه عليه. وهو اختيار الشهيد في اللمعة (٢). والثاني: عكسه. قيل: إن به قائلًا، ولا نعلمه. نعم، في التحرير (٣) جزم بتوقف الثبوت على حكمه، وتوقف في الزوال. قوله: " إذا حجر عليه فبايعه إنسان - إلى قوله - وإن فك حجره "

لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين من بايعه عالما بحاله وجاهلا، لأن البيع في نفسه باطل، فله الرجوع في ماله متى وجد، وأما إذا تلف فلا يخلو إما أن يكون قد قبضه بإذن صاحبه، أو بغير إذنه. وعلى التقديرين إما أن يكون البائع عالما أو جاهلا.

فإن كان قبضه بإذن صاحبه كان تالفا عليه، لأنه سلطه على إتلافه مع كونه سفيها، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض. وقوله: " وإن فك حجره " وصلي لما قبله، لأنه إذا لم يلزم حال الاتلاف لا يلزم بعد الفك. وهذا كله في العالم ظاهرا. أما الجاهل بحاله فإطلاق المصنف يشمله. ووجهه: أن البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأن العوض المبدول منه ثابت أم لا، فهو مضيع لماله. وقد نقل في

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٨٢.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٩.

ولو أودعه وديعة فأتلفها، ففيه تردد. والوجه أنه لا يضمن.

التذكرة (١) عن بعض الشافعية أن السفية إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر. قال: ولا بأس به.

وإن كان السفية قبض المبيع بغير إذن صاحبه وأتلفه ضمنه مطلقا، لأن البيع الفاسد لا يقتضي الإذن في القبض، فيكون متصرفا في مال الغير بغير إذنه، فيضمنه، كما لو أتلف مالا أو غصبه بغير إذن مالكة.

قوله: " ولو أودعه وديعة فأتلفها ففيه تردد. والوجه: أنه لا يضمن "

وجه عدم الضمان: تفريط المودع بإعطائه. وقد نهى الله تعالى عنه بقوله:

* (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) * (٢) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر. وقيل:

يضمن إن أتلفها أو تلفت بتفريطه، لأن المالك لم يسلطه على الاتلاف، وإنما أمره

بالحفظ، فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب، والحال أن

السفية بالغ عاقل، والأصل عصمة مال الغير إلا بسبب، مع أن وضع اليد حال

الاتلاف غصب. وهذا هو الأقوى. واختاره في التذكرة (٣). وهو ظاهر القواعد (٤).

وفي حكم الوديعة العارية.

والصبي والمجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا - كالبيع والقرض والغصب

وإتلاف المال بغير اختيار المالك كأكلة - حكم السفية. وأما الوديعة والعارية إذا تلفت

بتفريطهما أو أتلفاهما، ففي ضمانهما قولان، أجودهما ذلك في الثاني دون الأول.

أما الأول: فإن الضمان باعتبار الإهمال إنما يثبت حيث يجب الحفظ،

والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين، فلا يتعلق بالصبي،

والمجنون. ولا يرد المعارضة بقوله صلى الله عليه وآله: " على اليد ما أخذت

(١) التذكرة ٢: ٧٨.

(٢) سورة النساء: ٥.

(٣) التذكرة ٢: ٧٨.

(٤) القواعد ١: ١٦٩ - ١٧٠.

الثالثة: لو فك حجره، ثم عاد مبذرا، حجر عليه. ولو زال، فك حجره. ولو عاد، عاد الحجر. وهكذا دائما.
الرابعة: الولاية في مال الطفل والمجنون، للأب والجد للأب. فإن لم يكونا فللوصي. فإن لم يكن فللحاكم.

حتى تؤدي " (١) فإن مفهومه على الوجوب والتكليف بالرد، وهو منفي عنهما. وأما الثاني: فإن إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في ضمانه، والأسباب من باب خطاب الوضع لا تتوقف على التكليف. ومنه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير إذنه.
قوله: " لو فك حجره ثم عاد مبذرا حجر عليه... الخ ".
لما كان السفه علة الحكم بالحجر، إما بنفسه أو بحكم الحاكم على ما مر (٢)، كان وجود العلة يقتضي وجود المعلول، ورفعها رفعه، من غير فرق بين المرة والمرات. وهذا مما لا خلاف فيه. نعم، في خصوصية ذكره فائدة أخرى، وهي أن علة الحجر أولا لما قيل إنها مركبة من السفه والفسق، فلا يزول الحجر إلا برفعهما معا بالرشد والعدالة على ذلك القول، وأما بعد ارتفاعها فلا تبقى العلة للحجر إلا التبذير خاصة، فعوده يعيد الحجر، وارتفاعه يرفعه، من غير اعتبار العدالة هنا على القولين كما حققناه سابقا. فلذلك أطلق المصنف أن مجرد عود التبذير يوجب الحجر، ومجرد رفعه يرفعه، وهكذا.
قوله: " الولاية في مال الطفل والمجنون للأب - إلى قوله - فإن لم يكن فللحاكم ".

لا خلاف في كون الولاية عليهما للأب والجد له وإن علا. وإنما الكلام في أنهما إذا تعارضا وأوقعا العقد دفعة فهل يقع باطلا، لاستحالة الترجيح، أو يقدم عقد

(١) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.
(٢) في ص ١٥٨.

أما السفية والمفلس، فالولاية في مالهما للحاكم لا غير.

الجد أو عقد الأب؟ الذي اختاره في التذكرة (١) في هذا الباب هو الثاني. والكلام في المال، أما في التزويج فسيأتي. وفي كتاب الوصايا من التذكرة (٢) قال: إن ولاية الأب مقدمة على ولاية الجد. وولاية الجد مقدمة على ولاية الوصي للأب. والوصي للأب والجد أولى من الحاكم.

ومقتضى قول المصنف أنهما إن لم يكونا فللوصي أن وصي الأب لا حكم له مع الجد كما في التذكرة. وهو كذلك وإن علا الجد. ويأتي في ترتب الأجداد للأب أو اشتراكهم مع وجود الأعلى والأدنى ما مر في الأب والجد من الخلاف. ولو جعل الأب أو الجد للوصي أن يوصي، أو جوزنا للوصي ذلك وإن لم ينص له، فحكم وصيه حكمه، فيقدم وصي الوصي - وإن تعدد - على الحاكم. والمراد بالحكم حيث يطلق في أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعاً. قوله: "أما السفية والمفلس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير".

أما المفلس فظاهر، وأما السفية فإطلاق المصنف يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد، ومن بلغ سفياً، وهو أشهر القولين في المسألة. ووجهه - على ما اختاره سابقاً (٣) من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم، ورفع عليه - ظاهر، لكون النظر حينئذ إليه.

وقيل: إن بلغ سفياً فالولاية للأب والجد ثم وصي أحدهما ثم الحاكم كالصبي، وإن بلغ رشيداً ثم تجدد سفهه فأمره إلى الحاكم دونهما. وهو أجود، استصحاباً لحكم ولايتهما في الأول، وارتفاعهما في الثاني، فيحتاج عودها إلى دليل، والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل. نعم، يتخلف إذا قدم عليه غيره، وقد انتهى هنا.

(١) التذكرة ٢: ٨٠.

(٢) التذكرة ٢: ٥١٠.

(٣) في ص: ١٥٨.

الخامسة: إذا أحرم بحجة واجبة، لم يمنع مما يحتاج إليه في الاتيان بالفرض. وإن أحرم تطوعا، فإن استوت نفقته سفرا وحضرا، لم يمنع. وكذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج إليه. ولو لم يكن كذلك، حلله الولي.

قوله: " إذا أحرم بحجة واجبة لم يمنع مما يحتاج إليه في الاتيان بالفرض... الخ "

السفيه حكمه في العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد، إلا أنه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق. فإذا كان واجبا فلا اعتراض للولي عليه، سواء زادت نفقته سفرا عن الحضر أم لا، لتعينه عليه، ولكن يتولى النفقة عليه الولي أو وكيله (الثقة) (١). ولا فرق في ذلك بين الواجب بالأصل وبالندر، كما إذا تقدم سببه على الحجر.

وأما إذا كان الحج مندوبا فكذلك، مع عدم زيادة نفقته على الحضر، لعدم الضرر. وأما إذا احتاج إلى زيادة فإن كان يكتسبها في السفر فكذلك، لانتفاء الضرر عن ماله المحجور عليه فيه.

وربما أشكل بأنه يصير باكتسابه من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه، فيكون كالسابق.

وأجيب بأنه قبل لم يكن مالا، وبعده صار محتاجا للنفقة. وبأن الاكتساب غير واجب على السفيه، وليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلق به الحجر.

والجواب الأول إنما يتم لو لم يمكنه العود، أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال، وإلا لم ينفعه احتياجه إلى النفقة.

وفي الثاني أن الاكتساب عليه وإن كان غير واجب إلا أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه، فعاد المحذور. نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر، وكان بعد التلبس بالحج أو قبله، ولم يمكن العود إلا

(١) ساقط من " ه " و " م " .

السادسة: إذا حلف، انعقدت يمينه، ولو حنث كفر بالصوم.
وفيه تردد.

بصرفه، زوال الاشكال.
ويفهم من قوله: " ولو لم يكن كذلك حلله الولي " أن إحرامه ينعقد على كل حال. ويشكل مع الاخلال بالشرائط، للنهي عنه حينئذ المقتضي للفساد في العبادة. ويمكن دفعه بأن النهي هنا ليس عن ذات العبادة، ولا عن شرطها، لأن المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد، وإنما النهي عن إتلاف المال الزائد، فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم، لأنه حينئذ كالمحصر، حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال، وإن كان لأمر خارج كعجزه عن النفقة.
هذا إن جعلنا لدم الاحصار بدلا، وإلا بقي على إحرامه إلى زمان الفك.
وعلى القول بالبدل فهو عشرة أيام كما مر في الحج (١)، وروي ثمانية عشر يوما. وأما بخصوص هذه المسألة فلا نص فيها عندنا.
قوله: " إذا حلف انعقدت يمينه. ولو حنث كفر بالصوم. وفيه تردد "

لما كان السفية إنما يمنع من التصرفات المالية، فإذا حلف على فعل شيء أو تركه - حيث تكون اليمين منعقدة في غيره - تنعقد يمينه، لأنه لا يتعلق بالمال. ومثله نذر ذلك وعهده. أما لو كان متعلق النذر نفس المال، بأن نذر أن يتصدق بمال مثلا، فإن كان معيننا بطل النذر، وإن كان في الذمة صح، وروعي في إنفاذ الرشد. إذا تقرر ذلك فإذا حلف مثلا على شيء وحنث وجبت عليه الكفارة قطعا، لأنه بالغ عاقل. وهل يكفر بالصوم أم بالمال؟ تردد المصنف رحمه الله. ووجه التردد: من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم، كالعبد والفقير، ومن أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه، وهو مالك للمال، فيخرج من المال كما تخرج الواجبات، من الزكاة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر.

(١) في ج ٢ ص ٣٩٠ - ٣٩١.

السابعة: لو وجب له القصاص، جاز أن يعفو. ولو وجب له دية، لم يجز.
الثامنة: يختبر الصبي قبل بلوغه. وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح.

ويضعف بأن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له في المال، وإنما الحاكم به الله تعالى، بخلاف الكفارة في المتنازع، فإن سببها مستند إلى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين، فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له إلى ذهابه، لأن مقتضى السفه توجيهه (١) صرفه على ما لا ينبغي. والأقوى أنه يكفر بالصوم. وبه قطع العلامة في كتبه (٢)، حتى في التذكرة (٣)، من غير نقل لتردد ولا لخلاف. وقريب من هذا البحث الكلام في الانفاق على من استلحقه من الأسباب بإقراره.

قوله: " لو وجب له القصاص جاز أن يعفو. ولو وجب له دية لم يجز ".
هذا عندنا واضح، لأن موجب العمد القصاص خاصة، وهو ليس بمال، وإنما يثبت المال بالصلح والتراضي، بخلاف ما يوجب الدية، لأنه تصرف مالي، فيمنع منه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٤)، حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين القصاص أو المال، فلا يصح عفو. لو طلب في العمد القصاص فله ذلك، لأنه موضوع للتشفي والانتقام، وهو صالح له. وإذا جاز له العفو عنه مطلقاً فعفوه عنه على مال أولى. فحيث يثبت بصلحه لا يسلم إليه بل إلى الولي.
قوله: " يختبر الصبي قبل بلوغه. وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح ".

-
- (١) في " ه " و " م ": يوجهه. وفي " ب ": توجهه وفي " س ": توجه.
(٢) راجع الارشاد ١: ٣٩٧، والتحرير ١: ٢١٩، والقواعد ١: ١٧٠.
(٣) التذكرة ٢: ٨٠.
(٤) راجع المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥٧٣.

قد تقدم (١) أن الرشد لا يتحقق إلا باختياره بما يلائمه من التصرفات والأعمال. وبين هنا أن محل هذا الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى: * (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) * (٢). ووجه دلالة الآية على ذلك من وجهين: أحدهما: جعل متعلق الابتلاء اليتامى. والمراد باليتيم لغة (٣) وشرعا من لا أب له وهو دون البلوغ، فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة، وإطلاق اللفظ محمول على الحقيقة إذا لم يمنع منها مانع. وهو منتف هنا. والثاني قوله تعالى * (حتى إذا بلغوا النكاح) * جعل غاية اختبارهم البلوغ، فدل على أن الاختبار قبله. ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدي إلى الأضرار به، بسبب الحجر عليه ومنعه ماله، مع جواز كونه بالغاً رشيداً، لأن المنع يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده، وربما طال زمانه بسبب العلم بالملكة السابقة، فإذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى.

هذا مما لا خلاف فيه عندنا، وإنما خالف فيه بعض العامة (٤)، وجعله بعده. نعم، شارحا القواعد (٥) حملا عبارتها على أن الاختبار بعد البلوغ، وجعلا الخلاف في صحة البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك. ولا ضرورة داعية إليه. إذا تقرر ذلك فنقول: إذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو من أهله، فما كس الصبي فيه وظهر رشده وأوقعه، هل يكون صحيحاً أم لا؟ وجهان: أحدهما: الوقوع، لأمره تعالى بالابتلاء، وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبراً، خصوصاً على القول بأن أفعاله شرعية، ومع ذلك قد انضم إلى إذن

(١) في ص: ١٥٠.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) راجع الصحاح ٥: ٢٠٦٤، معجم مقاييس اللغة ٦: ١٥٤.

(٤) المجموع ١٠: ٢٨٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٥٢. والظاهر أن المراد بالشارح الآخر السيد عميد الدين، راجع مفتاح

الكرامة ٥: ٢٥٠.

الولي له، لأن اعطاء المال وأمره به إذن، فيجب أن يكون صحيحا.
والثاني: عدمه، لمنع دلالة الأمر بالابتلاء على الصحة، بل غايته استفادة
الرشد بما به الابتلاء، أما كونه صحيحا أم لا فهو خارج عن مقتضاه. وهذا هو
الأقوى.

وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة في السلع، ويمتحنه بالممارسة
والمساومة وتقرير الثمن، فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الولي، فإذا رآه قد استقر رأيه
على الشراء بثمن المثل وإرادة البيع به مرة أخرى علم رشده. وقريب من ذلك
أن يشتري الولي سلعة ويتركها في يد البائع، أو يعطيه متاعا من أمتعته ويواطئه على
بيعه من الصبي، فإن اشتراه منه وفعل ما فيه الصلاح كذلك دل على الرشد.
واعلم أن العلامة في التحرير (١) رجح صحة البيع مع إذن الولي، كما هو
المفروض. وفي التذكرة (٢) والإرشاد (٣) قطع بعدمه. وفي القواعد تردد (٤).

-
- (١) تحرير الأحكام ١: ٢١٨.
(٢) التذكرة ٢: ٧٨.
(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٧.
(٤) قواعد الأحكام ١: ١٦٨.

كتاب الضمان
وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس.

قوله: " وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس ".
إعلم أن للضمان معنيين أحدهما أعم من الآخر. وهذا التعريف للضمان
بالمعنى الأعم، المتناول للضمان بالمعنى الأخص، وللحوالة والكفالة، فتكون هذه
الثلاثة أقسامه، والضمان بالمعنى الأخص قسيما للآخرين.
والكلام في كون الضمان هو العقد الدال على التعهد، أو نفس التعهد، قد
تقدم (١) البحث على نظيره في البيع، وأن التحقيق أنه الثاني، وإطلاقه على العقد
بطريق المجاز، إقامة للسبب مقام المسبب.
وشرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه وعدمه، فيشمل
الصحيح والفاسد. ولو ادعي أن المقصود حصول التعهد، وأن اللفظ دال عليه،
كان تعريفاً للصحيح. وهو أيضاً صحيح.
واعلم أن الضمان عندنا مشتق من الضمن، لأنه يجعل ما كان في ذمته من
المال في ضمن ذمة أخرى، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، فالنون فيه أصلية،
بناءً على أنه يقل المال من الذمة إلى الذمة. وعند أكثر العامة (٢) أنه غير ناقل، وإنما
يفيد اشتراك الذمتين، فاشتقاقه من الضم، والنون فيه زائدة، لأنه ضمن ذمة إلى ذمة،
فيتخير المضمون له في المطالبة.

(١) راجع ج ٣: ١٤٤.

(٢) راجع التنبيه في الفقه الشافعي: ١٠٦، وتحفة الفقهاء ٣: ٢٣٨، والمغني لابن قدامة ٥: ٧٠ و
٧٣.

والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون. فهنا ثلاثة أقسام.

قوله: " والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال... الخ "

أحد الأقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة، والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الأخص، وممن عليه هو الحوالة. وفيه: أنه سيأتي من مذهبه أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل، فيدخل هذا القسم في الضمان الأخص، ويختل التقسيم بالتداخل، ولا يدفعه ما يقوله: " ثم إن هذا القسم بالضمان أشبه (١) " لأن الأشبهية لم يخرجها عن معنى الحوالة أيضا. ويمكن دفع الاشكال بأن التقسيم جار على محل الوفاق، أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل، ليكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصة. وكون القسم المشترك ذا جهتين، بحيث يصح تسميته ضمانا خاصة وحوالة يسهل معه الخطب.

(١) في ص: ٢١٥.

القسم الأول
في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال. وهو المسمى
بالضمان بقول مطلق. وفيه بحوث ثلاثة:

قوله: " ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال. وهو المسمى
بالضمان بقول مطلق " .

لما كان الضمان بالمعنى الأعم منقسماً إلى الأقسام الثلاثة، انقسام الكلّي إلى
جزئياته، فإطلاقه على كل واحد منها بطريق الحقيقة، فيصح إطلاق الضمان على
الحوالة والكفالة حقيقة، إلا أن المعنى المتبادر من الضمان شرعاً، عند إطلاق لفظه
من غير قيد، هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون، وهو المعنى الأخص له.
وأما الآخرون، وهما الحوالة والكفالة، فإنما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ
آخر إليه، وهو ضمان النفس، أو ضمان مشغول الذمة للمضمون، ونحو ذلك.
ولكن يبقى فيه اشكال، وهو أن ذلك يقتضي كون إطلاق الضمان عليهما ليس
على وجه الحقيقة، لأن من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد، كما أن توقف فهم
المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم إليه دليل المجاز، فكيف يجتمع كونهما من أفراد
الكلّي بطريق الحقيقة، وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق إلى التقييد؟
وجوابه: أن المنقسم إليهما - بحيث صاروا فردين له بطريق الحقيقة - هو مطلق
الضمان، وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما.
والحاصل: أنه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء. ومثل هذا البحث يأتي
في الماء، فإنهم قسموا مطلق الماء إلى الماء المطلق والمضاف، مع أن إطلاق الماء على
المضاف بطريق المجاز، لافتقاره إلى القيد، إلا أنه فرد حقيقة من مطلق الماء. ومنشأ

الأول: في الضامن.
ولا بد أن يكون مكلفا، جائز التصرف. فلا يصح ضمان الصبي،
ولا المجنون.
ولو ضمن المملوك، لم يصح، إلا بإذن مولاه. ويثبت ما ضمنه في
ذمته لا في كسبه، إلا أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه.

الاختلاف باختلاف الوجهين. ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى،
لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتبه خاصة. وفيه بحث.
قوله: " ولو ضمن المملوك لم يصح إلا بإذن مولاه... الخ ".
الكلام هنا يقع في مواضع:

أحدهما: ضمان العبد بغير إذن سيده، وفي صحته قولان:
أحدهما - وبه قطع المصنف من غير نقل خلاف - : عدم الصحة، لأن العبد
لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى (١) به، وذمته مملوكة للمولى، فلا يملك إثبات
شيء فيها إلا بإذنه، ولأن الضمان يستلزم إثبات مال في الذمة، فيمنع منه بدون إذن
المولى، كما يمنع من النكاح لذلك (٢).
ويرد على الأول: ضمانه لما أتلفه أو غصبه أو جناه في ذمته بغير إذن المولى، فلو
توقف شغل ذمته مطلقا على إذن المولى لم يلزمه هنا شيء. إلا أن يقال: إن ذلك لا
يعد التزاما، بل هو حكم شرعي مبني على القهر، بسبب وقوعه بغير اختيار
مستحقه، ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون أيضا، مع عدم صحة ضمانهما إجماعا.
وعلى الثاني: منع كون مطلق إثبات المال في ذمته ممتنعا (٣)، وهل هو إلا محل
النزاع؟ والتمثيل بالنكاح لا يتم، لبطلان القياس، ومنع كون المانع فيه استلزامه
لإثبات المال في الذمة. ومن ثم امتنع وإن عرى العقد عن المهر، بل وإن بذله

(١) سورة النحل: ٧٥.

(٢) كذا في " س " و " و ". وفي غيرهما: (كذلك).

(٣) في ما لدينا من النسخ الخطية: (ممتنع). ولعله سهو من النساخ.

أجنبي، وإنما المانع الحجر، واستلزام صحته وترتب أثره قدرة العبد الممتنعة، أو
الاجماع عليه.

وثانيهما: الصحة، لانتفاء الضرر على المولى، لأن استحقاق المطالبة له بما
يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه، كما لو استدان بغير إذن سيده، وإن افترقا
بكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه، ولا يتصور ذلك في
الضامن، لتعلق حقه بالذمة.

لا يقال: إن السيد يستحق إرثه بعد العتق بالولاء، وثبوت الضمان يمنع
الإرث.

لأننا نقول: حكم الإرث المذكور لا يمنع الضمان، فإن الإرث متأخر عن
الدين، فمهما قيل إنه دين يقدم عليه. ولهذا لا يمنع الإرث إقراره بمال، مع أن
الملك يمنع منهما، فدل على أن الإرث ليس في حكم الملك مطلقا، كما أن الحر (١) لا
يمنع الضمان لحق ورثته، ويمنع مما هو ملكهم. فعلى هذا يتبع به بعد العتق، لأن
كسبه مملوك للمولى، ولا يملك التصرف في مال مولاه. وهذا القول قربه العلامة في
التذكرة (٢). والأقوى الأول.

الثاني: على تقدير ضمانه بإذن المولى وإطلاقه، فلم يشترط له الأداء من
الكسب، ولا الصبر إلى أن يعتق، فهل يتعلق بذمته أم بكسبه؟ قولان:
أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف - : تعلقه بذمته، فيتبع به بعد العتق،
لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما، والعام لا يدل على الخاص، فلم يقع من
المولى ما يدل على التزامه في ملكه، وكسبه ملكه. ولأن الإذن في الكلي ليس إذنا في
الجزئي المعين، وإن كان لا يوجد إلا في ضمنه، كما حقق في الأصول.
والثاني: أنه يتعلق بكسبه، لأن إطلاق الضمان إنما يحمل على الضمان الذي

(١) في "ه": الحجر.

(٢) التذكرة ٢: ٨٧.

يستعقب الأداء، فإنه المعهود، والأداء من غير مال السيد يمتنع، وكذا من ماله غير الكسب، وإلا لكان هو الضامن لا العبد، وهو خلاف التقدير، فيكون في كسبه. والبحث في ذلك قريب مما لو أذن له في الاستدانة. فينبغي ترتب قول ثالث، وهو أن الضمان يتعلق بالمولى، ولا يختص بكسب العبد. ولعله أقوى.

الثالث: على تقدير ثبوته في ذمته، لو أذن له مولاه في الضمان في كسبه، فقد قطع المصنف بصحته، ووجهه: أن كسبه مال مخصوص من أموال السيد، فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه. وحينئذ فإن وفي كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه، وإلا ضاع عليه ما قصر. فلو أعتق العبد قبل تجدد (١) شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان، لفوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الاطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات؟ الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه وما في يده سواء، ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا، وإن أطلق عليه لغة.

لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته، لأن السيد لا حق له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء. إلا أن يقال بصحة ضمانه بغير إذن سيده كما مر، فهنا أولى.

ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقي؟ يحتمله، لأن إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في ماله بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمة صاحب المال، على الخلاف. ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال.

ويحتمل عدم لزومه للمولى وإن قلنا به ثم، لأن الكسب ليس كمحض مال السيد، بل حق له، ولهذا قيل لو أعتق بقي متعلقا بكسب المعتق، فدل على أنه لم يتعلق بالمولى محضا. وليس في كلام الأصحاب هنا ما يدل على شيء، وإن كان

(١) فيما عدا " ن " و " ه " : قبل إمكان تجدد... وفي " ه " : شطب على (إمكان).

وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين.

الأوجه ابتناؤه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه.
قوله: " وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين ".
أي شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من أمواله، فإنه يصح الضمان
وينحصر وجوب الأداء فيه، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند
شروطهم " (١) وحينئذ فيتعلق به حق المضمون له.
وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن، أو كتعلق الأرش بالجاني؟ وجهان،
مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمة،
وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه، ولم يخرج الذمة عن العهدة، لأن
مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها. وهذا وجه تعلق الرهن. ومن أن الضامن لم يدخل
ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين، وجعله متعلق حق المضمون له،
فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة. وأقواهما الأول.
وتظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط، فعلى الأول ينتقل إلى ذمة الضامن،
وعلى الثاني إلى ذمة المضمون عنه. أما الأول فظاهر، لأن تلف الرهن لا يسقط
الحق. وأما الثاني فلأن فوات العبد الجاني إنما يسقط الحق عن مالكة، ومالك المال
هنا هو الضامن فيسقط عنه. وأما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالاً
تاماً، لأنه لم يتعلق بدمته، وإنما تعلق بمال تعلقاً ضعيفاً، فإذا فات عاد إلى ما كان.
مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين. أما عن الضامن فلأنه
لم يقدم على الضمان إلا في ذلك المال، ولم يلتزم الأداء إلا منه عملاً بالشرط، وقد
فات، فيبطل الضمان ويعود إلى ذمة المضمون عنه. وأما احتمال سقوطه عن المضمون
عنه على تقدير تعلقه كالجاني، فلأن الضمان لما كان ناقلاً برئت ذمة المضمون عنه
بالضمان كيف كان، فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن إلا بما أدى، ولم

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

يحصل.

إلا أن المبني عليه ضعیف، لأن الضمان إما ناقل (١) من ذمة إلى ذمة عندنا، أو ضام ذمة إلى أخرى عند غیرنا، فعدم تعلقه بذمته أصلا خارج عن القولین، فیکون المبني عليه أولى بالسقوط.

واختار في التذكرة (٢) الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا، بناء على الوجه الأول. والشهید (رحمه) في بعض فتاويه اختار بطلان الضمان مع تلف المال من غیر بناء له على وجه. وهو متجه.

ويمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعین مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه، بأن يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالأداء من المال عملا بمقتضى الشرط، أو يجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلقين، إذ لا دليل على الانحصار فيهما، وإنما هو من مناسبات الشافعية. وحينئذ فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط، فإن التزام المال من غیر المعین لم يتعلق به قصد الضامن، ولا دل عليه لفظه.

ومما يبنى على الوجهين ما لو كان المال المعین أقل من الدين، فعلى الأول يلزم الضامن الاكمال، كما لو نقص الرهن عنه، بناء على تعلق الدين بذمته، ولم يحصل فيما (٣) عينه وفاء. وهو الذي قربه في التذكرة (٤).

ويشكل بما مر، فإنه لم يلتزم في ذمته شيئا. وغاية التنزل أن يكون التزم بقدر المال المعین، فثبوت الزائد في ذمته بعيد. وعلى الوجه الثاني لا إشكال في عدم ضمانه. ومما يبنى على الوجهين أيضا من يطالب ببيع المال وتحويله إلى جنس الحق

(١) في ما لدينا من النسخ: (ناقل إما...). والصحيح ما أثبتناه.

(٢) التذكرة ٢: ٩٩.

(٣) في "ه": بما.

(٤) التذكرة ٢: ٩٩.

ولا يشترط علمه بالمضمون له، ولا المضمون عنه. وقيل: يشترط. والأول أشبه. لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه.

المضمون، فعلى الأول يطالب الضامن قطعاً كالرهن، وعلى الثاني يحتمل جواز استبدال المضمون له به كالجاني، خصوصاً إن لم يفكه الضامن. ويحتمل عليه توقف التصرف على الضامن أيضاً، لأن هذا التعلق لا يساوي تعلق الجناية بالجاني بكل وجه، لأن الجناية تعلقت بالعبد ابتداءً، ولم يتعلق بذمة أصلاً، بخلاف دين المضمون له هنا، فإنه كان متعلقاً بذمة وفي تعلقه بذمة الضامن ثانياً ما مر من البحث. فلم يفد هذا التعلق انحصار الحق فيه بكل وجه. قوله: " ولا يشترط علمه بالمضمون له - إلى قوله - إلى الضمان عنه ". القول باشتراط علم الضامن لهما معاً للشيخ (رحمه الله) في المبسوط. (١) وفي المختلف (٢) اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له. ونفى الاشتراط فيهما في غيره (٣). وهو الأقوى. أما عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلأن الضمان وفاء دين عنه، وهو جائز عن كل مديون. وأما المضمون له، فإن اعتبرنا قبوله لفظاً - كما هو مقتضى العقد اللازم - اقتضى ذلك تميزه (٤)، ولا يعتبر أزيد من ذلك، وإن لم نعتبره - كما يدل عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه حتى ضمنه علي عليه السلام (٥) - لم يعتبر علمه بوجه. وهذا هو الظاهر

(١) المبسوط ٢: ٣٢٣.

(٢) المختلف: ٤٢٨.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢، قواعد الأحكام ١: ١٧٧ - ١٧٨.

(٤) في هامش " و " و " ن " : " يمكن القول بعدم اعتبار تميزه، وإن اشترطنا قبوله، لامكان أن يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق، والمستحق حاضر ليقبل، ولا يعلم به الضامن. وبالجملة: فاعتبار قبوله يوجب تمييزه في الغالب لا في جميع الصور، كما لا يخفى. منه رحمه الله ".

(٥) راجع السنن الكبرى ٦: ٧٣، سنن الدارقطني ٣: ٧٨ ح ٢٩١ و ٢٩٢.

ويشترط رضا المضمون له.

من عبارة المصنف حيث اعتبر رضاه، ولم يعتبر فيه عقدا، ولا قبولا مخصوصا، ولا امتيازه هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه. وبقي الكلام في اعتبار تميز المضمون عنه كما ذكره المصنف. ووجهه: أن الضمان يتوقف على القصد، وهو متعلق بالمضمون عنه والحق، فلا بد من تميزه بوجه تزول معه الجهالة، ليتمكن القصد إليه. وأما الحق فسيأتي الكلام فيه. ويشكل بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين. والدليل إنما دل على اعتبار القصد في العقد، لا فيمن كان عليه الدين، فلو قال شخص مثلا: إني أستحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصدا إلى عقد الضمان عن أي من كان الدين عليه، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.

وإلى ذلك مال في التذكرة حيث قال: وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز. نعم، لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن أي من كان (١). قوله: " ويشترط رضا المضمون له " .

المشهور اشتراط رضا المضمون له في صحة الضمان، لأن حقه يتحول من ذمة غريمه إلى ذمة الضامن، والناس تختلف في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فربما كان المضمون له (٢) لا يرضى بإبداله بغريمه، ليقضيه (٣) عنه، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر.

(١) التذكرة ٢: ٨٨. وفيه بعد قوله " جاز " على إشكال.

(٢) كذا في " م "، وهو الصحيح. وفي سائر النسخ (الضامن).

(٣) في " ب " و " س " و " ن " : (لنقصه). وفي هامش " و " : أنه كذا في سائر النسخ.

ولا عبرة برضا المضمون عنه، لأن الضمان كالقضاء.

وللشيخ (١) (رحمه الله) قول بعدم اشتراطه، محتجا بأن عليا عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضا المضمون له (٢).

وأجيب بأنها واقعة لا عموم لها، وبأن ذلك إنما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه وردده، ونحن نقول بموجبه، لأنه صحيح، ولكن لا يلزم إلا برضا المضمون له. والأقوى اشتراط رضاه لصحيحة (٣) عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام.

وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي، أم لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي؟ قولان، أجودهما الثاني، لأنه عقد فلا بد فيه من القبول، ولأصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه، وسلامة ذمة الضامن، وعدم انتقال حق المضمون له إلى أن يتحقق المزيل. وحينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول، وكونه بلفظ الماضي، واللفظ العربي، لأنه من العقود اللازمة.

ووجه العدم قضية علي عليه السلام، وأصالة عدم الاشتراط، ومخالفته لغيره من العقود المملكة، لأن الضمان لا يثبت ملكا جديدا، وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكا.

وفيه: أن استحقاق المضمون له عند الضامن حقا ضرب من التملك. ثم ينتقض بالرهن فإن فائدته التوثق مع اشتراطه فيه.

قوله: " ولا عبرة برضا المضمون عنه لأن الضمان كالقضاء ". هذا موضع وفاق، ولأن أداء الدين كما يجوز بغير إذنه فالتزامه في الذمة أولى،

(١) الخلاف ٣: ٣١٣ - ٣١٤ مسألة ٢.

(٢) راجع سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ ح ٢٩١ و ٢٩٢ و ٣٩٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٧٢ - ٧٣.

(٣) الكافي ٧: ٢٥ ح ٥، الفقيه ٤: ١٦٧ ح ٥٨٢، التهذيب ٦: ١٨٧ ح ٣٩٢، والوسائل ١٣: ١٤٩ ب " ٢ " من أبواب الضمان ح ١.

ولو أنكروا بعد الضمان لم يبطل على الأصح.
ومع تحقق الضمان، ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ المضمون
عنه، وتسقط المطالبة عنه.

ولصحة الضمان عن الميت، كما مر (١) في واقعة المصلى عليه، ولا يتصور رضاه.
قوله: " ولو أنكروا بعد الضمان لم يبطل على الأصح ".
أي أنكروا المضمون عنه الضمان، فإنه لا أثر له، لأنه إذا لم يعتبر رضاه ابتداءً
فلا عبرة بإنكاره بعده. وربما فسر الإنكار بعدم رضاه بالضمان. وعلى التقديرين لا
عبرة به. ونبه بالأصح على خلاف الشيخ (٢) (رحمه الله) وجماعة (٣) حيث حكموا
ببطلانه بإنكاره، وهو ضعيف جداً.
قوله: " ومع تحقق الضمان ينتقل المال إلى ذمة الضامن ويبرأ المضمون
عنه وتسقط المطالبة عنه ".

هذا عندنا موضع وفاق. وقد تقدمت (٤) الإشارة إليه في التعريف. وخالف فيه
كافة الجمهور (٥). وتظهر الفائدة في مواضع يأتي بعضها. ومعنى براءة المضمون عنه
برأته من حق المضمون له لا مطلق البراءة، فإن الضامن يرجع عليه بما أداه إذا
ضمن بإذنه، كما سيأتي (٦). ولقد كان الحكم ببرأته مغنياً عن قوله: " وتسقط المطالبة
عنه " لأنه لازم للبراءة.

(١) في ص: ١٧٩.

(٢) النهاية: ٣١٤.

(٣) منهم المفيد في المقنعة: ٨١٤، وابن البراج نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٩، وابن حمزة
في الوسيلة: ٢٨٠.

(٤) في ص: ١٧١.

(٥) الذي اتفقوا عليه ظاهراً ما مر في ص ١٧١ من أن الضمان ضم ذمة إلى ذمة ولكنهم اختلفوا
في هذه المسألة. راجع الإشراف على مذاهب أهل العلم ١: ١١٨ والمغني لابن قدامة ٥:
٨١.

(٦) في ص: ١٨٩.

ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن. على قول مشهور لنا. ويشترط فيه الملاءة، أو العلم بالاعسار.

قوله: " ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا "

هذه من فروع المسألة السابقة، فإن الضمان إذا كان ناقلاً موجباً لبراءة المضمون عنه من حق المضمون له فبرأته لا تقيده شيئاً، لعدم اشتغال ذمته حينئذ عندنا. نعم، لو أبرأ الضامن برئاً معاً، أما الضامن فلأن الحق عليه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لا يرجع عليه إلا بما أداه، ولا أداء هنا. وعند الجمهور أن كل واحد منهما ذمته مشغولة، فإذا أبرأ المضمون عنه برئ الضامن، لسقوط الحق، كما لو أدى المال، ولو أبرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه، لأن الضامن عندهم كالوثيقة، ولا يلزم (١) من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن.

إذا تقرر ذلك، فقول المصنف: " على قول مشهور لنا " يشعر بثبوت مخالف منا، لكن لم نقف عليه. وفي التذكرة (٢) ادعى اجماع علمائنا على ذلك. ولعله أراد بذلك أنه لم يتحقق الاجماع وإن لم يجد مخالفاً، فإن عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع وإن كان المتفقون (عليه) (٣) مائة، كما نبه عليه المصنف في المعتبر (٤).

وسياتي (٥) في آخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ - رحمه الله - في ذلك. قوله: " ويشترط فيه الملاءة أو العلم بالاعسار "

إنما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحته، كما نبه عليه بعد بقوله: " كان للمضمون له فسخه ". والمراد بملاءة الضامن التي هي شرط في اللزوم أن يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلاً عن المستثنيات في البيع للدين، ومن حملتها قوت يوم وليلة. وإنما تعتبر الملاءة ابتداءً، لا استدامةً، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له

(١) كذا في الحجرية. وفي ما لدينا من النسخ الخطية: (فلا). والأولى ما أثبتناه.

(٢) التذكرة ٢: ٩٣.

(٣) من " ه " فقط.

(٤) المعتبر ١: ٣١.

(٥) راجع ص: ٢٠٩ و ٢٣٠.

أما لو ضمن، ثم بان اعساره، كان للمضمون له فسخ الضمان، والعود على المضمون عنه. والضمان المؤجل جائز إجماعاً، وفي الحال تردد، أظهره الجواز.

الفسخ، لتحقق الشرط حين الضمان، فلا يقدر تخلفه بعد ذلك، كغيره من الشروط. وكما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان. قوله: "أما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون له فسخ الضمان".

لما كان عقد الضمان مبنياً على الارتفاق، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وإنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء منه بإيساره، فإذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن، وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه. وهل الخيار على الفور؟ لم أقف فيه على شيء. والأصل يقتضي امتداده إلى أن يثبت المزيل.

قوله: "والضمان المؤجل جائز إجماعاً وفي الحال تردد أظهره الجواز". لما كان مبنى عقد الضمان على الارتفاق وتسهيل الأمر على المضمون عنه، كان الضمان المؤجل للدين الحال جائزاً، لتحقق الغرض المطلوب منه. وهو موضع وفاق. وليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم. وأما عكسه بأن يضمن المؤجل حالاً فهو مناف للغرض منه كما ذكرناه. ومن ثم منعه الشيخ (١) وجماعة (٢) لذلك. ولأن ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في

(١) نسبه العلامة في المختلف: ٤٣٢ إلى مبسوط الشيخ، وتبعه في النسبة ولده في الإيضاح ٢: ٨١، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣١٠، ولم نجد في المبسوط كما نفى الوجدان أيضاً في مفتاح الكرامة ٥: ٣٥٣. إلا أن الشيخ قدس سره ذكر هذا الاستدلال في مسألة أخرى. راجع المبسوط ٢: ٣٢٥. فلعل العلامة نظر إلى تعميم مناط الاستدلال أو أن هناك اختلافاً في نسخ المبسوط أو ذكره في موضع آخر.

(٢) منهم فخر الدين في إيضاح الفوائد ٢: ٨١ - ٨٢، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣١٠.

ذمة المضمون عنه، والفرع لا يكون أقوى من الأصل.
ويضعف بأن المنتقل هو الدين، وأما الأجل فإذا أسقطه المديون وأدى المال
حالا جاز، فكذا إذا سأل الضمان كذلك، لأنه في معنى الإسقاط له. ولو كان
الضامن متبرعا بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، إذ لا رجوع له على المضمون عنه،
فيكون في معنى ما لو ادعى عنه دينه المؤجل قبل الأجل، وهو جائز.
وربما قيل بالمنع (١) مطلقا، لأن شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون
عنه، والأجل حق من حقوق الدين، وتعجيله غير واجب عليه، فيكون ضمانه
كذلك ضمان ما لم يجب، وهو غير صحيح.
وفيه نظر، لأن الممنوع منه الذي لم يجب هو المال لا الأجل، لأن مدلول " ما "
الذي هو متعلق الضمان هو المال، لأنه المضمون، وأما الأجل فلا يتعلق به الضمان،
وإن كان من توابع الحق وأوصافه، إلا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل
بالتبعية، وهو حق للمديون، فإذا رضي الضامن بإسقاطه وتعجيل الإيفاء فقد ضمن
ما يجب وهو المال، ورضي بإسقاط الوصف، ولا يرد أنه غير واجب الأداء بسبب
الأجل، لأنه واجب في الجملة غايته أنه موسع، وذلك لا يخرج عن أصل الوجوب،
خصوصا إذا انضم إلى رضا الضامن بذلك رضا المضمون عنه. والأقوى الجواز
مطلقا.

إذا تقرر ذلك فنقول: الحق المضمون لا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا.
ثم إما أن يضمه الضامن حالا أو مؤجلا. وعلى تقدير ضمان المؤجل إما أن
يكون الأجل الثاني مساويا للأول، أو أنقص، أو أزيد. وعلى التقادير إما أن يكون
الضامن تبرعا أو بسؤال المضمون عنه. فالصور اثنتا عشرة، وكلها جائزة على الأقوى.
إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، فإن إطلاق عبارة المصنف أن الضمان متى كان

(١) في هامش " و " و " ن " : " القول للشيخ فخر الدين في الشرح، وتبعه المحقق الشيخ علي رحمه
الله. منه رحمه الله " راجع الهامش السابق.

مؤجلا فالاجماع منعقد على جوازه، وهو شامل لما لو كان الحق مؤجلا مع قصور أجل الضمان ومساواته. وتعليل المانع من الحلول يقتضي المنع من هاتين الصورتين، لأنهم عللوا المنع من الحال - على ما نقله في المختلف (١) وغيره - أن الضمان أرفاق، فالاحلال

به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن، فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال، فتنتفي فائدة الضمان. وهذا التعليل بعينه آت في الأجل المساوي والقاصر، ويقتضي أن الضامن لو كان متبرعا لم يضر، لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه. والشيخ فخر الدين (٢) - رحمه الله - منع من ضمان الحال لا لهذه العلة، بل لأنه ضمان ما لم يجب، وهو شامل للأجل القاصر عن أجل الدين، كما هو شامل للحال، ومخرج للمساوي.

وبالحملة: بإطلاق كلام الشيخ وأتباعه يقتضي ما أفاده المصنف. وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين.

وأما الضمان حالا فإن كان الدين مؤجلا فقد اتفق المانعون على منعه نصا وتعليلًا. وإن كان حالا فالشيخ فخر الدين وأتباعه جوزوه لوجوب الحق، والشيخ وأتباعه منعه لعدم الارتفاق. والتبرع عند المعلل بوجوب الحق كغيره، وعند المعلل بالارتفاق متخلف. وقد ظهر بذلك أن محل النزاع غير محرر. والحق أن الخلاف واقع فيما عدا المؤجل للحال، أو الزائد أجله عن أجل الأصل.

بقي في المسألة بحث آخر، وهو أنه على القول بجواز ضمان المؤجل حالا أو بأجل دون الأجل الأول، لو أذن المضمون عنه للضامن في ضمانه كذلك أو مطلقا، فهل يحل عليه الدين، أو ينقص الأجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك، أم يبقى عليه الأجل كما لو كان، فلا يرجع عليه الضامن إلى حلولة وإن أدى قبله؟ أوجه: أحدها: الرجوع عليه كما أدى في الحالين. أما مع التصريح بالإذن حالا فلأن

(١) المختلف: ٤٢٩.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٨١ - ٨٢.

الضمان في حكم الأداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقضاه استحق مطالبته. ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن. وأما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل، فيكون مأذوناً فيه ضمناً، لأنه بعض ما يدل عليه اللفظ. وثانيها: التفصيل، فيرجع عليه حالاً مع التصريح، لا مع الاطلاق: أما الأول فلما مر. وأما الثاني فلأن الاطلاق إنما اقتضى الإذن في الضمان، وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه، لأنه لا يحل عليه إلا بإسقاطه، أو اشتراطه في عقد لازم، وهو منتف. ولا دليل في الإذن المذكور على حلول الأصل بإحدى الدلالات. ولأصالة بقاء الأجل. وهذه الوجوه (١) آتية مع التصريح له في الضمان حالاً إن لم يصرح له بالرجوع عليه حالاً أيضاً. وثالثها: عدم الرجوع عليه إلا بعد الأجل مطلقاً، لما ذكر، ولأن الإذن في الضمان وإن كان حالاً إنما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن، ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه بإحدى الدلالات. وهذا هو الأقوى. واعلم أن العلامة قطع في المختلف (٢) بالأخير، ولم يذكر غيره. وفي القواعد (٣) استشكل في الحلول بالسؤال، فقطع ولده (٤) بأن الاشكال إنما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالاً، فإنه يقتضي الحلول على المضمون عنه. وقطع المحقق الشيخ (٥) علي بضده، وهو أن الاشكال إنما هو مع التصريح بالحلول، أما مع الاطلاق فلا إشكال في عدم الحلول. وهو موافق لما في التذكرة (٦)، فإنه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق، واستشكل مع تصريحه بالتعجيل، ثم استقرت عدم الحلول.

(١) في هامش " و ": (أي الأدلة المقررة للوجه الثاني. بخطه رحمه الله).
(٢) المختلف: ٤٣٢.
(٣) القواعد ١: ١٧٧.
(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٨٢.
(٥) جامع المقاصد ٥: ٣١١.
(٦) التذكرة ٢: ٨٦.

ولو كان المال حالا، فضمنه مؤجلا، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه، ولم يطالب الضامن إلا بعد الأجل، ولو مات الضامن، حل وأخذ من تركته.

والحق أن الاشكال واقع على التقديرين، كما بيناه. قوله: " ولو كان المال حالا - إلى قوله - إلا بعد الأجل ". هذا هو الموضع المتفق على جوازه، وأعادته لينبه على حكم المطالبة. وحاصله (١): أن المضمون عنه لا يطالب قبل الأجل مطلقا، أما من المضمون له فلا تنتقل دينه عنه إلى ذمة الضامن، وأما من الضامن فلأنه ليس له المطالبة إلى أن يؤدي وإن كان حالا، فهنا أولى. وأما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الأجل أيضا، عملا بمقتضى الشرط.

وهذه المسألة من فروع القول بانتقال الحق إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه. والقائل بالانضمام جوز هنا مطالبة المضمون عنه حالا، لبقائه على أصله، ولم يجوز مطالبة الضامن إلا بعد الأجل.

قوله: " ولو مات الضامن حل وأخذ من تركته ". لما كان الميت يحل ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة أفرادها. فإذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ما عليه من مال الضمان وأخذ من تركته، وجاز حينئذ للورثة مطالبة المضمون عنه، لأن الدين عليه حال، لعدم حصول ما يقتضي تأجيله عليه، لأن المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن، لا الذي في ذمته، إلا أن الضامن لما لم يستحق الرجوع إلا بالأداء، وكان موته مقتضيا لحلول دينه، فإذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه. ومثله ما لو دفع الضامن إلى المضمون له الحق قبل الأجل باختياره، فإن له مطالبة المضمون عنه، لما ذكر.

وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه، فضمنه الضامن

(١) كذا في نسخة بدل " ه ". وفي غيرها: (وحاصلها).

ولو كان الدين مؤجلا إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز.

ويرجع الضامن على المضمون عنه، بما أذاه إن ضمن بإذنه، ولو أدى بغير إذنه. ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه، ولو أدى بإذنه.

كذلك، فإنه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه، لأن الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر، كما لا يحل عليه المؤجل لو ضمنه الضامن حالا بإذنه، على ما سبق.

قوله: " ولو كان الدين مؤجلا - إلى قوله - جاز " .

هذا من جملة فروع المسألة السابقة الاجماعية، لأن الأجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان. والكلام فيه لو أدى قبل الأجل أو مات كما مر. وتحريه: أنه إن أدى قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبته إلا بعده، وإن أدى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه فله مطالبته، لأنه قد صار على الأصل حالا، والضامن قد أدى، وأسقط حق نفسه من الأجل الزائد. وكذا القول لو مات فأدى وارثه.

