

مجمع الفائدة الجزء: ٩

المحقق الأردبيلي

الكتاب: مجمع الفائدة
المؤلف: المحقق الأردبيلي
الجزء: ٩
الوفاة: ٩٩٣
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق: الحاج آغا مجتبي العراقي ، الشيخ علي پناه الاشتهاردي ، الحاج آغا
حسين اليزدي الأصفهاني
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ربيع الثاني ١٤١٢
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	المطلب السادس: في الشفعة وفيه فصلان: الاول: في الشرائط تعريف الشفعة وما اورد عليه
٨	شرائط الاخذ بالشفعة (١) أن لا يزيد الشركاء على اثنين
١٠	حكم ما لو باع بعض حصته
١١	حكم ما لو مات الشفيع قبل الاخذ
١٢	(٢) انتقال الحصه بالبيع فقط
١٣	(٣) كون المبيع مما لا ينقل ولا يحول
١٥	حكم ثبوت الشفعة في النخل ونحوه
١٦	(٤) كون المبيع مما يصح قسمته
١٨	(٥) كون البائع شريكا بالجزء المشاع
١٨	حكم ثبوت الشفعة في مثل النهر والطريق
١٩	(٦) قدرة الشفيع على الثمن
٢١	(٧) مطالبة الشفيع للشفعة على الفور
٢٢	حكم ما لو أخل بالاخذ لعذر وذكر بعض الاعذار
(٢٣)ش	هل تجب المطالبة بحضور المشتري؟
٢٤	حكم الشفيع المحبوس والمجنون والصبي
٢٥	حكم ما لو قدم الغائب العاجز عن الحضور
٢٥	هل يجب قطع العبادة للاخذ بالشفعة
٢٦	(٨) اسلام الشفيع مع كون المشتري مسلما، و حكم غير هذه الصورة
٢٧	الثاني: في الاحكام ثبوت حق الشفعة بمجرد العقد
٢٨	عدم ثبوت تملك الشفيع بمجرد العقد مع المشتري بل بالاخذ
٢٨	ياخذ بما وقع عليه العقد فقط
٢٩	حكم ما لو دفع الشفيع ما يساوي بعض الثمن
٢٩	حكم ما لو باع ما فيه الشفعة مع غيره
٣٠	حكم ما لو كان الثمن مثلثا او قيميا
٣٢	عدم بطلان الشفعة بالتقاييل وبيع المشتري
٣٣	حكم ما لو تعيب المبيع بغير فعل المشتري
٣٣	حكم ما لو غرس المشتري في الارض المشفوعة
٣٦	النماء المتصل للشفيع دون المنفصل
٣٦	حكم ما لو باع شقطين والشفيع واحد
٣٦	بطلان الشفعة بخروج الثمن مستحقا
٣٧	طريق أخذ الشفعة
(٣٧)ش	حكم مالو ظهر الجزء الذي فيه الشفعة معيبا

٣٨	عدم وجوب دفع المشفوع قبل أخذ الثمن إلا في صورة تأجيل الثمن
٣٩	حكم ما لو تعذر انتفاع الشفيع بالمشفوع
٣٩	حق الشفعة يورث
٤٠	جواز الصلح على إسقاطها
٤٠	سقوط حق الشفعة ببيع الشفيع نصيبه
٤٠	الفسخ المتعقب لا يبطل الشفعة
٤١	عدم رجوع حكم ما لو رجع البائع بالارش
٤٢	حكم ما لو ادعى شخص وكالة الشريك الغائب
٤٢	حكم ما لو اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن
٤٣	حكم ما لو اختلف بائع الشقص ومشتريه في قدر الثمن
٤٤	حكم ما لو اختلف الشريكان في أصل البيع أو في تأخره
٤٤	بطلان الشفعة بتركها من دون عذر وحمك بطلانها بالنزول قبل البيع
٤٥	حكم سقوط الشفعة بحضور الشريك في مجلس البيع او الشريك او إذنه في الاتباع
٤٦	عدم ثبوت الشفعة بالاقالة
٥٠	كتاب الديون وتوابعه المقصد الاول كراهة الاستدانة من دون حاجة
٥٥	استحباب الاقراض
٥٨	كيفية الايجاب والقبول في الاقراض
٦٠	حرمة شرط النفع في القرض اجماعا من المسلمين مطلقا
٦٧	جواز تبرع المقترض بالزيادة بل استحبابه
٦٨	بيان ضابطة ما يصح إقراضه
٧١	عدم وجوب دفع العين المقترضة إلى المقرض
٧٣	يملك المقترض العين بالعقد
(٧٥)ش	هل يجب رد العين المقترضة لو طلبها المقرض؟
(٧٨)ش	معنى فسخ العقد الجائر
٨٠	لا يلزم تأجيل الحال إلا مع الشرط في عقد لازم
٨٤	يجب نية القضاء مع غيبة المالك
٨٦	وجوب الوصية بالدين مع أمارة الموت
٩٢	عدم صحة قسمة ما في الذمم
٩٤	حكم ما لو باع الدين بأقل منه
٩٦	عدم جواز بيع الدين بدين آخر
٩٩	من عليه حق وله مثله تساقطا
٩٩	حكم ما لو دفع المديون عروضاً للقضاء
١٠٠	حلول الديون المؤجلة بموت المديون
١٠٢	الدية في حكم مال المقتول
١٠٣	حكم ما لو أذن لعبده في الاستدانة
١٠٧	تساوي غرماء المولي والعبد في تقسيط التركة
١٠٧	حكم ما لو أذن له في التجارة دون الاستدانة

- ١٠٨ اطلاق إذن المولى ينصرف إلى الابتياح بالنقد
- ١٠٨ حكم مالو أذن له في النسيئة في الثمن على المولى
- ١٠٨ حكم ما لو أخذ المولى ما اقترضه عبده
- ١٠٩(ش) فروع (١) كراهة النزول على الغريم
- ١١٠(ش) (٢) القرض الذي يجزى النفع حرام
- ١١٢(ش) (٣) لو أعطى بدل مال المديون متاعا
- ١١٢(ش) (٤) كراهة حبس الدين مخافة الفقر
- ١٢٠(ش) (٥) حكم ما اذا ضمن أحد عن الميت دينه
- ١٢٠(ش) (٦) الكفن مقدم على الدين
- ١٢١(ش) (٧) هل يجوز مطالبة المعسر؟
- ١٢١(ش) (٨) حكم ما لو استدان الزوجة النفقة الواجبة
- ١٢١(ش) (٩) يقضي الحاكم دين الغائب
- ١٢٢(ش) (١٠) هل يصح المضاربة بالدين؟
- ١٢٢(ش) (١١) يجوز القرض في بلد مع شرط أن يقبضه في بلد آخر
- ١٢٣(ش) (١٢) استحباب القضاء والاقتضاء
- ١٢٤(ش) (١٣) جواز اشتراط أمر سائغ في القرض
- ١٢٤(ش) (١٤) حكم المقاصة وشرائطها
- ١٢٨ المقصد الثاني في الرهن وفيه مطلبان: الاول: عقد الرهن حكم الاشارة أو الكتابة الدالة على الرضا في الرهن
- ١٣٣ هل يعتبر القبض في الرهن؟
- ١٤١ عقد الرهن لازم من طرف الراهن
- ١٤٢ يشترط كون الرهن عينا مملوكة يمكن قبضه ويصح بيعه
- ١٤٦ رهن المدبر إبطال لتدبيره
- ١٤٧ جواز رهن ملكه منضمًا إلى ملك غيره
- ١٤٧ جواز رهن العبد المسلم، ورهن المصحف عند الذمي اذا وضعه على يد مسلم
- ١٤٨ جواز رهن العبد المرتد
- ١٤٨ إنما يصح الرهن على دين ثابت
- ١٥٠ جواز الرهن على مال الكتابة
- ١٥٠ عدم صحة الرهن على ما لا يمكن استيفاء الدين منه
- ١٥٠ جواز الرهن رهنا لدين آخر
- ١٥١ شرائط المتعاقدين في الرهن
- ١٥٢ جواز شرط الوكالة في البيع للمرتهن
- ١٥٢ جواز وضع الرهن بيد أجنبي
- ١٥٣ حكم ما لو مات المرتهن
- ١٥٤ حكم ما لو وضعه على يد عدلين
- ١٥٥ الثاني: في الاحكام يقدم استيفاء دين الرهن ويقدم دين المرتهن على غير الرهن
- ١٥٧ المرتهن أمين

(١٥٩)ش

١٦٢

هل للمرتهن الاستيفاء لو خاف الجحود؟

١٦٣

حكم ما لو ظهر للمشتري من المرتهن عيب

١٦٧

الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف

١٦٨

حكم ما لو حل الاجل

١٦٩

بيان موارد بطلان الرهن

١٧٠

حكم ما لو رهن المغصوب

١٧١

فوائد الرهن للراهن

١٧١

حكم ما اذا قضى دين الرهن

١٧٢

حكم ما اذا رهن غير المملوك

١٧٢

حكم ما اذا غرس الراهن

١٧٢

حكم ما لو رهن ما يمتزج بغيره

١٧٣

حق الجناية مقدم على حق الراهن

١٧٤

حكم ما لو جنى العبد المرهن على مولاه

١٧٥

حكم ما لو جنى العبد المرهون على من يرثه المولى

١٧٦

قيمة الرهن والارش رهنان

١٧٧

حكم مالو زرع المرتهن الحب المزروع

١٧٧

حق الرهانة موروثه

١٧٧

حكم ما لو اختلف الراهن والمرتهن في التفريط وعدمه

١٧٧

حكم ادعاء تقدم رجوعه في إذن البيع للراهن عليه

١٧٨

حكم ما لو اختلفا في قدر الدين

١٧٩

حكم اختلافهما في تعيين القضاء لاحد الدينين

١٨١

حكم اختلاف في العين المرهونة

١٨٥

المقصد الثالث في الحجر وفيه مطلبان: الاول: في أسباب الحجر (١) الصغر

١٩٣

ما يعرف به البلوغ للرجل والمرأة والخنثى

١٩٩

ما يعرف به الرشد

٢٠٠

ما يثبت به الرشد

٢٠٣

صرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير

٢٠٨

صرف المال في الاغذية النفيسة الغير الملائمة تبذير

٢٠٩

(٢) الجنون

٢١٢

(٣) السفه

٢١٣

جواز تصرف السفه في غير المال

٢١٣

(٤) الملك

٢١٤

(٥) المرض

٢١٥

حكم التبرعات المنجزة

٢١٧

(٦) الفلس

٢١٨

ما يثبت به الحجر

الثاني: في الاحكام في أحكام السفه وما يثبت به سفهه

٢٢٥	عدم زوال حجر السفية إلا بحكم الحاكم
٢٢٧	بطلان بيع السفية بعد حكم الحاكم بسفیهه
٢٢٩	حكم ما اذا زال الحجر بعد إتلافه
٢٣٠	الولاية في ماله إلى الحكم
٢٣٧	لا يمنع السفية من الحج الواجب ولا المندوب في الجملة
٢٣٨	انعقاد يمين السفية وله العفو عن القصاص
٢٣٨	ما به يختبر الصبي قبل بلوغه
٢٤١	في أحكام المفلس (١) منع التصرف
٢٤٢	حكم ما لو أقر بمال
٢٤٣	حكم ما لو أقر بعين
٢٤٣	هل يتعدى حجر المفلس إلى المال المتجدد للمفلس
٢٤٤	إجازة بيع الخيار
٢٤٦	ليس للمفلس قبض دون حقه
٢٤٧	حكم ما لو اقترض أو اشترى في الذمة
٢٤٧	حكم ماله أتلّف المفلس مالا
٢٤٧	حكم بيع المفلس بعد الحجر
٢٤٨	عدم حلول الدين المؤجل بالحجر
٢٤٨	مؤونة الحجر مقدمة على ديون المحجور
٢٤٨	حكم ما أقام المفلس شاهداً بدين
٢٤٨	(٢) اختصاص الغريم يمين مال المفلس
٢٤٩	شرط رجوع ذي العين إلى عينه تعذر استيفاء الثمن بالافلاس... الخ
٢٥٠	لصاحب العين الضرب مع الغرماء
٢٥٤	حكم ماله تعيبت العين بعيب عند المفلس
٢٥٦	حكم نماء العين
٢٥٧	يقدم حق الشفيع على حق صاحب العين
٢٥٧	يقدم حق المؤجر في الفسخ على حق الغرماء
٢٥٨	عدم بطلان حق ذي العين باختلاطها
٢٥٩	حكم ماله نسج الغزل عند المفلس
٢٦٠	حكم ما لو لم يجد صاحب العين عين ماله
٢٦٠	لبايع الامة أخذ المتولدة دون ولدها
٢٦١	يتعلق حق الغرماء بالدية مطلقاً
٢٦٢	عدم ثبوت الفسخ إلا في المعاوضة المحضنة
٢٦٢	حكم ما لو كانت العين المستأجرة دابة عليها حمل وفسخ صاحبها في محل غير مأمون
٢٦٣	حكم ماله زرع المفلس في الارض
٢٦٣	حكم ما لو أفلس المؤجر بعد تعيين ما أجره
٢٦٤	حكم ما لو كانت الاجارة واردة على مافي الذمة
٢٦٤	(٣) قسمة أمواله

٢٦٥	وينبغي إحضار كل متاع في سوقه
٢٦٦	وجوب إجراء نفقة المفلس و أهله
(٢٦٧)ش	هل يجب على المفلس القادر على الكسب التكسب؟
٢٦٨	لو مات المفلس قبل القسمة يقدم مؤونة تجهيزه
٢٦٩	كيفية تقسيم الحاكم لاموال المفلس
٢٧٠	حكم مالو جنى عبد المفلس
٢٧١	جواز تأخير القسمة لو اقتضت المصلحة
٢٧٢	(٤) عدم جواز حبس المفلس مع اعساره
(٢٧٥)ش	طريق ثبوت اعساره عند الحاكم
٢٧٦	حكم ما لو ادعى الاعسار
٢٨٠	لزوم اطلاق المفلس بعد القسمة
٢٨٠	عدم جواز مؤاجرة المديون
٢٨٠	حكم ما لو كان له دار غلة أو دابة
٢٨١	بيان مستثنيات الدين
٢٨٢	المقصد الرابع في الضمان وفيه مطالب ثلاث: الاول: شرائط الضامن عدم اشتراط علم الضامن بالمضمون له
٢٨٩	الضمان ناقل
٢٨٩	حكم مالو أبرأ المالك المضمون عنه
٢٩٠	حكم ما لو ظهر اعسار الضامن
٢٩٠	جواز الضمان حالا ومؤجلا مطلقا
٢٩١	يرجح الضامن على المضمون عنه إن ضمن بإذنه
٢٩٢	حكم مالو دفع الضامن عروضاً
٢٩٢	إنما يصح الضمان اذا كان الحق ثابتاً في الذمة
٢٩٣	يصح ضمان مال الكتابة
٢٩٣	يصح ضمان الاعيان المضمونة
٢٩٤	يصح ترامي الضمان
٢٩٥	عدم اشتراط العلم بالكمية في المضمون
٢٩٥	عدم صحة ضمان مالم يثبت حين الضمان
٢٩٦	حكم ما لو ضمن عهدة الثمن
٢٩٩	بيان موضع ضمان العهدة
٣٠٢	حكم ما لو طالب بأرش عيب سابق
٣٠٣	حكم مالو خرج بعض المبيع مستحقاً
٣٠٣	حكم مالو اختلفا في تقبيل الضامن
٣٠٤	يخرج ضمان المريض من الثلث
٣٠٥	الثاني: في الحوالة معنى الحوالة
٣٠٨	يشترط رضا المحيل والمحال له والمحال عليه
٣٠٩	يشترط ملاءة المحال عليه أو علم المحتال والعلم بالمال وثبوتة في ذمة المحيل

٣١٠	عدم وجوب قبول الحوالة
٣١٠	الحوالة ناقلة
٣١١	عدم اشتراط سبق شغل ذمة المحال عليه
٣١١	حكم مالو أحاله على فقير
٣١١	صحة ترامى الحوالة ودورها
٣١١	حكم ما ادعى المحال عليه فادعى المحيل شغل ذمة المحال عليه
٣١٢	صحة الحوالة بمال الكتابة
٣١٢	حكم ما أحال المشتري البائع بالثمن ثمن رد بالعيب
٣١٣	حكم ما لو أحال البائع بالثمن ثم فسخ المشتري
٣١٣	حكم ما لو بطل أصل العقد
٣١٤	الثالث: في الكفالة تعريف عقد الكفالة
٣١٥	اشتراط رضا الكفيل والمكفول له
٣١٧	اشتراط تعيين المكفول بعبارة ظاهرة
٣١٨	صحة الحوالة حالة ومؤجلة
٣١٩	صحة ترامى الكفالات
٣١٩	إطلاق الحوالة يقتضي التعجيل
٣١٩	يشترط ضبط الاجل وما يتفرع عليه
٣٢١	حكم ما لو قال: إن لم احضره إلى كذا كان علي كذا... الخ
٣٢٥	حكم مالو أطلق غريما من يد صاحبه
٣٢٦	عدم وجوب تسلم الخصم قبل الاجل
٣٢٦	يبرأ الكفيل بموت المكفول وتسليم نفسه وباحضار الكفيل الآخر له
٣٢٧	لو كفله من اثنين لم يبرأ بالتسليم إلى أحدهما
٣٢٧	امهال الكفيل بعد الحلول بقدر الذهاب إلى بلد المكفول
٣٢٧	اطلاق التسليم ينصرف إلى التسليم في بلد الكفالة
٣٢٨	حكم ما اذا ادعى الكفيل انتفاء الحق
٣٢٩	المقصد الخامس في الصلح صحة الصلح مع الاقرار والانكار
٣٣٦	صحة الصلح مع علم المصطلحين وجهلها
٣٣٩	كفاية المشاهدة في الموزون
٣٣٩	صحة صلح عين بعين وبمنفعة ومنفعة، بعين ومنفعة
٣٤٠	صحة صلح دنانير ودرهم بكل واحد منهما ولو قبل التقابض
٣٤٠	حكم مالو اصطاح المشتركان على اختصاص أحدهما بالربح والآخر بالخسران
٣٤٣	حكم ما لو أودعه أحدهما درهمين والآخر ثالثا
(٣٤٣)ش	حكم اختلافهما في دعوى ملكية كل واحد الدرهمين أو أحدهما
٣٤٧	حكم ما لو صدق أحد المدعين لعين بسبب يقتضي الشركة
٣٥٠	ليس طلب الصلح اقرارا
٣٥٠	حكم ما لو بان استحقاق أحد العوضين
٣٥٠	جواز الصلح على أكثر من قيمته

- ٣٥١ لو صالح المنكر مدعي الدار على سكنى مدة
- ٣٥١ لو اختلف راكب الدابة وقابض لجامها
- ٣٥٢ حكم ما اذا اختلفا في الجمل أو الغرفة أو الجدار
- ٣٥٤ حكم ما اذا اختلف في ملك بناء الجدار أو ملك سقف أو في النقص
- ٣٥٥ حكم ما اذا اختلف صاحب العلو والسفل في الدرجة والخزانة والثوب الذي في يد أحدهما أكثره... الخ
- ٣٥٧ عدم وجوب وضع خشب جاره على حائطه
- ٣٥٩ جواز الرجوع إلا عن الاذن لو أذن
- ٣٦١ ليس للشريك التصرف في المشترك إلا بإذن شريكه
- ٣٦٣ عدم إجبار الشريك على العمارة في الجملة
- ٣٦٥ للجار عطف أغصان شجرة جاره الداخلة اليه
- ٣٦٧ جواز إخراج الرواشن ونحوها
- ٣٧٢ جواز فتح الابواب في الطرق النافذة
- ٣٧٣ حكم ما لو سقط الباب هل يجوز للاول منعه؟
- ٣٧٤ حكم الطرق المرفوعة هل هي بحكم النافذة
- ٣٧٨ حكم مالو أحدث في الطرق المرفوعة حدثا
- ٣٧٩ فتح باب لغير الاستطراق في المرفوعة ممنوع
- ٣٨١ ذو الباب الادخل يشارك الاقدم إلى بابه
- ٣٨٥ المقصد السادس في الاقرار وفيه مطلبان: الاول: في أركانه (الاول) في المقر وشرائطه
- ٣٨٨ حكم إقرار الصبي بالصبي
- ٣٨٩) حكم وصية الصبي
- ٣٩٤ كل من يملك التصرف في شئ ينفذ اقراره
- ٣٩٥ قبول إقرار المفلس والمريض في الجملة
- ٣٩٦ (الثاني) المقر له وله شرطان
- ٣٩٦ (١) أهلية التملك وما يتفرع عليه
- ٣٩٧ حكم ما لو أقر للحمل أنه مع غيره
- ٤٠٠ حكم مالو أقر لميت
- ٤٠٢ (٢) ان لا يكذب المقر له
- ٤٠٣ حكم ما لو قال: هذا لاحدهما
- ٤٠٤ حكم ما اذا أقر للثاني بعد إقراره للاول
- ٤٠٤ حكم مالو أنكر إقراره لآخر لعبد
- ٤٠٥ (الثالث) الصيغة
- ٤٠٦) عدم صحة التعليق في الاقرار، وذكر بعض فروع
- ٤١١ لو ادعى رد ما ادعاه المدعي الزم
- ٤١٢ ذكر جملة من فروع الاقرار
- ٤١٣ هل قوله: (نعم) بعد قول القائل (أليس لي عليك كذا) إقرار؟
- ٤١٨ حكم ما لو قال: اشتريت مني أو استوهبت فقال: نعم

- ٤١٩ حكم ما لو قال: بعثك أباك
- ٤١٩ (الرابع) المقر به، وفي بحثان:
- ٤١٩ (١) الاقرار بالمال
- ٤١٩ اشتراط أن لا يكون مملوكا للمقر
- ٤٢١ حكم ما لو شهد بإقراره بدار
- ٤٢١ اشتراط كون المقر به تحت يد المقر
- ٤٢٢ حكم ما لو أقر بحرية عبد غيره
- ٤٢٤ حكم ما لو قال: له في ميراث أبي مائة مثلا
- ٤٢٥ حكم ما لو قال: له في ميراثي من أبي مائة مثلا
- ٤٢٨ حكم ما لو قال: لفلان علي شئ أو مال
- ٤٢٨ عدم قبول الاقرار بما لا يتمول عادة أو شرعا
- ٤٣٢ حكم ما لو أقر له بمال عظيم أو نفيس ونحو ذلك
- ٤٣٤ حكم ما لو قال: له علي أكثر من مال فلان
- ٤٣٦ حكم مالمو أقر بالالفاظ الكنائية مثل قوله: (كذا درهما) أو (كذا كذا) أو (كذا وكذا)
- ٤٣٨ اطلاق الاقرار يرجع إلى نقد البلد
- ٤٣٩ حكم ما لو أقر بقوله: له علي من واحد إلى عشرة
- ٤٣٩ الاقرار بالظرف ليس إقرار بالمظروف
- ٤٤١ لو قال: له هذه الجارية فجاء بها حاملا
- ٤٤١ حكم ما لو اقر بدرهم درهم أو فوق درهم أو مع درهم أو تحت درهم أو درهم فدرهم
- ٤٤١ حكم ما لو قال: له درهم ودرهم أو ثم درهم
- ٤٤٣ حكم ما كرر الاقرار في وقتين
- ٤٤٤ حكم ما لو قال: له عبد عليه عمامة
- ٤٤٤ حكم ما لو قال: له ألف ودرهم ونحوه
- ٤٤٥ لو قال: له هذا الثوب أو هذا العبد
- ٤٤٦ الاقرار بالولد ليس اقرار بزوجة امه
- ٤٤٦ (٢) الاقرار بالنسب
- ٤٤٦ شرائط الاقرار بالنسب
- ٤٤٨ حكم استلحاق المحجول
- ٤٤٩ حكم الاقرار بينوة الميت
- ٤٤٩ حكم ما لو أقر بغير الولد
- ٤٥٠ حكم مالمو كان للمقربة ورثة مشهورون
- ٤٥١ لو أقر ولد الميت بآخر ثم اقر بثالث فأنكر الثالث الثاني
- ٤٥١ حكم ما لو أقرت الزوجة مع الاخوة بابن
- ٤٥٢ كل وارث أقر بأولى منه دفع ما في يده اليه
- ٤٥٢ حكم ما لو شهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين
- ٤٥٤ لو اقر بوارث أولى منه ثم بأولى منه
- ٤٥٥ لو أقر بزوجة لذات الولد

- ٤٥٥ لو اقر بزوجة لذي الولد
- ٤٥٦ لو ولدت أمته فافر ببنته
- ٤٥٧ لو اقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر
- ٤٥٧ اذا تعارف اثنان بما يوجب التوارث
- ٤٥٨ الثاني: تعقيب الاقرار بما ينافيه حكم ما اذا قال: له علي ألف من ثمن خمر أو مبيع هلك قبل قبضه... الخ
- ٤٦١ حكم ما لو قال: له علي ألف مؤجلة أو اشترت بخيار
- ٤٦٢ حكم ما لو قال: له علي ألف ناقصة
- ٤٦٣ حكم ما لو قال: له علي ألف ثم احضر وقال: هي وديعة
- ٤٦٤ حكم ما لو قال: له قفيز حنطة بل قفيز شعير
- ٤٦٤ حكم ما لو قال: له قفيز بل قفيزان
- ٤٦٤ حكم ما لو قال: له هذا الدرهم بل هذا الدرهم
- ٤٦٦ حكم ما لو قال: له عندي وديعة وقد هلكت
- ٤٦٧ حكم ما لو ادعى المواطاة في الاشهاد
- ٤٦٨ لو قال: ماله عندي عشرة إلا درهم
- ٤٦٩ حكم تكرر الاستثناء بحرف العطف أو كان الثاني مساويا أو زائدا وفيه تدقيق علمي
- ٤٧٦ لو قال: له هذه الدار والبيت لي أو إلا البيت
- ٤٧٨ حكم ما لو قال: له ألف إلا درهما
- (٤٨٠) حكم ما لو قال: ألفا إلا شيئا
- ٤٨٣ حكم ما لو عقب الجملتين بالاستثناء
- ٤٨٤ لو قال: له درهم ودرهم إلا درهما
- ٤٨٦ يبطل الاستثناء المستوعب
- ٤٨٨ المقصد السابع في الوكالة وفيه مطلبان: الاول: في أركانها تعريف الوكالة وجوازها
- ٤٩٠ (الاول) الموكل
- ٤٩١ يشترط كون الموكل مالكا لمباشرة التصرف الذي وكل فيه
- ٤٩٢ لا يصح توكيل الصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والعبد
- ٤٩٣ حكم ما لو وكل العبد في الطلاق
- ٤٩٤ للاب والجد له أن يوكل عن الصبي وكذا الوصي
- ٤٩٤ ليس للوكيل أن يوكل إلا بالاذن
- ٥٠١ حكم ما لو وكله في شراء نفسه من مولاه
- ٥٠٢ للحاضر أن يوكل في الطلاق أم لا؟
- ٥٠٤ للحاكم أن يوكل عن السفهاء
- ٥٠٤ كراهة مباشرة الخصومة لذوي المروات
- ٥٠٦ (الثاني) الوكيل، ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاسلام إن كان الغريم مسلما
- ٥٠٧ ينبغي أن يكون الوكيل فاهما عارفا باللغة
- ٥٠٧ لا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل
- ٥٠٧ لا تصح نيابة الوكيل المحرم في المحرم عليه

- ٥٠٨ للمرأة أن تتوكل حتى في نكاح نفسها وطلاقها
- ٥٠٨ للعبد أن يتوكل بإذن المولى
- ٥٠٨ المحجور عليه للسفه ان يتوكل في المال وغيره
- ٥٠٩ (الثالث) فيما تصح فيه الوكالة بأن يكون مملوكا للموكل
- ٥١٣ عدم صحة توكيل المرأة في طلاق نفسها قبل تزويجها
- ٥١٤ كل ما تعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة فلا يصح التوكيل فيه
- ٥١٦ حكم توكيل المرأة في عقد نكاحها أو طلاقها
- ٥١٧ صحة التوكيل في المطالبة بالحقوق
- ٥١٧ حكم التوكيل بإثبات اليد على المباحات
- ٥١٩ حكم التوكيل في الاقرار
- ٥٢٢ عدم اشتراط رضا الغريم في توكيل الخصومة
- ٥٢٣ صحة توكيله على كل قليل وكثير
- ٥٢٤ صحة توكيله في شراء عبد غير معين
- ٥٢٥ (الرابع) بيان كيفية التوكيل إيجابا وقبولا
- ٥٣٢ اشتراط التنجيز في التوكيل
- ٥٣٢ حكم ما لو نجزه وشرط تأخير التصرف
- ٥٣٩ الثاني: في الاحكام الوكالة جائزة من الطرفين
- (٥٣٩ش) أسباب انعزال الوكيل
- (٥٤٠ش) حكم ما اذا عزله ولم يعلمه
- ٥٥٢ هل علم المعزول بالعزل دخيل في الانعزال؟
- ٥٥٤ حكم ما لو عزل نفسه
- ٥٥٤ بطلان الوكالة بموت أحدهما أو خروجه عن التكليف
- ٥٥٦ بطلان الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة لا بالنوم
- ٥٥٧ بطلانها بعقد العبد الوكيل
- ٥٥٨ حكم ما لو أذن لعبد ثم باعه أو أعتقه
- ٥٥٩ حكم ما لو أطلق الوكالة
- ٥٦٤ حكم ما لو قدر الموكل للوكيل اجل النسبية
- ٥٦٥ حكم ما لو أطلق اجل النسبية
- ٥٦٦ وكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن
- ٥٦٨ وكيل الشراء هل يملك تسليم الثمن؟
- ٥٦٩ حكم ما لو وكل شخص بشخصا في دعوى على شخص
- ٥٦٩ حكم ما لو اشترى معيبا بثمن مثله جاهلا بالعيب
- ٥٧١ للوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكل
- ٥٧٢ حكم ما لو قال له: افعل ما شئت أو ولكه في مقدار يعجز عنه
- (٥٧٣ش) وجوب متابعة الموكل
- ٥٧٥ حكم ما لو باع بأزيد في غيبة الموكل
- ٥٧٦ حكم ما لو قال: اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين به

٥٧٧	ليس لو وكيل الخصومة الاقرار ولا الصلح ولا الابرار
٥٧٨	حكم ما لو وكله في الصلح عن الدم على خمر
٥٨٠	عدم جواز تعدي الوكيل فيما وكل فيه
٥٨٤	حكم كل موضع يبطل الشراء فيه للموكل
٥٨٤	حكم ما لو أنكر الوكالة
٥٨٦	حكم ما لو وكل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق
٥٨٧	بطلان الوكالة بموت أحدهما
٥٨٨	لو قال: اقبض حقي من فلان فمات
٥٨٨	حكم ما لو وكل المديون في الشراء بالدين
٥٨٩	طريق ثبوت الوكالة
٥٩٢	حكم ما لو اختلفا في تاريخ إيقاع الوكالة
٥٩٥	وجوب تسليم مال الغير إلى مالكة مع طلبه
٥٩٨	حكم ما لو وكله في قضاء دين عليه
٥٩٩	للبياع مطالبة الوكيل مع جهل الوكالة
٦٠٠	قبول شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه
٦٠١	مسائل النزاع لو أنكر المالك الاذن في البيع
٦٠٥	لو قال: ما اذنت إلا في الشراء بعشرة مثلا وكان الشراء بأزيد
٦٠٥	لو أنكر الغريم وكالة الغائب له
٦٠٦	لو أنكر الوكالة أو التلف أو اختلفا في قيمة التالف أو ايقاع الفعل
٦٠٧	لو اختلفا في الرد
٦٠٨	لو اختلفا في قدر الثمن المشتري به
٦٠٨	لو أنكر وكالة التزويج
٦٠٩	لو قال: قبضت الثمن وتلف في يدي
٦١٠	لو ادعى على الوكيل قبض الثمن
٦١١	لو ادعى بعد الجحود ردا
٦١١	لو ادعى الوكيل تلف ما وكل فيه

مجمع الفائدة والبرهان
في شرح إرشاد الأذهان
للفقيه المحقق المدقق وحيد عصره وفريد دهره
المولى أحمد المقدس الأردبيلي قدس سره
المتوفى سنة ٩٩٣ هـ ق
تحقيق:

الحاج آقا مجتبی العراقي والحاج شيخ علي پناه الاشتهاردي والحاج آقا حسين اليزدي
الأصفهاني
الجزء التاسع
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة
لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(١)

مجمع الفائدة والبرهان

(ج ٩)

المؤلف: المحقق البارع الشيخ أحمد المعروف بـ "المقدس الأردبيلي"
التحقيق: الحاج آقا مجتبی العراقي، الشيخ علي پناه الاشتهاردي، الحاج آقا حسين اليزدي

الموضوع: فقه

طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي

المطبوع: ١٠٠٠ نسخة

الطبعة: الأولى

التاريخ: ربيع الثاني ١٤١٢ هـ . ق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(٢)

صورة فتوغرافية للصفحة الأولى من نسخة مكتبة المسجد الأعظم بقم المشرفة
من أول كتاب المتاجر - عثرنا عليها أثناء التحقيق.

(٣)

صورة فتوغرافية للصفحة الأخيرة من نسخة مكتبة المسجد الأعظم بقم
المشرفة - من آخر كتاب العطايا - عثرنا عليها أثناء التحقيق.

(٤)

"المطلب السادس في الشفعة"

(وفيه فصلان)

(الأول) في الشرائط

إذا باع أحد الشريكين حصته كان للآخر أخذه بما وقع عليه
العقد بشروط ثمانية.

-
- (١) هكذا في النسخ التي عندنا من المطبوعة والمخطوطة وهي خمس نسخ، ولكن ليست لفظة (قيل) في نسخ الشرائع التي رأيناها.
- (٢) يعني صاحب المسالك الشارح للمتن.

(٥)

- بأنه شريكه، بناء على أن صدق المشتق لا يقتضي بقاء مبدئه.
مع أن الجواب غير واضح، إذ يلزم عدم صدق التعريف حينئذ على المعرف وهو ظاهر، والبناء أيضا كذلك، لأن في العرف لا يحمل الكلام على مثل ما ذكر بحسب اللغة.
على أن المسألة وإن كانت ظاهر كلام الأصحاب غير واضحة وتحقيقها في الأصول.
ثم قال: ولا مخلص (١) له إلا بالتزام كونه مجازا ولا يقول به الأصحاب، لأنه عندهم حقيقة.
وهذا يدل على كونه مجمعا عليه عندهم وذلك غير واضح، والمجاز في التعاريف ليس بجيد.
ثم قال: وعلى هذا فيصدق الشركة بعد القسمة ويلزم ثبوت الشفعة لأحد الشريكين المتقاسمين حصة الآخر إذا باعها لغيره، وهم لا يقولون به.
كأن في قوله: (لغيره) إشارة إلى ما قلناه من أن المراد، الانتقال إلى غير المستحق.
وقد عرفت جوابه من أن المراد بالشريك ما هو، وبالاستحقاق هو الاستحقاق شرعا ولا استحقاق هنا وذلك لأنه لم يثبت فيما إذا لم يكن دليل شرعي على اثباته وهو قائل به، وأما إذا كان ثابتا بالدليل فلا يجب الإخراج، بل ادخاله.
على أنه قد يلتزم ويقال: إنه تعريف للمطلق، فيعلم بعد ذلك، الصحيح من غيره (٢) بالشرائط.

(١) عبارة المسالك هكذا: ولا مخلص من ذلك إلا بالتزام كونه حينئذ مجازا كما يقوله بعض الأصوليين، لكن الأصحاب لا يقولون به (انتهى).
(٢) يعني قد يلتزم بأن التعريف شامل لمطلق الشفعة صحيحة وغيرها، غاية الأمر يعلم خروج مثل مورد الانتقاض المذكور في طرده بعد ذلك بذكر الشرائط.

ثم قال: ويصدق مع تكثر الشركاء إذا كانوا ثلاثة فباع أحدهما لأحد الآخرين فإنه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصة المستحقة بالبيع إلى أحدهما من شريكه.

إلا أن يقال هنا: إن الشريك لم يستحق حصة شريكه، بل بعض حصته، وهي المنتقلة بالبيع دون باقي حصته، وهي حصة الشريك الآخر حيث إن (شريكه) يشمل الشريكين، بناء على أن المفرد المضاف يفيد العموم فلم يتحقق استحقاقه حصة شريكه (١) الخ.

ولا يصدق (٢) - وهو ظاهر - لأن المراد الشريكين (٣) فقط وقت الانتقال، ولأن المراد استحقاق أحدهما فقط لا غير، وأن المراد، الشريك الذي قاله بقوله (أحد الشريكين) وهو ظاهر متبادر إلى الفهم لا يحتاج إلى القيد. فلا يحتاج إلى الجواب بقوله: (إلا أن يقال الخ) على تقدير صحته، لأنه إذا أريد جميع الحصة يلزم أن يصدق التعريف على جميع حصة الشريك إذا باعها لا البعض يعني إذا باع بعض الحصة دون البعض، لا يكون الشفعة فيه، لأنه ليس بجميع الحصة، وهو ظاهر، فالإضافة هنا ليست للعموم، بل أعم، والإضافة ليست دائماً للعموم، بل هو مثل التعريف يجري فيها الأقسام وهو مذكور في محله ثم قال: ولا مخلص من هذه المضايقات إلا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته، لم يبق شريكاً عرفاً، والاستحقاق بسبب بيع أحد الشريكين الآخر لا يتحقق إلا بعد تمام البيع، ومعه تزول الشركة عرفاً وإن صدقت لغة (٤) وقد عرفت أنه بعد البيع إلى

(١) إلى هنا عبارة المسالك ج ٢ ص ٢٦٩.

(٢) يعني لا يصدق مع تكثر الشركاء إلى آخر ما قاله المسالك.

(٣) هكذا في نسخ كلها، ولعل الصواب (شريكان) بالألف والنون.

(٤) وهو قوله قده لأن المراد بالشريكين فقط الخ.

الغير، لا يبقى الشريك شريكا فيخرج جميع أفراد المعرف فلم يبق في التعريف شيء فالمخلص (١) هو مبطل للتعريف فهو سبب لاشكال أعظم، وقد عرفت المخلص أيضا فافهم وتذكر.

ثم إنني أظن عدم مناسبة هذه المضايقات في هذه التعريفات اللفظية في الفقه، التي المقصود منها، التميز في الجملة ليتذكر فيترتب عليها الأحكام بسهولة، وإنما يحصل التميز بالعلم بالشرائط.

ولكن لما تعرض الشارح لأمثالها وظننت فيه ما عرفت فخرجت من مقصود التعليق، لذلك، ولدفع الشبهة عن مثل المحقق وغيره. وإلا فظني أن توجهه إلى مثلها والتعرض بالعبارات غير مناسب، وليس وظيفة الفقيه، بل ينبغي له أن يبذل جهده في تحقيق المسألة وتحريرها وتوضيحها مع الخفاء؛ ودليلها وأبوابها لا غير، ولهذا ذهنا عما في المتن من بعض القصور، لاختصار، واحتياجه إلى حذف وتقدير شيء حتى يظهر المراد، الله الموفق للصواب والسداد.

فلنشرع في المقصود، فنقول: دليل ثبوت الشفعة مطلقا هو الاجماع مستندا إلى السنة (٢)، فلا كلام فيه.

(وأما الشرائط) بحيث لا تكون إلا في بعض الموارد الخاصة ففيها الخلاف والكلام (الأول) عدم كون الشركاء أزيد من اثنين أي الشركاء حين البيع والانتقال لما مر، وإليه أشار بقوله: (الأول أن لا يزيد الشركاء على اثنين الخ) وهو مذهب أكثر المتأخرين.

(١) يعني المخلص الذي ذكره المسالك بقوله ره: ولا مخلص من هذه الخ.

(٢) راجع الوسائل باب ١ (إلى) باب ٧ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٥.

ودليله الأصل المقرر عقلا ونقلا من الكتاب (١) والسنة (٢) والاجماع وهو عدم جواز التصرف في مال أحد بوجه إلا بطيب نفس منه ورضاه إلا ما أخرجه الدليل، وقد ثبت جواز اخراج المشفوع من يد المشتري مع الشريكين فقط بالاجماع وبقي الباقي تحت المنع ويدل عليه أيضا الروايات، مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه

السلام أنه قال في المملوك: يكون بين الشركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا لقييل (قيل خ) له: في الحيوان شفعة؟ فقال (قال ثل): لا (٣).

ورواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما (يقاسما ثل)، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (٤).

وكأنها صحيحة قالها في شرح الشرائع أيضا إذ ليس فيها من فيه إلا محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس بن عبد الرحمن (٥)، والظاهر على ما أظن أنه لا يضره ذلك لما مر وهو ظاهر من كتب الرجال، ولكن لا ينبغي أن يقول ذلك في شرح الشرائع لأنه يضعف هذا السند كثيرا، مع أنها مؤيدة. وما في مرسله يونس (في حديث): وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد

(١) قال الله تعالى: " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " البقرة ١٨٨ والنساء ٢٩ وقوله تعالى:

ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم " النساء ٢ وغيرهما من الآيات.

(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ رقم ١٨ و ص ١١٣ رقم ٣٠٩ و ج ٢ ص ٢٤٠ رقم ٦ و ج ٣ ص ٤٧٣ رقم ١٣.

(٣) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٥) وسندها كما في باب الشفعة من الكافي هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمد بن عيسى، عن يونس بن عبد الرحمن عن عبد الله بن سنان.

ولو باع بعض حصته فلاآخر، الشفعة بكمالها

منهم.

ولعدم دليل صحيح صريح على الزائد، فيحمل ما يتوهم دلالته، عليه.
- مثل حسنة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: فلهم الشفعة على الاثنيين فإن (لهم) راجع إلى الشركاء وهو جمع.
ومثل (القوم) في أخرى له (٣)، قيل: صحيحة، وفيه الكاهلي وهو عبد الله بن يحيى (٤) غير مصرح بتوثيقه، نعم قيل: إنه ممدوح، فهي حسنة، فهما في الحقيقة واحدة للانتهاء إلى منصور على الاثنيين قاله في الاستبصار.
ولأنه يصح اطلاق الجمع على الاثنيين، بل على الواحد أيضا كالقوم وإن كان مجازا للجمع بين الأدلة أو على التقية كما في ضعيفة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام: الشفعة على عدد (عدة خ) الرجال (٦).
مع موافقتها لمذهب العامة ومخالفتها لما هو المشهور والأكثر رواية وقائلا، وظاهر الكتاب والسنة والاجماع من عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بطيب النفس منه (٨).

قوله: " ولو باع بعض حصته الخ " يعني لو باع الشريك بعضا من

- (١) راجع الوسائل باب ٧ ذيل حديث ٢ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣٢١.
- (٢) الوسائل باب ٤ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة وقوله: (على الاثنيين) متعلق بقوله: (فيحمل).
- (٣) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من كتاب الشفعة، قال: قلت لأبي عبد الله: دار بين قوم اقتسموها الخ.
- (٤) سندها كما في الكافي - باب الشفعة - هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم عن الكاهلي، عن منصور بن الجازم.
- (٥) الإستبصار ج ٣ باب العدد الذين تثبت بينهم الشفعة ص ١١٧ رقم ٦ - ٧.
- (٦) الوسائل باب ٧ حديث ٥ من كتاب الشفعة.
- (٧) قال الله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " النساء - ٢٩.
- (٨) تقدم مصدره أنفا.

ولو مات الشفيع قبل الأخذ فللورثة المطالبة.
ولو عفى أحدهم فللباقى أخذ الجميع أو الترك.

حصته فلشريكه أن يأخذ جميع ما باعه لا جميع حصته، وليس له أن يأخذ البعض من المبيع ويترك البعض، للزوم التشقيص الممنوع منه عندهم. وليس للمشتري أيضا منعه من البعض بسبب شركة البائع، إذ الشفيع لا بد أن يكون غير البائع، وتحقق دليل الشفعة، معلوم مع عدم المانع. قوله: " ولو مات الشفيع الخ " إشارة إلى ما أشرنا إليه، من أن شرط اثنية الشريك إنما هو عند الانتقال بالبائع، فلا يضر كثرته بعده. فلو مات الشفيع قبل أخذه بالشفعة وبعد الاستحقاق وقبل بطلانه فللورثة أن يأخذوا بالشفعة على قدر حصتهم من الإرث وبنسبتها. ولو ترك بعضهم وعفا لم يسقط حق الباقين، بل لهم الأخذ، ولكن أخذ الجميع أو تركه. وليس لهم أخذه حصتهم فقط، للزوم التشقيص والتبعيض الممنوع منه عندهم.

فتأمل فإن الأصل والاستصحاب يقتضي جواز أخذ الحصة فقط. ولعل عدم التبعض مجمع عليه، وإلا فالقول به متوجه، أولا قائل به ظاهرا فالعدول عنه مشكل لعدم الشريك. فيحمل ما ورد في رواية طلحة بن زيد، عن علي عليه السلام أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يشفع في الحدود - كأنه المقسوم - وقال: لا تورث الشفعة (١) على التقية مع ضعف السند بطلحة، لأنه بتري مع اشتراك محمد بن

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الشفعة، ومتن الحديث هكذا: عن طلحة بن زيد عن جعفر، عن أبيه عن علي عليهم السلام قال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم وقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لا يشفع في الحدود، وقال لا تورث الشفعة وقوله قد: كأنه المقسوم يريد به تعيين حدود مورد الشفعة بين الشركاء.

(الثاني) انتقال الحصبة بالبيع، فلو انتقلت بالهبة أو بغيرها (غيرها خ) من العقود لم تثبت الشفعة، سواء تضمن العقد عوضاً أو لا.

يحيى (١) أو بعد التأخر (٢) والابطال وغير ذلك، هذا على القول بعدم البطلان، وهو قول السيد ومن تابعه. وقيل بالبطلان وهو قول الشيخ. ودليل الطرفين واضح بعد ما تقدم. ولعل الثاني أظهر، لما مر من أن الأدلة العقلية والنقلية الدالة على المنع، ورواية طلحة المتقدمة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، إذ شمول آية الإرث له (٣) غير وظاهر، فتأمل.

قوله: " الثاني انتقال الحصبة الخ " دليله ما تقدم، واجماع الأصحاب المستند إلى الأخبار مثل رواية هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبد الله عليه السلام - كأنها حسنة ليزيد بن إسحاق الشعر في سندها - قال: سألته عن الشفعة في الدور أشى واجب للشريك وقد يعرض على الجار، وهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن (٤)، وغيرها.

(١) وسندها كما في التهذيب - باب الشفعة - هكذا: أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن يحيى، عن طلحة بن زيد.

(٢) عطف على قوله قده: (على التقية).

(٣) آيات الإرث أكثرها في أوائل سورة النساء وبعضها في آخرها فلاحظ، فكأنه قده يريد أن آيات الإرث غير شاملة للحقوق.

(٤) الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(الثالث) كون المبيع مما لا ينقل ولا يحول كالأرضيين.
والبساتين والدور، ولا تثبت فيما ينقل كالأثاث والحيوان على رأي.

ونفي في صحيحة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء؟ قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها (١) الشفعة (٢).
ولا يضر عدم العموم فيها، وعدم الصحة في الأولى، لأنه مؤيد لما تقدم.
قوله: " الثالث كون المبيع مما لا ينقل الخ " في هذا الشرط خلاف كثير، نقل عن بعض عدمه، فيجوز في كل مبيع، وعن البعض شرط إلا في العبد والأمة فإنه يجري فيهما وهو خيرة المختلف.
دليل المذكور المشهور بين المتأخرين، ما أشير إليه من أن الأدلة من العقل والنقل، كتابا، وسنة، واجماعا دلت على عدم الجواز، وخرج ما لا ينقل مطلقا بالاجماع بقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين.
ويؤيده ما ورد من نفي الشفعة في السفينة والبئر والطريق في رواية السكوني وعن الحيوان في رواية سليمان بن خالد.
ورواية عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشريكين (الشركاء - كايب ثل) في الأرضين والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أرفت الأرف (٥) وحدت الحدود فلا

-
- (١) يعني نفي الشفعة في صحيحة أبي بصير، عن المهر.
(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الشفعة.
(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الشفعة وفيها: (النهر) بدل (البئر).
(٤) الوسائل باب ٧ حديث ٦ من كتاب الشفعة.
(٥) الأرف جمع أرفة مثل غرفة. عرف وفي النهاية: ويقال بالثاء المثناة أيضا وفيه قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة ما لم يؤرف أي ما لم يقسم المال ويحد (مجمع البحرين).

شفعة (١).

وما في صحيحة الحلبي - المتقدمة - .

وفيها دلالة على وجودها في المملوك، حملها المصنف في المختلف على العبد والأمة وهو دليله فيه مع رواية عبد الله بن سنان، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا (٣).

ويمكن أن يقال: (المملوك) عام، وما تقدم - من نفي الشفعة في الحيوان والبئر (٤) والطريق والسفينة - خاص (فيقيد المملوك) بغيرها.

بل الظاهر عدم القائل بغير هذه الأربعة، فيمكن حمل المملوك على المملوك الذي لا ينقل كما مر، فإن المملوك ليس بصريح في العبد والأمة، مع قلة القائل به، وما تقدم، على أن مذهب (لمذهب خ) المختلف وجه، لصحة هذه الرواية. وحمل الشيخ منع الشفعة - في الحيوان فيها - على أن يكون الشركاء أكثر من اثنين لثبوتها فيه في رواية يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟، ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم (٥)، وهذه الرواية دليل

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) تقدمت آنفا وراجع الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٣) الوسائل باب ٧ حديث ٤ من كتاب الشفعة.

(٤) قد عرفت أن في الوسائل (النهر) بدل (البئر).

(٥) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

وتثبت في النخل والشجر والبناء تبعا للأرض لا في الثمرة وإن كانت على الأصل ويبيعا معا.

ذلك المعمم.

وأنت تعلم عدم صحة السند للارسال والقطع إلى يونس مع جهالة حاله، ومثلها لا يعارض ما تقدم، ويمكن حملها على التقية أيضا، فالعموم لا وجه له، والتأويل المذكور بعيد لعدم مناسبة التخصيص، إذ لا شفعة مع الكثرة في الحيوان وغيره، على أنه لا يمكن في صحيحة الحلبي المتقدمة لأنه نفاها عن الحيوان مع التقييد بالواحد فيها، نعم لمذهب المختلف وجه بتخصيص الحيوان في صحيحة الحلبي (١) بغير العبد والأمة وتقييدها بالشريكين فقط لما مر.

ولصحيحة عبد الله بن سنان - في الفقيه - قال: سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قال: قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع، قال له شريكه: أعطني قال: هو أحق به ثم قال عليه السلام: لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك (فيه ثل) رقبة واحدة (واحدا ثل) (٢).

والقول بالعموم في الحيوان، وتقييد ما في رواية الحلبي بأكثر من اثنين ليس بجيد لما تقدم، ولعدم صراحة هذه في العموم فافهم. فقوله: (على رأي) يمكن كونه إشارة إلى خلاف المعمم، وخلاف المختلف.

قوله: " وتثبت في النخل الخ " ثبوتها في المذكورات - تبعا للأرض التي هي فيها - غير بعيد لحكم العرف بالتبعية، فإنها كالجزة وداخله في البستان.

(١) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من كتاب الشفعة.

(٢) الوسائل باب ٧ حديث ٧ من كتاب الشفعة.

(الرابع) أن يكون المبيع مما يصح قسمته، فلا شفعة فيما لا يصح قسمته كالحمامات والدكاكين والضيقة والطرق الضيقة على رأي.

ولأن المسكن في بعض (١) الأخبار يشمل الأبنية والحيطان. وكذا الدور (٢) والرابع (٣) في رواية العامة، ويمكن عدم الخلاف فيه أيضا. بخلاف الثمرة، فإنها أصل برأسها لا تدخل في بيع النخل فيسقط قسط الثمرة - إذا بيعت مع النخل - عن الثمن ويأخذ غيرها بباقيها، وطريق التقسيط واضح، وقد تقدم.

قوله: "الرابع أن يكون الخ" هذا شرط عند أكثر علمائنا ويمكن الاستدلال عليه بما تقدم من أن الدليل قائم على العدم، خرج المنقسم بالاجماع وبعض الأخبار (٤)، يبقى الغير تحته مع عدم دليل صحيح صريح يفيد العموم. ويؤيده ما قال في الكافي - بعد رسالة يونس - وروي أيضا الشفعة لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط (٥). والوقوف، مع الدليل الأول، والشهرة غير بعيدة اختاره المصنف بقوله: (على رأي) مشيرا إلى الخلاف، واستدل في التذكرة برواية السكوني المتقدمة: لا شفعة في السفينة، ولا في

(١) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) سنن أبي داود ج ٣، باب الشفعة ص ٢٨٦ مسندا عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض.

(٣) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٥ - باب الشفعة - طبع مصر مسندا عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله الشفعة في كل شرك ربة أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن فهو أحق به حتى يؤذنه.

(٤) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٥) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

ولو كان الطريق والنهر مما لا يتضرر صاحبه بالقسمة تثبت الشفعة.

البئر ولا في الطريق، وليس المراد في الأخيرين مع السعة أيضا بالاتفاق فيكون مع الضيق.

وبأن تجوز الشفعة في الأول ليس بمضر للبائع وإن كان، فهو فعله بنفسه، لعدم القسمة ثم البيع مع قدرته عليه، بخلاف الثاني فإنه لم يقدر على القسمة، فلو جوز الشفعة يمكن أن لا يرغب أحد في الشراء فتأمل فيهما. وقال أيضا في التذكرة: قيل: المراد بالمنقسم ما يتجزأ وينقسم ويتنفع بأجزائه الانتفاع المطلوب منه في حال عدم القسمة كقسمة الحمام الكبير بحيث يصير حمامين، ولا عبرة بوجود الانتفاع من وجه آخر، وقيل: ما لا ينقص قيمة نقصانا فاحشا، وقيل: إنه الذي يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما، فأما ما يخرج عن الانتفاع بالكلية فهو لا ينقسم (٢).

وما رجح (٣) شيئا، وهو هنا ضروري حيث علم الاشتراط. والأوسط غير بعيد، لأن الضرر العرفي منفي عقلا وشرعا. وكأنه إليه أشار في المتن بقوله: مما لا يتضرر صاحبه بالقسمة الخ. ولعل مراده بالمبيع في قوله: (أن يكون المبيع مما يصح قسمته) الحصنة المبعة مع الغير المبعة أي الجميع والكل، تسمية لكل بوصف الجزء أو يريد بتقسيمه أفراده وتمييزه وحده عن الباقي، وهو الأظهر والأقرب.

- (١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الشفعة. فيه: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق وزاد بطريق الصدوق: ولا في رحى لا في حمام.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة نقلا بالمعنى وقد لخصها الشارح قده فراجع أوائل بحث الشفعة منها.
(٣) يعني ما رجح العلامة شيئا من هذه الأقوال والحال أن الترجيح هنا ضروري الخ.

(الخامس) أن يكون البايع شريكا بالجزء المشاع فلو قسم وباع فلا شفعة.

نعم تثبت بالشركة في النهر والطريق والساقية وإن تميز بالقسمة.

قوله: " الخامس أن يكون الخ " دليله ما تقدم من الدليل العام والروايات.

مع رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة (١) ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم (٢).

ولا يضر عدم صحة سند الروايات لأن الدليل العام كاف.

قوله: " نعم تثبت الخ " يعني لو كان الدور والأرض، منقسمة، ويكون الشركة في طريقها أو نهرها تثبت الشفعة في الكل بسبب تلك الشركة إذا كان البيع واقعا على جميع الحصص بين الدار والأرض مع الطريق والنهر. والظاهر أن ليس كون المشترك مثل الطريق والنهر والساقية هنا، قابلا للقسمة بشرطه، إذ الشفعة ليست فيها فقط، بل في الدار والأرض وهما قابلان لها، وإنما تكون فيهما بالتبع وإن سبب دخول الشفعة فيها شركتها.

ومن هذه الجهة يمكن الاشتراط، ودليله عام.

وهو رواية منصور بن حازم، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة، فيها ممرهم، فجاء

(١) الوسائل باب ٣ حديث ٤ من كتاب الشفعة.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ٦ من كتاب الشفعة وفيه، عن أبي العباس وعبد الرحمن بن أبي عبد الله جميعا قالا سمعنا أبا عبد الله عليه السلام يقول الخ.

(السادس) قدرة الشفيع على الثمن، فلو كان عاجزا عنه بطلت شفيعته.

رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك؟ قال: نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه، وإن (فإن ثل) أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به وإلا فهو طريقه يجئ (حتى ثل) يجلس على ذلك الباب (١). قال في التذكرة: إنها صحيحة، وفيها تأمل لوجود الكاهلي في الطريق وما صرح بتوثيقه، بل مدح وكان شيعة فهي حسنة.

ودلالاتها أيضا غير واضحة، بل يدل على ثبوت الشفعة في الطريق فكأنه، نزلت على بيع الطريق مع الدار أو على سعتها.

نعم يدل على المطلوب حسنته أيضا، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار و (مايب) حول بابها إلى الطريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة (٣).

وهما اللتان استدلت بهما على الشفعة لأكثر من واحد فقد مر جوابه فتأمل.

قوله: " السادس قدرة الشفيع الخ " دليل اشتراط القدرة في الشفعة على الثمن - ولو بالقرض وبيع شيء آخر وسقوطها مع العجز - يمكن أن يكون في الشفعة على الثمن - ولو بالقرض وبيع شيء آخر وسقوطها مع العجز - يمكن أن يكون اجماعا. وأنها خلاف الأصل خرج الباذل الغير المماثل بالاجماع، بقي الغير تحت المنع.

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

(٢) وسندها - كما في الكافي - باب الشفعة - هكذا. محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن الكاهلي ٧ عن منصور بن حازم.

(٣) الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الشفعة.

وكذا لو ماطل أو هرب.
ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام فتبطل إن لم يحضره فيها،
ولو ذكر غيبته في بلد آخر أجل قدر وصوله إليه وثلاثة أيام ما لم يتضرر
المشتري.

والضرر على المشتري أو البائع، المنفي عقلا ونقلا.
وكذا دليل البطلان بالمماثلة مع الوجدان، فإنه كالعجز، بل أقبح.
وكذا الهرب بعد البيع لئلا يعطي الثمن معها.
ولكن ينبغي أن يكون المراد بالمماثلة والعجز، إلى وقت يضر بحال
المشتري أو البائع عرفا، الصبر إليه ولو كان قليلا.
ويؤيده جواز الصبر ثلاثة أيام مع دعوى غيبة الثمن، وصبر الثلاثة أيام بعد
مدة الرواح إلى بلد الثمن ومجيئة لو ادعى كونه في بلد آخر غائب بشرط عدم تضرر
المشتري بذلك.

ودليل ذلك - بعد الشهرة التي كادت أن تكون اجماعا حيث لم يظهر
المخالف - رواية علي بن مهزيار، قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل
طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال، فلم ينض فكيف يصنع صاحب
الأرض إن أراد بيعها؟ أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن
كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال وإلا فليبيع وبطلت شفעתه في
الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار
ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه،
وإلا فلا شفعة - له (١).

ولكن ظاهر الرواية غير مقيد بعدم الضرر، وإنها ظاهرة في كونها قبل

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(السابع) المطالبة على الفور على رأي، فلو أحل بها مع قدرته بطلت.

البيع. وإن الذي ينتظر هو الشريك الذي يريد أن يبيع المشتري لا بعد البيع. وظاهر المتن وغيره هو الثاني فكأنهم قيدوا بعدم الضرر، لأنه منفي بالعقل والنقل.

ولكنه غير ظاهر لأننا نجد وقوعه في الشرع كثيرا، فليس له ضابط واضح خصوصا مع وجود النص.

وأنهم قاسوا حال المشتري بالبايع. وفيه تأمل إلا أنه لا يظهر الخلاف فيما ذكره فينبغي الوقوف معه وإن كان فيه ما فيه.

ويؤيد التأمل في الصبر هذا المقدار، كونها فورية ويمكن اثبات العجز باقراره، وقد يعلم من حاله، ولكن حينئذ إذا ادعى العدم يقبل. قوله: " السابع المطالبة الخ " كأن المراد بها أخذ الشفعة كما قال في شرح الشرائع وفي جعلها من شرائط الشفعة التي هي الاستحقاق مسامحة، إذ هي شرط وقوعها وعدم بطلانها، والأمر في ذلك هين.

والدليل عليه، كأنه ما تقدم من الدليل العام وإلا خرج بالاجماع كونها على الفور، وليس هنا دليل صريح صحيح يصلح للخروج عن ذلك الدليل.

قال في التذكرة: وهو المشهور عند أصحابنا. ودليل عدم الفورية ثبوتها مطلقا بالاجماع والأخبار الكثيرة المتقدمة من غير توقيت في شيء منها، بل ظاهرها العموم.

وأیضا الأصل بقائها بحکم الاستصحاب، ولأن في الصبر إلى مضي ثلاثة

ولو أحل لعذر عنها وعن التوكيل أو لعدم علمه أن لتوهم كثرة الثمن أو لتوهم نقد معين أو جنس بعينه لم تبطل.

أيام - في ادعاء غيبة الثمن ومدة الرواح والمجيب إلى بلد المال ثم الصبر ثلاثة أيام آخر - دلالة على عدم الفور، إذ يعد تأخير ما هو في الأصل فوري، إلى تلك المدة بمجرد دعواه أن الثمن ليس بحاضر، وهو ظاهر.

ولكن قد عرفت ما في دليل الصبر من عدم الانطباق.

ثم إن الظاهر على تقدير الفورية البطلان لو تأخر عن الثلاثة، لما مر في رواية علي بن مهزيار: فإن وافاه وإلا فلا شفعة له فإنها دلت على البطلان في الحال بعد الثلاثة.

وقد جعل ذلك في التذكرة دليل الفورية، إذ على عدم الفورية كان بطلانه موقوفاً على الفسخ، وليس بواضح.

ويمكن البطلان بمضي زمان يعلم مع ذلك عدم إرادة المطالبة عادة وعرفاً، وهو أحد الاحتمالات الخمسة المذكورة للشافعي في التذكرة فتأمل.

قوله: " ولو أحل لعذر عنها الخ " من العذر، المرض المانع، ووجوب أمر ضروري مثل الصلاة، بل الاشتغال بها وإن كانت مندوبة، قاله في التذكرة، ووقوع طفل في مهلكة، والعجز عن التوكيل وعدم حضور من هو قابل لذلك وغير ذلك.

وكأنه من العذر، عدم العلم بالفورية، واعتقاد عدم القدرة ثم تبين القدرة بوجود مال له.

وكذا الكون في الحمام والاشتغال بالأكل وقضاء الحاجة. بل قال في التذكرة: له أن يبدأ بالأكل في وقته وقضاء الحاجة ولا يجب

(١) الوسائل باب ١٠ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة.

الاقتصار في الصلاة على الواجبات، بل له أن يتممها مع المندوبات، ولكن ينبغي أن يقول في مثل هذه المواضع: أخذت بالشفعة ثم بعد زوال العذر يمشي إلى المشتري ولا يحتاج إلى العدو وتحريك الدابة، بل يكفي الذهاب عادة قاله في التذكرة. وقال أيضا: إذا مشى عنده، له أن يسلم أولا ثم يطلب، وله أن يقول: بارك الله لك في صفقة يمينك ونحوه ولا يضر بالفورية فتأمل.

ثم إن ظاهر كلامهم أنه يجب كون المطالبة بحضور المشتري دون الشريك أو الحاكم أو العدلين، لأن ذلك غير شرط عند أصحابنا صرح به في التذكرة للأصل وعدم الدليل، وأنه يقبل ذلك منه بغير بينة، ويحكم له بالشفعة إلا مع إخلاله بالشرائط.

وما ذكروا وجوب الأخذ عند العذر (١) بينه وبين الله، ولا الأشهاد والحاكم، ويمكن ذلك مع الامكان خصوصا مع عدم المشقة. بل قالوا: لو كان قادرا على التوكيل وترك، تبطل. ونقل عن الشيخ: إنه لو ترك مطالبة المشتري - مع الامكان واكتفي بالأشهاد - لم تبطل لعدم الدليل.

وقال: لو ترك وطلب عند الحاكم لم يبطل مع القدرة على الطلب من المشتري، وهو يدل على عدم التعيين عند المشتري.

على أنهم ما ذكروا دليلا على وجوب كون المطالبة عند المشتري فلم لا يجوز الاكتفاء بالمطالبة بينه وبين الله ثم اخبار المشتري بها خصوصا مع العذر ويقبل تلك الدعوى منه ونفيه.

(١) الظاهر أن المراد أن أخذ الشفعة لو كان معذورا أن يأخذها بحضور المشتري لم يذكروا وجوب أخذها بينه وبين الله الخ.

والمحبوس على حق، معذور مع عجزه لا بدونه.
والمجنون والصبي معذوران مع إهمال الولي لغير المصلحة، لا لها.

وليس بواضح إلا أن الظاهر من كلام الأكثر أنه مقرر ثابت عندهم،
لأنهم يوجبون المشي إليه ولم يجوزوا التأخير ويجعلونه معذورا مع اشتغاله بالصلاة
ونحوها، ومع كونه محبوسا وغير ذلك،
وهذا كله فرع وجوبه عند المشتري واشتراط حضوره ويوجبون المشي بعد
زوال العذر بلا فصل عرفي، وكل ذلك فرع ما تقدم، مع عدم ظهور الدليل.
وقال في التذكرة: لا يشترط لتملك الشفيع بالشفعة حكم الحاكم،
ولا حضور الثمن، وحضور المشتري ورضاه عند علمائنا.
وقال في موضع آخر: ولا يتوقف الأخذ بالشفعة على رضا المشتري.
إلا أن يحمل على بعض الأوقات، وذلك كاف، لصدق عدم الاشتراط
ولكن سوق الكلام غير ذلك فتأمل.
قوله: " والمحبوس الخ " يعني لو حبس الشفيع ظلما - سواء كان بغير حق
أو حق عاجز عن أدائه - فهو معذور في ترك المطالبة بنفسه بالمشي إلى المشتري.
ولكن الظاهر أنه غير معذور في عدم التوكيل مع عدم العجز عنه وعن
الأخذ بينه وبين الله إن كان واجبا.
وأما إذا كان بحق قادر عليه فليس بمعذور، بل يبطل شفيعته ويأثم بالتأخير
في الحبس وهو ظاهر.
قوله: " والمجنون والصبي الخ " يعني أن الولي قائم مقام المولى عليه في
أخذ الشفعة لكونه بمنزلة نفسه، وكأنه لا خلاف فيه.
مستندا إلى رواية السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس لليهود
والنصارى (١) شفعة، وقال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم، قال: وقال أمير المؤمنين

(١) لليهودي والنصراني ثل.

ولو قدم الغائب العاجز عن الحضور والوكالة، كان له الأخذ، وإن تطاول دهره ولم يشهد مع امكانه، ولا يجب تجاوز العادة في المشي. ولا قطع العبادة المندوبة، ولا ترك الصلاة بعد دخول وقتها.

عليه السلام: وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة فيه، وقال: للغائب شفعة (١).

ولا يضر عدم الصحة، لأنها مقبولة ومؤيدة.

وفيها أحكام أخر، مثل عدم الشفعة للكافر - كأنه يريد، على المسلم -، وكون الأب وليا، وكون الوصي مثله في جميع الأمور حتى في أخذ الشفعة. وإن ترك الولي مع المصلحة في أخذه لا يسقط الشفعة، بل للمولى عليه بعد الاستحقاق، الأخذ بالشفعة.

وأما إن تركها مع المصلحة فتسقط مثل ما ترك المالك بنفسه.

ويمكن أن يكون اهمال الولي مع المصلحة حراما فيسقط العدالة، والولاية المشترط بها مع القول به إن كان كبيرة أو مع الاصرار، والظاهر العدم، للأصل. قوله: " ولو قدم الغائب الخ " قد مر أن الذي عجز عن الوكالة والحضور بعينه (بغيبته خ) ونحوها، معذور.

وأنه إذا زال وحضر من غير تأخير مانع، كان له الأخذ وإن كان مدة متطاولة وهو ظاهر وإن ترك الاشهاد - مع امكان الاشهاد له - فإنه غير واجب للأصل، فإن الأصل عدم وجوب شئ إلا المطالبة عند المشتري، التي هو شرط لحصول الشفعة، كأنه للاجماع وقد مر التأمل فيه.

قوله: " ولا قطع العبادة الخ " للأصل، وللعرف القاضي بأن مثل هذه لا يضر بالفورية في مثل هذه.

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من كتاب الشفعة.

(الثامن) اسلام الشفيع إن كان المشتري مسلما فلا تثبت للكافر وإن كان ذميا، على المسلم، ولا اعتبار بالبايع.

كأنه لا خلاف فيه عندهم مع الخلاف للعامه في قطع الصلاة النافلة. وكذا له الاشتغال بالصلاة الواجبة مع دخول وقتها في أول وقتها، وقيل: له اتمامها مع مندوباتها، وانتظار الجماعة، ودفع الحر والبرد المفرطين، وانتظار الصبح لو كان ليلا وقضاء الوطر في الحمام لو سمع فيه، وليس الخف وغلق الأبواب، والسلام على المشتري وتحيته بالمعتاد مع غيبة المشتري، ومع الحضور يجب الطلب في الحال.

وقيل: المرجع هو العرف، وفيه تأمل لأنه غير ظاهر في أمثال ذلك، مع أن الفورية اللغوية واصطلاح الأصول المتداول بين الفقهاء ينافي كثير ما تقدم. نعم إن كان هنا - بمعنى آخر - اصطلاح أو اجماع لا ينافي ذلك، فهو شيء يعرفونه. قوله: " الثامن اسلام الشفيع الخ " قال في التذكرة: يشترط في الأخذ بالشفعة، الاسلام إن كان المشتري مسلما فلا يثبت الشفعة للذمي على المسلم، ويثبت للمسلم على الذمي، وللذمي على مثله، سواء تساويا في الكفر أو اختلفا ولو كان أحدهما حربيا، ذهب إليه علماؤنا (١).

فدليل الشرط هو الاجماع المستند إلى قوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٢).

ورواية السكوني المتقدمة (٣)، ولا يضرها عدم صحة السند، ولا شمولها لعدم الشفعة على مثله أيضا، لأنه يخصص للاجماع، وعموم سائر الأدلة. ولا عدم شمولها لجميع أقسام الكفار بالطريق الأولى بالنسبة إلى الحربيين،

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) النساء - ١٤١.

(٣) تقدمت عند شرح قول الماتن ره: والمجنون والصبي الخ من كتاب الشفعة.

وتثبت للمسلم والكافر، على الكافر.
" الفصل الثاني في الأحكام "
يستحق الشفيع الأخذ، بالعقد.
وإن اشتمل على خيار البايع، فبعد انقضائه.

بل بالنسبة إلى غيرهما من الذين لهم شبهة كتاب لأن صاحب الكتاب أولى من المشابه بهم وهو ظاهر.

ومعلوم عدم الاعتبار بالبايع يعني إذا كان المشتري كافرا والبايع مسلما يجوز كون الشفيع كافرا، إذ لا اعتبار بالبايع، فإن المأخوذ منه الذي يتسلط عليه الشفيع هو المشتري لا البايع فلا يشمل الآية والسنة (١) ولا دليل غير ذلك وثبوتها للمسلم على الكافر ظاهر، وهو عموم الأدلة مع عدم المانع. وكذا ثبوتها للكافر على الكافر مع الاجماع المتقدم المفهوم من التذكرة فتذكر.

قوله: " الفصل الثاني في الأحكام الخ " أي يستحق بمجرد العقد مع الشرائط المتقدمة وليس بموقوف على حكم الحاكم والشاهد كما مر، بل حضور المشتري أيضا، لما مر وفيه التأمل.

ولا على حضور الثمن وغير ذلك فيأخذها إما بالفعل، بأن يأخذ الحصة ويدفع الثمن إلى المشتري أو يرضى بالصبر فيملكه حينئذ، وأما باللفظ كقوله: أخذت أو تملكيت أو نحو ذلك.

قوله: " وإن اشتمل الخ " إشارة إلى أنه لا يبطل بالتأخير وإن كان فوريا ويملكه المشتري في زمان خيار البايع لعدم استقرار الملك، إذ لو أخذه قبل انقضائه فقد يأخذه البايع فيصبر حتى يمضي زمان الخيار فيأخذه.

(١) يعني آية نفي السبيل وخبر السكوني المتقدم.

ولا يملك إلا بالأخذ، وإنما يأخذ الجميع أو يترك.
ويأخذ بما وقع عليه العقد.
وإن بيع (بياعه خ) بأضعاف ثمن المثل وأبرء المشتري من
أكثره، حيلة، لسقوطها ولا يلزمه غيره من دلالة وشبهها.

قوله " ولا يملك الخ " يعني بمجرد الاستحقاق لا يملك، بل لا بد من
الأخذ وهو إما بالفعل أو القول كما تقدم عند علمائنا، ذكره في التذكرة.
قوله: " وإنما يأخذ الجميع أو يترك " أي ليس له التبعض لأنه عيب
فأما أن يأخذ جميع المبيع أو يترك الجميع.
قوله: " ويأخذ بما وقع عليه العقد " يعني لا يجوز ولا يلزمه الأخذ بقيمة
الشقص ولا بالثمن مع ما غرم، بل بما وقع عليه العقد فقط كائنا ما كان، فإن كان
مثليا يأخذ بالمثل، فإن تعذر أو كان قيميا فبالقيمة وقت العقد لأنه وقت الانتقال
إليه.

دليله أنه إنما يأخذه عن المشتري من غير رضاه وعقد جديد، بل شرع له
بالعقد الأول، فهو يصير مثل المشتري، فكأنه الذي اشترى، لأنه الأحق.
ولما في رواية العامة (١) والخاصة مثل ما في رواية الغنوي - المتقدمة: فهو
أحق بها (من غيره خ) بالثمن (٢)، ومعلوم أنه الذي وقع عليه العقد.
قوله: " وإن بيع (بياعه خ) بثمن المثل الخ " كأنه إشارة إلى دفع توهم
أنه لو كان زيادة عن القيمة لا يلزمه إلا القيمة، خصوصا إذا كانت حيلة وأبرأ ذمة
المشتري لاسقاط الشفعة و (حيلة) تميز و (لسقوطها) علة الحيلة، والضمير (٣) راجع

(١) راجع سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٦ طبع مصر باب في الشفعة.
(٢) الوسائل باب ٢ قطعة من حديث ١ من كتاب الشفعة.
(٣) يعني في (لسقوطها).

وزيادة في مدة الخيار،
ولو دفع عرضا يساوي بعض الثمن أخذه الشفيع بالمسمى.
ولو ضم المشفوع بغيره، أخذ المشفوع بالحصة، ولا خيار
للمشتري.

إلى الشفعة.
قوله: " وزيادة في مدة الخيار " إشارة إلى رد القول: بأن هذه الزيادة
محسوبة من الثمن، لأنه لعدم ابطال البيع فكأنه جزء الثمن، إذ به يتم البيع خصوصا
على القول بعدم الانتقال إلا بعد مضي زمان الخيار.
وأشار إليه في القواعد، قال: ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم يلحق
الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي.
قوله: " ولو دفع عوضا الخ " أي لو اشترى بثمن ثم أعطاه عوضه عرضا
ومتاعا يسوي بعض الثمن، ورضي البائع - ليس للشفيع إلا الأخذ بالثمن الذي وقع عليه
العقد وسمي عنده، لا قيمة العرض.
قوله: " ولو ضم المشفوع الخ " أي لو باع شقفا فيه الشفعة منضمة إلى
مالا شفعة فيه، مثل مالا ينقسم، أو ثوب بناء على عدم الشفعة فيهما كما هو رأيه،
فللشفيع أخذ ما فيه الشفعة بقسطه من الثمن.
والتقسيم ظاهر كما مر، وترك الآخر، وليس له أخذ ذلك، أيضا لعدم
الشفعة فيه ولا يثبت بذلك الخيار للمشتري، للتبعيض، لأنه أدخله على نفسه بمجرد
الشراء فإن شراء ما فيه الشفعة مع غيره، مستلزم لتجويز التبعيض على نفسه، لما
تقرر (تقدم خ) من الشفعة.
ولكن يمكن ذلك إذا ادعى كونه جاهلا وقبل منه فيثبت له الخيار وإليه
أشار المحشى (١).

(١) لم نعر عليه في المسالك إن كان المراد من المحشى هو، ففتح.

فإن كان الثمن مثليا دفع المثل، وإلا، القيمة على رأي، ويعتبر يوم العقد.

قوله: " فإن كان الثمن الخ " إشارة إلى عدم الشفعة حينئذ عند البعض، مثل الشيخ في الخلاف مدعيا فيه الاجماع والمصنف في المختلف. لعل دليله ما تقدم غير مرة.

ويؤيده رواية علي بن رئاب، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى دارا برقيق، ومتاع، وبز، وجوهر؟ قال: ليس لأحد فيها شفعة (١).

ولا يضر وجود الحسن بن محمد بن سماعة (٢) الواقفي مع قطع الطريق (٣) إليه، لأنه مؤيد للدليل الاقتصار - فيما هو خلاف الأدلة اليقينية - على موضع الوفاق مع عدم دليل صحيح صريح سالم عن شئ دال على ثبوتها في كل بيع وكثرة وقوع البيوع بالنقدين فيحمل ما يدل على العموم عليه.

ويؤيده ما في حسنة هارون: فهو أحق بها من غيره بالثمن (٤). فإنه ظاهر في أحد النقدين.

ولا يضر أيضا عدم التصريح بالمانع من عدم جواز الشفعة في رواية الحسن، فيجوز أن يكون السبب كونها غير مشتركة مع الغير أو غير قابلة للقسمة أو غير ذلك من موانع الشفعة، فإنها كثيرة كما قال في شرح الشرائع، لأنها ظاهرة في أن السبب

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الشفعة وفيه (بز) بالزاء بدل (بر) بالراء المهملة.

(٢) سندها كما في التهذيب - باب الشفعة - هكذا: الحسن بن سماعة عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رئاب.

(٣) لا يخفى أن للشيخ طريقا إليه كما في مشيخة التهذيب، وطريقه هكذا وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة فقد أخبرني به أحمد بن عبدون عن أبي طالب الأنباري عن حميد بن زياد عن الحسين بن محمد بن سماعة.

(٤) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الشفعة وليس فيه لفظة (من غيره).

هو ما بيعت به الدار ليتبادر إلى الفهم.
ولترك التفصيل وسلب الشفعة (لأحد) وهو بعمومه وعلى إطلاقه لم يصح
إلا أن يكون السبب ما ذكرناه الذي فهمه الشيخ والجماعة، مثل العلامة وهو
ظاهر.

فلا يرد قوله في شرح الشرائع: والأعجب من ذلك دعوى أنها نص في
الباب مع أنها ليست بظاهرة فضلا عن النص.
وقد أيد أيضا في المختلف بحسنة هارون (١) - المتقدمة - بأنه حكم فيها
بالأخذ بالثمن والحقيقة غير مرادة فيحمل على أقرب المجازاة، وهو المثلي فلا يكون
الشفعة في غير ما كان الثمن مثليا لتعذر الحقيقة وما يقرب منها.
ولا يقال: إن القيمة في القيمي هو الأقرب إليه، وهو ظاهر، لأنها
بعيدة عنه ولا يحسن إطلاقه عليها.

فلا يرد ما أورده أيضا في شرح الشرائع على هذه أيضا مع أنها (٣) مؤيدة.
نعم يمكن أن يقال: إنها محمولة على الغالب من أن القيمة ثمن أو المثلي في
الدور، أو أنها تدل على أن في الدور ذلك، فلا يدل على منع الشفعة مطلقا إذا لم
يكن ما وقع عليه العقد مثليا أو أنها مقيدة بما إذا كان ثمنا، أو أنه يراد به ما وقع
عليه العقد وهو اطلاق شائع، فهو مكلف به أولا فإذا تعذر يرجع إلى القيمة كما
في سائر الأمور المكلف بها معه فتأمل في كونها حسنة أيضا، وللجمع بين الأدلة في
الجملة.

ودليل المصنف هنا بعض الاطلاقات أو العمومات العرفية، وترك

(١) الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الشفعة.

(٢) الظاهر كونه تعليلا لقوله قده لا يقال الخ.

(٣) يعني أنها ليست دليلا مستقلا، بل هي مؤيدة فلا يرد الايراد عليها سندا ودلالة كما في شرح
الشرائع فراجع المسالك.

ولو تقابل المتبايعان لم تبطل الشفعة.
وكذا لو باع المشتري، وإن (فإن خ) شاء أخذ من الثاني.
والشفيع يأخذ من المشتري، والدرك عليه. {
التفصيل، وعدم الفرق بين النقدين وغيرهما عقلا مع ضعف هذه الرواية فتأمل.
قوله: " ولو تقايل الخ " يعني لو اتفقا (اتفق خ ل)، البايع والمشتري على
فسخ البيع الذي فيه الشفعة بالإقالة، فأوقعا الإقالة، لم تبطل شفعة الشفيع، بل له
الشفعة لثبوتها بالعقد، وعدم ظهور دليل جواز ابطالها بالإقالة، فالظاهر حينئذ
بطلان الإقالة، ويأخذ الشفيع لبقاء العقد، ويحتمل عدمها، لدليل جواز الإقالة
وليس تخصيص دليلها بما في غير صورة الشفعة أولى من العكس، بل العكس أولى
لعدم الخلاف في الإقالة، بخلاف الشفعة كما مر.
إلا أن يقال: بجواز الأخذ من البايع بعد الإقالة لثبوت الشفعة، وعدم
المنافاة بينها وبين الإقالة، وكان البايع ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة.
ولا يضر ثبوت أخذ الشفعة عندهم، عن المشتري في غير هذه الصورة بل
الأخبار خالية عن الأخذ من المشتري، بل ظاهرة في الأخذ من البايع فتأمل.
قوله: " وكذا لو باع المشتري الخ " أي لو باع المشتري بعد استحقاق
الشفعة وعدم بطلانها، فالبيع صحيح مثل الإقالة (والشفعة على حالها خ) ولم
تبطل، ولكن الشفيع إن شاء أخذ من المشتري الأول كما كان يأخذ منه في
الإقالة، لا من البايع، وإن شاء أخذ من المشتري الثاني فإنه بمنزلة الأول، وهو بمنزلة
البايع.
وتظهر الفائدة في التفاوت بين الثمنين، والضمان في أحدهما للأصل
المشفوع دون الآخر وغير ذلك.
قوله: " والشفيع يأخذ الخ " يعني إنما يأخذ عنه، فإن البيع صحيح،

ولا يجب على المشتري القبض من البائع.
ولو تعيب بغير فعل المشتري أو بفعله قبل الطلب، أخذ الشفيع
بالجميع أو ترك والانقاص له (الانقاص خ).
ولو تعيب بفعله بعد الطلب ضمن المشتري.
ولو غرس فأخذ (أخذه خ ل) الشفيع، فقلع المشتري لم يجب

والشفعة فرع صحة البيع، فلا يأخذ إلا منه، ولأدرك - أي عوض الثمن لو خرج
مستحقا وغير ذلك - إلا عليه، وهو يرجع إلى البائع في صورة يكون له الرجوع.
قوله: " ولا يجب على المشتري الخ " يعني معنى أخذه عن المشتري أخذه
في ملكه ويخرجه عن ذلك، لا في ملك البائع، لا بمعنى أنه يجب على المشتري تسليمه
بأن يقبض من البائع ويسلمه إياه، بل عليه أن يخلي بينه وبين المشفوع أي لا يمنعه
عن القبض والأخذ.

قوله: " ولو تعيب بغير الخ " يعني لو تعيب المشفوع عند المشتري بفعله
وبغير فعله، ليس بضامن له، فليس للشفيع أن ينقص ما يقابل العيب من الثمن، بل
ليس له إلا الأخذ بجميع الثمن معيبا أو الترك بالكلية.
ولعل الدليل، الأصل مع عدم الدليل إلا على أخذ الشفعة مطلقا بالثمن
فتأمل فيما إذا كان بفعله الانقاص له، قيل: هو ما يبقى بعد نقص البناء من الخشب
واللبن وغيرهما يعني هذه الأشياء كلها للمشتري، لأنه جزء المبيع الذي هو ملكه
وهو ظاهر، فإذا أخذه المشتري، فللشفيع أن يأخذه.
والظاهر أنه ليس له أرش هدم الدور وتخريبها، وغير ذلك، لما مر فتأمل.
أما لو كان التعيب والتخريب وكل ما ينقص في المبيع وله عوض بفعل
المشتري بعد الطلب وصيرورته ملكا له، فالمشتري ضامن له، فللشفيع أخذه منه وهو
ظاهر.

قوله: " ولو غرس فأخذ الخ " يعني لو غرس المشتري في الأرض المشفوعة

عليه الاصلاح ولو لم يقلع كان للشفيع القلع مع دفع الأرش.

فأخذها الشفيع بالشفعة فقلع المشتري غرسه لم يجب عليه اصلاح الأرض وطم الحفر التي كانت فيها الغرس، لما مر أنه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب، وهذا ليس بأزيد منه.

ولو لم يقلع المشتري غرسه من تلك الأرض، كان للشفيع قلعه وهو واضح. وأما الأرش الذي ذكره أنه يعطيه الشفيع فغير واضح، لأن الظاهر أن له ذلك ويجب على المشتري أن يسلمه فارغا أو رضي الشفيع بالأجرة أو مجانا والأرش مبني على جواز الابقاء له.