قوله: " ويرجع الضامن على المضمون عنه - إلى قوله - ولو أدى بإذنه " .

أحكام

رجوع الضامن وعدمه بالنسبة إلى كون الضمان والأداء معا بإذن المديون، أو أحدهما، أو عدمهما، أربعة. أشار المصنف إليها (١)، اثنين بالمنطوق، واثنين بالمفهوم، لاقتضاء " لو " الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق أولى. وحكم الأربعة كما ذكر، عند علمائنا أجمع. وإنما نبه بها على خلاف بعض العامة (٢) في بعض أقسامها، بناء على ما سبق (٣) من أنه غير ناقل، فلا إذن المديون أثر على بعض الوجوه.

(١) في " و " أشار المصنف إلى اثنين.

(٢) المجموع ١٠: ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٣) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

وينعقد الضمان بكتابة الضامن، منضمة إلى القرينة الدالة، لا مجردة.

الثاني: في الحق المضمون.

وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن. ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع.

قوله: " وينعقد بكتابة الضامن منضمة إلى القرينة الدالة لا مجردة ".
إنما ينعقد بالكتابة مع تعذر النطق لا مطلقا، كما صرح به غيره (١). ولا بد مع ذلك من انضمام ما يدل على قصده، من إشارة ونحوها، لا مكان كونه عابثا. ولا فرق في ذلك بين الضامن والمضمون له، بناء على اعتبار قبوله لفظا. وإنما خص المصنف الضامن لعدم اعتباره القبول اللفظي في الآخر، كما سبق (٢). ولو عجز عن النطق والكتابة وأشار بما يدل عليه صح أيضا، كالأخرس. والظاهر الاكتفاء بها وإن قدر على الكتابة، لأن المعتبر تبين رضاه بالقرائن، والكتابة منها.
قوله: " وهو كل مال ثابت في الذمة - إلى قوله - لم يصح ضمانه عن البائع ".

قد تقدم أن عقد البيع يفيد تملك البائع للثمن والمشتري للمبيع وإن كان هناك خيار، فالبيع موجبا للملك وإن لم يكن مستقرا، فيصح ضمان الثمن للبائع عن المشتري وللمشتري عن البائع إذا قبضه، لجواز ظهور المبيع مستحقا، وهو المعبر عنه بضمان العهدة. فقول المصنف: " كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن " مراده أنه يصح ضمان الثمن في مدة الخيار بعد قبضه.
وهذا الضمان قد يكون للبائع القابض له، بأن يضمن له عهده على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع، كما لو كان غير معين في العقد، أو

(١) القواعد ١: ١٧٧، جامع المقاصد ٥: ٣٠٩.

(٢) في ص: ١٧٩.

على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بأرشفه. وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به.

وعلى التقديرين فالضمان إنما هو لعهدته، لا له نفسه. فقوله: " كالثمن " تشبيه للحق الثابت المترزّل، لا للمضمون، إذ المضمون عهدته لا هو نفسه. والفرق يظهر في اللفظ والمعنى. أما اللفظ، فالعبارة عن ضمان الثمن: ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا، ونحوه. وضمنان العهدة: ضمنت لك عهدته أو دركه، ونحو ذلك. وأما المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه، وضمنان العهدة ليس كذلك، إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات.

وقوله: " ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع " أي لا يصح ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له، على تقدير ظهور المبيع مستحقا وقد قبض البائع الثمن، فإنه ضمان ما لم يجب، لأنه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته، فيكون كما لو ضمن ما يستدينه ونحوه، وهو أيضا ضمان عهدة.

واحترز بقوله: " عن البائع " عن ضمانه عن المشتري للبائع، فإنه جائز، سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل إلى ذمة الضامن، كما لو لم يكن معينا في العقد، أم لعهدته، كأن يضمن للبائع عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقا. وهذا إنما يتم إذا كان الثمن غير معين، إذ لا يبطل البيع باستحقاقه، بل يرجع إلى ثمن آخر. وأما إذا كان معينا فظهر مستحقا فإنه يبطل البيع، ولا معنى حينئذ لضمان عهدته للبائع، إنما يحتاج البائع إلى ضمان عهدة المبيع. نعم، لو كان الضمان حينئذ لتجويز كونه معينا صح على التقديرين.

وقد ظهر لك أن المراد في العبارة ب " ضمان الثمن " ضمان عهدته في أكثر الصور. وربما أراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها، ف وقعت مجملة يحتاج إلى التفصيل. وسيأتي (١) فائدة ضمان العهدة.

(١) في ص: ٢٠٠.

وكذا ما ليس بلازم، لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرماية، على تردد.

قوله: " وكذا ما ليس بلازم - إلى قوله - على تردد ". المشبه به المشار إليه ب " ذا " يمكن كونه الحكم بالصحة في السابق، وهو ضمان الثمن في مدة الخيار، لمناسبة مال الجعالة والسبق له في التزلزل، وكون مالهما إلى اللزوم، ولأن المقصود بالذات في السابق هو ذلك. وأما قوله: " ولو كان قبله لم يصح " فإنه كاللتمة والرديف للسابق. ويمكن كونه هو هذا القريب، وهو عدم الصحة، لقربه. وكلاهما جائز، للخلاف في المسألتين المشبهتين. وكذا قوله " على تردد ". ويمكن تعلقه بالمسألتين معاً، وبالأخيرة وهي حكم مال السبق والرماية. والأول فيهما أوضح.

وتلخيص الحكم: أن عقد الجعالة من العقود الجائزة، يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل وبعده. ومن أحكامه: أن العامل لا يستحق المال المجعول إلا بتمام العمل، فلو بقي منه شيء وإن قل فليس له شيء، بخلاف الإجارة، حيث إن أجرتها موزعة على العمل بالنسبة. ف ضمان ماله إن كان بعد تمام العمل فلا ريب في صحته، للزومه حينئذ للجاعل. وإن كان قبله فقد أطلق المصنف الحكم بالصحة على الأول، والبطلان على الثاني. ووجه الصحة أنه وإن كان عقداً جائزاً، والمال فيه ليس بلازم حينئذ، إلا أنه يؤول إلى اللزوم بتمام العمل، وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد، فيكون كالثمن في مدة الخيار.

وفيه نظر، لمنع وجود السبب، فإنه العقد والعمل معاً، لا العقد وحده، وإنما العقد جزء السبب، ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم، فإن ما بقي من العمل أو مجموعته على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شيء، وما مضى منه كذلك، لأنه لو ترك الباقي لم يستحق شيئاً، فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع. والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح، لأن الثمن حينئذ ثابت في ذمة المشتري، مملوك للبائع، غاية ما في الباب أنه متزلزل، وماله - لو أبقى على حاله من

وهل يصح ضمان مال الكتابة، قيل: لا، لأنه ليس بلازم، ولا يؤول إلى اللزوم، ولو قيل بالجواز كان حسنا، لتحققه في ذمة العبد، كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة.

غير فعل أصلا - إلى اللزوم، بخلاف مال الجعالة، فإنه لا ثبوت له أصلا إلى أن يكمل الفعل. فالمتجه عدم الجواز. نعم، في قوله تعالى: * (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) * (١) دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنه ضمنه قبله. وقد استدل الفقهاء بهذه الآية على مسائل الجعالة والضمان، فليكن هذا منها، إلا أن للبحث في ذلك مجالا. وفي التذكرة قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لأنه ضمان ما لم يجب، واستقرب الجواز لو كان بعد الشروع (٢). وأما مال السبق والرماية فلا شبهة في جواز ضمانه بعد العمل، كما مر. وأما قبله فبينى على أنه هل هو جعالة أو إجارة؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. والأقوى أنه عقد لازم كيف كان، فيلزم المال فيه بالعقد، ويصح ضمانه. وقول المصنف: " وكمال السبق والرماية " أراد به قبل كمال العمل، لأنه من أمثلة ما يؤول إلى اللزوم.

وقد ظهر أن التردد يجوز كونه في الأمرين معا، وأن عطفهما على الحكم بالصحة أولى، نظرا إلى قوله: " لكن يؤول إلى اللزوم " فإن فيه إيماء إلى وجه الصحة. قوله: " وهل يصح ضمان مال الكتابة - إلى قوله - غير مال الكتابة ". القول بعدم الصحة للشيخ (٣) (رحمه الله) بناء على أن الكتابة المشروطة غير لازمة من قبل العبد، فلا يكون لازما لذمته، ولا يؤول إلى اللزوم، لأنه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة، والضامن فرع المضمون عنه.

(١) سورة يوسف: ٧٢.

(٢) التذكرة ٢: ٩٠.

(٣) المبسوط ٢: ٣٣٦.

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية.

والأصح أنها لازمة مطلقا، فيصح ضمان مالها. ولو تنزلنا إلى الجواز فالصحة متجهة أيضا، لأن المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد، غايته أنه غير مستقر، كالثمن في مدة الخيار.

فعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق، لأنه في حكم الأداء، بناء على أنه ناقل، وامتنع التعجيز، كما لو أدى المال بنفسه. وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار، فإن أداء الثمن لا يمنع الخيار، وغاية الضمان أنه قبض، فلا يمنع بطريق أولى. ومن هنا أشكل (١) الجواز على تقدير الجواز، لأنه يؤدي إلى اللزوم قهرا على المكاتب، بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحة الضمان، فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب.

واعلم أن موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بيناه، إذ لا خلاف في لزوم المطلقة، فإطلاقها من المصنف غير جيد.

قوله: " ويصح ضمان النفقة - إلى قوله - دون المستقبلية ".
لما كانت نفقة الزوجة تستقر في الذمة بفواتها، لأنها عوض عن التمكين، وتجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره، صح ضمانها في الحالين، بخلاف المستقبلية، كنفقة الشهر المستقبل، فإنها غير واجبة، لاشرطه بالتمكين، وهو ليس بحاصل في زمن لم يقع بعد، فلا يصح ضمانها.

وقوله: " لاستقرارها في ذمة الزوج " يتم في الماضية قطعا. وأما الحاضرة فلا إشكال في وجوبها، وثبوتها في الذمة مع التمكين، أما استقرارها ففيه نظر مبني على أنها لو نشزت في أثناء النهار هل يشترط نفقة ذلك اليوم أم لا؟ وفيه خلاف يأتي - إن شاء الله - الكلام فيه. أما لو ماتت أو طلقها استقرت.

واحترز بنفقة الزوجة عن نفقة الأقارب، فإن الفئات منها لا يثبت في الذمة،

(١) في هامش " و " و " ن " : " أي أشكل جواز الضمان على تقدير جواز الكتابة. منه رحمه الله "

وفي ضمان الأعيان المضمونة، كالغصب، والمقبوضة بالبيع الفاسد، تردد. والأشبه الجواز. ولو ضمن ما هو أمانة، كالمضاربة والوديعة، لم يصح، لأنها ليست مضمونة في الأصل.

فلا يصح ضمانه. والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواساة، ففتوت بفوات الوقت، بخلاف نفقة الزوجة، فإنها معاوضة، فسبيلها سبيل الدين. وضمن المستقبل منها أولى بعدم الصحة. أما الحاضرة فالأقوى صحة ضمانها، لوجوبها بطلوع الفجر، كالزوجة، وإن عرض لها بعد ذلك الزوال، لو تركت التمكين.

قوله: " وفي ضمان الأعيان المضمونة - إلى قوله - والأشبه الجواز ". ضمان هذه الأعيان إما أن يكون على معنى تكليف الضامن برد أعيانها إلى مالكها، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب والمستام ونحوهما، أو الأعم منهما. وفي صحة الكل تردد، منشؤه وجود سبب الضمان للعين والقيمة، وهو القبض المخصوص، فيصح. أما الأول فلأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، وأما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت. ومن أن الثابت في الأول هو وجوب الرد، وهو ليس بمال، والثاني ليس بواقع، فهو ضمان ما لم يجب وإن وجد سببه، لأن القيمة لا تجب إلا بالتلف، ولم يحصل. والأقوى عدم الجواز. وفي ضمان القسم الأول فساد من وجه آخر، وهو أن من خواص الضمان - كما قد عرفت - انتقال الحق إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه، وهنا ليس كذلك، لأن الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به إجماعاً، وإنما يفيد هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة، وليس من أصولنا.

قوله: " ولو ضمن ما هو أمانة - إلى قوله - في الأصل ". أشار بالتعليل إلى الفرق بينها وبين ما سبق، حيث جوز ضمانه على تقدير تلفه، مع أنه ليس بواقع. ووجه الفرق: أن سبب الضمان حاصل في تلك باليد العادية، بخلاف هذه، لأنها ليست مضمونة، وإن فرض ضمانه لها على تقدير

ولو ضمن ضامن، ثم ضمن عنه آخر، هكذا إلى عدة ضمنا،
كان جائزا.

التعدي، لأن السبب الآن ليس بواقع.

نعم، لو كان قد تعدى فيها فحكمها حكم السابقة، بل هي من جملة
أفرادها، لأن البحث فيها من ضمان الأعيان المضمونة أعم من كونها مضمونة
بالأصل والعارض.

نعم، في قول المصنف: " ليست مضمونة في الأصل " إشعار بعدم دخول
التعدي في السابق، لأنه ليس بمضمون في الأصل، لكنه لا يخلو من تجوز. ويمكن
أن يريد بالأصل ما يعم حالة الضمان، بمعنى أن ما ليس مضمونا في أصل عقد
الضمان، أي في وقته، لا يصح ضمانه. ولا بد من التكليف.
قوله: " ولو ضمن ضامن - إلى قوله - كان جائزا ".

لا شبهة في جواز ترامي الضمان متعددا ما أمكن، لتحقيق الشرط، وهو ثبوت
المال في ذمة المضمون، وهو هنا كذلك، ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما أداه على
مضمونه، لا على الأصيل، إذا ضمن بإذنه إلى آخر ما يعتبر، ثم يرجع الضامن الأول
على الأصيل بالشرط، وهكذا. ولا عبرة بإذن الأصيل للثاني وما بعده في الضمان،
فلا يرجع عليه به، إذ لا حق عليه إلا أن يقول له: إضمن عنه ولك الرجوع علي.
وهذه المسألة من فروع القول بالانتقال أو الضم. ويتفرع على القولين فروع جليلة.
وكما يصح ترامي الضمان يصح دوره، بأن يضمن الأصيل ضامنه، أو ضامن
ضامنه وإن تعدد، لعدم المانع، فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان. نعم،
يترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصيل - الذي صار ضامنا - معسرا،
ونحو ذلك فإن له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق. وقد يختلفان بأن يضمن
الحال مؤجلا، وبالعكس.

وخالف في ذلك الشيخ (١) " رحمه الله " محتجا باستلزامه صيرورة الفرع أصلا
والأصل فرعاً، وبعدم الفائدة. وضعفه ظاهر، فإن الاختلاف في الأصلية والفرعية
لا يصلح للمانعية. والفائدة موجودة، كما ذكرناه.

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته صح، على الأشبه.

ويلزمه ما تقوم البينة به أنه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا يقر به (١) المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين.

قوله: " ولا يشترط العلم - إلى قوله - على الأشبه ".
للأصحاب في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك قولان، أشهرهما الجواز، للأصل، ولإطلاق قوله صلى الله عليه وآله: " الزعيم غارم " (٢) ولظاهر قوله تعالى: * (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) * (٣) مع اختلاف

كمية الحمل، ولأن الضمان عقد لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرع، وضمن العهدة. والقول الآخر المنع، لأنه إثبات مال في الذمة لأدمي، فلا يصح في المجهول، كالبيع. وينتقض بالاقرار.
وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدين الذي عليه، أو ثمن ما باع من فلان. وإليه أشار المصنف بقوله: " فلو ضمن ما في ذمته صح ". أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان، لصدق الشيء على القليل والكثير. واحتمال لزوم أقل ما يتناوله الشيء كالأقرار يندفع بأنه ليس هو المضمون، وإن كان بعض أفراده. قوله: " ويلزمه ما تقوم به البينة - إلى قوله - برد اليمين ".

- (١) كذا في الشرائع المطبوع حديثاً وفي الحجرية، وأما في نسخ المسالك ففي " ه " و " س " و " م " و " ن " (ولا ما يقر به) وعليه يبني الشرح أيضاً. وفي الجواهر المطبوع حديثاً (ولا ما يقر به) إلا أن محقق الكتاب أخرج " ما " من المتن وجعله من الشرح. وهو بعيد لاختلاف المعنى جدا على الفرضين فلا يكون شرحاً لعبارة الكتاب. والله العالم.
- (٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٤٣٥ ب " ١ " من أبواب الضمان ح ٢، سنن الترمذي ٣: ٥٦٥ ح ١٢٦٥، مسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧ و ٢٩٣.
- (٣) سورة يوسف: ٧٢.

هذا تفريع على صحة ضمان المجهول، فإنه حينئذ يلزمه ما يثبت بالبينة أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتحدد، لأنه لم يتعلق به الضمان، ولا ما يوجد في كتاب ودفتر، لعدم ثبوته في ذمته، وإنما يلزم الثابت، ولا ما يقر به المضمون عنه، لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه، لا على غيره، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لأن الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه، فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره، كما لا يثبت ما يقر به. نعم، لو كان الحلف برد الضامن يثبت عليه ما حلف عليه. وإطلاق المصنف عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على الأول.

وهذا محصل الحكم. وفي المسألة أقوال أخرى:

منها: لزوم ما أقر به الغريم أيضاً. ذهب إليه أبو الصلاح (١)، وابن زهرة (٢).

ومنها: لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد. وهو قول المفيد (٣).

ومنها: تقييده برضا الضامن. وهو قول الشيخ (٤). ويمكن رده إلى الأول

بحمل الرضا على الرد، وإن كان أعم منه.

وفي المختلف بنى ذلك على أن يمين المدعي هل هي كالبينة أو كإقرار المنكر؟

فيثبت على الضامن ما حلف عليه على الأول، دون الثاني، إلا أن يرضى الضامن

بها (٥).

ورد بأن كونها كالبينة إنما هو في حق راد اليمين، كما أنها إذا كانت كالأقرار تكون كإقراره، فلا يلزم الضامن على التقديرين إذا لم يرد أيضاً، وقد مضى ما في

(١) الكافي: ٣٤٠.

(٢) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٣، وفي "ه" و "ن" ابن حمزة. ولم نجد ذلك في الوسيلة.

(٣) المقنعة: ٨١٥.

(٤) النهاية: ٣١٥ - ٣١٦.

(٥) المختلف: ٤٣٠.

أما لو ضمن ما يشهد به عليه، لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان.

الرضا (١).

ويمكن دفعه بأن البينة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن، لأن الحق يثبت بها مطلقا، بخلاف الاقرار، فإنه لا يثبت إلا على المقر، فالبناء عليها متجه.

قوله: " أما لو ضمن ما يشهد - إلى قوله - وقت الضمان "

قد علم أن شرط صحة الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان، على ما فيه من الخلاف. فلو ضمن ما يتجدد في ذمته لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب. وحينئذ فضمانه لما يشهد به عليه يشمل ما كان ثابتا في ذمته وقت الضمان وما يتجدد، فلا يصح، إذ لا يدل على ضمان المتقدم، لأن العام لا يدل على الخاص. فعلى هذا لو صرح بقوله: ما يشهد عليه أنه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان، فلا مانع من الصحة، كما لو ضمن ما في ذمته. ولزم ما تقوم به البينة أنه كان ثابتا.

وحينئذ فتعليقه بقوله: " لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان " لا يخلو من قصور، لأنه يقتضي أنه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان صح، والحال أن مثل ذلك لا يصح، لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها، كما عرفت. والتعليل منزل على ذلك، لأن المضمون لما كان للأعم من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدل على أحد الأمرين بخصوصه، فلا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان، أي لم يعلم إرادة الثابت من الصيغة. هكذا علل في القواعد (٢) والمختلف (٣) وغيرهما.

ونبه بالمنع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث ذكر في المبسوط (٤) ما يدل على جواز ذلك. ويمكن أن لا يكون حكاية لقول آخر، بل يريد

(١) جامع المقاصد ٥: ٣٢٧.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٧٨.

(٣) المختلف: ٤٣٠.

(٤) المبسوط ٢: ٣٣٥.

الثالث: في اللواحق. وهي مسائل:
الأولى: إذا ضمن عهدة الثمن، لزمه دركه، في كل موضع يثبت
بطلان البيع من رأس.

به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما تقوم به البيعة أنه كان ثابتا وقت الضمان في ذمة
المديون.

قوله: " إذا ضمن - إلى قوله - من رأس " .

لا فرق بين ضمان العهدة وغيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمة المضمون عنه
وقت الضمان. فإذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع
اعتبر كونه ثابتا في ذمته ولو في نفس الأمر، وذلك على تقدير فساد البيع، ليكون حال
الضمان مضمونا عليه، لقبضه له بغير استحقاق، وردة على المشتري حق ثابت،
فيصح ضمانه، وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا لغيره، ولم يحز المالك البيع، أو
أجازه ولم يرض بقبض البائع الثمن.

ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده، كتخلف شرطه فيه، أو اقتران
شرط فاسد به، فإن ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك، لما تقدم من العلة.
وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا
حالة الضمان، وقد تقدم (١) ما في ضمان الأعيان. والمصنف هنا إما رتب الحكم على
مذهبه هناك، أو أن هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة، فإن ظاهرهم الاطباق
على جوازه.

واعلم أن العهدة في الأصل اسم للوثيقة، أو للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة
البيع، ويذكر فيه مقدار الثمن وأحواله من وصف وحلول وتأجيل، ثم نقل إلى نفس
الثمن وغلب فيه. كذا في التحرير (٢) وغيره.
وفي التذكرة: " سمي ضمان العهدة للالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده. أو

(١) في ص: ١٩٥.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل، أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن ورجع على البائع.

لما ذكره في الصحاح فقال: يقال: في الأمر عهدة بالضم أي لم يحكم بعد، وفي عقله عهدة أي ضعف (١). فكأن الضامن ضمن ضعف العقد، والتزم ما يحتاج إليه فيه من عزم. أو أن الضامن التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة. ويسمى أيضا ضمان الدرك. قال في الصحاح: الدرك: التبعة (٢). وقيل: سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله (٣).
قوله: "أما لو تجدد الفسخ - إلى قوله - ورجع على البائع".
لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة، كان المعتبر في ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته، فلا عبرة بالمتجدد بعد ذلك، كالفسخ بالتقاييل، وتلف المبيع قبل القبض، والفسخ بخيار المجلس والحيوان والشروط ونحوها، فإنه حالة الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن مضمونا، فضمانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب، فلا يدخل في مطلق ضمان العهدة، ولا يصح على تقدير التصريح به. والمراد من العبارة الأول.
واعلم أنه في التذكرة (٤) بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يبطل العقد من حينه أو من أصله؟ فعلى الأول لا يتناوله الضمان، وعلى الثاني يتناوله، فيطالب الضامن.
وفيه نظر، لأننا وإن حكمنا بكونه مبطلا من أصله، لكن هذا الحكم لا حق للضمان، فإن المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن، لأنه لم يكن لازما للبايع مطلقا، وإنما التلف الطارئ كان سببا في حكم الله تعالى بعود الملك إلى صاحبه من أصله.

(١) الصحاح ٢: ٥١٥.

(٢) الصحاح ٤: ١٥٨٢.

(٣) التذكرة ٢: ٩١.

(٤) التذكرة ٢: ٩٢.

وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق.
أما لو طلب بالأرش، رجع على الضامن، لأن استحقاقه ثابت
عند العقد. وفيه تردد.

قوله: " وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق ".
أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة. فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير
الفسخ بالعيب، بل يطالب البائع، لأن فسخ العيب إنما أبطل العقد من حينه لا من
أصله، فلم يكن حالة الضمان مضمونا كالسابق حتى لو صرح بضمانه فسد، لأنه
ضمان ما لم يجب.
وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه، لتقدم سبب الفسخ
وهو العيب الموجود حال البيع، ودعاء الحاجة إليه. وهذا على تقدير صحته يجب
تقييده بعيب سابق، وإلا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو
في الثلاثة كما سبق. وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع، فيكون
كالمتجدد من الأسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا. والأصح عدم دخوله في الضمان
مطلقا كما اختاره المصنف رحمه الله.

قوله: " أما لو طالب بالأرش - إلى قوله - وفيه تردد ".
أشار بالتعليل إلى الفرق بين الأرش والثمن، حيث يدخل الأرش في ضمان
العهدة دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب، فإن الثمن إنما يجب بالفسخ اللاحق
للضمان كما تقدم، أما الأرش فإنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، فيندرج في
ضمان العهدة، لكنه مجهول القدر حينئذ، فينبغي بناؤه على صحة ضمان المجهول
الذي يمكن استعلامه، إلا أن يختص ضمان العهدة بحكم زائد، كما خرج من
حكم ضمان الأعيان المضمونة.

ومثله ما لو ظهر نقصان الصنجة التي وزن بها الثمن أو المثمن، حيث يضمن
عهده أو يصرح بدخوله، لوجود ذلك حالة الضمان في نفس الأمر.
ومنشأ التردد في الأرش مما ذكر، ومن أن الاستحقاق له إنما حصل بعد العلم
بالعيب واختيار أخذ الأرش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين

الثانية: إذا خرج المبيع مستحقاً، رجع على الضامن. أما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وكان في الباقي بالخيار، فإن فسخ رجع على البائع بما قابله خاصة.

الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره. ولو قيل: أنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره، لزم مثله

في الثمن، لأنه قسيمه في ذلك.

والحق: ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرش فإنه كان واجبا بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة. ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء، وإنما ينتقل إلى الثمن بارتفاق آخر، حيث لم يسلم له المبيع تاماً.

ومحصل الاشكال يرجع إلى أن الأرش هل هو ثابت بالعقد، وإنما يزول بالفسخ والرجوع إلى الثمن، أو أن سببه وإن كان حاصلًا لا يثبت إلا باختياره؟ وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب، أو علم ولم يطالب، فهل تبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالأرش أم لا؟ وقد تقدم (١) في باب المسلم لهذه المسألة مزيد بحث.

قوله: "أما لو خرج بعضه رجع - إلى قوله - على البائع بما قابله خاصة".

إذا ظهر بعض المبيع مستحقاً فذلك البعض كان ثمنه ثابتاً في ذمة البائع حالة الضمان، فصح ضمانه، فيطالب الضامن بحصته من الثمن إن لم يجز مالكه. ثم إن فسخ المشتري في الباقي - لتبعض الصفقة - طالب بثمنه البائع، لعدم تناول الضمان له. وخالف في ذلك الشيخ (٢) (رحمه الله) فجوز الرجوع على الضامن بالجميع،

(١) في ج ٣: ٤٢٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٨.

الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس، لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب. وقيل: كذا لو ضمنه البائع. والوجه الجواز، لأنه لازم نفس العقد.

لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب. ونحن لما أبطلنا الحكم في العيب فهنا أولى. نعم، من قال به فعليه بيان الفرق بين الأمرين، فإن تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع. والعلامة (١) رده بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه. وفيه نظر.

قوله: " إذا ضمن ضامن للمشتري - إلى قوله - ما لم يجب ". المراد أنه ضمن للمشتري ضامن عن البائع درك ما يحدثه في الأرض التي اشتراها في بناء أو غرس، لو ظهرت الأرض مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه. والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتا ومقلوعا، فإن هذا الضمان لا يصح، فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع، لأنه ضمان ما لم يجب، لأنه حين الضمان لم يكن مستحقا للأرش على البائع، إنما استحقه بعد القلع، ولكن سببه كان موجودا وقت الضمان، وهو كون الأرض مستحقة للغير، فينبغي جريان الاحتمال السابق فيها، ومن ثم ذهب بعض العامة (٢) إلى جواز الضمان هنا بناء على أصله السابق.

قوله: " وقيل: كذا لو ضمنه البائع. والوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد ".

إذا قلع المستحق غرس المشتري وبنائه في الصورة المذكورة فله الرجوع على البائع بالأرش، ضمن أم لم يضمن. فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان؟ قال المصنف: " الوجه الجواز، لأنه لازم بنفس العقد " وكأنه أراد أنه إذا كان لازما له - وإن لم يضمن - كان ضمانه تأكيدا.

(١) المختلف: ٤٣١.

(٢) في هامش " و " و " ن " (هو أبو حنيفة. منه) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٨٧.

الرابعة: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه. ولو قضى أحدهما ما ضمنه برئ، وبقي على الآخر ما ضمنه عنه. ولو أبرأ الغريم أحدهما، برئ مما ضمنه دون شريكه.

وفيه نظر، لأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا له على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان، مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان. فعدم الصحة أقوى. وحينئذ فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنه ثابت بغير إشكال، بل في ثبوته بسبب الضمان.

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنه يفسخ بالآخر إن شاء. وفيما لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح، فإن صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط، وإن لم يحصل للمشتري نفع جديد.

فقد ظهر أن هذا الضمان قد يفيد فائدة أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته. وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن أم لم يضمن، لأن هذه الفوائد الأخرى لم تكن ثابتة لو لم يضمن.

قوله: " إذا كان له على رجلين... الخ "

لا إشكال في صحة هذا الضمان، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحة. ثم إن تساوى المالان، وكان ضمان كل واحد بسؤال الآخر، ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل، ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الأصالة والفرعية. ويترتب عليه ما لو أبرأ المضمون له أحدهما فإنه يبرأ الآخر.

وقول المصنف: " ولو أبرأ الغريم أحدهما برئ مما ضمنه دون شريكه " يريد أن شريكه لا يبرأ ما ضمنه، لكنه يبرأ مما كان عليه، لاقتضاء الضمان ذلك. وتظهر الفائدة أيضا في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين أو على أحدهما، لأن الضمان بمنزلة الأداء. وإن اختلفا بأحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد أخرى، إذ

الخامسة: إذا رضي المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلا بما أداه. ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين.

قد يضمن المؤجل حالاً، وبالعكس، أو يكون أحدهما أيسر ويضمن الأكثر، أو يكون أحدهما متبرعاً، ونحو ذلك. وإنما يتحول ما كان على كل واحد إلى صاحبه مع ضمانهما دفعة ورضا المضمون له بهما، فلو رد أحدهما بطل، واجتمع على الآخر الحقان. وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتماعاً على الأخير. وعلى قول من جعله ضم ذمة إلى ذمة يشتركان في المطالبة لكل واحد منهما. قوله: "إذا رضي المضمون له - إلى قوله - إلا بما أداه". قد تقدم (١) أن الضامن إنما يرجع على المديون مع ضمانه بإذنه. وعلى تقديره فإنما يرجع بما أداه إن لم يرد عن الحق، وإلا رجع بالحق. والضابط أنه يرجع بأقل الأمرين مما أداه ومن الحق في كل موضع له الرجوع. ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي أداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له وغيره، خلافاً لبعض العامة (٢) حيث جوز له الرجوع بالجميع لو أبرأ منه أو من بعضه، لأنه هبة ومسامحة من رب الدين للضامن خاصة. نعم، لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه جاز رجوعه به، لصدق أداء الجميع. وكذا لو وهبه الجميع. قوله: "ولو دفع عرضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين". من قيمته ومن الدين. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، وبين أن يصلحه الضامن به عن دينه. فلو كان ثوباً يساوي مائة وصلحه به على (٣) الدين وهو مائتان لم يرجع إلا بقيمة الثوب. هذا إذا

(١) في ص: ١٨٩.

(٢) المجموع ١٠: ٣٩١ - ٣٩٢.

(٣) في "ه" و"ن" ونسخة بدل "س" (على).

السادسة: إذا ضمن عنه دينارا بإذنه، فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه. ولو قال: ادعه إلى المضمون له فدفعه، فقد برئ. ولو دفع المضمون عنه إلى المضمون له، بغير إذن الضامن، برئ الضامن والمضمون عنه.

جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون، أما لو صالحه عليه في المثال بمائتين مطلقاً ثم تقاصاً فالمتجه رجوعه بالمأئين، لأنها تثبت له في ذمته بغير استيفاء، وإنما وقع الأداء بالجميع. ويحتمل الرجوع بقيمته خاصة، لأن الضمان وضع للارتفاق. وتوقف في التذكرة (١) في ذلك. قوله: " إذا ضمن عنه دينارا... الخ "

قد عرفت أن الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان. فإذا ابتدأ المديون ودفع الدين إلى الضامن فقد تبرع بالأداء قبل وجوبه، فلا يستحقه الضامن، وليس له التصرف فيه. نعم، له دفعه في الدين تبعاً للإذن. وقول المصنف: " فقد قضى ما عليه " قد يوهم خلاف ذلك، وأنه يكون بمنزلة أداء الدين. وليس كذلك. وإنما المراد أنه تخلص من الحق، لأن الضامن إن دفعه فقد برئ، وإن لم يدفعه كان في يده مساوياً للحق إلى أن يؤدي، فيأخذه من دينه، وإن أبرأ من الدين أو بعضه وجب عليه رد ما قابله إلى المديون. فالمديون قد قضى ما عليه على كل حال.

ولكن هذا إنما يتم مطلقاً على تقدير أن يكون المقبوض في يد الضامن مضموناً عليه، وإلا لأمكن أن يتلف في يده بغير تفريط، فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه. وليس ببعيد كونه مضموناً كالمقبوض بالسوم، ولعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٢) واستشكل في التذكرة (٣) كونه مضموناً بعد أن حكم به.

(١) التذكرة ٢: ٩٥.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢، ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

(٣) التذكرة ٢: ٩٤.

السابعة: إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، وأنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه، فإن شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته مع انتفاء التهمة، على القول بانتقال المال.

نعم، لو قال المديون للضامن: إقض به ما ضمنت عني، فهو وكيل والمال في يده أمانة. والفرق بينه وبين ما سبق واضح، لأنه دفعه في السابق إليه إما مطلقاً أو أنه الحق المضمون، وعلى التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن، بخلاف قوله: إقض به ما ضمنت لأنه وكالة في قبضه ودفعه.

وضمير قوله: " ولو قال " يعود إلى الضامن، أي قال الضامن للمضمون عنه: ادفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه، فقد برئاً، أما الضامن فلوفاء دينه، وأما المضمون عنه فالأن الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه.

ويمكن اعتبار التقاص القهري، لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن، لأنه المديون وقد أذن في وفائه، وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان. وأما لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير سؤال الضامن فإنه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه، فبيراً الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه، فلا يرجع هو لعدم غرامته، فبيراً ان معاً أيضاً كالسابق، لكن الاعتبار مختلف.

قوله: " إذا ضمن بإذن المضمون عنه - إلى قوله - مع يمينه " لأصالة عدم القبض، وحينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشئ، لعدم تحقق غرمه. واستحقاقه الرجوع مشروط به. ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالإذن وعدمه. وإنما قيد بالإذن ليرتب عليه الأحكام الآتية، إذ لا تهمة مع عدمها مطلقاً ولا رجوع.

قوله: " فإن شهد المضمون عنه - إلى قوله - بانتقال المال " لما كان المضمون عنه مع إذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن، فشهادته له بالأداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فتسمع، إلا أن تفرض عليه تهمة في الشهادة بحيث تفيده فائدة زائدة على ما يغرمه فترد. وقد فرضوا التهمة في صور:

ولو لم يكن مقبولا، فحلف المضمون له، كان له مطالبة الضامن مرة ثانية، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولا.

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إنما هو بذلك، فشهادة المضمون عنه له به تجر إلى نفسه نفعاً، فإن ذلك إذا لم يثبت يبقى مجموع الحق في ذمة الضامن.

وفيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، ولا حاجة إلى الثبوت بالبينه كما سيأتي، فتدفع التهمة، فتقبل الشهادة. ومنها: أن يكون الضامن معسراً، ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يوفر بشهادته مال الضامن، فيزداد ما يضرب به.

ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرعاً وبسؤال، لأن فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين. أما الأولى فهي مخصوصة بالضامن بسؤال، ليرجع بما غرم.

وإنما تسمع الشهادة بوجه على القول بكون الضمان ناقلاً، كما هو المذهب. فلو قلنا بأنه يفيد الضم خاصة لم تسمع مطلقاً. وقول المصنف: " على القول بانتقال المال " يشعر بأن لأصحابنا قولاً بغيره. وفيما تقدم أشار (١) إليه أيضاً. وهو نادر. قوله: " ولو لم يكن مقبولا - إلى قوله - بما أداه أولا " .

عدم قبول شهادة المضمون عنه إما لعدم عدالته أو للتهمة، وحينئذ فالقول قول المضمون له، لما تقدم والمراد أنه لم تكن بينة غيره. وحينئذ فيرجع على الضامن بالحق. وكونه مرة ثانية بالنسبة إلى زعم الضامن، وإلا فهي أولى عند المضمون له وفي ظاهر الحال.

(١) في ص: ١٨٣.

ولو لم يشهد المضمون عنه، رجع الضامن بما أداه أخيرا.
الثامنة: إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه، خرج ما ضمنه من
ثالث تركته، على الأصح.

وإنما يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولا لاعترافه بأنه لا يستحق
سواه، ودعواه أن الأداء الثاني ظلم وموافقة المضمون عنه له على ذلك. ولا يخفى أنه
مشروط بمساواة الأول للحق أو قصوره، وإلا رجع بأقل الأمرين، لأنه لا يستحق
الرجوع بالزائد على الحق.
قوله: " ولو لم يشهد... الخ "

لأنه لم يثبت ظاهرا أداه سواه. هذا إذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولا ولا على
الحق، وإلا رجع بالأقل من الثلاثة، لأن الأقل إن كان هو ما غرمه أولا فلزعمه أنه
لا يستحق سواه وأن الثاني ظلم، وإن كان الأقل ما غرمه ثانيا فلأنه لم يثبت ظاهرا
سواه، وإن كان الأقل هو الحق فلأنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع والحق.
وفي حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الأول وإن لم يشهد، لما ذكر من
الوجه. فقوله: " ولو لم يشهد " مقيد بعدم اعترافه أيضا. ولو جعل مناط الحكم عدم
تصديقه كان أجود، لتناوله عدم الشهادة وغيره.
قوله: " إذا ضمن المريض... الخ "

يمكن أن يكون الأصح تنبيهها على الخلاف في أن منجزات المريض هل هي
من الأصل أو من الثلث؟ واختياره للثاني، كما سبق (١) من مذهبه. ويمكن كونه
إشارة إلى أن الضمان هل يعد من التبرعات المنجزة أم لا؟ ووجه اختيار كونه تبرعا أنه
التزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضا، فأشبهه الهبة. وعلى التقديرين إنما يتم الحكم
مع تبرعه بالضمان، أما لو ضمن بسؤال فهو كما لو باع بثمن المثل نسيئة، فالوجه
حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم يمكن
لاعساره ونحوه فهو من الثلث. ولو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف

(١) في ص: ١٥٦ - ١٥٧.

التاسعة: إذا كان الدين مؤجلا، فضمنه حالا، لم يصح. وكذا لو كان إلى شهرين، فضمنه إلى شهر، لأن الفرع لا يرجح على الأصل. وفيه تردد.

ما يفوت على الثلث.
واحترز بقوله: "ومات فيه" عما لو برئ منه، فإنه يخرج من الأصل كالتبرع ولو مات بعد ذلك: هذا كله مع عدم إجازة الورثة، وإلا نفذ من الأصل.
قوله: "إذا كان الدين مؤجلا... الخ".
قد تقدم (١) الكلام في ذلك وأن الأقوى صحته فيهما. وهو مختار المصنف ثم، ولكنه رجع من الجزم إلى التردد، أو إلى الحكم بخلافه.

(١) في ص ١٨٤ - ١٨٧.:

القسم الثاني

في الحوالة

والكلام في العقد وفي شروطه، وأحكامه.

أما الأول فالحوالة عقد شرع لتحويل المال، من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله.

قوله: " الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله " .

الكلام في كون الحوالة عقد أو ثمرة العقد كما سبق (١). ونبه بقوله: " تحويل " على أنها ناقلة للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. ومنه سميت حوالة. وقوله: " مشغولة بمثله " صفة للذمة المتحول إليها، وهي ذمة المحال عليه. وخرج به الحوالة على البرئ من حق المحيل، مع أنه سيأتي (٢) عن قريب القطع بجوازها على البرئ. ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة في الجملة. ولعله عرف الحوالة المتفق على صحتها، إذ الحوالة على البرئ مختلف فيها.

والعلامة (٣) أسقط في تعريفها القيد محاولة لادخال ذلك الفرد، لئلا ينتقض التعريف في عكسه، فوقع فيما هو أصعب منه، لشموله حينئذ الضمان بالمعنى الأخص، لأن المال يتحول فيه من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فانتقض في

(١) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١.

(٢) في ص: ٢١٥.

(٣) التذكرة ٢: ١٠٤.

ويشترط فيها رضا المحيل، والمحال عليه، والمحتال.

طرده.

قوله: " ويشترط فيه رضا المحيل والمحال عليه والمحتال ".
أما اعتبار رضا المحيل والمحتال فموضع وفاق، لأن (١) من عليه الحق مخير في
جهات القضاء، فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا. والمحتال حقه ثابت في ذمة
المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمة أخرى إلا برضاه.
وأما المحال عليه فاشترط رضاه هو المشهور بين أصحابنا، بل ادعى عليه
الشيخ الاجماع (٢). ولأنه أحد من تتم به الحوالة، فكان كالأخرين. ولاختلاف
الناس في الاقتضاء والاستيفاء، سهولة وصعوبة. ولأن نقل المال من ذمة المحيل إلى
ذمته يتوقف على رضاه. ولأصالة بقاء الحق في ذمة المحال عليه للمحيل
فيستصحب.

وفيه نظر، لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه
للافتقار إلى رضا من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه، بخلاف الآخرين، لما
ذكرناه. واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن ينصبه.
والتوقف على رضاه محل النزاع، فلا يجعل دليلا، مع أنا نمنع من اقتضاء الحوالة
النقل، بل هي إيفاء لما في ذمة الغير، فلا يقصر عن بيعه، ولا يشترط فيه رضاه.
والأصل المذكور معارض بأصالة عدم الاشتراط. والاستصحاب انقطع بما ذكرناه،
خصوصا مع اتفاق الحقيين جنسا ووصفا.

نعم، لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضا
المحال عليه، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلا بد من رضا المتعاضين. ومع
ذلك لو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور. وحينئذ فالقول
بعدم اشتراط رضاه مع الموافقة قوي. والاجماع على خلافه ممنوع.

(١) كذا في أكثر النسخ وفي " ه " : وأن. والظاهر أن الصحيح: ولأن.

(٢) الخلاف ٣: ٣٠٥ مسألة ٢.

ومع تحققها، يتحول المال إلى ذمة المحال عليه،
ويبرأ المحيل وإن
لم يبرأه المحتال، على الأظهر.

ثم على تقدير اعتبار رضا المحال عليه ليس هو على حد رضاء الآخرين، لأن
الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة، فلا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من
المحيل والقبول من المحتال، ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة
وغيرهما. وأما رضاء المحال عليه فيكفي كيف اتفق، مقارنة أم متراهيا. وربما اكتفي
به متقدما أيضا، لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله.
واعلم أنه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريئا من حق
المحيل، فإن رضاه معتبر إجماعا. ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال
عليه بالوفاء، فإنه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً، لأنه وفاء دينه، وضمانه بغير إذنه.
والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت (١) بالدين الذي لك على
فلان على نفسي، فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه، ويقومان بركن العقد،
بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدم، لقيام العقد بغيره. تأمل.
قوله: " ومع تحققها - إلى قوله - على الأظهر ".
هنا حكمان:

أحدهما: أن الحوالة تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
وهو موضع وفاق منا ومن العامة إلا من شذ (٢) منهم، فإنه جعلها كالضمان. وفساده
ظاهر، لأن الحوالة مشتقة من التحول، بخلاف الضمان، فإنه قد يشتق من الضم
كما ادعوه، فيلزم كل واحد ما يقتضيه لفظه.
وثانيهما: أن المحيل يبرأ من حق المحتال بمجرد الحوالة، سواء أبرأه المحتال

(١) في " س " : أحلتك.

(٢) في هامش " هـ، و، ن " : " هو زفر، فإنه قال: إنها لا تنقل الحق، بل تجري مجرى الضمان
عندهم. منه رحمه الله " راجع المغني لابن قدامة ٥ : ٥٨ - ٥٩.

ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه.

أم لا، لدلالة التحول عليه. وهو المشهور. وخالف فيه الشيخ (١) وجماعة (٢)، استناداً إلى حسنة زرارة عن الباقرين عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك قال: "إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله (٣)".

وحملت الرواية على ما إذا ظهر إعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله، فإن له الرجوع على المحيل إذا لم يبرأ. وعلى ما إذا شرط المحيل البراءة، فإنه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه. وهو حمل بعيد. وعلى أن الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة، فمعنى قوله: "برئت مما لي عليك" "أني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت أنت، فكنتي عن الملزوم باللائم. وهكذا القول في قوله: "ولو لم يبرأه فله أن يرجع" لأن العقد بدون رضاه غير لازم، فله أن يرجع فيه.

قوله: "ويصح أن يحيل - إلى قوله - بالضمان أشبه".

هذا هو الأقوى، لأصالة الصحة، وعدم الاشتراط. وللشيخ (رحمه الله) قول بالمنع (٤)، وآخر بالصحة (٥). ومبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الأول يصح دون الثاني، لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حق المحتال. وإنما كان أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل. ولكنه بهذا

(١) النهاية: ٣١٦.

(٢) منهم أبو الصلاح في الكافي: ٣٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٢، التهذيب ٦: ٢١١ ح ٤٩٦، الوسائل ١٣: ١٥٨ ب "١١" من أبواب الضمان ح ٢.

(٤) المبسوط ٢: ٣٢١.

(٥) المبسوط ٢: ٣١٣، ٣١٨.

وإذا أحاله على الملي، لم يجب القبول. لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر. أما لو قبل الحوالة جاهلا بحاله، ثم بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود على المحيل.

الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعاً، فيلحقه أحكامها. قوله: " وإذا أحاله على الملي لم يجب القبول ". لأن الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء، وإنما هي نقل الدين من ذمة إلى أخرى، فلا يجب قبولها. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (١) حيث أوجب القبول، لقول النبي صلى الله عليه وآله: " إذا أحيل بحق على ملي فليحتل (٢) ". والخبر - على تقدير صحته - محمول على الاستحباب أو الارشاد. قوله: " لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر ". لأن الحوالة توجب البراءة من الحق، فلا يعود إلا بسبب يوجبه، ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم عليه السلام (٣). وخالف في ذلك جماعة من العامة (٤). وكما لا رجوع لو افتقر، كذا لو تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر. قوله: " أما لو قبل الحوالة - إلى قوله - والعود على المحيل ". لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد يساره وعدمه، لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام (٥)، ولما فيه من الضرر والتعزير به. والمراد بالفقر هنا الاعسار وإن كان أعم منه، وإلا فيجوز كونه فقيراً بالمعنى المتعارف وموسراً بالمعنى المعتبر في الدين.

-
- (١) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠ .
(٢) السنن الكبرى ٦ : ٧٠ ، والمجموع ١٣ : ٤٢٤ .
(٣) التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٥٠١ ، الوسائل ١٣ : ١٥٩ ب " ١١ " من أبواب الضمان ح ٤ .
(٤) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠ .
(٥) الكافي ٥ : ١٠٤ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ٥٥ ح ١٩٢ ، التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٤٩٨ ، الوسائل ١٣ : ١٥٨ ب " ١١ " من أبواب الضمان ح ٣ .

وإذا أحال بما عليه، ثم أحال المحال عليه بذلك الدين صح، وكذا لو ترامت الحوالة.

وإذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة، فإن كان بمسألة المحال عليه، رجع عليه. وإن تبرع، لم يرجع، ويبرأ المحال عليه. ويشترط في المال أن يكون معلوما ثابتا في الذمة،

والمعتبر بيساره وإعساره وقت الحوالة، فلو كان حينئذ مليا ثم تجدد له الإعسار فلا خيار. ولو انعكس بأن كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ المحتال فهل يزول الخيار؟ وجهان، من زوال الضرر، وثبوت الخيار قبله فيستصحب. وهو أقوى، لأن الموجب للخيار ليس هو الإعسار مطلقا ليزول بزواله، بل الإعسار وقت الضمان، وهو متحقق، فيثبت حكمه. قوله: " وإذا أحال - إلى قوله - ترامت الحوالة ".

كما تصح الحوالة الأولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك، لتحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال عليه بدين المحتال، وغيره من الشروط. ومتى أحال المحال عليه برئ كأول وهكذا لو تعدد. وهو المراد بالتراخي، بأن أحال المديون زيدا على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحال بكر زيدا على خالد، وهكذا. وهنا قد تعدد المحال عليهم والمحتال واحد. وكما يصح تراخيها يصح دورها كالضمان، بأن تعود إلى المحيل الأول، بأن

تكون ذمته مشغولة بدين لمن أحال عليه، أو مطلقا على المختار. قوله: " وإذا قضى المحيل - إلى قوله - وبرئ المحال عليه ".

لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة إلى دين المحتال بمنزلة الأجنبي، لبراءته منه، فإذا أداه بعدها كان كمن أدى دين غيره بغير إذنه، فيشترط في جواز رجوعه عليه مسألته، وإلا كان متبرعا وبرئ المحال عليه من الدين.

قوله: " ويشترط في المال أن يكون معلوما ثابتا في الذمة " .
احترز ب " المعلوم " عن المجهول عند المحيل، كما لو أحاله بماله من الدين ولا

سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد والثوب. ويشترط تساوي المالين، جنسا ووصفا، تفصيا من التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه. وفيه تردد.

يعرف قدره، فإنه لا يصح، للغرر، ولأن الحوالة إن كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول، كما لا يصح بيعه، وإن كانت استيفاء وإنما يمكن استيفاء المعلوم. ويحتمل على الثاني الصحة، ويلزم ما يقوم به البينة كالضمان. وب "الثابت في الذمة" عما ليس بثابت وإن وجد سببه، كمال الجعالة قبل العمل، فإنه لا يصح إحالة الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته. أما إحالة المجعول له به على الجاهل لمن له عليه دين ثابت فإنه جائز، بناء على جوازها على البرئ. فالحاصل: أن المعتبر ثبوته للمحتال في ذمة المحيل، لا في ذمة المحال عليه.

ولا فرق في الثابت بين كونه مستقرا وغيره، كالثمن في مدة الخيار، وتكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع، فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي (١) الكلام عليهما في نظيره.

قوله: "سواء كان له مثل كالطعام أو لا مثل له كالعبد".

نبه بذلك على خلاف الشيخ في أحد قولييه (٢) وجماعة (٣) من عدم جواز الحوالة بالقيمي لكونه مجهولا. وضعفه واضح، فإنه مضبوط بالوصف، والواجب فيه القيمة، وهي مضبوطة أيضا تبعا لضبطه، فالمانع مفقود، وعموم الأدلة يشملها. قوله: "ويشترط تساوي المالين - إلى قوله - وفيه تردد".

ذهب الشيخ (٤) وجماعة (٥) إلى اشتراط تساوي المالين - وهما المحال به والمحال

(١) في ص: ٢٣١.

(٢) المبسوط ٢: ٣١٢.

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢.

(٤) المبسوط ٢: ٣١٣ و ٣١٦ - ٣١٧.

(٥) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢، والعلامة في التذكرة ٢: ١٠٨.

ولو أحال عليه، فقبل وأدى، ثم طالب بما أداه فأدعي المحيل أنه كان له عليه مال، وأنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه، ويرجع على المحيل.

وأن القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجه القول هنا بالصحة، سواء تحول الحق إلى جنس المحال به أم بقي كل واحد بحاله، لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي، لأن الأول استيفاء من غير الجنس أو معاوضة عليه، والثاني حوالة على البرئ، وكلاهما مشروط بالرضا. نعم، لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال إلى ما في ذمة المحال عليه اتجه الجواز من دون رضا المحال عليه، وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا.

وأن الأقوى للصحة مع التراضي، وتحول الحق الذي على المحال عليه إلى جنس المحال به ووصفه.

قوله: " ولو أحال عليه - إلى قوله - ويرجع على المحيل ".
لما ثبت أن الحوالة جائزة على البرئ من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض بإطلاقها ثبوت دين كذلك، فإذا أدى المحال عليه وطالب بما أدى منكرًا لثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءة، فيرجع على المحيل بما أدى. ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه، لاقتضائها ثبوته، فالمنكر وإن كان معه أصالة براءة ذمته من الدين إلا أن ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير. ومدعي الدين يدعي صحتها، ومدعي الصحة مقدم. ويمكن على هذا أن يقال: تساقط الأصلان، وبقي مع المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين. وهو حسن.

فإن قيل: الإذن في الأداء إنما وقع في ضمن الحوالة، فإذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجردا، لأنه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه.

قلنا: الإذن وإن كان واقعا في ضمن الحوالة إلا أنه أمر يتفقان على وقوعه، وإنما يختلفان في أمر آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفي ما قد وقع الاتفاق منهما عليه، على

وتصح الحوالة بمال الكتابة، بعد حلول النجم. وهل تصح قبله؟
قيل: لا. ولو باعه السيد سلعة، فأحاله بثمانها، جاز.

أن في زوال الإذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه بحث يأتي تحقيقه - إن شاء الله تعالى - في الوكالة المعلقة على شرط.

وفي قوله: "أدى ثم طالب" إشارة إلى أن المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل إلا مع الأداء كالضامن، لما تقدم (١) من أن هذا القسم بالضمان أشبه. قوله: "وتصح الحوالة - الحوالة - إلى قوله - قيل: لا".

لا إشكال في جواز الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجوم، لثبوتها في ذمة المكاتب. أما قبل الحلول فمنعه الشيخ (٢) (رحمه الله) بناء على جواز تعجيز نفسه، فله أن يمتنع من أدائه. والأقوى الجواز، لمنع جواز التعجيز. وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة، لأنها ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل عليه بقبضها، وإن اختلفا يكون الحوالة لازمة. وحينئذ فلو أعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأن المال صار لازماً له للمحتال، والبطلان طار، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة.

قوله: "ولو باعه السيد سلعة فأحاله بثمانها جاز".

لأن حكم المكاتب حكم الأحرار في المدائيات، فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه منه، وتصح له الحوالة للسيد بالثمن. وإنما خص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى للتنبية على خلاف الشيخ (٣) - رحمه الله - في مسألة في البيع، حيث إنه يمكن فسخ الكتابة بناء على أصله من جوازها من جهته، فيوجب استحقاق السيد شيئاً على عبده، بخلاف ما لو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بثمانها، فإنه لا سبيل له إلى إسقاطه ولو فسخت الكتابة، فإنه يثبت في ذمته.

(١) في ص: ٢١٥.

(٢) في هامش "و" و"ن": "في الفرق بين الكتابة قبل حلول النجم وبعده نظر، فإن ذلك إنما يمنع جوازها على ظاهر كلام الشيخ رحمه الله. منه رحمه الله". لاحظ المبسوط ٢: ٣٢٠.

(٣) المبسوط ٢: ٣٢١.

ولو كان له على أجنبي دين، فأحال عليه بمال الكتابة صح، لأنه يجب تسليمه.

وأما أحكامه فمسائل:

الأولى: إذا قال أحلتك عليه فقبض، فقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال: إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بلفظه. وفيه تردد.

قوله: " ولو كان له على أجنبي... الخ "

ضمير " له " يعود إلى المكاتب، والمحال هو السيد. والمراد أنه إذا كان للمكاتب دين على أجنبي غير السيد، فأحال سيده بمال الكتابة على ذلك الأجنبي الذي للمكاتب عليه دين، صحت الحوالة، لأنه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه إليه أو إلى من يرتضيه. وحينئذ فتبرأ ذمة المكاتب من مال الكتابة ويتحرر، لأن (١) الحوالة بمنزلة الأداء، سواء أدى المحال عليه المال إلى السيد أم لا، حتى لو أفلس به لم يتغير الحكم، لأن ما أحاله به دين ثابت. ولو كانت الحوالة ببعض مال الكتابة كان بمنزلة قبض البعض، حتى لو أعتقه سقط عن المكاتب الباقي ولم تبطل الحوالة (٢).

قوله: " إذا قال... الخ "

مرجع هذا الاختلاف إلى أن لفظة الحوالة التي اتفقوا على استعمالها بينهما هل قصد معناها المتعارف هنا أو معنى الوكالة؟ حيث إن الوكالة من العقود الجائزة التي لا تنحصر في لفظ، بل يكفي فيها ما دل على الإذن فيما وكل فيه، ولفظ الحوالة صالح له.

ووجه تقديم قول المحيل ما ذكره المصنف من أنه أعرف بلفظه، أي بالمقصود

(١) في " ه " ولأن.

(٢) في " ب " و " س " : الكتابة. وفي " و " أن في نسخة (الكفالة): وهو تصحيف.

عن الحقيقة.

فإن قيل: سلمنا صلاحيتها لذلك، لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركاً بين المعنيين. ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز يندفع الاشتراك، وقد تقرر في الأصول أن المجاز أولى من الاشتراك عند التعارض. قلنا: لا نسلم أولويته أولاً، بل قد قال جمع من المحققين بأولوية الاشتراك. سلمنا، لكن ذلك إذا لم يثبت الاشتراك، وقد أثبتناه، فلا يتم الترجيح. وإذا ثبت ذلك فدعوى المحيل إرادة الوكالة تكون دعوى لإرادة بعض أفراد الحقيقة، إلا أنه خلاف الظاهر. ودعوى المحتمل الحوالة توافقه. ولكن بهذا لا يندفع الأصولان المتقدمان، وهما أصالة بقاء حق المحيل وحق المحتمل. إنما ينتفیان لو كانت الحوالة مجازاً في الوكالة كما سلف، أما إذا كانت حقيقة فيها فلم يقع ما يرفع ذينك الأصلين. لكن يرجع الأمر إلى تعارض الأصل والظاهر. فإن قدمنا الأول - كما هو الراجح في استعمالهم - فالقول قول المحيل كما اختاره المصنف وجماعة (١). وإن قدمنا الظاهر فالقول قول المحتمل، كما لو جعلناها مجازاً في الوكالة. ويتفق التوجيهان. وبعد ذلك كله، فالقول بتقديم قول المحتمل قوي، إما مراعاة للحقيقة، أو لقوة هذا الظاهر حتى كاد يلحق بها، وقد رجحوا الظاهر في موارد لا يقصر هذا عنها، أو لتساقط الأمرين فيحكم له بملك ما تحت يده، لأن الأصل في اليد الملك. وبهذا ظهر فائدة تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض. فقول بعضهم (٢): إن الاختلاف قبل القبض وبعده لا نجد فيه فرقاً ليس بجيد. وإنما يتجه عدم الفرق لو سلم أن الحوالة مجاز في الوكالة، فإذا أطلقت وحملت على الحقيقة تعين فيه الأداء

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ٣١٤ - ٣١٥، والعلامة في القواعد ١: ١٨٢، والصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ١٨٢.

(٢) في هامش "ه"، و، ن: "هو المحقق الشيخ علي رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله". لاحظ جامع المقاصد ٥: ٣٧٨.

أما لو لم يقبض واختلفا، فقال: وكتلك، فقال: بل أحلتني (بما عليك)، فالقول قول المحيل قطعاً،

إلى المحتال، لأنه صار ملكه، سواء قبض أم لم يقبض. قوله: "أما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال: وكتلك، فقال: بل أحلتني، فالقول قول المحيل قطعاً".

الكلام هنا متفرع على ما سبق، فإن قلنا: إن لفظ الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح، والقطع ممنوع، بل الوجهان آيتان فيه. وتقديم قول المحتال أوضح، لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك، فلا تقدر دعوى المجاز، وإلا لتوجه في كل عقد يدعى في لفظه إرادة غير معناه الحقيقي، وهو باطل. وإن جعلناها حقيقة في الوكالة أيضاً تعارض الأصل والظاهر، ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدم. فيمكن أن يكون قطع المصنف من جهة ترجيح الأصل، لأنه الغالب، معترضاً ما سبق بأصالة عدم ملك المحتال له، بخلاف ما في يده.

وأما توجيهه (١) الفرق بأن الحوالة استيفاء، والاستيفاء إنما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (فليس) بسديد، لأن الحوالة وإن جعلناها استيفاء نقول: إنها بمنزلته واقعا، لا بمنزلة التوكيل فيه، لأن الحوالة تفيد النقل والملك - وإن لم يحصل القبض - إجماعاً، حتى لو أراد المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع البدل لم يملك

ذلك بدون رضا المحتال.

إذا تقرر ذلك فنقول: إن قدمنا قول المحتال فالحكم واضح، فإن كان قبض برئت ذمة المديون من مقدار المال، لأخذه بزعمه منه قهراً فيقاصه في مقداره، وذمة المحال عليه إن كانت مشغولة، لثبوت الحوالة ظاهراً، وإن لم يقبض فله المطالبة. هذا إذا حلف، وإن نكل حلف المديون وبطلت الحوالة.

(١) في هامش "و": "الموجه المحقق الشيخ علي أيضاً في الشرح". راجع جامع المقاصد ٥: ٣٧٨. ويلاحظ أن الجواب المذكور هنا ورد فيه أيضاً.

ولو انعكس الفرض، فالقول قول المحتال.

وإن قدمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض، بطلت وكالته بإنكاره وحوالته بحلف المديون، وله أن يطالب المديون بحقه، لبقائه بزعم المديون في ذمته، مع احتمال عدمه، لزعمه أن لا حق له على المديون بالحوالة، وأن حقه على المحال عليه.

وإن كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل، وله مطالبة المحيل بحقه، لأنه إن كان وكيلا فحقه باق على المديون، وإن كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما، فله الرجوع عليه ببدله. وهذا بخلاف ما لو لم يقبض، حيث توجه احتمال عدم مطالبة المديون، لاعترافه ببراءته ثم، وأما هنا وإن كان قد برئ بالحوالة بزعمه إلا أن ذمته اشتغلت بظلمه ثانيا.

ولو كان المقبوض تالفا، فإن كان تلفه بتفريط فعليه بدله للمحيل، ويرجع عليه كما مر. وإن كان بغير تفريطه ففي ضمانه له وجهان: أحدهما عدم الضمان، لأنه إما وكيلا بزعم المحيل فلا يضمن المال، إذا لم يفرط، أو محتال فهو ماله. والثاني الضمان، لأنه وإن كان وكيلا ظاهرا إلا أنه قبض المال لنفسه، والوكيل يضمن بذلك، لأنه خيانة. وعلى الأول ليس له مطالبة المحيل يزعم بقاءه، لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه.

قوله: " ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال " .

بأن قال المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة: وقصدت الحوالة، وقال المحتال: بل وكلتني، فيقدم هنا قول مدة الوكالة - وهو المحتال - بيمينه، لأصالة بقاء الحقين السابقين، والمحيل يدعي خلافهما وانتقالهما، فكان عليه البينة. وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند إفلاس المحال عليه، ونحوه. وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا، فيأتي فيه الوجهان، لرجوع الأمر إلى دعوى خلاف الظاهر أو خلاف الحقيقة.

ونقول هنا: إن قدمنا قول المحتال وحلف، فإن لم يكن قبض المال فليس له قبضه، لأن انكار المحيل الوكالة يقتضي عزلة لو كان وكيلا، وله مطالبة المحيل

الثانية: إذا كان له دين على اثنين، وكل منهما كفيل لصاحبه، وعليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صح، وإن حصل الرفق في المطالبة.

بحقه. وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه؟ وجهان، من اعترافه بتحول ما كان عليه إلى المحتال، ومن أن المحتال إن كان وكيلا فإذا لم يقبض بقي حق المحيل، وإن كان محتالا فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه، وما على المحال عليه حقه، فللمحيل أن يأخذه عوضا عما ظلم به. وإن كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقديرين.

ثم إن كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له، أو وجوب رده على المحيل، وجهان، مأخذهما أنه جنس حقه، وصاحبه يزعم أنه ملكه، واعترافه بأنه ملك المحيل، وأنه المخير في جهة الأداء. والأول أجود.

وإن كان تالفا فإن كان بتفريط ضمنه للمحيل وطالبه بحقه. وقد يمكن التقاص. وإن لم يكن بتفريط ففي ضمانه وجهان، مأخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا، فيده يد أمانة، وأنه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان، لأن يمينه إنما كانت على نفي ما يدعيه المحيل، لا على إثبات ما يدعيه.

وإن قدمنا قول مدعي الحوالة فحلف برئ من دين المحتال، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه، إما بالحوالة أو بالوكالة. ويتملك ما يأخذه إما قصاصا على زعمه، أو لأنه عين حقه، كما اقتضاه الظاهر.

واعلم أن هذا البحث كله إذا لم ينضم إلى لفظ الحوالة ما لا يحتمل الوكالة، كما لو قال: أحلتك بالمائة التي لك علي على المائة التي لي على زيد، فإن هذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول مدعيها قطعا، لامتناع إرادة المجاز أو الفرد المرجوح. ولو لم يتفقا على جريان لفظ الحوالة، بل قال: أحلتك فقال: بل وكتني، أو بالعكس، فالقول قول منكر الحوالة قطعا، لأصالة عدمها من غير معارض. قوله: " إذا كان له دين على اثنين... الخ " .

لا بد قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقرير مقدمة تبني عليها، وهي أن

الضمان عندنا ناقل للمال من ذمة المضمون إلى ذمة الضامن، لا ضام لذمته إلى ذمته. ومخالفونا جعلوه بمعنى الضم، كما قد سمعته غير مرة. وحينئذ فنقول: إذا كان لشخص على اثنين دين، ولنفرضه كما فرضه الشيخ (١) (رحمه الله) ألفا، على كل واحد خمسمائة، فإذا كفل كل واحد منهما صاحبه، أي ضمن ما عليه، فلا يخلو: إما أن يقرنا أو يتلاحقا. وعلى التقديرين: إما أن يجيز المضمون له الضمانين أو أحدهما، أو لا يجيزهما. ثم إما أن نقول بكون الضمان ناقلا أو ضاما.

فإن أجاز الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع الجميع في ذمة الأخير. وإن كانا مقترنين انتقل ما في ذمة كل واحد منهما إلى ذمة الآخر، وبقي الأمر كما لو لم يجزهما، في استحقاقه في ذمة كل واحد خمسمائة. وإن أجاز أحدهما خاصة صار الجميع في ذمة من أجاز ضمانه، النصف بالأصالة والآخر بالضمان. وعلى مذهب مخالفينا لو أجاز ضمانهما صار مخيرا في مطالبة كل منهما بالألف. ثم لو أحال صاحب الحق عليهما ثالثا بالألف، وقد ضمنا وأجاز ضمانهما، فعندنا يأخذ من كل واحد خمسمائة، لعدم تأثير الضمان من هذه الحيثية. وأما من جعله ضامنا فاختلفوا هنا، فبعضهم (٢) منع من هذه الحوالة، لأنه لم يكن له إلا مطالبة واحد منهما، فلا يستفيد بالحوالة زيادة، كما لا يستفيد زيادة قدر وصفه. وبعضهم (٣) جوز ذلك للأصل، ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في المنع، كما لو أحاله على من هو

(١) في هامش "ه، و، ن": "قال الشيخ في المبسوط: لو كان له على رجلين ألف، ولرجل عليه ألف، فأحاله بها على الرجلين، وقيل بالحوالة، كان جائزا، فإن كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحوالة، لأنه يستفيد بها مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالألف، وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة، وذلك لا يجوز. ثم قال: وقيل: إنه يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بألف، فإذا أخذه برئ الآخر. وهذا قريب. هذا لفظه. منه رحمه الله". راجع المبسوط ٢: ٣١٧ - ٣١٨.

(٢) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٣ - ٤٢٩.

(٣) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٣ - ٤٢٩.

الثالثة: إذا أحال المشتري البائع بالثمن، ثم رد البيع بالعيب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع البيع. وفيه تردد.

أملى منه وأحسن وفاء.

إذا تقرر ذلك، فالشيخ (رحمه الله) ذكر هذه المسألة في المبسوط، وحكم فيها بعدم الصحة، معللاً بما ذكرناه من زيادة الارتفاق. وهذا لا يتم إلا على القول بأن الضمان بمعنى الضم - كما قد بيناه - إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق، بل بقي الحكم كما كان. ومع ذلك فهو موضع نظر، لأن هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية، والمعروف من مذهبنا هو النقل، فالبحث كله ساقط. والمصنف (رحمه الله) وافق الشيخ على تصوير المسألة الذي (١) لا يتم إلا على القول بالضم، وهو لا يقول به، وخالفه في الحكم، وحكم بالصحة منبهاً على أن الرفق المذكور غير مانع بقوله: " وإن حصل الرفق في المطالبة ". والظاهر أن المصنف - رحمه الله - لم يذكر المسألة إلا على وجه التفريع والتنبيه على أن ما حكم به الشيخ لا يتم وإن بني على ذلك الأصل، نظر إلى أن زيادة الرفق لا تمنع، كما لو أحال على من هو أكثر ملاءة. وأما ذكر (٢) الشيخ لها فيشعر بذهابه إلى كونه بمعنى الضم، إذ لا يتم إلا عليه. والمصنف (رحمه الله) قد لوح في المسألة بالخلاف فيما سبق في موضعين، أحدهما قوله: " على قول مشهور لنا " (٣)، والآخر قوله: " على القول بانتقال المال " (٤)، كما نبهنا عليه في الموضوعين. ويمكن أن يكون الشيخ (رحمه الله) فرع على مذهب المخالفين وإن لم يشر إليه، فقد اتفق له ذلك في المبسوط في مواضع.

قوله: " إذا أحال المشتري - إلى قوله - وفيه تردد ". منشأ التردد: من أن الحوالة تابعة للبيع، فإذا بطل البيع بطلت، لاستحالة

-
- (١) في " م، و " التي.
(٢) كذا في " س، و ". وفي غيرهما: وأما ما ذكر الشيخ لها....
(٣) تقدم في ص: ١٨٣.
(٤) تقدم في ص: ٢٠٨.

وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه. وهو مذهب الشيخ (١) (رحمه الله). ومن أن الحوالة ناقلة للمال إلى ذمة المحال عليه في حال كون المحال مستحقا للدين في ذمة المشتري، فلا يزيله الفسخ المتعقب، لأنه أبطل العقد من حينه لا من أصله. وتردد العلامة (٢) في ذلك كالمصنف.

وربما بني الوجهان على أن الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل؟ نظر إلى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحقان من الأثمان، ولتحقق براءة ذمة الأمر (٣) بمجردھا، ولأنھا لو كانت اعتياضا كانت بيع دين بمثله. أو اعتياض التفاتا إلى أنه لم يقبض نفس حقه، بل أخذ بدله عوضا عنه، وهو معنى الاعتياض؟ فعلى الأول تبطل، لأنها نوع إرفاق، وإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا ثم فسخ، فإنه يرجع بالصحاح. وعلى الثاني لا يبطل، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوبا ثم فسخ، فإنه يرجع بالثمن لا بالثوب. ولا فرق في ذلك بين كون الرد (٤) بالعيب بعد قبض المبيع وقبله، ولا بين أن يتفق الرد بعد قبض المحال مال الحوالة وقبله، ولا بين الفسخ بخيار العيب وغيره من أنواع الخيار والإقالة والفسخ بالتحالف ونحوها مما لا يبطل البيع من أصله. ولكن المصنف والجماعة (٥) مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسألة. وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق على وجه يجوز الفسخ، كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان.

(١) المبسوط ٢: ٣١٦.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٠٢.

(٣) في "س، م" ذمة الآخر.

(٤) في هامش "و" و"ن": "نبه بالتسوية في الأمرين على الرد على بعض العامة حيث فرق بينهما، فأبطلها لو كان الفسخ قبل القبض لا بعده، وعلى آخر حيث حكم بأن الفسخ إذا وقع بعد قبض المحال لا يبطل وقبله يبطل. وكلاهما باطلان. منه رحمه الله".

(٥) منهم يحيى بن سعيد في الجامع: ٣٠٤، والعلامة في القواعد ١: ١٨١.

فإن لم يكن البائع قبض المال، فهو باق في ذمة المحال عليه للمشتري.
وإن كان البائع قبضه، فقد برئ المحال عليه، ويستعيده المشتري من
البائع.

قوله: " فإن لم يكن البائع قبض المال - إلى قوله - ويستعيده المشتري
من البائع " .

هذا تفريع على القول ببطلان الحوالة. وتحريره: أن البائع المحتال إن لم يكن
قد قبض المال لم يكن له قبضه، لبطلان الحوالة، فيبقى في ذمة المحال عليه للمشتري
كما كان، فلو خالف البائع وقبض بعد ذلك لم يقع عنه، لبطلان حقه. وهل يقع
للمشتري؟ وجهان، مأخذهما بطلان الحوالة فيتبعها الإذن في القبض، لأنه كان من
لوازمها، فيستحيل تخلفه عن ملزومه، وأن الإذن الضمني لا يبطل ببطلان ما كان
في ضمنه، كما كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الشركة والوكالة. والأول أقوى. والفرق
أن الحوالة تنقل الحق إلى المحتال، فإذا صار الحق له ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق،
لا للمحيل بالإذن، بخلاف الوكالة والشركة، فإن القبض فيهما للمالك، فإذا بطل
خصوص الإذن جاز أن يبقى عمومه، مع أن في بقاء الإذن الضمني فيهما أيضا نظرا،
لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقي. وسيأتي - إن شاء الله تعالى -
تحقيقه.

وإن كان قد قبض المال من المحال عليه تعين للمشتري، لقبضه بإذنه، فلا
يقصر عن الوكيل، فليس له رده على المحال عليه، فلو رده عليه فللمشتري مطالبته.
ثم إن كان موجودا فظاهر، وإن كان تالفا لزمه بدله وإن تلف بغير تفريط، لأنه قبضه
عن الثمن، فيكون مضمونا عليه.

ولو قلنا بعدم بطلان الحوالة وكان قد قبض برئ المحال عليه، ورجع المشتري
على البائع، ولا يتعين حقه فيما قبضه. وإن لم يكن البائع قد قبض فله القبض.
وللمشتري الرجوع عليه قبل القبض، لأن الحوالة كالمقبوض، ومن ثم يسقط حق
حبس المبيع لو أحال المشتري البائع بالثمن. ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه إلى أن
يقبض، لعدم وجود حقيقة القبض، وإن وجد ما هو بمعناه في بعض الأحكام.

أما لو أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب، أو بأمر حادث، لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين.

قوله: " أما لو أحال البائع - إلى قوله - بغير المتبايعين ".
أشار بالتعليل إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الأجنبي على المشتري، فإن الحق في الأول كان مختصا بالمتبايعين بسبب المبيع، فإذا بطل السبب بطلت التوابع، بخلاف حوالة الأجنبي، فإنها لا تبطل وإن حكم بالبطلان ثم، لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين، حيث إن الثمن صار مملوكا للمحتال الأجنبي قبل فسخ العقد. ونقل الشيخ هنا الاجماع على عدم البطلان (١). ولا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض وعدمه، لأن الناقل للملك هو الحوالة لا القبض. ويحتمل ضعيفا البطلان هنا أيضا، لأن استحقاق المحتال استحقاق المحيل، فإذا بطل حق المحيل بطل تابعه. ووجه ضعفه: أنه تابعة حين الحوالة لا بعد ذلك، لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارض.
قوله: " ولو ثبت... الخ ".

أي في موضع إحالة المشتري البائع وإحالة البائع الأجنبي على المشتري. ووجهه: أن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين، فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الأمر في ذمة المشتري. وفي الحقيقة الحوالة وقعت في نفسها باطلة، لا أنها بطلت بظهور بطلان البيع، وإنما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من رأس.
وحيث إن كان البائع أو المحتال لم يقبض فليس له القبض. وإن كان قد قبض رجع المشتري عليه، وله الرجوع على البائع لو كان القابض محتاله، لأنه قد أوفاه للمحتال عما في ذمته، فقبضه منسوب إليه. وليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذ، لصدوره بإذنه.

(١) المبسوط ٢: ٣١٤.

القسم الثالث
في الكفالة

ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له، دون المكفول عنه.

قوله: " ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول عنه ".
لما كانت الكفالة من جملة العقود اللازمة فلا بد من وقوعها بين اثنين،
ولو حكما، ورضاهما بذلك.
ومدار الكفالة على ثلاثة:
كفيل، وهو هنا بمعنى الفاعل، وإن كان يصلح للمفعول أيضا، لكنهم
اصطلحوا على وضعه للفاعل، وتخصيص المكفول باسم المفعول.
ومكفول له، وهو صاحب الحق ولو بالدعوى.
ومكفول، وهو من عليه الحق أو الدعوى.
فلا بد من رضا اثنين منهم ليتم العقد، فالكفيل والمكفول له يتعين رضاهما.
أما الأول فواضح، لأن الانسان لا يصح أن يلزمه الحق إلا برضاه. وأما الثاني فلأنه
صاحب الحق، فلا يجوز إلزامه شيئا بغير رضاه، وبهما يتم العقد.
وأما المكفول فلا يعتبر رضاه، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق
بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره بإحضاره، وغاية الكفالة هي
حضور المكفول حيث يطلب. وهذا هو المشهور بين علمائنا وغيرهم.
وللشيخ (رحمه الله) قول باشرط رضاه (١)، لأنه إذا لم يأذن فيها أو يرضى به

(١) المبسوط ٢: ٣٣٧.

وتصح حالة مؤجلة، على الأظهر. ومع الاطلاق تكون معجلة.
وإذا اشترط الأجل، فلا بد أن يكون معلوما.

لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكن من إحضاره، فلا تصح كفالتة، لأنها كفالة بغير المقدور عليه. وهذا بخلاف الضمان، لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه،
ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور. وتبعه ابن إدريس (١)، وقواه في التحرير (٢). وهو ضعيف، لأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه. وهو ممنوع، لأن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وإن لم يكن مكفولا إجماعا. وفائدة الكفالة راجعة إلى إلزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لم يقصر عن وكيله، وإن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور معه وإن كان برضاه. إذا تقرر ذلك: فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد رضا الآخرين، لأن رضاهما لا بد معه من اقترانه بالايجاب والقبول الصادرين على وجههما، أما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق، متقدما أو متأخرا أو مقارنا، كما في رضا المضمون.

قوله: "وتصح حالة ومؤجلة على الأظهر".

هذا هو الأصح، للأصل، ولأن الحضور حق شرعي، فلا يمنعه الحلول. واشترط الشيخ (٣) وجماعة (٤) فيها الأجل كالضمان. وهو ضعيف.

قوله: "وإذا اشترط الأجل فلا بد أن يكون معلوما".

هذا موضع وفاق، ولأن الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحق مطالبته فيه كغيره من الآجال. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٥)، حيث اكتفى فيها بالأجل المجهول، لاشتمالها على التبرع، فيتسامح فيها كالعارية.

(١) السرائر ٣: ٧٧.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٣) النهاية: ٣١٥.

(٤) منهم المفيد في المقنعة: ٨١٥ وأبو الصلاح في الكافي: ٣٣٩، وابن حمزة في الوسيلة ٢٨١.

(٥) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٤: ٤٧ - ٤٨.

وللمكفول له، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلا، إن كانت مطلقة أو معجلة وبعد الأجل إن كانت مؤجلة. فإن سلمه تسليما تاما فقد برئ. وإن امتنع، كان له حبسه حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه.

وفساده ظاهر، لأن العارية غير لازمة، فلا يقدر فيها الأجل المجهول، لجواز المطالبة بالمستعار في الأجل وإن كان معلوما. قوله: " فإن سلمه تسليما تاما... الخ ". المراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان المعين إن عيناهما في العقد، وفي بلد العقد مع الاطلاق، ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه، بأن لا يكون في يد ظالم، ولا متغلب يمنعه منه، ولا في حبسه، ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول وضعف المكفول له، ونحو ذلك، فإذا سلمه كذلك فقد برئ من عهده. فإن لم يتسلمه منه وأمكن تسليمه إلى الحاكم سلمه إليه وبرئ أيضا. ولو لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه. والأقوى الاكتفاء بالاشهاد وإن قدر على الحاكم، لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم وغيره. وهذا ما يتعلق بالكفيل إذا بذل. أما إذا امتنع من التسليم التام ألزمه الحاكم به، فإن أبى حبسه حتى يحضره، وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع من أداء الحق. ثم إن سلمه بعد ذلك فلا كلام، وإن أبى وبذل ما عليه فظاهر المصنف الاكتفاء به في براءته. وعليه الشيخ (١) - رحمه الله - وجماعة (٢)، لحصول الغرض من الكفالة. وهذا على تقدير تمامه إنما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالقصاص، وزوجية المرأة، والدعوى بعقوبة توجب حدا أو تعزيرا، فلا بد من إلزامه بإحضاره مع الامكان إن لم يكن له بدل، أما ما له بدل كالدية في القتل وإن كان عمدا، ومهر مثل الزوجة، وجب عليه البذل.

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) منهم سلالر في المراسم: ٢٠٠ وابن إدريس في السرائر ٢: ٧٨، والعلامة في الارشاد ١: ٤٠٣.

ولو قال: وإن لم أحضره، كان علي كذا، لم يلزمه إلا إحضاره دون المال. ولو قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط من المال.

وذهب جماعة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة (١) إلى أنه لا يتعين على المكفول له قبول الحق، بل له إلزامه بالاحضار مطلقا، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، فقد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره وخصوصا فيما له بدل، فإنه بدل اضطراري لا عين الحق الذي يتعلق الغرض غالبا بحصوله. وهذا هو الأقوى.

إذا تقرر ذلك: فإن رضي المكفول له بالمال وأداه الكفيل، فإن كان قد كفل بإذن الغريم، أو أدى بإذنه وإن كان كفل بغير إذنه، فله الرجوع عليه. وإن انتفى الأمران فإن أمكنه إحضاره فلم يحضره لم يرجع عليه. وكذا إن كفل بإذنه وأدى بغير إذنه مع تمكنه من مراجعته، لأن الكفالة لم تتناول المال اختيارا، فيكون كالمتبرع. وإن تعذر عليه إحضاره رجوع عليه مع إذنه في الكفالة. وفي رجوعه مع عدمها نظر. وظاهرهم أنه يرجع أيضا.

والفرق بين الكفالة والضمان - في رجوع من أدى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان - أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بمجرد الضمان، فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه.

وأما إذا أذن له في الكفالة ولم يأذن له في الأداء مع تعذر الاحضار فإن ذلك من لوازم الكفالة، فالإذن في الكفالة إذن في لوازمها. قوله: " ولو قال إن لم أحضره كان... الخ "

هذه المسألة ذكرها الشيخ (رحمه الله) في النهاية (٢)، وتبعه عليها المصنف

(١) التذكرة ٢: ١٠٢. راجع أيضا جامع المقاصد ٥: ٣٩٢ - ٣٩٣.

(٢) النهاية: ٣١٥.

وجماعة (١) من الأصحاب. ومستندهم في ذلك رواية داود بن الحصين، عن أبي العباس، عن الصادق - عليه السلام - قال: " سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهمًا. قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً، إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله (٢) ". وفي رواية أخرى في طريقها أبان بن عثمان، عن أبي العباس قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كفّل لرجل بنفس رجل فقال: إن جئت به وإلا فعلي خمسمائة درهم. قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم. فإن قال: علي خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال: تلزمه الدراهم إن لم يدفع إليه (٣) ."

وإنما ذكرنا الروايتين ليرتب عليهما الكلام في حكم المسألتين، والفرق بينهما. وقد عرفت منهما أن قول المصنف في الثانية: "لزمه المال" ليس بجيد، بل يجب تقييده بما قيد في الرواية بقوله: "إن لم يحضره" ونحوه. لكن الشيخ (رحمه الله) مع ذكره للروايتين في التهذيب ذكر المسألتين كما ذكره المصنف من لزوم المال في الثانية من غير قيد (٤). وتبعه المصنف هنا والعلامة في القواعد (٥) والإرشاد (٦). وقد تنبه المصنف

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٠٢، والشهيد في اللمعة: ٨٥، وابن فهد في المهذب البارع ٢: ٥٣١ - ٥٣٢.

(٢) الفقيه ٣: ٥٤ ح ١٨٧، التهذيب ٦: ٢٠٩ ح ٤٨٨، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الضمان ح ٢.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٣، التهذيب ٦: ٢١٠ ح ٤٩٣، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الضمان ح ١.

(٤) ولكن عبارة الشيخ في النهاية: ٣١٥ هكذا: " فإن قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضر فلانا ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال ".

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٠٣.

لذلك في النافع فقال: كان ضامنا للمال إن لم يحضره في الأجل (١). وكذلك العلامة في التحرير (٢) والتذكرة (٣). فهذا ما يتعلق بحكم المسألة والتقشير في تأديتها. ثم يبقى الاشكال في الفرق بين المسألتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتأخيرها، فإن ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم، لأن الشرط وإن تأخر فهو في حكم المتقدم، إلا أن الجماعة جمدوا على النص، ومع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت. ويبقى الكلام في المستند، فإن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما، فلاستناد إليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعية والعربية لا يخلو من إشكال.

ثم إن جماعة من الأصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه: (منها): الجمود على النص من غير تعب على تعليل ولا التفات إلى مخالف. وهو طريقة الشيخ ومتابعيه. ومع ذلك لا يتحاشون من عدم صحة المستند، كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ " رحمه الله "، سيما في النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسألة، فإنه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثير منها. ولا يخفى ما في هذه الطريقة من الخطر، خصوصا في مثل هذا الحكم المخالف للأصول، مع ضعف المستند.

(ومنها): أن الحكم في المسألتين إجماعي، ومع ذلك منصوص، فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين. وهذا ذكره ابن فهد في المهذب (٤)، وتبعه المحقق الشيخ علي - رحمه الله - (٥) في الشرح.

(١) المختصر النافع: ١٤٣.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

(٣) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

وفيه نظر، لمنع الاجماع في موضع النزاع، فإن أحدا من الأصحاب لم يدعه،
والموجود كلامهم في المسألة جماعة يسيرة، والباقون لا نعرف حكمهم فيها. ومع ذلك
فقد ذكرها العلامة في المختلف (١)، وحكى فيها كلام الشيخ ومن تبعه، ثم قال:
"وعندي في هذه المسألة نظر"، ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف ما ذكره
الشيخ والجماعة، وقال: "إن كلام ابن الجنيد أنسب". وقد عرفت أن للمصنف
وحده فيها قولين هنا وفي النافع، وللعلامة وحده فيها أربعة مذاهب كما سنبينه،
فدعوى الاجماع بمثل ذلك عجيب.

(ومنها): ما فرق بين ابن إدريس فقال: أنه يلزمه ضمان النفس حيث بدأ
بضمانها، ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمانه (٢). وهو فرق بنفس الدعوى لا
يتحصل له فائدة. قال المصنف - رحمه الله - في نكت النهاية في رده: إن الشرط متقدم
على المشروط طبعاً، فلا عبرة بتأخره وضعا (٣).

(ومنها): ما ذكره الشيخ علي (رحمه الله) من أن السر في لزوم المال إذا قدمه
براءة ذمة المضمون عنه، فتمتنع الكفالة، وإذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها
- لكونه معلقاً على شرط - باطلاً، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة (٤).
وهذا السر الذي أظهره ناش من ظاهر كلام القواعد (٥) وما أشبهها - كعبارة
المصنف في الكتاب - حيث أطلقوا لزوم المال في المسألة الثانية. وقد عرفت أنه في
الرواية مشروط بعدم إحضاره، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة وإن تأخرت عن ذكر
المال. هذا مع أنه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم إحضاره، فكيف

(١) المختلف: ٤٣٥.

(٢) السرائر ٢: ٧٥.

(٣) لم نجده فيه.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

يقال ببراءة ذمة المضمون عنه حتى يمتنع كفالاته؟ وما هذا إلا رجوع إلى فرق ابن إدريس الذي لم يجد نفعاً.

ومع تقديم الكفالة قد ذكر في الرواية أنه إن جاء به في الأجل فليس عليه مال، ومفهوم الشرط أنه إن لم يجئ به لزمه المال، فدل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبداه من الفرق، إلا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط.

وأيضاً فإن المسألة أعم من كون المكفول على مال وغيره، من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان. وعلى تقدير المال فما جعله الضامن عليه من كذا في الأولى، وخمسائة في الثانية، ومطلقاً في كلام الجماعة، أعم من كونه مساوياً للحق الذي على المكفول وزائداً وناقصاً، ومماثلاً له في الجنس ومخالفاً. والضمان الذي ادعوه في بيان الفرق لا يتم إلا في قليل من هذه الأقسام كما لا يخفى.

وأيضاً ليس في العبارة التي ذكروها في المسألتين لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعاً، وإنما الموجود فيهما ضمان معلق على شرط تقدم أو تأخر. وأما الكفالة فهي مجعولة شرطاً، ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة. ولو قيل: إنه أتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها، فتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول المسألتين، ومبطل للسر الذي ادعوه في الفرق بينهما.

وأما لفظ الرواية فيمكن أن يستفاد منه كونه كفلاً كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجزائه، كما يستفاد من قوله: " يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به " إلى آخره، فإنه جعل الشرط متعقبا لكفالة فرضها، فلا بد من سبق كفالة على ما ذكر في المسألتين. وهذا تقصير آخر في عبارة الجماعة.

ثم يقال (١) في دعوى الاجماع على هذا الحكم مع تعليقه بالسر المذكور: إن الاجماع إن كان على الحكم الذي أظهر سره، ومن جملته لزوم المال خاصة في الثانية،

(١) في " ه " تقول. ولعل الصحيح: نقول.

فقد عرفت أن القائل به قد خالف نفسه، وأثبت في غير الكتاب حكما مخالفا لهذا الحكم، وهو أن اللازم هو الكفالة، وأن المال لا يضمن إلا إذا لم يحضره، وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة - كما تقدم (١) على بعض الوجوه - لا دليل على صحة الضمان، فكيف يتحقق الاجماع على مسألة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الحنيد، والشهيد - رحمه الله - أيضا، فإنه قيد لزوم المال بعدم إحضاره في اللمعة (٢)، وبعض ما حققه على المسألة!؟.

وإن كان الاجماع وقع على الحكم مع القيد بطل السر المذكور، ومع ذلك يصير ما خلا عنه من العبارات مخالفا له في الحكم. وهو قول آخر في المسألة. (ومنها): ما نقله فخر الدين (٣) - رحمه الله - عن والده أنه حمل الرواية على أنه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه، كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أحضره فعلي عشرة دنانير مثلا، فهنا لا يلزمه المال إجماعا، لأنه التزم بما ليس عليه. أما الثانية فإنه التزم بما هو عليه وهو الدينار مثلا، فكأنه قال: علي الدينار الذي عليه إن لم أحضره. ولا يخفى بعد هذا الحمل عن إطلاق المال في الصورتين المتقاربتين. بل نقول: مقتضى القواعد العربية أن المالين في الصورتين واحد، لأنه قال في الرواية: " فعليه كذا وكذا درهما " ثم قال: " إلا أن يبدأ بالدرهم " فأتى بها معرفة، ومن القواعد المقررة أن اللفظ إذا تكرر وكان الثاني معرفا يكون هو الأول حملا للأمر على العهدية، سواء كان الأول منكرا كقوله تعالى: * (فأرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول) * (٤)، أم معرفا كقوله تعالى: * (فإن مع العسر يسرا، إن مع العسر يسرا) * (٥). ومن هنا قيل: لن يغلب عسر يسرين. من وأما الرواية الثانية فالمال فيها في

(١) في ص: ٢٤٠.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٨٥.

(٣) لم نجده في الإيضاح.

(٤) المزمّل: ١٥ - ١٦. والآيتان هكذا. * (كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول) *.

(٥) الانشراح: ٥ - ٦.

الصورتين متحد القدر، وهو خمسمائة، فلا يصح هذا الحمل على الروائيتين.
ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على أن المراد هو ما أطلقوه، والحال أن هذا قول آخر في المسألة غير ما سبق.
وقد صار للعلامة وحده في هذه المسألة أربعة أقوال، هذا أحدها. والثاني: قوله في القواعد (١) بلزوم المال في الثانية مطلقا. والثالث في التحرير (٢) والتذكرة (٣) بلزوم المال إن لم يحضره. والرابع في المختلف (٤) بمذهب ابن الجنيد. وهو قول يحتاج تقريره

إلى تطويل فأعرضنا عنه هنا.

(ومنها): ما ذكره المقداد (رحمه الله) وقال: إنه حسن (٥) لم يذكره أحد من الأصحاب. وملخصه: أن المراد من الأولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضي صحة الكفالة، لتصريحه بها، وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة، لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به. وأما الثانية فإنها تشتمل على ضمان معلق على شرط، والشرط متأخر، فهي إما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط، أو أن الضمان تم بقوله: "علي كذا" والشرط بعد منافع له فلا يتلفت إليه، لأنه كتعقيب الاقرار بالمنافي.

ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد، خصوصا الكلام في الثانية. وتحريره: أن المال المذكور في الشرط أعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره، كما سبق تقريره، فكونه قد ذكر لازم الكفالة مطلقا ممنوع. وأما الحكم بصحة الضمان وإلغاء الشرط مع اتصاله به، وكون الكلام جملة واحدة لا يتم إلا بآخره، فعجيب، وقياسه

(١) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

(٣) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٤) المختلف: ٤٣٥.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ١٩٧ - ١٩٨.

ومن أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه. ولو كان قاتلا، لزمه إحضاره، أو دفع الدية.

نظرا إلى اقتضاء الكفالة ذلك. ولو كان مخالفا احتمل رده إليه بالقيمة أيضا. وإن لم تكن الكفالة لأجل مال فهو التزام وتبرع محض، وإطلاق الرواية يقتضي صحته. وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للأصول ليست كثيرة عند إطلاقها، ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود، وإن بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة، حيث اتحد الحكم في المسألتين، مع كونه قد ردد بينهما، إلا أنه أسهل من مخالفة الأصول بغير موجب. ومع هذا فإثبات الأحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا يخلو من بعد، لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الأحكام. ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو أطرنا أمثال هذه الروايات التي هي من شواذ الآحاد. وبالله التوفيق.

قوله: " ومن أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن إحضاره أو أداء ما عليه "

لأنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه. وينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف (١) في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، فيطالب بالتسليم مع الامكان، لا أن يفوض التخيير إليه. وحيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع. قوله: " ولو كان قاتلا لزمه إحضاره أو دفع الدية "

لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا وغيره، إذ القصاص لا يجب إلا على المباشر، فإذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية، كما لو هرب القاتل عمدا، أو مات. ثم إن استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص، وإن تمكن الولي منه وجب عليه رد

(١) في ص: ٢٣٦.

ولا بد من كون المكفول معيناً، فلو قال: كفلت أحد هذين، لم يصح.
وكذا لو قال: كفلت يزيد أو عمرو. وكذا لو قال: كفلت يزيد، فإن لم
أت به فبعمرو.

ويلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى: إذا حضر الغريم قبل الأجل، وجب تسلمه، إذا كان لا
ضرر عليه. ولو قيل: لا يجب، كان أشبه.

الدية إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل، لأنها إنما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت،
وعدم القتل الآن مستندا إلى اختيار المستحق. ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله،
وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال، وأخذ المال أو الدية من الكفيل، كان له
الرجوع على الذي خلصه لعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحق.
قوله: "ولا بد من كون المكفول معيناً... الخ".

وهذه الثلاثة تشترك في إبهام المكفول، فتبطل الكفالة، لأنه لا يعلم المكفول
بعينه ليستحق المطالبة بإحضاره. ويزيد الثالث أن كفالة عمرو معلقة على شرط،
وهو عدم الاتيان بزيد، فيبطل من هذا الوجه أيضاً، وكفالة زيد ليست متعينة، لأن
الكفيل جعل نفسه فيه في فسخه بإحضار عمرو إن اختار، فرجع إلى الإبهام
كالسابق. وهذا مما لا خلاف فيه.

قوله: "إذا حضر الغريم - إلى قوله - كان أشبه".

القول بوجوب تسلمه قبل الأجل للشيخ (١) - رحمه الله - بشرط انتفاء الضرر.
والأقوى ما اختاره المصنف من عدم الوجوب، لأنه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب
بعد، فلا يعتد به. ومثله ما لو سلمه في غير المكان المشروط، أو الذي يحمل الاطلاق
عليه، وإن انتفى الضرر، أو كان أسهل، لما ذكر.

(١) المبسوط ٢: ٣٣٨.

ولو سلمه، وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة، لم يبرأ الكفيل.
ولو كان محبوساً
في حبس الحاكم وجب تسلمه، لأنه متمكن من استيفاء حقه. وليس
كذلك لو كان في حبس ظالم.
الثانية: إذا كان المكفول عنه غائباً، وكانت الكفالة حالة، أنظر
بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به. وكذا إن كانت مؤجلة، أخرج بعد
حلولها بمقدار ذلك.

قوله: " ولو سلمه - إلى قوله - لم يبرأ الكفيل ".
المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع منه بوجه، كما مر (١)، فلا يعتد بالتسليم
الممنوع معه من استيفاء الغرض، بقاهر وغيره. وهو واضح.
قوله: " ولو كان محبوساً... الخ ".
الفرق بين الحبسين واضح، فإن الحاكم لا يمنعه من إحضاره ومطالبته بحقه،
بخلاف الظالم، فقد يفرض فيه المنع. ولا بد من تقييده بكونه ممنوعاً منه، فلو كان
المكفول له قادراً على تسلمه تاماً في حبس الظالم، بواسطة صحبته للظالم أو قوته ونحو
ذلك، فهو كما لم لو يكن محبوساً. وإنما أطلق المصنف والجماعة (٢) ذلك بناءً على
الغالب من تعذر تسلمه تاماً كذلك.
وحيث يكون في حبس الحاكم وطالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم
بينهما، فإذا فرغت الحكومة رده إلى الحبس بالحق الأول. ولو توجه عليه حق المكفول
له يوجب الحبس، حبسه بهما، وتوقف فكه على تخلصه منهما.
قوله: " إذا كان المكفول... الخ ".
محل الأنظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول له بإحضاره، لا بمجرد الحلول.
والمراد من الغائب هنا من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره، فلو لم يعرف لانقطاع خبره

(١) في ص: ٢٣٦.
(٢) كالشيخ في المبسوط ٢: ٣٣٨، والعلامة في التحرير ١: ٢٢٥، والكركي في جامع المقاصد
٣٩٢: ٥.