والظاهر أن ليس له مجانا، بل بالأجرة، وحيث يكون الأرش ملحوظا فيه استحقاق البقاء بالأجرة، والأخذ والقلع بالأرش فيصير هو التفاوت بين كون الغرس باقيا بالأجرة مع جواز الأخذ والقلع بالأرش كما قيل، وفيه تأمل. وبالجملة، المسألة مشككة وفيها أبحاث وأقوال.

والذي يقتضيه تأملي، أنه إن كان الغرس مثلا قبل القسمة - كما كان قبل المطالبة - فالظاهر أنه فعل حراما يجب عليه الإزالة والتفريغ، وطم الحفر من غير شيء له وإن لم يفعل فللشفيع ذلك من غير لزوم شيء عليه من الأرش ولو كان النقص بسبب الكسر إذا لم يمكن إلا بذلك، لأنه ظالم، والشفيع، له تفريغ ماله، ولكن ليس من جهة كونه شفيعا، بل شريكا.

ولكن ينبغي في ذلك إذن الحاكم إن أمكن وإن كان بعد القسمة بحيث ما سقطت الشفعة بعد ثبوتها، بأنه ادعى وكالة الشريك في القسمة، أو الاتهاب أو جعل البايع وكيلا، وما أشعر الشفيع بذلك ونحو ذلك.

والظاهر أنه لو قلع المشتري من غير مطالبة الشفيع بالقلع بعد الشفعة ليس له الأرش وإن نقص ما نقص، وعليه الطم والتسوية.

بل يمكن أن يكون عليه الأرش للشفيع لو حصل في أرضه نقص بالقلع.

والنماء المتصل للشفيع لا المنفصل.
ولو باع شقصين والشفيع واحد أخذ الجميع أو أحدهما بحصته.
ولو كان الثمن المعين مستحقا بطلت الشفعة بخلاف غيره.

بحث وفتح باب التأمل حتى يدفعه من له ذلك فتأمل.
قوله: " والنماء المتصل الخ " النماء لا متصل مطلقا مثل السمن والقدر
للشفيع، سواء حصل عند المشتري أو كان قبله، لأنه جزء المشفوع، فكما أن
النقصان، عليه ولا ينقص من ثمنه شيء، فكذا النفع له فتأمل.
والنماء المنفصل بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة، للمشتري، لأنه نماء ملكه
مع عدم دخوله في المشفوع فيكون له.
قوله: " ولو باع شقصين الخ " يعني لو كان لشخص واحد شريك في
دارين مثلا وباع الشريك حصته فيهما، فللشريك الشفعة في كل واحد منهما بدون
الآخر وفيهما معا.

دليله عموم أدلة الشفعة (١) مع عدم المانع، وهو ظاهر.
قوله: " ولو كان الثمن الخ " وجه بطلان الشفعة بخروج الثمن الذي وقع
عليه البيع بخصوصه، مستحقا ومال الغير عدم صحة البيع الذي صحة الشفعة
فرعها.

وعلى القول بجريان الفضولي في مثله، يمكن صحة البيع لمالك الثمن بعد
الرضا به فيمكن أخذ الشفعة منه بعد ذلك، بخلاف أن لا يكون معيناً بل يكون
أمراً كلياً ودفع شيئاً ثم خرج مستحقاً، فلا يبطل الشفعة لصحة الأصل، ولزوم
العوض على المشتري وهذا مؤيد لعدم تعيين المطلق بالقبض كما ذكرناه في
الصرف، فتذكر.

(١) راجع الوسائل باب ٥ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣١٩.

ولو رجع المشتري بأرش العيب السابق أخذه الشفيع بما بعده،
ولو أسقطه أخذه الشفيع بالجميع.

ويملك بقوله. أخذت أو تملك مع تسليم الثمن وإن لم يرض
المشتري، أو بدون التسليم مع رضا المشتري بكونه في ذمته.
ولو قال: أخذت بالثمن وكان عالما بقدره صح، وإلا فلا، وإن

قوله: " ولو رجع المشتري الخ " يعني لو اشترى الجزء الذي تجري فيه
الشفعة فظهر معييا، فللمشتري، الخيار بين الأرش والرد، فإن أخذه للشفيع أن
يأخذ بالشفعة بعد حذف الأرش عن الثمن، فإن الأرش جزء من الثمن كما عرفت
فيصير الثمن هو ما يبقى بعد الأرش، وإنما يأخذ الشفيع بالثمن.
وأما إذا أسقطه وما أخذ الأرش - فصار الثمن ما وقع عليه العقد من غير
نقصان - فله الأخذ بجميع الثمن أو الترك بالكلية لا بحذف الأرش فتأمل.
قوله: " ويملك بقوله الخ " إشارة إلى طريق الأخذ وأنه لا يحصل بالقول
فقط، بل لا بد معه من شيء آخر (إما) تسليم الثمن، وحينئذ لا يشترط رضا المشتري
فيصح الشفعة رضي أم لم يرض، (أو) رضاه بالصبر بأن يكون في ذمة الشفيع ثم
يلزمه التسليم عند الطلب كسائر الحقوق.
وظاهر عبارة التذكرة المتقدمة أنه يكفي قوله: أخذت أو تملك واخترت
الأخذ في التملك، يمكن ذلك إلا أنه حينئذ يكون مكلفا باعطاء الثمن مع الطلب
فإن أهمل من غير رضاه، يكون باطلا.
ويمكن كون المقصود هنا أيضا ذلك وارجاعه إليه فتأمل.
وأیضا قد فهم منها جواز التملك بالفعل فقط من دون القول، وذلك ليس
بظاهر هنا إلا أنه لا ينافيه أيضا:.
قوله: " ولو قال أخذت الخ " لا شك في الصحة مع العلم بالثمن، وأما

قال: بمهما كان.
ولا يجب على المشتري الدفع حتى يقبض.
ولو كان الثمن مؤجلا فله الأخذ في الحال بمؤجل.
فإن لم يكن مليا، أقام كفيلا به.

مع الجهل فقال المصنف: لا يكفي وإن ضم إليه قوله: (مهما كان) لعل دليله الجهل بالثمن، وإن الشفعة بمنزلة البيع بينه وبين المشتري، فلا بد من العلم بالعوضين. وذلك غير ظاهر، وما نعرف لاشتراطه بالعلم دليلا، لا عقليا ولا شرعيا إلا أن يكون اجماعا فتأمل.

قوله: " ولا يجب على المشتري الخ " لا يجب على المشتري دفع المشفوع حتى يقبض الثمن الذي استحق، فله أن يمتنع حتى يقبضه، لما تقدم أنه مالك، ولا يمكن أخذه إلا باعطاء العوض أو رضاه بالصبر والتأخير.

قول: " ولو كان الثمن الخ " بمنزلة الاستثناء، يعني لا يجب على المشتري الدفع قبل قبض الثمن إلا في صورة تأجيل الثمن، فإنه يجب عليه الدفع قبله، لأن ثمنه مؤجل ولا يجوز له الطلب حتى يحل الأجل، فإن للشفيع الأخذ حالا بالمؤجل، كما أخذه المشتري فإنه بمنزلته.

وليس للمشتري أكثر من حقه، لا قدرا ولا أجلا.

ولكن إن لم يكن الشفيع مليا بالثمن، له أن يطلب منه، إقامة كفيل بالثمن يريد (١) به الضامن وهو ظاهر ومفهوم من قول: (به) فإنه راجع إلى الثمن، وهو ظاهر.

والحكم غير بعيد وإن لم يكن المشتري مليا وما أخذ منه البايع، الضامن،

(١) يعني يريد المصنف ره من قوله: (كفيلا) الضامن ويستفاد هذا من لفظة (به) حيث قال: أقام كفيلا به.

ولو تعذر انتفاع الشفيع للشغل بالزرع، فله تأخير المطالبة إلى الحصاد.
والشفعة تورث كالمال.

إذ قد يؤول إلى التلف.

ولكن الملاءة غير ظاهرة.

ولو كان المراد بها وجود مقدار الثمن زائدا عن مستثنيات الديون - كما هو
الظاهر - فالوثوق هين لاحتمال أن يروجه ويذهب به في ساعة، بل لو كان المراد
العرفي أيضا، إلا أنه أوثق من عدمه، فلا يحتاج حينئذ إلى الضمان، ولأنه إذا
احتاج حينئذ يلزم النقل إلى الضمان وهكذا، فهذا غاية الوثوق ولا يمكن الرد
واسقاط الشفعة لذلك وهو ظاهر.

قوله: " ولو تعذر انتفاع الخ " يعني إذا كان الأرض المشفوعة مشغولة
بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين تأخير الشفعة إلى الحصاد والأخذ بالفعل.
ويمكن أن يكون له تأخير الثمن إلى الحصاد، لأن الانتفاع موقوف على ذلك
الزمان، وقد اشغله المشتري، ولاحتمال مانع يمنعه من الأخذ من جانب المشتري
فلا يفوته ماله وذلك هو دليل جواز تأخير الأخذ إلى زمان الحصاد.
والبعض منع من جواز التأخير إلى الحصاد لفوريته، وهو على القول بها
أيضا غير جيد، بناء على ما تقدم فتأمل
قوله: " والشفعة تورث كالمال " قد مر هذا في أول بحثها فتذكر، فكأنه
أعادها للإشارة إلى أنه بحسب الحصاص كالمال الموروث، لا على عدد رؤس الورثة
كما هو مذهب بعض العامة.
وظاهر رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم
السلام، قال: الشفعة على عدد الرجال (١).

(١) الوسائل باب ٧ حديث ٥ من كتاب الشفعة ج ١٧ ص ٣٢٢.

ويصح الصلح على اسقاطها بعوض.
ولو باع الشفيع نصيبه عالما أو جاهلا سقطت شفيعته.
والفسخ المتعقب (للبيع خ) لا يبطل الشفعة، كرد الباع الثمن
المعين من ذوات القيم لعيبه، فإنه يرجع بقيمة الشقص، لا به.

فإن المراد، السهام، لأنها موروثه، ودليل ثبوتها هو دليل الإرث، فلا
ينبغي الخروج عنه، ولكن في شمول دليله لها تأمل، وقد تقدم.
قوله: " ويصح الصلح الخ " لأنه حق مالي، فلصحابه الاسقاط بكل
ما شرع وحصل به رضا الطرفين.
قوله: " ولو باع الشفيع نصيبه الخ " أي لو باع الشفيع نصيبه الذي
يستحق بسببه الشفعة سقطت شفيعته، سواء كان عالما بالشفعة وقت البيع، أو
جاهلا لأنه إنما تثبت الشفعة بسبب الشركة والحصة، وقد ارتفعت بالبيع.
قوله: " والفسخ المتعقب الخ " يعني لو انفسخ البيع بعد الأخذ بالشفعة
بسبب من أسبابه لم تبطل الشفعة، لأنها حصلت بسبب شرعي ولا يزيلها إلا دليل
شرعي، إذ ليس إلا مجرد طريان الفسخ على البيع، الموجب لها فرضا، وهو لا يوجب
ذلك، إذ لا منافاة بين بقاء ما يترتب على حدوث شئ في الجملة، وبين عدم
بقائه (١).

نعم لو علم بطلانه أو بطل بالفسخ من أصله (٢)، يوجب بطلانها، لأنه
أصلها ومبناها ولكن تقرر عند الأصحاب إن الفسخ إنما يبطله من حين وقوعه.

(١) يعني لا منافاة بين بقاء الشفعة التي مترتبة على حدوث أصل البيع وبين عدم بقاء أصل البيع بسبب
الانفساخ.
(٢) يعني لو قلنا: إن البيع يبطل من أصله لا من حينه بناء على أن الفسخ حل العقد من أصله لا من
حينه.

ولو رجع البايع بالأرش، لم يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة الصحيح.

نعم هو احتمال عند الشافعية، ذكره في التذكرة.
فإذا خرج الثمن - الذي اشترت الحصة المشفوعة بعينه وهو قيمي - معيبا، ثبت الخيار للبايع بين الفسخ والأرش.
ولو فسخ البايع رجع حينئذ إلى المشتري بقيمة الشقص، لا بالشقص، لأن البيع إذا بطل فله المبيع وإذا تعذر الرجوع إليه بسبب الشفعة، فكأنه تلف، فله على المشتري قيمته حين الفسخ، لأنه وقت الانتقال إليه.
والظاهر أنه حينئذ للشفيع أيضا، الرجوع على المشتري بنقصان العيب إن أخذ الشقص بقيمة الثمن صحيحا.
ويحتمل عدمه إن أخذ البايع من المشتري قيمة الصحيح، وإن أخذه بقيمته معيبا، يحتمل رجوع المشتري إليه بتفاوت القيمة التي أعطاهها إلى البايع زائدا على الذي أخذه من الشفيع فتأمل.
وإن أخذ البايع أرش الثمن رجع المشتري إلى الشفيع بالتفاوت إن أخذه بقيمة المعيب.
وإنما فرض الرد (١) بعد الشفعة، لأنه إذا كان قبلها، قال في التذكرة - بعد أن قال: لم يمنع الشفعة: (٢) لسبق حقه.
ويحتمل تقديم حق البايع، لأن حقه استند إلى وجود العيب الثابت حال التبايع، والشفعة تثبت بعده.
وإنما فرض الثمن معينا، لأنه إذا كان مطلقا وفي الذمة ليس له الفسخ، بل

(١) يعني إنما فرض المصنف الرد بعد الشفعة المستفاد من قوله: والفسخ المتعقب.
(٢) راجع التذكرة ج ١ ص ٥٩٩ في مسألة لو كان ثمن الشقص عبدا الخ.

ولو باع مدعي الوكالة عن الغائب، ولا بينة، لم يكن للشريك الشفعة إلا أن يصدقه.

ولو اختلفا في قدر الثمن، قدم قول المشتري مع اليمين.

له طلب البديل مطلقا، سواء كان العيب من جنسه أم لا، لما تقدم. وأما فرض كونه قيما، فكأنه لاحتمال جواز الأرش مطلقا، لأنه وإن كان مثليا وربويا لا يجوز أخذ الأرش للرباء كما تقدم فتأمل. قوله: " ولو باع مدعي الوكالة الخ " يعني لو ادعى شخص وكالة الشريك الغائب فيما فيه الشفعة، ولا بينة له، فباع حصته للشريك الشفعة إلا مع تصديقه في الوكالة، فإذا صدقه يجوز الشفعة. والغائب إن حضر وصدقه أيضا صح البيع وتمت الشفعة وإلا فيبطل البيع والشفعة مع يمينه على عدم التوكيل. ويجوز للشفيع التأخر إلى أن يحضر الغائب ويصدق فيما لم يصدقه ولم يعلم ذلك، بل يمكن أن لا يكون الشفعة حينئذ، بل يصبر حتى يجيء. ولا تبطل بالتأخير هنا وإن كانت فورية، لعدم ثبوت الموجب. وأما إذا صدقه وعلم بها، فيحتمل جواز التأخير أيضا، لاحتمال تكذيب الغائب الوكيل، فيمكن أن يفوته الثمن بوجه من الوجوه. ويحتمل أن لا يكون له ذلك، لأنه مكلف بحسب ظاهر الشرع، فإنه حصل مع أنه يعلم صحتها فتأمل. ويحتمل أن يكون مراد المصنف بقوله: (إلا أن يصدقه) أن يحضر الشريك الغائب الذي ادعى وكالته ويصدق الوكيل في كونه وكيلا عنه في بيع شقصه، ولكن الأول ألصق بالعبرة. قوله: " ولو اختلفا في قدر الثمن الخ " تقديم قول المشتري مع اليمين هو مقتضى الدليل، لأنه الغارم والذي ينتزع الشيء من يده، ولأنه لو فتح باب القول

ولو اختلف المتبايعان، فالقول قول البايع مع يمينه، ويأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري على رأي.

قول الشفيع، فيمكن أن يجيء كل شريك مع عدم البينة يدعي شيئاً قليلاً في الثمن ويأخذ الشقص بشئ قليل مع كثرة الثمن وفيه ضرر على المشتري، بل على البايع إذ قد يمنع الناس حينئذ عن أخذ الشقص لعدم البينة وموتها وجواز جرحها فتأمل فيه وإن كان بعض تعاريف المدعي والمنكر يدل على كون المشتري هو المدعي (١)، فيكون القول قول الشفيع فتأمل.

ويحتمل عدم السماع من كل منهما إذا أخرجنا عن العادة إما في الزيادة أو النقيصة.

قوله: " ولو اختلف المتبايعان الخ " إذا اختلف بايع الشقص ومشتريه فالقول قول البايع مع اليمين، لما مر، مع ما مر.

وقيل: القول، قول المشتري، وهو بعيد.

ويأخذه الشفيع بما يدعيه المشتري، لأنه باقراره أن ليس هنا الزيادة فلا يستحقها.

هذا إذا كان الشفيع مصدقاً للمشتري ظاهر، وكذا مع جهله بالحال. وأما إذا كان مصدقاً للبايع وعالماً بأن دعواه حق وصدق، فينبغي الأخذ بما ادعاه وايباله إلى المشتري، لأنه عارف بأنه حقه وإن لم يكن للمشتري مطالبة. على أنه قد يمكن ذلك إذا ادعى الغلط والسهو في الدعوى أو أظهر تأويلاً لصحة دعواه ذلك مع تصديقه الآن، البايع، وقد مر مثله. فالقول بالأخذ بما يدعيه المشتري هو المتجه إلا مع ما تقدم، فكأنه المراد.

(١) فإن من جملة التعاريف أن المدعي لو ترك تركت الخصومة وهذا منطبق على المقام فإن المشتري لو ترك دعوى الزيادة تركت الخصومة.

والقول قول منكر الشفعة لو ادعى الشريك الابتياح أو تأخره (تأخيره خ).

لو تداعيا التأخر تحالفا واستقر بينهما.
وتبطل الشفعة بالترك مع علم البيع وعدم العذر وإن لم يصرح

وأما القول بما يدعيه البايع، فهو مبني على أنه يأخذ بالثمن أي الذي يسلمه إليه ثمنا، وهو ما يدعيه البايع، ويمكن ارجاعه إلى تصديق الشفيع، كما مر. قوله: " والقول قول المنكر الخ " أي لو ادعى الشريك على شريكه أنه باع شقصه الذي فيه الشفعة، أو كان يبيع كل منهما شقصه معلوما، إلا أن أحدهما يدعي على الآخر أنه كان يبيع شقصه متأخرا عن بيع شريكه، فله الشفعة، أو ادعى الشريك تأخر ابتياح شقص الشريك، عن تملكه شقصه لتحصل له الشفعة، فالقول قول منكر ذلك، وهو ظاهر، لأنه منكر والأصل معه.

وأما لو تداعيا التأخر أي يدعي كل واحد منهما تأخر تملك صاحبه وشرائه يثبت له الشفعة، فالتحالف هنا هو المتعين لحصول شرطه، وهو اشمال انكار كل منكر دعوى ويستقر الملك بعده بينهما، لبطان دعوى كل واحد بحلف الآخر.

قوله: " وتبطل الشفعة بالترك الخ " بطلان الشفعة بتركها مع العلم بالبيع والشفعة وعدم العذر وإن لم يصرح بالاسقاط، ظاهر على القول بأنها فورية وقد مر البحث فيه.

وأما سقوطها بالنزول قبل البيع، فكأن دليله أن الحق له، فإذا أسقطه لا يرجع، ولأن المسلمون عند شروطهم (١) وغير ذلك مما يدل على وجوب الايفاء بالوعد، والأدلة على ذلك كثيرة ولولا خوف خرق الاجماع لكان القول بوجوب الايفاء - كما هو قول لبعض العامة متوجها، فالقول به هنا غير بعيد لعدم الاجماع

(١) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيارات ج ٢ ص ٣٥٢.

على رأي وبالنزول قبل البيع على رأي ولو شهد، أو بارك، أو أذن في
الابتياح، أو ضمن الدرك، أو توكل ففي الإبطال نظر.

على خلافه.

قال في الشرح: ولا نسلم أن ذلك من باب الإسقاط حتى يتوقف على
الثبوت، ولما (١) روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: لا يحل أن يبيع حتى يستأذن
شريكه، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به (٢).
ودلالته ظاهرة على السقوط بعد الاستيدان، لبيع لا يكون فيه شفعة
فافهمهما.

وأما دليل القول بعدم البطلان، فهو أنه إسقاط لما ليس له، فهو مثل ابراء
عما لم يكن في الذمة.

ويمكن أن يقال: ليس هنا ابراء واسقاط، بل قول، ووعد، وشرط،
ومخالفته قبيحة عقلا وشرعا، وأنه غدر، وإغراء، وليس من صفات المؤمن.
قوله: " ولو شهد أو بارك الخ " لو حضر الشريك مجلس البيع وما
تكلم، أو بارك في البيع وقال: بارك الله لك في بيعك، أو أذن في الابتياح، بأن
قال: اشتر للمشتري أو ضمن الدرك ضمن عوض المبيع لو خرج مستحقا، أو صار
وكيلا للبايع في المبيع، أو للمشتري في الشراء فتنظر المصنف في الإبطال في الكل
من جهة أنه يؤذن بعدم أخذه بالشفعة، وأنه ما يريد، وللخبر المتقدم (٣)، وهو يشعر
بأنه إذا رضي بالبيع فلا شفعة.

(١) عطف على قوله: ولأن المسلمون الخ.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٥ طبع مصر الحديث هكذا، عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم: الشفعة في كل شرك ربة أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باع فهو أحق
به حتى يؤذنه.

(٣) تقدم آنفا ذكر موضعه فراجع.

والإقالة فسخ، لا بيع فلا تثبت بها شفعة.
وشرطها المساواة في الثمن.

ومن أنها ليست بصريحة، فإنها يحتمل مع إرادة الشفعة، إذ لا منافاة بين الرضا بالبيع والأخذ بها، بل هو فرعه. ولأنه ابراء عما لا يستحق في البعض. فالظاهر أنه إن كان شئ يوجب التراخي المنافي للفورية تبطل على القول بها، وإلا فلا إلا مع القرائن، والأمارات والاهمال، التي يفهم عادة وعرفا عدم الشفعة مع ذلك وأنه اسقاط لذلك فتأمل، لأنها ثابتة بالعقد، فيحتاج رفعها إلى دليل شرعي مسقط، والأصل عدمه، والمذكورات أعم، فلا يدل. قوله: " والإقالة فسخ الخ " يعني الإقالة فسخ بيع عندنا، لا بيع آخر بأن يصير المشتري بايعا، والبايع مشتريا، وهو ظاهر ومجمع عليه عند الأصحاب، ولهذا لا يشترط فيها شرائط عقد البيع من الايجاب والقبول، والمقارنة وغيرها، بل هو فسخ للعقد السابق، فلو سقطت الشفعة بوجه من وجوهه في أصل البيع، ثم تقايل المتبايعان، ليس للشريك الشفعة بأن يأخذ الشقص من البايع الأول الذي انتقل إليه الشقص بالإقالة وهو ظاهر. قوله: " وشرطها المساواة في الثمن " أي شرط صحة لإقالة، المساواة في الثمن بأن لا يزيد عما وقع عليه العقد، ولا ينقص، وكذا المبيع. وبالجملة، هو رفع العقد، وارجاع كل عوض بعينه إلى صاحبه. دليل جوازها بعد الاجماع، الخبر الدال على الترغيب فيها، وهو من أقال نادما أقال الله عشرته يوم القيامة (١).

(١) هذا الحديث قد ورد بطرق عديدة مع ألفاظ مختلفة وقد نقله الشارح قدس سره بالمعنى فراجع الوسائل باب ٣ من أبواب آداب التجارة ج ١٢ ص ٢٨٦.

وتصح في الجميع والبعض.
ومع التقايل إن كان العوض موجودا أخذه، وإلا، المثل أو القيمة.

وصيغتها أن يقولا: تفاسخنا وأقلنا، أو يفسخ أحدهما ويقبل الآخر،
والظاهر عدم الفسخ إلا بالقول، ولا يحصل بمجرد القصد والرد، لأن الأصل بقاء
العقد وعدم زواله إلا بمزيل شرعي، ولا مزيل هنا معلوما، ولا مظلونا إلا القول، فإنه
يزيله بالاجماع.

ويحتمل الاكتفاء بالرد والقبض بذلك القصد، لخلو الأخبار عن الصيغة
مع ذكرها، وكذا كلام الأكثر.

قوله: "وتصح في الجميع والبعض" يعني كما يصح الإقالة في جميع
المبيع وثمرته، يجوز في بعضه، لعموم الدليل، والقبول للتجزئي، وتسلب المالك على
المال، وحصول الرضا الموجب لذلك.

قوله: "ومع التقايل إن كان الخ" إشارة إلى أن ليس من شرطها بقاء
العوضين ورجوع كل إلى صاحبه، بل يصح مطلقا، لعموم الدليل، فإن كانت العين
باقية يرجع إلى صاحبها، ولا، المثل أو القيمة وقت الفسخ، لما مر أن الفسخ إنما
يبطل العقد من حينه فالنماء والكسب الحاصل بينهما، لمن له حصول النماء، وهو
ظاهر.

" كتاب الديون "
(وتوابعه)
وفيه مقاصد (الأول):
تكره الاستدانة إلا مع الحاجة.

قوله: " كتاب الديون "
الظاهر أن المراد بها جعل الانسان نفسه مشغولا بمال الغير، فيدخل البيع
سلفا ونسيئة، بل نقدا أيضا إذا لم يحضر الثمنين.
إلا أن يخصص (يختص خ ل) بأن المراد ما يجعل في الذمة من غير أن يكون
حالا و (أو خ) قاصدا أدائه بالفعل عرفا، ويؤيده ما قيل: الدين ماله أجل،
والقرض مالا أجل له.
ويمكن تخصيصها بالقرض كما هو في بعض الكتب، ويؤيده ما قيل في
صحاح اللغة: الدين واحد الديون تقول: دنت الرجل أقرضته فهو مدين ومديون،
وقول (١) المصنف - بعده - ويستحب الاقراض وذكر أحكامه دون الدين مطلقا.
ولكن الأدلة عامة وكذا عبارات الأكثر.

(١) يعني يؤيد كون المراد من الدين هو القرض، قول المصنف عقيب قوله: ويكره الاستدانة:
ويستحب الاقراض الخ.

في الدروس (١) ذكر الدين وكرهته ثم ذكر القرض.
قال في التذكرة: يكره الاستدانة كراهة شديدة (إلى قوله): وتنخف
الكرهة مع الحاجة وإن اشتدت زالت، ولو خاف التلف - ولا وجه له سواه -
وجبت (انتهى).

ولكن في بعض العبارات مثل الدروس: تزول الكراهة مع الحاجة
(انتهى) كأنه يريد الشديدة.
ويمكن إجراء باقي الأقسام أيضا.
مثل أن يكون (حراما) مع عدم نية الأداء.
و (مستحبة) لتوقف قضاء حاجة المؤمنين عليها مثلا مع القدرة على الأداء
بسهولة وسرعة.

(ومباحة) للتوسعة، مع القدرة على الأداء كذلك، وعدم وجود نفس
ما يوسع به إلا بالاستدانة.
ونقل في الدروس، التحريم، عن الحلبي (٢) لغير القادر على الأداء.
لعل المراد عدم القدرة على الأداء لا حالا ولا مؤجلا، لعدم شيء عنده،
وعدم كسب ونحوه مما يحصل به الأداء عرفا مع عدم الحاجة بالفعل فتأمل.
والأكثر على الكراهة مطلقا إلا ما استثنى فيما مر.
والأصل، وحصول التراخي المفيد للإباحة، وبعض الآيات، مثل إذا

(١) نقل عبارتي الدروس والتذكرة للاستشهاد على عدم إرادة خصوص القرض من الدين.
(٢) قال في كتاب الدين من الدروس ص ٣٧٢: ما هذا لفظه: وحرم الحلبي الاستدانة على غير القادر
على القضاء ويستفاد من عبارة الكافي للحلبي المطبوع في زماننا عدم الاضطرار، قال: في الكافي ص ٣٣٠ طبع
أصفهان: ما هذا لفظه: القرض أو تأخير الحق سبب لإباحة التصرف في ملك الغير وكل منهما في حق المالك
إحسان، وفي حق الغير مكروه مع الغناء عنه محرم مع فقد القدرة على قضائه وعدم الضرورة إليه (انتهى).

تداينتم (١)، وآية الرهن (٢)، وأدلة جواز السلف (٣) والنسبية (٤)، دليل الجواز. ويؤيده الشهرة، وبعض الأخبار، فحملت ما تدل على المنع مع عدم الصحة والصراحة في التحريم على الكراهة جمعا بين الأدلة. مثل ما روي، عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: إياكم والدين، فإنه مذلة بالنهار ومهمة بالليل، وقضاء في الدنيا، وقضاء في الآخرة (٥). سندها غير معتبر، لسهل بن زياد (٦)، وغيره. وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: تعوذ (نعوذ ب) بالله من غلبة الدين، وغلبة الرجال (٧)، وبوار (٨) الأيم (٩) (١٠). ولا تدل على التحريم كما لا يخفي. وما روي، عن رجل يقال له: أبو تمام (١١)، قال: قلت لأبي جعفر عليه

(١) البقرة - ٢٨٢.

(٢) البقرة - ٢٨٣.

(٣) راجع الوسائل أبواب السلف من كتاب التجارة.

(٤) راجع الوسائل باب ١ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة.

(٥) الوسائل باب ١ حديث ٤ من أبواب الدين والقرض.

(٦) سندها كما في الكافي - هكذا: عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد، عن جعفر بن محمد

الأشعري، عن ابن القداح: عن أبي عبد الله عليه السلام، عن علي عليه السلام.

(٧) وفي الدعاء: وأعوذ بك من غلبة الرجال، والمراد بها تسلطهم واستيلائهم هرجا ومرجا، وذلك كغلبة العوام (مجمع البحرين).

(٨) وفي الدعاء: أعوذ بك من بوار الأيم أي من كسادها وعدم الرغبة فيها من قولهم: بارت السوق كسدت، ويتم الكلام في أيم (مجمع البحرين).

(٩) وفي الدعاء وأعوذ بك من بوار الأيم هي فيعمل، مثل كيس، المرأة التي لا زوج لها، وهي مع ذلك لا يرغب أحد في تزوجها، والأيم فيما يتعارفه أهل اللسان، الذي لا زوج له من الرجال والنساء (مجمع البحرين).

(١٠) الوسائل باب ١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(١١) حبيب بن أوس أبو تمام الطائي، قال النجاشي: حبيب بن أوس أبو تمام الطائي (إلى أن قال):

حتى انتهى إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام لأنه توفي في أيامه (تنقيح المقال للمامقاني ره ج ١ ص ٢٥١).

السلام: إني أريد أن ألزم (الازم خ ل ثل) مكة والمدينة، وعلي دين، فما تقول؟ فقال: ارجع إلى مؤدى دينك وانظر أن تلقى الله عز وجل، وليس عليك دين، فإن المؤمن لا يخون (١) السند غير معتبر، لما مر وغيره، وغير ذلك من الأخبار. والذي يدل على الجواز صحيحة معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أنه ذكر لنا: إن رجلا من الأنصار مات وعليه ديناران دينا، فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله، وقال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما عنه بعض قرابته؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: ذلك الحق ثم قال إن رسول الله صلى الله عليه وآله إنما فعل ذلك ليتعضوا (ليتعاطوا خ ل ثل) وليرد بعضهم على بعض، ولثلا يستخفوا بالدين وقد مات رسول الله صلى الله عليه وآله وعليه دين، وقتل أمير المؤمنين عليه السلام وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين (٢).

وهذه كالصريحة في الدلالة على الجواز، وتأويل الأخبار الدالة على النهي بالحمل على المبالغة كما هي كثيرة.

وهي مؤيدة للتأويلات التي يذكرها الأصحاب رحمهم الله. ولا يخفى أن سوقها يدل على الجواز مطلقا لا أنه مخصوص بالحاجة، ولا بإمكان الوفاء، ولا بالذي كان له من يقضي عنه بظنه أو علمه وإن لم يكن واجبا عليه. ويؤيده رواية سلمة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشيء يتبلغ به وعليه دين أيطعمه عياله حتى يأتي (يأتيه خ ل) الله

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض وفيه (عن أبي ثمامة) وفيه: قلت لأبي جعفر الثاني عليه السلام، ولاحظ باقي أخبار هذا الباب.
(٢) الوسائل باب ٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

عز وجل بيسره (بميسرة ثل) فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره (نفسه خ ل) في حيث الزمان وشدة المكاسب أو يقبل الصدقة؟ قال يقضي بما (مما خ) عنده دينه ولا يأكل أموال الناس إلا وعنده ما يؤدي إليهم حقوقهم، إن الله تبارك وتعالى يقول: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ولا يستقرض على ظهره إلا وعنده وفاء، ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة واللقمتين والتمرة والتمرتين إلا أن يكون له ولي يقضي دينه من بعده، وليس منا من ميت (يموت خ) إلا جعل الله عز وجل له وليا يقوم في عدته ودينه فيقضي عدته ودينه (١).

وتحمل على الكراهة لما تقدم.

وتدل على الجواز، والرخصة مع الوفاء من ماله.

وكذا إن كان له من يقضيه عنه، وأن أهل البيت عليهم السلام لا بد أن يكون لهم من يقضيه كأمر المؤمنين عليه السلام لرسول الله صلى الله عليه وآله، والأئمة عليهم السلام كل لا حق لسابقه.

فيمكن زوال الكراهة مع أحد الأمرين (٢) أو الحققة، ويكون فعله صلى الله عليه وآله وفعلهما عليهما السلام (٣) مستثنى أو لرفع الحرمة والشدة. وأما الزوال مع الحاجة فكأن دليله العقل، ولم يعلم ذلك في فعله صلوات

(١) أورد صدره في الوسائل باب ٤ حديث ٣ بطريق الشيخ، وذيله في باب ٢ حديث ٥ من أبواب الدين وأورد قطعة منه - مع اختلاف في بعض ألفاظه في باب ٤٧ حديث ١ من أبواب المستحقين للزكاة والآية - سورة النساء - ٢٩.

(٢) يعني الوفاء من ماله، أو إن كان له من يقضيه.

(٣) يعني يمكن كون فعلهم صلوات الله عليهم مستثنى من كراهة الاستدانة أو استدناؤهم عليهم السلام لبيان عدم الحرمة ولعل الصواب في العبارة (وفعلهم) بدل (وفعلهما).

ويستحب الاقراض فإنه أفضل من الصدقة بمثله في الثواب.

الله عليه وفعلهما عليهما السلام لاحتمال أحد الأمرين الآخرين، ولمحض الدلالة على الجواز مطلقاً، وهو الظاهر كما عرفت إن سوقها يدل على الجواز مطلقاً، وإن المنع للمبالغة، ولهذا أول عليه السلام (١) عدم صلاته صلى الله عليه وآله، وما ذكر عدم الحاجة ولا أحد الأمرين.

نعم الظاهر عدم الشدة معها كما ظهر من التذكرة، لنفي الحرج وللرواية (٢)، وهي تدل على كمال المبالغة في الكراهة حيث دلت على أن السؤال من الأبواب مع شدة ما ورد في المنع عنه مقدم عليها وأولى منها وهو ظاهر. ثم إنه يفهم من الدروس، الاستدلال على عدم الكراهة مع الحاجة تعرضهم (بقرضهم خ) عليهم السلام قال: ولا كراهة مع الضرورة فقد مات رسول الله صلى الله عليه وآله والحسنان عليهما السلام، وعليهم دين، ولو كان له مال بإزائه خفت الكراهة، وكذا لو كان له ولي يقضيه وإن لم يجب عليه فزالت مناقشة ابن إدريس (٣) (انتهى).

فيه تأمل لعدم العلم بكون ذلك للحاجة، والزوال بالكلية أيضاً غير ظاهر إلا مع الشدة كما قاله في التذكرة، وكذا الخفة مع أحد الأمرين، وزوال شبهة ابن إدريس لم يظهر بما قاله (٤)، بل بالعلة والرواية فتأمل. قوله: " ويستحق الاقراض الخ " كان المناسب (٥) لسوق الكلام

(١) بقوله عليه السلام ليتعظوا الخ.

(٢) يعني رواية سلمة المتقدمة آنفاً.

(٣) قال ابن إدريس في كتاب الديون من السرائر ص ١٦١: ما هذا لفظه: فقد روي أنه إن كان له ولي يعلم أنه إن مات قضى عنه، قام ذلك مقام ما يملك، وهذا غير واضح، لأن الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بغير خلاف (انتهى).

(٤) يعني ما قاله في الدروس فإنه علله بقوله: لأن عدم وجوب القضاء لا ينافي وقوع القضاء (انتهى).

(٥) يعني كان المناسب في عبارة المصنف ره التعبير بقوله: (يستحب الإدانة) لا (يستحب الاقراض).

(الإدانة) كأن الخبر لما كان مخصوصا بالقرض خصص.
ودليل استحباب الإدانة والقرض عموم أدلة (١) قضاء الحوائج وادخال
السرور " وعموم آيات الاحسان وأخباره.
ويدل عليه أيضا آية الانظار (٢) فإنها تدل على أن التأخير مرغوب فيكون
الأصل كذلك، وآية يقرض الله قرضا حسنا (٣).
ويدل على القرض بالخصوص، مثل رواية عبد الله بن سنان، عن أبي
عبد الله عليه السلام، قال: قال النبي صلى الله عليه وآله: ألفا درهم أقرضها مرتين
أحب إلي من أن أتصدق بها مرة وكما لا يحل لغريمك أن يمطلك وهو موسر فكذلك
لا يحل لك أن تعسره إذا علمت أنه معسر (٤).
وهذه تدل على تحريم المماثلة على الموسر، وطلب المعسر، على الديان
وغيرها من الروايات وهي كثيرة.
مثل رواية السكوني - في زكاة التهذيب - عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
قال رسول الله إلى الله عليه وآله: الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر، وصلة
الاخوان بعشرين، وصلة الرحم بأربعة وعشرين.
وهذه تدل على تفاوت مراتب صرف المال في وجه الله.

- (١) راجع الوسائل باب ٢٦ إلى ٢٨ من أبواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف ج ١١ ص ٥٧٦ إلى
ص ٥٨٥.
(٢) قال الله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة، إلى ميسرة " البقرة - ٢٨٠.
(٣) قال عز من قائل: " من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له " البقرة ٢٤٥ والحديد - ١١.
(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض من كتاب التجارة وباب ٢٠ حديث ٢ من
أبواب الصدقة.
(٥) الوسائل باب ١١ حديث ٥ من أبواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف.

و (ماخ) في الفقيه أنه قال الباقر عليه السلام: من أقرض قرضاً إلى ميسرة كان ماله في زكاة (الزكاة خ كا) وكان هو في صلاة (الصلاة كا) من الملائكة عليه حتى يقضيه (١) وغيرهما.

وأما الرواية المذكورة في المتن فهي مشهورة، وكأنها من طرق العامة، قال في التذكرة (٢): وقال الشيخ رحمه الله: روى أنه أفضل من الصدقة بمثله من الثواب

يحتمل أن يكون معناه أن القرض بمقدار أفضل من التصدق بذلك المقدار من أجل حصول الثواب والعوض عند الله، أو يكون أنه أفضل من الصدقة بمثله بمقدار ثوابها يعني ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة فيمكن التنزيل على رواية السكوني (٣)، لأن الدرهم في التصدق بمال صاحبه، فثوابها تسعة، فيكون ثواب القرض الذي هو ضعف ثوابها ثمانية عشر.

ويمكن حملها على بعض الوجوه، مثل أن يكون إلى ذي الرحم المحتاج، أو العالم العامل الذي يصرفه في العلم، وما دل على أقل من ذلك مثل رواية ابن سنان (٤)، على غيره كما وقع الاختلاف، في مراتب التصدق، في الثواب (٥)، وكذا الانفاق في الآيات (٦).

(١) الوسائل باب ٤٩ حديث ٦ - ٧ من أبواب المستحقين للزكاة.

(٢) أورده في الفصل الثالث من كتاب الديون من التذكرة.

(٣) تقدم ذكر موضعها آنفاً.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض من كتاب التجارة.

(٥) مثل التصدق على ذي الرحم والقربة، والصدقة على العالم العامل، والصدقة في الأوقات الشريفة مثل يوم الجمعة ويوم شهر رمضان، والصدقة في السر مع الصدقة في العلانية إلى غير ذلك مما يوجب اختلاف الثواب.

(٦) مثل قوله تعالى: "الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله ثم لا يتبعون ما أنفقوا منا ولا أذى لهم أجرهم

عند ربهم البقرة - ٢٦٢ فإنه تعالى أثبت أصل الأجر الصادق بالقليل والحزيل.

وقال تعالى: مثل الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائة

حبة، والله يضاعف لمن يشاء " البقرة - ٢٦١.

والايجاب أقرضتك أو ما أداه، مثل انتفع به أو تصرف فيه.

قوله: " والايجاب أقرضتك الخ " الظاهر أنه لا بد في الآخرين (١) من أنه (عليك عوضه) كما يقال في ملكتك وعليك عوضه. ولو ذكر قبله وأريد به ذلك فالظاهر أنه يكفي ولا يحتاج إلى الضميمة.

وظاهر كلامهم أن القرض عقد يحتاج إلى الايجاب والقبول، مثل سائر العقود إلا أنه عقد جائز غير لازم مثل البيع.

والظاهر أنه لا نزاع في المعاطاة هنا على تقدير عدم كونه في العقود اللازمة فيبيح التصرف وعليه العوض، بل تحصل الثواب أيضا إلا أنه لا يحصل الملك، ولا يلزم العوض إلا بعد الاتلاف، وقبله يكون مأذونا فيه في التصرف مع العوض فلا يكون عقدا باطلا مثل ما قيل في البيع.

بل الظاهر أن لا يكون الايجاب والقبول معتبرا هنا في جواز التصرف وحصول الثواب ولزوم العوض، بل يكفي في ذلك القصد والاعطاء، والقبض بذلك القصد، ولا ينبغي فيه النزاع.

نعم يمكن اعتبارهما في حصول الملك بمحض العقد، أو مع القبض قبل الاتلاف أو (٢) ترتب الأحكام، مثل جواز عدم رد العين، وجواز رد المثل مع بقائها، وإن ليس للمالك انتزاعها وغير ذلك.

والظاهر أيضا أن يكون الاعطاء - مع القول السابق بأنه قرض مع القبول

(١) يعني قوله ره انتفع به، أو تصرف فيه.

(٢) عطف على قوله قده: (في حصول الملك).

فعلا - يكون موجبا لتلك الأحكام، لصدق القرض، وأصل عدم اعتبار أمر زائد، ويمكن الاعتبار (١)، لأن الأصل عدم النقل حتى يتحقق، وقد يتحقق بالعقد ايجابا وقبولا اتفقا، وبغيره، غير ظاهر فيبقى في العهدة، هذا مسلك جديد (٢).

ولكن يؤيد الأول عدم نقل الصيغة، ووقوعها (٣) في الزمن الأوائل، بل الذي يفهم أنهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب، والقرينة، والاعطاء، ولا شك أن الثاني أحوط.