الثالثة: إذا تكفل بتسليمه مطلقاً، انصرف إلى بلد العقد. وإن عين موضعاً لزم. ولو دفعه في غيره لم يبرأ. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة، ولا في تسلمه ضرر، وجب تسلمه، وفيه تردد.
الرابعة: لو اتفقا على الكفالة، وقال الكفيل: لا حق لك عليه، كان القول قول المكفول له، لأن الكفالة تستدعي ثبوت حق.

لم يكلف الكفيل إحضاره، لعدم الامكان ولا شئ عليه، لأنه لم يكفل المال، ولم يقصر في الاحضار. ولا فرق في الغائب المعلوم محله بين المتجاوز لمسافة القصر وغيره، خلافاً لبعض العامة (١).
قوله: " إذا تكفل بتسليمه... الخ "

أطلق المصنف - رحمه الله - وجماعة (٢) انصراف اطلاق الكفالة إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الاطلاق. وهذا التعليل يتم لو كان محل العقد بلد المكفول له، أو بلد قرار لا ينافي الإرادة عرفاً. فلو كان بريبة، أو بلد غربة، قصدتهما مفارقتة سريعاً، بحيث تدل القرائن على عدم إرادته، أشكل انصرف الاطلاق إليه. وقد تقدم (٣)
الكلام على نظيره في السلم، إلا أنهم لم ينقلوا هنا خلافاً. وعلى كل حال فالتعيين أولى. وحيث يعين أو يطلق، ويحضره في غير بلد عينه هو أو الشارع، لا يجب تسلمه وإن انتفى الضرر، عملاً بالشرط. والمخالف الشيخ (٤) (رحمه الله) كما مر في الزمان (٥).

قوله: " لو اتفقا على الكفالة... الخ "
إنكار الكفيل الحق على المكفول إما أن يريد به نفيه ابتداءً، بحيث لم يكن

(١) المنهاج راجع السراج الوهاج: ٢٤٢.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٣٣٨ والتحرير ١: ٢٢٥ وجامع المقاصد ٥: ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٣) في ج ٣: ٤٢٣.

(٤) كما في المبسوط ٢: ٣٣٨.

(٥) في ص: ٢٤٦.

الخامسة: إذا تكفل رجلان برجل، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر.
ولو قيل بالبراءة، كان حسنا.

وقت الكفالة، أو يزيد به نفيه الآن، بأن يكون قد أوفى أو أبرأه المستحق. فإن كان الأول - وهو المراد هنا - فالدعوى راجعة إلى صحة الكفالة وفسادها، فإن شرط صحتها ثبوت حق المكفول له عند المكفول، والكفيل يدعي فسادها، فلا يلتفت إلى قوله، لأن القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه.
لا يقال: يكفي في صحتها مجرد الدعوى وإن لم يكن الحق ثابتا، وإنكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى، فلا يقتضي بطلان الكفالة.
لأننا نقول: إنكاره لنفس الدين مع اعترافه بالدعوى لا يؤثر في سقوط حق الاحضار عنه، فلا معنى لانكاره، لأن غرضه إبطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار، واعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه. والغرض من المسألة إنكاره حقا يجوز الكفالة، فيكفي فيه أحد الأمرين: الدعوى وما تضمنته. والحق المنفي في العبارة نكرة تفيد عموم الحق، فيشمل الدعوى.
وعلى هذا فإذا حلف المكفول له، وتعذر على الكفيل إحضار الغريم، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة؟ احتمال، والأقرب عدم الوجوب، لأن الكفالة إنما تستدعي ثبوت الحق لا المال. نعم، لو أقام المدعي البينة بالحق وأغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول، لاعترافه ببراءة ذمته وأنه مظلوم.
وإن كان المراد الثاني، وهو نفي الحق عن المكفول الآن، فإن مرجع قوله إلى سقوط الكفالة عنه الآن وإن كانت قد لزمّت ابتداء، فالقول قول المكفول له أيضا، لأصالة بقاء الحق. وسيأتي - إن شاء الله - بقية حكمه.
قوله: " إذا تكفل رجلان برجل - إلى قوله - كان حسنا ".
ما حسنه المصنف حسن، لأن المقصود تسلمه له وقد حصل، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برئ الكفيل، لحصول الغرض، فإذا سلمه أحد الكفيلين أولى. وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الاطلاق، بل

ولو تكفل لرجلين برجل، ثم سلمه إلى أحدهما، لم يبرأ من الآخر.
السادسة: إذا مات المكفول، برئ الكفيل.

تسليمه عن نفسه؟ وجهان يأتي مثلهما فيما لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي. ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له قبضه عمن لم يسلم، إذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه لو بذله، ومن حصول الغرض وهو التسليم. وظاهر إطلاق المصنف وجماعة (١) الاجتزاء به مطلقاً. وهو متجه.

والقول بعدم البراءة للشيخ (٢) (رحمه الله) محتجاً بتغاير الحقيين، ولأنه لا دليل عليه وهو ضعيف. وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأول.
قوله: "ولو تكفل... الخ".

الفرق بينه وبين السابق واضح، فإن العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، وكما لو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما، فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهم معا إحضاره وقد حصل.
قوله: "إذا مات المكفول برئ الكفيل".

أما براءته بموته فلأن متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت، ولأن المتبادر من الكفالة إنما هو الاحضار في حال الحياة، فيحمل الاطلاق عليه.
ويمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفالة: كفلت لك حضور بدنه، أو حضوره نفسه، أو حضوره، فيجب في الأول إحضاره ميتاً إن طلبه منه، وإلا فلا. ويبنى الثاني على أن الانسان ما هو؟ فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، وإلا فلا، إلا أن هذا يضعف بانتفاء الفائدة في إحضار الميت. هذا كله إذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته، وإلا وجب إحضاره ميتاً مطلقاً حيث تمكن الشهادة عليه، بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف. ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن وعدمه، لأن

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٠١، والفخر في الإيضاح ٢: ١٠١، والشهيد في اللمعة: ٨٥.

(٢) المبسوط ٢: ٣٣٩.

وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه.

فرع

لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، كان القول قوله، فلو رد اليمين إلى الكفيل فحلف، برئ من الكفالة، ولم يبرأ المكفول من المال.

ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

قوله: " وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه "

أي سلم نفسه للمكفول له تسليمًا تامًا، فإن الكفيل يبرأ بذلك، لحصول الغرض وهو رده إلى المكفول له. ولا فرق بين وصوله إلى يده بالكفيل وغيره. وقيده في التذكرة بما إذا سلم نفسه عن جهة الكفيل، فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ، لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد (١) من جهته (٢). وأطلق في موضع آخر منها البراءة كما هنا (٣). وهو أجود.

ولو سلمه أجنبي عن الكفيل فكذلك. ولو لم يكن عنه فالوجهان، إلا أنه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل، وزاد أنه لا يجب على المكفول له قبوله إلا أن يكون التسليم صادرًا عن إذن الكفيل، محتجًا بعدم وجوب قبض الحق إلا ممن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل (٤).

وفي كل من هذه الفروع نظر. وإطلاق المصنف وجماعة يقتضي عدم الفرق. ولعله أوجه. وكلام التذكرة مختلف، وسياقه يقتضي التفرع عند الشافعية، وأنه لا يرتضيه، إلا أن عبارته وقعت مختلفة.

قوله: " ولو قال الكفيل... الخ "

إنما كان القول قول المكفول له لأصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل بثبوت ابتداء، لاقتضاء دعوى البراءة ذلك. مع عدم البينة للكفيل على البراءة.

(١) في المصدر: " ولا أحد... "

(٢) التذكرة ٢: ١٠١.

(٣) التذكرة ٢: ١٠١.

(٤) التذكرة ٢: ١٠١.

السابعة: لو كفل الكفيل آخر، وترامت الكفلاء، جاز.

ثم إما أن يحلف المكفول له على بقاء الحق، أو يرد اليمين على الكفيل. فإن حلف برئ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة. ثم إذا جاء بالمكفول فادعى البراءة أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمين أخرى، لأن هذه الدعوى مستقلة مغايرة لذلك، فإن دعوى الكفيل إنما كانت لبراءة نفسه، وإن لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول.

وإن لم يحلف ورد اليمين على الكفيل - وهو القسم الذي ذكره المصنف - فحلف الكفيل برئ من الكفالة، ولا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرناه من اختلاف الدعويين، ولأن الانسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره.

نعم، إذا حلف المكفول اليمين المردودة برئاً معاً، وإن كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الإبراء، لسقوط الحق بيمين المكفول، فتسقط الكفالة، كما لو أدى الحق. وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برئاً معاً. قوله: " لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز "

لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وإن لم يكن مالا، صح كفالة الكفيل من كفيل ثان، لأن الكفيل الأول عليه حق للمكفول له، وهو إحضار المكفول الأول، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل، وهكذا، وهو معنى الترامي. ثم يختلف حكم الاحضار فيهم، فإنه متى أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة، وبقي على مكفوله احضار من كفه، وهكذا. ولو أحضر الكفيل الأول مكفوله برئ الجميع، لأنهم فرع. وإن أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء، وهكذا.

ولو أبرأ المكفول له الأول غريمه المكفول الأول - وهو الأصيل - برؤوا أجمع، لزوال الكفالة بسقوط الحق. ولو أبرأ غيره من كفالته - أي أسقط عنه حق الكفالة - برئ من بعده دون من قبله.

ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعاً له، فيموت من عليه الحق يبرؤون جميعاً، وبموت الكفيل الأول يبرأ من بعده، وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون

الثامنة: لا تصح كفالة المكاتب، على تردد.
التاسعة: لو كفل برأسه، أو بدنه، أو بوجهه، صح، لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً. ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر، لم يصح، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسري إلى الجملة.

من قبله، وهكذا بموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الأولان. وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما. أما الكفالة فلا يصح دورها وإن صح تراميها، لأن حضور المكفول الأول يوجب براءة من كفله وإن تعدد، فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله. قوله: " لا تصح كفالة المكاتب على تردد ".
القائل بعدم صحته كفالة أحد للمكاتب الشيخ (١) (رحمه الله)، بناء على أصله المتكرر من جواز الكتابة المشروطة من قبله، فلا يتعين عليه أداء مال الكتابة، فلا تصح كفالته، لأن الغرض منها حضوره لأداء ما عليه. وقد تقدم (٢) ما يدل على الصحة. ويزيد هنا أنه إما عبد أو مديون، وكلاهما مجوز للكفالة وموجب للإحضار. وقد عرفت أن الخلاف في المشروطة خاصة وإن أطلق في جميع المواضع. قوله: " لو كفل برأسه أو بدنه... الخ ".
الأصل في الكفالة أن تتعلق بذات المكفول، بأن يقول: كفلت لك فلاناً، أو أنا كفيل به، أو بإحضاره، لأن الغرض الذاتي منها إحضاره حيث يطلبه المكفول له. وفي حكم ذاته نفسه وبدنه، لأنها بمعنى واحد في العرف العام، وإن اختلفت في الحقيقة تحقيقاً.
وأما الوجه والرأس فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه، إلا أنهما قد يطلقان عرفاً على الجملة، فيقال: يبقى رأسه ووجهه ونحو ذلك، ويراد ذاته

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) في ص: ١٩٤.

وجملته. وقد أطلق المصنف - رحمه الله - الحكم بصحة الكفالة حيث تعلق بهما، حملا على المتعارف. وألحق بهما العلامة (١) الكبد والقلب، وكل عضو لا تبقى الحياة بدونه، والجزء الشائع فيه كثلثه وربعه، لأنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره كله. وفي الكل نظر:

أما الأول فلأن العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة، إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة أيضا شائع متعارف إن لم يكن أشهر. وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصول الشرط، وأصالة البراءة من لوازم العقد - غير واضح.

نعم، لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة، كإرادة أحد معنيي المشترك. كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه.

وبالجملة: فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما، فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة.

وأما الثاني وهو الأجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها، فلأن إحضاره وإن كان غير ممكن بدونها إلا أن ذلك لا يقتضي صحة العقد، لأن المطلوب من الكفالة هو المجموع، أو ما يطلق عليه، كما في السابق على تقدير ثبوته، أما إذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته، وإن توقف إحضار الجزء المكفول على الباقي، لأن الكلام ليس في مجرد إحضاره، بل في إحضاره على وجه الكفالة الصحيحة، فوجوب إحضار ما لا يتعلق به الكفالة مترتب على صحة كفالة الجزء الذي تعلق به، وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا، بل الجملة (٢)، فلا يتم التعليل، ولا اثبات الأحكام الشرعية المتلقاة من الشرع بمثل هذه المناسبات. ولو جاز إطلاق هذه الأجزاء على

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٢) كذا في "ب، م". وفي غيرهما: بل في الجملة.

الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً، لكونه غير متعارف، مع أن في المتعارف ما قد سمعت. وحينئذ فالقول بعدم الصحة أوضح.
وأما الجزء الذي تبقى الحياة بعد زواله، ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل، فعدم الصحة فيه أشد وضوحاً، كما جزم به المصنف. واستشكل فيه في القواعد (١) مما ذكر، ومن عدم إمكان إحضاره على حالته بدون الجملة، فكان كالرأس والقلب. ولا يبعد القول بالصحة فيه لمن يقول بها فيما سبق، وإن كان الحكم فيه أضعف.

(١) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

(٢٥٥)

كتاب الصلح
وهو عقد شرع لقطع التجاذب،

قوله: " وهو عقد شرع لقطع التجاذب ".
الأصل في عقد الصلح أنه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين. قال الله تعالى: * (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً) * (١). وقال الله تعالى: * (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) * (٢).
لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومة. بل لو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في إفادة نقل الملك، وعلى منفعة كان كالإجارة، إلى غير ذلك من أحكامه، لإطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة، كقول النبي صلى الله عليه وآله: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " (٣)، وقول الصادق عليه السلام: " الصلح جائز بين الناس " (٤). والأصل في العقود الصحة، وللأمر بالوفاء بها (٥)، وهذا من الجملة. فإن قيل: مقتضى قول المصنف - كغيره - أنه " شرع لقطع التجاذب " اشتراطه

(١) النساء: ١٢٨. وورد في " س " باقي الآية الكريمة: " والصلح خير ".

(٢) الحجرات: ٩.

(٣) الفقيه ٣: ٢٠ ح ٥٢، التهذيب ٦: ٢٢٦ ح ٥٤١. الوسائل ١٣: ١٦٤ ب " ٣ " من أبواب

أحكام الصلح ح ٢، سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٥٩٤، سنن الترمذي ٣: ٦٣٤ ح ١٣٥٢.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٧٩، الوسائل الباب المذكور آنفاً ح ١.

(٥) المائدة: ١.

وليس فرعاً على غيره، ولو أفاد فائدته.

بسبق خصومة، كما يقوله بعض العامة (١)، لأن القاطع للتجاذب مسبوق به. قلنا: لا يلزم من كون أصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من أفرادها، كما أشرنا إليه سابقاً من أن القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد، كالقصر في السفر، فإن الأصل فيه وجود المشقة بدونه، وقد ثبت مع عدمها في كثير من أفرادها، خصوصاً مع وجود النصوص المتناولة بإطلاقها أو عمومها لما لا نزاع فيه. فإن قيل: السفر إلى المسافة مظنة المشقة، والقصر تابع له، بخلاف الصلح، فإنه لم يعلق بما هو مظنة التجاذب، بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلاً. قلنا: الموجب لإثبات الصلح وشرعيته أمران - كما قد عرفت سابقاً - أحدهما يدل على أنه موضوع لقطع النزاع من غير أن يدل على انحصاره فيه، والآخر يدل بإطلاقه على جوازه مطلقاً، فيجوز حينئذ أن يكون أصل شرعيته لقطع النزاع مع عدم انحصاره فيه، لما دل عليه باقي الأدلة. فمرجع الأمر إلى أن الأصل فيه ذلك الحكم لكنه تعدي إلى غيره بالدليل، كما أن الأصل في القصر كان السفر والخوف معاً، تخفيفاً على المكلف، كما دلت عليه الآية (٢)، ثم تعدي إلى ما لا خوف فيه ولا مشقة، بل إلى ما لا سفر فيه أيضاً على بعض الوجوه، كالموتحل والغريق ونحوهما، وكالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقة، لأنه مظنة نقصان القيمة، ثم عدي إلى ما لا نقصان معه، بل إلى ما فيه زيادة كالخصي، إلى غير ذلك من الأحكام. وبالجملة فالمرجع في إثبات الحكم الشرعي إلى الدليل الدال عليه، لا إلى الحكمة التي شرع لأجلها، وهو أعم من موضع النزاع. قوله: "وليس فرعاً على غيره ولو أفاد فائدته".

نبه بذلك على خلاف الشيخ - رحمه الله - في المبسوط حيث قال: إنه فرع على

(١) راجع الوجيز ١: ١٧٧ وفتح العزيز ١٠: ٢٩٦.

(٢) النساء: ١٠١.

ويصح مع الاقرار والانكار.

عقود خمسة (١). وهو مذهب الشافعي (٢)، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة مقدرة بمدة معلومة بعوض معلوم، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الابراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه. ونبه بقوله: " وإن أفاد فائدته " على أن إفادة عقد آخر لا تقتضي كونه من أفرادها، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه، كغيره من العقود. فعلى المختار هو عقد لازم، لدخوله في عموم الأمر، وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود في ذلك الفرد الذي ألحق به فيه. قوله: " ويصح مع الاقرار والانكار ".

هذا عندنا موضع وفاق، ولإطلاق النصوص الدالة عليه (٣). ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه من الانكار (٤)، نظرا إلى أنه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة، كما لو باع مال غيره. ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح، فإنه عين المتنازع، والفرق بينه وبين البيع ظاهر، فإن ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، بخلافه هنا، ولأن مبنى شرعيته عندنا وعنده على قطع التنازع، وهو شامل للحالين.

وصورة الصلح مع الاقرار ظاهرة، وأما مع الانكار فبأن يدعي شخص على غيره ديناً أو عينا، فينكر المدعى عليه، فيصلحه على مال آخر، أو على بعض المدعى به، أو على غير ذلك من منفعة وغيرها.

والمراد بصحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر، وأما بحسب نفس الأمر فلا يستبيح كل منهما ما وصل إليه بالصلح، وهو غير محقق. فإذا أنكر المدعى

(١) المبسوط ٢: ٢٨٨.

(٢) المجموع ١٣: ٣٨٥ - ٣٨٧.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ١٦٤ ب " ٣ " من أبواب أحكام الصلح.

(٤) الأم ٣: ٢٢١ و ٧: ١١٢، مختصر المزني ١٠٥ - ١٠٦.

إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا.

عليه المدعى به ظاهرا، وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع، أو ببعض العين، أو بمال آخر، لم يستبح المنكر ما بقي له من مال المدعي عينا ودينا، حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر. وكذا لو انعكس، وكان المدعي مبطلا في نفس الأمر، لم يستبح ما صولح به من عين ودين. وإنما حكمهم بالصحة بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحق من المبطل، لأن هذا كله أكل مال بالباطل. وإنما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة، وقد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله، ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح ت كل مال الغير.

نعم، لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها، كما لو وجد المدعي بخط مورثه أن له حقا على أحد، أو شهد له من لا يثبت بشهادته الحق، ولم يكن المدعي عالما بالحال، وتوجهت له اليمين على المنكر، فصالحه على إسقاطها بمال، أو على قطع المنازعة، فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها. ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها.

قوله: " إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا " .

هذا لفظ الحديث النبوي (١) وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لا سبب لإباحته غيره، أو ليشربا أو أحدهما الخمر، ونحو ذلك، وتحريم الحلال بأن لا يطاء أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله، ونحو ذلك. والاستثناء على هذا متصل، لأن الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا. وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعة أو بدله، مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، كما سبق تحريره. والاستثناء عليه يكون منقطعا، للحكم بصحته ظاهرا، وإنما هو فاسد في نفس الأمر، والحكم بالصحة والبطلان إنما يطلق على ما

(١) المتقدم في ص: ٢٥٩ الهامش رقم (٣).

وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهالتهما به، دينا كان أو عينا.

هو الظاهر. ويمكن كونه متصلا نظرا إلى بطلانه في نفس الأمر. وهذا المثال يصلح للأمرين معا، فإنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق.

قوله: " وكذا يصح - إلى قوله - أو عينا " .

الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحة العقد، لارتفاع الجهالة، ويبقى في المبطل بمنازعة ما سلف. وأما مع جهلها بمقداره بحيث تعذر عليهما علمه فعندنا أنه جائز أيضا. وهو مروى في الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام: " أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك " (١). ولأن الحاجة تمس إلى تحصيل البراءة مع الجهل، ولا وجه إلا الصلح.

ولو كان أحدهما عالما به دون الآخر، فإن كان الجاهل المستحق لم يصح الصلح في نفس الأمر إلا أن يعلمه بالقدر، أو يكون المصالح به قدر حقه مع كونه غير متعين، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح. وقد روى أبو حمزة عن أبي الحسن عليه السلام: " في يهودي أو نصراني كان له عند السائل أربعة آلاف درهم ومات، أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم " (٢). نعم، لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك القدر ولو علم قدر حقه فحينئذ يصح

(١) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٣، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٠، الوسائل ١٣: ١٦٥ ب ٥ " من أبواب أحكام الصلح ح ١. وفي المصادر: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٦، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٢، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب ٥ " من أبواب أحكام الصلح ح ٢. وفي المصادر: علي بن أبي حمزة.

وهو لازم من الطرفين، مع استكمال شرائطه، إلا أن يتفقا على فسخه.

الصلح، لحصول الرضا الباطني. قطع به في التذكرة (١).
ولو انعكس الفرض بأن كان المستحق عالما بالقدر والغريم جاهلا ويريد التخلص منه، لم يصح الصلح بزيادة عن الحق، بل بقدره فما دون، عكس الأول. واعلم أن تقييد الأقسام بكون المصالح عليه متنازعا فيه غير لازم، بل الحكم آت في مطلق التصالح وإن لم يكن منازعة، مع علمهما بما يتصلحان عليه وجهلها به، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما، ونحو ذلك. ولو علم أحدهما وجب إعلام الآخر، أو إيصال حقه إليه، كما قرناه. ولو كان جهلها بقدره لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب جوازه. وهو خيرة الدروس (٢).
قوله: " وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه ".
هذا مبني على ما سلف (٣) من كونه أصلا بنفسه، فيكون لازما، لعموم الأمر بالايفاء بالعقود (٤) المقتضي لذلك إلا ما أخرجه دليل خارجي. ويحى على قول الشيخ (٥) أنه جائز في بعض موارد، كما إذا كان فرع العارية، أو الهبة على بعض الوجوه، أو السكنى كذلك، كما إذا لم يقيد بوقت. وبالجملة: فإنه عنده (٦) يلحقه حكم ما أفاد فائدته من تلك العقود.
قوله: " إلا أن يتفقا على فسخه ".
بمعنى دخول الإقالة فيه كما تدخل في البيع. فإذا اتفقا على التقايل وأوقعا

-
- (١) التذكرة ٢: ١٧٨.
 - (٢) الدروس: ٣٧٨.
 - (٣) في ص: ٢٦٠.
 - (٤) المائة: ١.
 - (٥) المبسوط ٢: ٢٨٨.
 - (٦) في " و ": عقد خ ل.

وإذا اصططح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله، صح. ولو كان معهما درهما، فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر ما بقي.

صيعته انفسخ. فاطلاق استثناء " اتفاقهما على فسخه " ومن " لزومه " محمول على ما ذكرناه، لا أنهما إذا اتفقا عليه صار العقد جائزا، بل في قوته، حيث إن أمره بيدهما، كما أن البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل. قوله: " وإذا اصططح الشريكان - إلى قوله - صح ". هذا إذا كان عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء، أما قبله فلا، لمنافاته وضع الشركة شرعا. والمستند صحيحة أبي الصباح، عن الصادق عليه السلام: " في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا، وكان من المال دين وعين، وقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال والربح لك وما توي (١) عليك. فقال لا بأس إذا شرط " (٢). وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما أطلق المصنف.

قوله: " ولو كان معهما درهما - إلى قوله - وللآخر ما بقي ". المراد بكونهما معهما كونهما تحت يدهما ليتساويا في الدعوى، إذ لو كانا في يد مدعي الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه، ولو كانا في يد مدعي الدرهم لقدم فيه بيمينه. وأما إذا كانا تحت أيديهما فإنه يقضى لمدعيهما بدرهم، لعدم منازعة الآخر فيه، ويتساويان في الدرهم الآخر، لأن كل واحد منهما صاحب يد ودعوى لجميعه، فيقسم بينهما. والمستند مع ذلك رواية عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد، عن

(١) توي المال: هلك.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٠٧ ح ٤٧٦، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب " ٤ " من أبواب أحكام الصلح ح ١.

وكذا لو أودعه إنسان درهمين، وآخر درهما، وامتزج الجميع، ثم تلف درهم.

الصادق عليه السلام (١).

قال في الدروس: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا، فإنه يقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا في كل مشاع. قال: ولم يذكر الأصحاب هنا يمينا، وذكروها - أي المسألة - في باب الصلح، فجاز أن يكون ذلك الصلح قهريا وجاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا فاليمين (٢). مع أن العلامة قال في التذكرة: " والأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده، فمن نكل منهما قضي به للآخر، ولو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفين " (٣). وما قربه حسن، لعموم " واليمين على من أنكر " (٤).

قوله: " وكذا لو أودعه - إلى قوله - ثم تلف درهم ".

أي تلف بغير تفريط لينحصر حقهما في الدرهمين الباقيين، وإلحاق هذه بالسابقة هو المشهور بين الأصحاب. ومستنده رواية السكوني عن الصادق عليه السلام (٥).

ويشكل الحكم - مع ضعف المستند - بأن التالف لا يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا. والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس (٦)، إلا أنه تحاشى عن مخالفة الأصحاب.

(١) الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨١، الوسائل ١٣: ١٦٩ ب " ٩ " من أبواب

أحكام الصلح ح ١.

(٢) الدروس ٣٧٩ - ٣٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب " ٢٥ " من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

(٥) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٣، الوسائل ١٣: ١٧١ ب " ١٢ " من أبواب

أحكام الصلح ح ١.

(٦) الدروس: ٣٨٠.

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما، ولآخر ثوب بثلاثين درهما، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا، وقسم ثمنهما بينهما، فأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة، وللآخر ثلاثة.

ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، وأنه لا يمين. وكذا لم يذكر الأصحاب هنا يمينا، بناء على كون الحكم المذكور قهريا، كما ذكر في الدروس في المسألة السابقة. وربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كل منهما بعينه حقه.

ولو كان بدل الدراهم مال تمتزج أجزاءه بحيث لا تتميز، وهو متساويها، كالحنطة والشعير، وكان لأحدهما قفيزان مثلا وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره، فالتلف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث، وللآخر ثلثا قفيز. والفرق: أن الذاهب هنا عليهما معا، بخلاف الدراهم، لأنه حق لأحدهما خاصة قطعا.

قوله: " ولو كان لواحد - إلى قوله - وللآخر ثلاثة " .

هذا الحكم كالسابق مشهور بين الأصحاب، ومستنده رواية إسحاق بن عمار، عن الصادق عليه السلام، أنه قال في ثوبين أحدهما بعشرين والآخر بثلاثين فاشتبها: " يباعان، فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، وإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه (١) ". والمصنف - رحمه الله - عمل بمقتضى الرواية من غير تصرف، وقبله الشيخ (٢) وجماعة (٣).

-
- (١) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٢، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٢، الوسائل ١٣: ١٧٠ ب: " ١١ " من أبواب أحكام الصلح ح ١.
(٢) النهاية ٣١٤.
(٣) راجع أصباح الشيعة ضمن سلسلة النبايع الفقهية ١٥: ٣٢٢، تحرير الأحكام ١: ٢٣١، والدروس: ٣٧٩.

وإذا بان أحد العوضين مستحقا، بطل الصلح.

وفصل العلامة (١) فقال: إن أمكن بيعهما منفردين وجب، ثم إن تساويا فلكل واحد ثمن ثوب ولا اشكال، وإن اختلفا فالأكثر لصاحبه. وكذا الأقل، بناء على الغالب وإن أمكن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعا. وإن لم يكن صارا كالمال المشترك شركة إجبارية، كما لو امتزج الطعمان، فيقسم الثمن على رأس المال. وعليه تنزل الرواية.

وأنكر ابن إدريس ذلك كله وحكم بالقرعة (٢)، لأنها لكل أمر ملتبس، وهو هنا حاصل. وهو أوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص، مع أنه قضية في واقعة يمكن قصره عليها والرجوع إلى الأصول الشرعية. وما ذكره المصنف من البناء على الغالب (٣) ليس أولى من القرعة، لأنها دليل شرعي على هذا المورد، ومن الجائز اختلاف الأثمان والقيم بالزيادة والنقصان، لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة.

وعلى تقدير العمل بالرواية يقصر حكمها على موردها، فلا يتعدى إلى الثياب المتعددة، ولا إلى غيرها من الأمتعة والأثمان، مع احتمالها، لتساوي الطريق. واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص (٤)، وهو حسن. ولو قيل به فيه - كما اختاره ابن إدريس - كان حسنا أيضا.

قوله: " وإذا بان أحد العوضين مستحقا بطل الصلح ". المراد به المعين في العقد، لأنه المتبادر من العوض في المعاوضة، فلو كان مطلقا رجع ببذله كالبيع. ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ، وفي تخيره بينه وبين الأرش وجه. ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان أجودهما ذلك، دفعا

(١) المختلف: ٤٧٥ - ٤٧٦، والقواعد ١: ١٨٦.

(٢) السرائر ٢: ٦٩.

(٣) هذا سهو من قلمه الشريف، فالبناء على الغالب لم يرد في عبارة المصنف، بل في عبارة العلامة المنقولة آنفا.

(٤) الدروس: ٣٧٩.

ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة. ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح، ولم يكن فرعا للبيع.

ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف، على الأشبه. ولو أتلّف على رجل ثوبا قيمته درهم، فصالحه عنه على درهمين صح، على الأشبه، لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم.

للاضرار، وإن لم يحكم بالفرعية. وهو خيرة الدروس (١). وقد تقدم في خيار الغبن من البيع أنه لا نص عليه بالخصوص، فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدلة العامة.

قوله: " ويصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة " .

حيث كان الصلح مفيدا لفائدة العقود المتقدمة، ومتعلق بعضها العين وبعضها المنفعة، لم يمنع من صحة ما ذكر هنا. ولا يختص جوازه بما ذكر، بل لو صالح على مثل إسقاط خيار، أو على حق أولوية في تحجير وسوق ومسجد، صح أيضا، للعموم.

قوله: " ولو صالحه - إلى قوله - على الأشبه " .

الخلاف في ذلك مع الشيخ (٢) حيث جعله فرعا على البيع في نقل الأعيان بعوض، فيلحقه حكمه، فلو كان العوضان من الأثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس، ولما كان الأصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا، لاختصاص حكم الصرف به. هذا من حيث الصرف، أما من حيث الربا فإن الأقوى ثبوته في كل معاوضة، والصلح أحدهما، فلا بد من استثنائه من قوله: " على دراهم بدراهم صح " .

قوله: " ولو أتلّف على رجل - إلى قوله - لا عن الدرهم " .

(١) الدروس: ٣٧٩.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

ولو ادعى دارا، فأنكر من هي في يده، ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح، ولم يكن لأحدهما الرجوع. وكذا لو أقر له بالدار، ثم صالح. وقيل: له الرجوع، لأنه هنا فرع العارية. والأول أشبه.

ولو ادعى اثنان، دارا في يد ثالث، بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدق المدعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه، صح الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صح في حقه وهو الربع، وبطل في حصة الشريك، وهو الربع الآخر.

هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوبا، ويكون هو متعلق الصلح. أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللام لذمة التلف إنما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل. وهو الأقوى. قوله: " ولو ادعى دارا - إلى قوله - والأول أشبه ".

الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم (١) حيث جعله - مع كون متعلقة المنفعة بغير عوض - فرع العارية، فيلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه. والأقوى عدمه، للزومه وأصالته.

وإنما قيد المصنف بإنكار من هي في يده، مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار، ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ، لأنه إباحة منفعة بغير عوض. أما لو أقر له بها فإن الصلح وإن جاز إلا أن المنفعة يقابلها عوض وهو العين، فلا تتحقق العارية. مع أن الشافعي (٢) لما شرط في صحة الصلح الاقرار، وجعله فرعا على العقود الخمسة، مثل للعارية بما ذكر هنا، مع كون المدعى عليه مقرا بها. ووجهه: أن العوضين من واحد فكان الحكم راجعا إلى العارية.

قوله: " ولو ادعى اثنان دارا... الخ ".

(١) في ص: ٢٦٩.

(٢) راجع المهذب (ضمن المجموع ١٣: ٣٨٣) وفتح العزيز ١٠: ٣٠١.

أما لو ادعى كل واحد منهما النصف، من غير سبب موجب للشركة، لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما.

إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة بإقرار المتشبه لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به، وإن لم يصدقهما على السبب الذي ادعى به، لأن مقتضى السبب - كالميراث - ذلك، لاتفاقهما على أن البعض كالكل يستوي ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفئات يكون ذاهبا عليهما بمقتضى إقرارهما.

والحاصل: أن اشتراكهما في المقر به يثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الاقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك. وحينئذ فإذا صالح المقر له المتشبه على النصف المقر به، فإن كان الصلح بإذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض، وإلا ففي حصة المصالح خاصة بنسبتها من العوض، وبقي باقي النصف ملكا للشريك الآخر.

قوله: " أما لو ادعى كل واحد منهما... الخ "

كما لو ادعى أحدهما النصف بسبب الإرث مثلا والآخر بالشراء، فإن ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضي الاقرار لأحدهما بما يدعيه مشاركة الآخر إياه. ومثله ما لو ادعى كل منهما أنه اشترى النصف من غير تقييد بالمعينة.

نعم، لو قالوا: اشتريناها معا، أو اتهبناها وقبضنا معا، ونحو ذلك، فقد قرب

في التذكرة (١) أن الحكم فيه كالأول، لاعتراف المقر له (٢) بأن السبب المقتضى لتملكه قد اقتضى تملك الآخر. ويحتمل العدم، لأن نقل الملك لاثنين بهذا الوجه بمنزلة الصفتين. هذا تقرير ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين.

وفيه بحث، لأن هذا لا يتم إلا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالاقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتى

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) في ما لدينا من النسخ: لاعتراف المقر. وفي هامش " و " المقر له (ظاهرا). وهو الصحيح.

لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا انصرف إلى نصيبه. ووجهه: بأن اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع، نظرا إلى أن إطلاق البيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال، وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين، ولا يجري ذلك إلا في المملوك، بخلاف الاقرار فإنه إخبار عن ملك الغير بشئ فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصة، فيصح في جميع الحصص بجميع العوض، وتبقى المنازعة بين الآخر والمتشبه.

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقا، أو النصف الذي هو ملك المقر له، أما لو وقع على النصف الذي أقر به المتشبه توجه قول الجماعة، لأن الاقرار منزل على الإشاعة، والصلح وقع على المقر به، فيكون تابعا له فيها، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها.

وهذا توجهه حسن لم ينبهوا عليه، وإنما ذكر الشهيد - رحمه الله - في بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقا، وتبعه عليه الشيخ علي (١) (رحمه الله).

وربما فرق في مسألة الإرث بين كون الصلح قبل قبض التركة وبعده، لأن الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة، والتالف لا يحسب عليهم، وكأنه لم يكن، وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم. وهذا الفرق إنما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئا من أعيان التركة أو باعه. أما الصلح فيبني على ما لو صالح أحد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص أم لا؟ والظاهر الاختصاص، لأن الذهاب لا يخرج عن كونه حقا له، والصلح لم يقع على عين خاصة حتى يشتركا في عوضها، وإنما وقع على حقه، وهو أمر يمكن نقله

(١) جامع المقاصد ٥: ٤٣٤.

ولو ادعى عليه فأنكر، فصالحه المدعى عليه على سقي زرعه أو شجره بمائه، قيل: لا يجوز، لأن العوض هو الماء وهو مجهول، وفيه وجه آخر، مأخذه جواز بيع ماء الشرب. أما لو صالحه، على اجراء الماء إلى سطحه أو ساحته، صح، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه.

بعوض وغير عوض، فالبحت السابق آت في مسألة الإرث قبل القبض وبعده. ومما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان ديناً، فإن قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين في الدين حصته بالصلح. وقد تقدم (١) الكلام فيه في باب القرض، ويأتي فيه في كتاب الشركة (٢) مزيد بحث. قوله: " ولو ادعى عليه فأنكر - إلى قوله - ماء الشرب ".

القول بالمنع للشيخ - رحمه الله - محتجا بجهالة الماء (٣). والجواز أقوى مع ضبطه بمدة معلومة، ومثله ما لو كان الماء معوضاً. مع أن الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر، وبيع جزء مشاع منه، وجوز جعله عوضاً للصلح (٤). ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقاً، كما يدل عليه الاطلاق، والماء فيه مجهولاً لا يدخل في أحد الأقسام، لأنه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً، إنما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة، وهو لم يصرح بالمنع حينئذ. ولو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحة، لأن جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح. قوله: " أما لو صالحه - إلى قوله - يجري الماء منه ".

المراد بعلم الموضع الذي يجري منه أن يقدر مجراه طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه. ولا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى

(١) في ج ٣: ٤٦٠ - ٤٦١.

(٢) في ص: ٣٣٥.

(٣) المبسوط ٢: ٣١٠ - ٣١١. إلا أنه فرض المسألة مع إقرار المدعي عليه.

(٤) المبسوط ٢: ٣١٠ - ٣١١. إلا أنه فرض المسألة مع إقرار المدعي عليه.

وإذا قال المدعى عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً، لأنه قد يصح مع الإنكار. أما لو قال: بعني أو ملكني، كان إقراراً.

تخوم الأرض. ولا فرق في صحة ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعة وبين إيقاعه ابتداءً.

وقد أطلق المصنف وغيره حكم الماء غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر. ولا بأس باعتباره، لاختلاف الأغراض بقلته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره، فمعرفة يكون بمعرفة محله. وحيث يقع السطح أو يحتاج الساقية إلى اصلاح وجب على المالك الاصلاح، لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته.

قوله: " وإذا قال المدعى عليه - إلى قوله - مع الإنكار "

أشار بالتعليل إلى الرد على بعض العامة (١)، حيث زعم أن الصلح لا يصح إلا مع الإقرار، وفرع عليه أن المدعى عليه قبل الإقرار لو قال: صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه إقراراً، لأنه طلب منه التملك، وذلك يتضمن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: ملكني. ولما كان الأصل ممنوعاً، لجواز الصلح مع الإقرار والإنكار، لم يكن طلبه إقراراً. قوله: " أما لو قال: بعني أو ملكني كان إقراراً "

لأنه صريح في التماس التملك، وهو ينافي كونه ملكاً له، لاستحالة تحصيل الحاصل. ولا شبهة في كونه إقراراً بعدم ملك المقر، وكونه ملكاً لغيره في الجملة، أما كونه ملكاً لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظر، من كونه أعم من ملكه، إذ قد يكون وكيلاً، وإذ احتمل اللفظ الأمرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان منتفياً، لأصالة عدمه. وبالجملة: فمرجع الإقرار إلى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع، لأنه أخص، فلا يدل عليه العام.

نعم، لو اقترن بذلك كون المطلوب يبعه تحت يد المخاطب ترجح جانب

(١) فتح العزيز ١٠: ٣٠٢.

ويلحق بذلك
أحكام النزاع في الأملاك
وهي مسائل:

الأولى: يجوز إخراج الراوشن والأجنحة إلى الطرق النافذة، إذا
كانت عالية لا تضر بالمارة،

ملكه، لدلالة اليد على الملكية، والأصل عدم مالك آخر. وقد تنبه لذلك (١) العلامة
في المختلف، والشهيد في الدروس. وهو قوي ويتفرع عليه ما لو عاد وأقر به لآخر
ثبت له ولم يغرم للأول، إذ لم يحكم له به.
قوله: "يجوز إخراج الراوشن - إلى قوله - بالمارة".

الروشن والجناح يشتركان في إخراج خشب من حائط المالك إلى الطريق
بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل ويبنى عليها، ولو وصلت فهو الساباط. وربما فرق
بينهما بأن الأجنحة ينضم إليها مع ما ذكر أن توضع لها أعمدة من الطريق.
والمرجع في التضرر وعدمه إلى العرف. ويعتبر في المارة ما يليق بتلك الطريق
عادة، فإن كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على
وضعه مما لا عادة. واعتبر في التذكرة مروره ناصبا رمحه، لأنه قد يزدحم الفرسان
فيحتاج إلى نصب الرماح (٢). ونفاه في الدروس (٢) لندوره، ولا مكان اجتماعهم مع
إمالاته على وجه لا يبلغهم. وهو أقوى. وإن كانت مما تمر فيها الإبل اعتبر فيها مروره
محملا ومركوبا، وعلى ظهره محملا إن أمكن مرور مثل ذلك عادة. وهكذا يعتبر ما
تجري العادة بمروره على تلك الطريق.
وتقييده بتضرر المارة يدل بمفهومه على عدم اعتبار تضرر غيرهم، كما لو تضرر

(١) المشار إليه بذلك ما قبل الاستدراك بقوله: (نعم). راجع المختلف: ٤٧٧ والدروس: ٣٧٨.

(٢) التذكرة ٢: ١٨٢.

(٣) الدروس: ٣٨٠.

ولو عارض فيها مسلم، على الأصح.

جاره بالاشراف عليه، فإنه لا يمنع لأجله، كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه، خلافاً للتذكرة حيث ألحق الأول بتضرر المارة، وفرق بينه وبين وضعه في ملكه، بأن الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر، لأن الهواء ليس ملكه، بخلاف الموضوع في ملكه، لأن للانسان التصرف في ملكه كيف شاء، وإن استلزم الاشراف على الجار أو الظلمة عليه، وإنما يمنع من الاشراف لا من التعلية المقتضية لامكانه. قال: ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوصية نصاً من الخاصة ولا من العامة، وإنما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد (١).

وفيه نظر، لأن المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار بأهل الطريق، لأنه موضوع للاستطراق، فيمنع مما ينافيه. أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قد تقدم أنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلاً عن غير المار، والجار خارج عن ذلك كله، فلا وجه للمنع مما يقتضي إضراره، كما لو أحدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف عليه. وكلام العلامة وغيره حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه، وإنما عمم هو الضرر في فرعه خاصة. قوله: " ولو عارض فيها مسلم على الأصح ".

نبه بالأصح على خلاف الشيخ (٢) - رحمه الله - حيث شرط في جواز وضعه عدم معارضته أحد من المسلمين له، لأنه حق لجميع المسلمين فيمنع بمعارضة واحد منهم له فيه. ولأنه لو سقط منه شيء ضمن به بلا خلاف، وهو يدل على عدم جوازه إلا بشرط الضمان. ولأنه لا يملك القرار، وإنما يملك الهواء، فلمالك القرار المعارضة. وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً (٣).

وأجيب بأن الغرض عدم التضرر به للمارة فالمانع منهم معاند ومن غيرهم

(١) التذكرة ٢: ١٨٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩١، الخلاف ٣: ٢٩٤ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٤٤، المغني لابن قدامة ٥: ٣٤، الشرح الكبير ٥: ٢٧ - ٢٨.

ولو كانت مضرة وجب إزالتها. ولو أظلم بها الطريق، قيل: لا يجب إزالتها، ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها.

لا حق له، ولاتفاق الناس عليه في جميع الأعصار والأمصار من غير نكير، وسقيفة بني ساعدة وبني النجار أشهر من الشمس في رابعة النهار، وقد كانتا بالمدينة في زمن النبي صلى الله عليه وآله.

ويدخل في عدم اعتبار معارضة المسلم جاره، فليس له منعه ليخرج هواء، وليكون الهواء بينهما، بل أيهما سبق استحق وللآخر اخراج روشن فيما بقي من الهواء، وليس للأول منعه وإن استلزم الاشراف عليه إلا على الفرع السابق. وكذا يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحتته إذا لم يضر به. وحده في العلو أن لا يضر بالمار في الأول إن لم يكن له سقف، أو على سقفه إن كان. ولو أظلم الطريق بوضع الثاني أزيل خاصة وإن كان لكل واحد أثر في الظلمة، لأن الضرر إنما حصل بالثاني، وإن كان لولا الأول لم يحصل.

قوله: " ولو كانت مضرة وجب إزالتها "

وجوب إزالتها لا يختص بوضعها، وإن كان الأمر فيه أكد، لكونه غاصبا، فإن إزالتها رفع لمنكر، فيجب على كل قادر المعاونة عليه بالقول والفعل. ويأثم تارك السعي مع قدرته، كما في كل منكر.

قوله: " ولو أظلم بها الطريق قيل: لا يجب إزالتها "

القائل بذلك الشيخ في المبسوط (١). وموضع الخلاف ما إذا لم يذهب الضياء بالكلية وإلا منع إجماعا. والضباط فيما عداه حصول الضرر بالمارة ولو لضعيف البصر، لأن جواز وضعه مشروط بعدم ضرر المارة. وعلى هذا فالمنع إنما يتوجه إلى اطلاق الشيخ عدم تأثير الظلمة، لا إلى وجودها مطلقا. ولا فرق في الضرر بين وقوعه ليلا ونهارا.

قوله: " ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها "

أي في الطرق النافذة، لأن المسلمين فيها شرع، فيجوز إحداث الأبواب إليها

(١) المبسوط ٢: ٢٩١.

أما الطرق المرفوعة فلا يجوز إحداث باب فيها، ولا جناح ولا غيره، إلا بإذن أربابه، سواء كان مضرا أو لم يكن، لأنه مختص بهم.

لمجاورها، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم إلى غيرها من الطرق النافذة أو المرفوعة. ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة، لأن ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه، فلا يتحقق نفوذ الطريق.

قوله: " أما الطرق المرفوعة - إلى قوله - لأنه مختص بهم " .

الطريق المرفوع ملك لأربابه كسائر أملاكهم، فيكون كالمال المشترك لا يصح لأحد من أربابه التصرف فيه إلا بإذن الباقيين، سواء كان التصرف بإحداث الباب والساباط والروشن أم غيرها، وسواء أضر بهم أم لم يضر. وكذا لا يجوز ذلك لغير أربابه بطريق أولى.

ونبه بقوله: " سواء كان مضرا أو لم يكن " على خلاف بعض العامة (١) حيث جوز لأهل السكة إحداث ذلك إذا لم يضر بالمارة.

والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا تنتهي إلى طريق آخر ولا مباح، بل إلى ملك الغير، وبأربابها من له باب نافذ إليها، دون من تلاصق داره ويكون حائطه إليها من غير نفوذ.

وما يترتب على ملكهم لها جواز سدها عن السكة، والانتفاع بها كغيرها من أملاكهم، مع اتفاقهم على ذلك، ولو اختلفوا لم يكن لمن أراده ذلك. وإنما يجوز ذلك إذا لم يكن فيها مسجد أو رباط أو مطهرة موقوفة على العموم، قديمة أو حديثة، فإنه حينئذ لا يجوز لهم المنع من الممر إليها، ولا إحداث ساباط ونحوه مما يتضرر منه المارة، وإن رضي أهل السكة، لأنها صارت حقا لسائر الناس. وفي حكمه ما لو جعل بعضهم داره أحد تلك الأمور.

ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أربابها المرور فيها. والوجه

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٥ وراجع فتح العزيز ١٠: ٣١٠ - ٣١٣.

وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه، دفعا للشبهة.
ويجوز فتح الروازن والشبابيك، ومع إذنه فلا اعتراض لغيرهم.

فيه ما تقدم من الملك. والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم،
أما الجلوس فيها، وإدخال الدواب إليها، ونحو ذلك، فلا إلا مع إذن الجميع،
لأصالة حرمة مال الغير بغير إذنه، وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا. نعم، لو كان
الجلوس خفيفا غير مضر تناوله شاهد الحال.

قوله: " وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهة " .

أي لشبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان، فإنه إذا اشتبه حاله يشعر
باستحقاق المرور، لأنه وضع له. وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط
جملة، فإن الثاني جائز دون الأول، لأن رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور
بوقت من الأوقات، إذ ليس فيه دلالة عليه، بخلاف الباب.
ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور، كالجار
الملاصق لها بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه،
لاشترائكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب. ويحتمل ضعيفا
الجواز، لما سيأتي.

قوله: " ويجوز فتح الروازن والشبابيك " .

لأن الانسان مسلط على التصرف في ملكه بما شاء، والشبهة المتطرفة من الباب
منتفية هنا. وكما يجوز فتحهما إلى الدرب المرفوعة يجوز إلى غيرها من الأملاك والدور،
وإن استلزم الاشراف على الجار، لأن المحرم وهو التطلع لا التصرف في الملك،
فيستفيد بذلك الاستضاءة في بيته، وليس للجار سد ذلك. نعم، له وضع شئ في
ملكه يمنع الاشراف وإن منع الضوء.