ثم إن الظاهر من التذكرة أن القبول لا يحتاج إلى اللفظ، بل يكفي الفعل أيضا، قال: والايجاب لا بد منه (إلى قوله): وأما القبول، فالأقرب أنه شرط أيضا، لأنه الأصل عصمة مال الغير (إلى قوله): وهو أصح وجهي الشافعي، والثاني أنه لا يشترط، لأن القرض إباحة اتلاف على سبيل الضمان فلا يستدعي القبول، ولا بد من صدوره من أهله كالايجاب إلا أن القبول قد يكون قولاً، وقد يكون فعلاً (٤).

ولا يخفي أن الدليل يدل على عدم الاحتياج إلى الايجاب قولاً أيضاً. وأنه يفهم من كلامه أن خلاف الأقرب أنه لا يحتاج إلى القبول، لا قولاً، ولا فعلاً.

وأنه لا نزاع في القبول الفعلي أيضاً، وإنما النزاع في عدمه مطلقاً، وفيه تأمل.

-
- (١) يعني اعتبار الايجاب والقبول وعدم كفاية المعاطاة.
 - (٢) مسلك قد حدث في القرون المتأخرة ولم يكن يسلكه قدماء الإمامية.
 - (٣) يعني عدم وقوعها.
 - (٤) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ٥.

ويمكن أن لا يعتبر فيه العربية، ولا المقارنة، ولا غيرهما مما شرطوه في العقود اللازمة.

وظاهر كلامه - هنا - أنه عقد ولا بد من ايجاب وقبول يدل على المساواة إلا أنه قال في الدروس: وهو عقد ايجابه أقرضتك أو أسلفتك، أو ملكتك وعليك رد عوضه، أو خذه مثلا أو قيمة، أو تصرف فيه، أو انتفع به، كذلك وشبهه، وقبوله قبلت وشبهه، والأقرب الاكتفاء بالقبض، لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف، وأهله أهل البيع (١).

أما في العبارة خفاء، كأن قوله: (مثلا أو قيمة) قيد عوضه فالأحسن تقديمه (٢).

وأیضا كان ينبغي تأخير (وعليك رد عوضه) مع (مثلا أو قيمة) بعد (تصرف فيه أو انتفع به) وكأنه إليه أشار بقوله: (كذلك).

وإن ليس أهله أهل البيع، بل يزيد عليه شرطا آخر في الأهل كما أشار إليه في التذكرة بقوله: (الصيغة الصادرة من جائز التصرف ويعتبر فيه أهلية التبرع، لأن القرض تبرع، ولهذا لا يقرض ولي (٣) الطفل إلا لضرورة (انتهى)). قوله: " ولو شرط النفع " الظاهر أن تحريم شرط النفع في القرض عينا اجماعي بين المسلمين مستندا إلى دليل الربا في الجملة (٤)، وإلى ما روي عنه إلى

(١) إلى هنا عبارة الدروس.

(٢) يعني تقديم قوله: مثلا أو قيمة.

(٣) في التذكرة: ولهذا لا يقرض الولي مال الطفل الخ.

(٤) ولعل التقييد بقوله قده: (في الجملة) لأن جميع آيات الربا لا تدل بالعموم أو الاطلاق على تحريم شرط النفع بل بعضها مثل قوله تعالى: " الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس " الآية فإنها شاملة لمطلق الزيادة بيعا كان أو قرضا.

الله عليه وآله من طريق العامة أنه قال: قال كل قرض يجز منفعة فهو حرام (١).
فدليل الحكم، الاجماع، والكتاب، والسنة (٢) في الجملة، ولا يضر عدم
صحة سندها.

وهذا مؤيد للأكثرين القائلين بدخول الربا في غير البيع، وأنه يعم جميع
المعاوضات.

فقول المصنف بالاختصاص بالبيع والقرض محل التأمل، إذا خراج
القرض عن غير البيع واختصاصه بالتحريم بعيد، ولا يمكن فهمه من الآية،
إلا أن يقول: بكونه ربا أو أن دليله غير الآية، ولهذا يحرم القرض مع
الزيادة وإن لم يكن ربويا (٣) وأنه لم يصح اشتراط الصحيح والجيد عوض المكسر
والردي بخلاف الربا.

فهذا الفرق سبب ترك المصنف، القرض في باب الربا وتخصيصه بالبيع.
ولا ينبغي ادخاله في تعريفه عنده والفرق بجواز الأجل فيه مع كونه ربويا
بخلاف القرض فتأمل.

فمع اشتراط الزيادة، تصير الزيادة والاقراض والاقتراض حراما.
وكذا التصرف في المقرض (القرض خ) مع العلم فيكون مضمونا كالمغصوب.
وأما مع عدم التصرف وعدم التقصير (٤)، فإن كان عالما بالتحريم،
والمقرض جاهلا وما رده إليه، ولا أعلمه، ولا خلى بينه وبينه فيمكن أن يكون
كذلك.

(١) راجع سنن البيهقي: ج ٥ ص ٣٥٠، وكنز العمال: ج ٦ ص ٢٣٨ الرقم ١٥٥١٦ وغيرهما من المصادر.
(٢) يريد بها النبوي المشار إليه.
(٣) يعني وإن لم يكن مكيلا أو موزونا.
(٤) يعني وعدم التفريط في حفظه كما سيحى التصريح به من الشارح قده.

حتى (لوخ) شرط الصحيح عوض المكسر ولم يفد الملك.

وأما مع الاعلام ورفع اليد، والتخلية، واطهار ما يدل على البدل، بأن وضعه عنده، فالظاهر أنه ليس بضامن، وكذا مجرد الاعلام، والقول، (خذه). وكذا مع علم المقرض أيضا مطلقا سوء أظهر أم لا. وأما إذا كان المقرض جاهلا مع كونه عالما فالظاهر أيضا عدم الضمان، ويمكن مع جهله أيضا. ولا شك في الضمان مع التصرف والافراط والتفريط وهو ظاهر. وأشار بقوله: (ولم يفد الملك) إلى أنه إذا كان القرض حراما لم يصر ملكا للمقرض، بل يبقى على ملك صاحبه، وسكت عن الضمان وعدمه. ويحتمل التفصيل الذي ذكرناه. ويحتمل الضمان مثل القبض بالبيع الفاسد، لما تقرر عندم كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

ونقل عن ابن حمزة هنا أنه أمانة (١) وضعفه. ويمكن حمله على ما قلناه من صورة جهل المقرض ونحوه. ففي ضعفه تأمل للأصل وعدم التفريط، وشمول دليل عذر الجهل، وعدم ثبوت ما تقرر عندهم بالدليل وليس باجماع لوجود الخلاف في الجملة فتأمل. وأما اشتراط الزيادة وصفا مثل أن يشترط الصحيح عوضا عن المكسور، فنقل عن الشيخ وجماعة جوازه، وكأنه مثل اشتراط الجيد عوض الردي للأصل. وعدم ظهور دخوله تحت الربا، وعدم دليل آخر من اجماع ونحوه. وخبر العامة (٢) ليس بصحيح، ومعارض بما في حسنة محمد بن مسلم قال:

(١) قال في الوسيلة: ص ٢٧٣.

(٢) يعني ما تقدم نقله بقوله ره: روي عنه إلى الله عليه وآله من طريق العامة أنه قال: كل قرض يجر منفعة فهو حرام.

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إما خادماً، وإما آنية، وإما ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعته فيستأذنه (فيه كما) فيأذن له؟ قال: إذا طابت نفسه فلا بأس، قلت: إن من عندنا يروون أن كل قرض يجر منفعة فهو فاسد، قال: أوليس خير القرض ماجر منفعة (١). بل هذه ترد رواية العامة، وفي قوله عليه السلام: (إذا طابت نفسه فلا بأس) بعد قول السائل: (فيأذن له) إشارة إلى أن مجرد الإذن ظاهراً مع عدم طيب النفس لا يكفي، فإنه قد يستحيي أو يخاف من طلب القرض، فافهم. ورواية محمد بن عبدة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القرض يجر المنفعة؟ فقال: خير القرض، الذي يجر المنفعة. ورواية أبي الربيع، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم فرد عليه أجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها؟ قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض (٢). وهذه أدل، وفيها المبالغة المتقدمة فافهم. وقد استدل في شرح الشرائع له، بصحيفة يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يقرض الرجل، الدراهم الغلة فيأخذ منه (منها خ) الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه؟ قال: لا بأس به، وذكر ذلك عن علي عليه السلام. قال في التذكرة: الطازجية بالطاء غير المعجمة والراء المعجمة والجيم هي الدراهم الجيدة (٣).

- (١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٩ حديث ٤ - ٥ من أبواب الدين والقرض.
(٢) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٢ حديث ٤ - ٥ من أبواب الصرف من كتاب التجارة.
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

كان (١) الغلة يقابلها أو المكسورة لما قوبل الطازجية بها في حسنة الحلبي (٢) ثم قال (٣): ولا يخفى بعدها عن الدلالة (على المدعى خ). ولا يخفى أن فيما ذكرناه دلالة. وفيها أيضا دلالة في الجملة من جهة العموم وعدم التفصيل، ومثلها كثير. مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله (جعفر - قيه) عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه جلة من بسر فيأخذ (فأخذ ثل) منه جلة من رطب مكانها وهي أقل منها؟ قال: لا بأس، قلت: فيكون لي جلة من بسر فيأخذ (فأخذ ثل) (مكانها ثل) جلة من تمر وهي أكثر منها؟ قال: لا بأس إذا كان معروفا بينكما (٤).

يحتمل أن يكون قوله عليه السلام: (إذا كان الخ) إشارة إلى رد ما نقل التذكرة عن بعض العامة: أنه إذا كان الزيادة معروفا بينهما لا يجوز أخذها، لأن كونها معروفا بمنزلة الشرط، فإن العادة نازلة منزلة القول به والشرط أو أنه إذا كان معلوما يعطون ذلك مع العلم والمعرفة.

نعم يمكن حملها على ما إذا لم يشترط جمعا بين الأدلة، فإن في كثير من الروايات إشارة إلى عدم الجواز مع الشرط.

مثل حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا أقرضت ثم

(١) هذا من كلام الشارح قده.

(٢) لم نثر على حسنة الحلبي المشتملة على لفظ الطازجية نعم هذه اللفظة في صحيحة يعقوب بن شعيب كما سمعت وحسنة الحلبي هكذا: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس إن لم يكن بينكما شرط - التهذيب باب القرض وأحكامه حديث ٢ وأورده في الوسائل باب ١٢ حديث ٣ من

أبواب الصرف وباب ٢٠ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) يعني صاحب شرح الشرائع في المسالك ج ١ ص ٢١٩.

(٤) الوسائل باب ٩ حديث ٧ من أبواب السلف.

جاءك (أتاك كائلا) بخير منها فلا يأس أن (إذا كا) لم يكن بينكما شرط (١).
وحسنه أيضا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل
يستقرض الدراهم البيض عددا، ثم يعطي (يقضي خ ل ثل) سودا (وزنا يب) وقد
عرف أنها أثقل مما أخذ وتطيب نفسه أن يجعل له فضلها؟ فقال: لا بأس به إذا لم
يكن فيه شرط، ولو وهبها له كلها كان أصلح (٢).
وفيها دلالة على أن الزيادة هبة مستأنفة يجري فيها أحكامها، ولا يحتاج إلى
صيغة على حدة، بل يكفي الاعطاء بطيب النفس لا عوضا فيجري فيه أحكام
المعوضات كما هو مقتضى الأصل والقواعد.
وقد تردد فيه في شرح الشرائع، ثم رجح ما رجحنا، وقال: ولم أقف فيه على
شئ.

ولعله أوجه خصوصا مع الشك في انتقال الملك عن مالكة على وجه اللزوم
فتأمل فيه.

وتدل عليه أيضا رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال:
من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ
أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه (٣).
كأنها صحيحة، ولا يضره اشتراك محمد بن قيس، لأن الظاهر أنه البجلي
الثقة لأنه روى عنه يوسف بن عقيل (٤)، وقال النجاشي أنه وعاصم بن حميد

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٢ حديث ٣ - ٢ من أبواب الصرف.

(٢) كلها صلح - كان.

(٣) الوسائل باب ١٩ حديث ١١ من أبواب الدين والقرض.

(٤) وسندها كما في باب القرض حديث ١١ من التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن يوسف بن
عقيل، عن محمد بن قيس.

يرويان عنه.

وقد ذكرنا وأثبتنا مرارا إن الذي روى عنه عاصم، هو البجلي الثقة. وأيضا قال النجاشي والمصنف في الخلاصة وغيره: أن البجلي له كتاب، ونقلنا عن القميين أن ليوسف بن عقيل كتابا، وقالوا: الظاهر أن الكتاب لمحمد بن قيس، فإنه تلميذه وينقل عنه، وما ذكر أحد أن لمحمد بن قيس - الضعيف أبي أحمد الذي يروي أيضا، عن أبي جعفر عليه السلام - كتابا، وكذا للممدوح مع عدم ثبوت، نقله عن الإمام عليه السلام.

وهذه صحيحة صريحة في المنع والتحريم عن الزيادة الوصفية، وعدم جواز أخذ عارية للقرض، وقد تقدم الجواز في الانتفاع بالرهن في حسنة محمد بن مسلم (١)، فيحمل على الشرط وعدمه كما هو الظاهر من الأدلة.

فلولا الحمل، بل ولولا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قويا بما تقدم مع عدم نص صحيح في المنع في الوصف، لأن الأخبار المتقدمة إنما دلت بالمفهوم على البأس مع الشرط، وهو أعم من الكراهة والتحريم فكان الحمل على الكراهة أولى فتأمل.

ثم إن ظاهر الأخبار المتقدمة وجوب أخذ الأجود، ذكره في التذكرة وليس ببعيد، وعدم الأخذ ببعيد، وتكليف المقترض بغير الأجود منفي بالأصل، وبأنه فضل ماله وزيادة بلا مانع، فيجب القبول، ولدخوله تحت مثل المال، ولما تقدم من الوجوب في السلف.

نعم يمكن المنع في الزيادة العينية، وهنا أيضا لا ينبغي مع عدم المنة (٢)،

(١) راجع الوسائل باب ١٩ حديث ٤ من أبواب الدين والقرض.

(٢) لا ينبغي امتناع المقرض من أخذ الزيادة العينية إذا لم يكن هناك منة من المقرض على المقرض، بل يكون للقبال منة من حيث صيرورته سببا لتحقيق الإعانة على البر.

ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز.

بل قد يكون المنة له لو قبل خصوصا إذا تعسر تعين الحق بغير زيادة لفقد الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ ما يحتمل حقه، ويبرء عن الزيادة لو كانت. ويدل على استحسان القبول حسن القضاء والاقتضاء (١)، وهو ظاهر. قوله: " ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز " قد عرفت جوازها له ويمكن فهم استحبابها.

ويدل عليه ما روي عن العامة: أن النبي إلى الله عليه وآله اقترض قرضا من رجل بكرا، فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا جملا خيارا رباعيا، فقال: اعطه إياه، إن خير الناس أحسنهم قضاء.

(٢) وقد دل على أيضا ما تقدم، من استحباب حسن القضاء والاقتضاء. وجميع ما يدل على حسن الاحسان (٣)، دليله، بل دليل استحباب حسن

(١) الوسائل باب ٤٢ من أبواب آداب التجارة وباب ١٦ من أبواب الدين والقرض وفيه، قال رسول الله إلى الله عليه وآله: إن الله تبارك وتعالى يحب العبد يكون سهل الشراء، سهل القضاء، سهل الاقتضاء.

(٢) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٢٤ باب من استسلف شيئا من كتاب المساقاة رقم ١٦٠٠ ومتن الحديث هكذا: عن أبي رافع: إن رسول الله إلى الله عليه (وآله) وسلم، استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال:

اعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء (انتهى) وفي تعليقه للعلامة النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف الدمشقي الشافعي المتوفى حدود سنة ٦٧٧ (كما في الكنى ج ٣ / ٢٢٥): على صحيح مسلم عند نقل الحديث

هكذا: البكر: الفتى من الإبل كالغلام من الآدميين: خيارا رباعيا يقال: حمل خيار ناقة خيارا أي مختارة، والرباعي من الإبل ما أتى عليه ست سنين ودخل في السابعة حين طلعت رباعية بوزن الثمانية، السن التي بين الثانية والثالثة (انتهى).

(٣) لا حاجة إلى ذكر موضع ما ذكره الشارح قدس سره بعد كون أصل الحكم عقليا مؤيدا بالنقل، فراجع أبواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف من الوسائل ج ١١ ص ٥٢١.

وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصح إقراضه.

القبول أيضا (١)، وقد تجب القبول كما مر فتأمل.
قوله: " وكل مضبوط الخ " إشارة إلى تعيين ما يجوز اقراضه واقتراضه.
قال في التذكرة: يجوز اقتراض المثلي اجماعا.
قيل: المراد به ما يتساوى أجزائه في القمية والمنفعة وإن تفاوت بعض
أوصافه.

والظاهر أن المراد، غالبا وفي أكثر الأفراد، وفي كل صنف بالنسبة إلى مثله
لا مطلقا ودائما وإلا فالحنطة مثلا قد تتفاوت أفرادها وأصنافها، فإن قيمة سن
الجميل (الحمل خ) ليس كقيمة غيره وهو ظاهر، والغلبة أيضا غير منضبطة،
وبالجملة تحقيقه لا يخلو عن اشكال فتأمل.
وسيجيء في باب الغصب له مزيد تحقيق فانتظر.

والقمي إن كان مما يمكن ضبط وصفه وهو الذي يجوز بيعه سلفا -
فالظاهر جوازهما (٢) فيه أيضا من غير خلاف كما يظهر من التذكرة (٣).
وإن لم يمكن ضبطه ولا يجوز بيعه سلفا فظاهر المتن عدم جوازهما فيه حيث
ذكر الضبط وقيد الصحة (فيه خ) به بالأوصاف بحيث يرفع الجهالة، وهو الذي
يجوز بيعه سلفا.

وظاهر أدلة الاقراض والاقتراض يشمل الجميع من غير مانع ظاهر إلا

(١) راجع الوسائل باب ٨٨ من أبواب ما يكتسب به ج ١٢ ص ٢١٢ وسنن أبي داود ج ٣ ص ٢٩٠ طبع مصر
باب في قبول الهدايا، وغيرهما.

(٢) الظاهر من ارجاع الضمير إلى الاقراض والاقتراض.

(٣) عبارة التذكرة هكذا: الأموال إما من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم فالأول يجوز اقراضه اجماعا
قال بعد العبارة المذكورة -: وأما الثاني فإن كان مما يجوز السلم فيه جاز اقراضه أيضا وإن لم يكن مما يجوز
السلم

فيه فقولان تقدما (انتهى) فيظهر منه أن ما يجوز جاز السلم فيه جاز اقراضه قولاً واحداً.

فإن كان مثليا يثبت (ثبت خ) في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم.

عدم دفع المثل لا حقيقة، ولا صورة، وليس بمانع، لجواز دفع القيمة كما في سائر المعاوضات فتأمل.

قوله: " فإن كان مثليا الخ " إشارة إلى ما يجب على المقترض من العوض ولا شك أنه يثبت المثل في ذمته في المثلي، فيجب دفعه مع الوجود عرفا، فيجب القبول على المقرض.

والظاهر أنه يجب القبول لو أعطى عين ماله بالطريق الأولى، وإلا فالقيمة.

والظاهر قيمته (قيمة خ) وقت الطلب والتسليم، فإن طلب ولم يسلم ثم حصل المثل فالظاهر أنه الواجب، وهو يدل على أنه لا يتعين القيمة عند الدفع، ولا عند التعذر، ولا عند الطلب فكأنه ليس مراد من قيد بالطلب.

ودليله ما أشير إليه وهو أنه ما لم يطلب ولم يسلم لم يتعين القيمة - فإلى حين الطلب والتسليم - ليس الواجب إلا المثل وحينئذ ينتقل إليها وهو الظاهر. وإن لم يكن مثليا، فظاهر المصنف هنا وجماعة أنه يلزم قيمة وقت تسليم القرض مطلقا.

لعل دليله أن القيمي إنما خرج عن ملك المالك بالعوض، وليس له العوض إلا القيمة لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات، ولما خرج عن ملكه وقت التسليم والقبض وضمنه القابض فليس عليه إلا قيمة وقت القبض والتسليم. وقال بعض - كالمصنف في التذكرة - : أنه إن كان مما يجوز فيه السلم فالأقرب أنه يضمنه بمثله من حيث الصورة، وإلا فالقيمة وقت القبض لأنه وقت تملك القرض.

دليل الأول (١) صدق الاسم في الجملة، وما روي في الأخبار أن النبي إلى الله عليه وآله استقرض بكرا ورد بازلا (٢)، والبكر الفتى من الإبل، والبازل الذي تم له ثمان سنين.

وقد مر أيضا أنه إلى الله عليه وآله أمر برد رباعي عوضا عن البكر (٣)، وغيرهما من أخبار العامة.

وظاهر ذلك أنه من غير تراض، بل يدل على وجوب قبوله ظاهرا. وقد يمنع ذلك، مع عدم وضوح السند والمثلية أيضا، ولكن ذلك مؤيد بأن المتبادر من شرع القرض، الرفاهية بالنسبة إلى المقترض، فالتسامح فيه مرغوب، وأنه متعارف كونه بالمثل حتى فيما لا مثل له في الأكثر بين الناس مثل الخبز والحيوان.

قال في التذكرة: يجوز اقراض الخبز عند علمائنا، وكذا قال في الحيوان وقال في الخبز: يجوز مثله عددا ووزنا.

وقد تقدم من الفقيه في رواية السكوني، عن أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس باستقراض الخبز (٤).

وقال في التذكرة: إطباق الناس عليه، ولأن الصبح بن سيابة سأل الصادق عليه السلام: إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر؟ فقال: نحن نستقرض الجوز، الستين والسبعين عددا فيكون فيها الصغيرة والكبيرة،

(١) وهو قوله قده: إن كان مما يجوز الخ.

(٢) راجع سنن أبي داود ج ٣ باب في حسن القضاء ص ٢٤٧.

(٣) تقدم أنفا تعيين موضع نقله.

(٤) الوسائل باب ٢١ حديث ٣ من أبواب الدين والقرض والراوي غياث ولم نعثر على رواية السكوني بهذا المضمون ولم يتقدم منه قده مثل هذه الرواية من الفقيه ولم نعثر عليها في الفقيه أيضا فتبع.

ولا يجب دفع العين وإن كانت موجودة.

فلا بأس (١).

ولعل الوجه أنه مع التراضي لا يضر الزيادة والنقصان (أو) أنهما في الخبز هين ويتسامح به (أو) أنه لقلّة ذلك التفاوت وعدم اعتباره لا ينظر إلى مثله في الشرع خصوصا في أمر يكون للمسامحة.

فلا يحتاج جواز بيع الخبز عددا إلى عدم العلم بالتفاوت كما قاله في الدروس، لوجود التفاوت غالبا وللرواية.

لعل مراده التفاوت الفاحش الخارج عن العادة والغالب، بأن يكون أحدهما منا مثلا والآخر نصفه فتأمل.

ويفهم عرفا، أنه إذا أعطى عين ماله في جميع الصور، يجب القبول ولا يطلب غيره إلا مع التغير المنقص للقيمة، ولهذا قال في الشرائع: ولو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا، مثل القيمي مطلقا.

ولكن قال الشارح: لا قائل به منا، ولأن الأصل عدم لزوم شيء آخر غير عين المال، ومثله عرفا، وخرج مالا مثل له صورة وعرفا، ولعدم القائل بقي الباقي فكأنه لذلك رجح المصنف في التذكرة ذلك فيما يمكن ضبطه، وله مثل والقيمة في غيره.

قوله: " ولا يجب دفع العين الخ " دليل عدم وجوب دفع العين أن العين صارت ملكا للمقترض، فله الاختيار في جهة القضاء.

(١) الوسائل باب ٢١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض وصدرها هكذا عن الصباح بن سيابة قال:

قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: إنا نستقرض الخ.

(٢) قال في المسالك: ما هذا لفظه: الكلام هنا في موضعين (أحدهما) أن الواجب في عوض القيني - وهو ما يختلف أجزائه في القيمة والمنفعة كالحيوان - ما هو؟ أقوال (أحدها) وهو المشهور - قيمة مطلقا (إلى أن

قال): (ثانيها) ما مال إليه (يعني المصنف) هنا ولعله أفتى به إلا أنه لا قائل به من أصحابنا الخ.

وكأنه أشار إلى دليله بقوله: (ويملكه)، فلو أخره متفرعا عن (١) قوله:
(ويملكه المقترض بالقبض) لكان أولى كما فعل في القواعد حيث قال بعده: (فليس
للمقرض ارتجاعه، بل للمقترض دفع المثل مع وجود الأصل) (٢).
والظاهر عدم الخلاف في جواز إعطاء العين في المثلي، ووجوب قبولها
والظاهر ذلك في القيمي أيضا مطلقا وإن كان لا يخلو عن اشكال، ونقل عليه
الاجماع في الدروس، عن الشيخ، مع وجود الخلاف ينشأ من أن العين صارت ملكا
ووجوب المثل أو القيمة في القيمي مطلقا، وفي القيمي الذي لا مثل له صورة مما
لا يمكن ضبط وصفه وبيعه سلما أم لا.
فإن كان الأول (٣) لا ينبغي ايجاب أخذ العين كما في سائر المعاوضات،
وإن كان الثاني ينبغي تجويز الارتجاع وعدم الزامه بأخذ القيمة والمثل.
قال في التذكرة: إذا رد المقترض العين في المثلي وجب القبول، لأنه أقرب
إلى الحق من المثل، وأما في غير المثلي فيحتمل ذلك لأن الانتقال إلى القيمة لتعذر
العين وقد وجدت فلزم القبول ولم يجب على المقترض دفعها، بل له دفع القيمة، لأنه
قد ملكه بالقبض وانتقل إلى ذمته القيمة، وعلى هذا يحتمل أن لا يجب على المالك
قبول العين (٤).

فتأمل ولعل العرف والتبادر من القرض والتسامح فيه من جانب المقرض
دليل وجوب القبول خصوصا في المثلي فإنها من أفراد المثلي، بل أولى، وإن كون

-
- (١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة، لعل الصواب لفظة (على) بدل (عن).
(٢) عبارة القواعد هكذا: ويملك المقترض القرض بالقبض، فليس للمقرض الخ) إيضاح الفوائد في
حل اشكالات القواعد ج ٢ ص ٥ طبع قم المطبعة العلمية.
(٣) يعني أن العين صارت ملكا الخ.
(٤) هنا عبارة التذكرة مع اختلاف يسير في بعض ألفاظه غير محل بالمعنى.

ويملكه المقترض بالقبض.

الواجب هو القيمة، محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلي فإنه يجب المثل على تقدير عدم بذل العين فتأمل.

وأما دليل التملك، فهو أنه عقد ملك صدر من أهله في محله من غير مانع مع قصد التملك فينبغي أن يترتب عليه أثره - كما في غيره من العقود - وهو التملك والانتقال من المالك إلى الغير.

ولأن الظاهر إن غرض المقترض ذلك وقد شرع القرض لذلك، فإذا صدق القرض ينبغي وجود ما شرع له والمسامحة أيضا تقتضي ذلك.

ولكن هذا كله يقتضي التملك بمحض صدق القرض ولا يكون موقوفا على القبض، والقول به غير ظاهر وإن كان له وجه.

وظاهر المتن وغيره من بعض العبارات أنه إنما يحصل بعد القبض لا بمجرد القرض وتحققه بالايجاب والقبول.

ويمكن أن يكون المراد هنا ونحوه - بالملك بالقبض - إذا كان مجردا عن العقد التام بالايجاب والقبول، ولكن صرح في الدروس والتذكرة بالقبض بعده أيضا.

ودليل التملك بالقبض - لا قبله - أن الأصل عدم الانتقال وصيرورته ملكا للمقترض وخرج بعد القبض وبقي ما دونه على أصله فتأمل.

وقيل، بحصوله بالتصرف لا بمجرد القبض، وبالقبض هو المشهور والمعقول، إذ في حصوله بالتصرف تأمل، فإن في حصول التملك بالتصرف اشكالا، لأنه ينبغي أن يكون التصرف متعقبا عن الملك فإنه موقوف على الملك فلو عكس يكون دورا.

ولا يمكن الجواب بما قاله في شرح الشرائع: (وفيه نظر واضح، لمنع التبعية للملك مطلقا وتوقفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك كما في غيره من المأذونات الخ).

لأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكا ويكون عليه العوض لا مطلقا كما في سائر المعاوضات فإنها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بأن الإذن قد حصل.

ولأنه يشكل جميع التصرفات (١)، لأن الوطي مثلا لا يمكن إلا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني، فإذا لم يكن الأول لم يجز، وكذا البيع ونحوه، فإن لا يجوز لغير ماله إلا بالوكالة أو فضولا إن جوز، ومعلوم انتفائهما.

ولا يجعل حصول الملك قبل التصرف بلحظة، كما في العبد المأمور بعقده للضرورة، إذ لا ضرورة هنا.

مع أن فيه ما فيه أيضا، لأنه ليس بواضح ولا موجب له، ولهذا ترك المحقق الثاني ذلك التأويل فيه (٢) أيضا، وقال: نقول: إن هذا العبد ملك للمأمور، بالدليل الشرعي وما نعرف وقته وموجبه، ولا يضر ذلك.

ونقل في شرح الشرائع، عن الدروس: إن القائل بأن الملك يحصل بالتصرف يقول: بأنه كاشف

ويؤيده (٣) ما ذكره في التذكرة (٤)، القول الأول عن الشافعي، والقول الآخر له: إنه يملك بالتصرف على معنى أنه إذا تصرف تبين لنا ثبوت الملك قبله الخ. وهو صريح فيه كما ترى، ويدل على أن المخالف فقط هو (٥)، وأن

(١) في القرض.

(٢) يعني في العبد المأمور بعقده، قد ترك المحقق الثاني التأويل بحصول الملك قبل التصرف.

(٣) يعني يؤيد ما نقله في شرح الشرائع عن الدروس من القول بكون التصرف كاشفا.

(٤) قال في التذكرة ج ٢ ص ٦: ما لفظه مسألة قد بينا أن المستقرض يملك بالقبض بعد العقد وهو أحد وجهي الشافعي والقول الآخر أنه يملك بالتصرف على معنى أنه إذا تبين لنا ثبوت الملك قبله الخ.

(٥) يعني الشافعي فقط.

التصرف كاشف ولكن هذا أيضا فيه ما فيه، لما مر غير مرة أن لا محصل للكشف في الفضولي ونحوه، على أنه لا بد أن يرجع إلى القول بالقبض، إذ لا قول آخر، فالنزاع لفظي، وفي تحقق الكاشف.

وبالجملة كلا التوجيهين مؤيد لبطلان القول بأن الملك إنما يحصل بالتصرف خصوصا الأخير فتأمل، ولهذا قيل: بأن الملك بالقبض. واعلم أنه نقل في شرح الشرائع عن الشيخ، القول بوجوب رد العين على تقدير طلب المقرض محتجا بأنه عقد يجوز فيه الرجوع كالهبة في موضع الجواز، ثم قال: وهذا التعليل ظاهر في كونه متفرعا على تملك المقرض. وظاهر عبارة القواعد المتقدمة يدل على عدم الخلاف حينئذ حيث فرع عدم وجوب الرد على التملك كما تقدم، ثم قال: (١) وجواب الاحتجاج (وجوابه - المسالك -) المنع من المساواة، فإن تملك المقرض العين يقتضي تسلطه عليها واللازم له إنما هو العوض فيتخير فيه، ولا يلزم ثبوت الرجوع في الهبة بدليل خارج الحاق غير بها.

ويمكن تعليقه أيضا بالاتفاق على أن القرض عقد جائز، ومن شأن العقد الجائز أن من اختار فسخه رجع إلى عين ماله (إلى قوله): وهذا وجه (توجيه - المسالك) حسن لم ينبهوا عليه الخ.

يمكن أن يقال: عبارة القواعد ومثله عبارة التذكرة أيضا مع نقل القول الذي نسب إلى الشيخ هنا عن الشافعي، وقال: هو أظهر وجهي الشافعي وما نقل الخلاف إلا عنه وقال: إن للمقرض الرجوع في العين مع وجودها وإن ملك المستقرض بالقرض ثم أشار إلى الاحتجاج وجوابه المذكورين فتأمل، بل قد نقل

(١) من قوله ه: وجواب الاحتجاج إلى قوله: (لم ينبهوا) من عبارة المسالك ج ١ ص ٢٢١.

عن الدروس - من قبل - أن لا خلاف في عدم الملك بالتصرف، وقد ذكرنا عن التذكرة أنه نقله قولاً عن الشافعي وقال على معنى أنه إذا تصرف تبين لها (بها خ) ثبوت الملك قبله.

لا يدل (١) على ذلك، إذ غاية ما يدل عليه أنه (٢) اعتقد تفرع عدم الوجوب (٣) على الملك، ولما اعتقد أن ذلك هو دليل عنده، فرع عليه ذلك ولم يلزم أن لا خلاف لأحد فيه واعتقاد صحة دليله، فللمانع أن يمنع استلزام الملك ذلك ويقول بما قاله الشيخ (٤)، ولهذا نقل في التذكرة الخلاف مع تصريحه من القائل (بالقائل خ) بالتملك بالقبض.

وأيضاً إن احتجاج الشيخ بعينه ما أفاده بقوله: (ويمكن الخ) (٥) غاية الأمر أنه فصله، إذ قوله: (عقد يجوز فيه الرجوع) مستدلاً على جواز الرجوع بالعين ووجوب ردها على المالك، لا معنى (٦) له إلا ما قاله وشبهه بالهبة في أنه بعد الفسخ يرجع إلى العين.

وحينئذ في قوله: (لم ينبهوا) تأمل فلو قال: (لم يفصلوه ولم يصرحوا به) لكان أسهل.

وإن الجواب (٧) ليس بجواب، إذ حاصله منع المساواة وابداء فرق بين

(١) الظاهر أن قوله قده: (لا يدل على ذلك خبر لقوله قده: (عبارة القواعد الخ)).

(٢) يعني العلامة في القواعد.

(٣) يعني عدم وجوب رد العين المقترضة على المقرض.

(٤) من قوله ره: بوجوب رد العين على تقدير طلب المقرض.

(٥) يعني صاحب المسالك في عبارته المتقدمة.

(٦) خبر لقوله قده: (إذ قوله الخ).

(٧) يعني الجواب الذي ذكره صاحب المسالك بقوله ره: وجواب الاحتجاج الخ ما تقدم.

الأصل وما شبهه به، وما كان الحجة (١) هي المساواة، بل كونه عقدا جائزا إلا أنه قال: كالهبة.

فمنع المساواة (٢) وابطالها لا يضر، إذ يكفي في المطلوب كونه عقدا جائزا، إذ خاصية العقد الجائز عندهم، الرجوع إلى العين وهو ظاهر مقرر عندهم ولذلك ما صرح به واكتفى بالمثل فحمل الشهيد الثاني ره الحجة على غير ما يفهم وأجاب. والظاهر أن ليس له جواب إلا أن يقال: " هذا العقد الجائز خرج عن كونه مثل غيره في الاقتضاء المذكور، إذا ظاهر الملك هو اللزوم وعدم جواز الأخذ من المالك إلا برضاه، وخرج العقود الجائزة - غير القرض - بالاجماع على جواز فسخه بأن يكون لكل من المتعاقدين التصرف في عين ماله مع البقاء، ومع التلف أخذ المثل أو القيمة.

وليس لهم على ذلك دليل إلا الاجماع، ولا اجماع هنا فبقي أصل لزوم الملك وعدم جواز أكل مال الغير إلا بطيب نفسه عقلا ونقلا، ورجع جواز الفسخ هنا إلى أن يكون له أن يفسخ هذا العقد في كل آن ويأخذ بدل ماله. وقد أفاد (٣) هذا الجواب بعد هذا الاحتجاج على المشهور، وقال: إذا

(١) يعني قوله ره: - نقلا عن الشيخ - محتجا بأنه عقد يجوز فيه الرجوع.

(٢) التي في عبارة المسالك المتقدمة.

(٣) يعني صاحب المسالك فإنه ره قال: ويمكن الاحتجاج للمشهور بناء على الملك بالقبض، بأن الأصل في ملك الانسان أن لا يتسلط عليه غيره إلا برضاه، والثابت بالعقد والقبض للمقرض إنما هو البديل ليستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل، لا سند له يعتد به إلا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذي يدعيه، إذ لا دليل عليه، وما أطلقوه من كونه جائزا لا يعنون به ذلك، لأنه قد عبر به من ينكر هذا المعنى، وهو الأكثر، وإنما يريدون بجوار تسلط المقرض على أخذ البديل إذا طالب به متى شاء، وإذا أرادوا

بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وإن كان مغايرا لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه وحينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى (انتهى).

أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح.
وأنت تعلم أنه بعيد عن معنى جواز فسخ العقد الجائر، لأن فسخ العقد
معناه ابطال أثره الشرعي الذي رتب عليه الشارع قبله، وهو كونه ملكا للمقترض
بما صدر من الفاسخ، فإذا لم يخرج العين الموجودة عن ملكه فلم يكن العقد
مفسوخا، وجواز التسلط على أخذ البديل كان مقتضى للعقد والقبض وحاصلا قبل
الفسخ فليس ذلك أثره، بل لو فرض كونه عقدا لازما لا يجوز فسخه، كان ذلك
حاصلا بلا شك فليس النزاع في أمر اصطلاحوا (١) عليه حتى يسامحهم عليه أحد،
بل في ترتب الأثر الشرعي وهو ظاهر.

والذي يختلج في خلدي (٢)، أنه يبعد غفلة جماعة من العلماء العمداء عن
مثل هذا ويقولون بأن القرض عقد جائز يجوز للطرفين فسخه، ثم يدعون بعد الفسخ
عدم وجوب رد المال الذي فسخ ما كان يملكه ويخرجه عن ملك الأول (٣) إلى
مالكة الأول مع طلبه، وكذا عدم وجوب قبوله عليه مع الرد عليه، ويوجبون العمل
بما اقتضاه العقد أولا بعد فسخه، وهو المشهور، بل ادعى الاجماع على ذلك كما مر
من نقل الدروس ذلك عن الشيخ الذي نقل هنا القول بوجوب رده عليه.
فليس ببعيد، أن يكون النزاع، فيما قبل الفسخ، يعني إذا تحقق العقد مع
الشرط وحصل المملك الناقل، فمع عدم طريان فسخ عليه بالتقائل، أو من جانب
واحد، هل يجب ذلك أم لا؟ وحينئذ، الظاهر مع المشهور، ويضعف خلاف الشيخ
كما ضعفه (٤).

(١) إشارة إلى رد قول صاحب المسالك، (فلا مشاحة في الاصطلاح).

(٢) الخلد بالتحريك، البال يقال: وقع ذلك في خلدي أي في روعي وقلبي (مجمع البحرين).
(هكذا في النسخ كلها).

(٤) في عبارته المتقدمة بقوله قده: بل قد نقل عن الدروس - من قبل - أن لا خلاف في عدم الملك
بالتصرف الخ

مع أن قوله الذي نقل عليه الاجماع في الدروس (١) يؤيد الجماعة، لأنه إذا كان قبول القيمة عليه واجبا، فليس له طلب العين فيكون قوله ضعيفا. وحينئذ يكون احتجاجة ضعيفا وقياسا بالهبة ولا يصلح، والجواب بأن مقتضى القرض هو لزوم البذل - كما أجابوا - جيدا، لأنه يكون مع بقاء العقد وأما مع عدم البقاء فلا معنى له كما عرفت.

ويصح أيضا احتجاج الشهيد الثاني للمشهور، بأن الأصل في ملك الانسان إلا يتسلط عليه غيره إلا برضاه، والثابت بالعقد والقبض للمقرض إنما هو البذل فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل الخ. فإنه لم يمكن صحته بدون ذلك، إذ لا بقاء للثابت بالعقد بعد فسخه وزواله وهو ظاهر.

ولا يندفع بما ذكر (٢) من أنهم يريدون لجوازه (٣) تسلط المقرض على أخذ البذل إذا طالب به متى شاء وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح الخ (٤).

لما مر أنه قد تقرر عندهم أنه من العقود الجائزة لا اللازمة، وهذا الجواز لازم للعقود اللازمة، وقد مر تفصيل ذلك.

والظاهر أن لا حجة للمشهور إلا ما ذكرناه وإن كان النزاع حينئذ يصير قليل الفائدة، إذ للمقرض أن يفسخه ويأخذه ماله، وللمقرض أيضا الفسخ وإعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول.

(١) نقل عبارته برمته.

(٢) يعني ما ذكره في المسالك.

(٣) والصواب بجوازه (بالباء).

(٤) من قوله ره: من أنهم (إلى هنا) من عبارة المسالك.

ولا يلزم تأجيل الحال.

إلا أنني ما أجد مفرا غيره إلا بالخروج عن قاعدتهم في كون القرض من العقود الجائزة وتفسيرهم ذلك بما مر فيصح المشهور بما ذكره الشهيد الثاني. وهو (١) مشكل لأن الظاهر أنهم ما يقولون بذلك، فيكون ما ذكره ضعيفا، وإلا فقول الشيخ ليس إلا، فافهم.

قوله: " ولا يلزم تأجيل الحال " يعني لو أجل الحال من الديون، سواء كان في الأول مؤجلا، مثل إن كان ثمن مبيع نسيئة إلى مدة فحل، أو كان حالا في الأصل بأن كان ثمنا نقدا، فأطلق الدين على النقد أيضا، أو بأن كان قرضا بأن قال: أجلتك مالي (٢) عندك إلى كذا وكذا، ولا يلزم ذلك.

دليله، الأصل مع عدم موجبه، إذ القول ليس بموجب عندهم بالاجماع عندهم ظاهرا، بل وعد يستحب الوفاء به ولا كلام في ذلك عندهم. ولكن نفهم وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل إلا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك وإلا كان القول به جيدا كما نقل عن بعض العامة. ويمكن جعله أعم من عدم لزوم الأجل في أصل القرض أيضا، بأن يقال: لما تقرر أن القرض حال في أصله، فيمكن أن يقال: لا يلزم تأجيل الحال أي تأجيل ما يقتضي موجبه حلولة فلا يكون عدم لزوم الأجل في القرض بالتأجيل متروكا، بل يكون مذكورا كما في سائر الكتب والظاهر أن دليله الاجماع والأصل مع عدم الموجب كما مر إلا أن ما قلناه مما يدل على وجوب الوفاء بالوعد والعقد مثل أوفوا (٣)، - لم تقولون

(١) يعني هذا المفرد مشكل.

(٢) بجعل (ما) موصولة يعني الذي لي عندك الخ.

(٣) المائة - ١.

ما لا تفعلون (١)، و- المسلمون عند شروطهم (٢)، وغير ذلك، يدل (٣) على اللزوم. ولو وجد القائل لكان القول به جيدا جدا وإن لم يكن - لعدم الخروج عن قولهم أيضا - دليل واضح، إذ الاجماع غير واضح، ولا دليل غيره إلا أنه يحتاج إلى جرأة.

نقل عن مالك في التذكرة أن القرض يثبت له الأجل ابتداء وانتهاء بأن تقرضه مؤجلا وتقرضه حالا ثم يؤجله، وأجاب عن دليله - بأن المؤمنين عند شروطهم - (٤)، لا يدل على الوجوب فيحمل على الاستحباب. وأنت تعلم أن ظاهره الوجوب (٥) وكذا غيره.

ويدل عليه أيضا مضمرة الحسين بن سعيد، قال: سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى، ثم مات المستقرض أيحل مال القارض عند موت المستقرض منه أو لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض (٦).

ولا يضر اضمار مثله، لعظم شأنه في الطائفة فيمنع ذلك من نقل مثله الذي كالصريح أنه عن الإمام عليه السلام، عن غيره، ولا عدم صراحة دلالتها،

(١) الصف - ٢.

(٢) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٨ طبع قم - مطبعة سيد الشهداء.

(٣) خبر لقوله قده: (إن ما قلناه الخ).

(٤) عوالي اللآلي: ج ١ ص ٢٣٥ - ٢٩٥ و ج ٢ ص ٢٥٧ و ج ٣ ص ٢١٧ وعبارة التذكرة هكذا: قال مالك يثبت الأجل في القرض ابتداء وانتهاء، أما ابتداء فبأن يقرضه مؤجلا، أما انتهاء فبأن يقرضه حالا ثم يؤجله (انتهى).

(٥) فإن القضايا الإخبارية في مقام الانشاء أكد في الدلالة على الوجوب من الانشاء نفسه كما قرر في الأصول.

(٦) الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

إلا أن يشترط في لازم.

لأنها كالصريح في تقرير السائل في أن الأجل لازم في القرض مطلقا للمستقرض من غير تفصيل بأنه إن كان شرط في عقد لازم، يلزم، وإلا فلا. ويدل عليه أيضا من جهة مفهوم (١) الشرط الذي هو حجة عندهم. وحملها في الشرائع (٢) على الاستحباب، ولعله لعدم القائل أو الاجماع، فتأمل.

قوله: "إلا أن يشترط في لازم" يعني لا يلزم تأجيل الحال إلا أن يجعل تأجيله في عقد لازم، مثل أن يقول: بعثك هذه الدار بكذا وشرطت عليك أن يكون دينك أو قرضك الفلاني مؤجلا إلى سنة، وقبل المشتري. وقال في التذكرة (٣): بعثك هذا بشرط أن تصبر (تصيره خ) بالدين كذا أو اشترى على هذا الشرط الخ. وفيه تأمل. فيؤجل ذلك الدين حينئذ ويلزم الوفاء به للأدلة المتقدمة مع عدم المانع المذكور هناك، هنا، بل يمكن عدم الخلاف هنا. ولأن جزء عقد لازم، لازم. وقد مر معنى لزوم الشرط هل أنه يجب الوفاء به فيأثم إذا خالف ويبطل العقد أولا، بل يحصل الإثم فقط، ويترتب على المخالفة أثرها فيجعل الشرط كالعدم أو لا يترتب، بل يلزم عليه. مثلا لو خالف وعزل الوكيل عن وكالته المشترطة يأثم ولا يبطل العقد

(١) وهو قوله عليه السلام: إذا مات فقد حل مال القارض.

(٢) قال في الشرائع: الثانية لو شرط في القرض لم يلزم، وكذا لو أجل الحال لم يتأجل، وفيه رواية مهجورة تحمل على الاستحباب (انتهى).

(٣) عبارة التذكرة هكذا: بعثك كذا بشرط أن تصبر على بالدين الحال كذا، أو اشترى على هذا الشرط فإنه يبقى لازما بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (انتهى).

فيحتمل أن يعزل وأن لا يعزل أو أنه يثبت الخيار للمشتري؟ وظاهر كلام الأكثر هو الأخير، ومقتضى الشرطية هو الأول أي البطلان كأنه لا قائل به. فمقتضى الأدلة الدالة على وجوب الإيفاء بالعقود والشروط، وهو الوجوب واللزوم والإثم بالمخالفة دون البطلان، فإن الشرط كأصل العقد، ومقتضى كونه كالعقد هو الإثم فقط.

ثم إنه هل يخرج ذلك الشرط عن الجواز بالكلية ويصير لازما من الجانبين مثل أصله أو يتعدى عنه أيضا بحيث لا يسقطه التقائل والتراضي أيضا، أو أن نفعه للمشترط (له خ) فقط ليحصل له التسلط على الفسخ إذا لم يأت صاحبه بما شرط، فإذا رضي هو بعدم الاتيان بالشرط لا يلزم الآخر فعله ولا يآثم بتركه. وظاهر جعله كأصل هو اللزوم من الجانبين كأصل كما هو ظاهر قولهم: إن الشرط الجائز في لازم، يجعله لازما ويقلب اللازم جائزا (١) وإن كان يظهر مما تقدم في بيان شرط العقد أن نفعه للمشترط له فقط. ولا يخفى أن هذا إذا لم يكن لغيرهما مدخل في الشرط، وأما معه فلا، مثل شرط العتق. ويظهر في هذا المحل من التذكرة الأول، لأنه قال بعد شرط التأجيل في عقد لازم: وإذا دفع المقترض أو المديون المال قبل الأجل لم يجب على صاحبه قبضه، سواء كان عليه في ذلك ضرر أولا (٢). وهو كالصريح في ذلك، ولكن هو مبني على كون الأجل لازما وعدم وجوب القبول قبله في مطلق المؤجل، وقد مر فيه التأمل فتذكر.

(١) يعني يقبل اللازم العقد لو حلى وطبعه جائزا بتخلف الشرط.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

ويجب نية القضاء مع غيبة المالك.

وعلى هذا فيخرج بالشرط في اللازم جميع الأمور الجائزة، عن أصله، ويدخل في اللزوم بحيث يبطل أثر جوازه بالكلية، فلو شرط الوكالة في عقد لازم مثل بيع أو إجارة أو نكاح يلزم تلك الوكالة بحيث لا يبقى لأحدهما العزل والانعزال، فلو فعل يمكن أن يآثم فقط ولم يحصل أثره.

ولكن الأصل جواز ذلك الشرط مع عدم ظهور لزومه بهذا المعنى، إذ لا يظهر دليل عليه سوى شرطه في عقد لازم، وفي إيجابه ذلك خفاء يدل على عدم ظهور ذلك كله ويوجب التأمل في ذلك فيمكن حصول العزل مع الإثم.

ويمكن حصول الخيار للمشترط كما إذا لم يفعل التوكيل ابتداء وبطلان العقد، وأن لا يكون مؤثرا من الجانب الذي أخذ الشرط منه، لأنه الغرض من الشرط ويبقى الآخر على حاله، وهذا أظهر فتأمل.

قوله: "ويجب نية القضاء الخ" الظاهر أن المقصود أنه يجب الوفاء عند الطلب، فإن لم يكن المالك حاضرا بل غائبا، يقصد الوفاء بمعنى أنه يكون في قصده، إذا خطر بباله بمعنى أن يكون جازما على الأداء وقت الحضور عند الامكان الشرعي والطلب.

وكأنه اجماعي مستندا إلى أنه يجب الاتيان بمهما أمكن، وإلى صحة عبد الغفار الجازي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل مات وعليه دين قال: إن (١) كان على بدنه أنفقه من غير فساد، لم يؤاخذه الله عز وجل إذا علم من نيته الأداء إلا من كان لا يريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق، وكذلك الزكاة أيضا، وكذلك من (٢) استحل أن يذهب بمهور النساء (٣).

(١) في الكافي: إن كان أتى على يديه من غير فساد.

(٢) إذا استحل مهوور النسوان خ ل يب.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

وفيها، تحريم الاسراف وعدمه على البدن وجواز الدين للصرف فيه وتحريمه للفساد وفورية الأداء فافهم.

وتدل عليه رواية زرارة بن أعين، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه، ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو؟ قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء (١).

ولا يضر وجود أبان (٢) فيها.

ومرسلة ابن فضال، عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من استدان فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق (٣) (٤).

وهي تدل على العموم، وهذا يؤيد الإثم بالقصد والنيات فتأمل.

والظاهر عدم الفرق بين الغائب والحاضر إلا أنه لما كان في الحاضر يجب الأداء (وخ) ما ذكر النية، ولكن قد لا يتمكن عنه هنا أيضا فالقصد لازم كالغائب حتى يؤدي.

قال في شرح الشرائع: إن وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق، سواء كان ذو الحق غائبا أم حاضرا إلا أن ذلك من أحكام الإيمان كما قالوا في العزم على فعل الواجب الموسع في وقت الترك.

وفيه تأمل، إذ دليله غير ظاهر، ولو كان من أحكام الإيمان ينبغي الخروج

(١) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) سندها كما في التهذيب هكذا: أحمد بن محمد، عن فضالة، عن أبان، عن زرارة بن أعين قال: سألت الخ.

(٣) فرع الكافي باب الرجل يأخذ الدين وهو لا ينوي قضاؤه حديث ٢، وفيه من استدان ديننا فلم ينو الخ.

(٤) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.

والوصية به مع أمانة الموت وعزله.

عنه بعدمه، وليس كذلك فقصدهم غير ظاهر، ويمكن كونه من أحكام الايمان إذا كان ضروريا وليس ببعيد كونه كذلك إلا في النادر فيقبل عذره. على أنه لو كان ينبغي قصد وجوب الأداء، أي اعتقاد وجوبه لا قصد الأداء أو فعل الواجب، فإن قصد فعل الصلاة الواجبة أداء، الظاهر أنه ليس من أحكام الايمان بالمعنى المذكور، لأنه لو اعتقد وجوبها وقصد عدم فعلها لو لم يفعل لم يكفر، فلعل قصدهم ما ذكرناه فتأمل.

قوله: " والوصية به مع أمانة الموت وعزله " وجوب الوصية به عندهم مع ظهور علامة الموت، كأنه لا خلاف فيه.

ويدل عليه بعض الأخبار (١) أيضا مؤيدا بالاعتبار، فإنه لو لم يفعل يمكن عدم علم الورثة فيضع المال خصوصا إذا لم يكن الشهود المقبولة، ومعها يمكن عدم حصول الشهادة، وأنه يحتاج إلى اليمين، ولأنها غاية ما يمكن حينئذ في رد مال الغير، بل يقولون: يجب عليه الوصية بما له وبما عليه وسيجئ في الوصية.

وأما وجوب العزل فذكروه أيضا، ودليله غير ظاهر إلا ما يتخيل أنه غاية ما يمكن، وأنه أقرب إلى الوفاء، وبعيد عن تصرف الغير.

ولكن الايجاب بمثل هذا مشكل إلا أن يكون اجماع أو نحوه.

ويشكل أيضا تعيينه بذلك بحيث لو تلف يكون من مال الغريم من غير ضمان إلا مع التفريط والتقصير، فالقول به بعيد، نعم فائدة التعيين ما مر والتأكيد في الأداء، ودفع وجوب (٢) المعين (العين خ).

ولا يبعد وجوب الاشهاد أيضا في الكل مع الامكان والقول بوجوب الوصية

(١) راجع الوسائل باب ٢٩ ج ٢ من أبواب الاحتضار.

(٢) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة ولعل الصواب: وجوب دفع المعين.

وقوله: (وعزل الدين) يمكن أن يكون تنمة للوصية أي يجب حينئذ الوصية والعزل كما هو الظاهر، ويمكن كونه عطفا على (نية القضاء) فيكون واجبا في الغائب مطلقا، ولكن ينبغي أن لا يكون مطلقا بل مع طول الغيبة واليأس من الحضور، فيعزل احتياطا ويشهد عليه ويوصي به لصاحبه. هذا مع معلومية صاحبه.

وأما لو لم يكن يعرفه قيل: اجتهد في طلبه بمعنى أن يبذل جهده على العادة باستخباره في مواضع يمكن كونه هناك عادة إلى أن ييأس، فيتصدق على موضع التصدق المندوب وإن كان واجبا عليه أو على وارثه، لأنه في أصله مندوب على مالكة وليس بواجب عليه، فالوجوب عليهما كوجوب التصدق المندوب على الوكيل والوصي. فيجوز على السادة والأغنياء، والأحوط أن يكون على مستحق الزكاة كما - هو ظاهر عبارات الأصحاب في أمثاله لوجوبه الآن على المتصدق. والظاهر من دليل (١) وجوبه ومن كلامهم، التصدق على المستحقين، ويؤيده: (إنما الصدقات) (٢)، ولأنه لرفع الاحتياج، ولأن المالك أرضى به، ولأنه أحوط.

ولكن في وجوب التصدق تأمل، ولهذا ما جوزه ابن إدريس وتوقف العلامة في أكثر كتبه على ما نقل في شرح الشرائع، وقال: لعدم النص، ولأن تصدق مال نفسه لغيره مع عدم ابراء نفسه، غير معلوم الجواز، لأنهم يقولون حفظه واجب، ولأنه كالإسراف والتبذير المنفي (٣)، وإن كان لبراءة الذمة وحصول الثواب، فإنه غير

(١) راجع الوسائل باب ٢٢ من أبواب الدين والقرض وباب ٢ و ٧ و ١٨ من كتاب اللقطة.
(٢) التوبة - ٦٠.

(٣) راجع الوسائل باب ٢٥ - ٢٦ - ٢٧ - ٢٩ من أبواب الانفاق من كتاب النكاح، وباب ٣٥ من أبواب آداب السفر من كتاب الحج وباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى وما أشبهه.

ظاهر مع أنه قد يكون عينا.

ولا ينبغي النزاع في الجواز إذا كان ديناً، لأنه ماله، ومال الغير في ذمته، وقضية التسلط جواز التصرف في ماله ما شاء، والأصل وعدم ظهور المانع، لأن صرف المال في وجه الله، ولبراءة الذمة - ولو احتياطاً - لا يسمى اسرافاً ولا تبذيراً، ولأن النص في مال الغير - إذا لم يعلم صاحبه - كثير جداً (١) وقد سلمه أيضاً. وليس التوقف، لعدم النص، ولا يحتاج إلى الخصوص، بل لوجود نص على عدم التصديق هنا بخصوصه مع تلك النصوص وهو:

صحيح معاوية بن وهب، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام، عن رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدري أحي هو أم ميت؟ ولا يعرف له وارث، ولا نسب ولا بلد؟ قال: اطلبه، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به؟ قال: اطلبه (٢).

ويمكن حملها على عدم اليأس بالكلية، لأن الأمر بالطلب معه لا يحسن من الحكيم، وهو ظاهر، والاستحباب، والتخير، جمعاً بين الأدلة. وقال في التذكرة بعد أن قال: فإن أيس قيل: يتصدق به عنه، وذكر رواية زرارة - (٣) -: وهذه الرواية (٤) صحيحة السند، وتدل من حيث المفهوم على منع التصديق ووجوب الطلب دائماً. ولا يخفى بعده، لأن الطلب مع اليأس وعدم إمكان الوجدان، عبث لا يؤمر

-
- (١) راجع الوسائل باب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به وباب ٢ - ٧ - ١٧ - و ١٨ من كتاب اللقطة.
(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من كتاب أبواب ميراث الخنثى وما أشبهه وباب ٢٢ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.
(٣) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.
(٤) يعني رواية معاوية فإنه ذكرها أيضاً فراجع التذكرة الفصل الثاني من كتاب الديون ج ٢ ص ٣.

به فكأن مراده (١)، مع عدم اليأس، وإن كان بعيدا، لأن الغرض معه كأنه يريد اليأس في الجملة كما أشرنا إليه في التأويل للجمع فذلك غير بعيد، ولا ينافي ما قاله الأصحاب.

ويؤيد القول بجواز التصدق، أنه إنما تصرف الآن في ماله ويقصد عن المالك وحصول الثواب له ولا ضرر عليه، لأنه إن ظهر ورضي، وإلا فيأخذ العوض في الدنيا والآخرة، فهو محسن ينبغي عدم السبيل عليه في هذا الفعل بطلب العوض عنه، ولا في الدنيا، ولا في الآخرة لنفي جنس السبيل عنه (٢)، وليس بتضييع للمال. لحصول الثواب له على تقدير عدم الرضا، وبرائة الذمة على تقديره. وظاهر هذا الكلام وكلام الأصحاب أنه حينئذ لا يحتاج إلى الوصية لأنه قد برء ذمته بذلك.

وفيه تأمل لاحتمال أن يظهر بعده ولم يرض ويكون للمديون مال يمكن الوفاء فلا يبعد حينئذ وجوب الأداء فالوصية به ينبغي، وإنما فائدة التصدق جواز التصرف في باقي الأموال إن كان فيه عين موجودة غير ممتازة، والخروج عن عهدة الواجب وعدم الضمان مع عدم ظهور الصاحب على الظاهر. ثم إن كان الايصال إلى الحاكم ممكنا ينبغي اختيار ذلك، لأنه وكيل الغائب، وأيضا إن أراد التصدق، هو أعلم بمواقعه. والظاهر حينئذ حصول براءة المتصرف المديون، وأما الحاكم فهو أعرف. وأيضا الظاهر عدم الخروج عن الضمان على تقدير العزل والوصية، وإن تعين دفع ذلك من جهة الوصية، لأصل عدم صيرورته له إلا بقبض المالك أو وكيله

(١) يعني كان مراد العلامة من قوله: (ووجوب الطلب دائما) فرض عدم اليأس وإن كان هذا الاحتمال بعيدا.

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل.

ولو مات المالك سلمه إلى ورثته أو من يتفقون عليه.
ولو جهله تصدق به عنه مع اليأس.
ويجوز أخذ ثمن ما باعه الذمي من خمر وشبهه.

وأصل عدم براءة الذمة بعد الشغل، وهو ظاهر، وإنما الفائدة ما تقدم (١)، واتباع (٢)
قول العلماء مع عدم نص فيه، ومجرد جواز العزل بإذنه، لا يدل على سقوط الضمان
وإن قلنا إنه أمانة فتأمل.

قوله: " ولو مات المالك الخ " دليل وجوب التسليم إلى الوارث ووكيلهم
الذي يتفقون عليه بعد موت المالك، ظاهر.

قوله: " ولو جهله الخ " مر شرحه مفصلاً عن قريب (٣).

قوله: " ويجوز أخذ ثمن الخ " يعني إذا كان للمسلم على الذمي دين
يجوز أخذه منه من ثمن ما لا يجوز أخذه منه للمسلم ويجوز ذلك للذمي، مثل ثمن خمر
باعه الذمي على مثله الذي يجوز له البيع، عليه بشرط عدم الظهور والاستتار وإن
علم المسلم الآخذ منه.

دليله إن له عليه ثمناً، فيكون في ذمته وفي ماله مطلقاً، فيجوز أخذه من
كل ماله إذا كان مما يجوز تملكه له ويبرأ ذمته بهما يصدق عليه اسم حقه،
وكأنه الاجماع أيضاً مستنداً إليه، وإلى الأخبار.

مثل صحيح داود بن سرحان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
رجل كانت له على رجل دراهم، فباع خنازير أو خمرًا، وهو ينظر فقضاه؟ قال:
لا بأس به أما للمقضي فحلال، وأما للبايع فحرام (٤).

(١) من قوله قده: وإنما فائدة التصديق جواز التصرف الخ.

(٢) عطف على قوله قده: ما تقدم.

(٣) بقوله قده - في شرح قول المصنف ره - : والوصية به: وأما لو لم يكن يعرفه الخ فلاحظ.

(٤) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

وهذه في التهذيب في باب الدين، ورويت في الكافي في باب بيع العصير والخمر في الحسن، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام (١). فيها تأمل، لأنه إن حملت على كون البايع مسلماً فظاهر الأصحاب وبعض الأخبار عدم جواز الأخذ. وإن حملت على الذمي فقوله: (للبايع حرام) محل التأمل، إذ يجوز له ذلك خفية إلا أن يحمل على الاظهار كما هو الظاهر (٢). ولو سلم تحريمه للبايع حينئذ (في حين الظهور خ)، فكونه حلالاً للقباض مشكل، وبالجملة هذه لا تخلو عن اشكال.

وحسنة زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمراً وخنزيراً ثم يقضي منها؟ قال: لا بأس أو قال: (٣) خذها. وهذه أيضاً غير مقيدة بالذمي، ويمكن حملها عليه.

وصرح بالذمي في رواية منصور، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لي على رجل ذمي دراهم، فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر أفيحل لي أن آخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضائك دراهمك (٤).

وفي السند كلام (٥) مع احتمال عدم العلم يكون ذلك المدفوع ثمن الخمر بعينه، وبالجملة الأخبار مختلفة حتى يوجد في بعض منها جواز التصديق بثمن الخمر. وفي حسنة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ترك

-
- (١) الوسائل باب ٦٠ حديث ٢ من أبواب ما يكتسب به.
(٢) من قوله: (وهو ينظر) كما لا يخفى.
(٣) الوسائل باب ٦٠ حديث ٣ من أبواب الدين والقرض.
(الوسائل باب ٦٠ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.
(٥) وسندها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن فضال، عن يونس بن يعقوب، عن منصور.

ولا تصح قسمة ما في الذمم.

غلاما له في كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا، فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه؟ قال: لا يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلا من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله راويتين من خمرة فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله فأهريقتا، وقال: إن الذي حرم شربها حرم ثمنها، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام، أن يتصدق بثمنها (١) ويمكن حملها على العصير، وكراهة الثمن، واستحباب التصديق به وعلى جهل مالك الثمن الذي اشترى الخمر، فيتصدق بثمنه.

وفيهما بعد، وفي بعض الأخبار: يجوز بيع الخمر والخنزير وقضاء الدين منها بعد موت من أسلم وعليه دين، ولا يجوز له بنفسه بيعها (٢).
والحاصل أنه إن كان اجماع فيعمل به، وإلا فالأخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها وانطباقها على القوانين فتأمل.
ومعلوم عدم جواز الأخذ من الحربي، لعدم الرواية، وعدم الجواز له، لعدم تقرير الشرع له على مذهبه.

وقيد في الذمي أيضا بالستر كما أشرنا إليه، ولكن ليس بمعلوم أنه حرام فقط فيجوز (له خ) الأخذ أو أن الأخذ حرام فلا يجوز، كأنه أظهر وأحوط.
قوله: " ولا يصح قسمة ما في الذمم " يعني لو قسم (٣) ما في الذمم لأشخاص - بأن قال أحدهما للآخر: إن ما في ذمة فلان، لك تستوفيه، وما في ذمة فلان، لي، أستوفيه، ورضي الآخر، أو يكون في ذمة شخص واحد قسموا بينهما كذلك، فلو قال: ما في الذمة كان أعم وأخص.

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) راجع الوسائل باب ٦١ حديث ١ من أبواب ما يكتسب به وباب ٥٧ ذيل حديث ٢ منها.

(٣) لو قسم فعل الشرط، وقوله قده: لا يصح تلك القسمة جواب الشرط.

لا يصح تلك القسمة أي لا يترتب عليها أثرها فيبقى المال على شركته، فكل ما حصل بيد أحد فالآخر شريكه فيه، مثل ما كان قبل القسمة - فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذن الشريك،.

الحكم (١)، المشهور بينهم ومستندهم رواية غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام في رجلين بينهما مال (منه ثل) بأيديهما ومنه غائب عنهما اقتسما (فاقتسما خ) الذي في أيديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر؟ قال (فقال خ): ما قبض أحدهما فهو بينهما، وما ذهب فهو بينهما (٢).

ويؤيده عدم التعيين، والقسمة فرعه، والشهرة ليست بحجة، وابن إدريس مخالف، ونقل عنه أن لكل واحد ما قبض كما هو مقتضى القسمة.

والمستند غير معتبر لوجود غياث كأنه (ابن إبراهيم) البتري. وأدلة لزوم الشرط تقتضيه، وكذا التسلط على مال نفسه، وجواز الأكل مع التراضي، والتعيين التام ليس بمعتبر في القسمة، بل يكفي في الجملة كما في المعاوضات فإنه يجوز البيع ونحوه. ولأن الدين المشترك بمنزلة الدينين لشخصين وللمالك أن يخص أحدهما دون الآخر.

فلو كان قائل بتخصيص كل واحد قبل القسمة بحصته، لأمكن ذلك أيضا، فإن الثابت في الذمة أمر كلي قابل للقسمة، وإنما يتعين بتعيين المالك فله أن يعين.

(١) يعني هذا الحكم الذي ذكرناه في توضيح عبارة المصنف هو المشهور بين الأصحاب.
(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من كتاب الضمان.

ولو باع الدين بأقل منه وجب على المديون دفع ما عليه إلى المشتري على رأي.

ولكن الظاهر أنه لا قائل بذلك قبل القسمة، وبعدها، القول به نادر من غير دليل، والشهرة مع الخبر المجبور بها تمنع ذلك ويؤيده الاستصحاب والاحتياط فتأمل.

قوله: " ولو باع الدين بأقل الخ " يعني لو باع شخص دينه الذي في ذمة آخر من أجنبي بأقل مما عليه، عينا أو قيمة بحيث ما حصل فيه الربا، صح البيع بشرائطه، وإن كان صرفا وجوب على المديون الذي بيع ما عليه من الدين، دفع جميع ما عليه وما وقع عليه العقد، إلى المشتري على رأي المصنف، وهو المشهور والموافق للقوانين،

لأنه عقد صدر من أهله في محله، ووقع على الجميع، فهو أحد الطرفين فينتقل إلى مشتريه كما ينتقل جميع الطرف الآخر إلى البائع كما هو المقرر في المعاضات.

والرأي إشارة إلى رأي آخر نقل عن الشيخ، وهو أنه لا يلزم على المديون دفع أكثر مما أعطاه المشتري إلى البائع الذي هو صاحب الدين، ولا يظهر له وجه إلا رواية محمد بن الفضيل، قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى دينا على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه؟ فقال يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبراء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه (١).

ورواية أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٥ حديث ٣ - ٢ من أبواب الدين والقرض.

له: أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يرد عليه الرجل الذي عليه الدين، ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له عليه الدين.

وفيهما - مع ضعف السند - كما قاله في التذكرة - إن محمد بن الفضيل نقل هذا المضمون تارة عن الإمام عليه السلام، وتارة عن أبي حمزة عن إمام آخر عليه السلام (١)، وقد يجعل الشيخ مثل ذلك قادحا للرواية (٢)، وإن لم يكن كذلك. وإنهما مخالفان للقوانين، بل الكتاب والسنة خصوصا الأولى، فإنها تدل على تملك المديون، الباقي ولا وجه له.

وإن الثانية لا صراحة لها فيما قاله الشيخ، إذ قد يكون ماله الذي اشتراه به مساويا لما عليه، كما هو المتعارف في المعاوضات، من عدم الزيادة قاله في التذكرة، وما نقل فيها إلا الأخيرة، وأجاب به، وبضعف السند، وبالحمل على ما إذا حصل الربا (٣).

ولا يمكن شئ منها في الأولى (٤) إلا بحمل (ما بقي) (٥) على ما كان عليه

(١) فإن سند الأولى - كما في الكافي باب بيع الدين بالدين - هكذا محمد بن يحيى وغيره، عن محمد بن أحمد، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام الخ. وسند الثانية هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن علي عن محمد بن الفضيل، عن أبي حمزة، قال سألت أبا جعفر عليه السلام الخ.

(٢) فكيف أفتي رحمه الله بما حاله هذه هنا.

(٣) عبارة التذكرة - بعد نقل خبر أبي حمزة عن الباقر عليه السلام - هكذا، وهو (يعني خبر أبي حمزة) - مع ضعف سنده - غير صريح فيما ادعاه الشيخ لجواز أن يكون المدفوع مساويا، وأيضا يحتمل أن يكون ربويا ويكون

قد اشتراه بأقل فيبطل الشراء، ويكون الدفع جائزا بالإذن المطلق المندرج تحت البيع (انتهى).

(٤) يعني رواية محمد بن الفضيل المتقدمة.

(٥) في قوله عليه السلام: من جميع ما بقي.

ولا يجوز بيع الدين بدين آخر وإن اختلفا، ويجوز بيعه بعد حلوله، على المديون وغيره، وبيعه بمضمون حال لا مؤجل.

فتأمل.

ثم اعلم أنه يجب ملاحظة عدم الربا وشرط الصرف لو كانا أثمانا كسائر شروط البيع.

والظاهر عدم لزوم اعتبار الثاني لو وقع بطريق الصلح، بخلاف الأول فإن الظاهر دخول الربا فيه كما مر فتأمل.

قوله: " ولا يجوز بيع الدين الخ " دليل عدم الجواز هو الرواية المشهورة من طريق العامة، عن النبي صلى الله عليه وآله: لا يجوز بيع الكالئ بالكالئ (١). ومن طريق الخاصة رواية طلحة بن زيد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يباع الدين بالدين (٢). قال في القاموس: الدين، ماله أجل، وما لا أجل له فقرض، والكالئ والكالئة، بالضم، النسيئة.

فلا يكون المحرم إلا مع كون العوضين كليهما مؤجلين. ولكن هل يعتبر كون التأجيل قبل العقد أم لا؟ وجهان، بل يصدق مع تحققه بعده أيضا بأن يبيع أحدهما متاعه مؤجلا من الآخر بثمن كذلك، وذلك أيضا يكون محرما.

وظاهر العرف ذلك (٣)، بل كلام الفقهاء أيضا حيث ما جوز الأكثر إلا

(١) المستدرک للحاکم النيسابوري الشيعي المتوفى ٤٠٥ - ج ٢ ص ٥٧ من کتاب البيوع عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه وآله، وقال بعد نقل الحديث: هذا حديث صحيح على شرط مسلم والبخاري ولم يخرجاه. (انتهى) وكنز العمال ج ٤ ص ٧٧ تحت رقم ٩٦٠.

(٢) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) يعني ظاهر العرف اعتبار تأجيلهما في صدق الكالئ بالكالئ.

السلف أو النسيئة، (١) وقالوا: لا يجوز تأجيلهما، لأنه بيع الكالئ بالكالئ. ويمكن تخصيصه (٢) بالأول، لأنه المتبادر من قوله: بيع الدين بالدين والكالئ بالكالئ، إذ يفهم ظاهر تقدم الوصف على العقد. ويؤيده الأصل مع عدم العلم بالاطلاق عرفا، وأدلة جواز العقد من الكتاب والسنة والاجماع حتى يتحقق النقل وذلك متحقق فيما تقدم على العقد دون الغير.

مع أن سند روايتي المنع والتحریم غير معلوم الصحة، لأن الأولى عامي ما نعرف سندها (٣)، والثانية ضعيفة ب (طلحة بن زيد البتري) فالإقتصار على موضع اليقين أولى، وإن قيل بصدقه عليه أيضا عرفا. ومثله الكلام في صدقه على ما في الذمة حالا، فإنه يطلق (يصدق خ) عليه عرفا الدين، يقال: لي على فلان دين كذا وكذا، وأنه ما يعطي ديني. وبالجملة يطلق على ما في الذمة مطلقا حالا ومؤجلا، وهو شائع في العرف وإن لم يكن في اللغة على ما تقدم، فيمكن التحريم لذلك أيضا ولكن قد يرجح الجواز بما تقدم.

فالظاهر أنه لا كلام في جواز بيع الدين الحال على من عليه، بالعين، وبما في الذمة حالا ومؤجلا، وفي المؤجل بالأخيرين تأمل، بل مطلقا لعدم استحقاق الطلب وإمكان (٤) التسليم للذين هما شرط لصحة العقد.

-
- (١) يعني حصرهم الجواز بالسلف الذي يكون التأجيل في المثلث أو النسيئة التي يكون التأجيل فيها في الثمن ظاهر في صدق التأجيل فيهما بنفس العقد.
 - (٢) يعني التأجيل قبل العقد.
 - (٣) لم نعثر عليه مسندا في كتاب العامة أيضا.
 - (٤) يعني عدم إمكان التسليم.

وقد يمنع (١) عند العقد بل يكفي في الجملة، وعند طلب المشتري، فلو كان الأجل مثل الأجل الأول أو أكثر يمكن الجواز.

وأما على العين فقد نقل المنع عن ابن إدريس مطلقا، وغيره جوز بعد الحلول ومنع (٢) قبل بالأخير، بل الأول أيضا لما مر.

وأنت بعد التأمل فيما تقدم تحقق الأمر، فإن دليل الجواز قوي فما خرج بالدليل الشرعي، فهو الممنوع، والباقي يبقى على حاله، والذي تحقق المنع منه كون كليهما دينا مؤجلين قبل العقد لا غير وإن كان الاحتياط يقتضي منعه أيضا فتأمل.

ثم إنه لا بد في الجائز منها ملاحظة شرائط البيع من عدم الزيادة وغيره، وقوله: (وإن اختلفا) إشارة إلى دليل (٣) المنع ليس اتفاق الجنس وتحقيق الربا بالتفاوت بالأجل بل كونه دينا يمنع مطلقا.

وقوله: " ويجوز بيعه بعد حلولة على المديون وغيره) يحتمل أن يريد به كما هو الظاهر، (بالعين)، سواء كانت حالا أو مؤجلا، وقوله: (وبيعه بمضمون حال لا مؤجل) صريح في ذلك يعني بعد الحلول يجوز بيعه عليه وعلى غيره لكن لا مطلقا بل بالعين مطلقا وبالمضمون الحال أي في الذمة.

فمفهومه أنه لا يجوز قبل الحلول بيعه مطلقا، وبعده بالمؤجل، وهما (٤) محل التأمل، وقد مر سببه وما يدل على جوازه قبل الحلول أيضا بغير دين قبل العقد مطلقا وبعده كذلك بالطريق الأولى.

وإن الذي ثبت تحريمه هو القسم الواحد، وهو الدين المؤجل بالمؤجل بشرط

-
- (١) يعني قد يمنع كون امكان التسليم معتبرا عند العقد بل يكفي إمكانه عند طلب المشتري.
- (٢) يعني منع غير ابن إدريس بيعه قبل حلول الأجل بالمؤجل لكونه من مصاديق بيع الدين بالدين.
- (٣) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة ولعل الصواب أن دليل المنع الخ.
- (٤) الظاهر أن الضمير عائدا إلى بيعه مطلقا وبعده بالمؤجل.

ومن عليه حق وله مثله تساقطا، وإن كان مخالفا افتقر إلى التراضي.
ولو دفع المديون عروضاً (١) للقضاء من غير مساعرة، احتسب بقيمتها يوم القبض.

كونهما كذلك قبل العقد، وبالحقيقة دليله الاجماع لعدم صحة الخبر. ولو عمل بالخبر ينبغي تحريم المؤجل مطلقا بما في الذمة أيضا كما هو ظاهر عبارة المتن للصدق عرفا وإن لم يكن لغة فتأمل ولا تخرج عن الاحتياط علما وعملا. قوله: "ومن عليه حق الخ" لعل دليله ما يظهر أن الحقين متساويان من غير فرق ومرجح، فيبرء ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر، ولا يظهر دليل آخر. وينبغي التراضي، لأن شغل الذمة معلوم، ولا تحصل البراءة إلا به شرعا، إذ لكل حق، يمكن أن يكون له طلبه واستيفائه ولا يمنع من ذلك حقه في ذمته كما في الحدود والتعزيرات ولا شك أن الأحوط هو التراضي من الجانبين بالبراءة والصلح ونحوهما كما إذا كان مخالفا، بأن يكون أحدهما ذميا والآخر فضا، أو أحدهما نقدا والآخر جنسا أو كل واحد جنسا. قوله: "ولو دفع المديون الخ" وجه احتسابها بالقيمة يوم القبض، أنه إنما دفعها عوضا عن ماله، فلما لم يكن مثل ماله احتاج إلى المساعرة وقت الدفع (إليه خ) بنية القضاء ودخلوه في ملك الغريم عوضا عن ماله، ولا فرق في ذلك بين كون المدفوع مثليا وقيميا فإن القيمة يوم القبض لا بد منه في الكل. والظاهر أنه يدخل في ملك القابض، لكن بشرط قبضه اقتضاء أو بغير قصد غير ذلك فتأمل.

ويؤيده صحيحة محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت إليه في رجل كان

(١) والعرض بالسكون، المتاع (إلى أن قال) والجمع عروض مثل فلس وفلوس (المصباح المنير).

ويحل الديون المؤجلة بموت المديون لا المالك.

له على رجل مال فلما حل عليه المال أعطاه به (بها يب ثل) طعاما أو قطنا أو زعفرانا ولم يقاطعه على السعر، فلما كان بعد شهرين أو ثلاثة ارتفع الطعام والزعفران والقطن أو نقص، بأي سعرين يحسبه (١) لصاحب الدين؟ سعر يومه الذي أعطاه وحل ماله عليه أو السعر الثاني بعد شهرين أو ثلاثة يوم حاسبه؟ فوق عليه السلام: ليس له إلا على حسب سعر وقت ما دفع إليه الطعام إن شاء الله، قال: وكتبت إليه: الرجل استأجر أجيرا ليعمل له بناء أو غيره، من الأعمال وجعل يعطيه طعاما أو قطنا أو غيرهما ثم تغير الطعام والقطن عن سعره الذي كان أعطاه إلى نقصان أو زيادة أيحسب له بسعره يوم أعطاه، أو بسعره يوم حاسبه؟ فوق عليه السلام يحتسب (يحسب ثل يحسبه يب) سعر يوم شارطه فيه إن شاء الله (٢). وظاهره أن المكتوب إليه هو الحسن العسكري صلوات الله عليه وعلى آبائه وولده.

والدلالة ظاهرة، والسند واضح، مع أن المطلوب أيضا واضح بحمد الله. قوله: " ويحل الديون الخ " وجهه أن بقاء الدين على الميت بعد موته لا معنى له، ومعلوم أنه لم ينتقل إلى ذمة الورثة للأصل، ولعدم تكليف أحد بفعل غيره، والظاهر أنه اجماعي أيضا.

وسنده الروايات، مثل صحيحة الحسين بن سعيد، قال: سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أيحل مال القارض عند موت المستقرض منه أو لورثته (للورثة ثل) من الأجل مثل ما للمستقرض في

(١) في الوسائل والتهذيب: بعد قوله: (يحسبه) قال لصاحب الدين الخ ولكن الظاهر زيادة لفظة (قال) كما نقل عن التذكرة.

(٢) الوسائل باب ٢٦ حديث ٥ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة.

حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض (١). ولا يضر الإضمار، لما مر غير مرة. ورواية أبي بصير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا مات الميت (الرجل ح ل) حل ماله، وما عليه من الدين. ورواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام أنه قال: إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين. ويدل عليه أيضا الأخبار الدالة على عدم الصلاة على الميت حتى ضمن عنه (٢)، وبالجملة الأول ظاهر، وأما عدم حله بموت المالك فهو ظاهر النظر (٣)، لأن المال كان مؤجلا وانتقل إلى الوارث ينبغي أن يكون كما كان، ولعدم لزوم شيء على أحد بموت غيره، وللاستصحاب. ولكن في بعض العبارات والروايات مثل رواية أبي بصير المتقدمة ما يدل على حل ماله على الناس أيضا، فحينئذ يلزم أن يحل بموت المالك أيضا. وكلام البعض ليس بحجة، والرواية التي مستنده، ضعيفة السند بالإرسال، فإنه رواها محمد بن عبد الجبار، عن بعض أصحابه، عن خلف بن حماد، عن إسماعيل بن أبي قررة (٤)، وهو أيضا مجهول وأبي بصير (٥) مشترك، وفي خلف (٦)

- (١) أوردته واللذين بعده في الوسائل باب ١٢ حديث ١ - ١ - ٣ - من أبواب الدين والقرض.
(٢) راجع الوسائل باب ٢ و ٣ من كتاب الضمان.
(٣) الظاهر أن المراد إن عدم حلول الدين بموت المالك ظاهر من حيث النظر والاستدلال ولكن ظاهر بعض الأخبار وبعض الكلمات حله.
(٤) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.
(٥) هكذا في النسخ والصواب (وأبو بصير).
(٦) لكن عدده في تنقيح المقال ج ١ ص ٤٠١ من الحسان بعنوان خلف بن حماد الكوفي وفي معجم الرجال ج ٣ للآية الخوئي مد ظله في ترجمة إسماعيل أبي قررة: روى عن أبي بصير، وروى عنه خلف بن حماد الكوفي.

والدية في حكم مال المقتول تقضي منها ديونه ووصاياه، عمدا
(كان خ) أو خطأ.

أيضا قول وإن كان ضعيفا فلا يمكن الخروج عما ذكرناه بمثلها، ولا بما قال في
الفقيه: وقال الصادق عليه السلام: إذا مات الميت حل ماله وما عليه (١).
قوله: " والدية في حكم مال المقتول الخ " الحكم لا يخلو عن إشكال
بحسب النظر وبعض القواعد إلا أن الظاهر أنه لا خلاف فيه، ومستندهم
الروايات.

مثل رواية عبد الحميد بن سعيد، قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه
السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن
يقضوا الدين (دينه ثل)؟ قال: نعم، قال: قلت: وهو لم يترك شيئا؟ قال: قال:
إنما يأخذون (أخذوا ثل) الدية فعليهم أن يقضوا عنه الدين (دينه ثل) (٢).
السند لا بأس به إلا أن الظاهر أنه ابن سعيد (٣)، لأنه المذكور في رجال
ابن داود والنجاشي والكشي وإن لم يوثق إلا أنه قيل: له كتاب فتأمل.
ولا يحتاج إلى القول بأن الدية انتقلت إلى الميت فيجب قضاء ديونه
ووصاياه منها متقدمة على الإرث حتى يشكل محل الانتقال وتملك الميت، ثم
يتكلف بأنه انتقلت إليه قبل الموت مع ما فيه.

إذ يمكن أن يقال: إنه يجب صرفها في وصاياه وديونه لأمر الشارع وإن لم
تصر ملكا له، لأنها عوض عن نفسه، فصرفها فيما يخلص نفسه من العقاب ويثيبه

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ٤ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من أبواب الدين والقرض - قد رواه المشايخ الثلاثة بأسانيد متعددة.

(٣) بل قد صرح به في بعض أسانيد الشيخ ره في التهذيب فلاحظ الوسائل.

وإذ أذن لعبده في الاستدانة لزم المولى أدائه وإن أعتقه على رأي.