قوله: " ومع إذنه فلا اعتراض لغيرهم " .

إذنه في ذلك تفيد جواز التصرف كالعارية، يجوز لهم ولكل واحد منهم
الرجوع فيها، وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون وإغماء ونحوهما. وحينئذ
فالمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق، إذ لا حق لهم فيها، وإن أمكن

ولو صالحهم على إحداث روشن، قيل: لا يجوز، لأنه لا يصح
إفراد الهواء بالبيع. وفيه تردد.
ولو كان لانسان داران باب كل واحدة إلى زقاق غير نافذ، جاز أن
يفتح بينهما بابا.

استطرقهم وتضررهم. وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم، لبطلان
الإذن بموتهم، كما ذكرناه.
قوله: " ولو صالحهم... الخ "

القول للشيخ (١) (رحمه الله) بناء على ما ذكره من المنع من إفراد الهواء بالبيع،
وفرعية الصلح له في ذلك. والمقدمتان ممنوعتان. وأدلة شرعية الصلح تناوله. وضمير
" صالحهم " يعود إلى أهل الدرب المرفوعة، وهو يقتضي بإطلاقه استحقاق الجميع
لذلك، وهو مخالف لما سيأتي من اختصاص الداخل بما بين البابين. والذي يلزم
من التفريع على ذلك أن روشن المحدث إن كان خارجا عن جميع الأبواب فهو حق
لهم أجمع، وإن كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على إذن الخارج. وقيل: يتوقف على
رضا الجميع كأول، للاحتياج إليه عند ازدحام الدواب والأحمال. وقواه في
الدروس (٢). والأول أشهر.

قوله: " ولو كان لانسان - إلى قوله - بينهما بابا " .

لأن له حق السلوك في كل واحدة ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما
واحدة، ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى أولى. ومنع منه بعض العامة (٣)، لأنه
يثبت له حق الاستطراق في درب مملوكة لدار لا حق لها فيه، ولأنه ربما أدى إلى إثبات
الشفعة لو بيعت بعض دور إحدى الطرفين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد
من الدارين في زقاق الأخرى، على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٢) الدروس: ٣٨١.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥١. المهذب (ضمن المجموع ١٣: ٤١٢).

ولو أحدث في الطريق المرفوع حدثا، جاز إزالته لكل من له عليه استطرار.
ولو كان في زقاق بابان أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول
يشارك الآخر في مجازته، وينفرد الأدخل بما بين البابين.

والأقوى أن كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في
الطريق، ولا يتعدى إلى الأخرى وإن جاز الاستطرار، لأن ذلك الفتح لم يوجب حقا
لدار في الطريق الأخرى، وإنما أباح الانتقال من داره إلى داره الأخرى. ومتى صار
فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للأولى.
قوله: " ولو أحدث في الطريق... الخ "

لا فرق في الحدث بين كونه مضرا وغيره، ولا بين كونه في الهواء كالروشن، أو
في الأرض كعمل دكة ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك، ولا بين كونه من أهل تلك
الطريق وخارجه، لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفا في ملكهم بغير إذنهم، فكان
لهم إزالته. وكذا لا فرق بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه، بل لو بقي واحد بغير إذنه
فله المنع والإزالة. والكلام في إذن الجميع والبعض بالنسبة إلى كون الحدث داخلا
أو خارجا ما تقدم.

قوله: " ولو كان في زقاق بابان... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ووجهه: أن المقتضي لاستحقاق كل واحد
هو الاستطرار، ونهايته بابه، فلا يشارك في الداخل. وقيل: يشترك الجميع في
الجميع، حتى في الفضلة الداخلة في صدرها، لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام
الأحمال ووضع الأثقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر
بعيد، بل متعسر، والمتعارف الاحتياج حوله إلى جملة من الداخل وإن قلت، فالقول
بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد. وقوى في الدروس (١) الاشتراك
في الجميع.

(١) الدروس: ٣٨١.

ولو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها، وتداعياه، فهما فيه سواء. ويجوز للدخل أن يقدم بابه، وكذا الخارج. ولا يجوز للخارج أن يدخل بابه وكذا الداخل.

قوله: " ولو كان في الزقاق فاضل... الخ "

لاستوائهم في الارتفاق بها، فلا أولوية لواحد على غيره، بخلاف ما بين البابين، لأن أدخلية الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختص بالمستطرق، فيتحقق الترجيح.

ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين، لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك إليها، فإذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل.

ويندفع بأن ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له، ومع ذلك فيمكن دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال، كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به، فإذا انضم إلى ذلك اشتراكهم جميعاً في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم.

ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك، لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه، الذي لا يتم الانتفاع بداره إلا به، بخلاف الفضلة، فإن يدهم فيها سواء، إذ لا تصرف لهم فيها إلا بالارتفاق، وهو مشترك. ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطرق - كما اختاره الشهيد (١) - فالحكم في الفضلة أولى.

قوله: " ويجوز للدخل أن يقدم... الخ "

الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج، فيجوز للدخل إخراج بابه، لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق إلى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه حق. وله حق التصرف في جداره برفعه

(١) الدروس: ٣٨١.

ولو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشنًا، لم يكن لمقابله معارضته، ولو استوعب عرض الدرب. ولو سقط ذلك روشن فسبق جاره إلى عمل روشن، لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق إلى القعود في المسجد.

أجمع، فبعضه أولى. ولا فرق في ذلك بين أن يسد الأول - كما يقتضيه ظاهر العبارة - ويبقيه. ولا يمنع تكثر الأبواب، لعدم تفاوت الحال. وربما قيل باشتراط سد الأول.

وأما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه إلى داخل لم يكن له الدخول إلا بإذن الداخل إلا على القول السابق. وربما احتمل جواز دخوله وإن لم نقل بمشاركته في الداخل، نظر إلى أنه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار ورفع الحائط أجمع فيستصحب. ويضعف بأن تملك المباح إنما يقع على الوجه الذي اتفق، فإنه كان له فتح بابه ابتداءً إلى أي الجهات شاء، فلما أحيا ما حوله منع من ذلك، لسبق من حوله بالاحياء على فتحه. ومثله القول في الجزء الداخل من الطريق، فإنه بوضع بابه خارجه رفع عنه يده وأحياه، وانفرد به الداخل فقدم. وأما رفع جميع الحائط فلا يتطرق إليه شبهة، بخلاف الباب كما تقدم.

قوله: " ولو أخرج بعض أهل الدرب - إلى قوله - عرض الدرب ".
لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذوي الدور لم يكن للجار المقابل ولا غيره الاعتراض على واضع الروشن فيه، وإن استوعب الدرب، إذا لم يكن ضاراً بالمارة. نعم، لو وضع شيئاً منه على جدار المقابل فله المنع منه.
قوله: " ولو سقط ذلك... الخ ".

لأن الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، وإنما اكتسب أولوية، فإذا زال زالت، كالقعود في المسجد والسوق، حتى لو فرض أن الثاني أضره روشن الأول ووضع روشنه لم يكن للأول أن يزيل الثاني، وإن كان الثاني قد ضمن أرش الأول واكتسب الإثم، لزوال الأولوية. ومثله القول في المشبه به.

الثانية: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبة واحدة، لكن يستحب. ولو أذن، جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً، وبعد الوضع لا يجوز، لأن المراد به التأيد. والجواز حسن مع الضمان.

قوله: " إذا التمس - إلى قوله - لكن يستحب ".
هذا عندنا موضع وفاق، ولقوله صلى الله عليه وآله: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " (١) ولقضاء العقل بقبح التصرف في مال الغير. نعم، يستحب استحباباً مؤكداً، لما روي عنه صلى الله عليه وآله: " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنع جاره من وضع خشبة على جداره " (٢). وهو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكد. وذهب بعض العامة إلى جوازه بغير إذنه، عملاً بالحديث.

قوله: " ولو أذن جاز له الرجوع - إلى قوله - مع الضمان ".
الكلام هنا في مواضع:

أحدها: في جواز الرجوع بعد الوضع. وقد منع منه الشيخ (٣) ومن تبعه (٤)، لاقتضاء الإذن في مثل ذلك الدوام، كالأذن في دفن الميت في الأرض، وللضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون. والأقوى الجواز (٥)، لأنه عارية، ولأن الأصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء. وإحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون إخراج البناء.
الثاني: على تقدير الجواز هل ينقض مجاناً أو مع الأرش؟ وجهان مبناهما على

(١) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب " ٣ " من أبواب مكان المصلي ح ١ و ٣.
(٢) مسند أحمد ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، السنن الكبرى ٦: ٦٨. وليس فيهما " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ".

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٧.

(٤) منهم ابن البراج على ما في جامع المقاصد ٥: ٤٢٢، وابن إدريس في السرائر ٢: ٤٣٣.

(٥) في إحدى الحجريتين: (الجواز مطلقاً). ولم ترد في ما لدينا من النسخ الخطية.

أما لو انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف. وفيه قول آخر.

أن الإذن إنما أفادت العارية، ولازمها الرجوع متى أراد، مع أصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقا. وأنه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقصه (١). ولأن فيه جمعا بين الحقيين. ولأنه سبب الاتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف، لأنه بالأمر الشرعي. وهو أقوى.

الثالث: على تقدير ثبوت الأرش فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم، أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان مبناهما على أن البناء إذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه، فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا، لأن ذلك هو نقص المالية، ومن أن نقص هذه المالية مستندا إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمه، إنما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته. والأول أقوى، لأن جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعا على ملك الغير، وذلك إنما أثر جواز النقص لا المشاركة في المالية. ولو اتفقا على إبقائه بالأجرة فلا إشكال في جوازه.

قوله: " أما لو انهدم - إلى قوله - وفيه قول آخر "

القول الآخر للشيخ في المبسوط (٢)، وهو أنه إن أعاده بآلته الأولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه، وإن أعاده بغيرها كان له منعه. والأقوى الأول، لأن المأذون فيه وهو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن. ولأنها عارية فيجوز الرجوع فيها وإن استلزم الضرر كما مر، فهنا أولى، غايته أنه مع الضرر جبر بالأرشد، وهنا لا ضرر فلا أرشد.

وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافا، ويمكن أن يكون سببه أن الشيخ كان ذكر أولا في الكتاب (٣) أنه لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذن مستأنف، ولم يتردد في ذلك، فأطرحوا قوله الآخر، وهو قول لبعض الشافعية (٤)، كما أن القول (٥) الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن

(١) في ما عدا " ه " و " م " : نقضه.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠.

ولو صالحه على الوضع ابتداء، جاز بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها.

الثالثة: إذا تداعيا جدارا مطلقا، ولا بينة، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له. وإن حلفا أو نكلا، قضي به بينهما.

قرب.

قوله: " ولو صالحه... الخ "

إنما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطول وإن اتفق وزنه. والضابط: ذكر ما يرفع الجهالة، ولا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة. ولو كانت الآلات مشاهدة أستغني عن اعتبارها بذلك، واكتفي بتعيين المدة.

واحترز بقوله: " ابتداء " عما لو وقع الصلح بعد البناء، فإنه لا يعتبر حينئذ إلا تعيين المدة، لصيرورة الباقي معلوما، بخلاف ما إذا لم يبين (١)، لتفاوت الضرر، ولا ضابط يرجع إليه عند الاطلاق. وهذا في الخشب. أما الآجر واللبن في الحائط فيكفي فيهما العادة. نعم، لو كان الصلح على البناء على حائط زيادة عليه افتقر إلى ذكر الطول وسمك اللب، لاختلاف ضرره باختلافهما. هذا كله في الوضع على حائط مملوك للغير.

أما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص، كالمسجد وشبهه، لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعا، وليس له الإذن بغير عوض. وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف، نظرا إلى المصلحة بفائدة العوض، وعدمه لأنه تصرف في الوقف بغير موضوعه، ولأنه يثمر شبهة على تطاول الأزمان، وجهان أجودهما الأخير. وقواه في الدروس (٢).

قوله: " إذا تداعيا جدارا مطلقا - إلى قوله - قضي به بينهما " المراد بالاطلاق هنا أن لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لأحدهما شرعا،

(١) في " ن " و " س " : يتبين، وفي الحجرية: يبين.

(٢) الدروس: ٣٨٢.

ولو كان متصلا ببناء أحدهما، كان القول قوله مع يمينه، وإن كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضي بها، وقيل: يقضى مع اليمين. وهو الأشبه.

كاتصاله ببناء أحدهما أو ما في حكمه مما سيأتي. ومن جملة القيود كونه في أرض أحدهما، فإذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لأحدهما عليه يد. أو يكون لهما بأن يكون بين ملكيهما ولا مرجح. وحكمه حينئذ أن يستوي نسبتها إليه، فمن أقام بينة حكم له به، وإن فقداهما حلف كل واحد لصاحبه، وكان بينهما نصفين. وكذا لو نكلا عن اليمين. ولو حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت للحالف. وهو واضح. قوله: " ولو كان متصلا ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه " .

أي متصلا به اتصال ترصيف، وهو تداخل الأحجار واللين علي وجه يبعد كونه محدثا. ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفة أو سترة، لأنه يصير بجميع ذلك صاحب يد، فعليه اليمين مع فقد البينة. ولو اتصل بهما كذلك، أو كان البناء لهما، أو اختص أحدهما بصفة والآخر بأخرى، فاليد لهما. وكذا لو كان لأحدهما واحدة والباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح، فيحلفان ويقسم بينهما، كما يقسم لو نكلا، إلى تمام ما تقدم.

قوله: " ولو كان لأحدهما جذع - إلى قوله - وهو الأشبه " .

القول بعدم القضاء بذلك للشيخ (١)، محتجا بأن كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهرة على أنه في أيديهما، ووضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع، كاختصاص أحد الساكنين (٢) بزيادة الأمتعة.

ويضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦، الخلاف ٣: ٢٩٦. وليس فيهما هذا الاحتجاج، وإنما احتج له بذلك الشهيد في الدروس: ٣٨٤.
(٢) في "س": الشريكين.

ولا ترجح دعوى أحدهما، بالخوارج التي في الحيطان، ولا الروازن.
ولو اختلفا في خص قضي لمن إليه معاقد القمط، عملا بالرواية.
الرابعة: لا يجوز للشريك في الحائط، التصرف فيه ببناء، ولا
تسقيف ولا إدخال خشبة، إلا بإذن شريكه.

الوجوه السابقة. وحينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، ويبقى الآخر خاليا،
ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات. ولو جامعها أعتبر ما فصلناه.
قوله: " ولا ترجح - إلى قوله - ولا الروازن " .

المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك،
فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لامكان إحدائه له من جهته من غير شعور صاحب
الجدار. ومثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة، لما ذكر.
قوله: " ولو اختلفا في خص... الخ " .

الخص - بالضم - البيت الذي يعمل من القصب (١)، والقمط - بالكسر - حبل
يشد به الخص، و- بالضم - جمع قماط وهي شداد الخص من ليف وخص وغيرهما
(٢).

والرواية رواها عمرو بن شمر، عن جابر، عن الباقر عليه السلام، عن أبيه، عن
علي عليه السلام: " أنه قضي في رجلين اختصما في خص أن الخص للذي إليه
القمط " (٣). ومثله روى العامة عن النبي (٤) صلى الله عليه وآله. والطريق
ضعيف إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول. وردّها بعضهم ومنهم المصنف في النافع (٥)
وقال: إنها قضية في واقعة فلا تتعدى. وحينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين
الملكين.

قوله: " لا يجوز للشريك - إلى قوله - إلا بإذن شريكه " .
الحكم فيه كغيره من الأموال المشتركة لا يجوز لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن

(١) لسان العرب ٧: ٢٦ و ٣٨٥.

(٢) لسان العرب ٧: ٢٦ و ٣٨٥.

(٣) الفقيه ٣: ٥٧ ح ١٩٧، الوسائل ١٣: ١٧٣ ب " ١٤ " من أبواب الصلح ح ٢.

(٤) سنن البيهقي ٦: ٦٧ - ٦٨.

(٥) المختصر النافع: ٢٨٥.

ولو انهدم، لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته.

الجميع وإن قل الانتفاع، كضرب الوتد وفتح الكوة.
قال في التذكرة: " وكذلك أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب " (١).
واستثنى من ذلك الاستناد إليه، وإسناد المتاع مع انتفاء الضرر، لأنه بمنزلة
الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره.
نعم، لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم، وفاقا للتذكرة (٢)، لأنه نوع
تصرف بإيجاد الاعتماد عليه. واستقرب في الدروس عدم المنع، لانتهاء الضرر (٣).
وموضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند وإلا لم يجز إجماعاً.
ولو بنى الشريك في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختص بالجدار
بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، ولم يكن للآخر الاعتراض. ولو ألقى ثقله عليه لم يجز
بدون إذنه.

قوله: " ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته ".
إذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم، ففي المشترك أولى. وهذا لا
كلام فيه، لكن هل تتوقف العمارة على إذن الشريك أم يجوز له البناء وإن نهاه؟
قولان، أحدهما: توقف العمارة على إذنه، لأنه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون
إذن الشريك، كما سلف. والثاني: عدم الاشتراط، لأنه نفع وإحسان في حق
الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته، ولا ضرر فيه عليه بوجه. وهو
قول الشيخ (٤). والأول أقوى. وربما فرق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط
رضاه، وبين إعادته بآلة من عنده فيشترط، لأنه على الأول يبقى شريكاً كما كان،
بخلاف الثاني.
ثم على القول باعتبار إذنه لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه؟ احتمال من

(١) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٢) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٣) الدروس: ٣٨٢. ولكن فيه: مع عدم الضرر.

(٤) المبسوط ٢: ٣٠١.

وكذا لو كانت الشركة، في دولاب أو بئر أو نهر.

حيث تصرفه في ملك غيره، وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه، فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة، فله إزالتها. والأقوى العدم إن كان بناه بالآلة المشتركة، لأن هدمه أيضا تصرف في مال الغير، وهو الشريك الذي بنى، فلا يصح كأول. وإنما تظهر الفائدة في الإثم والجواز إن كان بناؤه بغير آله، لأنه عدوان محض، وتصرف في أرض الغير، فيجوز تغييره.

ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزم الأرش كما لو هدمه ابتداء. ثم على تقدير إعادته بآلة مختصة بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبة عليه دون الأول، للاشتراك فيه دونه. وخير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته بهدمه وإعطائه نصف قيمة الحائط ويضع عليه (١). والأقوى أن التخيير في ذلك للباني لا للشريك.

وحيث يتوقف البناء على إذن الشريك ويمتنع يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم. وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك، أو مجانا؟ الأقوى الثاني، لأن الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق، فإن اختار الشريك بناءه مجانا فعل وإلا تركه. قوله: " وكذا لو كانت الشركة في دولاب أو بئر أو نهر ".

الحكم هنا كما سلف في الجدار. ولا فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي غلته بعمارته وغيره عند الأصحاب. وإنما خالف فيه بعض العامة (٢) فحكم بإجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط، فارقا بينهما بأن الشريك

لا يتمكن من المقاسمة فيضربه، بخلاف الحائط، فإنه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته. ورد بأن قسمة العرصة والحائط قد يكون أكثر ضررا، فكانا سواء.

(١) المبسوط ٢: ٣٠١.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٠.

وكذا لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو، على بناء الجدار الذي يحمل العلو. ولو هدمه بغير إذن شريكه، وجب عليه إعادته. وكذا لو هدمه بإذنه، وشرط إعادته.

قوله: " وكذا لا يجبر - إلى قوله - يحمل العلو ".
لأنه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لأجل الغير. لكن يجب تقييده بما إذا لم يكن حمل جدار العلو أو سقفه واجبا على صاحب السفلى بعقد لازم، فإن وجب كذلك لزم البناء. نبه عليه في الدروس (١). وسبق مثله في عمارة الساقية والمجرى. ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفلى تبرعا فهل له منعه؟ فيه الوجهان السابقان. وأطلق في التحرير أنه ليس له منعه (٢). وفي حكم العلو ما لو كان له سباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم. هذا كله إذا انهدم الحائط بنفسه أو هدماه معا.

قوله: " ولو هدمه... الخ ".
أطلق المصنف وجوب الإعادة تبعا للشيخ (٣) (رحمه الله). ويشكل بأن النقصان الفاتت بالهدم غير مثلي فينبغي المصير إلى القيمة وهو الأرش، وهو اختيار العلامة في القواعد (٤)، مع أنه قطع في التذكرة بوجوب الإعادة (٥). وفصل الشهيد رحمه الله في الدروس (٦)، فأوجب إعادته إن أمكنت المماثلة، كما في جدران بعض البساتين والمزارع، وإلا فالأرش. وفيه مناسبة إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية،

-
- (١) الدروس ٣٨٣.
(٢) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.
(٣) المبسوط ٢: ٣٠٣.
(٤) قواعد الأحكام ١: ١٨٥.
(٥) الموجود في التذكرة في هذا الباب ٢: ١٨٥ - ١٨٦ تعين الأرش أيضا. فلعله ذكر ذلك في موضع آخر. نعم وجوب الإعادة يظهر من الارشاد ١: ٤٠٥ وكذلك في التحرير ٢: ١٣٦.
ولكنه فيه ذكر وجوب الأرش وجهها.
(٦) الدروس: ٣٨٣.

الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه. ولو كان في جدران الغرفة، فالقول قول صاحبها مع يمينه. ولو تنازعا في السقف، قيل: إن حلفا قضي به لهما. وقيل: لصاحب العلو. وقيل: يقرع بينهما، وهو حسن.

لانتفاء المثلية في الفأنت، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقية، والمماثلة في الصفة بعيدة، فالقول بالأرث مطلقا أوضح.

قوله: " إذا تنازع - إلى قوله - صاحبها مع يمينه " .

هذا هو المشهور، ويعضد أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقال ابن الجنيدي: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة، بخلاف جدار الغرفة، إذ لا تعلق لصاحب البيت به إلا كونه موضوعا على ملكه. وارتضاه في المختلف (١). وهو قول جيد، لكن الأول أجود. قوله: " ولو تنازعا في السقف... الخ " .

المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينهما وبين البيت. والقول باستوائهما فيه للشيخ في المبسوط (٢)، وقواه في الدروس (٣)، لأنه سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزء من كل منهما.

والقول الثاني لابن إدريس (٤)، ورجحه العلامة (٥) في كثير من كتبه، لأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل، لأنه أرضها، والبيت قد يكون بغير سقف، وهما متصادقان على أن هنا غرفة، فلا بد من تحققها. ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى.

(١) المختلف: ٤٧٨.

(٢) المبسوط ٢: ٣٠٠.

(٣) الدروس: ٣٨٥.

(٤) السرائر ٢: ٦٧.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٥، المختلف: ٤٧٧.

السادسة: إذا خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن، وإلا قطعت من حد ملكه. وإن امتنع صاحبها قطعها الجار. ولا يتوقف على إذن الحاكم.

والقول بالقرعة للشيخ أيضا، لأنها لكل أمر مشتبه (١)، واستحسنه المصنف. وربما منع الاشتباه هنا، لأن رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم. والأوسط أوسط.

وموضع الخلاف السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج (٢) الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى اخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد، فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى، فيقدم قوله فيه بيمينه. قوله: " إذا خرجت - إلى قوله - إذن الحاكم "

يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف، ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة. ووجه الوجوب عليه ظاهر، لأن دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله بملكه. وهو غير جائز، فيجب التخلص منه. وقد صرح العلامة في التحرير بوجوب ذلك عليه (٣). وهو حسن.

لكن يبقى في العبارة (إشكال) (٤) اشتراط وجوب العطف بالامكان وترتيب القطع على عدمه، مع أن للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب، فبه أولى (٥)، وإنما يليق ترتب الأمرين المذكورين بالنسبة إلى مالك الأرض، إلا أن الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف منه. ويمكن كونه بمعنى الثبوت، لأنه أحد معانيه لغة. وهذا

(١) الخلاف ٣: ٢٩٨ مسألة ٨.

(٢) بيت بيني طولا ويقال له بالفارسية أوستان. لسان العرب ٢: ٢٠٨.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

(٤) وردت في " و " فقط وفي الهامش: ليس في أكثر النسخ لفظ الاشكال.

(٥) في " س " : فهنا.

الحكم ثابت له، لكن ينافره قوله بعد ذلك: " وإن امتنع صاحبها قطعها الجار " لأن مقتضاه أن المأمور بالسابق هو مالك الشجرة. ويمكن الاعتذار عن الترتيب بأن قطع الشجرة مع إمكان عطفها إتلاف للمال، وهو منهي عنه، ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق، بل لا بد من غاية مقصودة به، للنهي عن إضاعة المال بغير وجه. ثم قوله: " قطعها الجار " لا بد من تقييده أيضا بعدم إمكان عطفها بطريق أولى، فالعبرة في الجملة ليست بجيدة. والحاصل: أن الواجب على مالك الشجرة تفريغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما أمكن، فإن امتنع منه فلمالك الأرض والهواء تولي ذلك، مقدما للعطف على القطع مع إمكانه. وكما يثبت الحكم المذكور في الأغصان كذا في العروق. ولا يتوقف مالك الأرض على إذن الحاكم حيث يمنع صاحب الشجرة، كما له إخراج بهيمة تدخل إلى ملكه بدون إذنه.

وربما قيل بجواز إزالة مالك الأرض لها من دون مراجعة المالك، لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقفه على إذن الغير ضرر. ويشهد له جواز إخراج البهيمة بدون إذنه. ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه. وظاهر التذكرة (١) أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها وإن جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله. والأول أجود.

ولو قطعها مالك الأرض مع إمكان العطف ضمن. لكن هل يضمن جميع ما يقطع، أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف؟ وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه، ومن أن العطف حق له، وما يفوت به في حكم التالف شرعا. ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك (به) (٢) وتفريطه ضمن أجره الأرض والهواء. وليس لمالك

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) من " و " فقط.

ولو صالحه على إبقائه في الهواء، لم يصح، على تردد. أما لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها. السابعة: إذا كان لانسان بيوت الخان السفلى، ولآخر بيوته العليا، وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع يمينه.

الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحترق حيث يجوز القطع، لأنه أشد ضررا، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه. وفي حكم الشجرة التراب المنتقل إلى ملك الغير، والحائط المائل كذلك، فيجب المبادرة إلى تخليص الأرض منه. ولو ملكه التراب وقبله سلم من حقه، لا مع امتناعه منه وإن شق نقله. قوله: " ولو صالحه... الخ "

منع الشيخ من الصلح على إبقائها في الهواء، بناء على أصله السابق من عدم جواز أفراد الهواء بالصلح تبعا للبيع (١). وهذا هو الفارق بين الصلح على إبقائها في الهواء وعلى الجدار، لأن منفعة الجدار يمكن أفرادها بالمعاوضة كالإجارة. والأصح جواز الأمرين.

والمراد بقوله: " مع تقدير الزيادة أو انتهائها " أن الأغصان إن كانت قد انتهت في الزيادة بحسب ظن أهل الخبرة صح الصلح على إبقائها مطلقا، وإن كانت آخذة في الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا. ولا بد مع ذلك من تقدير مدة الإقامة، فلا يصح المؤبد على ما ذكره الجماعة. ولو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدى إلى الملك قبل الصلح. قوله: " إذا كان لانسان - إلى قوله - مع يمينه "

لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في الأرض التي هي لصاحب السفلى، لأن مجرد ذلك لا يوجب اليد. وكما يحكم بها لصاحب العليا فكذا

(١) المبسوط ٢: ٣٠٣.

ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواهما سواء. ولو تداعيا الصحن،
قضي منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما، وما خرج عنه لصاحب السفلى.

محلها. هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب
الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، فيجري فيها الخلاف
السابق. وعلى ما اخترناه يقضى بها للأعلى على التقديرين. وإنما يختلف الحكم عند
القائل بالاشتراك كالشهيد (١) (رحمه الله) فإنه يجعلها هنا مشتركة بينهما أيضا.
قوله: " ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواهما سواء "

لأن لكل واحد منهما شاهد بملكها، لأن الظاهر أن الدرجة لصاحب العلو،
فيكون مكانها كذلك، لأن الهواء كالقرار، وكذلك هي متصلة بملك الأسفل، بل
من جملة البيوت السفلى، وحينئذ فيقضى بها بينهما بعد التحالف أو النكول. قال في
الدروس: ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه تحتها (٢). والخزانة - بالكسر -
ككتابة. قال في القاموس (٣).

قوله: " ولو تداعيا - إلى قوله - لصاحب السفلى "

لأن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف من الصحن في قدر الممر
كان له عليه يد دون باقي الصحن، وصاحب السفلى يشاركه في التصرف في ذلك
وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما.

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركاً في الممر إليه، وإن كان المرقى في
دهليزه خارجاً لم يشارك الأسفل في شيء من العرصه، إذ لا يدل على شيء منها إلا
أن نقول في السكة المرفوعة باشتراكها بين الجميع. ولو كان المرقى في ظهره اختص
صاحب الأسفل بالعرصة والدهليز أجمع.

والمراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كل لصاحبه أو نكولهما معا عن اليمين،

(١) الدروس: ٣٨٥.

(٢) الدروس: ٣٨٥.

(٣) القاموس المحيط ٤: ٢١٩ مادة (خزن).

تتمة

إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه.
وقيل: هما سواء في الدعوى. والأول أقوى.
أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء.
وكذا لو تنازعا
عبدا، ولأحدهما عليه ثياب.

كما قد علم غير مرة.

قوله: " إذا تنازع - إلى قوله - أقوى "

وجه القوة: قوة يد الراكب وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض. ووجه التسوية:
اشتراكهما في اليد، وقوتها لا مدخل لها في الترجيح، ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد أحدهما
أكثره، كما سيأتي. نعم، مع الراكب زيادة التصرف إلا أنه لم يثبت شرعا كونه
مرجحا. وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته. وحينئذ فالقول بالتساوي
أقوى بعد أن يحلف كل منهما لصاحبه إذا لم يكن بينة. ولا عبرة عندنا بكون الراكب
غير معتاد قنية الدواب والمتشبه معتادا لذلك. وما ذكر حكم الدابة، أما اللجام
فلمن في يده، والسرج لراكبه.

قوله: " أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء "

لاشتراكهما في مسمى اليد ولا ترجيح لقوتها، والتصرف الذي كان مع الراكب
زائدا على اليد منتف هنا. وهذا هو الفارق بين المسألتين عند المصنف، وأوجب
اختلاف الحكم.

نعم، لو كان أحدهما متمسكا له والآخر لابسا فكمسألة الراكب والقابض،
لزيادة تصرف اللابس على اليد. وربما قيل هنا بتقديم اللابس، لأن الظاهر أنه لم
يتمكن من لبسه إلا وهو غالب مستقل باليد.

قوله: " وكذا لو تنازعا عبدا ولأحدهما عليه ثياب "

بمعنى أن لبسها لا يرجح يد أحدهما إذا كان لهما عليه يد، إذ لا مدخل لها في

أما لو تداعيا جملا، ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه.
ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما. وبابها إلى غرفة الآخر، كان
الرجحان لدعوى صاحب البيت.

الملك، لأنه (١) قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعارية، فإذا كان لهما عليه
يد تساويا في الدعوى. ومنه يعلم أنه لو كان لأحدهما خاصة يد وللآخر ثياب فالعبرة
بصاحب اليد.

قوله: "أما لو تداعيا... الخ".

لأن وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء، فيرجح صاحبه. والمراد
أن لكل واحد منهما مع ذلك عليه يد، بأن كانا قابضين بزمامه، ونحو ذلك، ليحصل
الترجيح. أما لو كان لأحدهما حمل ولا يد للآخر فلا شبهة في الترجيح.
ويمكن أن يكون المراد أن أحدهما قابض بزمامه وللآخر عليه حمل، ليكون
معادلا لمسألة الراكب وقابض اللجام، فإنهما وإن استويا في الحكم عنده إلا أن مسألة
الحمل أقوى، ولهذا لم يذكر فيها خلافا. ووجهه: أن الحمل أقوى دليلا على كمال
الاستيلاء، فإن الركوب أسهل تعلقا من الحمل.
وفي الدروس (٢) جعل الراكب ولابس الثوب وذا الحمل سواء في الحكم. وهو
كذلك.

قوله: "ولو تداعيا غرفة - إلى قوله - صاحب البيت".

لأنها موضوعة في ملكه، لأن هواء بيته ملكه، لأنه تابع للقرار، ومجرد فتح
الباب إلى الغير لا يفيد اليد ولا الملك، فيقدم صاحب البيت بيمينه. هذا إذا لم يكن
من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى أو غيره وإلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لأن
التصرف مقتضى له، وثبوت يد مالك الهواء بالتبعية ليده التي هي على القرار، واليد
الفعلية أقوى وأولى من التابعة. ويحتمل التساوي حينئذ، لثبوت اليد من الجانبين في
الجملة، وعدم تأثير قوة اليد كما سلف.

(١) في "س" ولأنه.

(٢) الدروس: ٣٨٥.

كتاب الشركة
والنظر في فصول
الأول: في أقسامها.
الشركة اجتماع حقوق الملاك، في الشيء الواحد، على سبيل
الشياع.

قوله: " الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل
الشياع "

الشركة بكسر الشين وإسكان الراء، وبفتحها فكسرها. وهي تطلق على
معنيين:

أحدهما: ما ذكر المصنف في تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور. وهذا
المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغة (١) وعرفا، إلا أنه لا مدخل له في الحكم
الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول
والحكم عليها بالصحة والبطالان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقد وغيره، بل بغيره
أكثر، حتى لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهرا بحيث لا يتميز إن تحققت
الشركة بهذا المعنى. ومع ذلك لا ترتبط الشركة به بما قبلها وبعدها، لأن هذا معنى
من المعاني دخوله في باب الأحكام أولى.

وثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه.
وهذا هو المعنى الذي به تدرج الشركة في جملة العقود، ويلحقها الحكم بالصحة

(١) راجع تاج العروس ٧: ١٤٨.

والبطلان. وإليه يشير المصنف فيما بعد (١) بقوله: " قيل: تبطل الشركة - أعني: الشرط والتصرف - وقيل: تصح "

ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما وأحكامهما، ولكنه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول. فقوله: " اجتماع حقوق الملاك " كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز، كما لو جمعوا مالهم مع تميز بعضه عن بعض ووضعوه في مكان واحد مثلاً.

والمراد بـ " الشيء الواحد " الواحد بالشخص، لأن ذلك هو المتبادر إلى الأفهام، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف، إذ لا تتحقق الشركة في شيء مع تعدد الشخص. والمراد بالواحد ما (٢) هو متعلق الشركة وإن تعدد، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد.

وقوله: " على سبيل الشيعاء " خرج به اجتماع حقوق في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعددة، كالبيت - مثلاً - إذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث، فإنه لا شركة هنا، إذ لا شيعاء مع صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد. وفي بعض تحقیقات الشهيد - رحمه الله - أن قيد الشيعاء لاخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل، كمستحق الزكاة والخمس والمجتمعين على معدن أو مسجد أو مباح يتعذر فيه الاجتماع، فإن ذلك اجتماع لا على سبيل الشيعاء. ثم أورد على نفسه بأن هذه خرجت بالملاك (٣). وأجاب بأن المراد بالملك الاستحقاق حذراً من المجاز والاشتراك، وهو حاصل في الكل (٤). وفيه نظر، لأن الملك أخص من الاستحقاق مطلقاً، ولو حمل على معناه

(١) في ص: ٣١١.

(٢) كذا في " س ". وفي غيرها: " فيما " .

(٣) في " س ": بالملك.

(٤) حكاه المحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٧.

ثم المشترك قد يكون عينا، وقد يكون منفعة، وقد يكون حقا.
وسبب الشركة قد يكون إرثا، وقد يكون عقدا، وقد يكون مزجا، وقد
يكون حيازة. والأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما حازه.

الصحيحة عندنا.

قوله: " ثم المشترك قد يكون عينا، وقد يكون منفعة، وقد يكون
حقا "

الاشتراك في العين ظاهر، وفي المنفعة يتحقق بالإجارة والحبس والسكنى، لا
الوقف، لأنه إن كان على محصورين فالاشتراك في العين وإلا فلا اشتراك. والاشتراك
في الحق كما ذكرناه سابقا من الخيار والشفعة بالنسبة إلى الورثة والقصاص والحد
والرهن.

قوله: " وسبب الشركة قد يكون إرثا، وقد يكون عقدا، وقد يكون
مزجا "

الإرث يجري في الأقسام الثلاثة السابقة، كما إذا أورثا مالا، أو منفعة دار
استأجرها مورثهم أو عبد موصى بخدمته، أو حق شفعة وخيار ورهن. وكذلك
العقد، فجريانه في العين بأن يشتريا دارا، وفي المنفعة بأن يستأجراها، وفي الحق بأن
يشتريا بخيار، فإن سبب الشركة العقد. وفي هذا الأخير نظر. وأما المزج فيتصور في
العين. وقد يفرض في المنفعة، كما إذا استأجرا دراهم للترين بها - إذا جوزناه - وحق
كل واحد منهما منفرد، ثم امتزجت بحيث لا يتميز.
قوله: " وقد يكون حيازة. والأشبه في الحيازة اختصاص كل واحد بما
حازه "

من الحيازة أن يشتركا في نصب حباله الصيد المشتركة، ورمي السهم المثبت
له، وحينئذ فيشتركان في ملكه. وما اختاره من الاختصاص لا يتناوله. والقول
باختصاص كل واحد بما حازه هو الأجود مع تميزه، لأنه في معنى شركة الأبدان، أما
مع امتزاجه فيكون مشتركا، لكن لا من حيث الحيازة، بل من جهة المزج الطارئ،
كما لو امتزج المالان. وهو خارج عن الفرض.

نعم، لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماء دفعة، تحققت الشركة.
وكل مالين

مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان، تحققت فيهما الشركة. اختيارا كان
المزج أو اتفاقا. ويثبت ذلك في المالين المتمثلين في الجنس والصفة.

وينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل واحد منهما بنية الوكالة
لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك، لأن ذلك مما يقبل
النيابة، فإذا نوى أن يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وإن لم يعمل، فإذا
عمل كذلك أولى، إلا أنه سيأتي (١) اختيار المصنف لعدم استثناء ذلك أيضا، وأن
لكل واحد ما حازه مطلقا.

والتنبيه بالخلاف المذكور إما على عدم اشتراط النية فلا يتحقق الشركة، أو على
خلاف ابن الجنيذ المجوز لشركة الأبدان (٢). والأول أولى. وسيأتي البحث فيه (٣).
قوله: " نعم لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماء دفعة، تحققت الشركة "

أي تحققت الشركة في الجملة، لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله،
ويختلف ذلك بالقوة والضعف. ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص
بالصلح، أو تملك كل واحد ما بقي له عند الآخر، بناء على جواز هبة المجهول.
قوله: " وكل مالين - إلى قوله - أو اتفاقا "

المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط أحدهما على الآخر، أو غيره، بأن
ورثا معا مالا ونحو ذلك، فإنه في حكم المزج بالاختيار.
قوله: " ويثبت في المالين المتمثلين في الجنس والصفة "

لما كان ضابط الامتزاز عدم التميز اعتبر الاتفاق في الجنس والصفة، فلو
تخلف أحدهما تحقق الامتياز، فلا شركة. فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير، والدخن
بالسمسم، وإن عسر التخليص، والدراهم بالدنانير، ونحو ذلك. وكذا لو اتحد
الجنس - أعني النوع الخاص - مع اختلاف الوصف، كما لو مزجت الحبة الحمراء من

(١) في ص: ٣٢٤.

(٢) نقله العلامة في المختلف: ٤٧٩.

(٣) في ص: ٣٢٥.

سواء كانا أثمانا أو عروضاً.
أما ما لا مثل له كالثوب والخشب والعد، فلا يتحقق فيه بالمزج،
بل قد يحصل بالإرث، أو أحد العقود الناقلة كالابتاع والاستيهاب. ولو
أراد الشركة فيما لا مثل له، باع كل واحد منهما حصة مما في يده، بحصة
مما في يد الآخر (١).

الحنطة وغيرها، أو الكبيرة بالصغيرة، ونحو ذلك لا مكان التخليص وإن عسر.
قوله: " سواء كانا أثمانا أو عروضاً "

أي عروضاً مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب، أما غير المثلية فسيأتي الكلام
فيها. ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة (٢) حيث شرط في الشركة الاختيارية -
أعني ما يترتب عليها جواز التصرف والتجارة بالعقد - أن يكون المالك من النكدين
كالمضاربة. أما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال الواحد فلا خلاف في تحققه
كيف اتفق الامتراج.

قوله: " أما ما لا مثل له - إلى قوله - أو أحد العقود الناقلة ".
في عدم تحققه بالمزج مطلقاً منع بين، بل قد يتحقق كالثياب المتعددة المتقاربة
في الأوصاف، والخشب كذلك، فتتحقق الشركة فيه. والضابط عدم الامتياز، ولا
خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك. ومتى تحققت في ذلك فإن علمت قيمة ما لكل
واحد منهما كان الاشتراك على نسبة القيمة، وإلا ففي الحكم بالتساوي، لأنه
الأصل، أو يرجع إلى الصلح وجهان. وبالأول قطع في التذكرة (٣). وعليه يترتب
حكم ما لو اشتبه مقدار قوتها في مثل قلع الشجرة، فإنهما يستويان على ما اختاره في
التذكرة، لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر. والأقوى الصلح.
قوله: " ولو أراد الشركة - إلى قوله - في يد الآخر ".
بناء على أن الشركة فيه لا تتحقق بالامتراج، ومثله المثلي مع اختلاف الجنس

(١) كذا في الشرائع الحجرية ومتن نسخ المسالك المخطوطة. ولكن في الشرائع المطبوعة حديثاً ومتن
الجواهر: حصته مما في يده بحصته مما في يد الآخر.
(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤ - ١٢٦ وحلية العلماء ٥: ٩٣.
(٣) التذكرة ٢: ٢٢٢.

ولا تصح الشركة بالأعمال، كالخياطة والنساجة.

أو الوصف. وما ذكره من الحيلة أحد الأمثلة. ومثله ما لو وهب أحدهما صاحبه حصة من ماله ووهبه الآخر كذلك، أو باعه حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة من الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه الناقلة.

والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعرفة، لا الشركة بالمعنى الخاص، وهي الإذن في التصرف. والحكم فيما عدا الأخير واضح، إذ لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج، وأما الابتياح ونحوه فلعدم دلالة على الإذن في التصرف، خلافا لبعض العامة (١) حيث سوغها به، كما لو قالوا: اشتركنا ونحوه. قوله: " ولا تصح الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة " .

لا فرق في ذلك بين أن يتفق عملهما بأن يكون كل واحد منهما خياطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خياطاً والآخر نجاراً، ويعمل كل واحد منهما في صنعته، ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك أو تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب، لأن كل واحد متميز ببدنه ومنافعه، فيختص بفوائده كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان.

ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الأعمال إلا من ابن الجنيد (٢) حيث أجازها مع تشاركهما (٣) الفضل، أو عمل أحدهما وقسمته على الآخر من غير شركة، مع أنه راجع إلى بطلانها، لأن تشاركهما (٤) الفضل بعد مزج الأجرتين وتحالهما أمر خارج عن صحة هذه الشركة، وكذا تبرع أحدهما على الآخر بمشاركته في عمله. وأما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً، ومنهم من أجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح (٥).

(١) حلية العلماء ٥: ٩٧.

(٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٣) في " ه " و " و " و " ب ": تشاركهما. وفي المختلف " فإن يشارك الفضل أو تحالاً... " .

(٤) في " ه " و " و " و " ب ": تشاركهما. وفي المختلف " فإن يشارك الفضل أو تحالاً... " .

(٥) في هامش " ه " و " و " و " ن ": " المبطل لها مطلقاً الشافعي، والمجيز لها مطلقاً أحمد، والمفصل

مالك، وأجازها أبو حنيفة فيما عدا اكتساب المباح. منه رحمه الله " . راجع المغني لابن قدامة

٥: ١١١ - ١١٣.

نعم، لو عملا معا لواحد بأجرة، ودفع إليهما شيئا واحدا عوضا عن أجرتهما، تحققت الشركة في ذلك الشيء. ولا بالوجوه.

قوله: " نعم لو عملا - إلى قوله - تحققت الشركة ".
إنما تتحقق في الأعمال بهذه الجهة لو آجرا أنفسهما (١) في عقد واحد لتشبه شركة الأبدان بحسب الصورة وإن كان في المعنى راجعا إلى شركة الأموال، أما إذا آجر كل واحد نفسه منفردا واستحق أجرة منفردا ثم أدى إليهما مالا مشتركا فالشركة في المال خاصة صورة ومعنى.

ولا فرق في جوازها بالمعنى الأول بين أن يكون عملهما مختلفا ومتفقا، ولا بين أن يعلما نسبة أحد العاملين إلى الآخر وعدمه، لأن الاعتبار في الصفقة المتعددة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء، وأجرة المجموع هنا معلومة، وحينئذ فتقسم عليهما على نسبة العمل. وطريقة معرفته: أن تنسب أجرة مثل عمل أحدهما إلى أجرة مثل العاملين، ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة. هذا مع العلم بالنسبة، ومع الجهل يحتمل ما تقدم من التساوي والصلح. والثاني أقوى. وكذا القول في كل مالين امتزجا وجاهل قدر كل منهما.
قوله: " ولا بالوجوه ".

لشركة الوجوه تفسيرات:

أشهرها: أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الأثمان وما فضل فهو بينهما.

وقيل: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، يكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما.

(١) في " ه " : نفسيهما.

ولا شركة المفاوضة (١)، وإنما تصح بالأموال.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له. والكل عندنا باطل، خلافا لابن الجنييد (٢) فإنه جوزها بالمعنى الأول، ولأبي حنيفة (٢) مطلقا. وحينئذ فإذا أذن أحدهما للآخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما، وكانا شريكين، لأنه بمنزلة الوكيل وقد اشترى بإذنه، فيشترط شروط الوكالة. وإذا كان المال لأحدهما وباع الآخر، سواء كان خاملا أم لا، صح البيع بوكالة المالك، وللمباشر أجرة المثل لعمله، ولا شيء له في الربح. قوله: " ولا بشركة المفاوضة ".

هي أن يشترك شخصان فصاعدا على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية وضمنان غصب وقيمة متلف وغرامة بضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل من ميراث، ويجده من ركاز ولقطة، ويكتسبه في تجارته بماله المختص به. ولا يستثنى من ذلك إلا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها، فإنه لا يشاركه الآخر فيها. وكذا يستثنى من الغرم الجناية على الحر وبدل (٤) الخلع والصداق إذا لزم أحدهما. وقال صاحب إصلاح المنطق (٥): شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما. وهو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها ذلك. وهي باطلة إلا عند أبي حنيفة ومن شد (٦). قوله: " وإنما تصح بالأموال ".

لا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة بالأموال، وهي المعبر عنها بشركة

- (١) كذا في الشرائع الحجرية. وفي المطبوعة حديثا: ولا شركة بالمفاوضة. وفي متن الجواهر: ولا شركة في المفاوضة. وفي متن أكثر نسخ المسالك: ولا بشركة المفاوضة.
- (٢) راجع المختلف: ٤٧٩.
- (٣) راجع حلية العلماء ٥: ١٠٢ وروضة القضاة وطريق النجاة ٢: ٥٧١ - ٥٧٢.
- (٤) في " و " و " ن " : بذل.
- (٥) راجع ترتيب اصلاح المنطق: ٣٦٠ مادة (مفاوضة).
- (٦) في هامش " و " و " ن " : وتبعه على ذلك الأوزاعي والثوري. منه رحمه الله " . راجع حلية العلماء ٥: ١٠٠.

العنان، بكسر العين ككتاب، وهو سير اللجام الذي يمسك به الدابة. واختلفوا فيما أخذت منه هذه اللفظة، فقيل: من عنان الدابة، إما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال، كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير يكونان سواء. وإما لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد، كما يمنع العنان الدابة. وإما لأن الآخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله. وقيل: من " عن " إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكل منهما مال صاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة، ولذلك أجمع على صحتها. وقيل: من المعانة، وهي المعارضة، فإن كل واحد منهما عارض بما أخرجه الآخر.

إذا تقرر ذلك: فالمراد بصحة الشركة بالأموال يحتمل كونه في الشركة بالمعنى الأول، كما يقتضيه السياق، وكونه فيها بالمعنى الآخر، لأنه الغرض الذاتي منها، ولدلالة تعريفها عليه. قال في التذكرة: " شركة العنان - وهي شركة الأموال - هي أن يخرج كل مالا ويمزجها ويشترط العمل بأبدانها " (١). وينبه عليه أيضا قول المصنف عقبيه: " ويتساوى الشريكان في الربح... الخ "، فيكون هذا أول الشروع في الشركة بالمعنى الثاني، وحينئذ فلا بد لها بهذا المعنى - اشتراكها في المالين - من صيغة تدل على الإذن في التصرف، لأنهما ممنوعان منه كسائر الأموال المشتركة، وهي كل لفظ يدل على الإذن فيه على وجه التجارة، سواء كان قبل الامتزاج أم بعده، وسواء وقع من كل منها للآخر أم اختص بأحدهما. وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلف أيضا، تترتب عليها أحكام يذكرها المصنف بعد هذا.

(١) التذكرة ٢: ٢١٩.

ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه،
ولو كان

لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله. وكذا عليه من الخسارة.
ولو شرط لأحدهما زيادة في الربح، مع تساوي المالين، أو التساوي
في الربح والخسران مع تفاوت المالين، قيل: تبطل الشركة، أعني الشرط
والتصرف الموقوف عليه، ويأخذ كل منهما ربح ماله، ولكل منهما أجرة مثل
عمله، بعد وضع ما قابل عمله في ماله، وقيل: تصح الشركة والشرط.
والأول أظهر.

قوله: " ويتساوى الشريكان - إلى قوله - وكذا عليه من الخسارة ".
لا شبهة في كون الربح تابعا للمال، لأنه نموؤه، فإذا كان مال أحدهما أزيد من
مال الآخر فله من الربح بنسبة ماله وإن عملا معا، لثراضيتهما بذلك على وجه لا
ينخالف المشروع، حيث جعل الربح تابعا للأصل. وخالف في ذلك بعض العامة (١)،
فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين في القدر، لاتفاقهما في العمل، كما لا يجوز
أن يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال. ويندفع بأن المعتبر في الربح المال، والعمل
تابع، فلا يضر اختلافه، كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكل وإن عمل أحدهما
أكثر.

قوله: " ولو شرط لأحدهما زيادة في الربح - إلى قوله - والأول أظهر ".
إذا شرطا تساوي الربح مع تفاوت المالين أو تفاوته مع تساويهما فللأصحاب
فيه أقوال:

أحدهما: الصحة، ذهب إليه المرتضى مدعيا عليه الإجماع (٢)، وتبعه جماعة
منهم العلامة (٣) ووالده (٤) وولده (٥)، لعموم " أوفوا بالعقود " (٦) و" إلا أن تكون
تجارة

(١) حلية العلماء ٥: ٩٥.

(٢) الإنتصار: ٢٢٧ - ٢٢٨.

(٣) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٤) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠١.

(٦) المائدة: ١.

عن تراض " (١) وقد وقع على ما اشترطاه، وقوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند شروطهم " (٢)، ودلالة الاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الأدلة به، ولأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الارفاق بكل منهما، ومن جملته موضع النزاع.

والثاني: البطلان، ذهب إليه الشيخ (٣) وابن إدريس (٤) والمصنف وجماعة آخرون (٥)، لانتفاء دليل يدل على الصحة، ولأنه أكل مال بالباطل، لأن الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأن الفرض أنها ليست في مقابلة عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابة يحمل عليها والحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمن له، إذا (٦) لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرف إلا على ذلك التقدير وقد تبين فساده، فلا يندرج في الأمر بالايفاء بالعقود، ولا في " المؤمنون عند شروطهم "، وليست الشركة تجارة إلا أن يكون الشرط للعامل، وجوازه مسلم، فلا تتناوله آية التراضي. وهذا يتم مع عدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة وإلا لكان معاوضة وتجارة، ولم يرد عليه ما ذكر، فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك. والثالث: قول أبي الصلاح (٧) بصحة الشركة دون الشرط، وجعل شرط

(١) النساء: ٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.

(٣) المبسوط ٢: ٣٤٩، والخلاف ٣: ٣٣٢ مسألة ٩.

(٤) السرائر ٢: ٤٠٠.

(٥) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٤، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٢٥.

(٦) في " ب " : إذ لم.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٤٣.

هذا إذا عملا في المال،
أما لو كان العامل أحدهما، وشرطت الزيادة
للعامل، صح ويكون بالقراض أشبه.

الزيادة إباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية. وهو مبني على أن الشرط
الفاسد لا يفسد العقد، وقد تقدم ضعفه.
إذا تقرر ذلك، فمعنى بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثاني،
وهي العقد الدال على الإذن في التصرف، لا الشركة المعنونة ابتداء، لأن امتزاج
المالين متحقق، وإليه أشار المصنف بقوله: " أعني: الشرط والتصرف ".
وقال الشهيد (١) (رحمه الله) في شرح الارشاد: " إن الموصوف بالصحة والبطلان
ليس نفس الشركة العنانية، إذ لا يمكن وقوعها على وجهين، بل المراد به نفس
الشرط وما توقف عليه كالإذن في التصرف ".
وفيه نظر، لأن الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه توصف بالصحة
والبطلان، بل ليس الغرض من الشركة في الأموال إلا الشرط المدلول عليه بالصيغة
وما يلزمه، اللهم إلا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هي العنانية،
كما يظهر من التذكرة (٢) أنها مركبة من مزج المالين والعقد. ولكن يشكل بأنها إذا لم
تكن شركة العنان فهي أحد الأقسام الأخر، لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة
الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات، وغاية ما ينزل أنها
تطلق على المعنيين معا لكنها في الثاني أظهر. وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى
العقد المذكور.

ثم على القول بالبطلان إما مطلقا أو على بعض الوجوه يثبت لكل واحد أجره
مثله، ويقتسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان. ولو اصطلحا بعد ظهور الربح
على ما شرطاه أولا أو على غيره صح، على ما سلف في الصلح (٣).
قوله: " هذا إذا عملا في المال - إلى قوله - ويكون بالقراض أشبه ".
صحة القراض (٤) المذكور واضحة، لكون الربح في مقابلة عمل، فيكون

(١) غاية المراد: ١٣٠.

(٢) مر نقل عبارته في ص ٣١٠.

(٣) في ص: ٢٦٥.

(٤) في " ه ": القراض.

وإذا اشترك المال، لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه، إلا مع إذن الباقيين، فإن حصل الإذن لأحدهم، تصرف هو دون الباقيين، ويقتصر من التصرف على ما أذن له، فإن أطلق له الإذن، تصرف كيف شاء.

العقد شركة وقراضا. ويلزم مثله فيما إذا عملا معا وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل، إما مع تساوي المالين وزيادة عمله، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل أو زيادته بطريق أولى، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل، فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر إلى أن العمل متقوم بالمال، ولكن المصنف أطلق المنع مع عملهما، كما أن العلامة (١) أطلق الجواز معه. والتفصيل حسن.

قوله: " وإذا اشترك المال لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين "

أراد الشركة بالمعنى الأول، وتوقف التصرف على إذن الشركاء واضح، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه. ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج وغيره، ولا في المزج بين كونه بفعلهما وغيره، فإن الإذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركة بذلك المعنى.

قوله: " فإن أطلق له الإذن تصرف كيف شاء "

أي كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح، وما فيه مصلحة الشريك من البيع والشراء، مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة، حيث يقتضيهما المصلحة، وقبض الثمن وإقباض المبيع، والحوالة والاحتيال، والرد بالعيب ونحو ذلك، كما في الوكيل المطلق.

وهل يتناول إطلاق اللفظ السفر حيث شاء أم يمتنع مطلقا إلا بإذن خاصة (٢)؟ وجهان، من دخوله الاطلاق، واشتماله على مظنة الربح أكثر، ومن كونه مظنة الخطر، فيخرج من الاطلاق بدليل منفصل.

(١) التذكرة ٢: ٢٢٥.

(٢) في "س" وهامش "و": إلا بإذن صاحبه.

وإن عين له السفر في جهة، لم يجوز له الأخذ في غيرها، أو نوع من التجارة، لم يتعد إلى سواها.
ولو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف، وإن انفردا. ولو شرطا الاجتماع، لم يجوز للانفراد.
ولو تعدى المتصرف ما حد له، ضمن.
ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة. وليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال، بل يقتسمان العين الموجودة، ما لم يتفقا على البيع.

ولا يجوز له إقراض شيء من المال إلا مع المصلحة كمال اليتيم، ولا المحاباة في البيع، ولا المضاربة عليه، لأن ذلك ليس من توابع التجارة، ولا يتناوله الاطلاق.
قوله: " ولو عين له السفر في جهة لم يجوز له الأخذ في غيرها، أو نوعا من التجارة لم يتعد إلى ما سواها ".
لا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين أن ينهأ عن غيرهما ويسكت عنه، لبقاء المتروك على أصل المنع.
ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة، لأن الإذن لم يبطل. ولو خالف في نوع التجارة كان فضوليا فيبطل مع رده. وكذا يضمن لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فتجاوزها في تلك الجهة.
قوله: " ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن ".
لا فرق في التحديد بين أن يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه، فلو سافر اعتمادا على اطلاق الإذن، وقلنا إنه لا يتناوله، ضمن. والمحدود قد يكون باعتبار نوع التجارة، وبزمانها ومكانها، وعلى كل تقدير يحصل بمخالفة المأذون، ولا تبطل الشركة بذلك.
قوله: " ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة ".
الشركة بمعنيها غير لازمة، وأشار إلى الأولى بقوله: " والمطالبة بالقسمة "،

ولو شرطا (١) التأجيل في الشركة، لم يصح، ولكل منهما أن يرجع متى شاء.

ولا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنه أمانة، إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ. ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادعى سببا ظاهرا كالحرق والغرق، أو خفيا كالسرقة. وكذا القول قوله مع يمينه، لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط.

وإلى الثانية بقوله: " الرجوع في الإذن "

أما الأولى فظاهر، إذ لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله، والأصل أن يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء، ومن جملته إفرازه (٢).

وأما الثانية فلأن مرجعها إلى الإذن في التصرف، وهو في معنى الوكالة، فتكون جائزة. والأنسب في قوله: " غير لازمة " أن يكون إشارة إلى الثانية، لأن الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد.

قوله: " ولو شرط التأجيل - إلى قوله - متى شاء "

المراد بصحة التأجيل المنفية ترتب أثرها بحيث تكون لازمة إلى الأجل. وإنما لم تصح لأنها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيها، بل لكل منهما فسخها قبل الأجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة.

قوله: " ولا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنه أمانة، إلا مع التعدي "

لما قد عرفت أنه وكيل، فيكون أمينا من قبل المالك.

قوله: " ويقبل قوله مع يمينه - إلى قوله - كالسرق "

الحكم بأمانته يقتضي قبول قوله في التلف. ولأنه لولاه لأمكن صدقه في نفس

(١) كذا في المطبوعة حديثا. وفي الحجرية ومتن الجواهر والمسالك: شرط.

(٢) في " س " و " ن " : إفرازه.

ويبطل الإذن بالجنون والموت.

الأمر، فلو لم يقبل منه لطولب بالعين وأدى إلى تخليده الحبس. ونبه بالتسوية بين الأمرين على خلاف بعض العامة (١) حيث فرق بينهما، فقبل في الخفي دون الظاهر إلا بيينة.

قوله: " ويبطل الإذن بالجنون والموت " .

لبطلان الوكالة بهما. وفي معناهما الاغماء والحجر للسفه والفلس. ثم في صورة الموت تكون القسمة للوارث إن لم يكن دين ولا وصية، وإلا بنى على الانتقال إليه وعدمه.

(١) المهذب (المطبوع مع المجموع) ١٤ : ٨٠.

(٣١٧)

الفصل الثاني

في القسمة

وهي تمييز الحق من غيره، وليست بيعاً، سواء كان فيها رد أو لم يكن.

قوله: " القسمة وهي تمييز الحق... الخ "

ذكر في هذا الكتاب نبذة من أحكام القسمة لمناسبة المقام، وأخر باقي الأحكام إلى كتاب القضاء، ولو جمعه هنا لكان أنسب.

واعلم أن القسمة عندنا تمييز حق أحد الشركاء عن حق الآخر، وليست بيعاً وإن اشتملت على رد، لأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الاجبار في غير تلك الأفراد التي يدخلها الجبر في البيع، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواص المطلقة يدل على اختلاف الملزومات والمعروضات.

وخالف في ذلك بعض العامة (١) مطلقاً، وفي قسمة الرد (٢)، لشبهة أن كل جزء يفرض مشترك بينهما، فتخصيص كل واحد بجزء معين، وإزالة ملك الآخر عنه بعوض مقدر - وهو ملكه في الجزء الآخر - على جهة التراضي، يقتضي البيع، لأن ذلك حده. وهذا إنما يتم على تقدير تسليم كون البيع كذلك. ومنعه واضح، بل له صيغة خاصة إيجاباً وقبولاً، بخلاف القسمة، ولا يلزم من المشاركة في بعض الأحكام الاتحاد.

(١) راجع حلية العلماء ٨: ١٦٧ وجواهر العقود ٢: ٤١٥.

(٩) التنبية في الفقه الشافعي: ٢٥٧، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٧.

ولا تصح إلا باتفاق الشركاء.
ثم هي تنقسم فكل ما لا ضرر في قسمته، يجبر الممتنع مع التماس
الشريك القسمة.

وتظهر الفائدة في الشفعة، وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه
التقابض قبله في البيع، وفي قسمة الوقف من الطلق، وخيار المجلس، وغير ذلك.
قوله: " ولا تصح إلا باتفاق الشركاء " .

أي لا تصح مطلقا، أو لا تصح من أحد الشركاء بدون مراجعة الشريك أو
من يقوم مقامه، وإلا فسيأتي بعده بلا فصل أنه يجبر الممتنع على بعض الوجوه، مع
أن المجبر غير راض، ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الإبهام.
قوله: " فكل ما لا ضرر في قسمته يجبر الممتنع مع التماس الشريك
القسمة " .

لا خلاف في إجبار الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة، ولكن اختلفوا
في معنى الضرر المانع من الاجبار - ومنه يعرف قسيمه - على أقوال:
أحدها: نقصان القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة، لأن فوات المالية مناط
الضرر في الأموال، ولقوله صلى الله عليه وآله: " لا ضرر ولا ضرار " (١)، وهو
عام.

وثانيها: عدم الانتفاع بالنصيب منفردا، لتضمنه الضرر والخرج وإضاعة
المال المنفي والمنهي عنه. وثالثها: عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة،
مثل أن يكون

بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به
في السكنى كأول وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك. وهذا أعم من الثاني بحسب
الحمل، والثاني أعم بحسب الاستغراق. والأقوى اعتبار الأول.

(١) الوسائل ١٧: ٣١٩ ب " ٥ " من أبواب الشفعة ح ١، ٣٤٠ ب " ١٢ " من أبواب إحياء الموات
ح ٣، ٤، ٥ و ٣٧٦ ب " ١ " من أبواب موانع الإرث ح ١٠، ومسند أحمد ١: ٣١٣،
...

وتكون بتعديل السهام والقرعة. أما لو أراد أحد الشركاء التمييز فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها. وكل ما فيه ضرر كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمة.

إذا تقرر ذلك، فمتساوي الأجزاء كالحبوب والأدهان يقسم قسمة إجبار على جميع الأقوال. ومثله الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة. وكذا الحيوان أو العبيد على الأقوى. والحمام الضيق والرحا ذات المدار الواحد ونحوهما لا يجوز قسمته قسمة إجبار على الأول والثالث. والجوهرة الواحدة الصغيرة لا تقسم كذلك إجماعاً، لعدم الانتفاع بجزئها. نعم، لو كانت كبيرة بحيث يعتد بدخولها في بعض المركبات من المعاجين المفروحة والأكحال خرجت من الثاني. والمراد بالمجبر للمتنع في هذا ونظائره الحاكم الشرعي، ومع تعذره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه، لخبر الاضرار.

واعلم أن ما لا ضرر في قسمته أعم من كونه مشتملاً على رد وعدمه، وإنما يجبر الممتنع مما (١) لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الرد، لأنه حينئذ يكون كبيع جزء من المال، ولا يجبر عليه أحدهما، وإدخاله في قسم الضرر غير مصطلح هنا. قوله: "وتكون بتعديل السهام والقرعة".

أي تكون القسمة الاجبارية تامة بذلك، فمتى حصلت القرعة لزمتم، سواء كان المتولي لذلك قاسم الإمام أم المتقاسمين. ولو اشتملت على رد وكان القاسم منصوباً لزمتم بها أيضاً، وإلا توقفت على تراضيها بعدها، لاشتمالها على المعاوضة، فلا بد من لفظ يدل عليها، وأقله ما دل على الرضا.

قوله: "وكل ما فيه ضرر - إلى قوله - ولو اتفق الشركاء على القسمة". قد عرفت معنى الضرر في مثل ذلك. وأمثلة المصنف له لم تشمل الأقوال، فإن قسمة الجوهرة تزيل القيمة غالباً، والسيف تنقصها، والعضائد تفوت المنفعة بالجزء على الوجه الذي كان ينتفع بها فيه أولاً، فلا يعلم مختاره من الأقوال، ولكن

(١) في "ه" و"س" فيما.

ولا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين.
ولو كان الملك الواحد وقفا وطلقا، صح قسمته، لأنه يميز الوقف
عن غيره.

سيأتي إن شاء الله في كتاب القضاء (١) أنه يختار كون الضرر نقص القيمة.
وحكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على الضرر وإن اتفقا على القسمة
غير معروف، وإنما المعهود الذي ذكره هو في بابه (٢) وغيره أن القسمة المشتملة على
ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي، خصوصا مع تفسيره الضرر بنقصان
القيمة، فإن مجرد ذلك لا يبلغ حد المنع. نعم، لو فسر بعدم الانتفاع أمكن من
حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض (٣)، لأنه إذا لم ينتفع بالأجزاء لا فائدة في
القسمة، بل هو محض الاتلاف.

قوله: " ولا يقسم الوقف، لأن الحق ليس منحصرًا في المتقاسمين ".
هذا إذا كان الواقف واحدا وإنما التعدد في الموقوف عليه كالبطون المتعددة، فإن
الحق يتغير بزيادتها ونقصانها، فربما استحق بعض بطون المتقاسمين أكثر مما ظهر
بالقسمة لمورثهم، وبالعكس. وكذا لو أعدد الواقف واتحد الموقوف عليه، كما لو وقف
جماعة على شخص وعلى ذريته وأراد بعض الذرية القسمة، لعين ما ذكر.
أما لو تعدد الواقف والموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عين على
شخص وذريته، وآخر على غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث
يميزان كل وقف على حدته، وكذا لذريتهما دون الذرية الواحدة. ولو كان التعدد
فيهما على غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان على كل واحد من الاثنين، فحكمه حكم
المتحد. والضابط أن الوقف الواحد لا تصح قسمته وإن تعدد الواقف والمصرف،
وهو المراد من العبارة.

قوله: " ولو كان الملك الواحد وقفا... الخ ".
هذا إذا لم تشتمل على رد، أو اشتملت وكان الرد من الموقوف عليه، لأنه زيادة

(١) لاحظ الفصل الثاني من خاتمة كتاب القضاء.

(٢) لاحظ الفصل الثاني من خاتمة كتاب القضاء.

(٣) في " و " و " ن ": غرض.

الفصل الثالث
في لواحق هذا الباب
وهي مسائل:

الأولى: لو دفع إنسان دابة، وآخر راوية إلى سقاء، على الاشتراك في الحاصل، لم تنعقد الشركة، وكان ما يحصل للسقاء، وعليه أجرة مثل الدابة والراوية.

قوله: " لو دفع إنسان دابة... الخ "

بطلان هذه الشركة ظاهر مما سبق، لأنها مركبة من شركة الأبدان وشركة الأموال مع عدم مزجه، فتقع باطلة، ولا يكون من صاحب الدابة والراوية إجارة، لأن الأجرة غير معلومة، فالحاصل من العمل للسقاء (١) وللآخرين عليه أجرة مثل ما لهما لذلك العمل.

وهذا يتم مع كون الماء ملكا للسقاء، أو مباحا ونوى الملك لنفسه، أو لم ينو شيئا. أما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل، والأقوى أنهم يشتركون فيه، (حينئذ) (٢) وتكون أجرته وأجرة الراوية والدابة عليهم أثلاثا، فيسقط عن كل واحد ثلث الأجرة المنسوبة إليه، ويرجع على كل واحد بثلث، ويكون في سقيه للماء بمنزلة الوكيل، لإذنه لهم في التصرف إن قلنا ببقاء الإذن الضمني مع فساد المطابق، وإلا توقفت المعاوضة على الماء على إجازتهما، فإن أجازا أو قلنا بعدم الافتقار إليها فالحاصل من

(١) في هامش " و " و " ن ": " السقاء ممدود، والراوية: المزادة فيها الماء، ذكره في القاموس. منه رحمه الله ". راجع القاموس المحيط ٤: ٣٣٧ مادة (روي).
(٢) من " س " .

الثانية: لو حاش صيدا، أو احتطب، أو احتش بنية أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النية، وكان بأجمعه له خاصة.

العمل بينهم أثلاثا، ويرجع كل واحد على الآخرين بثلث أجره نفسه أو ماله. فلو فرضنا أن السقاء حصل أربعة وعشرين، وكانت أجرته مثله خمسة عشر، وأجره الدابة اثني عشر، والراوية ثلاثة، فلكل واحد منهم من الحاصل ثمانية، لأنه عوض ما لهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازة المباح، وسيأتي تحقيقه (١).

ثم يرجع السقاء على كل واحد منهما بخمسة، ويرجع صاحب الدابة على كل واحد بأربعة، وصاحب الراوية بدرهم. فيأخذان من السقاء خمسة، ويعطيانه عشرة، يفضل له ثلاثة عشر. ويأخذان من صاحب الدابة ستة، ويعطيانه ثمانية، تبقى معه عشرة. ويأخذان من صاحب الراوية تسعة، ويعطيانه درهمن، يفضل له من المجموع درهم. فالمجتمع معهم أربعة وعشرون هي العوض الحاصل من عوض الماء. ولو حكم بالمجموع للسقاء، ولم يف بأجرة مثل مالهما، غرم لهما الزائد. وإنما حكم المصنف هنا بلزوم الأجرة خاصة لما سيأتي (٢) من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات.

قوله: " لو حاش صيدا أو احتطب - إلى قوله - وكان بأجمعه له خاصة "

هذا الجزم إنما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك، وإلا أتى الاشكال الذي ذكره في توقف تملك المباح على النية، فإننا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك لهما، ولو قلنا بعدم توقفه ففي ثبوت الملك للمحيز نظر، من حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول، ومن وجود المانع للملك، وهو نية عدمه، بل إثباته للغير. ولا يلزم من القول بعدم توقف تملك المحاز على النية عدم توقفه على عدم النية الصارفة عن الملك، وإلا لكان الملك قهريا وإن لم يرده كالإرث، ولا دليل عليه، وإلا لكان من نحى حجرا عن الطريق أو عطف غصن شجرة أو حفر حفيرة وشرب منها تملكها، ولا يجوز لأحد بعده التعرض له، وهو بعيد جدا.

(١) في المسألة التالية.

(٢) في المسألة التالية.

وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.

ويمكن اندفاع ذلك على تقديره بأن يعد الاعراض عنه بعد ذلك إباحة له للغير، كما لو أعرض عن المال اليسير وبقاء الثمرات والسنبل ونحو ذلك، بل هنا أولى.

وبالجملة: ففي الحكم بملك المحيز بنية أنه له وللغير أجمع نظر على القولين. ولعل الأقوى أنه لا يملك إلا ما نواه لنفسه، وبقي في الباقي ما سيأتي. قوله: " وهل يفتقر المحيز... الخ "

منشأ التردد: أن اليد سبب للملك، ولهذا تجوز الشهادة به بمجردهما، ولأنها سبب في الجملة قطعاً، وإنما الشك في توقفه على أمر آخر، والأصل عدمه، ومن أصالة عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة والنية معا فيبقى الباقي، ولحكمهم بأن ما يوجد في جوف السمكة التي أصلها الإباحة يكون لواجده مع تحقق الحيازة له تبعاً لها، وإنما تخلفت النية لعدم رؤيته.

وأجيب: بأن ما في بطن السمكة - مما لا يعد جزء لها مثل غذائها - لا يعد محوزاً بحيازتها، ولو سلم فغاية ما يلزم القصد إلى المحوز أو الشعور به ولو تبعاً لالنية.

وفيه نظر، لأن الأول مصادرة محضة، إذ لا شك في حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده، فكيف يدفع، واشتراط العلم في تحقق الحيازة غير واضح، لأن مرجعها إلى الاستيلاء ووضع اليد، فاعتبار أمر آخر لا دليل عليه، ولأن أجزاء السمكة الداخلة غير مشعور بها، والقصد إليها هو الذي نسميه نية، إذ لا يعتبر في النية سوء قصد الحيازة لنفسه. والفرق بين الأجزاء وما في الأمعاء وإن حصل - بالقصد إلى الأجزاء إجمالاً بخلاف ما في الأمعاء - إلا أنه محوز. والنية وإن سلم عدم تعلقها به لكنها لم تنصرف عنه بحيث يعد معرضاً عنه، فعدم ملك المحيز لم يبق له سبب إلا فوات النية.

قيل: لو اشترطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها، لانتفاء الملك، والتالي باطل، لاطباق الناس على فعله من غير توقف على العلم بحصول النية، حتى

لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع، أم استنقاذ، لعدم نية الملك، قدم مدعي الملك.

قلنا: لا يلزم من دلالة اليد على الملك ظاهرا، وجعل الشارع ذلك علامة عليه، كونها دليلا في الواقع، وإنما جعلت دليلا عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق، ومتى علم تخلف الملك عنها انتفى، حتى لو وضع المحيز يده على شيء غير ناو ملكه لم يكن فيما بينه وبين الله مالكا، لعدم حصول ما يوجبه، فإنه لم يقصد الحيازة ولا الملك، وإنما اتفق له قبضه بيده، ومع هذا يحكم له ظاهرا بالملك، فلو قال: إني ما نويت الملك ولا الحيازة، وإنما وضعت يدي عبثا، كيف يحكم له بالملك قهرا؟ هذا مما لا دليل عليه. وعلى هذا فالذي أطبق الناس على فعله البناء في اليد على ظاهر الملك، لا الحكم بالملك في نفس الأمر، والكلام إنما هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر، وفرق بين الأمرين.

وقد كان الإمام فخر الدين (١) أورد على والده مسألة بيع المحاز قبل نية التملك، فأجابه بأن نية البيع تستلزم نية التملك. وهو حق، لأن الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص، وإرادة البيع دالة عليه. ونقض بأن يبعه لا ينحصر في المباشرة، بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال.

وجوابه كما تقدم من أن حل تصرفهم مبني على الظاهر وإن كان في نفس الأمر لم يتحقق الملك، ومثله كثير.

وأورد أيضا حيازة الصبي والمجنون، فإنهما لا قصد لهما، ولا يعتد بإخبارهما. وجوابه منع ذلك، فإن الصبي المميز يعتبر قصده وإخباره في كثير من الأحكام الشرعية. وأما المجنون فأمره غير منضبط، فإن من المجانين من يقصد إلى

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٣.

الاختصاص بما يحوزه، وهو عليه أشد حرصا من كثير من العقلاء، ولا شك في حصول الملك لهذا النوع. ومنهم من لا قصد له، وهذا لا يصلح لتملك المباح بمجرد الحيازة.

وبالجملة: فالحكم في ذلك إن بني على الحكم في نفس الأمر، فمتى لم يحصل القصد إلى الاختصاص بالمباح فالأصل يقتضي عدم الملك واستصحاب حكم المباح. هذا بالنظر إلى المحيز نفسه، وأما بالنظر إلى غيره فإذا رأى تحت يده شيئا من ذلك يحكم له به ظاهرا، ولا يجوز له تناوله بغير إذنه، لأن اليد جعلها الشارع دليلا ظاهرا على الملك.

ومن هذا الباب ما تجده في الجبال من الحطب والخشب ونحوهما من المباحات التي قد حصل عليها أثر اليد، فإنه يحكم بها لهم عملا بظاهر اليد، ولا يلتفت فيه إلى أصالة عدم النية، لأن اليد شرعا حجة شرعية أقوى من هذه الأصالة وغيرها. وإذا رأينا أشياء تشهد القرائن الحالية على أن محيزها لم ينو التملك، كالمقطوع لغرض من الأغراض كإصلاح طريق وإطعام دابة، وترك لعدم تعلق الغرض بالباقي، فالأصل فيه البقاء على الإباحة، مع احتمال المنع هنا عملا بظاهر اليد، وإن كان الفاعل فيما بينه وبين الله تعالى لم يحصل له الملك. وتظهر الفائدة فيما لو رأى الفاعل أحدا قد حازه بعد ذلك، ففي ظاهر الشرع يقدم قوله عملا بظاهر اليد، وفيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز له أخذه منه، لعدم حصول ما يقتضي التملك. واعلم أن المسألة موضع تردد لكثير من أكابر الفقهاء، كالمصنف على ما رأيت، والشيخ (١) - رحمه الله - والعلامة (٢) في كثير من كتبه، وجماعة آخرين (٣).
وجملة

(١) كلام الشيخ مختلف في هذه المسألة ففي المبسوط ٢: ٣٤٦ اختار أنه للحائز وإن نوى تملك الأمر وفيه أيضا ص ٣٥٨ ما يظهر منه خلاف ذلك ولم نجد موضعا تردد فيه. ولعل منشأ النسبة عبارة العلامة في المختلف: ٤٨٠ حيث عقب عبارة الشيخ بقوله: وعندني فيه تردد، مما يوهم كونه من عبارة الشيخ قدس سره.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٤، المختلف: ٤٨٠.

(٣) ربما يظهر ذلك من الجامع للشرائع: ٣١٣.

لثالثة: لو كان بينهما مال بالسوية، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الأمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً، فادعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه أبصر بنيته. ولو ادعى أنه اشترى لهما فأنكر الشريك، فالقول أيضاً قوله، لمثل ما قلناه.

الأقوال فيها ترجع إلى ثلاثة: الاكتفاء بمجرد الحيازة، والافتقار معها إلى النية، والاكتفاء بالحيازة مع عدم نية عدم التملك، فلو نوى عدمه أثرت ولم تثمر الملك. وهذه المسألة لا تتعلق بكتاب الشركة إلا بواسطة مسألة السقاء والصيد ونحوهما، لأنها كالمقدمة لهما، فلو ذكرها قبلهما ورتب حكمهما عليها كان أوفق للوضع. قوله: " لو كان بينهما مال... الخ "

المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعاً، قال في الصحاح (١): " البضاعة طائفة من مال يبعثها للتجارة، يقول: أبضعته واستبضعته جعلته بضاعة ". وإنما كان هذا بضاعة لأنه لم يشركه في الربح، فلا يكون قراضاً، ولا شركة، لأنه لم يعمل معه، وبناء الشركة على عمل المشتركين، فإذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال، وعمله معه معونة وتبرعاً، لأنه لم يشرط لنفسه في مقابلته عوضاً.

قوله: " إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً... الخ ". الوجه في الأولى أنه وإن كان وكيلاً إلا أنه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة، لأنها ليست بلازمة، فإذا نوى الشراء لنفسه وقع له، فيقبل قوله في دعواه نية ذلك مع يمينه، لأنه أبصر بنيته. وإنما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموع بأن يدعي إقراره بذلك ونحوه، أما لو ادعى الاطلاع على نية ذلك لم

(١) الصحاح ٣: ١١٨٦، مادة بضع.

الخامسة: لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما، وهو وكيل في القبض ، وادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع، وصدقه الشريك، برئ المشتري من حقه، وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر - وهو حصة البائع - لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

يكن مسموعا، لأنه محال، ولا يمكن معرفته إلا من قبله. نعم، لو جعلها تهمة اتجه فيها ما في دعوى التهمة، لأنها من الأمور الخفية. وأما الثانية فإنه وكيل، والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكل فيه كما سيأتي (١).
قوله: " لو باع أحد الشريكين... الخ "

أما براءته من حق المقر فلاعترافه بوصول حقه إلى وكيله، وهو البائع. وأما قبول شهادته - أعني المقر - على القابض - أي المدعى عليه القبض وهو البائع - في النصف الآخر، وهو نصيب البائع، فلعدم التهمة في هذه الشهادة، لأنه لم يشهد لنفسه، بل على شريكه، والشهادة على الشريك مقبولة. هذا إذا كانت شهادته بقبضه لحصته خاصة. أما لو كانت الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر، من عدم سماعها في حصة الشاهد فتتبعض، والشهادة إذا ردت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا؟ وجهان.

واعلم أن هاهنا دعويين: إحداهما بين المشتري والبائع، والثانية بين الشريكين، والمصنف ذكر حكم الأولى دون الثانية، مع أن الثانية بباب الشركة أولى.

أما الأولى فإن تقدمت فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى وصوله إليه، فإن أقام البينة برئ من الحقين، أما من حق البائع فبالبينة، وأما من حق الشريك فبها وبالاقرار. وتقبل هنا شهادة الشريك المقر على البائع بالأداء إليه إن كان عدلا إذا شهد بحصة البائع خاصة، لانتفاء التهمة. وفي الشهادة بالجميع ما مر.

وإن لم يكن للمشتري بينة بالأداء فالقول قول البائع مع يمينه، فإن حلف

(١) في التنازع من كتاب الوكالة.

ولو ادعى تسليمه إلى الشريك، فصدقه البائع، لم يبرأ المشتري من شيء من الثمن، لأن حصة البائع لم تسلم إليه ولا إلى وكيله، والشريك ينكره، فالقول قوله مع يمينه.

استحق أخذ نصيبه خاصة، لاعتراف شريكه ببراءة المشتري من حقه بقبض وكيله له، وبطلان وكالته بفعل متعلق الوكالة، ولا يشارك الشريك البائع فيما يقبض وإن كان المال في أصله مشتركاً قد حصل بعضه وتوي الباقي، لاعترافه بأن هذا المقبوض ظلم، وأن الحق في ذمة البائع بالقبض الأول. ولو نكل البائع عن اليمين ردت على المشتري، فإن حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة، وإن نكل ألزم بنصيب البائع، وإن لم نقض بالنكول، لأصالة بقاء الثمن في ذمته حيث لم يثبت الأداء لحصة البائع.

وحيث يثبت الأداء إلى البائع بالبينة فللشريك المطالبة بحصته، لا أن يثبت (١) ذلك بشاهد ويمين، أو باليمين المردودة على المشتري، أو بنكول البائع إن قضينا به، لأن ذلك إنما يؤثر في حق المتخاصمين لا في حق غيرهما.

وأما الدعوى الثانية بين الشريكين، فإن أقام الشريك البينة بقبض البائع طالبه بحقه كما مر، وإلا فالقول قوله في عدم القبض، فإن حلف انقطعت عنه الدعوى، وإن نكل أو رد اليمين حلف الشريك المقر وأخذ منه حصته، ولا يرجع البائع بذلك على المشتري، لاعترافه بظلم الشريك في فعله، ولانقطاع وكالته بفعل متعلق الوكالة كما مر، ولبراءة المشتري من دين الآذن بإقراره، فلا يتحقق أن البائع أدى دين المشتري فيرجع به.

هذا حكم الخصومتين إذا تقدمت الأولى. ولو تأخرت عن الثانية فالحكم كما مر إلا أن الشريك المقر لا تقبل شهادته على البائع، لسبق خصومته. وأما المشتري فلا تقبل شهادته للمقر على التقديرين.

قوله: " ولو ادعى تسليمه - إلى قوله - فالقول قوله مع يمينه " .
النزاع في هذه المسألة مع شريك البائع الآذن في قبض البائع، وهي في مقابلة

(١) في " ن " : لا إن ثبت. ولعله أولى.

وقيل: تقبل شهادة البائع. والمنع في المسألتين أشبه.

الأولى. وجملة أحكامها: أن البائع إما أن يكون قد أذن للشريك في قبض حصته أولاً. وعلى التقديرين فإما أن يكون الشريك المدعى عليه أذن أيضاً للشريك في القبض أو لا. فإن كان الشريك مأذوناً له في القبض برئ المشتري من حصة البائع، لا اعترافه بقبض وكيله. ثم يبقى هنا خصومتان كما تقدم، إحداهما بين البائع والشريك، والأخرى بين المشتري والشريك، والمصنف ترك حكم هذا القسم لأمكان استنباطه مما تقدم. وإن لم يكن مأذوناً له في القبض لم يبرأ المشتري من حصة البائع، ولم يتوجه بينهما خصومة، لأنه لم يدفع حصته إليه ولا إلى وكيله، ولا من حصة الشريك لانكاره، فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة. ثم إذا طالب البائع بحصته فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض، كما في قبض كل مشترك، وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه. فإن شارك سلم للبائع ربع الثمن خاصة، وليس للبائع مطالبة المشتري بعوضه، لا اعترافه بظلم الشريك له في المشاركة وبراءة ذمة المشتري وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك. وأما الشريك فيستكمل حصته من المشتري على تقدير الشركة للبائع، لأن حقه منحصر فيهما.

قوله: " وقيل: تقبل شهادة البائع. والمنع في المسألتين أشبه ".
أي تقبل شهادة البائع للمشتري في قبض الشريك منه، لعدم التهمة، حيث إن الشريك ليس وكيلاً للبائع، وحق البائع باق على المشتري على التقديرين، فليست الشهادة متبعضة كالأولى. نعم، لو كان الشريك مأذوناً في القبض تبعضت إلا أنه غير مفروض المصنف.
ووجه ما اختاره من المنع أنه إن لم يكن شريكاً له فيما قبضه إلا أن الشهادة تجر نفعا من حيث إنه إذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له، ولا يشاركه فيه بناء على استحقاق المشاركة إذا لم يثبت القبض. وهذا هو الأشهر (١). ولو قلنا بأن الشريك يتمكن من قبض حقه من المشترك (٢) بانفراده قبلت شهادته إذ لا تهمة حينئذ. وسيأتي

(١) في " س " المشهور.
(٢) في " ن " و " ب " : المشتري.

السادسة: لو باع اثنان عبيدين - كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده - صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما، قيل: يصح، وقيل: يبطل، لأن الصفقة تجري مجرى عقدين، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولا. أما لو كان العبدان لهما، أو كانا لواحد، جاز.

الكلام في ذلك (١).

وأشار بقوله: " في المسألتين " إلى شهادة البائع في هذه والشريك في السابقة. وقد تقدم (٢) ما يدل على وجه المنع في السابقة وأنه يحتاج إلى تفصيل. قوله: " لو باع اثنان عبيدين - إلى قوله - مجهولا ".

القول بالبطلان للشيخ (٣) - رحمه الله - لأنه مع تفاوت قيمتهما يصير ثمن كل واحد منهما مجهولا، إذ لا يعرف إلا بالتقسيط، والقسط لم يكن معلوما حال العقد، وحيث كانا لمالكين فهما بمنزلة مبيعين في عقدين.

ويضعف بأن الثمن إنما وقع في مقابلة المجموع وهو معلوم، والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظا، والجهالة إنما تنطبق بالاعتبار الثاني دون الأول. ولهذا لو كان المبيع عبدا واحدا ولأحدهما فيه حصة والباقي للآخر، ولم يعلم حصة كل واحد منهما، صح بيعه صفقة واحدة وإن اختلف العوض وجهل ما يخص كل واحد منهما. وكونهما في حكم العقدين لا يقتضي كونهما عقدين حقيقة. ولهذا لو فسخ في أحدهما تعين عليه رد الآخر. وليس كذلك لو كانا عقدين. فالقول بالصحة أوضح. وقد تقدم البحث (٤) في نظير ذلك من البيع فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك في عقد واحد.

قوله: " أما لو كان العبدان لهما أو كانا لواحد جاز ".

لزوال المانع المذكور، حيث إنهما لا يحتاجان إلى تقسيط الثمن عليهما، بل

(١) في ص: ٣٣٤ - ٣٣٨.

(٢) في ص: ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣، والمبسوط ٢: ٣٥٦.

(٤) في ج ٣: ١٦١ - ١٦٢.

وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة على انفراده، فباعاهما صفقة، لانقسام الثمن عليهما بالسوية.
السابعة: قد بينا أن شركة الأبدان باطلة، فإن تميزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه اختص بها. وإن اشتبهت، قسم حاصلهما على قدر أجره مثل عملهما، وأعطى كل واحد منهما ما قابل أجره مثل عمله.

يقتسمانه على نسبة الحصص. وكذا لو كان الواحد مع أن ذلك التقسيط لو أثر لأمكن تطرقه هنا لو عرض لأحدهما ما يبطل البيع، كما لو خرج مستحقاً أو حراً، فإن البيع في نفس الأمر إنما وقع على المملوك، ولا يعلم قسطه من الثمن. والوجه في الجميع أن ثمن المبيع عند العقد معلوم، والتوزيع لاحق، فلا يقدر قوله: " وكذا لو كان لكل واحد قفيز... الخ "

ومثله ما لو كان العبدان متساويي القيمة، فإن الشيخ (رحمه الله) إنما منع من المختلفين بسبب جهالة ثمن كل واحد منهما (١). وقد نبه عليه المصنف بقوله: " مع تفاوت قيمتهما "

قوله: " قد بينا أن شركة الأبدان باطلة... الخ "

لا إشكال في اختصاص كل منهما بأجرته مع تمييزها أجمع، وكذا لو تميز بعضها اختص به، وإنما الاشكال مع اشتباه الحال، وقد اختار المصنف هنا قسمة الحاصل على قدر أجره مثل عملهما، نظراً إلى أن الغالب العمل بأجره المثل وأن الأجره تابعة للعمل. ومثله قسمة ثمن ما باعاه مشتركا بينهما على ثمن مثل ما لكل منهما. وعلى هذا لو تميز بعض حق كل واحد منهما أو أحدهما ضم إلى الباقي في اعتبار النسبة وإن اختص به مالكه.

وفي المسألة وجهان آخران ذكرهما العلامة (٢):

أحدهما: تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل، لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، ولأن الأصل مع الاشتراك التساوي، ولصدق العمل على كل

(١) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣ كتاب الشركة.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٢.

الثامنة: إذا باع الشريكان سلعة صفقة، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

واحد منهما، والأصل عدم زيادة أحد العاملين على الآخر، والحاصل تابع للعمل. ويضعف بمنع كون الأصل في المال أو العمل التساوي، بل الأصل هنا يرجع إليه، لأن زيادة مال شخص أو عمله على آخر ونقصانه ومساواته له ليس أصلاً، لا بحسب العادة ولا في نفس الأمر، وإنما يتم ذلك لو اشتركا في سبب ملك كالاقرار والوصية والوقف ويشته الحال، فهنا يمكن الرجوع إلى الأصل، لاشتراكهما في أصل السبب، والأصل عدم التفاوت، لأن اثبات الزيادة لأحدهما يتوقف على أمر زائد في لفظ الاقرار أو الوصية أو الوقف ونحو ذلك، والأصل عدمه، بخلاف ما نحن فيه، لأن أحد العاملين غير الآخر، والاحتمال قائم في تفاوتهما وتساويهما على حد سواء. وأيضا ما ذكره من تعليقه وارد فيما لو امتاز لأحدهما أكثر عمله واشتبه بعضه بمجموع مال الآخر، فإن أصالة عدم زيادة أحد المالكين على الآخر وارد فيه، فيلزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزء يسير منه، وهو باطل. والوجه الثاني: الرجوع إلى الصلح، لأنه طريق إلى تيقن البراءة، كما في كل مال مشتبه، ولا شبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه، وإلا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية.

قوله: " إذا باع الشريكان سلعة... الخ "

موضع البحث ما إذا كان بين شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب كون سببه واحدا، كبيع سلعة وميراث وإتلاف ونحو ذلك. والمصنف فرضه في بيع الشريكين سلعة صفقة ليناسب باب الشركة بالمعنى الثاني، فإنها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يستثمر الربح. واحترز بقوله: " صفقة " عما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد، وإن كان العقدان لواحد، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما عن حقه إجماعاً. ولا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعدداً، لأن الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك. إذا تقرر ذلك، فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه

من الدين، فإذا استوفاه شاركه الآخر فيه على ما اختاره المصنف والشيخ (١) وأكثر الأصحاب (٢). وهو مروى من طرقهم في عدة أخبار (٣)، إلا أنها قاصرة عن الاستدلال بها، لإرسال بعضها وضعف الآخر، وعدم صراحة المطلوب في بعضها. وعللوه مع ذلك بأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه كان بينهما. وذهب ابن إدريس (٤) إلى أن لكل منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر فيه، محتجا بأن لكل واحد منهما أن يبرئ الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الآخر، ومتى أبرأه برئ من حقه وإن بقي حق الآخر. وكذا إذا صالح عليه. فكما لا يشارك من وهب وصالح للمستوفي الآخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى. ولأن متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت، ولم يبق عوضها إلا دين في ذمته، فإذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركة، بل من أمر كلي في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، وهنا ليس كذلك، لأنه إنما قبض لنفسه. ولا يخفى ضعف الملازمة السابقة. وأما دليله الثاني فلا بأس به، ويعضده وجوه أخرى:

منها: أنه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق، لكن المقدم حق اتفاقا فالتالي مثله. بيان الملازمة: أن وجوب الأداء بالمطالبة بحصة توجه الشريك فرع التمكّن من تسليهما، لاستحالة التكليف بالمتنع، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها على أنها للشريك ودفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق. ومنها: أنه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبض، وهو تسلط

- (١) الخلاف ٣: ٣٣٦ مسألة ١٥ كتاب الشركة، المبسوط ٢: ٣٥٨.
(٢) كالقاضي في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٥، والسيد ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٤، وابن حمزة في الوسيلة ٢٦٣.
(٣) الوسائل ١٣: ١٧٩ ب " ٦ " من أبواب أحكام الشركة، وص ١٥٩ ب " ١٣ " من أبواب أحكام الضمان، و ١١٦ ب " ٢٩ " من أبواب الدين ح ١.
(٤) السرائر ٢: ٤٠٢.

الترجيح بغير مرجح؟!.

قلنا: المرجح هنا موجود، وهو أن القابض قد رضي بتعيين حقه أجمع في المعين، لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته، والحال أنه ليس مجموع ما في الذمة حتى يحكم ببطالانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين، وإنما هو بقدر حقه، فإذا لم يختر الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه، لقدومه على ذلك في ابتداء القبض، وإنما توقف على أمر وقد حصل، وبقي القدر الآخر باقيا في ذمة المديون للشريك. ومن هنا وجب على الغريم الدفع إليه، لأنه بقدر حقه، وأمره يؤول إلى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه، وكلاهما يجب الدفع إليه. والشريك وإن لم يجب الدفع إليه قبل المطالبة إلا أن هذا المدفوع لم يجب دفعه لأجله بل لأجل الشريك المطالب، وإنما يجب مشاركة الغريم الآخر بمطالبته.

والحاصل: أن الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم، وإنما كان موقوفا على أمر الشريك، فإذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض، واستقر ملكه على المقبوض. وبهذا يندفع جميع الوجوه المذكورة.

إذا تبين ذلك فنقول: هذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تاما، لتعيينه له على التقديرين، بل على القولين، فنماؤه قبل اختيار الشريك له، وتلفه عليه. وأما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا متزلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم، أو مشاركته له فينتقل ملكه إليه، فإن اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض، وتبعه النماء، وإن اختار أخذه ففي ملكه له من حين قبضه أو قبض شريكه الأول احتمالا. ولعل الثاني أوجه، لأنه حينئذ يكون بمنزلة عقد الفضولي فيتبين بإجازته انتقال الملك من حين العقد لا من حين الإجازة. وأما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين، لقدومه على ضمانه، ولعموم "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" (١) أو إطلاقها.

(١) غوالي اللثالي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود: ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.

التاسعة: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة، صحت الإجارة، ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة.

واعلم أن القابض لو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فليبيع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمن معين، فيختص به. ومثله الصلح عليه، بل أولى بالجواز. وكذا لو أبرأه من حقه واستوهب عوضه، أو أحال به على المديون بما عليه وكان كالقبض. وإنما يأتي الخلاف في ذلك مع حلول الحقين معا، فلو كان حق أحدهما مؤجلا، إما بالعقد الأول أو باشرطه في عقد لازم، لم يشارك الآخر فيما قبض قبل حلول الأجل، لأنه لا يستحق الآن شيئا. وتمكنه من تأجيله يقتضي جواز قبض الحصة منفردة، لاستلزامه تمييز حصته من حصة الآخر. وكذا لو ضمن ضامن لأحد الشريكين حصته، فإن الضمان صحيح لتناول الأدلة له، فيختص بأخذ المال المضمون من الضامن. وهو يقتضي إمكان أخذ الحصة منفردة عن الأخرى، كما تقدم.

وبالحملة: فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوة، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى.

قوله: " إذا استأجر للاحتطاب - إلى قوله - في تلك المدة "

جواز الاستيجار على تحصيل ذلك ونحوه من المباحات بينى على ما سلف (١) من أن تملكها هل يكفي فيه مجرد الحيازة، أم لا بد معها من نية التملك؟ فإن اكتفينا بالحيازة لم يصح الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها، لأن المستناب يملكها بمجرد الحيازة، فلا يتصور ملك المستأجر والموكل لها. وإن قلنا بافتقاره إلى النية صح الاستيجار والتوكيل أيضا، لأن الملك لما كان تابعا للنية فإذا نوى تملك غيره مع كونه نائبا له صح. وكذا يصح على القول بعدم اعتبار النية، بل يعتبر أن لا ينوي ما ينافي الملك، كما اختاره بعض الأصحاب (٢). وحينئذ فإذا نوى بذلك المستأجر صح وملك

(١) في ص: ٢٢٥.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٥٢.