أولى من صرفه إلى الورثة، فصرفها فيهما أولى من صرف ماله فيهما، فدينه ووصيته مقدم على الإرث وهما بمنزلة نفسه، فما دام هو محتاج لا يجوز صرف ماله وعوضه في غيرها، وما بقي بعد ذلك يصير إرثاً للورثة. ولا فرق في ذلك بين كون القتل عمداً وأخذت الدية أو خطأً موجبا لها. والظاهر عدم جواز العفو عنها في الخطأ، وفي جوازه عن القتل أو القصاص في العمد قبل أداء الدية تأمل، وسيجيئ لهذا زيادة تحقيق إن شاء الله تعالى. قوله: " وإذا أذن لعبده الخ " الذي يقتضيه النظر، أن العبد يملك قال في الدروس وغيره أنه المشهور (١) وإن قال في التذكرة أن المشهور أنه لا يملك (٢) وقد سبقت هذه المسألة، ويمكن كونه محجوراً عليه ولا شك في ذلك فيما إذا كان مستلزماً للتصرف في نفسه بحيث يتصور ضرر على المولى فلا يجوز بدون إذنه. وأما مطلقاً حتى قول اشترت أو بعت من غير لزوم محذور، فيمكن عدم الحجر عليه كما نقله عن بعض العامة في التذكرة، ولكن (يمكن خ) أن يؤول إلى المنازعة، والخصومة فيؤثر ضرراً، ويمكن كونه مجمعا عليه عند الأصحاب وسيجيئ. فكل ما لزمه من غير إذن المولى من القرض وثمان المبيع وغيره لا يضمنه المولى، ولا يكون في كسبه أيضاً، بل يكون في رقبته إلى أن ينعق. ولا فرق في ذلك بين كون صاحب المال عالماً بذلك وعدمه، ووجهه ظاهر. وأما إذا أذن له أن يفعل ذلك لنفسه، فعلى القول بالملك يصح قرضه،

(١) قال في الدروس في كتاب البيع: واختلف في كون العبد يملك؟ فظاهر الأكثر ذلك (انتهى موضع الحاجة).

(٢) قال العلامة في التذكرة في كتاب الديون: المشهور بين علمائنا أن العبد لا يملك شيئاً، سواء ملكه مولاه شيئاً أو لا (انتهى موضع الحاجة).

وبيعه، وشرائه، وغير ذلك، وعلى القول بعدمه لا يصح شيء من ذلك، وهو ظاهر، لا لنفسه، ولا لمولاه لعدم تملكه، ولعدم الإذن للمولى وتوهم الصحة للمولى - بأنه أذن إذنا خاصا، فإذا بطل العقد والخصوصية يبقى المطلق - فاسد، وهو ظاهر ومذكور في محله أيضا.

وحينئذ يمكن الضمان على المولى مع جهل المالك - بالمسألة واعتقاده أنه عبد مأذون من المولى، فما يتصرف فهو للمولى وإن كان لنفسه - خصوصا مع علم المولى بأنه لا يملك، لأنه غار للمسلمين بصرف المال إلى عبده، ولكن الظاهر العدم. وأما على القول بالملك، فإن كان المالك عالما بالمسألة فلا ضمان على المولى، بل هو في ذمة العبد إلى أن يعتق وهو ظاهر، لأن المالك عالم وإذن المولى بالتصرف لشخص مالك، لا يوجب ضمانا.

والظاهر أنه كذلك مع جهله أيضا، لأن التقصير منه لا من المولى وقد سلط المالك شخصا مالكا في نفس الأمر شرعا على ماله فيكون الضمان عليه، وتوقف جواز تصرفه على إذن المولى - وقد أذن - لا يوجب ضمانا عليه وهو أيضا ظاهر. وأما إذا استدان للمولى بإذنه فالظاهر أنه لا كلام ولا نزاع لأحد في لزومه على المولى كما نقل عن المختلف ووجهه واضح لأنه كالوكيل فلا شيء عليه إلا مع الخروج عن الوكالة والفرض عدمه.

وأما الروايات فلا تخلو عن اضطراب، أصحها سندا صحيحة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين (١).

(١) الوسائل باب ٣١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

هذه ظاهرة أن الإذن للاستدانة للمولى وهو ظاهر، وعليه حملت، ولكن قوله عليه السلام ويستسعى العبد) غير ظاهر، لأنه غير مأذون من المولى، فلا ينبغي الضمان عليه بوجه، والسعي حال كونه عبدا ضمان عليه لأن كسبه له. ويمكن حمل الاستسعاء، على بعد العتق، وهو بعيد، مع أن الحر لا يستسعى في تحصيل الدين إلا أن يقال: ذلك إذا كان الدين حال الحرية، أو يحمل الاستسعاء على الجواز (١)، أو يقال: إن المولى لما أذن له في التجارة وهي مظنة الإذن في الاستدانة له، فيكون الدين - خصوصا إذا كان للتجارة - على المولى، ولما لم يأذن يكون في كسبه: وفيه تأمل لأنه إن كان من ضروريات التجارة بحيث يفهم الإذن فيه من الإذن في التجارة ينبغي أن يكون في مال المولى مطلقا، وإلا لم يكن الاستسعاء أيضا.

(وأما) رواية ظريف الأكفاني (٢)، قال: كان أذن لغلام له في الشراء والبيع فأفلس ولزمه دين فأخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه، ما عليه من الدين فسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: إن بعته لزمك، وإن أعتقته لم يلزمك الدين فعتقه ولم يلزمه شيء (٣).

وما في رواية زرارة، من صرف ما في يد العبد التاجر ورقبته أيضا في الدين، ومع عدم الوفاء يرجع المالك إلى الورثة إن كان للمولى مال آخر إلا أن يضمن الورثة الدين فيكون المال والعبد لهم (٤).

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ولعل الأصوب (المجاز) بدل الجواز.

(٢) يعني ظريف بياع الأكفان، الملقب بالأكفاني.

(٣) الوسائل باب ٣١ حديث ٣ من أبواب الدين والقرض.

(٤) وحيث إن الرواية مشتملة على مزايا أحرر فالمناسب نقلها بعينها روى في الوسائل باسناده عن الشيخ

أبي جعفر الطوسي في التهذيب باسناده، عن الحسن بن محمد بن سماعة، عن ابن محبوب، عن علي بن رثاب،

عن زرارة قال: سألت أبا عبد الله (أبا جعفر خ ل) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديننا وترك عبدا له

مال في التجارة وولدا وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانة العبد في حياة سيده في تجارة (ته خ ل) وإن

الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد، فقال: أرى أن ليس للورثة

سبيل

على رقبة العبد، ولا على ما في يده من المتاع والمال إلا أن يضمنوا دين الغرماء جميعا فيكون العبد وما في يده

من

المال للورثة، فإن أبوا كان العبد وما في يده للغرماء يتقوم العبد وما في يديه من المال، ثم يقسم ذلك بينهم

بالحصص، فإن عجز قيمة العبد وما في يديه عن أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم إن كان الميت

ترك

شيئا، قال: وإن فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رده على الورثة - الوسائل باب ٣١ حديث

٥ من أبواب الدين والقرض.

(فحملهما) الشيخ على الإذن في الاستدانة أيضا لا في البيع والشراء فقط لرواية أبي بصير المتقدمة (١).

وكذا رواية وهب بن حفص - الواقفي الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام (إلى قوله): وسألته عن مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك (ذلك خ ئل) مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه؟ قال: يستسعى فيما عليه.

ولكن في الأولى اشكال من جهة الفرق بين العتق والبيع، ولهذا قال في التذكرة: فإن استبقاه أو باعه يلزمه دينه وإن عتقه يلزم العبد. ثم احتمل الزام المولى مطلقا مع الإذن في الاستدانة كالشيخ، وقال: هذا هو المشهور. والاستسعاء في رواية ابن حفص أيضا مشكل لما مر وما يوجبه (٣) الأصحاب المتقدمين (٤) للروايات مثل الشيخ وغيره.

(١) الوسائل باب ٣١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ٣١ حديث ٦ من أبواب الدين والقرض وفيه وفي التهذيب والاستبصار عن أبي جعفر عليه السلام.

(٣) يعني لا يوجب الاستسعاء أصحاب الروايات الناقلون لها كالشيخ وأمثاله.

(٤) هكذا في النسخ والصواب المتقدمون بالرفع.

ويستوي غرماؤه وغرماء المولى في تقسيط التركة.
ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة فاستدان وتلف المال لزم
ذمة العبد.

ولو لم يأذن فيهما فكذلك.
ولا يتعدى العبد، المأذون.

مع أنه ليس سند شيء منها بصحيح إلا رواية أبي بصير وفيها أيضا تأمل من
جهة اشتراكه وإن كان الظاهر أنه الثقة.

والرأي (١) إشارة إلى رأي آخر لبعض الأصحاب في أنه إن أعتقه فدينه
على العبد كما نقله في التذكرة، ونقل عن الشيخ ره في النهاية، وابن البراج لرواية
ظريف المتقدمة ويمكن إلى قول آخر أنه مطلقا على العبد، وكلاهما غير واضح، لما مر.
قوله: " ويستوي غرمائه الخ " هذا ظاهر بعد كون الدين على المولى، فإن
دينه صار دين المولى ويستوي الغرماء في ذلك يقسمونه بالنسبة.
قوله: " ولو أذن له في التجارة الخ " الظاهر أنه أعم من أن منع
الاستدانة أو سكت عنها.

ووجه لزوم الدين على العبد دون المولى ظاهر، ويفهم مما تقدم أيضا، نعم
يمكن أن يلزم المولى في صورة السكوت إذا كان الإذن في التجارة مستلزما للإذن في
تلك الاستدانة، مثل ضروريات التجارة مع عدم مال المولى عنده، فيكون مثل
الإذن الصريح في الاستدانة فتأمل.

ومعلوم أنه لو لم يأذن في التجارة، ولا في الاستدانة أن حكمه حكم عدم
الإذن في الاستدانة مع الإذن فيها في أنه يلزم العبد، بل بالطريق الأولى.
وأیضا معلوم عدم جواز تعدي العبد، بل غيره من المأذونين والوكلاء عما

(١) يعني في قول المصنف: (على رأي).

والاطلاق ينصرف إلى الابتياح بالنقد،
ولو أذن في النسيئة فالثمن على المولى.
ولو أخذ ما اقترضه مملوكه تخير المالك في الرجوع على المولى
والاتباع.

أذن فيه، وهو ظاهر.

قوله: " والاطلاق ينصرف الخ " اطلاق الإذن في البيع ينصرف إلى
البيع نقدا، سواء كان الإذن لعبده أو لغيره، لأنه المتعارف الشائع، والمتبادر من
قوله: (بع) مثلا، ولأن المصلحة فيه، فلا يتجاوز إلى ما لا مصلحة فيه ظاهرا إلا
بالإذن، ولأنه معلوم فيه الإذن دون الغير فيقف عنده، لعدم جواز التصرف في مال
الغير عقلا ونقلا إلا بإذنه، والشمول للنسيئة غير معلوم فيقف عنده لئلا يكون أكل
مال بالباطل، وشمول التجارة عن تراض غير ظاهر، ويمكن كونه مجمعا عليه
ومنصوبا أيضا.

قوله: " ولو أذن في النسيئة فالثمن على المولى " معلوم كون الثمن على المولى
لو أذن له في الشراء للمولى النسيئة كما أن في النقد عليه، ويمكن مع الاطلاق ينصرف
إلى المولى أيضا، وأما إذا صرح بأنه له فقد مر البحث فيه.

قوله: " ولو أخذ ما اقترضه الخ " يعني لو اقترض مملوك شخص، من
شخص وأخذه منه مولاة تخير المقرض بين الرجوع إلى المولى - فإن المال صار عنده
فيأخذ عينه أو مثله أو قيمته - وبين الرجوع إلى العبد، لأنه المقترض، فلو لو يتمكن
يصبر إلى أن ينعتق ويملك مقداره فاضلا عن مستثنيات الدين هذا ظاهر المتن
وفيه تأمل، لأنه إن كان اقتراض العبد لنفسه بإذن المولى والعبد يملك - مع
أن المصنف لا يقول به - صح الاقتراض، ويشكل جواز أخذ المولى منه، وعلى تقديره
فرجوع المالك إليه مشكل، لأنه صار ملكا للعبد، وإن أخذ عنه المولى فليس له

الأخذ إلا عن العبد، مثل إن دان شخص غير العبد فأخذه عنه شخص آخر.
إلا أن يقال: بجواز أخذ عين مال القرض فيأخذه أينما كان، سواء كان
المقترض عبدا أم لا، والآخذ مولاه أم لا.
وإن كان للمولى بإذنه، فالرجوع إلى العبد لا وجه له وهو ظاهر.
وإن كان بغير إذنه سواء كان لنفسه أو للمولى أو لنفسه بالإذن - مع القول
بعدم الملك - كما هو مذهب المصنف.
فإنه حينئذ ينبغي بطلان القرض فيلزم لوازم القبض بالعقد الفاسد، ويمكن
تنزيل المتن على ذلك، وهو بعيد.
" فروع "

(الأول) يكره النزول على الغريم وأكل طعامه خصوصا فوق الثلاثة
وينبغي احتساب هديته من دينه.
لرواية سماعة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ينزل على
الرجل وله عليه دين يأكل من طعامه؟ فقال: نعم يأكل من طعامه ثلاثة أيام، ثم
لا يأكل بعد ذلك شيئا (١).
ورواية جراح المدائني، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه كره أن ينزل
الرجل على الرجل وله عليه دين وإن كان (وزنها) (٢) له إلا ثلاثة أيام.
حمل الأولى - مع عدم الصحة على الكراهة للجمع، والأصل، وسائر ما يدل
على الجواز لصحيفة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه كره للرجل أن ينزل

(١) أورده والثلاثة التي بعده في الوسائل باب ١٨ حديث ١ - ٢ - ٣ - ٤ من أبواب الدين والقرض.
(٢) قد صرّحها - ثل.

على غريمه، قال: لا يأكل من طعامه، ولا يشرب من شرابه، ولا يعلف (يعتلف خ) من علفه.

لما مر، ولصحيحة جميل بن دراج، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يأكل عند غريمه أو يشرب من شرابه أو تهدي له الهدية؟ قال: لا بأس به ورواية غياث بن إبراهيم (البصري)، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: إن رجلا أتى عليا عليه السلام، قال: إن لي على رجل دينا فأهدى إلي هدية؟ قال: أحسبه من دينك عليه (١).

وينبغي في ذلك ملاحظة أن لا يحصل للغريم أذى وكراهة وغيظ، فإن أذى المؤمن وغيظه - نعوذ بالله منه - حرام فإذا أمكنه بحيث لا يشعر به أو كان يحب له أمثال ذلك فلا بأس، وإلا لا ينبغي فعله، بل يبرء ذمته بمقدار ما حصل له منه النفع، بل الزيادة أولى.

(الثاني) قد مر أن القرض الذي يجر النفع حرام وقد نقل عليه الاجماع في شرح الشرائع وإن مستنده خبر عن العامة، وقد مر (٢) ومؤيد بتحريم الربا في الجملة وإن كان النفع المحرم في القرض غير مشروط بحصول الربا لحصوله في غير الربوي وليس سببه الربا، ولهذا يجوز القرض المؤجل في الربوي أيضا مع عدم جوازه في البيع وقد مر أن المراد مع الاشتراط.

وعليه يحمل الأخبار المطلقة للجمع، مثل ما في صحيحة يعقوب بن شعيب الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يصلح إذا كان قرضا يجر نفعا فلا يصلح (٣).

(١) الوسائل باب ١٩ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) وقد مر موضع الحديث ص ٥٩ هنا.

(٣) الوسائل باب ١٩ قطعة من حديث ٩ من أبواب الدين والقرض.

وقد دلت عليه أخبار كثيرة على جواز النفع بالقرض، وأنه نفى البأس عن الاحسان إلى شخص بسبب قرضه إياه، وبالعكس. ومع ذلك لا يبعد كراهة الانتفاع بأموال المقرض مطلقا، أو كانت موهونة، خصوصا إذا كان ذلك القرض منظورا والانتفاع غير متعارف بينهما، ولهذا قال في صحيحة يعقوب بن شعيب: إن كان معروفا بينهما فلا بأس، وإن كان إنما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح (١). ويمكن حملها على الشرط أيضا كما مر، ويمكن حمل بعض المطلقات عليها. ويدل عليهما أيضا رواية إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلبي أو المتاع من متاع البيت، فيقول صاحب الرهن للمرتهن: أنت في حل من لبس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم؟ قال: هو له حلال إذا أحله، وما أحب له أن يفعل (٢). ولا يخفى ما فيه من المبالغة فافهم أيضا. وقد ورد في أخبار، بعضها صحيح في أنه يجوز القرض وأخذ الأجرة من بيع مال أهل السواد والنبط، مع أنهم لو لم يقرضوا لم يعطوا للبياع، بل يقولون: إنما جئنا متاعنا وأحمانا عندك لتقرضنا وإلا لنعطي غيرك. مثل رواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام (٣).

(١) الوسائل باب ١٩ ذيل حديث ٩ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ١٥ من أبواب الدين والقرض.

(٣) متن الرواية هكذا: عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعه لهم بالأجرة، فيقولون له: اقرضنا دنانير، فإن نجد من يبيع لنا غيرك ولكننا نخصك بأحماننا من أجل أنك تقرضنا، فقال: لا بأس به، إنما يأخذ دنانير مثل دنانيره وليس بثوب وليس إن لبسه كسر ثمنه، ولا دابة إن

ركبها كسرهما، وإنما هو معروف يصنعه إليهم - الوسائل باب ١٩ حديث ١٠ من أبواب الدين والقرض.

وصحيحة جميل بن دراج: ولولا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم يقرضهم، فقال: لا بأس (١).

(الثالث) لو أعطى بدل مال المديون متاعا يجوز، وهو ظاهر مما مر. ويدل عليه أيضا رواية علي بن محمد، قال: كتبت إليه: القرض يجر المنفعة هل يجوز ذلك أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز ذلك، وكتبت إليه: رجل له على رجل تمر أو حنطة، أو شعير، أو قطن فلما تقاضاه، قال: خذ بقيمة مالك عندي دراهم، يجوز (أيجوز ثل) له ذلك أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز ذلك عن تراض منهما إن شاء الله تعالى (٢).

(الرابع) قال في التذكرة: ولا ينبغي للرجل أن يحبس الدين عن صاحبه مخافة الفقر (انتهى).

ودل عليه خبر محمد بن مسلم (٣) الدال على أنه موجب للفقر. والظاهر أن مراده (٤) مع عدم التحريم وفي صورة الجواز أو المراد ب (لا ينبغي) التحريم أو يريد باعتبار العلة أي مخافة الخ فإنه صرح بوجوب المبادرة.

(١) صدرها: قلت له: أصلحك الله إنا نخالط نفرا من أهل السواد فنقرضهم القرض ويصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر ولنا في ذلك منفعة قال: فقال: لا بأس ولا أعلمه إلا قال: ولولا الخ - الوسائل باب ١٩ حديث ١٢.

(٢) أورد صدره في الوسائل باب ١٩ حديث ١٦ من أبواب الدين والقرض وذيله في باب ١١ حديث ١١ من أبواب السلف وسنده كما في التهذيب والوسائل هكذا: عن الصفار محمد بن عيسى، عن علي بن محمد وقد سمعته من علي قال الخ.

(٣) لم نثر على خبر رواية محمد بن مسلم الدال على ما ذكره نعم هو مضمون خبر أبي حمزة الثمالي منقول عن المشايخ الثلاثة فلا حظ الوسائل باب ٧ من أبواب الدين والقرض.

(٤) يعني العلامة فيما ذكره في التذكرة.

قال: يجب على المديون المبادرة إلى قضاء الدين ولا يحل تأخيره مع حلوله وتمكنه من الأداء، ومطالبة صاحب الدين، فإن أصر والحال هذه كان غاصبا (عاصيا خ) ووجب على الحاكم حبسه (١).

لرواية عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يفلس (٢) الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به، فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه (فقسمه صا) بينهم يعني ماله (٣).
رواية غياث، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام إن عليا عليه السلام كان يحبس في الدين، فإذا تبين له افلاس وحاجة خلى سبيله حتى يستفيد مالا (٤).

لعل الوجوب مفهوم من أنه لولا يجب، ما يناسب الحبس الذي هو ضرر عظيم.

ويؤيده أن الظاهر أن انتصاف المظلوم من الظالم واجب على القادر خصوصا الإمام عليه السلام، والفرض عدم الحصول إلا بالحبس فيجب، ولا يبعد ذلك على الحاكم أيضا لأنه نائبه ومن باب الأمر بالمعروف فتأمل.
ثم قال: (٥) إذا ثبت هذا، فلو أصر على الالتواء كان فاسقا لا يقبل شهادته، ولا تصح صلاته في أول الوقت، بل إذا تضيق، ولا يصح شيء من الواجبات الموسعة المنافية للقضاء في أول وقتها، وكذا غير الدين من الحقوق الواجبة

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يحبس الرجل - ئل - و ط.

(٣) الوسائل باب ٦ مثل حديث ١ من كتاب الحجر.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الحجر.

(٥) يعني العلامة ره في التذكرة عقيب العبارة الثانية المتقدمة.

كالزكاة والخمس وإن لم يطالبه الحاكم لأن أربابها في العادة مطالبون (١) وأيضا الحق ليس لشخص معين حتى يتوقف على الطلب. الالتواء، هو التناقل والمطل على ما يفهم من القاموس، قال فيه أيضا: المطل التسوية بالعدة.

يفهم من كلامه أن التأخير عن أداء الدين كبيرة، بل إن جميع الحقوق فورية، مالية كانت أم لا، مثل تسليم النفس للقصاص، والحدود، والاستبراء ممن أذاه بعينه ونحوها، وممانعة من صحة العبادة المنافية لها في وسعة وقتها. ودليله ما أشرنا إليه غير مرة (وهو ظ) ما ثبت في الأصول أن الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضده الخاص، وهو عن العبادة مفسدها، ولا غبار فيهما كما يظهر من التأمل في دليلهما.

ثم إن مات المديون ولم يتمكن من القضاء أو تمكن ولم يطالب ولم يجب الأداء، فإن خلف ما يقضي عنه، فإن قضى أو لم يقض مع وصيته، أو لم يخلف شيئا وكان الدين مصروفا في المباحات وكان من عزمه القضاء، لو يَأْتَم. ويدل عليه بعض الروايات المتقدمة، مثل صحيحة عبد الغفار الجازي (٢) وغيره (٣).

ومعلوم حصول الإثم مع عدم أحد القيود، كما لو طوّل بالدين الواجب أدائه، بأن يكون حالا ولا مانع من الأداء ولم يؤده، ولا شك في وجوبه عقلا ونقلا والذي يظهر من كلامهم أنه يجب دفع جميع ما يملكه في الدين عدا دار

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٣) فعن أبي خديجة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيما رجل أتى رجلا، فاستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي الوسائل باب ٥ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض.

السكنى، وعبد الخدمة، وفرس الركوب إن كان من أهلها، وقوت يوم وليلة له ولعياله.

الظاهر أنهم يريدون نفقتهم الواجبة، وقد يستثنون بعض الأمور المحتاج إليه غالبا أيضا، مثل الكتب العلمية لأهلها، وثياب التجمل، ونحو ذلك. ولعل دليلهم عموم أدلة وجوب أداء مال الناس عقلا ونقلا مع التمكن، ولا يبعد كونه مجمعا عليه بين المسلمين، وحينئذ ينبغي الدليل على المستثنيات. فدار السكنى نقل في التذكرة اجماع علمائنا على عدم جواز بيعها خلافا للعامة، والمستند الروايات.

مثل حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تباع الدار ولا الجارية في الدين وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه (١). ورواية زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي على رجل دينا وقد أراد أن يبيع داره فيعطيني (فيقضيني كما خ ل ثل) قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه (أعيدك بالله أن تخرجه من ظل رأسه خ يب صا) (٢). ولا يخفى المبالغة فيها من وجوه، ولا يضر القول في إبراهيم بن عبد الحميد (٣) الذي فيها بأنه واقفي ثقة.

وما روي - في الحسن - أن محمد بن أبي عمير كان رجل بزازا فذهب ماله

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من أبواب الدين، إلا أن فيه (ابن زياد) بدل (زرارة).

(٣) سندها كما في الكافي - باب قضاء الدين - هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه ومحمد بن إسماعيل، عن الفضل بن شاذان جميعا، عن ابن أبي عمير، عن إبراهيم بن عبد الحميد وعثمان بن زياد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الخ.

وافتقر وكان له على رجل عشرة آلاف درهم فباع دارا له كان يسكنها بعشرة آلاف درهم، وحمل المال إلى بابه، فخرج إليه محمد بن أبي عمير فقال: ما هذا؟ فقال: هذا مالك الذي لك علي قال ورثته؟ قال لا، قال: وهب لك؟ قال: لا، قال: فهل هو ثمن ضيعة بعثها؟ قال: لا، قال فما هو؟ قال: بعث داري التي أسكنها لأقضي ديني، فقال: محمد بن أبي عمير حدثني ذريح المحاربي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين، ارفعها، فلا حاجة لي فيها، والله إنني لمحتاج في وقتي هذا إلى درهم واحد، وما يدخل ملكي من هذا (منها ثل) درهم واحد، ونقله في الاستبصار، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن محمد بن أبي عمير، عن ذريح المحاربي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الخ (١).

وفيها أيضا مبالغة تفهم من فعل محمد بن أبي عمير، ويفهم أيضا كثرة تقواه رحمه الله، حيث سئل هذه السؤالات، مع عدم الوجوب عليه ثم ما قبل مع وقوع البيع من غير إشارة منه وكمال احتياجه إلى ثمنه وعدم العلم بحصول هذا الثمن منه. ثم إن الظاهر أن المراد بقولهم: (لا يجوز بيع الدار) مثلا عدم جواز البيع عليه من الحاكم أو جبره عليه.

ويمكن أن لو باع من غير جبر، يجوز البيع ويجوز قبض الثمن. وصرح في التذكرة بأنه إذا باع باختياره جاز قبض الثمن، وأن امتناع محمد كان لتقواه أو لعلمه بأنه إنما باعه خوفا للطلب والجبر.

ويمكن أيضا أن لو كان لشخص دار في بلد ولا يسكنه يجب بيعه وإن كان دار سكناه، فتأمل.

وأیضا لو كان في داره فضلة مستغنى عنها يمكن تكليف بيعها.

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٥ من أبواب الدين والقرض.

وكذا لو كان له دار غلة بل دار يمكن تحصيل دار أخرى بثمنها وإيفاء الدين ينبغي كذلك وكذلك الخادم.
ويشعر به رواية مسعدة بن صدقة قال: سمعت جعفر بن محمد عليهما السلام: وسئل عن رجل عليه دين وله نصيب في دار، وهي تغل (١) غلة فربما بلغت غلتها قوته، وربما لم تبلغ حتى يستدين، فإن هو باع الدار وقضى دينه بقي لا دار له؟ فقال: إن كان في داره ما يقضي به دينه ويفضل منها ما يكفيه وعياله فليبع داره (الدار خ ثل) وإلا فلا (٢).
ولكن في السند والدلالة أيضا تأملا.

ويدل على عدم وجوب بيع ضيعة منها معيشتها صحيحة بريد العجلي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن علي دينا - وأظنه قال: لا يتام - وأخاف أن بعت ضيعتي بقيت ومالي شيء؟ فقال: لا تبع ضيعتك، ولكن اعطه بعضا وأمسك بعضها (٣).

وفيهم منها عدم وجوب بيع شيء يعيش به مطلقا، دار غلة أم لا فتأمل فإنه منافية لقول الأصحاب ظاهرا.
وكذا رواية عمر بن يزيد، قال: أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه وأنا عنده (٤) فقال له: ليس عندنا اليوم شيء، ولكن يأتينا خطر (٥) ووسمة (٦)

-
- (١) يعني يحصل له منها الغلة وفي الوسائل بدل (تغل غلة): وهي دار غلة وفي الاستبصار: هي دار غلة تغل عليه.
(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٧ من أبواب الدين والقرض.
(٣) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.
(٤) يعني كان للرجل على أبي عبد الله.
(٥) الخطر بالكسر ثياب مختضب به (هامش الوسائل).
(٦) والوسمة بكسر السين وهي أفصح من التسكين نبت يخضب بورقه (إلى أن قال): وفي القاموس: الوسمة ورق النيل أو نبات يختضب (مجمع البحرين).

فبتتاع ونعطيك إن شاء الله تعالى فقال له الرجل عدني فقال: كيف: أعدك وأنا لما لا أرجو أرجى مني لما أرجو؟ (١) فإنه يبعد كونه عليه السلام بحيث ما كان عنده إلا قوت يوم وليلة، مع أن الظاهر أن عنده عليه السلام ثروة، وأيضا قال: (فبتتاع) (فبتتاع ل) وهو أيضا يشعر بجواز التأخير. وبالجملة يفهم من هذه وأمثالها أن الأمر ليس بهذه المثابة التي ذكره الأصحاب وضييقه مع أنه ليس لهم على ذلك - على ما رأيت - نص خاص صريح، ولا ظاهر، ولكن هم أعرف، والاحتياط معهم. ويمكن حملهما على عدم الطلب المضييق، ويؤيده في الأولى (٢) أنه قال: (لأيتام) فقد لا يكون لهم ولي يطلب فيعطي وينفق هو عليهم ما يحتاجون إليه بالتدريج فتأمل. وأيضا يستبعد استثناء مثل الخادم والفرس ونحوهما دون قوت أكثر من يوم وليلة. وأما الذي يدل على استثناء الخادم فكأنه الاجماع المستند إلى حسنة الحلبي المتقدمة (٣) وأما غيرهما (٤)، فما رأيت إلى الآن رواية غير أنه ذكرها الأصحاب. وقد يستدلون بالضرورة، والحاجة، وذلك غير واضح مع عدم النص، فإن قوت أكثر من يوم وليلة أحوج فبعد ثبوت وجوب أداء الدين مهما أمكن يشكل استثناء هذه الأمور إلا أن ذلك لا دليل عليه نصا خاصا فيمكن وجوب ما هو العادة

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من أبواب الدين.

(٢) يعني صحيحة بريد العجلي.

(٣) راجع الوسائل باب ١١ حديث ١ من أبواب الدين.

(٤) يعني غير الفرس والخادم كالكتب العلمية وثياب التجمل ونحوها.

في الأداء وبيع ما هو كذلك وغير المحتاج عادة. وكذا تكليفه بالبيع بأنقص من القيمة، ولكن يشكل القول به، لعدم ظهور القائل.

وبالجملة، الذي يفهم منها، ليس الأمر على هذا الضيق، ولا بهذه الوسعة اللذين ذكرهما الأصحاب إلا أنا ما نجد القائل بغيره، بل الذي نفهم من سكوتهم عدم الخلاف عن العامة ولا عن الخاصة في ذلك فيكون اجماعيا فينبغي الوقوف هنا وبيع ما زاد على المحتاج إليه من المستثنيات كالبيت غير بيت السكنى بل بعضه المستغنى عنه، وكذا الخادم والفرس.

ولا يبعد بيعهما إذا كانتا ربيعيتين يؤدي بعض الثمن بالدين وشراء أدون إن أمكن وإن منع ذلك أيضا في بعض الكتب مثل التذكرة لعموم دليل المنع، وهو في الدار والخادم له أصل ما مضى، لا غير فتأمل.

وجوز في التذكرة (١) قضاء الدين لو باع مثل هذا الثوب والفرس والعبد وقبض ثمنه كما لو باع الدار الواحدة باختياره كما قلناه.

وقال: قال ابن بابويه: وكان شيخنا محمد بن الحسن رضي الله عنه يروي أنه إذا كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج إليه ويقضي ببقيتها دينه، وكذلك أن كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى بثمنها دارا ليسكنها ويقضي بباقي المثن دينه (٢). رأيته في الفقيه كما نقل. وهذا مؤيد لما قلنا من بيع الدار والخادم وإن منعه في التذكرة (٣).

(١) سيأتي عبارة التذكير بعيد هذا.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٦ من أبواب الدين والقرض.

(٣) قال في التذكرة: ولا يكلف بيع داره وشراء أدون إذا كان داره بقدر كفايته، وكذا لا يكلف بيع خادمه وشراء أدون، ولا بيع فرسه، وشراء أدون، للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الأشياء، قال ابن بابويه، ثم نقل إلى آخر ما نقله الشارح قده عنه ثم قال: نعم لو كانت دار السكنى وعبد الخدمة أو فرس الركوب أو ثوبه الذي يلبسه رهنا، جاز بيعه كما أنه لو باشر بيع هذه الأشياء باختياره جاز قبض ثمنه ههنا (انتهى).

والظاهر أن محمد بن الحسن هو ابن الوليد، قيل: إنه ثقة وشيخ الصدوق،
ويبعد نقله رواية مرسله في هذا الكتاب مع عدم العمل بها، فكأنه عمل بها
(والظاهر أنه عمل بها خ) شيخه أيضا فتأمل.
(الخامس) إذا ضمن أحد عن الميت دينه برأ ذمته ولا إثم عليه أيضا، سواء
كان قبل الموت في المرض، أو بعده.
ودليله أن الضمان ناقل فهو بمنزلة أداء المال.
ويؤيده الروايات، مثل صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه
السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضي به
الغرماء فقد برأ ذمة الميت (١).
ورواية إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون
عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: علي دينك، قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليه
من بعده، وقال: أرجو أن لا يأتهم، وإنما إثمهم على الذي يحبسهم (٢).
وهذه تدل على وقوع الضمان من غير الصيغة، التي ذكروها، وهما تدلان
على أن الضمان ناقل كما قاله الأصحاب، خلافا للعامة، وسيجيء.
(السادس) الكفن مقدم على الدين، كأنه لا خلاف عندهم في ذلك.
والمستند، مثل صحيحة زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
رجل مات وعليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفن بما ترك إلا أن يتجر عليه انسان
فيكفنه ويقضي بما ترك دينه (٣).

-
- (١) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.
(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.
(٣) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

وفيها دلالة على صرف المال - بعد بذل الكفن في الدين، وثواب التكفين، ولهذا روي: إن من كفن ميتا فكأنه كساه مدة حياته (١).
وتدل - على تقديم الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم الإرث كما هو قولهم، الرواية (٢) والآية (٣) فتأمل.

(السابع) قال في التذكرة: لا يحل مطالبة المعسر، ولا حبسه، ولا ملازمته عند علمائنا أجمع، ومستندهم ظاهر آية الانظار (٤)، والرواية المتقدمة، عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يحبس في الدين، فإذا تبين اعساره خلى سبيله (٥).

(الثامن) لو استدان الزوج، النفقة الواجبة على الزوج، دفع إليها عوضه، وهو ظاهر، لأن نفقة الزوجة دين عليه عندهم فهو واجب عليه كصداقها وإن لم تستدن.

ومستندهم قول الباقر عليه السلام، قال: قال علي عليه السلام: المرأة تستدين على زوجها وهو غائب؟ فقال: يقضي عنها إذا استدان بالمعروف (٦).
(التاسع) يقضي الحاكم دين الغائب إذا ثبت عنده مع المطالبة

-
- (١) الوسائل باب ٢٦ حديث ١ من أبواب التكفين من كتاب الطهارة، ولفظ الحديث هكذا: من كفن مؤمنا كان كمن ضمن كسوته إلى يوم القيامة، ولم نعثر على ما رواه الشارح قده بعينه.
(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من أبواب الدين والقرض.
(٣) قال الله عز وجل - في ذكر آيات الإرث - من بعد وصية يوصي بها أو دين، وقال تعالى: من بعد وصية يوصي بها أو دين، وقال عز من قائل: من بعد وصية توصون بها أو دين، وقال جل وعلا: من بعد وصية يوصي بها أو دين - النساء - ١٠ - ١١ و ١٢.
(٤) إشارة إلى قوله تعالى: وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - البقرة - ٢٨٠.
(٥) راجع الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الحجر.
(٦) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الحجر.

المستحقة، وهو مما لا خلاف فيه على الظاهر، كما أنه يحكم عليه ويعطي ماله للمدعي، وكذا نفقة زوجته وأقاربه وغير ذلك.

ويؤيد الأول رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: الغائب يقضى عنه إذا قامت البينة عليه، ويبيع ماله ويقضى عنه (دينه يب) وهو عنه غائب، ويكون الغائب على حجته إذا قدم (قال يب) ولا يدفع المال (إلى ثل) الذي أقام البينة إلا بكفلاء إذا لم يكن ملياً (١).

وكأنه يريد بالكفلاء الضمناً لعدم فائدة الكفيل لو كان المدعي معسراً، وهو ظاهر فتأمل.

(العاشر) قالوا: لا يصح المضاربة بالدين إلا بعد القبض، وتدل عليه رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجل يكون له مال على رجل فتقاضاه، فلا يكون عنده ما يقضيه، فيقول له: هو عندك مضاربة؟ فقال: يصلح حتى يقبضه منه (٢).

وما نعرف الإجماع هنا، والرواية ضعيفة، وعموم المشروعية يدل على الجواز، وسيجيء.

(الحادي عشر) يجوز القرض في بلد مع شرط أن يقبضه في بلد آخر، وادعى عليه الإجماع في التذكرة، وعموم الأدلة يقويه.

وكذا صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بأرض أخرى ويشترط ذلك؟ قال: لا بأس (٣).

-
- (١) الوسائل باب ٢٦ نحو حديث ١ من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء.
(٢) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب المضاربة.
(٣) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من أبواب الصرف.

وصحيحة أبي الصباح - كأنه الكنانى الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام
فى رجل (الرجل خ ثل) يبعث بمال إلى أرض فقال: للذى يريد أن يبعث به معه:
أقرضنيه وأنا أوفيك إذا قدمت الأرض قال: لا بأس بهذا (١).
هذا ظاهر، إنما البحث فى أنه هل يلزم ذلك أم لا؟ بل يجوز له أن يطلب
أينما يريد؟ ظاهر كلامهم - فى عدم لزوم الأجل فى القرض، وأن القرض جائز دائما
إلا أن يشترط فى عقد لازم - الجواز، ومقتضى أدلة لزوم الشرط، عدمه.
وكذا نفي الضرر إذ أقرض، إذ قد يعسر أو يكون قليلا فى بلد المطالبة دون
بلد الشرط وغير ذلك من الضرر.
وأما العكس فالظاهر أنه ليس بلازم، بل كان للمقترض دفع ذلك ويجب
القبول تأمل فى الفرق.
(الثانى عشر) قد مر استحباب حسن القضاء والاقتضاء والمسامحة فىهما.
ويؤيده ما روى عن العامة فى التذكرة: خياركم أحسنكم قضاء (٢).
ومن طريق الخاصة ما رواه فى الفقيه عن النبى صلى الله عليه وآله: ليس
من غريم ينطلق من عنده غريمه راضيا إلا صلت عليه دواب الأرض ونون البحور
وليس من غريم ينطلق من عنده صاحبه غضبان وهو ملي إلا كتب الله عز وجل
بكل يوم يحبسسه أو ليلة ظلما (٣).

- (١) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من أبواب الصرف.
(٢) سنن أبي داود ج ٣ باب حسن القضاء رقم ٣٣٤٦ وصدده هكذا: استسلف رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم بكرا فجاءته إبل من الصدقة فأمرني أن أقضى الرجل بكراهة، فقلت: لم أجد
فى الإبل إلا جملا خيارا رباعيا، فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: أعطه إياه، فإن خيار الناس
أحسنهم قضاء.
(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من أبواب الدين والقرض.

(الثالث عشر) يجوز في القرض اشتراط أمر سائغ، مثل رهن وغيره، وقال في التذكرة: القرض عقد قابل للشروط السائغة، فلو أقرضه شيئاً يشترط أن يقرضه مالا صح ولا يلزمه ما شرط، بل هو وعد وعده، وكذا لو وهبه (١) ثوبا بشرط أن يهبه، منه غيره، وكذا لو أقرض بشرط أن يقرضه (٢) الخ. وقد مر التأمل فيه، والأصل العدم، ومزيد التأمل، في الهبة إلا أن يريد مع عدم اعطاء العوض.

قال في التذكرة: إذا أعطاه دينه الحال يجب القبول - وإن كان بعضه - وسلمه هو ذلك جميعه مرة واحدة ولا يجب قبل الأجل. وفي الوجوب تأمل وإن كان الأولى ذلك.

(الرابع عشر) الظاهر أنه يجوز المقاصة مع تعذر الاستيفاء بشرط عدم احلافه بالحلف الشرعي المسقط، ولا يضر حلفه من غير الاحلاف. والظاهر أنه لا يشترط إذن الحاكم، ولا عدم امكان الاثبات عنده، لاحتمال الاحتياج إلى اليمين الذي هو مكروه أو قد تخرج (٣) البينة، مع عموم الأدلة، وهي عدم الضرر وصحیحة داود بن زربي (رزین خ ل یب)، قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إني أعامل قوما فرما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بها مني ثم يدور لهم المال عندي فأخذ منه بقدر ما أخذوا مني، فقال: خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه (٤).

(١) في التذكرة لو وهب منه.

(٢) في التذكرة أن يقتض منه الخ وتمامه: أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف منه ولكن لا يلزم ذلك أما إذا باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر فإنه يجوز عندنا البيع والشرط وقد تقدم (انتهى).

(٣) يعني تكون إقامة البينة حرجية.

(٤) الوسائل باب ٨٣ حديث ١ من أبواب ما يكتسب به بطريق الصدوق.

وصحيحة أبي بكر الحضرمي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كان له رجل مال فجحده إياه وذهب به منه ثم صار إليه بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله (مثله ثل) يأخذ منه (أيأخذه الخ ثل) مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم، ولكن لهذا كلام يقول: اللهم إني آخذه مكان ما أخذه مني وإني لم آخذ ما أخذته خيانة ولا ظلما (١).
لعل قول هذا مستحب لعدمه في الرواية الأولى، ويفهم من الفقيه اشتراط جواز الأخذ به حيث قال: فجائز أن يأخذ منه حقه بعد أن يقول ما أمر به - بما قد ذكرته - (٢).

وفي صحتها لي تأمل، لأنني ما رأيت توثيق (داود) في كتاب النجاشي الذي صحيح، وعليه خط ابن طاوس رحمه الله غالبا، ولكن نقل المصنف في الخلاصة وابن داود في كتابه عنه توثيقه (٣)، مع إهمال الشيخ، فلعل في غير الكتاب أو يكون في النسخة غلط.
وأبو بكر الحضرمي غير منصوص على توثيقه في محله، بل مدح في الجملة، ولكن نقل ابن داود في الكنى توثيقه عن الكشي، وفيه تأمل لعدم نقله في بابه، وكذا العلامة، مع نقل ما نقله عنه، وأيضا ليس عادة الكشي، التوثيق بل النقل

(١) الوسائل باب ٨٣ حديث ٤ من أبواب ما يكتسب به، واعلم أن هذا الحديث سندا ومتناقد
اختلف فلاحظ الوسائل مع ما ذكر في تعليقه.

(٢) إلى هنا عبارة الفقيه.

(٣) في معجم الرجال للآية الخوئي مد ظله ج ٧ ص ١٠٢ بعد نقل التوثيق من خلاصه العلامة ورجال ابن داود: ما هذا لفظه أقول: مقتضى ما ذكره سقوط كلمة (ثقة) عن نسخة النجاشي الواصلة إلينا وفي شهادتهما كفاية على الثبوت وحينئذ لا ينبغي الاشكال في وثاقة الرجل بشهادة المفيد وبشهادة ابن عقدة على ما ذكره النجاشي (انتهى).

فقط إلا أنهما موافقتان لما ذكره الأصحاب من غير ذكر الخلاف مع تصريحهم بصحة خبرهما فتأمل.

ولكن الظاهر عدم جوازه إذا كان أمانة ووديعة وتدل عليه الوصية في الآية (١) والأخبار على أداء الأمانة عموماً.

وتدل (عليه ظ) بخصوصه صحيحة معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني (نيه ثل) ثم يستودعني مالا إلى أن آخذ مالي عنده؟ فقال: لا، هذه خيانة (الخيانة خ ل) (٣).

وصحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع لي عنده مال. فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال (أخ) فأخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحدته وأحلف عليه كما صنع هو؟ فقال إن خانك فلا تخنه ولا تدخله فيما عبته عليه (٤).

قال في الفقيه: وفي خبر آخر: إن استحلّفه على ما أخذ منه فجائر له أن يحلف إذا قال: هذه الكلمة (٥).

وهذا أيضا يشعر بلزوم هذه الكلمة فتأمل.

(١) قال الله عز وجل: إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها - النساء - ٤ وقال عز وجل: يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون - الأنفال - ٢٧. قال جل وعلا: والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون - المؤمنون - ٨ والمعارج - ٢٢ وقال تعالى: فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أوتى من

أمانته - البقرة - ٢٨٣ وغيرها.

(٢) راجع الوسائل باب ٢ و ٣ من كتاب الوديعة.

(٣) الوسائل باب ٨٣ حديث ١١ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) الوسائل باب ٨٣ حديث ٧ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) الوسائل باب ٨٣ حديث ٦ من أبواب ما يكتسب به.

ثم جمع (١) بين الأخبار بأنه إذا كان أحلف فلا يجوز الأخذ من ماله مقاصة لسقوط الحق به، للأخبار (٢) وكذا إذا كان أمانة، وأما إذا كان غيرهما فلا يجوز، فلا منافاة وذلك غير بعيد، فتأمل.

(١) يعني الصدوق ره في الفقيه.
(٢) راجع الوسائل ج ١٨ باب ١٠ من أبواب كيفية الحكم.

(١٢٧)

" المقصد الثاني في الرهن "

وفيه مطلبان:

(الأول) عقد الرهن، الايجاب كرهنت أو هو وثيقة عندك وشبهه والقبول كقبلت.

قوله: " المقصد الثاني في الرهن الخ " أي في بيان عقد الرهن بقريئة (الثاني (١) في الأحكام (وهو الايجاب، أو الذي هو الايجاب والقبول، ترك تعريفه لظهوره، أو لفهم أحد التعريفين من قوله " (الايجاب الخ) فإنه قد يطلق على العقد الذي شرع لأخذ نائب مناب ماله وإليه أشار في التذكرة بقوله: (عقد شرع للاستيثاق) على الدين.

كأن في لفظة الدين، إشارة إلى عدم شرع الرهن للأعيان المغصوبة أو الدرك كما هو مذهب لبعض (البعض خ) أو يؤول كلها إلى الدين أو أراد بالدين ما يعم.

وقد يطلق على ما يرهن كما في قوله تعالى: فرهان مقبوضة (٢) فإنه جمع

(١) يعني بقريئة قول المصنف ره فيما يأتي: (المطلب الثاني في الأحكام) فيظهر منه أن المطلب الأول في عقد الرهن.

(٢) البقرة - ٢٨٣.

(رهن) كما قاله في القاموس، ولهذا أنث وصفه، والمراد منه ما يرهن به. وهو الذي أشار إليه في الشرائع: (وهو وثيقة لدين المرتهن) وأراد به المدين الذي يأخذ نائب ماله ووثيقته فلا دور، وفي (الدين) البحث الذي تقدم فلا نقض.

والوثيقة تطلق على المذكر والمؤنث كما قال في التذكرة وغيرها تقول في الصيغة: (هذا وثيقة دينك) فإنه يراد به ما يوثق به مطلقاً من غير نظر إلى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال، فخرجت التاء عن كونها للتأنيث كما قال في مجمع البيان يقول (يقال خ) ما جائي (أي خ) امرأة ونحوها يقصد العموم، فكأنه قال: ما جاءني من أحد فذكر الفعل، ويحتمل كونها للنقل كما قال في شرح الشرائع (١)، والأمر في ذلك هين.

ولكن ظاهر المتن أنه لا بد من الإيجاب والقبول باللفظ العربي، بل الماضي، والمقارنة، وتقديم الإيجاب كما في سائر العقود اللازمة، مثل البيع، لأنه المتبادر من قوله: (عقد الرهن الخ).

لعل دليله أن الأصل عدم الانعقاد وترتب أحكام الرهن إلا ما ثبت كونه رهنا بالإجماع ونحوه وما ثبت كونه رهنا إلا مع المذكورات، ولا دليل على غير ذلك. وفيه تأمل يعلم مما ذكرناه في العقد اللازم، مثل البيع، والجائر أيضا كالقرض، مثل صدق الرهن المجوز بالكتاب والسنة والإجماع على غير العربي وغير

(١) في المسالك عند قول المصنف: هو وثيقة لدين المرتهن: ما هذا لفظه: وفي التعريف نظر من وجوه (الأول) أن (وثيقة) في العبارة وقعت خبراً عن المبتدأ، وهو الضمير المذكر المنفصل وهو يقتضي عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث وهو خلل لفظي (إلى أن قال): ويمكن دفع الأول بجعل (التاء) في (وثيقة) لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية لا للتأنيث كما في تاء (الحقيقة والأكيلة والنطيحة) فيحصل المطابقة.

الماضي المقارن، بل ما يدل على رضا الطرفين بالرهن سواء كان لفظاً أو كتابة أو إشارة، معاطاة أو غيرها الذي هو المقصود من تعيين (تعبير خ) اللفظ. وبه استدلال في التذكرة على اشتراط الايجاب والقبول حيث قال: الأصل في ذلك أنه لا بد من الرضا وذلك أمر قلبي مخفي عنا، ولا بد من المفهم، وهو اللفظ، مع أن الأصل عدم اشتراط (أي خ) شيء آخر. ويؤيده أنه هنا ليس بلازم من طرف المرتهن فلا يبعد عدم اشتراط ما اشترط في العقد اللازم مع ما عرفت فيه فتذكر وتأمل. قال في التذكرة: الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب المذكور في البيع (بجملته - التذكرة) آت هنا والظاهر أنه هنا أولى. وأيضا قسمه (١) إلى القسمين: (الأول) الرهن ابتداء أي من غير كونه شرطاً في عقد لازم بأن يقول الراهن: رهنت هذا عندك على الدين الذي لك علي فيقول المرتهن قبلت. (والثاني ما اشترط فيه، مثل أن يقول: بعثك هذا الشيء بشرط أن ترهنني عبدك فيقول: اشتريت ورهنت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط أن ترهنني دارك على المهر فيقول الزوج قبلت ورهنت. فالقسم الأول من الايجاب والقبول عند من اشترطهما ولم يكتف بالمعاطاة، وأما القسم الثاني فقد اختلفوا فيه، فقال بعض الشافعية: لا يكفي ذلك، بل لا بد أن يقول البايع بعد ذلك: قبلت، وكذا (٢) المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن، لأنه لم يوجد في الرهن

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) في التذكرة هكذا: وكذا إذا قالت المرأة زوجتك نفسي بكذا بشرط أن ترهنني كذا فقال الزوج: قبلت النكاح ورهنتك كذا فلا بد أن تقول المرأة بعد ذلك: قبلت الرهن لأنه لم يوجد في الرهن سوى مجرد الايجاب وهو بمفرده غير كاف في اتمام العقد وقال آخرون: إن وجود الشرط من البايع والزوجة تقوم مقام القبول لدلالته عليه، وكذا الاستيجاب يقوم مقام القبول (انتهى).

سوى الايجاب وهو بمفرده غير كاف، وقال الآخرون: الشرط من البايع، والمرأة تقوم مقام الايجاب. ولم يرجح شيئا (١).

وهذا يدل على أنه غير جازم في الاشتراط، واحتمل الاكتفاء في القسم الثاني بالايجاب مع أنه بعيد، لما مر من التأمل في قوله: (بشرط) فإنه يدل على أنه لا يقع البيع والتزويج إلا بعد الرهن مع أن الرهن متأخر، ولأنه يلزم أن يرهن على الثمن قبل اتمام الشراء ولزومه، ويتحقق الشراء قبل الرهن.

وقد جوز المعاطاة في البيع فيجوز هنا أيضا، بل بالطريق الأولى فيحتمل الاكتفاء بها وعدم اشتراط الايجاب والقبول، وعلى تقديره، عدم اشتراط العربية والمقارنة وقد يفهم من الشرائع، الاكتفاء في القبول بغير اللفظ، وهو يشعر بالمسامحة فيه، قيل: الوجه في ذلك كونه جائزا من طرفه فتأمل.

ويؤيده ما قال في التذكرة: وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي؟ الأقرب العدم، ولكن قال: ولا بد من الاتيان فيهما بلفظ الماضي فلو قال: أرهنتك كذا وأنا أقبل لم يعتد به، كأنه أراد ما يدل على انشاء الرهن صريحا.

ويفهم منه تحقق قصد معنى الرهن في قلبه لا الماضي المصطلح، لأنه قال قبيله: قد بينا أنه لا بد في الرهن من ايجاب وقبول، فالايجاب كقول: رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو هو رهن عندك أو ما أدى هذا المعنى من الألفاظ، والقبول كقوله: قبلت أو رضيت وما أدى معناه ولا بد من الاتيان فيهما بلفظ الماضي الخ.

وهو كالصريح فيما قلناه أو أراد أنه إن أتى بالفعل فلا بد من الماضي ولا يجزي الأمر والمستقبل لا المستقبل فقط كما قال في شرح الشرائع.

(١) يعني لم يرجح العلامة بعد ذكر القولين واحد منهما.

وتكفي الإشارة الدالة على الرضا مع العجز على النطق.

وهو بعيد أيضا لنفي الاعتداد بعده بقوله: (وأنا أقبل) فإنه جملة اسمية فالظاهر الأول.

والظاهر أن الاستيجاب إذا فهم منه الرضا بالقبول - بحيث يكون شيء ظاهرا في أنه جازم بالرضا والقبول - كاف لا مطلقا.

ولكن قال في التذكرة: وكذا لا يقوم الاستيجاب مقام القبول لعدم دلالة على الجزم بالرضا، ويمكن حمله على ما قلناه لقوله ره: لعدم آه. وهذا يصح بالكتابة والإشارة المفهمين لا غير المفهمين.

وينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة أيضا، لما مر، ولما فهم من كلامهم أن الغرض، الفهم لا اللفظ وإلا لا ينبغي صحتها مع العجز أيضا، لعدم اللفظ المشترك إلا مع تعذر النيابة فالاشتراط بالعجز - كما يفهم من المتن وغيره مثل التذكرة - غير واضح كما مر في البيع أيضا.

قال في التذكرة: ولا يكفي الإشارة ولا الكتابة إلا مع العجز فيكفي الإشارة الدالة عليه، وكذا الكتابة مع الإشارة، ولا يكفي الكتابة المجردة عن الإشارة الدالة على الرضا (١).

وينبغي أن يقول: (عن الدالة) (٢) إذ قد يكون الكتابة مع أمر آخر غير الإشارة دالا (دالة ظ) على الرضا، فالظاهر. أنه يكفي كالإشارة المجردة عن الكتابة بشرط الفهم والدلالة.

نعم مجرد الكتابة والإشارة إذا احتل غير الرضا، لا يكفي كالألفاظ، فلا فرق بين الألفاظ والإشارات والكنيات مع الافهام والدلالة فتكفي، وبدونهما

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني بدل قوله: (عن الإشارة الدالة) باسقاط لفظة (الإشارة).

ولا يفتقر إلى القبض على رأي.

لا تكفي إلا أن عدم الدلالة مع الكتابة والإشارة أكثر من اللفظ الصريح فتأمل.
وأما الذي يدل على جواز الرهن، فهو الكتاب والسنة والاجماع.
أما الكتاب فمثل قوله تعالى: فرهان مقبوضه (١)، ويمكن جعله تحت أوفوا بالعقود (٢) أيضا.

وأما السنة الدالة على جوازه من طرق العامة (٣) والخاصة فكثيرة، قال في التذكرة - بعد نقل البعض - مثل رواية أبي حمزة، قال: سألته عن الرهن والكفيل في بيع النسئة، قال: لا بأس به (٤)،، هكذا في أول الرهن في التهذيب، وقال في آخر الباب: عن أبي جعفر عليه السلام قال الخ (٥) فالخبر صحيح: والأخبار (٦) في ذلك كثيرة لا تحصى.

وأما الاجماع فقال فيها (٧): وقد اجتمعت الأمة كافة على جواز الرهن في الجملة وليس بواجب إجماعا.

قوله: " ولا يفتقر إلى القبض على رأي " الظاهر منه ومن شرحه وغيره، مثل القواعد ومن شرحه والدروس، أن الخلاف، في صحة العقد وانعقاده من دون القبض فقيل: لا ينعقد ولا يصح إلا به، وقيل: يصح وينعقد.
ولكن ظاهر التذكرة أن الخلاف، في لزوم وعدمه، فقيل: يلزم من

(١) البقرة - ٢٨٣.

(٢) المائدة - ١

(٣) راجع سنن أبي ماجة ٢ كتاب الرهون ص ٨١٥.

(٤) الوسائل باب ١ حديث ٧ من كتاب الرهن.

(٥) يعني أن الشيخ ره أورده في التهذيب مرتين أحدهما في أول باب الرهن وفيه عن أبي حمزة قال: سألته بالإضمار (ثانيهما) في آخر هذا الباب، وفيه عن أبي حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام قال الخ نقول: النسخة التي عندنا من التهذيب (عن أبي جعفر عليه السلام) في كلا الموضوعين فلاحظ.

(٦) هذا مقول لقوله ره: قال في التذكرة فلا تغفل.

(٧) يعني في التذكرة.

جانب الراهن بمجرد العقد، وأنه كاف في ترتب جميع أثره عليه، وهو اختياره في التذكرة وقد صرح به فيها مرارا متعددة، وقيل: لا يلزم وهو اختياره في التذكرة. قال في التذكرة: اختلف علمائنا في القبض، هل هو شرط في لزوم الرهن أو لا على قولين الخ. ثم قال (١) أيضا: لو مات المرتهن قبل القبض لم يبطل الرهن وهو ظاهر عند من لم يعتبر القبض. وأما من اعتبره فقد اختلفوا ونقل القولين عن الشافعي (٢)، وكذا في الجنون (٣). وأيضا قال في الدليل لأنه عقد جائز يجوز فسخه. وأيضا قال: إن تصرف الراهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق ونحوها، فعلى ما قلناه من لزوم الرهن بمجرد العقد يكون التصرفات موقوفة، وعلى القول بالاشتراط يكون ذلك رجوعا عن الرهن فبطل الرهن، وبالجملة وهو ظاهر من التذكرة في مواضع. ولكن مقتضى الأدلة وعبارات غيرها، مثل الشرائع وغيره، كون الخلاف في الصحة وفرع عليه في الدروس فروعاً كثيرة مثل أن قال: لو مات الراهن قبله أو جن أو أغمي عليه أو رجع بطل، وفي المبسوط: إذا جن الراهن أو أغمي عليه أو رجع قبل القبض، قبض المرتهن لأن العقد أوجب القبض وهذا يشعر بأن القبض ليس بشرط (انتهى) (٤).

- (١) في فروع البحث الرابع حق المرهون به.
(٢) عبارة التذكرة بعد قوله ره: فقد اختلفوا هكذا: فقال بعضهم: يبطلانه لأنه عقد جائز والعقود الجائزة ترتفع بموت المتعاقدين كالكوالة وهو أحد أقوال الشافعي، وفي الآخر: لا يبطل الرهن ويقوم وارثه مقامه في القبض وهو أصح أقوال الشافعي لأن مصيره إلى اللزوم، فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار (انتهى موضع الحاجة).
(٣) يعني ونحو هذين القولين قاله في ما لو جن أحد المتعاقدين.
(٤) يعني كلام الدروس أورده في أوائل رهن الدروس مع زيادة قوله - بعد قوله ليس بشرط: وإن كان للمرتهن طلبه ليوثق به.

وقال (١) في شرح المتن: هذا قول الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط (إلى قوله). - وذهب الشيخ في النهاية وموضع من المبسوط إلى أن القبض شرط في صحته، وهو مذهب المفيد الخ.

وهذه كالصريحة في أن الخلاف في الصحة لا اللزوم، وقال (٢) بمقالة التذكرة، في شرح الشرائع ونقل منها ما يدل عليه.

ويمكن أن يؤول كلام التذكرة بحيث ينطبق غيره، بأن يكون المراد باللزوم الصحة، لكنه بعيد من جهة اللفظ، ومن جهة ترتب أحكامه عليه ويكون القول بالصحة وعدم الاشتراط من العامة، ولهذا نسب الخلاف إليهم لا إلى أصحابنا ويمكن العكس أيضا، وهو أيضا بعيد لما مر.

ويمكن أن يكون المذاهب الثلاثة: ١ - عدم اشتراط القبض بوجه.

٢ - واشتراطه في الصحة. ٣ - أو اللزوم فقط كما في الهبة فإنه نقل فيها في الدروس ثلاثة أقوال مثل ما قلناه هنا وإن قال في شرح الشرائع - بعد تقرير الخلاف في لزوم الرهن من جانب الراهن كالقبض في الهبة -: وهو مشعر بكون الخلاف في الهبة أيضا في اللزوم وعدمه.

والظاهر أنه ليس كذلك، ولهذا قال في القواعد وغيره: لو مات الواهب بطلت الهبة. وبهذا يحصل الجمع بين كلام القوم هنا.

فأما دليل الاشتراط فهو أن الأصل عدم حصول ما يقتضي منع الراهن عن التصرف في ماله، وخرج منه بعد القبض بالاجماع وبقي الباقي، وقوله تعالى: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة (٣)، اشترط في الرهن القبض فلا

(١) يعني صاحب الدروس في شرح إرشاد العلامة عند قوله: ولا يفتقر إلى القبض الخ.
(٢) يعني الشهيد الثاني.
(٣) البقرة - ٢٨٣.

يصح بدونه.

ورواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا رهن إلا مقبوضاً (١).

وقد نقل هذه في التذكرة وشرح الشرائع عن الصادق عليه السلام، وفي التهذيب وغيره مثل المختلف، كما ذكرناه.

ويمكن أن يقال: الأصل لا يبقى عند الدليل، وأن دلالة الآية غير ظاهرة لكونها بالمفهوم، ولكونها للإرشاد بالاتفاق فالقيود أيضاً كذلك (لذلك خ)، ألا ترى أن السفر غير شرط باتفاقنا، وكذا عدم وجدان الكاتب فيكون القبض كذلك كما هو ظاهر، فلا يدل على اللزوم والوجوب في القبض كأصله، فإن الرهن غير واجب بالاجماع المنقول في التذكرة، والإرشاد تقتضي تمام التوثيق، وهو إنما يحصل بالقبض التام وهو كونه بيد المرتهن وفي تصرفه.

فالظاهر، حمل الآية عليه ليتم الغرض، إذ بمجرد القبض ثم الدفع إلى المالك لا يتم، بل وجوده وعدمه سواء.

وقيل: معلوم عدم اشتراط ذلك بالاجماع المدعي في شرح الشرائع إلا أن الذي يظهر من التذكرة - في مسألة منع المرتهن عن التصرف - أن القائل بالاشتراط يقول به فتأمل.

بل استدل المصنف وغيره بها (٢) على عدم الاشتراط، فإن القبض وصف للرهن فهو بتحقق بدونه، وإلا يلزم اللغو.

ولا يحسن دفعه، بأن اللغوي موجود، والشرعي إنما يتحقق بالقبض كما

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الرهن (٢) يعني بآية فهران مقبوضة.

ذكره في شرح المتن، لأنه (١) إذا وجد الشرعي يصرف إليه كما يقتضيه القاعدة، على أن اللغوي لا يناسب وصفه بالقبض إلا أن يكون بمعنى المرهون. ولا (٢) بأن الصفة قد تكون للكشف كما قاله في شرح الشرائع كما في التجارة عن تراض، لأن (٣) الأصل في الوصف عدم كونه كاشفاً وكونه لفائدة كما هو الظاهر والمبين.

والظاهر كون (تراض) ليس كذلك، إذ يتحقق بغيره أيضاً التجارة. والخبر ضعيف لأنه منقول في التهذيب، عن الحسن بن محمد بن سماعة (٤) بغير واسطة، ومعلوم وجودها ما بينه وبين الشيخ، مع عدم ظهورها (٥) وكونه واقفياً، لا (٦) لاشتراك محمد بن قيس كما قيل، لأنني قد تحققت كونه، البجلي الثقة كما مر غير مرة فتذكر.

ويمكن تأويله أيضاً بمثل تأويل الآية وغيره. ويدل على عدم اشتراط القبض صدق الرهن وتحقق عقده فيدخل تحت

(١) تعليل لقوله قده: ولا يحسن

(٢) عطف على قوله قده: بأن اللغوي الخ.

(٣) تعليل لقوله قده: ولا بأن الصفة الخ.

(٤) سندها كما في التهذيب هكذا: الحسن بن محمد بن سماعة، عن صفوان، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس الخ وطريق الشيخ إلى الحسن بن محمد بن سماعة - كما في مشيخة التهذيب - هكذا: وما ذكرته في

هذا الكتاب عن الحسن بن محمد بن سماعة فقد أخبرني به أحمد بن عبدون، عن أبي طالب الأنباري، عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعة، وأخبرني أيضاً الشيخ أبو عبد الله والحسين بن عبيد الله وأحمد بن عبدون

كلهم عن أبي عبد الله الحسين بن سفيان البرزوفري، عن حمد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة.

(٥) الظاهر أنه قده يريد أن الواسطة بين الشيخ وابن سماعة غير ظاهر الوثيقة، هذا ولكن في رجال المتتبع المتضلع الميرزا محمد الأردبيلي رحمه الله عند ذكر طرق الشيخ: ما لفظه وإلى الحسن بن محمد بن سماعة موثق

في المشيخة والفهرست (انتهى).

(٦) ولا يضر الاشتراك في محمد بن قيس الخ.

نحو أوفوا بالعقود (١)، والمسلمون عند شروطهم (٢) وغير ذلك. ويدل عليه أيضا الأخبار الكثيرة جدا بحيث لا تعد ولا تحصى، الدالة على جواز الرهن - كما ادعاه في التذكرة كما مر والمشملة على أحكام الرهن، مثل جوازه على النسيئة (٣) كما تقدم وجواز التصرف في الرهن وعدمه بالإذن (٤)، والأخبار الصحيحة، في جواز الوطئ (٥)، والضمان على المرتهن (٦)، وعلى حكم الاختلاف في الزيادة والنقصان (٧)، وجواز البيع لو فقد صاحبه وحفظه له على تقدير الزيادة (٨)، والاختلاف بينهما في كونه رهنا أو وديعة (٩) وغير ذلك من غير تقييد برهن مقبوض.

بل ذكر أحكامه التي ترتب على المقبوض على محض الرهن من غير ذكر القبض وعدمه، ولو كان شرطا لما كان ينبغي ذلك، بل يجب التفصيل لئلا يحصل الإغراء بالجهل ولهذا قالوا: ترك التفصيل في مثل ذلك دليل العموم. وبالجملة، صدق العقد - مع الأصل وعدم ظهور مانع، بل بعد ابطال مانعية الآية والخبر مؤيدا بما ذكرناه من الأخبار - دليل على عدم الاشتراط. فقول شارح المتن: وليس الاستدلال بمفهوم الآية، بل بالأصل وذكرت الآية لأنها دلت على جواز المقبوض فبقي الباقي تحته، ولأن حفظ المال واجب فكذا ما يتوقف عليه غير واضح. لما مر، ولأن الوجوب هنا غير ظاهر، ولهذا لا يجب أخذ الرهن فكيف

(١) المائدة - ١

(٢) عوالي اللآلي: ج ٢ ص ٢٥٨ حديث ٨.

(٣) لاحظ الوسائل باب ١ من كتاب الرهن.

(٤) لاحظ الوسائل باب ٨ منه.

(٥) لاحظ الوسائل باب ١١.

(٦) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب الرهن.

(٧) راجع الوسائل باب ١٧ من كتاب الرهن.

(٨) راجع الوسائل باب ٤ من كتاب الرهن.

(٩) راجع الوسائل باب ١٦ من كتاب الرهن.

قلناه فيتحقق اللزوم بالقصد والقبول ولا ينحصر أسبابه في القبض.
إلا أن يقال: إن هذا على القول بعدم الاشتراط كما هو ظاهرهما.
ولكن يضعف الاشكال حينئذ، إذ فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف
المالك بالبيع وغيره فيه، وقد حصل وإن لم يكن في قبضه، وما شرط عليه إلا الرهن
اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره.
وبالجملة ليس الاشكال إلا على مذهب الصحة بدون اللزوم ويمكن دفعه
أيضا كما مر.
وما أشبه هذا، بما إذا نذر أمرا جائزا مثل التدبير أو الوصية ثم فعل، فهل
يجوز الرجوع أم لا؟ فتأمل.
وظاهر أن المراد بالشرط هنا الأمر الذي لا بد منه لحصول المشروط،
لا الخارج المقدم على المشروط، والذي يجب حصوله قبله، وهو اطلاق شائع خصوصا
عند الفقهاء في مثل هذا الباب.
ثم إن الظاهر أن (١) القبض يشترط فيه إذن المالك إن قلنا: بلزومه من غير
قبض أو صحته كذلك، إلا أن يتسحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة
عليه من غير اشتراط إذنه.
وأما إن قلنا: بعدم الصحة إلا بالقبض، فإن لزمه الرهن الشرعي بوجه
شرعي لازم مثل إن شرط في عقد لازم أو بنذر وشبهه، فالظاهر عدم الاشتراط (٢)
لأنه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم، فلا يبعد الأخذ
من غير إذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع فلا أثر للإذن، إذ ليس له المنع.

(١) إن في القبض يشترط إذن المالك - خ.
(٢) يعني عدم اشتراط إذن المالك حينئذ.

وهو لازم من طرف الراهن خاصة.

نعم إن احتاج إلى التصرف في ماله يحتاج إلى الإذن إن لم يكن ويمكن الاحتياج لعموم عدم التصرف في مال الغير إلا بطيب نفس منه (١)، وله نظائر فتأمل. وإن لم يلزمه فالظاهر أن لا كلام في اشتراط الإذن، وقال في الدروس: ويتفرع عليه فروع - إلى قوله: الثالث لا بد فيه من إذن الراهن، لأنه من تمام العقد، فلو قبض من دون إذنه لغى.

الضمير في (عليه) راجع إلى القول باشتراط القبض، وفي (فيه) إلى القبض وظاهر هذه العبارة أن القبض شرط والإذن شرط فيه مطلقاً فتأمل. وقال في الشرائع: وهل القبض شرط؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح، ولو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد.

ومذهبه إن كان عدم الاشتراط في الصحة، بل في اللزوم فقط كما فهمه المشهور فالإذن هنا لا بد منه ولكن قوله: (لم ينعقد) غير موافق لمذهبه إلا أن يريد عدم اللزوم أو عدم انعقاد القبض.

والظاهر أن مذهبه هو الاشتراط للصحة لا للزوم فالإذن غير معلوم، وكذا عدم الانعقاد فتأمل، وحمله الشارح - بتكلف - على اللزوم وهو غير لازم. قوله: " وهو لازم من طرف الراهن خاصة " لما كان مقتضى العقد، اللزوم، كان مقتضى ذلك، اللزوم من الطرفين، إلا أنه لما كان الرهن لمصلحة المرتهن فكان من جهته جائزاً، ولازماً من جهة الراهن ليحصل له نائب مناب المال والوثيقة.

(١) عوالي الآلي ج ١ ص ٢٢٢ رقم ٩٨ و ص ١١٣ رقم ٣٠٩ و ج ٢ ص ٢٤٠ رقم ٦ و ج ٣ ص ٤٧٣ رقم ٣ طبع مطبعة سيد الشهداء بقم.

ويشترط كونه عينا مملوكة.

ودليله الإجماع المستند إلى ذلك، قال في التذكرة: وهو عقد لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن إجماعا فليس للراهن فسخ الرهن ويجوز للمرتهن فسخه.

قوله: " ويشترط كونه عينا الخ " يريد بيان باقي أركان الرهن وهي أربعة: (الأول) الصيغة وقد مرت.

(الثاني) الرهن الذي هو الوثيقة، اشترط كونه عينا من الأعيان المتعينة، فلا يصح رهن ما في الذمة، من الديون، ولا المنافع مثل سكنى الدار وخدمة العبد، دليل الأخير ظاهر، وهو أنه ليس شيئا موجودا يمكن استيفاء الدين منه، نعم يمكن استيفاء (١) شئ في وقت وينفذ، وهكذا، ولا يمكن بيعه وأخذ الحق منه عند إرادته.

ودليل الأول - إن قيل: بعدم صحة بيع الدين مطلقا، فذلك، وكذا إن قيل: باشتراط القبض قاله في التذكرة وإلا فالدليل عليه غير واضح. والأصل والعمومات يقتضي الجواز، وقد مر جواز بيعه وعدم اشتراط القبض.

على أنه قد يقال: بإمكان القبض في الجملة لأنه يجوز بيعه كما مر فيجوز قبضه، ويكفي لقبضه قبض فرد من أفراد ما يصدق عليه، ولا يجب كون المقبوض قبله مشخصا وهو ظاهر

وكونه أيضا مملوكة، سواء كان ملكا للراهن أو لغيره بإذنه، فلا يصح رهن مالا يملكه الراهن، وغير المأذون، والخمر إذا كان الراهن مسلما، وإن كان المرتهن ذميا وضعت على يدي ذمي، ووجهه واضح.

(١) الاستيفاء في وقت - خ.

يمكن قبضه.

ويصح بيعه.

فلا (١) ينعقد رهن الدين، لا المنفعة، ولا ما لا يصح تملكه وإن وضع المسلم الخمر على يد ذمي، ولا الطير في الهواء، ولا الوقف.

وكذا وجه كونه مما يمكن ويجوز قبضه لهما، فلا يصح رهن الطيور المملوكة الغير المعتادة للعود في الهواء، والسموك المملوكة في البحر، وكذا الخمر (الخمر خ) مع اسلامه وإن كان الراهن كافرا ووضع على يد ذمي وإن كان أخذ ثمنه جائزا بعد بيعه، فتأمل.

وفي جواز رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر تأمل، والأصل وعموم أدلة الرهن - إذ لم يسلم إليه - يقتضي الجواز.

ويمكن أن يقال: لا سبيل (٢) هنا، بل استيثاق، فإن لم يحصل حقه يبيعهما المالك أو وكيله فيعطى مال المرتهن.

ونفي السبيل ولزوم تسلط الكافر على المصحف - الذي ينافي تعظيم كتاب الله العزيز الواجب - يدل على المنع، ويؤيده القول بعدم جواز البيع عليه، ولعل الأول أظهر كما قال به المصنف بعيد هذا فتأمل.

ويشترط أيضا كونه قابلا للبيع فلا يصح رهن الوقف والخمر وإن كان متخذًا للتخليل. وقيل: يطهر ويحل ولو بعلاج بأن يطرح فيه خل أو عصير أو غير ذلك من الأعيان، سواء كان مايعا أو جامدا بالقصد وغيره بشرط أن يكون طاهرا، وهو

(١) قد تقدم توضيح كل واحد من هذه التفريعات في كلام الشارح قده عند كل واحد من الأصول فلاحظ

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - النساء - ١٤١.

المفهوم من التذكرة مع عدم نقله الخلاف إلا عن الشافعي، فإنه قال: لا يطهران
كان سبب التخليل ما يطرح فيه معللا بأن سبب النجاسة والتحريم هو الخمرية،
ويزولان بزوالها ضرورة زوال المعلول بزوال علته.
ورد استدلال الشافعي - بأن (١) ما وقع فيه ينجس ولا يطهر لعدم
الانقلاب، وسبب آخر ولا يمكن طهارة ما طرح فيه مع نجاسته مع كونه مايعا -
بأن (٢) المطروح فيه كالآنية (٣).
وهذا (٤) مشكل على تقدير نجاسة الخمر وعدم دليل خاص على طهارته مع
طرح شيء فيه، من إجماع وخبر صحيح صريح، فإن (٥) كان، وإلا فالظاهر قول
الشافعي، وقد مر في بحث الطهارة وسيجيء أيضا.
وقال أيضا في التذكرة: لو طرح العصير على الخل وكان العصير غالبا يتغير
الخل فيه عند الاشتداد، طهر إذا انقلب خلا لزوال المقتضي للنجاسة، وهو أحد
وجهي الشافعي والثاني أنه لا يطهر.
ولو كان الغالب الخل وكان يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس به، وبه
قال الشافعية.
وفي الأول تأمل إلا أن يكون منصوبا أو مجمعا عليه وليس (٦)، والثاني
جيد فتأمل.

-
- (١) بيان لاستدلال الشافعي.
(٢) بيان لرد استدلال الشافعي فراجع التذكرة ج ٢ ص ١٨.
(٣) يعني كما أن الآنية المنتجسة بالخمر تطهر بالتخليل تبعا فكذا المقام.
(٤) من كلام الشارح قدس سره.
(٥) إن كان دليل فهو وإلا فالقول قول الشافعي ظاهرا.
(٦) يعني لا منصوب ولا مجمع عليه.

ولا رهن أرض الخراجية أيضا وهي التي فتحت عنوة أو أسلم أهلها عليها بأن تكون الأرض مملوكة للمسلمين، وهم يتصرفون فيها ويعطون الخراج إلى الإمام عليه السلام ويصرفه في مصالح المسلمين، فإنه أجرة أرضهم. وجهه ظاهر إذا كانت منفردة عن البناء والغرس، فإنها ملك للمسلمين قاطبة وليس للراهن منها حصة معينة، بل له الانتفاع بأجرتها من جهة المصالح أو بالأرض بإذن الناظر ولا يمكن بيعها. وأما إذا كانت فيها الأبنية والأغراس، فظاهر جواز رهنهما بدونها إن لم تكن من أجزاء تلك الأرض وتوابعها. وأما ما (إذا خ) كانت منها أو رهننا معها فالظاهر عدم صحة الرهن فيها والأبنية منها وأما هما فيمكن صحة رهنهما إن أمكن بيعهما. قال في التذكرة: لا يصح رهن أرض الخراج (إلى قوله): وإن كان فيها بناء أو غرس، فإن كان البناء معمولا من ترابها فحكمه حكمها، وإن كان من غيرها جاز رهنه ورهن الغرس، وإن أفرد الغرس والبناء، بالرهن صح، وإن رهنه مع الأرض لم يصح رهن الأرض، فأما البناء والغراس فمبني على القولين في تفرق الصفقة، فإن قلنا: يفرق صح في الجائز منه، وإذا قلنا: لا يفرق - لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما - قدح الجميع، وإن قلنا: لا يفرق - لأن ذلك يؤدي إلى جهالة الغرض في الجائز منه - صح هنا فيما يجوز لأنه لا غرض فيه الخ (١). ويوجد في كثير من العبارات: يجوز بيعها تبعا للآثار من بناء أو غرس، ويجوز رهنها كذا قاله في شرح الشرائع مع منعه في المتن. وفيه تأمل واضح، فإنه كيف يجوز تبعية ما لا يجوز بيعه ورهنه بسبب جواز

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

ما يجوز فيهما ذلك إلا أن يقوم عليه دليل و حجة وليس على الظاهر سوى جواز التصرف وبيع الأثر ورهنه، ولعل عندهم دليلا وما رأيناه وقد مر البحث عن ذلك فتذكر.

والظاهر أنه لا يجوز اخراجها من الملك بوجه إلا جعلها مسجدا كما جوزه في الدروس وغيره.

ولعل وجهه أنه مصلحة من مصالح المسلمين مؤيدا بعموم أدلة جواز المسجد والترغيب في بنائه من غير قيد، وفعل الناس في زمانهم عليهم السلام من غير إذن سابق وبعدهم عليهم السلام إلى الآن من غير إنكار من العلماء والصلحاء ذلك.

ولعله لا يشترط هنا ملكية الجاعل مسجدا، أو يقال: إنه يصير قبله ملكا ثم يصير مسجدا كما قيل مثله في العبد (١) المأمور بعقته، ويؤيده أنه يجوز جعل الإمام عليه السلام إياه مسجدا أو ليس بملك له.

ويجوز بإذنه أيضا من غير التملك وقد مر البحث في ذلك فتأمل وتذكر. قوله: " ورهن المدبر الخ " الظاهر أنه لا نزاع في جواز ابطال التدبير ثم الرهن لأنه جائز عند الأصحاب.

والظاهر أيضا عدم جواز جعل خدمته رهنا لأنه من المنافع وقد اشترط العين وإن ورد رواية دالة على جواز بيع خدمته (٢) وقد عمل بها الشيخ (٣). ولو قيل به فلا يستلزم القول بجواز رهنها، إذ ليس كل ما يجوز بيعه يجوز

(١) يعني لو قال له قائل: أعتق عبدك عني فأعتقه يصير الأمر قبل اعتاق المأمور مالكا ثم يعتق من ملكه كي لا ينافي قوله عليه السلام: لا عتق إلا في ملك فكذا هنا فتأمل.
(٢) راجع الوسائل باب ٣ حديث ١ - ٣ - ٤ من كتاب التدبير الخ ج ١٦ ص ٧٤.
(٣) راجع الإستبصار ج ٤ ص ٢٩ قوله ره: فالوجه في الجمع الخ.

ويمضي رهن ملكه لو ضمه إلى ملك غيره ويقف الآخر على الإجازة.

ويصح رهن المسلم والمصحف عند الذمي إذا وضع (وضعهما خ) على يد مسلم.

رهنه، نعم العكس صادق.

وأما رهنه حال التدبير، هل يصح أم لا؟ وعلى تقدير الصحة هل يبطل التدبير أم لا؟ ففيه البحث وظاهر المصنف هنا والتذكرة الصحة مع البطلان. وفيه تأمل، إذ الظاهر الصحة مع عدم البطلان بعموم أدلة الرهن وجواز التصرف في المدبر، ولكن لما لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفاً، فإن بيع في الدين بطل تدبيره وإن لم يبع يبقى مدبراً.

ويؤيده أنه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحة الرهن لوجود التدبير قبله، وعلى تقدير بطلان التدبير بالرهن، إنما يبطل بعد اتمام الرهن، وصحته رهناً غير معلوم الصحة لورود العقد على المدبر الذي لا يجتمع رهنه مع تدبيره ولهذا بعينه قيل: بعدم صحة بيعه إلا بعد ابطال التدبير.

على أن البطلان بعد اتمام الرهن لم ينفع لوقوع الصيغة على المدبر، فالظاهر الصحة وعدم المنافاة فيبقى مدبراً مرهوناً، إلا أن يقال: يبطل قبيل الصيغة كما في العبد المأمور بعقده.

ولكن هناك قبل ذلك، للضرورة وليست هنا لعدم نص ولا إجماع. قوله: "ويمضي رهن ملكه الخ" دليله قد مر في البيع مع التأمل فتذكر ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن إلا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق إن صح.

قوله: "ويصح رهن المسلم الخ" أي العبد المسلم، قد مر دليله.

والمرتد وإن كان عن فطرة، والجاني عمداً أو خطأ.
وإنما يصح على دين ثابت في الذمة لا على ما لم يثبت وإن وجد
سببه كالدية قبل استقرار الجناية.

قوله: " والمرتد وإن كان عن فطرة الخ " عطف على المسلم أي ويصح
رهن العبد المرتد، دليله عموم أدلة الرهن مع عدم المانع، إذ ليس إلا الارتداد،
وليس بمانع، قد لا يقتل وإن وجب قتله ولم يخرج عن الملك فيبيع في الدين.
وكذا العبد الجاني، بل يزيد هنا أنه قد تعفى عنه، فإنه جائز، بل حسن
فيبيع في الدين.

ويمكن جواز تسليم المرتد إلى الذمي أي المرتهن الذمي المرتد، ويمكن العدم
لحرمة أصل الاسلام.

قوله: " وإنما يصح على دين ثابت الخ " إشارة إلى الركن الثالث، وهو
ما عليه الرهن واشترط كونه ديناً، فظاهره عدم جوازه على الأعيان الغير المضمونة
مثل الوديعة والعارية الغير المضمونة والمستأجرة، والمضمونة، مثل أن تكون مغبوبة
أو مستعارة مضمونة، ولا على درك الثمن أو المبيع لما يشعر به تعريف الرهن، المقدم
عن الشرائع حيث قيد بالدين.

لعل دليله الأصل، وعدم ثبوته إلا في المجمع عليه، وهي ليست كذلك.
وأن الرهن لاستيفاء الحق، ولا حق في الأولى (١)، ولا يمكن استيفاء العين
فيها وفي الثانية (٢) من الرهن أي شيء كان.
وفيه تأمل، إذ عموم أدلة الرهن يدفع الأصل وفي ثبوته حين الرهن تأمل
سيذكر.

(١) يعني في الأعيان الغير المضمونة لا يصح الاستيفاء من عين تلك الأعيان.
(٢) يعني لا حق للمرتهن في الأعيان المضمونة.

مع أنه قد يقال: الأصل تسلط المالك على ماله، والتصرف فيه بإذنه. وأن الاستيفاء أعم من أخذ العين المدفوعة أو المثل أو القيمة. ويمكن اعتبار صدق التعريف أيضا بوجه ما إن كان جائزا عند المعرف، فكأن الجواز في الثانية (١) أظهر، ولهذا قال في التذكرة: فالأقوى جواز الرهن عليها أي على الأعيان المضمونة. ويفهم منه عدم الخلاف في عدم الصحة على الأولى، لعدم الثبوت وعدم حق بحيث يستحق استيفائه. ويمكن باعتبار الأول إلى الثبوت بأن يقصر في الحفظ فيضمن. ولكن اشتراط الثبوت حال الرهن ينفيه وإن كان في تحققه في جميع الصور التي قالوه أيضا محل التأمل كما في العارية المضمونة، فإن لا يضمن إلا بعد التلف وسيجئ غيره فتأمل. وأما اشتراط الثبوت حال الرهن - إما بالفعل أو بالقوة، مثل زمن الخيار كما قاله في التذكرة - فكأن دليله أن ذلك ثابت إجماعا، قال في التذكرة، عقد الرهن، بعد ثبوت الحق وتقرره في الذمة إجماعا. ولا إجماع في غيره إلا أنك قد عرفت أن لا يحتاج إليه، ويكفي شمول عموم الأدلة والتسلط فتأمل. لعله إلى هذا نظر في التذكرة حيث قال: أما لو قارنه وامتزج الرهن بسبب ثبوت الدين، مثل أن قال: بعثك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به (إلى قوله): الأقرب الجواز. وقد مر التأمل فيه ولا يبعد، لعموم الأدلة وعدم ظهور مانع إلا اشتراطهم

(١) يعني في الأعيان المضمونة.