ولو استأجره لصيد شئ بعينه، لم يصح، لعدم الثقة بحصوله غالبا.

المستأجر.

والمصنف - رحمه الله - جزم هنا بالصحة مع ترده فيما سبق في اشتراط النية، فهو إما رجوع إلى الجزم باعتبارها بعد التردد، أو اختيار للقول الآخر الذي حكيناه، فإنه لا ينافي عدم اشتراط النية.

وبقي في المسألة بحث آخر: وهو أنه على القول بصحة الإجارة على أحد القولين إنما يقع الملك للمستأجر مع نية الأجير الملك له، أو مع الاطلاق على القول الآخر، أما مع نية الملك لنفسه فيجب أن يقع له، لحصول الشرط على جميع الأقوال، واستحقاق المستأجر منافعه تلك المدة لا ينافي ذلك، فإنه لا يقصر عما لو عمل عملا لغير المستأجر، فإنه يقع حسب ما أوقعه، ولكن يثبت للمستأجر عليه أجرة تلك المدة التي فوت فيها العمل، على تفصيل يأتي (١) في ذلك إن شاء الله تعالى، فليكن هنا كذلك. وربما فرق بين عمله لنفس ما استؤجر على فعله وغيره، ففي الأول يكون الجميع للمستأجر، لاستحقاقه إياه بالعقد، بخلاف ما إذا عمل في مدة الإجارة غير ما استأجره عليه، فإنه حينئذ يتخير كما فصل. وفي الفرق نظر. قوله: " ولو استأجره لصيد شئ بعينه لم يصح، لعدم الثقة بحصولها غالبا ".

لما كان ضابط المستأجر عليه كونه مقدورا للأجير حيث يقصد منه مباشرته، فلا يصح الاستيجار لتحصيل صيد معين مالك لأمره، لأن مثل ذلك لا يعد مقدورا موثوقا به عادة، بخلاف الصيد المطلق، فإن العادة قاضية بإمكانه، إذ لا بد من القدرة على شئ منه كيف اتفق غالبا.

(١) في الفصل الثاني من كتاب الإجارة الشرط الرابع.

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما، طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه. ويقال للعامل: مضارب - بكسر الراء - لأنه الذي يضرب في الأرض ويقبله. ولم يشتق أهل اللغة لرب المال من المضاربة اسما. وهذه لغة أهل العراق.

وأما أهل الحجاز فيسمونه قراضا، إما من القرض وهو القطع، ومنه المقرض، لأنه يقرض به، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل، أو اقتطع له قطعة من الربح. أو من المقارضة، وهي المساواة والموازنة، يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره. ومنه قيل: "قارض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك" (١) يريد: ساوهم فيما يقولون. ووجهه: أن المال هنا من جهة مالكة والعمل من جهة العامل، فقد تساويا في قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما في الربح وتساويهما في أصل استحقاقه وإن اختلفا في كميته. ويقال منه للمالك مقارض بالكسر، وللعامل مقارض بالفتح.

واعلم أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما، أو لا يشترط شيئا. فإن شرطاه بينهما فهو قراض، وإن شرطاه

(١) راجع النهاية لابن الأثير ٤: ٤١ وجواهر العقود ١: ٢٣٩.

الأول

في العقد

وهو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نض المال أو كان به عروض.

ولو اشترط فيه الأجل، لم يلزم. لكن، لو قال: إن مرت بك سنة مثلا، فلا تشتت بعدها وبع، صح، لأن ذلك من مقتضى العقد،

للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئا فكذا ذلك إلا أن للعامل أجره المثل. وعقد القراض مركب من عقود كثيرة، لأن العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي أمين، ومع ظهوره شريك، ومع التعدي غاصب، وفي تصرفه وكيل، ومع فساد العقد أجير.

قوله: " وهو جائز من الطرفين، سواء نض المال أو كان به عروض " .

لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين، ولأنه وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة، وهما جائزان أيضا.

والمراد بانضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان أولا. وتعلق العروض به بالنظر إلى أصله وإلا فالعروض أيضا مال، فلو قال: " أو كان عروضاً " كان أقعد. قوله: " ولو اشترط فيه الأجل لم يلزم - إلى قوله - من مقتضى العقد " .

أي لم يلزم العقد مدة الأجل، بل يصح فسخها قبله، ولكن العقد والشرط صحيحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأن التصرف تابع للإذن، ولا إذن بعده، وأما العقد فلأن الشرط المذكور لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه

وليس كذلك لو قال: على أي لا أملك فيها منعك، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد.

ولو اشترط أن لا يشتري إلا من زيد، أو لا يبيع إلا على عمرو، صح. وكذا لو قال: على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني، أو ثمرة البستان الفلاني، سواء كان وجود ما أشار إليه عاما أو نادرا.

الإطلاق. وكذا القول في قوله: "إن مرت بك سنة فلا تشتري" لأن أمر البيع والشراء منوط بأمر المالك، فله المنع منهما بعد السنة، فمن أحدهما أولى. ومثله ما لو عكس بأن قال: "لا تبع واشتر" وإنما لم يذكره لأن البيع هو المقصود في هذا الباب لجلب الربح وتحصيل الانضاض.

قوله: "وليس كذلك لو قال: على أي لا أملك فيها منعك، لأن ذلك مناف لمقتضى العقد".

لأن مقتضاه أن لكل من المتعاقدين فسخه، كما هو شأن العقود الجائزة، فإذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط.

قوله: "ولو شرط أن لا يشتري - إلى قوله - نادرا".

لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها، وإن ضاقت بسببها التجارة، وإطلاق النصوص دال عليه. ونبه به على خلاف بعض العامة (١) حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادرا أو مضيقا. وحيث يقع التعيين على أحد الوجوه فخالف العامل ضمن المال، لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه، سواء في ذلك المخالفة في النوع وفي السفر وفي جهته، لصحیحة الحلبي ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الباقر والصادق عليهما السلام (٢). ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفا أو موقوفا على الإجازة.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٨٤، المهذب ضمن المجموع ١٤: ٣٦٩، والمنهاج ضمن مغني المحتاج ٢: ٣١١.

(٢) الوسائل ١٣: ١٨١ ب " ١ " من أبواب أحكام المضاربة.

ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم، قيل: يفسد، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال. وفيه تردد.

قوله: " ولو اشترط أن يشتري أصلاً - إلى قوله - وفيه تردد ".
أي مقتضى عقد المضاربة أو مقتضى القراض الذي هو رديفها التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة. وهذا ليس كذلك، لأن فوائده تحصل بغير تصرف، بل من عين المال.

ووجه الصحة: أنه حصل بسعي العامل، إذ لولا شراؤه لم يحصل النماء، وذلك من حملة الاسترباح بالتجارة. ويضعف بأن الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد، لا نماءه الحاصل مع بقاء عين المال، وبأن المضاربة تقتضي معاوضتين إحداهما بالشراء والأخرى بالبيع، وأقل ما يتحققان بمرة، وبهما يظهر الربح والانضاض، والمضاربة تدل على ملك العامل لهما بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن، فمنعه من أحدهما مخالف لمقتضاها.

فإن قيل: هلا كان ذلك كتنقييد المالك عليه في الشراء المعين، أو من معين، أو البيع عليه، ونحو ذلك مما كان يدخل في إطلاقها وبالتقييد خرج، ولم يناف ذلك مقتضاها.

قلنا: الفرق بينهما حصول أصل المقتضى وهو البيع والشراء وتحصيل الربح بما ذكر، وإنما قيد موضوعها، بخلاف المتنازع، فإن المقتضى لم يتحقق أصلاً، كما بيناه.

وعلى القول بالفساد يصح الشراء المذكور بالإذن، ويكون النماء الحاصل بأجمعه للمالك، لأنه نماء ملكه، وعليه أجره المثل للعامل.
واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعاملة، وإلا فلا يمتنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غلة فظهرت غلته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها، لامكان تحصيله من أصل المال أيضاً.

وإذا أذن له في التصرف، تولى باطلاق الإذن ما يتولاه المالك، من عرض القماش والنشر والطي، وإحرازه، وقبض الثمن، وإيداعه الصندوق، واستئجار من جرت العادة باستئجاره، كالدلال والوزان والحمال، عملا بالعرف. ولو استأجر للأول، ضمن الأجرة. ولو تولى الأخير بنفسه، لم يستحق أجرة.

قوله: " ولو أذن في التصرف - إلى قوله - لم يستحق أجرة ". المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربة، إذ لا يفتقر العامل معها في جواز التصرف إلى إذن آخر، وكان حقه أن يقول: ولو أطلق العقد تولى العامل بالاطلاق ما ذكر.

وحاصل ذلك: أن المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح كان اطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه، من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيّه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، وإيداعه الصندوق، ونحو ذلك. وهذا النوع لو استأجر عليه فالأجرة عليه خاصة، حملا للاطلاق على المتعارف. أما ما جرت العادة بالاستئجار عليه، كالدلالة، والحمل، ووزن الأمتعة الثقيلة، التي لم تجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر، فله الاستئجار عليه، حملا على المعتاد أيضا. ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق أجرة، لأنه متبرع في ذلك. ولو قصد بالعمل الأجرة كما يأخذ غيره، توفيرا على نفسه وتوسعا في المكسب، ففي استحقاقه لها وجه، خصوصا على القول بأن للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه وفي الشراء أن يشتري من نفسه، فيكون للوكيل في الاستئجار أن يستأجر نفسه. ولكن إطلاق المصنف والجماعة يقتضي العدم. ولو أذن له المالك في ذلك فلا إشكال.

والمراد بقوله: " واستئجار من جرت العادة باستئجاره " مثل الدلال ومن ذكر معه، لأن " من " موضوعة لمن يعقل. ولو قال: " الاستئجار لما جرت العادة بالاستئجار له " كان أشمل، ليشمل مثل استئجار الدابة، إذ لا يدخل في عموم " من " ويدخل فيما ذكرناه. وإطلاق الاستئجار على مالها مجاز بعيد.

وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال، على الأظهر.

قوله: " وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر ".
المراد بـ " بكمال النفقة " نفقة السفر أجمع. واحترز به عن القدر الزائد عن نفقة
الحاضر، فإن القول الآخر أنه لا ينفق من المال سواه، للاجماع على أن نفقة الحاضر
على نفسه، فما سواه في السفر يحتسب عليه أيضا والزائد على القراض. وقيل: إن
جميع نفقة السفر على نفسه كنفقة الحاضر. والأقوى الأول، لصحيفة علي بن جعفر،
عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: " في المضاربة ما أنفق في سفره فهو من جميع
المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه " (١)، و" ما " للعموم.
ووجه الثاني: أنه إنما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أما غيرها فسواء كان
مسافرا أم حاضرا لا بد منها، فلا يكون السفر علة فيه.
ووجه الثالث: أن الربح مال المالك، والأصل أن لا يتصرف فيه إلا بما دل
عليه الإذن، ولم يدل إلا على الحصة التي عينها له، وهو لم يدخل إلا عليه، فلا
يستحق سواه. والأقوى الأول، عملا بالنص الدال عليه. وهو مع ذلك أشهر بين
الأصحاب.

إذا تقرر ذلك: فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي، وهو ما يجب فيه التقصير
فلو كان قصيرا أو أقام في الطويل وأتم الصلاة فنفقة تلك المدة على المال. نعم، يجب
الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجارة، فلو أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة.
والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه فيه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب،
وآلات ذلك كالقربة والجوالق، وأجرة المسكن، ونحو ذلك، ويراعي فيها ما يليق
بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يحتسب له، لأنه
لم ينفق ذلك. وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده إلى
التجارة، أو تركه وديعة إلى أن يسافر، إذا كان ممن يتكرر سفره ولم يكن يبعه أعود
على التجارة من تركه.

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٧، الوسائل ١٣: ١٨٧ ب " ٦ " من أبواب
كتاب المضاربة ح ١.

ولو كان لنفسه مال غير مال القراض، فالوجه التقسيط.

ولو شرط فيه عدم النفقة لزم الشرط للعامل، فلا ينفق. ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرع محض. ولو شرطها فهو تأكيد على القول بثبوتها، ومخرج من الخلاف. وهل يشترط تعيينها حينئذ؟ وجه قوي، حذرا من الجهالة في الشرط الذي هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع، خصوصا على القول بعدمها. وينبه عليه اشتراط نفقة الأجير حيث لا يثبت على المستأجر. ويحتمل على القول بثبوتها عدم وجوب ضبطها، لثبوتها بدون الشرط، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل. ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، وإن قصر المال. نعم، لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل. وإنما ينفق في سفر مأذون فيه، فلو سافر إلى غيره، إما يتجاوز المأذون أو إلى غير جهته، فلا نفقة له وإن كانت المضاربة ثابتة. ومؤنة المرض الموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة، لأنهما لم يتعلقا بالتجارة. قوله: " ولو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط ". وجه التقسيط ظاهر، لأن السفر لأجلهما، فنفقته عليهما. وهل التقسيط على نسبة المالكين، أو نسبة العاملين؟ وجهان، أجودهما الأول، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر إلى العمل. ثم إن قلنا بوجوب كمال النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه، وإن قلنا إنما تجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما، والباقي على ماله. وربما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة. وهو ضعيف، لوجود المقتضي في الموضوعين. ولو كان معه قراض آخر لغير صاحب الأول وزعت النفقة عليهما أيضا على قدر المالكين أو العاملين كما مر. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما وأطلق، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين، لأن ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل. هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر، أما لو علم صاحب القراض الأول بالثاني، وشرط على ماله كمال النفقة، جاز واختصت به، ولا شيء على الثاني.

ولو أنفق صاحب المال مسافرا، فانتزع المال منه، فنفقة عوده من خاصته (١).

وللعامل ابتياع المعيب، والرد بالمعيب، والأخذ بالأرث (٢). كل ذلك مع الغبطة.

ويقتضي إطلاق الإذن، البيع نقدا، بثمن المثل، من نقد البلد.

قوله: " ولو أنفق صاحب المال... الخ "

لأن النفقة سفرا إنما استحققت بالمضاربة وقد ارتفعت بالفسخ، ولا غرر عليه، لدخوله على عقد يجوز فسخه كل وقت. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢) حيث أثبت له نفقة الرجوع، لأنه استحقها حين السفر. وهو ممنوع. قوله: " وللعامل ابتياع المعيب - إلى قوله - مع الغبطة "

الفرق بينه وبين الوكيل - حيث لا يسوغ له شراء المعيب - أن الغرض الذاتي هنا الاسترباح، وهو يحصل بالصحيح والمعيب، فلا يتقيد بالصحيح. وهو على تقدير شرائه جاهلا بالمعيب يتخير من (٤) الأمرين - بين الرد والامساك بالأرث - ما فيه الغبطة بالنظر إلى التجارة، فقد يكون الرد أغبط وقد يكون أخذ الأرث، فلذلك يتخير بينهما، بخلاف الوكيل، فإن شراؤه ربما كان للقنية، والمعيب لا يناسبها غالبا، فحمل الإطلاق على الصحيح عملا بالمتعارف.

قوله: " ويقتضي الإطلاق، الإذن في البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد "

لما كان إطلاق عقد المضاربة محمولا على المتعارف في التجارة والمحصل للأرباح ووجب قصر تصرف العامل على ما يحصل به الغاية، فله البيع نقدا لا نسيئة،

(١) في متن الجواهر: منه خاصة.

(٢) في الشرائع الحجرية و متن الجواهر والمسالك: وأخذ الأرث.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٣.

(٤) في "س" و "م" و "و" ب: " بين الأمرين. والصحيح ما أثبتناه، ولكن الأولى إسقاط كلمة بين في قوله: بين الرد والامساك.

ولو خالف لم يمض، إلا مع إجازة المالك. وكذا يجب أن يشتري بعين المال.

لما فيها من التغيير بمال المالك، وبثمن المثل لا بدونه، للتضييع مع القدرة على تحصيل الزائد، والأمر فيهما واضح. وأما البيع بنقد البلد فالإطلاق في الوكالة منصرف إليه، وهو في معنى الوكالة، فمن ثم أطلقه المصنف وقبله الشيخ (١) وجماعة (٢). لكن قد عرفت أن المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب، لأن الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض. والأقوى جوازه بها مع الغبطة. واحترز به عما لو أذن له في شيء من ذلك خصوصاً أو عموماً، كـ "تصرف كيف شئت، أو بحسب رأيك ونظرك" ونحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعرض (٣) قطعاً. أما النقد وثمان المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح. نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس فيه عادة.

قوله: "ولو خالف لم يمض إلا مع إجازة المالك". إذا خالف ما دل عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلاً، بناء على جواز بيع الفضولي، لكن يقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، ثم إن قدر على تحصيل النسبة، وإلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة، وإلا وجب الاسترداد مع إمكانه، ولو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد، ولا التفاوت في صورة النقيصة، لأنه مع عدم إجازة البيع يقع باطلاً، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير إذن شرعي. وفي المسألة احتمالات آخر مدخولة.

قوله: "وكذا يجب أن يشتري بعين المال".

- (١) الخلاف ٣: ٤٦٢ مسألة ٨ كتاب القراض، المبسوط ٣: ١٧٤.
(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٤ والحلي في الجامع للشرائع: ٣١٧.
(٣) في هامش "و" و"ن": "من عجيب ما اتفق للعلامة في التذكرة في هذه المسألة أنه ذكرها في ورقة واحدة خمس مرات، وأفتى في ثلاث منها بجواز البيع بالعرض وفي اثنين بعدمه. فتأمل. منه رحمه الله" راجع التذكرة ٢: ٢٣٦ - ٢٣٧.

ولو اشترى في الذمة، لم يصح البيع، إلا مع الإذن. ولو اشترى في الذمة لا معه، ولم يذكر المالك، تعلق الثمن بذمته ظاهرا. ولو أمره بالسفر إلى جهة، فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياح شيء معين، فابتاع غيره، ضمن. ولو ربح والحال هذه، كان الربح بينهما، بموجب الشرط.

لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر، إذ ربما يتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع. ولأن المقصود من العقد أن يكون ربح المال بينهما، ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال. قوله: " ولو اشترى في الذمة لم يصح إلا مع الإذن ". أي لم يقع لازما - فأطلق الصحة على اللزوم - بل يقع موقوفا على إجازته. ويمكن أن يريد بالإذن ما يشمل الإجازة، ويريد بالصحة معناها المتعارف. والأول أعرف. قوله: " ولو اشترى في الذمة لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهرا ".

هذا إذا لم يذكر المالك في الشراء لفظا، وإلا بطل العقد مع عدم إجازته. ولو ذكره فيه خاصة وقع للعامل ظاهرا كما ذكر، ووجب عليه التخلص باطنا من حق البائع. وسيأتي - إن شاء الله - في الوكالة تحقيق ذلك (١). ولو لم يذكره لفظا ولا نية وقع له ظاهرا وباطنا. قوله: " ولو أمره بالسفر - إلى قوله - بموجب الشرط ". المراد أن المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة، وإن وجب الضمان والإثم في التصرف غير المأذون. والربح بينهما على حسب الشرط، للنصوص الصحيحة (٢)

(١) في الفصل الرابع من كتاب الوكالة.

(٢) انظر الوسائل ١٣: ١٨١ ب " ١ " من أبواب كتاب المضاربة.

وبموت كل واحد منهما، تبطل المضاربة، لأنها في المعنى وكالة.

الدالة عليه، وإلا لتوجه الاشكال إلى صحة الابتاع المخالف، لوقوعه بغير إذن، فينبغي أن يكون فضوليا. وكأن السبب في ذلك أن الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح، وباقي التخصيصات (١) عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة، لحصول المقصود بالذات.

وبالجملة: فالمستند للنص الصحيح، وعمل الأصحاب به. ويجب تقييد المخالفة في جهة السفر بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته الجهة في المعنية أو يزيد، فلو كان ناقصا بما لا يتغابن بمثله لم يصح، كما لو باع بدون ثمن المثل. واعلم أن العامل لا يجوز له السفر مطلقا بدون إذن المالك عندنا، سواء كان الطريق مخوفا أم آمنا، لما فيه من التغرير في الجملة المنافي للاكتساب، لقول النبي صلى الله عليه وآله: " المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله " (٢)، أي على هلاك. وحيث يأذن له فيه فإن أطلق تخير في الجهات، وإن عين له جهة تعينت كما ذكر. وعبارة المصنف خالية عن تحريم السفر مطلقا بغير إذنه، فلذلك نبهنا عليه. قوله: " وموت كل منهما تبطل المضاربة، لأنها في معنى الوكالة ". لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به، من موت كل منهما، وجنونه، وإغمائه، والحجر عليه للسفه، لأنه متصرف في مال غيره بإذنه، فهو كالوكيل. ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده، ولا بين أن يكون قد ظهر ربح وعدمه.

ثم إن كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح فيه، أخذه الوارث. وإن كان فيه ربح اقتسامه. وتقدم حصته العامل على جميع الغرماء، لملكه لها بالظهور، فكان شريكا للمالك، ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة. وإن كان المال عروضيا فللعامل بيعه إن ربح، وإلا فلا. وللوارث إلزامه بالانضاض إن شاء مطلقا.

(١) في " ه " : الخصوصيات.

(٢) راجع الأحكام القرآن للقرطبي ٥ : ١٥١، والنهاية لابن الأثير ٤ : ٩٨.

وسياتي الكلام في ذلك في مسألة الفسخ (١). وإن كان الميت العامل، فإن كان المال ناضا ولا ربح أخذه المالك. وإن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصتهم منه. ولو كان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنضيف، فإن أذن المالك للوارث فيه جاز. وإلا نصب له الحاكم أمينا يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصة الوارث إليه، وإلا سلم الثمن إلى المالك. وحيث حكم ببطان المضاربة بالموت وأريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى، من إنضاض المال والصيغة وغيرهما.

(١) في ص ٣٨٣ - ٣٨٥.

(٣٥٤)

الثاني
في مال القراض
ومن شرطه أن يكون عينا، وأن يكون دراهم أو دنانير. وفي
القراض بالنقرة تردد.

قوله: " ومن شرطه أن يكون عينا، وأن يكون دراهم أو دنانير ".
اشتراط ذلك في المال موضع وفاق، نقله في التذكرة (١)، وهو العمدة. وعلل
مع ذلك بأن ما في الذمة لا بد من تحصيله أولا، ولا يجوز ضم عمل إلى التجارة،
وأن المضاربة معاملة تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول، والربح غير متيقن
الحصول. وإنما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة، فتختص بما تسهل التجارة
به وتروج في كل وقت وحال، وهو النقدان. ولا يخفى أن إثبات الحكم بمثل هذه
التعليقات بعيد، والعمدة على نقل الاجماع.
قوله: " وفي القراض بالنقرة تردد ".

النقرة - بضم أوله - القطعة المذابة من الذهب والفضة. ومنشأ التردد فيها من
عدم كونها دراهم ودنانير الذي هو موضع الوفاق، ومن مساواتها لهما في المعنى، حيث
إنها من النقدين وإنما فاتها النقش ونحوه، وانضباط قيمتها بهما، وأصالة الجواز.
وهذا كله مندفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحدهما. ومع ذلك لا نعلم قائلًا
بجوازه بها، وإنما ذكرها المصنف مترددا في حكمها، ولم ينقل غيره فيها خلافا. وإذا
كانت المضاربة حكما شرعيا فلا بد من الوقوف على ما ثبت الإذن فيه شرعا. وربما

(١) التذكرة ٢: ٢٣٠.

ولا يصح بالفلوس، ولا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقل أو أكثر، ولا بالعروض. ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصة فاصطاد، كان الصيد للصائد، وعليه أجره الآلة.

أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة، فإن صح هذا الاسم كان التردد من حيث إنها قد صارت دراهم ودنانير، وإنما تخلفت السكة، وهي وصف في النقدين ربما لا يقدح، خصوصا إذا تعومل بها على ذلك الوجه، ومما تقدم من وجوه المنع. قوله: " ولا يصح بالفلوس، ولا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقل أو أكثر ".

هذا إذا لم يكن متعاملا بالمغشوش، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة، وصح جعله مالا للقراض، سواء كان الغش أقل أم أكثر. قوله: " ولا بالعروض ".

العروض - بضم العين - جمع عرض - بفتحها ساكن الوسط ويحرك - وهو المتاع وكل شيء سوى النقدين، ذكره في القاموس (١). وعلى هذا كان يستغني بذكرها عما تقدم منعه، لدخوله فيها. ولكن حكى الجوهري (٢) عن أبي عبيد أن العروض هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيوانا، ولا عقارا. وحينئذ فلا يشمل الفلوس، ولا النقرة، إلا أن المعنى الأول أنسب بالمقام، ويمكن أن يكون وجه تخصيص تلك الأفراد ما فيها من شبهة الجواز. وعدم جواز المضاربة بالعروض موضع وفاق. وعلل مع ذلك بأنه لا يتحقق فيها الربح، لأنه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في أصل المال أو يستغرقه، وربما نقصت قيمتها فيصير رأس المال ربحا. والاعتماد على الاتفاق.

قوله: " ولو دفع آلة الصيد - إلى قوله - وعليه أجره الآلة " . وذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها، فإن مقتضاها تصرف العامل في رقبة المال، وهنا ليس كذلك، وليس بشركة لأنه مركبة من شركة الأبدان وغيرها،

(١) القاموس ٢: ٣٣٤.

(٢) الصحاح ٣: ١٠٨٣.

ويصح القراض بالمال المشاع، ولا بد أن يكون معلوم المقدار، ولا يكفي المشاهدة. وقيل: يصح مع الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره.

ولتمييز مال صاحب الشبكة، ولا بإجارة، وهو ظاهر. وحينئذ فالحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد. وقد سبق الكلام على نظيره (١)، ويعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه، لأن ظاهر الحال دخوله على الشركة. وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما من أجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك. ولو كان المدفوع إليه بدل الشبكة دابة ليحمل عليها ويركب بالأجرة والحاصل بينهما، فالحاصل بأجمعه لصاحب الدابة، وعليه أجرة مثل العامل، ولم تصح المعاملة أيضا لعين ما ذكر. والفرق بين الشبكة والدابة - في كون الحاصل لصاحب الدابة دون مسألة الشبكة - أن الأجرة تابعة للعمل، والعمل في الدابة حاصل منها، وفي الصيد من الصائد، والشبكة تبع لعمله، كما أن التسبب بحمل الدابة وعملها تابع لها، فيكون الحاصل للعامل. ولا مدخل هنا للنية كما في مسألة الصيد. قوله: " ويصح القراض بالمال المشاع ".

لأن المشاع معين في نفسه، وجامع لباقي الشرائط، فيصح القراض به. ولا فرق بين أن يكون عقده واقعا مع الشريك وغيره.

قوله: " ولا يكفي المشاهدة - إلى قوله - مع التنازع في قدره " .
القولان للشيخ (رحمه الله) الأول في الخلاف (٢)، والثاني في المبسوط (٣). ومنشأ الاختلاف من زوال معظم الغرر بالمشاهدة، وبقاء الجهالة. والأصح الأول. وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. وقواه في المختلف (٤)، محتجا بالأصل، وقوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند

(١) في ص: ٣٢٣.

(٢) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٧ كتاب القراض.

(٣) المبسوط ٣: ١٩٩.

(٤) المختلف: ٤٨٣.

ولو أحضر مالين وقال: قارضتك بأيهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض.
وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه، ضمن.

شروطهم " (١). ولا إشكال في أن القول قول العامل مع يمينه في قدره، سواء صحت المعاملة أم لا، لأنه منكر. وحينئذ فنفرع قوله: " ويكون " على الصحة مع المشاهدة باعتبار أنه إذا لم يصح لا يدفع إليه المال غالباً، فلا يقع التنازع، لكن لو فرض كان حكمه كذلك. وكذا لو اختلفا في قدره في غير هذه الصورة. قوله: " ولو أحضر مالين - إلى قوله - لم ينعقد بذلك قراض " .
لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد. ولا فرق في المالين بين كونهما متساويين جنساً وقدرًا ومختلفين، خلافاً لبعض العامة (٢) حيث جوزوه مع التساوي. قوله: " وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن " .

هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه، فكان ضامناً. وهل يكون ضامناً للجميع، أو للقدر الزائد على مقدوره؟ قولان، من عدم التمييز، والنهي عن أخذه على هذا الوجه، ومن أن التقصير بسبب الزائد فيختص به. والأول أقوى. وربما قيل: إنه إن أخذ الجميع دفعة فالحكم كالأول، وإن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة.

ويشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز. ولو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن، إما لقدمه على الخطر، أو لأن عمله بذلك يقتضي الإذن له في التوكيل. وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد، به إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد. والمراد بالعجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة، وهذا يحصل حال العقد، فمن ثم فرق بين علم المالك وجهله. ولو كان

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.
(٢) المنهاج راجع مغني المحتاج ٢: ٣١٠.

ولو كان له في يد غاصب مال، فقارضه عليه صح، ولم يبطل
الضمان، فإذا اشترى به، ودفع المال إلى البائع، برئ، لأنه قضى دينه
بإذنه.

قادرا فتجدد العجز وجب عليه رد الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه وهو عاجز عنه،
وإمكان التخلص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مر.
قوله: " ولو كان في يد غاصب - إلى قوله - لأنه قضى دينه بإذنه ".
قد تقدم البحث في نظير هذه المسألة في باب الرهن (١)، وأن وجه بقاء الضمان
أنه كان حاصلًا قبل ولم يحصل ما يزيله، لأن عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان،
فإنه قد يجامعه بأن يتعدى، فلا ينافيه، ولقوله صلى الله عليه وآله: " على اليد
ما أخذت حتى تؤدي " (١)، و " حتى " لانتهاء الغاية، فيبقى الضمان إلى الأداء، إما
على المالك أو على من أذن له، والدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغاية.
واستقرب العلامة (٣) زوال الضمان هنا، وتبعه ولده في الشرح (٤)، لأن القراض
أمانة، فصحة عقده يوجب كون المال أمانة، لأن معنى الصحة ترتب الأثر، ولانتفاء
علة الضمان، لزوال الغصب، ولأنه أذن في بقاءه في يده.
وفيه نظر، لأن معنى كون القراض أمانة من حيث إنه قراض، وذلك لا ينافي
الضمان من حيثية أخرى، كما لو كان غصبا، فإن الضمان قد يجامعه، كما إذا تعدى
العامل، ولا يلزم من انتفاء علة الثبوت ثبوت علة الزوال، وأما اقتضاء العقد الإذن
في القبض فضعفه ظاهر، لأن مجرد العقد لا يقتضي ذلك، وإنما يحصل الإذن بأمر
آخر، ولو حصل سلمنا زوال الضمان، كيف والعلامة قد صرح في التذكرة (٥) بأن كون
المال في يد العامل ليس شرطًا في صحة القراض، فلو قال المالك: أنا أبقى المال في
يدي وأدفع الثمن كلما اشترت متاعا، صح.

(١) في ص: ١٥ - ١٧.

(٢) عوالي الآلي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح

٣٥٦١، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٤٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٨.

(٥) التذكرة ٢: ٢٣٢.

ولو كان له دين، لم يجز أن يجعله مضاربة، إلا بعد قبضه. وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد.

فروع

لو قال: بع هذه السلعة فإذا نص ثمنها فهو قراض، لم يصح، لأن المال ليس بمملوك عند العقد.

وربما قيل بعدم زوال الضمان وإن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدم من الأدلة. ويضعف بأنه حينئذ وكيل محض وإن كان له في القبض مصلحة، لأنه حينئذ كالوكيل بجعل. ولو أسقط عنه الضمان، أو قبضه ثم رده، فلا إشكال في الزوال، كما أنه لو دفعه ثمنا إلى البائع زال إجماعا.

قوله: " وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد ". لأنه لا يخرج بالإذن عن كونه ديناً، لكن يقع القبض عن المالك، فلو اشترى به بعد ذلك كان فضولياً، لفساد عقد القراض. وقوله: " ما لم يجدد العقد " أي بعد القبض، فإنه حينئذ يقع صحيحاً. وفيه إشارة إلى صحة القبض وإن كان مترتباً على عقد فاسد.

قوله: " لو قال بع هذه السلعة - إلى قوله - عند العقد ". المراد بالمال الثمن الذي يصح به القراض، وعدم مملوكيته واضح، إذ لا يحصل إلا بعقد البيع، ولأنه مجهول، وقد تقدم (١) أن المال المجهول لا يصح به، ولأن العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع، خلافاً لبعض العامة (٢) حيث جوزوه كذلك.

(١) في ص: ٣٥٧.

(٢) في هامش " ه " و " و " و " ن ": " هو أبو حنيفة حيث جعله قراضاً بعد البيع، لأن القراض في معنى الإذن، ويجوز تعليقه على شرط. منه رحمه الله ". راجع المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٦ - ٣٧، رحمة الأمة: ١٧٥.

ولو مات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث، لم يصح، لأن الأول بطل، ولا يصح ابتداء القراض بالعروض.
ولو اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنه اختلاف في المقبوض.

قوله: " ولو مات رب المال - إلى قوله - بالعروض ".
المراد: أقره بعقد مستأنف، سواء كان بلفظ التقرير أم غيره. والمانع من الصحة كون المال عروضاً، وهذا التقرير قراض جديد، لبطلان الأول بالموت، حيث إنه من العقود الجائزة، والمالك الآن غير العاقد. ولو كان المال نقداً صح تجديده قطعاً، لكن هل يصح بلفظ التقرير؟ قيل: لا، لأنه يؤذن باستصحاب الأول وإمضائه، لأن ظاهره: تركتك وأقررتك على ما كنت عليه، والحال أنه قد بطل. والأقوى الصحة إن استفاد من اللفظ معنى الإذن، لأن عقد القراض لا ينحصر في لفظ، كغيره من العقود الجائزة، والتقرير قد يدل عليه.
قوله: " ولو اختلفا في قدر رأس المال - إلى قوله - في المقبوض ".
لا فرق في ذلك بين كون المال باقياً وتالفاً بتفريط، لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو أصالة عدم الزائد، وبراءة ذمة العامل منه. وإليه أشار المصنف بقوله: " لأنه اختلاف في المقبوض "، لأن المالك يدعي أنه أقبضه الزائد وهو ينكره، والأصل عدمه. وأولى بالحكم ما لو كان تالفاً بتفريط، فإن العامل حينئذ غارم، والقول قوله في القدر.

هذا كله إذا لم يكن قد ظهر ربح، وإلا ففي قبول قوله إشكال، من جريان التعليل المذكور، وهو الظاهر من إطلاق المصنف، ومن اقتضاء إنكاره لزيادة رأس المال توفير الربح، فتزيد حصته منه، فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته منه، مع أن القول قول المالك فيه يمينه، ولأنه مع بقاء المال الأصل يقتضي كون جميعه للمالك إلى أن يدل دليل على استحقاق الزائد، ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك، وإذا كان الأصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف إلا ما أقر به للعامل فالضمان تابع للاستحقاق. وهذا هو الأقوى.

ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك، خلطا لا يتميز، ضمن، لأنه تصرف غير مشروع.

وربما قيل (١) بأن القول قول المالك إلا مع التلف بتفريط مطلقا. وهو ضعيف جدا.

قوله: " ولو خلط العامل... الخ "

لأن مال القراض أمانة، والأمانة لا يجوز خلطها كالوديعة، ولا يبطل العقد بذلك وإن أثم وضمن، فيبقى الربح بينهما على نسبة المال. هذا مع إطلاق العقد، أما لو عمم له لفظا يتناوله، كما لو قال: إفعل ما شئت، أو برأيتك، ونحو ذلك، صح مع المصلحة لا بدونها، فإن الخلط قد يكون مصلحة في بعض الأحوال.

(١) في هامش " و " و " ه " و " ن ": " القائل به الإمام فخر الدين رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله " لاحظ إيضاح الفوائد ٢: ٣٣١.

الثالث
في الربح
ويلزم الحصة بالشرط دون الأجرة، على الأصح.

قوله: " ويلزم الحصة بالشرط دون الأجرة على الأصح ".
مرجع هذا النزاع إلى أن المضاربة هل هي من العقود الصحيحة المشروعة أم لا؟ والقول بكونها صحيحة يلزم فيها للعامل ما شرط له في الحصة قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلا من أصحابنا. والأخبار بها متظافرة صحيحة من طرق أهل البيت عليهم السلام (١)، ومن طرق غيرهم (٢).
وذهب الشيخ في النهاية (٣)، وقبله المفيد (٤)، وتبعهما جماعة (٥)، إلى أن الربح كله للمالك، وللعامل عليه الأجرة، لأن النماء تابع للمال، والمعاملة فاسدة، لجهالة العوض. والجواب المنع من فساد هذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة (٦) وعموم الآيات (٧)، إن لم يحصل الاجماع. والجهالة بالعوض لا تضر في كثير من العقود كالمزارعة والمساقاة. وتبعية النماء للأصل مطلقا ممنوعة.

(١) أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥ ب " ٣ " وغيره من أبواب أحكام المضاربة.

(٢) سنن البيهقي ٦: ١١٠ - ١١١.

(٣) النهاية: ٤٢٨.

(٤) المقنعة: ٦٣٣.

أنظر الوسائل ١٣: ١٨٥ ب " ٣ " وغيره من أبواب أحكام المضاربة.

(٥) منهم سلاار في المراسم: ١٨٢، وأبو الصلاح في الكافي: ٣٤٤ و ٣٤٧. ونسبه العلامة في

المختلف: ٤٨١ إلى ابن البراج، وعبارته في المهذب ١: ٤٦٠ خلاف ذلك.

(٧) النساء: ٢٦، المائدة: ١.

ولا بد أن يكون الربح مشاعا.
فلو قال: خذه قراضا والربح لي، فسد،
ويمكن أن يجعل بضاعة، نظرا إلى المعنى. وفيه تردد. وكذا التردد لو قال:
والربح لك.

قوله: " ولا بد أن يكون الربح مشاعا - إلى قوله - وفيه تردد ".
المراد بالمشاع أن يكون بأجمعه مشتركا بينهما، ويخرج به أمور:
الأول: أن يجعل لأحدهما شيء معين والباقي للآخر. ولم يذكره المصنف.
وهو باطل اتفاقا، ولأنه ربما لا يربح إلا ذلك القدر، فيلزم أن يختص به أحدها، وهو
غير جائز. وقد ذكر المصنف فيما يأتي ما يقرب منه، وهو أن يشترط لأحدهما شيء
معين والباقي بينهما.

الثاني: أن يقول المالك: خذه قراضا والربح لي: ووجه الفساد: اختصاصه
بالربح المنافي لمقتضى العقد، فإن مقتضاه الاشتراك في الربح. وهل يكون بهذه
الصيغة بضاعة بمعنى أن العامل لا يستحق على عمله أجره، أم يكون قراضا
فاسدا، كما يقتضيه الإخلال بشرط القرض مع التصريح به؟ المشهور الثاني،
فيكون الربح للمالك، وعليه للعامل الأجرة.

ووجه الأول: النظر إلى المعنى، فإنه دال على البضاعة وإن كان بلفظ
القراض، ولأن البضاعة توكيل في التجارة تبرعا، وهي لا تختص بلفظ، وما ذكر دال
عليها، ولأنه لا يحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحيح، وذكر القراض وإن
كان منافيا بحسب الظاهر إلا أنه يمكن أن يكون هنا مأخوذا من معنى المساواة التي
هي من أحدهما المال ومن الآخر العمل من غير التفات إلى أمر آخر، وهو أحد ما
اشتق منه المعنى الشرعي، كما سبق (١). ولو قيل: إن ذلك بحسب اللغة، والحقيقة
الشرعية تأباه، أمكن أن يتجاوز فيه، فإن الحقائق اللغوية تصير مجازات شرعية، وهو
أولى من الفساد.

وفي المختلف (٢)، اختار أنه لا أجره للعامل، لأنه دخل على ذلك، فكان

(١) في ص: ٣٤٣.

(٢) المختلف: ٤٨٣.

أما لو قال: خذه فاتجر به والربح لي، كان بضاعه. ولو قال:
والربح لك كان قرضا (١).
ولو شرط أحدهما شيئا معينا، والباقي بينهما، فسد، لعدم الوثوق
بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة.

متبرعا بالعمل. وهذا يحتمل بناؤه على البضاعة، وعلى القراض الفاسد، وإن زاد
عليه بعدم الأجرة نظر إلى دخوله على التبرع، بل هذا أوضح. وهو قوي (٢).
الثالث: أن يقول: خذه قراضا والربح كله لك. ووجه فساد ما مر. ويحتمل
كونه قرضا، لدلالته عليه معنى، كما تدل السابقة على البضاعة، ولأن القرض لا
يختص بلفظ كما تقدم (٣)، بل ما دل عليه، وهذا دال عليه. فعلى هذا يكون الربح
كله للعامل، والمال مضمون عليه، ولا شيء للمالك، وعلى الأول للمالك، وعليه
للعامل الأجرة.

ومحل الاشكال إذا لم يقصد القرض ولا القراض، إما بأن لم يقصد شيئا، أو
لم يعلم ما قصد، وإلا كان قرضا في الأول وقراضا فاسدا في الثاني بغير إشكال.
قوله: "أما لو قال خذه فاتجر به - إلى قوله - كان قرضا".
الفرق بين الصيغتين اشتمال الأولى على ضمنية منافية للقرض والبضاعة،
وهي التصريح بالقراض، وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص، بخلاف
الأخيرة. هذا إذا أطلق اللفظ أو قصد القرض والبضاعة، فلو قصد القراض ففيه ما
سبق، لصلاحيه اللفظ لعقده، خصوصا مع انضمام قصده، فإن التصريح بالقراض
ونحوه في العقد ليس بشرط. ولو اختلفا في القصد المبطل احتمل تقديم المالك، لأنه
أعرف به، والعامل نظرا إلى ظاهر اللفظ، وترجيحا لجانب الصحة. ولو اختلفا في
ضمنية اللفظ قدم قول مدعي ما يصح معه العقد، لأصالة الصحة وعدم
الضمنية.

قوله: "ولو شرط أحدهما شيئا معينا - إلى قوله - فلا تتحقق الشركة".
عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلا على الفساد بانفراده، كما في عدم الوثوق

(١) في المطبوعة حديثا: كان قراضا. وهو غير صحيح.

(٢) في "س": أقوى.

(٣) في ج ٣: ٤٤٠.

ولو قال: خذه على النصف، صح. وكذا لو قال: على أن الربح بيننا، ويقضى بالربح بينهما نصفين.

بأصل الربح، وإنما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك في جميع الربح، كما تقدم (١)، ولقول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي بصير (٢): "الربح بينهما"، ومثله رواية إسحاق بن عمار عن الكاظم (٣) عليه السلام، وهنا الربح ليس بينهما وإن وثق بالزيادة، بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها لمن شرط له، فعلى هذا يفسد العقد وإن وثق بالزيادة. قوله: "ولو قال: خذه على النصف، صح".

وجه الصحة: أن المتبادر من العبارة أن الربح بينهما نصفين، وهو تعيين، أو أن المالك لا يفتقر إلى تعيين حصته، لأنه نماء ماله تابع له، وإنما يفتقر إليه العامل، فيكون المراد بالنصف أنه للعامل، لأنه المحتاج إلى الاشتراط. وفيه نظر، لأن اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف للمالك، والآخر لا يحتاج إلى ذكره، لتبعيته للمال، فيفسد، وافتقار العقد إلى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه، والقول بالصحة متجه، لتبادر المعنى الصحيح من هذا اللفظ.

قوله: "وكذا لو قال على أن الربح بيننا، ويقضى بالربح بينهما نصفين".

لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق، والأصل عدم التفاضل، كما لو أقر لهما بمال، وكما لو قال المقر: الشيء الفلاني بيني وبين زيد. وخالف في ذلك بعض الشافعية (٤) فحكم ببطان العقد، لأن البينية تصدق مع التفاوت، فحيث لم يبينها

(١) في ص: ٣٦٤.

(٢) التهذيب ٧: ١٨٧ ح ٨٢٧، الوسائل ١٣: ١٨٢ ب "١" من أبواب أحكام المضاربة ح ١٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٨٨ ح ٨٢٩، الاستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٥٢، الوسائل ١٣: ١٨٦ ب "٣".

من أبواب أحكام المضاربة ح ٥.

(٤) راجع مغني المحتاج ٢: ٣١٣.

ولو قال: على أن لك النصف، صح. ولو قال: على أن لي النصف
واقصر، لم يصح، لأنه لم يعين للعامل حصة.
ولو شرط لغلامه حصة معهما، صح، عمل الغلام أم لم يعمل. ولو
شرط لأجنبي وكان عاملا، صح. وإن لم يكن عاملا، فسد. وفيه وجه
آخر.

يتجهل استحقاق الربح. ورد بمنع صدقها على غير التساوي مع الاطلاق. نعم،
لو انضم إليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها.
قوله: " ولو قال: على أن لك النصف صح - إلى قوله - للعامل حصة ".
الفرق بين الصيغتين أن الربح لما كان تابعا للمال، والأصل كونه للمالك، لم
يفتقر إلى تعيين حصته، فإن عينها كان تأكيدا، وأما تعيين حصة العامل فلا بد منه،
لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك، كان تعيينا لحصة العامل، وبقي
الباقى على حكم الأصل، وأما إذا قال: النصف لي، لم يقتض ذلك كون النصف
الآخر لغيره، بل هو باق على حكم الأصل أيضا، فيبطل العقد.
ويحتمل الصحة وحمل النصف الآخر على أنه للعامل، نظرا إلى عدم الفرق
بين الصيغتين عرفا، وعملا بمفهوم التخصيص. ويضعف بعدم استقرار العرف على
ذلك، وضعف دلالة المفهوم. والأجود البطلان.
قوله: " ولو شرط لغلامه حصة معهما صح - إلى قوله - وفيه وجه
آخر "

الأصل في الربح أن يكون بين العامل والمالك خاصة على ما يشترطانه، فلا
يصح جعله لأجنبي. ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد، فلا يكون
أجنبيا. وأما شرط حصة لغلام أحدهما الرق فهو كشرطه لمالكه، فيصح، لأن العبد
لا يملك شيئا. ولو قلنا بملكه كان كالأجنبي.
وحيث يشترط لأجنبي بشرط عمل فلا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة،
وكونه من أعمال التجارة، لئلا يتجاوز مقتضاها.

ولو قال: لك نصف ربحه، صح. وكذا لو قال: لك ربح نصفه.

وإنما وصفه بالأجنبية مع كونه عاملا لأن المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد، وهذا المشروط له ليس كذلك، بل إنما شرط عليه عمل مخصوص، بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق، أو يدلل عليه، ونحو ذلك من الأعمال الجزئية المضبوطة، فلو جعل عاملا في جميع الأعمال كان العامل - الذي هو أحد أركان العقد - متعددا، وهو غير محل الفرض. وبهذا يندفع ما قيل من أن شرط العمل ينافي كونه أجنبيا.

والوجه الآخر الذي أشار إليه المصنف في الأجنبي قيل: إنه إذا شرط للأجنبي يصح الشرط وإن لم يعمل، لعموم "المؤمنون عند شروطهم" (١) و"أوفوا بالعقود" (٢).

وقيل: إن المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعا إلى أصله، لئلا يخالف مقتضى العقد، ولقدوم العامل على أن له ما عين له خاصة. وهذا الوجه لم يذكره غيره. وليس بمعروف، فلذلك اختلف فيه (٣).

قوله: "ولو قال: لك نصف ربحه صح. وكذا لو قال: ربح نصفه." المشهور صحة القراض في صورتين، وأنه لا فرق بينهما من حيث المعنى، لأن النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك بمقتضى الشرط. وخالف في ذلك الشيخ في أحد قولييه (٤)، فجعل الثاني باطلا، لمنافاته مقتضى القراض من أن ربح كل جزء بينهما. وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، والآخر بالعكس، وربما ربح نصفه خاصة فيختص به أحدهما، أو ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصة معلومة.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، والوسائل ١٥: ٣٠ ب "٢٠" من أبواب المهور ح ٤.

(٢) المائدة: ١.

(٣) في "ن": اختلف فيه في الترددات. وكذا في هامش "و" والظاهر أن قوله (في الترددات) من التعليق فيكون آخر العبارة كما أثبتناه. راجع إيضاح ترددات الشرائع ١: ٣١١.

(٤) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٨.

ولو قال لاثنين: لكما نصف الربح صح، وكانا فيه سواء. ولو فضل أحدهما صح أيضا، وإن كان عملهما سواء. ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه.

وأجيب بأن الإشارة ليست إلى نصف معين، بل مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال، والذي لم يربح لا اعتداد به. وحيث كان النصف مشاعا فكل جزء منه له ربح نصفه.

قوله: " ولو قال لاثنين: لكما - إلى قوله - وإن كان عملهما سواء ".
أما تساويهما مع الاطلاق فلاقتضائه الاشتراك، والأصل عدم التفضيل، ولأنه المتبادر منه عرفا، كما سبق في قوله: " بيننا " (١). وأما مع التفصيل فهو صحيح عندنا وإن اختلف عملهما، لأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، وأمر الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها، ولأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصح، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح، فإنه جائز اتفاقا، خلافا لبعض العامة (٢) حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل، قياسا على اقتضاء شركة الأبدان ذلك. والأصل والفرع عندنا باطلان.

قوله: " ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه ".
لأنه منكر للزائد، ولأن الاختلاف في فعله، وهو أبصر به، ولأن الأصل تبعية الربح للمال، فلا يخرج عنه إلا ما أقر المالك بخروجه. هذا مع عدم ظهور الربح، أما معه فظاهر المصنف أنه كذلك، لعين ما ذكر. وربما استوجه بعض المحققين (٣) التحالف، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فإن المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصة الدنيا، والعامل ينكر ذلك، فيجئ القول بالتحالف، لأن ضابطه

(١) في ص: ٣٦٦.

(٢) راجع المدونة الكبرى ٥: ٩٠، المغني لابن قدامة ٥: ١٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٨: ١٦٧.

ولو دفع قراضا في مرض الموت، وشرط ربحا صح، وملك العامل الحصة.

ولو قال العامل: ربحت كذا ورجع، لم يقبل رجوعه. وكذا لو ادعى الغلط.

أما لو قال: ثم خسرت، أو قال: ثم تلف الربح، قبل.

- كما سلف في البيع (١) - أن ينكر كل واحد ما يدعيه الآخر، بحيث لا يجتمعان على أمر ويختلفان فيما زاد عليه.

وهو ضعيف، لأن نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، وكذا قبله، لأن العقد الجائز لا يستحق به العمل، وإنما المستحق المال الذي أصله للمالك، وحقيقة النزاع فيه، فيجئ فيه ما تقدم من الأصول.

قوله: " ولو دفع قراضا - إلى قوله - وملك العامل الحصة " لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر أجره المثل وأزيد، إذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتى يعتبر من الثلث، فإن المتوقف على إجازته أو نفوذه من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حالة التبرع، وهنا ليس كذلك، لأن الربح أمر معدوم متوقع الحصول، وليس مالا للمريض، وعلى تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعي العامل، وحدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوارث فيه اعتراض.

قوله: " ولو قال العامل: ربحت كذا ثم رجع - إلى قوله - قبل " إنما لم يقبل قوله في الأولين لأن إنكاره مكذب لقراره الأول، فلا يسمع، كما في رجوع كل مقرر. ولا فرق بين أن يظهر لدعواه الكذب أولا وجهها، كما لو قال: " كذبت لتترك المال في يدي " أو لا، خلافا لبعض العامة (٢) حيث قبل قوله في الأول، لأن ذلك واقع من بعض المعاملين لأجل هذا الغرض. وأما قبول قوله: " خسرت،

(١) راجع ج ٣: ٢٦١ و ٢٦٧.

(٢) راجع حلية العلماء ٥: ٣٥٣ - ٣٥٤ وكذا فتح العزيز (ضمن المجموع) ١٢: ٩١.

والعامل يملك حصته من الربح بظهوره، ولا يتوقف على وجوده
ناضاً.

أو تلف الربح " فلأنه أمين. هذا إذا كانت دعوى الخسران في موضع يحتمل، بأن
عرض في السوق كساد، ولو لم يحتمل لم يقبل، نبه عليه في التذكرة (١).
قوله: " والعامل يملك حصته... الخ ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا نقل في
كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه. ووجهه مع ذلك اطلاق النصوص (٢)
بأن العامل يملك ما شرط له من الربح، وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة.
ولأن سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه متى
وجد الربح، كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة بظهورها. ولأن الربح مع
ظهوره مملوك، فلا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقاً، ولا يثبت أحكام
الملك في حقه، فيلزم أن يكون للعامل، إذ لا مالك غيرهما اتفاقاً. ولأن العامل
يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكا، لأنها فرع الملك، ولا يكفي في استحقاقها
مجرد العلاقة، لأنها حينئذ ليست قسمة حقيقية، وإطلاقهم يقتضي أنها حقيقية.
ولأنه لو لم يكن مالكا بالظهور ولم يعتق عليه نصيبه من أبيه لو اشتراه، والتالي باطل،
لحديث محمد بن قيس (٣) عن الصادق عليه السلام: " قال: قلت له: رجل دفع إلى
رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى إياه وهو لا يعلم، قال: يقوم، فإن زاد درهما
واحداً أعتق واستسعى في مال الرجل "، والمقتضي للاعتاق إنما هو دخوله في ملكه.
ونقل الإمام فخر الدين عن والده (٤) أن في هذه المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر
القائل بأحد منها:

(١) التذكرة ٢: ٢٤٥.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ١٨٠ الباب " ١، ٢، ٣ " من كتاب المضاربة.

(٣) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١ والوسائل ١٣:
١٨٨ ب " ٨ " من كتاب المضاربة.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٢٢.

أحدها: أنه يملك بمجرد الظهور.

وثانيها: أنه يملك بالانضاض، لأنه قبله غير موجود خارجا، بل مقدر موهوم، والمملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجبا لاستحقاق الملك بعد التحقيق، ولهذا يورث عنه، ويضمن حصته من أتلفها، سوا المالك والأجنبي.

وثالثها: أنه إنما يملك بالقسمة، لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا في المال كسائر الأموال المشتركة، والتالي باطل، لانحصاره في الربح، ولأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولأن القراض معاملة جائزة، والعمل فيها غير مضبوط، فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كمال الجعالة.

ورابعها: أن القسمة كاشفة عن ملك العامل، لأن القسمة ليست من الأسباب المملوكة، والمقتضي للملك إنما هو العمل، وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك.

وفي التذكرة (١) لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الأولين، وجعل الثاني للشافعي في أحد قولييه، ولأحمد في إحدى الروايتين، ووافقا في الباقي على الأول، فلا ندري لمن ينسب هذه الأقوال. وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ، فإننا لا نسلم أن الربح قبل الانضاض غير موجود، لأن المال غير منحصر في النقد، فإذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال، والزائد ربح، وهو محقق الوجود، ولو سلم أنه غير محقق الوجود لا يقدر في كونه مملوكا، فإن الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج، بل هو في الذمة أمر كلي. هذا ما على الثاني.

وعلى الثالث: أنه لا ملازمة بين الملك وضمن الحادث على الشيعاء، ويجوز أن

(١) التذكرة ٢: ٢٤٣.

يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال، فيكون الملك متزلزلا، واستقراره مشروط بالسلامة. وكذا لا منافاة بين ملك الحصّة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. ولأن القسمة ليست من العمل في شيء، فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك، فلا وجه للاحاقها بالجعالة، وقد نبه عليه في وجه الرابع. ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع، لأنه مرتب عليها. إذا تقرر ذلك فنقول: على تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تام ولا مستقر، لأن الربح وقاية لرأس المال، فلا بد لاستقراره من أمر آخر، وهو إما إنضاض جميع المال، أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أولا معها، على قول قوي، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أم مرتين، وفي صفقة أم اثنتين، وفي سفرة أم سفرات، لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد، فإذا لم يفضل شيء فلا ربح. وهو محل وفاق. وسيأتي (١) بعض أحكام ذلك.

(١) في ص: ٣٨٩ و ٣٩٢ و ٣٩٦.

الرابع
في اللواحق
وفيه مسائل:

الأولى: العامل أمين، لا يضمن ما يتلف، إلا عن تفريط أو
خيانة. وقوله مقبول في التلف، وهل يقبل في الرد؟ فيه تردد، أظهره أنه
لا يقبل.

قوله: " العامل أمين، لا يضمن ما يتلف إلا عن تفريط أو خيانة ".
المراد بالجناية ما يعبر عنه في نظائره بالتعدي، فإن استعمال شيء من أموال
القراض وأكله من غير وجهه وإنفاقه كذلك يقال له خيانة للمالك وتعد للحد الذي
قرره الشارع. والفرق بينهما وبين التفريط أن التفريط عدمي، وهو ترك ما يجب
فعله، وهما وجوديان، لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه.
قوله: " وقوله مقبول في التلف ".
لا فرق في ذلك بين دعواه تلفه بأمر خفي كالسرق أو ظاهر كالحرق، ولا بين
إمكان إقامة البينة عليه وعدمه عندنا، لكونه أمينا فيقبل قوله فيه كسائر الأمناء، بل
يقبل من الغاصب كما سيأتي (١) إن شاء الله تعالى، فمنه أولى.
قوله: " وهل يقبل في الرد... الخ ".
وجه عدم القبول ظاهر، لأصالة عدمه، ولأن المالك منكر فيكون القول قوله،

(١) في المسألة الأولى من مسائل التنازع في كتاب الغصب.

الثانية: إذا اشترى من ينعق على رب المال، فإن كان بإذنه صح وينعق، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء، كان الفاضل قراضا. ولو كان في العبد المذكور فضل، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة، والوجه الأجرة.

كما أن العامل في ذلك مدع فعليه البينة، وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لأمر خارج لا يقتضي ثبوته مطلقا. والقول الآخر للشيخ (١) (رحمه الله) أن القول قول العامل، لأنه أمين كالمستودع، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر، لجواز كونه صادقا، فتكليفه بالرد ثانيا تكليف بما لا يطاق.

وأجيب بمنع كلية قبول قول كل أمين، وبالفارق بينه وبين المستودع، فإنه قبض لنفع نفسه، والمستودع قبض لنفع المالك، وهو محسن محض، فلا يناسب إثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله، لما فيه من الضرر. والضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستند إلى حكم الشرع، فلا يقدر. والتكليف بما لا يطاق ممنوع بما سيأتي.

لكن يبقى في المسألة بحث، وهو أنه إذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده الحبس لو أصر على إنكاره، خصوصا مع إمكان صدقه، وهم قد تخرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف فكيف يثبتونه في الأمين؟ إلا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وإن أدت إلى الحبس، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة. إلا أن مثل هذا يأتي في دعوى التلف، خصوصا من الغاصب. وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل، فينبغي النظر فيه. قوله: " إذا اشترى من ينعق على رب المال - إلى قوله - والوجه الأجرة "

لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا،

(١) المبسوط ٣: ١٧٤ - ١٧٥.

ومن جملته شراء من ينعق على المالك، لأنه تخسير محض فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فإن أذن المالك في شرائه صح، كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وعتق على المالك، وبطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان، وإلا بطلت المضاربة كما لو تلف جميع مالها. هذا إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء. فإن كان فيه ربح، فهل يستحق العامل حصته في العبد، أم تكون له الأجرة؟ قولان مبنيان على وقت ملكه للحصة، فإن جعلناه بالانضاض أو القسمة فلا إشكال في عدم استحقاقه هنا، لانتفائهما، وإن جعلناه بالظهور، كما هو المشهور المنصور، احتمال كونه كذلك - كما اختاره المصنف - لبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن، فإن شراء المضاربة ما اقتضى التقلب والبيع (١)، وطلب الربح مرة بعد أخرى، وهو منفي هنا، لكونه مستعقبا للعتق، فإذا صرف الثمن فيه بطلت، وضمن المالك للعامل أجرة المثل، كما لو فسخ المالك بنفسه.

ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد، لتحقق الملك بالظهور، ولا يقدر فيه عتقه القهري، لصدوره بإذن المالك، فكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح وأتلفها، وحينئذ فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب، ويغرم له نصيبه مع يساره، وإلا استسعي العبد فيه (٢). والأول أقوى، لأن هذا الشراء ليس من متعلق العبد كما قررناه.

فإن قيل: استحقاق العامل الأجرة إنما هو في العمل المحسوب للمضاربة، فإن قلتم بأن هذا ليس من أعمالها، بل خلاف مقتضاها، يجب أن لا يستحق العامل

(١) في "س": والبيع والشراء.

(٢) في هامش "ه" و"و" و"و" و"ن": ذكر المحقق الشيخ علي رحمه الله في الشرح أن القول بعدم ثبوت أجرة المثل متوجه إن لم يكن إحداث قول ثالث، محتجا بما قد أجبنا عنه. تأمل منه رحمه الله "راجع جامع المقاصد ٨: ٩٨.

وإن كان بغير إذنه، وكان الشراء بعين المال، بطل. وإن كان في الذمة، وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر رب المال.

شيئا.

قلنا: استحقاق الأجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده، بل عليه وعلى ما تقدمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات من حين العقد إلى الآن، لأن ذلك كله من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه، فيثبت للعامل عليه الأجرة، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل وبعد أن يسعى ويسافر ويعمل ما شاكل ذلك من المقدمات.

وأما هذا العقد فإنه وإن لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مأمور به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض، فيجب أن يثبت له عليه أجرة مثله مضافا إلى ما تقدم. وعلى تقدير انحصار العمل من حين العقد فيه ففيه الأجرة إن كان مثله مما يحتمل الأجرة، وإلا فلا. وحكم المصنف وغيره (١) بالأجرة لا يسع أزيد من ذلك، بل المراد إن كان العمل مما له أجرة، فإن الإحالة على أجرة المثل يقتضي أن للمثل أجرة قطعا، وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرع والأجرة ليست من مقتضياته، بخلاف القراض، فإنه مبني على طلب العوض على عمله من حصة أو أجرة.

قوله: " وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل... الخ ".

إذا وقع الشراء المذكور بغير إذن المالك فلا يخلو: إما أن يكون الشراء بعين المال، أو في الذمة. وعلى التقديرين: فإما أن يكون عالما بالنسب وحكم الشراء المذكور، أو جاهلا بهما، أو بأحدهما خاصة. فالصور ثمان. وعلى تقدير الشراء في الذمة: إما أن يذكر المالك للبائع لفظا، أو ينوي الشراء له خاصة، أو يطلق (٢). ونية

(١) القواعد ١: ٢٤٧، إيضاح الفوائد ٢: ٣١٣.

(٢) في هامش " ه " و " و " و " ن ": " وبهذا يرتقي الصور إلى ستة عشر، لأن صور الذمة أربع مضروبة في ثلاث ومضافة إلى الأربع الباقية في الشراء بالعين. منه رحمه الله ".

الثالثة: لو كان المال لامرأة، فاشترى زوجها، فإن كان بإذنها، بطل النكاح. وإن كان بغير إذنها، قيل: يصح الشراء، وقيل: يبطل، لأن عليها في ذلك ضررا، وهو أشبه.

لنا، أما جاهل النسب فمعدور بما تقدم. وإن اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة، لما تقدم من عدم تناول الإذن لها، لكن إن كان ذكر المالك لفظا فهو فضولي، وإن نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا وبطل باطنا، فلا يعتق، ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي، إذ ليس ملكا له في نفس الأمر، للنية الصارفة عنه. وإن أطلق وقع له مطلقا. قوله: " إذا كان المال لامرأة، فاشترى زوجها... الخ ". لا شبهة في صحة الشراء إذا كان بإذنها، لأن الضرر جاء من قبلها. ويبطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح، على ما هو محقق في بابه. وإن كان بغير إذنها فقد نقل المصنف فيه قولين: أحدهما: الصحة، والقائل به غير معلم. ووجهه: أنه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه، ولا يتلف به رأس المال، فجاز كما لو اشترى ما ليس بزواج. والثاني: بطلان الشراء، لما ذكره المصنف من العلة، وهي حصول الضرر على المالكة به، فيكون ذلك دليلا على عدم الرضا، وتقييدا لما أطلقت من الإذن بدليل منفصل عقلي أو نحوه، وينبغي على هذا أن يكون موقوفا على إجازتها إذا قلنا بتوقف عقد الفضولي عليها. ويحتمل أن يريد به قائله البطلان مطلقا، لما ذكر من القرينة المقيدة (١). وحينئذ تصير الأقوال ثلاثة، وقد نقلها العلامة كذلك (٢)، وإن كان القائل بها غير محرر. والأقوى البطلان مع عدم الإجازة. إذا تقرر ذلك فعلى القول بالبطلان مطلقا الحكم واضح. وعلى وقوفه إن أبطلته فكذلك، وإن أجازته بطل النكاح، ولم يضمن العامل ما فاتها من المهر

(١) في " و " و " ب " : المفيدة.

(٢) القواعد ١ : ٢٤٧.

الرابعة: إذا اشترى العامل أباه، فإن ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح، ويسعى المعتق في باقي قيمته، موسرا كان العامل أو معسرا.

والنفقة، لأن فواته مستند إلى اختيارها. وعلى القول بالصحة يضمن ما فات بسببه مع علمه بالزوجية، لأن التفويت جاء من قبله، لكن ضمانه للمهر ظاهر، أما النفقة فمشكل، لأنها غير مقدره بالنسبة إلى الزمان، ولا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصلة، لأن من حملتها التمكين في الزمن المستقبل، وهو غير واقع الآن، إلا أن يقال بأنه يضمنها على التدرج، وهو بعيد. والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول. وهو الذي ذكره جماعة (١). قوله: " إذا اشترى العامل أباه... الخ "

إذا اشترى العامل بمال القراض من ينعق عليه كأبيه - وخصه المصنف لأنه مورد الرواية - فلا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا. فإن لم يكن فيما أن يتجدد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق ونحوه، أو لا. فإن لم يكن فيه ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح، إذ لا ضرر فيه على أحدهما ولا عتق. وإن كان فيه ربح من حين الشراء، فلا يخلو: إما أن نقول بأن العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره، أو يتوقف على أحد الأمور بعده، فإن قلنا بأحد الأمور لم يعتق أيضا، فلا مانع من شرائه. وإن قلنا بالأول ففيه وجه، اختار المصنف أصحابها، وهو صحة البيع وانعتاق نصيب العامل، ولا يسري إلى نصيب المالك، بل يستسعى العبد في باقي قيمته للمالك، وإن كان العامل موسرا. أما صحة البيع فلوجود المقتضي، وهو صدوره من جائز التصرف على وجهه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا حصول الضرر على المالك، وهو منتف ههنا، لأن العتق إنما هو على العامل دون المالك. وأما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بماله.

(١) راجع القواعد ١: ٢٤٧، وجامع المقاصد ٨: ١٠٤. وفي هامش "ه" و"و" و"و" و"ن": " ذكر الشيخ علي رحمه الله في الشرح أنه يضمن النفقة كما يضمن المهر في ظاهر كلامه. وهو موضع تأمل. منه رحمه الله "

وأما عدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن أبي عمير، عن محمد بن قيس (١)، عن أبي عبد الله عليه السلام: " في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشتري أباه وهو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق، واستسعي في مال الرجل " أطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر أو معسر؟ وترك الاستفصال في مثل ذلك دليل العموم. وليس السؤال عن رجل معين ليحتمل كونه - عليه السلام - عالما بحاله، بل عن مطلق يحتمل الأمرين. ولأن التقويم عليه على خلاف الأصل، إذ هو شغل لذمة برية، فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

والوجه الثاني: الحكم بحاله إلا أنه أن يقوم على العامل مع يساره، لاختياره السبب، وهو موجب للسراية، لأن اختيار السبب اختيار للمسبب، كما سيأتي (٢) إن شاء الله تعالى. وحملت الرواية على إعسار العامل جمعا بين الأدلة، أو على تجدد الربح بعد الشراء كما سيأتي.

والثالث: بطلان البيع، لأنه مناف لمقصود القراض، إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل الثقليل للاسترباح، وهذا الشراء بتعقب العتق له ينافي ذلك، فيكون مخالفا للتجارة، فيكون باطلا، لعدم الإذن فيه، أو موقوفا على الإجازة. والوسط لا يخلو من قوة لولا إطلاق الرواية.

وإن لم يكن فيه ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع السوق بني على الأقوال كما مر. فإن قلنا يملكه بالظهور عتق نصيب العامل أيضا قطعاً، لحصول المقتضي، لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق؟ وجهان: أحدهما إلحاقه به، لاختياره السبب وهو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق، وهو اختيار للمسبب. وفيه نظر،

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١، والوسائل ١٣: ١٨٨ ب " ٨ " من أحكام المضاربة. وفي بعض المصادر: ميسر بدل قيس.
(٢) في الفصل الثالث من كتاب العتق.

الخامسة: إذا فسخ المالك صح، وكان للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت. ولو كان بالمال عروض، قيل: كان له أن يبيع، والوجه المنع ولو ألزمه المالك، قيل: يجب عليه أن ينض المال. والوجه أنه لا يجب.

لأن الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه، والسبب القريب إنما هو ارتفاع السوق، ولا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختارا للسبب، لأن جزؤه غير مقدور، ولكن إطلاق الرواية السابقة يتناوله، فإنه يشمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء ومتجددا بعده، وقد ترك الاستفصال أيضا فيعم، كما مر. والوجه الثاني عدم السرية، لعدم اختياره السبب، كما قد علم من مطاوي السابق. والأول أقوى لولا معارضته إطلاق الرواية. وهذا هو السر في إطلاق المصنف الحكم بالعتق من غير نظر إلى تجدد الربح ووجوده، وعدم السرية على العامل مطلقا تقيدا بإطلاق النص، وإن كان منافيا لما سيأتي (١) من القواعد في بابه. قوله: " إذا فسخ المالك صح، وكان للعامل... الخ "

إذا انفسخ عقد القراض، فلا يخلو: إما أن يكون فسخه من المالك، أو من العامل، أو منهما، أو من غيرهما، كعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون وغيرهما. وعلى كل تقدير: فإما أن يكون المال ناضا كله، أو قدر رأس المال، أو بجميعة عروض، أو ببعضه دون ذلك. وعلى التقادير الستة عشر: إما أن يكون قد ظهر ربح ولو بالقوة، كوجود من يشتري بزيادة عن القيمة، أولا. فهذه أقسام المسألة، وهي اثنتان وثلاثون. وأكثر حكمها مختلف يحتاج إلى التفصيل. والمصنف ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض أقسامه كما ترى. وجملة أحكامها: أن المال لو كان ناضا ولا ربح أخذه المالك، ولا شيء للعامل إلا أن يكون الفسخ من قبله، فعليه أجره العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه إطلاق المصنف، لأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة،

(١) يأتي في كتاب العتق، الفصل الثاني في السرية.

وقد فانت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحق أجره المثل إلى حين الفسخ. ويشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصة على تقدير وجودها، ولم توجد فلا شيء له، والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء.

ويمكن دفعه بأنه إنما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره إلى أن يحصل، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوتها عليه، فيجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل. وفيه نظر، لأن رضاهما بهذا العقد قدم على مقتضياته، ومنها جواز فسخه في كل وقت، والأجرة لا دليل عليها. وهذا البحث آت فيما لو فسخ المالك قبل الانضاض أيضا.

وإن كان قد ظهر ربح والحال أنه بعد الانضاض، أخذ العامل حصته منه - وإن قل - خاصة اتفاقا.

وإن كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح أخذه المالك إن شاء. وهل للعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك؟ قولان، مبناهما كونه ملك المالك، فلا يجبر على بيعه، والفرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح، ومن تعلق حق العامل به، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح. وضعف الأخير ظاهر. نعم، لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز، لأنه في قوة ظهور الربح.

ولو انعكس الحال، بأن طلب المالك منه إنضاض المال ولا ربح فيه، ففي إجبار العامل عليه قولان، من ظاهر قوله صلى الله عليه وآله: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" (١)، وقد أخذه نقدا فيجب رده إليه، ولحدوث التغير في المال بفعله فيجب رده، ومن حدوث التغير بإذن المالك، وأصالة البراءة من عمل لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد. ولعله أقوى.

(١) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

وإن كان قد ظهر ربح والحال أنه قبل الانضاض وقلنا بملكه بالظهور، فإن اتفقا على أخذ حقه منه بغير انضاض فلا بحث، وإلا فإن طلب المالك انضاضه وجب على العامل إجابته، لأن استحقاقه الربح وإن كان ثابتا بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالانضاض، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه.

وإن طلب العامل البيع خاصة ففي وجوب إجابة المالك له وجهان، مأخذهما إمكان حصول العامل إلى حقه بقسمة العروض، وإسقاط باقي العمل عنه تخفيف من المالك، لأنه حقه، فلا يكلف الإجابة إلى بيع ماله بعد فسخ المعاملة، وأن حال العامل لا يزيد على حال الشريك، ومعلوم أنه لا يكلف شريكه إجابته إلى البيع، ومن وجوب تمكين العامل من الوصول إلى غرضه الحاصل بالإذن، وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض، أو وجد لكن بنقصان، أو رجي وجود زبون يشتري بأزيد فيزيد الربح، ولا ريب أن للعامل مزية على الشريك من حيث إن حقه يظهر بالعمل، والربح عوضه. ولو قلنا بتوقف ملكه على الانضاض أو غيره فوجوب إجابته أبعد. وموضع الاشكال ما إذا طلب العامل البيع في الحال، أما لو طلب تأخيره إلى وقت متأخر، كموسم متوقع، فليس له ذلك قطعاً، للضرر.

ولو كان الفسخ في هذه الصور من العامل فالحكم كذلك، إلا أن استحقاقه الأجرة لو كان ناضاً لا ربح فيه أبعد. وكذا وجوب إجابة المالك له إلى بيعه في الحالين، لأن المانع من قبله. وفي التذكرة (١) أطلق الحكم بثبوت الأجرة له لو فسخا العقد أو أحدهما وكان ناضاً ولا ربح.

ولو كان بعضه ناضاً فإن كان قدر رأس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي، لرجوع المال إلى المالك كما كان. وأولى منه لو كان أزيد. ولو كان أقل توجه جواز اقتضاره على انضاض قدره لو قلنا بإجباره على الانضاض فيما سبق. وفي أكثر هذه الفروع إشكال من عدم نص على التعيين، وتعارض الوجوه الدالة

(١) التذكرة ٢: ٢٤٦.

وإن كان سلفاً، كان عليه جبايته.
وكذا لو مات رب المال وهو عروض،
كان له البيع، إلا أن يمنعه الوارث. وفيه قول آخر.

على الحكم. وجملتها ما قد رأيت.
قوله: " وإن كان سلفاً، كان عليه جبايته ".
قد عرفت أن العامل ليس له البيع بالدين إلا مع الإذن، وكذا الشراء نسيئة
كالسلف، فمع عدم إذن المالك فيه يكون الثمن مضموناً على العامل، ولا كلام فيه
هنا. وإنما الكلام فيما إذا أذن فيه. وقد أطلق المصنف وجماعة (١) وجوب جبايته على
العامل، وكذا غيره من الدين المأذون فيه، لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على
صفتة، والديون لا تجري مجرى المال، ولأن الدين ملك ناقص، والذي أخذه كان
ملكاً تاماً، فليؤد كما أخذ لظاهر " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٢).
وربما احتتمل عدم الوجوب، لمنع كون المضاربة كما ذكر، والحال أن الإدانة
بإذن المالك، ولأصالة

براءة الذمة من وجوبه. ويضعف بأن إذن المالك فيه إنما كانت
على طريق الاستيفاء، لا مطلقة، بدلالة القرائن، ولاقتضاء الخبر ذلك. ولو قلنا فيما
سبق بجواز إجباره على بيع العروض فهذا أولى.
قوله: " وكذا لو مات رب المال وهو عروض... الخ: ".
الحكم هنا مبني على ما سلف من الفسخ، فإن الموت من جملة أسبابه،
فوجوب إجابة كل واحد من العامل والوارث لو طلب الآخر، فيه ما سلف من
التفصيل. والقول الآخر هنا أنه ليس للعامل البيع وإن لم يمنعه الوارث، لأن المال
حق لغير من أذن فيه أولاً، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه، لبطلان العقد، وهو
متجه.

(١) كما في الجامع للشرائع: ٣١٥، وإرشاد الأذهان ١: ٤٣٦.

(٢) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

السادسة: إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه، وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك، صح. ولو شرط لنفسه لم يصح، لأنه لا عمل له. وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض الثاني. فإن ربح، كان نصف الربح للمالك، والنصف الآخر للعامل الأول وعليه أجرة الثاني، وقيل: للمالك أيضا، لأن الأول لم يعمل، وقيل: بين العاملين، ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرة. والأول حسن.

قوله: " إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه - إلى قوله - لأنه لا عمل له "

إذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني، والعامل الأول إذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك، وقد يكون بمعنى إدخال من شاء معه، وجعلهما عاملين، وقد يكون بالأعم منهما. ومراد المصنف هنا الأول. ومن ثم لم يصح أن يجعل له شيئا من الربح، لأنه ليس بعامل. وقد تقدم (١) أن مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل. ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الأول ودونها، لأن النقصان هنا وإن كان بسعي العامل الأول فليس بعمل من أعمال التجارة التي يستحق به حصة. ولو كانت الإذن بالمعنى الثاني أو بالأعم، وجعل الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما، صح، لانتفاء المانع في الأول، وهو عدم العمل.

قوله: " ولو كان بغير إذنه لم يصح... الخ "

إذا عامل العامل بغير إذن المالك وسلمه المال، فلا يخلو: إما أن يبقى المال في يد الثاني موجودا أو يتلف. وعلى التقديرين: إما أن يظهر ربح، أولا. ثم إما أن يكون الثاني عالما بأن الأول غير مالك للمال، ولا مأذون له في ذلك، أولا. ثم إما أن يجيز المالك العقد الثاني، أو يرده. فإن لم يجزه بطل، ورجع في ماله إن وجدته باقيا ولا

(١) في ص: ٣٦٤.

السابعة: إذا قال: دفعت إليه مالا قراضا، فأنكر، وأقام المدعي بينة، فادعى العامل التلف، قضي عليه بالضمان. وكذا ولو ادعى عليه وديعة أو غيرها من الأمانات.

كان ظاهر العبارة ب " قيل وقيل " يشعر به. وإنما هي وجوه للشافعية (١) موجهة، ذكرها المصنف والعلامة (٢) في كتبه، ونقل الشيخ في المبسوط (٣) قريبا منها بطريقة أخرى غير

منقحة. ولهم وجه رابع: أن جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط، ولا شيء للأول، إذ لا ملك له ولا عمل.

والتحقيق في هذه المسألة المرتب على أصولنا: أن المالك إن أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط، وإن لم يجزه بطل. ثم الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالملك له خاصة، ولا شيء لهما في الربح. أما الأول فلعدم العمل، وأما الثاني فلعدم الإذن له، وعدم وقوع العقد معه. وللثاني أجره مثل عمله على الأول مع جهله لا مع علمه. وإن كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك، وإن نوى من عامله وقع الشراء له، لأنه وكيله، وإن لم ينو شيئا أو نوى نفسه فالعقد له، وضمان المال عليه، لتعديده بمخالفة مقتضى المضاربة. وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأجره على الأول مع جهله إن لم يتعد مقتضى المضاربة عمدا.

قوله: " إذا قال دفعت إليه مالا قراضا - إلى قوله - أو غيرها من الأمانات "

لأن دعواه التلف مكذبة لانكاره الأول، وموجبة للاقرار به، وإنكاره الأول تعد في المال، فيكون ضامنا. وقوله: " قضي عليه بالضمان " معناه الحكم عليه بالبدل

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٩ - ١٦١، المهذب راجع المجموع ١٤: ٣٧٠، والوجيز ١:

٢٢٤. ولم نجد القائل بثانيها.

(٢) التذكرة ٢: ٢٤٠، التحرير ١: ٢٧٨.

(٣) المبسوط ٣: ١٨١ - ١٨٢.

أما لو كان جوابه: لا يستحق قبلي شيئاً، أو ما أشبهه، لم يضمن.
الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعد دورانه في التجارة، احتسب التالف من الربح. وكذا لو تلف قبل ذلك. وفي هذا تردد.

مثلاً أو قيمة، لا ضمان نفس الأصل، لئلا يلزم تخليده الحبس. وهذه العبارة أجود من قول العلامة: "لم تقبل دعواه" (١) لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، وقد تكون تالفة، إلا أن يتكلف نحو ما تقدم (٢) من حبسه مدة تظهر فيها اليأس من وجود العين. ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الأمانات كما ذكر، لوجود المقتضي في الجميع.
قوله: "أما لو كان جوابه لا يستحق... الخ".
إذ ليس في ذلك تكذيب للبينة، ولا للدعوى الثانية، فإن المال إذا تلف بغير تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئاً. وحينئذ فيقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه.

قوله: "إذا تلف مال القراض أو بعضه... الخ".
ظاهر العبارة أن يبيع مال القراض تلف، وحينئذ فجبره بالربح بعد الدوران ممكن، أما قبله فإنه يوجب بطلان العقد، فلا يمكن جبره (٣)، إلا أن يحتمل على ما لو أذن له في الشراء في الذمة، فاشترى ثم تلف المال ونقد عنه الثمن، فإن القراض يستمر، ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد. ولو كان التالف بعض المال أمكن جبره على التقديرين.

ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران: من أن وضع المضاربة على أن الربح وقاية لرأس المال، فلا يستحق العامل ربها إلا بعد أن يبقى رأس المال بكماله، لدخوله على ذلك، وعدم دورانه لا دخل له في الحكم، بخلافه، ومن أن

(١) التذكرة ٢: ٢٤٥، والقواعد ١: ٢٥٢. وعبارته: "لم يقبل قوله".

(٢) في ص: ٣٧٥.

(٣) في هامش "س": "جبره حينئذ بالربح...".

التاسعة: إذا قارض اثنان واحدا، وشرطا له النصف منهما، وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال، كان فاسدا لفساد الشرط. وفيه تردد.

التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض. والأقوى عدم الفرق، لأن المقتضي لكون مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة، فمتى تصور بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا. والمراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، لا مجرد السفر به قبل ذلك. وإطلاق المصنف الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بأفة سماوية، وبغصب غاصب، وسرقة سارق، وغير ذلك. ووجه الاطلاق أن الربح وقاية لرأس المال، فما دام المال لا يكون موجودا بكماله فلا ربح. وربما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف، لأنه حينئذ بمنزلة الموجود، فلا حاجة إلى جبره، ولأنه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه. والمشهور عدم الفرق.

ولا يخفى أن الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف، وإلا كان العوض من جملة المال. وقد ظهر بذلك أن الخلاف واقع بعد الدوران وقبله، إلا أنه ليس مطلقا، بل على بعض الوجوه.

قوله: " إذا قارض اثنان واحدا، وشرطا له النصف... الخ ". وجه الفساد: أن الربح يجب أن يكون تابعا للمال، فإذا شرطا له النصف كان النصف الآخر بينهما بالسوية، فشرط التفاوت فيه يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال.

ووجه التردد: مما ذكر، ومن أن مرجع ذلك إلى أن أخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك، لأن الأصل لما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا إلى حصة العامل، بمعنى أن شرط الزيادة يكون قد جعل للعامل أقل مما جعل له أخذ

العاشرة: إذا اشترى عبدا للقراض، فتلف الثمن قبل قبضه،
قيل: يلزم صاحب المال ثمنه دائما، ويكون الجميع رأس ماله، وقيل: إن
كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك، وإلا كان باطلا، ولا يلزم الثمن
أحدهما.

النقيصة، وهو جائز. هذا مع إطلاقهما شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق على
كل واحد، فإنه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرناه يحتمل البطلان، فيرجح جانب
الصحة، لا مكان الحمل عليها، ولعموم "أوفوا بالعقود" (١). وهذا هو الأقوى.
أما لو صرحا باستحقاقه من نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فإنه يجيء في
صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة (٢) من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي
المالين وبالعكس. وحيث قيدنا الصحة بعمل طالب الزيادة بطل هنا، إذ لا عمل
لهما.

قوله: "إذا اشترى عبدا للقراض فتلف... الخ".

القول الأول للشيخ في المبسوط (٣)، والثاني لابن إدريس (٤) وإن غايره في شيء
يسير. والأقوى هنا ما أسلفناه (٥) سابقا من التفصيل، وهو أنه إن كان العامل اشتراه
في الذمة، والمالك أذن له في الشراء في الذمة، لزمه دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما، وإلا
فإن صرح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلا بطل البيع.
وإن لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن عليه، ويبقى فيما لو نواه ما مر، وإن
كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد. وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا
يكون الجميع رأس ماله، يجبر جميعه بالربح.

(١) المائدة: ١.

(٢) في ص: ٣١١ - ٣١٤.

(٣) المبسوط ٣: ١٩٤.

(٤) السرائر ٢: ٤١٣.

(٥) في ص: ٣٧٧ - ٣٨٩.

الحادية عشرة: إذا نص قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة، فإن اتفقا صح. وإن امتنع المالك لم يجبر. فإن اقتسما وبقي رأس المال معه فخسر، رد العامل أقل الأمرين واحتسب المالك.

قوله: " إذا نص قدر الربح فطلب أحدهما القسمة... الخ ".
قد عرفت أن ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقر، لجواز تجدد تلف أو خسران، وهو وقاية للمال، فمن ثم لا يجبر المالك على قسمته. فإن اتفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكا مستقرا أيضا، بل مراعى بعدم الحاجة إليها لجبر الخسران وما في معناه. وحينئذ فإن اتفق الخسران بعد القسمة رد العامل أقل الأمرين مما وصل إليه من الربح ومما يصيبه من الخسران، لأن الأقل إن كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له، وإن كان هو الربح فلا يلزمه الجبر إلا به. وكذا يحتسب المالك أي يحتسب رجوع أقل الأمرين إليه من رأس المال فيكون رأس المال ما أخذه هو والعامل وما بقي إن احتيج إليهما. هذا هو الظاهر من عبارة المصنف وغيره (١)، والمناسب لوجه الحكم.

وللشهاد (٢) (رحمه الله) على هذا ونظائره من عبارات العلامة (٣) توجيه آخر، وهو أن يكون المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين، فاقسما العشرين، فالعشرون التي هي ربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالعشرون المأخوذة سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث.

هذا خلاصة تقريره. والحامل له عليه حكمهم بأن المالك إذا أخذ من المال

(١) القواعد ١: ٢٥٠ والإرشاد ١: ٤٣٧.

(٢) حكاة عنه في جامع المقاصد ٨: ١٤٤.

(٣) القواعد ١: ٢٥٠ والإرشاد ١: ٤٣٧.

الثانية عشرة: لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض، ولا أن يأخذ منه بالشفعة.

شيئاً وقد ظهر ربح بحسب ما أخذه منهما على هذه النسبة. وسيأتي في الكتاب (١) إشارة إليه.

وهذا الوجه ضعيف، والحمل على ما ذكر فاسد، لأن المأخوذ وإن كان مشاعاً إلا أن المالك والعامل إنما أراد به الربح، وحيث كان المال منحصرًا فيهما فالتمييز منوط بهما، ولو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه، لأن المالك لم يأذن إلا في التصرف في الربح، ولم تقع القسمة والاتفاق إلا عليه. وأيضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع اتفاقهم على كونه وقاية وإن اقتسماه.

وأیضا، فتوقف رد العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له، لأنه لا يملك شيئاً من رأس المال، وإنما حقه في الربح. وأما حملة على أخذ المالك فليس بجيد، لأن المالك لا يأخذ على وجه القسمة، وإنما يأخذ ما يعده ملكه، فلما كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ، فيحتسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والربح. وأين هذا من أخذ العامل الذي لا يستحق إلا في الربح، ولا يقاسم المالك إلا عليه خاصة؟ قوله: " لا يصح أن يشتري رب المال من العامل - إلى قوله - بالشفعة "

لأن مال العامل ماله، ولا يعقل أن يشتري الانسان ماله. وهذا يتم مع عدم ظهور الربح، أما معه وقلنا بملكه به أتجه جواز شرائه حق العامل وإن كان متزلزلاً، فلو ظهرت الحاجة إليه احتمال صحة البيع، ولكن يلزم العامل رد قيمة ما أخذ كما لو كان قد باعها لغير المالك أو أتلّفها. ويحتمل بطلان البيع، لأن الملك غير تام، بل مراعى بعدم الحاجة إلى الجبر به، وقد ظهر. ومثله القول في الأخذ بالشفعة، لأنه

(١) في ص ٣٩٦.

وكذا لا يشتري من عبده القن. وله الشراء من المكاتب.
الثالثة عشرة: إذا دفع مالا قراضا، وشرط أن يأخذ له بضاعة،
قيل: لا يصح، لأن العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجره.
وقيل: يصح القراض ويبطل الشرط. ولو قيل بصحتها كان حسنا.

مع عدم ظهور الربح لا يعقل أخذ ماله بالشفعة، ومعه يصير شريكا، فيمكن أخذه
على الوجه المذكور. وليس في كلامهم تنقيح للمحل.
قوله: " وكذا لا يشتري من عبده القن "

الكلام فيه كما تقدم، فإن ما بيده للسيد. و لا فرق بين المأذون له في التجارة
وغيره. نعم، حكى الشيخ (١٠) (رحمه الله) قولاً بأن المأذون إذا ركبه الديون جاز للسيد
الشراء منه. وهو قول لبعض الشافعية (٢)، لأنه لا حق للسيد فيه، وإنما هو حق
الغرماء. وفساده ظاهر، لأن استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروجه عن ملك
السيد، كتعلق حق الغرماء بمال المفلس. نعم، للسيد أخذ ذلك بقيمته، لأنه أحق
بماله مع بذل العوض، إلا أن ذلك لا يعد بيعا، كما يأخذ العبد الجاني خطأ ويبدل
قيمته. وذكر هذه المسألة في هذا الباب استطرادي. وكذا ما بعدها.
قوله: " وله الشراء من المكاتب "

لأن ما في يده ملك له، وسلطنة المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من
الملاك. ولهذا لو انعتق لم يكن للمولى مما في يده شيء. ولا فرق في ذلك بين المطلق
والمشروط، وإن كان الحكم في المشروط أضعف، من حيث إمكان رده في الرق أجمع،
فيرجع ما في يده إلى ملك السيد. وليس كذلك المطلق، لأن ما في يده يحسب من
مال الكتابة لو احتيج إليه.
قوله: " إذا دفع مالا قراضا وشرط أن يأخذ... الخ "

(١) المبسوط ٣: ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) نسبه في التذكرة ٢: ٢٣٧ إلى بعضهم. واحتمله في المغني ٥: ١٧٢.

القولان الأولان للشيخ في المبسوط (١)، واحتج على الأول بما أشار إليه المصنف، من أن وضع القراض على أن يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح، وهذا العمل ليس في مقابلة شيء، فيفسد الشرط، ويتبعه العقد، لأن قسط العامل يكون مجهولا، لاقتضاء الشرط قسطا من الربح، وقد بطل فيبطل ما يقابله، فتجهل الحصة.

ووجه الثاني أن البضاعة لا يلزم القيام بها، فلا يفسد اشتراطها، بل تكون لاغية، لمنافاتها العقد، ويصح العقد.

والأقوى ما اختاره المصنف من الحكم بصحتهما، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، وقوله صلى الله عليه وآله: "المؤمنون عند شروطهم" (٣). ويمنع من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، فإن مقتضاه أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، أما غيره فلا، فإذا تناوله دليل مجوز لزم القول بجوازه. لكن يبقى في المسألة بحث، وهو أن البضاعة لا يجب القيام بها، لأن مبنائها على ذلك، والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده، لأن الشرط كالجاء من العقد فلا يزيد عليه، والحال أن المالك ما جعل الحصة المعينة للعامل إلا بسبب الشرط، فإن وفى به فلا بحث، وإلا أشكل الأمر. والذي تقتضيه القواعد أنه لا يلزم العامل الوفاء به - وبه صرح في التحرير (٤) - فمتى أحل به تسلط المالك على فسخ العقد، وإن كان ذلك له بدون الشرط، إذ لا يمكن هنا سوى ذلك، فإن فسخ قبل ظهور الربح فللعامل عليه الأجرة كما مر (٥)،

(١) المبسوط ٣: ١٩٧.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "

من أبواب المهور ح ٤.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٧٩.

(٥) في ص: ٣٨٢.

الرابعة عشرة: إذا كان مال القراض مائة، فخسر عشرة، وأخذ المالك عشرة، ثم عمل بها الساعي فربح، كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعا، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال في تقدير تسعين. فإذا قسم الخسران، وهو عشرة على تسعين، كان حصة العشرة المأخوذة دينارا وتسعا، فيوضع ذلك من رأس المال.

وإن فسخ بعد ظهوره ففي كون جميع الربح للمالك نظر، من أنه لم يبذله للعامل إلا بالشرط وقد فات، ومن ملك العامل له قبل الفسخ والأصل بقاءه، والمالك قد قدم على ذلك، حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط. وربما قيل (١) هنا بأن للمالك الربح كله وعليه الأجرة، لما ذكرناه. ولا يخلو من اشكال. قوله: " إذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة... الخ "

لما كان الربح إنما يجبر خسران رأس المال الذي ربح لا مطلق الخسران، فإذا أخذ المالك بعد الخسران شيئا كان من جملة رأس المال، فلا بد أن يخصه من الخسران شيء، فيسقط من أصل الخسران، ويجبر الربح الباقي. فإذا فرض أن المال كان مائة، فخسر عشرة، وأخذ المالك بعد الخسران عشرة، ثم ربح المال الباقي، فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران، لأن الذي أخذه المالك من جملة المال الخاسر، وقد بطل القراض فيه بأخذه، فلا بد من اسقاط ما يخصه من الخسران، ثم يجبر الباقي منه بالربح الجديد، وبالجملة: فإنما يجبر الربح خسران المال الذي ربح. وطريق معرفة ما يخص المأخوذ من الخسران أن يبسط الخسران - وهو عشرة - على المال وهو تسعون، فيصيب كل واحد تسع، فنصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع، فيوضع ذلك - أعني: الدينار والتسع الذي أصاب العشرة من الخسران - مما بقي من أصل رأس المال بعد العشرة، وهو تسعون، لأنه لما استرد العشرة فكأنه استرد نصيبها من الخسران. والضابط: أن ينسب المأخوذ إلى الباقي، ويأخذ للمأخوذ من

(١) في هامش " ن " : " القائل الشيخ علي رحمه الله في الشرح. منه رحمه الله ". راجع جامع المقاصد ٨ : ٥٥ - ٥٦.

الخامسة عشرة: لا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأها، وإن أذن له المالك. وقيل: يجوز مع الإذن. أما لو أحلها بعد شرائها، صح. السادسة عشرة: إذا مات وفي يده أموال مضاربة، فإن علم مال أحدهم بعينه، كان أحق به، وإن جهل كانوا فيه سواء.

الخسران بمثل تلك النسبة.

قوله: " لا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأها... الخ ".
لا إشكال في تحريم وطئه بدون الإذن لأنها مال الغير، فلو فعل كان زانيا يحد مع عدم الشبهة كاملا إن لم يكن ظهر ربح، وإلا فبقدر نصيب المالك. وأما إذا أذن له في شراء جارية ووطئها فالحق أنه كذلك، لأن الإذن قبل الشراء لا أثر له، لأن التحليل إما تمليك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، فلا يتناوله الحصر في قوله: " إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم " (١). والقول بالجواز للشيخ في النهاية (٢)، استنادا إلى رواية (٣) ضعيفة السند، مضطربة المفهوم، قاصرة الدلالة. وأما إذا أذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب في جوازه، إن لم يكن ظهر فيها ربح. وإلا بني على تحليل أحد الشريكين لصاحبه. والأقوى المنع.
قوله: " إذا مات وفي يده أموال مضاربة - إلى قوله - كانوا فيه سواء ".
ضمير " فيه " يعود إلى المال المجتمع من أموال المضاربة، ومعنى استوائهم في ذلك المال أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم، لا أن يقسم بالسوية، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة، وأما إذا كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصوا.

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) النهاية: ٤٣٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٥، والوسائل ١٣: ١٩٠ ب " ١١ " من كتاب المضاربة.

فإن جهل كونه مضاربة، قضي به ميراثا.

قوله: " وإن جهل كونه مضاربة قضي به ميراثا ".
المراد أن العامل كان بيده مضاربة في الجملة، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها،
وبواسطة ذلك جهل كون المال الذي بيده مضاربة، إذ كما يمكن أن يكون من مال
المضاربة يمكن كونه ماله، فيحكم بكونه ميراثا، عملا بظاهر اليد. ولكن مع ذلك
هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث أصالة بقائه إلى أن يعلم تلفه بغير تفريط،
ولعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١) أم لا، لأصالة براءة الذمة، وكونه أمانة
غير مضمون، وأصالة بقائه لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة؟ وجهان.
ويتخرج على الأول: أن أصالة بقائه يقتضي كون مالكة كالشريك في مال
العامل حيث يشتبه ماله فيه، فيقدم على غيره من الغرماء، مع احتمال كونه أسوتهم،
لأن العامل يصير ضامنا بترك تعيينه والوصية به، فإذا لم توجد العين كان بمنزلة
التلف.

والأقوى ما اختاره المصنف من عدم ثبوت شيء للمالك حيث لا يعلم بقاؤه
يقينا في يده إلى حين موته، لأصالة البراءة. واستحقاق شيء من التركة موقوف على
وجوب سببه، ومجرد المضاربة لا تصلح للسببية، لأن ثبوته في الذمة موقوف على ثبوت
التقصير، وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها، والأصل عدمهما.
نعم، لو علم وجوده فيها باعتراف العامل في وقت لا يمكن تجدد تلفه فيه عادة، أو
بشهادة عدلين، فصاحبه كالشريك، أو علم تلفه بتقصير، أو بقاؤه إلى بعد الموت
مع تقصير العامل في ترك الوصية به، فصاحبه أسوة الغرماء. وقد مضى مثل هذا
البحث في الرهن (٢).

تم المجلد الرابع ولله الحمد، ويليه المجلد الخامس بإذنه تعالى

(١) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

(٢) في ص ٥٤٦: ٣٧ - ٣٩.