ويصح على مال الكتابة، فإن فسخ المشروطة للعجز بطل.
ولا ينعقد على مالا يمكن استيفائه منه كالإجارة المتعلقة بعين
المؤجر كخدمته ويصح في العمل المطلق.
وأن يجعل الرهن على دين، رهنا على آخر.

ذلك وهو غير ثابت بالدليل في محل النزاع، ولهذا تجد تجويزهم في الدرك على الثمن
والمبيع وغير ذلك فتأمل.

قوله: " ويصح على مال الكتابة الخ " وجهه ظاهر، وهو شمول الأدلة
مع وجود الشرائط، وكذا دليل بطلانه على تقدير فسخ المشروطة، بل هو أظهر، لأن
المال صار للسيّد ولا معنى كونه رهنا له وما بقي له شيء في ذمة العبد.
قوله: " ولا ينعقد على مالا يمكن الخ " يعني لا بد أن يكون ما يرهّن عليه
مما يمكن استيفائه من الرهن فلا يصح الرهن على مالا يمكن مثل خدمة شخص
معين، وكتابته وبناءه إذا استأجر أن يعمل ذلك بنفسه، إذ مع تعذر عمله لا يمكن
استيفاء ذلك من الرهن بوجه.

وأما إذا أمكن فيصح سواء كان عينا أو منفعة، مثل أن استأجر شخصا
على تحصيل كتابة كتاب معلوم بأجرة معلومة مطلقا فيثبت في ذمته تحصيل ذلك
ويمكن الرهن عليه لامكان استيفاء ذلك من الرهن فيصح الرهن على ما في الذمة عينا
كان أو منفعة ولكن في اطلاق الدين المشترط في الرهن، عليه تأمل وإن كان
باعتبار ما في الذمة، من الأجرة، ففي الحقيقة، الرهن إنما يكون على ذلك.
فيرد عليه أنه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص أيضا فتأمل.
فإن فيه مثل ما في الأعيان فإنه يمكن أن يكون معنى الاستيفاء أعم من أن
يكون مثلا أو قيمة.

قوله: " وأن يجعل الرهن الخ " يعني لا يشترط في الرهن كونه غير رهن على آخر

ويشترط في المتعاقدين جواز التصرف، ولولي الطفل الرهن وقبوله مع المصلحة دون اسلاف ماله أو اقراضه إلا مع الغبطة و (أو خ) الحاجة فيأخذ الرهن، ولو تعذر أقرض من الثقة.

كما أنه لا يشترط فيما يرهن عليه عدم الرهن عليه فيصح الرهن على دين آخر بعد أن كان رهنا على دين.

كما أنه يجوز الرهن عليه بعد أن كان عليه رهن آخر. فإن كان على دين أيضا للمرتهن ويعلمه صح، وإن كان لغيره فيحتاج إلى إذنه، فإن أذن فالظاهر صحته ولم يبطل الأول خصوصا إذا كان بحيث يمكن استيفائهما عنه.

بل يكون موقوفا ومتأخرا عن الثاني فإن بقي بعد استيفائه شيء يكون رهنا على الأول يستوفي ذلك منه كذا ذكره في التذكرة.

وليس ببعيد، ولو ذكر هذه في شرائط الرهن لكان أولى لأنه دفع لمذهب الحنفية أنه يشترط في الرهن كونه غير مرهون.

قوله: " ويشترط في المتعاقدين الخ " إشارة إلى الركن الرابع، وهو كون المتعاقدين جائزي التصرف كما هو شرط في سائر العقود وقد تقدم في البيع.

ويجوز كون العاقد وصيا ووكيلا ووليا مع المصلحة وإليه أشار بقوله: (ولولي الطفل الرهن الخ) يعني يجوز له أن يستقرض للطفل فيرهن، ما أرهن عليه، وإن لزم له مال في ذمة شخص يأخذ الرهن عليه مع المصلحة ولكن لا يسلف بماله ولا يقرضه إلا مع الغبطة بأن يحصل له نفع يعتد به مع الأمن عن التلف أو مع الحاجة بأن يكون في معرض التلف ولا يمكن ضبطه إلا بهذا الوجه فيسلف أو يقرض ويأخذ الرهن من الثقة الملي فإن تعذر الرهن يكتفي بالملاءة والثقة، ومع التعذر يسقط، ومع وجودهما يمكن تقديم

ويجوز للمرتهن اشتراط الوكالة له، ولغيره وتلزم.
ووضع الرهن على يد أجنبي.

الثقة ويحتمل الملي أيضا.
وبالجملة بحسب نظر الولي وظنه والعادة فتأمل.
وكان (١) الغبطة مغنيا عن الحاجة، جمعهما للتوضيح.
قوله: " ويجوز للمرتهن الخ " أي يجوز للمرتهن أن يشترط في الرهن كونه
وكيلا في البيع عند حلول المال وعدم أدائه وفي أخذه عن الرهن.
وكذا له أن يشترط ذلك لغيره، ومع الشرط يلزم الوكالة بمعنى أنه لا يجوز للراهن
عزله، ولكن للوكيل عزل نفسه خصوصا إذا كان لنفسه.
وفيه تأمل خصوصا إذا كان البيع وشرط الوكالة مصلحة للراهن أيضا أو كانت
لغيره فإنه يفوت الغرض من التوكيل.
ودليل اللزوم ما تقدم من أدلة لزوم الشرط في العقود اللازمة فلما كان الرهن
لازما من جانب الراهن فقط فكانت الوكالة أيضا - من جانبه فقط - لازمة، لا من جانب
المرتهن فله عزل نفسه.
وكذا الغير، فإنه لمصلحته فكأنه نفسه فلما رضي بكونه وكيلا فكأنه رضي جعله
كنفسه.

ويؤيده جواز عقد الوكالة إلا مع ثبوت اللزوم وهنا غير ثابت، ويحتمل
لدليل لزوم الشرط وخرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي فتأمل.
قوله: " ووضع الرهن على يد أجنبي " يعني يجوز وضع الرهن على يد
أجنبي برضاها كما يجوز وضعه على يد أحدهما.

(١) يعني قول الماتن ره إلا مع الغبطة والحاجة والحاجة كان ذكر الأول مغنيا عن الثاني وإنما جمعهما لأن
العطف تفسيري وتوضيحي لا مغاير.

فلو مات بطلت الوكالة دون الرهن.
ولو مات المرتهن لم ينتقل الوكالة إلى وارثه إلا مع الشرط.
ويسلمه العدل إليهما أو إلى من يتفقان عليه، ولو غابا سلمه إلى
الحاكم مع الحاجة، لا بدونها.

والظاهر عدم اشتراط إذن المرتهن في وضعه على يد الراهن، لأنه ملكه
وتحت يده، ولا ينافي تعلق حق الغير به كونه في يده سواء. في ذلك كون القبض
شرطا أم لا، إذ المراد بالقبض ما مر في البيع، وهو لا يستلزم الدوام وما شرطه أحد،
على الظاهر.

ويحتمل أن يكون عطفًا على الوكالة (١) وحينئذ يلزم كالوكالة.
قوله: "فلو مات بطلت الخ" أي لو مات الراهن أو الوكيل في بيع
الرهن في الدين وأخذه منه، تبطل الوكالة، كما تبطل بموت الموكل أو الوكيل في غير
الرهن على ما قد تقرر عندهم وسيجيء ولا يبطل الرهن بل ينتقل حق الرهانة إلى ورثة
المرتهن كما كان له.

قوله: "ولو مات المرتهن الخ" ذكره بعد إمكان فهمه مما سبق، لدفع
انتقال الوكالة إلى الورثة بدون الشرط وانتقالها معه.

عدم انتقالها واضح، للأصل، ويمكن الانتقال مع الشروط، لأدلة لزوم
الشروط، إذ الظاهر عدم المانع منه وكونه مشروعًا. فتأمل.

قوله: "ويسلمه العدل الخ" إشارة إلى كيفية تسليم الأجنبي الذي
وضع الرهن عنده، وعبر عنه بالعدل إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون ذلك عدلا،
لعدم الوثوق بغيره فيجب أن يسلمه إلى الراهن والمرتهن بأن وضعه في يدهما معا
أو يد من يرضيانه ولو كان أحدهما.

(١) يعني يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة واشتراط وضع الرهن الخ.

ولو دفعه مع الحاجة إلى غير الحاكم من دون إذنهما أو إذن الحاكم مع القدرة عليه ضمن. ولو وضعاه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما.

وهذا يشعر بعدم جواز تسليمه إلى الراهن فقط أيضا، فيفهم منه أن لا يكون له الحفظ وكون الرهن تحت يده إلا مع رضا المرتهن. وفيه تأمل، والظاهر الجواز كما مر، والاستصحاب وكونه مالكا، يقتضيانه، ويمكن حمله على شرط ذلك في الرهن فتأمل. ولو أراد التسليم ولم يمكن (١) إليهما لغيبتهما ونحوها، تسلمه إلى الحاكم مع الحاجة ولا يسلمه إليه مع الامكان، فإن تعذر - مع عدم امكانه عنده لخوف التلف من عنده أو حصول سفر ضروري - يمكن جعله عند ثقة، ويمكن عدم الضمان حينئذ معه ويحتمل جواز دفعه واعلام الثقة بذلك لئلا يفوت. ولو دفع إلى الحاكم - مع عدم الحاجة من دون إذنهما ويمكن معها أيضا مع امكان الإذن أو الدفع إليهما - يمكن الضمان كما يشعر به كلامه. وكذا مع الحاجة وعدمها إلى غير الثقة، وإلى الثقة أيضا بغير إذنهما وإذن الحاكم مع الامكان ومع الحاجة إلى الثقة أيضا مع امكان إذنهما أو إذن الحاكم أو الدفع إليهم. وبالجملة، لا يضمن بالدفع مع الإذن، وإلى الثقة مع الحاجة وعدم امكان الدفع إليهما وإذنهما وإذن الحاكم، وإلى الحاكم مع الحاجة وعدم امكان الإذن، وفي غيرها يمكن الضمان مطلقا وفي الإثم والضمان في بعض الصور، تأمل وسيجيء البحث عن ذلك. قوله: " ولو وضعاه على يد عدلين الخ " لو سلماه إليهما ولم يأذن الانفراد

(١) يعني لم يكن التسليم إلى الراهن والمرتهن.

"المطلب الثاني في الأحكام"
يقدم استيفاء دين الرهن منه وإن كان المديون ميتا وقصرت
أمواله فإن فضل شيء صرف في الدين (لديون خ).
ودين المرتهن على غير الرهن، كغيره، ولو أعوز ضرب مع
الغرماء بالباقي.

لكل منهما، فهما معا مودعان، فيجب النظر والحفظ عليهما معا إلا أن لا يمكن إلا عند
أحدهما والنظر له فقط، فينفرد كل منهما بإذن الآخر ويتساويان.
قيل: ولا يسلم أحدهما إلا بإذن الآخر.

والظاهر أن لأحدهما فقط التسليم إليهما، وإلى من يتفقان عليه، بل يجب
فوراً من دون انتظار الآخر، لأن المال لهما وليس للآخر إلا حفظه لهما بإذنهما، فإذا
أرادا أخذ مالهما، فلهما أخذه من دون إذنهما (١)، فللعالم بذلك التسليم فلا يجوز
منعهما، نعم يمكن ذلك للاشهاد ونحوه فتأمل.

قوله: "المطلب الثاني الخ" يعني من أحكام الرهن وفوائده أن الدين
الذي عليه الرهن، مقدم على سائر الديون في استحقاق استيفائه من الرهن سواء
كان صاحبه حياً أو ميتاً، وفي ماله وفاء لديونه أم لا فيؤخذ بمقداره من الرهن إن
وسع ولو بقي شيء فهو لسائر الغرماء إن كان دين وإلا فللوصية أو الإرث وإن لم
يسعه فصاحبه مثل سائر الغرماء في الفاضل.
ودين المرتهن الذي لا رهن عليه، مثل سائر الديون وهو ظاهر كضربه مع
الغرماء في الفاضل.

وأما الدليل على تقديمه على سائر الغرماء فالظاهر أنه إجماعي في الحي،

(١) يعني من دون إذن العدلين اللذين وضع الرهن عندهما.

مستنده كون ذلك من خصائص الرهن، فإن الدين المتعلق بالرهن لا محالة، له تعلق الاستيفاء وإن ذلك من فوائده التي شرع لها. والمشهور أنه على تقدير كونه ميتا وقصور ماله عن ديونه أيضا، كذلك وإن خالف فيه البعض، وإليه أشار بقوله: " وإن كان المديون ميتا الخ ". ودليله أنه استحق الاستيفاء من الرهن قبل تعلق سائر الديون بالأموال والتركة فلا يشاركه أحد. ودليل الشركة حينئذ إن المال بعد الموت إما أن يصير للغرماء أو يتعلق به الديون والكل دين والفرض عدم الكفاية فيجب القسمة بالحصص. ويؤيده الأخبار، مثل ما في مكاتبة سليمان بن حفص المروزي، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئا إلا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء؟ فكتب عليه السلام: جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص الحديث (١). وقريب منه رواية عبد الله بن الحكم عنه عليه السلام (٢). ودلالتهما صريحة، ولكن سندهما غير صحيح، غير أنني ما وجدت حديثا يدل على المشهور إلا أنه مشهور، بل قد لا يذكر الخلاف ووجهه لا يخلو عن قوة. ثم اعلم أنه قد يختلج التأمل في اختصاص المرتهن بالرهن بعد الحجر بالفلس، بل قبله أيضا في تخصيص بعض الديان ببعض دون البعض وإن كان

(١) الوسائل باب ١٩ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ١ من كتاب الرهن، والأولى نقل متن الحديث، عن عبد الله بن الحكم (الحكيم خ ل) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون، وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين؟ قال: يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص.

والمرتهن أمين لا يضمن إلا بالتعدي ولا يسقط بتلفه شيء من الحق.

المفهوم من شرح الشرائع (١) الاجماع على الاختصاص بالرهن حال الحياة وجواز تخصيص بعض الديان بتمام ماله وكون الاختيار إلى المالك في الترجيح مع عدم الحجر، وأنه إنما التعارض والنزاع بعده. لما يفهم من الرواية عدم الاختصاص فلا فرق بين الحي والميت. ولأن الكل مما يجب أن يؤدي عوضه، فجواز الترجيح - من غير مرجح وإعطاء البعض الكل، وجعل غيره محروما بالكلية - لا يخلو عن شيء، ولهذا شرع الحجر.

وإن كان كونه مالكا وله التسلط على ملكه بما يريد يقتضي أن يكون له أن لا يعطي واحدا منهم ويصرفه في غيرهم على طريق الهدية والهبة. ولكن فيه تأمل من جهة وجوب الصرف إلى الديان بلا خلاف مع الطلب.

فالظاهر أنه يدل على تحريم صرفه في غيره لأنه ضد، وعدم صحته أيضا، إذ الغرض من النهي وصول المال إلى الديان، وهو لا يتم إلا مع فساد الاعطاء للغير وعدم تملكه فهو الظاهر فتأمل.

قوله: " والمرتهن أمين الخ " دليل عدم الضمان حينئذ وعدم سقوط شيء من الحق بتلف المرهون، هو الأصل، وأن المرتهن بمنزلة الودعي فلا وجه للضمان والأخبار، مثل صحيحة جميل بن دراج، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن؟ قال: هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه

(١) حيث قال عند شرح قول المحقق ره: " والمرتهن أحق باستيفاء دينه): ما هذا لفظه: يتحقق التعارض في الحي إذا كان مفلسا محجورا عليه، إذ بدونه يتخير في الوفاء، والخلاف في تقديم المرتهن على غرماء الميت وقد

روي حينئذ أنه وغيره سواء، والأقوى تقديمه مطلقا لسبق تعلق حقه بالعين (انتهى) المسالك ج ١ ص ٢٣٠.

بماله (١).

وحسنة الحلبي، في الرجل يرهن عند الرجل الرهن فيصبيه توى (٢) أو يضيع (ضياح ثل)؟ قال: يرجع بماله عليه. ويدل عليه أيضا رواية عبيد بن زرارة، وكذا مرسله أبان عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل رهن عند رجل دارا فاحترقت أو انهدمت؟ قال: يكون ماله في تربة الأرض، وقال في رجل رهن عنده مملوك فجذم أو رهن عنده متاع فلم ينثر (فلم ينشر خ ثل) المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فتأكل (٣) هل ينقص من ماله بقدر ذلك؟ قال: لا، والأخبار في ذلك كثيرة جدا. ولكن روي أخبار يضادها مثل صحيحة أبي حمزة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام في الرهن يترادان الفضل؟ قال: كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادان؟ فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوي، رد الراهن ما نقص من حق المرتهن، قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (٤).

وموثقة ابن بكير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك، أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله وهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء.

-
- (١) أورده واللذين بعده في الوسائل باب ٥ حديث ١ - ٣ و ٩ من كتاب الرهن.
(٢) والتوى مقصورا ويمد هلاك المال (مجمع البحرين).
(٣) في الوسائل نقلا من الصدوق ره: فأكل يعني أكله السوس.
(٤) أورده والذي بعده في الوسائل باب ٧ حديث ١ و ٣ من كتاب الرهن.

وحملت علي ما إذا فرط المرتهن وقصر وتلف في يده، وذلك غير بعيد للجمع، ولعدم (صراحتها ظ) في ضمان المرتهن مع عدم التفريط. ويؤيده أخبار مثل مرسله أبان عمن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه علي الراهن فأخذه، فإن استهلكه ترادا الفضل بينهما (١). وعليه يحمل صحيحة إسحاق بن عمار - وإن كان فيه قول - قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فهلك، أعلى الرجل أني يرد علي صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل وضيعه، قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: علي حساب ذلك، الحديث (٢).

ويؤيد الحمل قوله: (ضيعه). وكذا رواية سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا ارتهنت (رهنت خ) عبدا أو دابة فماتا فلا شيء عليك، وإن هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن (٣). فكأنه يريد هلاك الدابة بتفريطه، وإلا فيصير منافيا لقوله: (فماتا فلا شيء عليك) ويحتمل أن يكون بمعنى (أهلك) وكذا كون الإباق بتفريطه وعدم حفظه والشهرة يؤيده بل الاجماع على الظاهر حيث ما نقل الخلاف، والاحتياط واضح.

وقول: (٤) (ولا يسقط) بعد قوله: (لا يضمن) للإشارة إلى رد هذه الرواية

-
- (١) الوسائل باب ٥ حديث ٧ من كتاب الرهن.
 - (٢) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الرهن.
 - (٣) الوسائل باب ٥ حديث ٨ من كتاب الرهن.
 - (٤) يعني المصنف.

ولو تصرف ضمن العين إن تلفت بالمثل في المثلي، والقيمة يوم
التلف في غيره والأجرة.
وله المقاصة لو أنفق.

للتأكيد، وهو ظاهر.

قوله: " ولو تصرف ضمن الخ " يعني لو تصرف المرتهن الذي كان أمينا
في الرهن تصرفا غير مأذون فيه، خرج عن كونه أمينا، بل صار غاصبا ضامنا،
فيضمن المثلي بالمثل والقيمي بقيمته، ويضمن أجرته أيضا - من يوم تصرف إلى
حين تلفه أو تسليمه إلى مالكة - إن كان مما له أجرة ومضى زمان يقتضيها، سواء
استوت النفقة أم لا.

دليله هو أنه بعده خرج عن الأمانة، وهو ظاهر فيضمن كسائر المتصرفين
غير الأمناء في أموال الناس بدليله كالأجماع ونحوه.
وأما كون القيمة يوم التلف فكأنه مبني على أن التصرف كان متلفا وإلا
يحتمل أعلى القيم، لأنه بالحقيقة صار غاصبا ويقولون فيه بذلك.
إلا أن الظاهر هو القيمة يوم التلف فيه أيضا، لأنه حين لزوم القيمة عليه
إلا أن ينقص منه ماله قيمة مثل صوف وسمن فيضمن ذلك أيضا لا القيمة السوقية،
لما يظهر من الاجماع على عدم ضمانها وأخذ الغاصب بأشق الأحوال في الدنيا
لا دليل عليه.

قوله: " وله المقاصة لو أنفق ": الظاهر أن للمرتهن، الرجوع على الراهن
بما أنفق على الرهن بما هو واجب عليه بشرط عدم كونه متبرعا فينبغي إذنه، فإن
تعذر فأذن الحاكم وإلا، الاشهاد، وإلا، القصد فقط.
وأما المقاصة به من مال الراهن رهنا كان أو غيره، فالظاهر أنه مشروط
بشروطها كما في غير الانفاق.

ويمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع، وأن يراد شرب اللبن وركب الظهر

وللمرتهن الاستيفاء لو خاف الجحود من غير إذن من الراهن ووارثه.

كما في رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركبه نفقته، والدر يشرب إذا كان مرهونا، وعلى الذي يشرب نفقته (١). ويمكن - مع ضعفها - حملها على الإذن ولو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم، وعلى المساواة بين النفقة والركب والشرب وعدم حصول الإذن ثم التراضي وكذا صحيحة أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بماله، أله أن يركبهما (يركبه يب)؟ فقال: إن كان يعلفهما (يعلفه يب) فله أن يركبهما (يركب يب)، وإن كان الذي رهنهما (رهنه يب) عنده يعلفهما (يعلفه يب) فليس له أن يركبها (يركبه يب) (٢). قوله: " وللمرتهن الاستيفاء الخ " يعني له أن يأخذ دينه من الرهن من غير إذن الراهن، ومن غير إذن وارثه بعد موته إن خاف جحودهما خوفا، سواء أمكن له الاثبات عند الحاكم أم لا، لإمكان الحرج وتوجه اليمين هذا ظاهر المتن.

ويمكن أن يكون خوفا مظنونا بقرائن، لا مجرد الوهم. وأيضا يمكن تقييده بعدم البينة المقبولة أو عدم إمكان الاثبات عند الحاكم، لعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بأذنه، وخرج صورة عدم الامكان للضرورة والاجماع وبقي الباقي.

ورواية (٣) سليمان بن حفص المروزي، قال: وكتبت إليه: في رجل مات

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٣) قوله قده: ورواية مبتدأ وخبره قوله قده: تشعر.

ولو ظهر للمشتري من المرتهن أو وكيله عيب رجع على الراهن،
ولو كان الرهن مستحقا رجع على المرتهن القابض.

وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا، وإن عنده رهنا؟ فكتب عليه السلام: إن كان له على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله مما (بما خ ل) في يده وليرد الباقي على ورثته (١) (الحديث) تشعر باشتراط عدم امكان الاثبات، لكنها غير صريحة ولا صحيحة وقد مر ما يدل على الحكم فتذكر.

والأولى إذن الحاكم إن أمكن.
والظاهر أنه لا يشترط عدم البينة وعدم امكان الإثبات عند الحاكم، لما مر من دليله، واحتمال أول (٢) الأمر إلى التفويت ولا يفوت من الغريم شيء، فتأمل.

قوله: " ولو ظهر للمشتري الخ " يعني لو اشترى شخص الرهن، من المرتهن الذي هو وكيل للراهن أو من وكيل آخر ثم ظهر فيه عيب موجب للخيار في الفسخ وفسخه، يرجع المشتري على الراهن لا الوكيل.
وجهه ظاهر، وهو أن الوكيل واسطة في ايقاع البيع، وإنما المال له فيجب أن يرد إليه الرهن ويسترد منه الثمن.
وكذا في أرش النقص لو لم يفسخ وهو ظاهر.

بخلاف ما لو خرج الرهن مستحقا للغير وحينئذ يرد المال إلى صاحبه ويرجع بالثمن إلى المرتهن إن قبضه إياه، وإلا فإلى من قبضه راهنا أو وكيله، لأنه لا وكالة في الغصب ولا يلزم أحدا شيء إلا بقبضه، فلا يلزم إلا القابض، وهو أيضا ظاهر، ولا فرق في ذلك كله بين الرهن وغيره.

(١) الوسائل باب ٢٠ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٢) يعني يحتمل أداء الأمر - لو اشترط عدم البينة وعدم امكان الاثبات - إلى تفويت حق المرتهن.

والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن.

قوله: " والراهن والمرتهن الخ " تحريم مطلق التصرف - للراهن والمرتهن إلا بإذن الآخر - ظاهر، لأن الحق لهما، وهو في المرتهن أظهر، لأنه ليس ماله، ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف وهو ظاهر. والدليل عليه من العمومات قائم.

ويدل عليه أيضا بعض الروايات بالخصوص، مثل موثقة عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل رهن رهنا إلى غير وقت، ثم غاب، هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتى يجيء (١).

وموثقة ابن بكير - له - وهو عبد الله بن بكير الثقة الفطحي، - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن رهنا ثم انطلق فلا يقدر عليه أبيع الرهن؟ قال: لا حتى يجيء صاحبه (٢).

وهما يدلان على جواز الرهن من غير تعيين وقت ووكالة في البيع، وعلى منع البيع على تقدير التعذر أيضا، فتأمل.

والظاهر أن عدم جواز تصرفه مما لا خلاف فيه إلا أن حصول الإثم بمجرد قوله: (بعث) مثلا، مشكل، فيحتمل عدم الصحة فقط.

وأن تصرفه بالإذن يجوز، وقبل الإذن يصح أيضا مع القول بالفضولي. والظاهر عدم القول به في العتق لقولهم عليهم السلام: لا عتق إلا في ملك (٣)، ويمكن الجواز والتأويل كما في (لا يبيع إلا فيما يملك) (٤).

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٣ من كتاب الرهن.

(٣) راجع الوسائل باب ٥ من كتاب العتق ج ١٦ ص ٦ وعوالي الآلي ج ٢ ص ٢٩٩ رقم ٤.

(٤) راجع الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع ج ١٢ ص ٢٥٢ و ج ٣ ص ٤٢١ رقم ٣ وعوالي الآلي ج ٢ ص ٢٤٧ رقم ١٦.

وأما الرهن، فدلّيل منعه - عما يخرجّه عن الرهن كالبيع والعتق أو ينقصه مثل إجارة الدار مع الغرض - ظاهر، سواء كان ذلك التصرف قولياً أو فعلياً. وأما ما لا ينقصه مثل تزويج العبد مع الغرض فغير معلوم الدليل إلا أن يكون اجماعاً، وهو غير ظاهر، وكذا ملاءمة أمته المرهونة وتعليمها الصنعة، بل وطئها مع تحقق عدم الحمل يقيناً أو ظناً قريباً منه.

بل وردت روايات معتبرة بجواز وطئها للرهن إن تمكن، مثل حسنة الحلبي - لإبراهيم - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن جاريتة عند قوم أيحل له أن يطأها؟ قال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها (ذلك كما)، قلت: رأيت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم لا أرى هذا عليه حراماً (١).

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل رهن جاريتة قوماً أله أن يطأها؟ فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها فقلت: رأيت إن قدر على ذلك خالياً؟ قال: نعم لا أرى بذلك بأساً (٢).

ويؤيده عدم وقوع ما ينافيهما في الروايات على ما رأيت، وإن كان (٣)، فيمكن حملهما على ما لا ضرر فيه من الحمل وغيره مثل كونها صغيرة وآيسة، وحاملاً من الزنا.

وبالجملة المنع مطلقاً غير ظاهر الوجه كما هو ظاهر أكثر العبارات خصوصاً عن الوطاء ومثله وأقل منه ضرراً وما لا ضرر على الرهن مثل الاستخدام ولبس الثوب إذا لم ينقص ولا يضر وسكنى الدار وركوب الدابة واستكتاب المملوك كذلك.

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الرهن.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الرهن.

(٣) يعني وإن كان في الروايات ما ينافيهما فيمكن حمل هاتين الروايتين الخ.

نقل عن التذكرة جواز مثله عن الشافعي ومالك، والمنع عن أبي حنيفة والشيخ.

قال الشيخ: وأما استخدام العبد المرهون وركوب الدابة المرهونة وزراعة الأرض المرهونة وسكنى الدار، فإن ذلك غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين. وهذا يشعر بعدم الخلاف عندنا، بل الاجماع فتأمل.

ثم قال: ويمكن الاحتجاج للأول بقوله عليه السلام: (والظهر يركب إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته (١)، وروي أن الرهن محلوب ومركوب (٢). ومن طريق الخاصة رواية السكوني المتقدمة عن الصادق عليه السلام (٣)، وحملها على الراهن.

والظاهر أن المراد المرتهن ويحتمل الأعم كما هو ظاهر اللفظ، وقريب منها صحيحة أبي ولاد المتقدمة (٤).

ثم قال: ولأن التعطيل ضرر منفي بالأصل، وبقوله عليه السلام: لا ضرر ولا اضرار (٥)، فعلى هذا القول يجوز سكنى الدار وركوب الدابة واستكتاب العبد ولبس الثوب إذا لم ينقص باللبس الخ.

وهذا يشم منه رائحة الجواز عنده، فتأمل.

-
- (١) الظاهر أن هذا الحديث هو خبر السكوني المتقدم.
- (٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٨ باب الرهن ومتن الحديث هكذا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قال: لبن الدار يحلب بنفقته إذا كان مرهونا والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويحلب، النفقة. وعوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٠ رقم ٩٢ و ج ٣ ص ٢٣٤ رقم ٢.
- (٣) راجع الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من كتاب الرهن.
- (٤) راجع الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الرهن.
- (٥) عوالي اللآلي ج ١ ص ٣٨٣ رقم ١١ و ج ٢ ص ٧٤ رقم ١٩٥ و ج ٣ ص ٢١٠ رقم ٥٤ طبع مطبعة سيد الشهداء قم.

ولو أذن أحدهما للآخر صح، وإلا وقف على الإجارة إلا أن يعتق المرتهن.
ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة، ففي كونه إجازة للبيع نظر.
ولو أحبلها الراهن فهي أم ولد، ولا يبطل الرهن، وفي جواز بيعها قولان.
ولو أذن المرتهن في البيع فباع بطل الرهن ولم يجب رهنية الثمن.
ولو أذن الراهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعده.

قوله: " ولو أذن أحدهما للآخر الخ " جواز التصرف بالإذن ظاهر، والتوقف على الإجازة مبني على جواز الفضولي في تصرف المرتهن، وعدم جوازه في العتق مبني على عدم جواز الفضولي فيه كما مر، وقد تقدم فتأمل.
وكذا تصرف الراهن، بل أولى منه، لأن المال له وكان للمرتهن، المنع لتعلق حقه به، فإذا جاز الفضولي فللراهن بالطريق الأولى فتأمل.
قوله: " ولو باع الراهن الخ " وجه النظر ظاهر، ولكن كونه إجازة أظهر، لأن الشفعة مسبقة ببيع صحيح، وهو فرع رضا المرتهن فطلبها يدل على رضاه بالبيع، هو ظاهر إلا أن يكون جاهلاً فينبغي العدم وسماع دعواه به إن أمكن.
قوله: " ولو أحبلها الراهن الخ " وجه كونها أم ولد، هو صدق تعريفها، ووجه عدم البطلان عدم المنافاة، ووجه القولين وجودهما.
والظاهر ترجيح الرهن والجواز البيع لسبقه وكثرة دليله وعدم ظهور شمول دليل عدم بيعها، لما نحن فيه، فتأمل.
قوله: " ولو أذن المرتهن الخ " عدم جواز تصرف المرتهن في الثمن قبل الأجل ظاهر لأنه ما يستحق الأخذ إلا بعد حلوله، فقبله ما لم يصرح المالك به، لم يجز.

وإذا حل الأجل باع المرتهن إن كان وكيلا، وإلا، الحاكم.

وأما الجواز بعده فكأنه مفهوم من الإذن في البيع والتوكيل، فإن فائدته جواز التصرف في الثمن.

ويحتمل توقفه بعده أيضا على الإذن، لأن التوكيل في البيع لا يستلزم جواز أخذ الثمن والتصرف فيه، وهو ظاهر إلا أن يدل عليه بشئ فكأنه المراد، ولكن الفرق بين قبل حلوله وبعده لم يظهر.

إلا أن يقال: التصرف بعد الحلول يفهم من التوكيل في البيع وأخذ ماله، فإنه ينصرف إلى وقت الاستحقاق لا قبله أو يخصص بما إذا كان الثمن من جنس الدين فيحوز الأخذ من غير إذن كما قيل مثله فيما إذا كان في ذمة المديون مثل الدين يقع على التقاص من غير تراض وفي الأصل والتساوي تأمل فتأمل. قوله: " وإذ حل الأجل باع الخ " جواز بيع المرتهن حال الحلول مع الوكالة ظاهر.

وأما بيع الحاكم مع العدم، فكأن المراد مع غيبة المالك، وظهور الأمر عنده، وطلب المرتهن ذلك.

ويحتمل مع حضوره أيضا إذا امتنع من البيع وأداء الدين كما يفعل ذلك في سائر الحقوق، لما روي، عن أمير المؤمنين عليه السلام رواه عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه (فيقسم خ قسم خ) بينهم - يعني ماله - (١).

ولرواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: الغائب يقضى عنه إذا قامت البينة عليه ويبيع ماله ويقضى (عنه خ) وهو عنه غائب ويكون

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٦.

ويبطل الرهن بالاقباض والابراء واسقاط حق الرهانة.
ولو شرط إن لم يؤد في المدة كان مبيعا بعدها، بطل وضمن بعد
المدة لا فيها.

الغائب على حجته إذا قدم، ولا يدفع المال إلى الذي أقام البينة إلا بكفلاء إذا لم
يكن مليا (١).

والظاهر أن الذي يفعله هو الإمام عليه السلام أو نائبه الذي هو بمنزلة
وكيله ووكيل الغائب والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم، بل يمكن
الوجوب كما يفهم من التذكرة وتقدم في فروع الدين.
ويفهم وجوب الكفيل - مع عدم الملائمة - من الرواية، وتخصيصها بمال
الغائب لملاحظة جانبه، بل ينبغي الكفيل مع الملائمة أيضا وكونه أيضا مليا، وإرادة
الضامن من الكفيل في الرواية، لأنه مع اعسار الغريم، ما ينفع الكفيل وهو ظاهر.
قوله: " ويبطل الرهن الخ " أي يبطل الرهن ويخرج عن الرهانة
باقباض الراهن أو غيره دين المرتهن الذي - عليه الرهن - إياه، وبإبراء المرتهن الراهن
عن دينه، وباسقاطه حق الرهانة.

والأولان ظاهران، ودليل الثالث أنه حق له يقبل الاسقاط كسائر الحقوق
فيسقط به فهو بمنزلة فسخ عقد الرهن، بل عينه الجائز له، وهو أيضا ظاهر.
قوله: " ولو شرط إن لم يؤد الخ " أي لو شرط في عقد الرهن إن لم يؤد
الدين - في مدة معينة كان الرهن مبيعا بذلك الدين - بطل الرهن والشرط معا لأنه
لا شك في بطلان هذا الشرط عندهم لعدم الصيغة وللتعليق المانع من صحة البيع.
ولأن الأصل عدم الانتقال، وما وجد هنا السبب، إذ لا سبب هنا إلا
البيع ولا بيع، إذ ليس الموجود إلا عقد الرهن.

(١) الوسائل باب ٢٦ نحو حديث ١ بالسند الثالث من أبواب كيفية الحكم ج ١٨ ص ٢١٦.

ولو رهن المغصوب عند الغاصب صح ولم يزل الضمان.

ولأنه لا يصح كون شيء واحد رهنا على دين شخص ومبيعا له، وهو ظاهر.

وببطلان الشرط يبطل المشروط، وهو أيضا ظاهر، إذ ما وقع التراضي الذي هو شرط الصحة إلا على وجه لا يصح، فلا يصح. وأما عدم الضمان في المدة، والضمان بعدها، فهو مبني على ما تقرر عندهم من أن كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاსده وما يضمن بصحيحه يضمن بفاსده، فلما كان في المدة مقبوضا بالرهن فاسد وهو مما لا يضمن بصحيحه فلا يضمن بفاსده، وبعدها لما كان مقبوضا بالبيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فيضمن بفاსده.

وهذه القاعدة مشهورة في عبارتهم ولا نعرف دليلها، فكأنها مجمع عليها، وليس بواضح مع أنه قد يقال هنا: إنه كان مقبوضا عنده بالرهن الفاسد الذي مما لا يضمن به فبقي عنده على هذا الوجه، نعم لو طلب ولم يعطه ومنعه - لأنه هو مبيعه أو أخذ بذلك القصد - يمكن ذلك فتأمل.

قوله: " ولو رهن المغصوب الخ " دليل صحة رهن المال المغصوب عند الغاصب - وإن كان قبل أخذه منه - ظاهر وهو وجود شرائط صحة الرهن. وأما عدم زوال الضمان، فكأنه للاستصحاب، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي (١).

ولا منافاة بين الرهن والضمان، فإن المرتهن أمين لا يضمن إذا لم يكن غاصبا، ومعه يكون ضامنا.

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٤٤ رقم ١٠٦ و ص ٣٨٩ رقم ٢٢ و ج ٢ ص ٣٤٥ رقم ١٠ و ج ٣ ص ٣٤٦ رقم ٢ و ص ٢٥١ رقم ٣ طبع مطبعة سيد الشهداء قم.

وفوائد الرهن، للراهن، ولا يدخل الحمل في الرهن وإن تجدد على رأي.

ويحتمل زواله كما قيل، لأن سبب الضمان هو كونه غاصبا ومتصرفا في مال الغير بغير إذنه فإذا رضي بالرهن وكونه عند الغاصب صار يده عليه بإذن المالك ورضاه وزال الغصب والتعدي، وهو ظاهر - ولهذا، غير مكلف بالاعطاء ويصح عباداته المنافية للأداء في أول الوقت - وبزوال علة الضمان يزول، كما هو مقتضى العلية.

وكون مجرد الأخذ ظلما، سببا له دائما - حتى بعد الرضا بكونه عنده - غير معلوم.

ودلالة - على اليد ما أخذت (١) - عليه غير ناصة بحيث لا يقبل التخصيص مع أن سنده أيضا غير ظاهر.

ولأنه (٢) حينئذ هو بمنزلة الوكيل والودعي، ولعله الأصح، ولما مر مؤيدا بالأصل فتأمل.

قوله: " وفوائد الرهن للراهن الخ " وذلك واضح لأنه نماء ملك شخص يكون له حتى يتحقق الناقل، وعقد الرهن لا يقتضي ذلك، وهو ظاهر.

ويد عليه الخبر (٣) أيضا، ويمكن كونه مجمعا عليه، بل لا يقتضي كون ذلك رهنا أيضا لعدم تحقق ما يقتضي ذلك مع تحقق الأصل المتقضي للعدم ومنها الحمل وإن تجدد في وقت كون أمه رهنا، لما مر.

وأما عدم دخول الموجود حال الرهن، فهو ظاهر، ولهذا أشار إليه بالطريق

(١) تقدم آنفا ذكر محل هذا الحديث.

(٢) الظاهر كونه عطفًا على قوله قده: لأن سبب الضمان وكذا قوله قده: ولما مر فالمناسب حينئذ تقديم هذه الجملة على قوله: ولعله الأصح كما لا يخفى.

(٣) راجع الوسائل باب ٨ وباب ١٠ من كتاب الرهن.

وإذا قضى دين الرهن لم يجز إمساكه على الآخر.
ولو رهن غير المملوك بإذن مالكة صح وضمن قيمته.
ولو بيع بأزيد طالبه المالك بالزيادة.

الأولى لأنه حال وجوده كسائر أموال الراهن فلا يصير رهنا إلا مع التصريح به كما في بيع أمه على المشهور (١).
قوله: " وإذا قضى الخ " دليل عدم جواز إمساك الرهن لدين آخر
للمرتهن - بعد أن قضى دينه الذي كان الرهن عليه - ظاهر لأنه فكه مما رهن عليه
ولم يرهنه على غيره فلا يكون رهنا، ولا يجب الارتهان رأسا، لما تقدم من عدم الرهن
على المال.
قوله: " ولو رهن غير المملوك الخ " دليل صحة رهن مال الغير بإذنه
ظاهر، وهو إذن المالك المتسلط على ماله بما يجوز، ولا شك أن ذلك جائز ومجمع
عليه، بل يستحب لقضاء حاجة المسلم وإدخال السرور وإزالة الكرب فيترتب
عليه أحكام الرهن فيلزم العارية ويضمن الراهن مطلقا، ويبيع عند الحلول،
ويؤخذ منه الدين، لأنه رهن.
وأما الذي يجب على رهنه لمالكة إذا لم يكن باذلا بلا ضمان، فالظاهر أنه
أكثر الأمرين من قيمته يوم بيعه وما يبيع به، لأن الزائد على قيمته مال المالك أيضا
لأنه من ثمن ملكه، وهو ظاهر.
ويجوز بيعه بأقل بعد الاستيدان، بأنه يبيعه بما يشتري، وعليه القيمة.
وقول المصنف: (وضمن قيمته) مبني على أن الغالب أنه لا يبيع بأقل من
قيمه وعدم وجود ذلك الإذن، بل لا يجوز ذلك إلا مع إذن المالك وحينئذ، الظاهر

(١) وأما وجه الأولوية فلأنه لو لم يدخل الحمل المتجدد في الرهن فلأن لا يدخل الحمل الغير المتجدد،
بالطريق الأولى.

ولو غرس الراهن أجبر، على الإزالة.
ولو رهن ما يمتزج بغيره كاللقطة من الخيار صح وكان شريكا
إن لم يتميز.
وحق الجناية مقدم، فإن أفتك المولى في الخطأ بقي رهنا.

أن ليس إلا ما بيع إلا مع ضمان الراهن الزيادة، وبالجملة يرجع كلامه إلى أنه
يضمن أكثر الأمرين المذكورين.
قوله: " ولو غرس الراهن الخ " أي لو غرس الراهن في الأرض المرهونة
بغير إذن المرتهن أجبر على إزالة غرسه، ودليله واضح.
فلو لم يفعل فالظاهر أن له الإزالة من غير ضمان ما ينقص بها إلا أن يتعدى
من مجرد الإزالة عن المتعارفة.
ويحتمل أن يرفع إلى الحاكم، ومع التعذر يزيل بنفسه وهو أحوط خصوصا
إن لم يفت نفع بذلك.
وكذلك لو غرس المرتهن أيضا.
قوله: " ولو رهن ما يمتزج بغيره كاللقطة من الخيار (١) صح وكان
شريكا إن لم يتميز " .

وجه الصحة كونه مملوكا صالحا للبيع والانتقال، وأخذ الدين منه من غير
مانع عنه فصح رهنه كسائر الأموال، ووجه الشركة وجود موجبها وهو المزج مع عدم
التمييز، فيعمل به ما يعمل بسائر المشتريات.
قوله: " وحق الجناية الخ " وجه تقدمه على حق الرهانة ظاهر، لأنه ليس
بأعظم من حق الملكية ولو كان العبد ملكا للمرتهن وجنى كانت الجناية مقدمة على
حقه، فلو جنى العبد المرهون جناية لزمها (٢) في رقبته، مثل أن قتل خطأ، فإن فكاه

(١) فارسي يعني القشاء.

(٢) هكذا في النسخ كلها ولعل الصواب لزمته كما لا يخفى.

وإن سلمه كان فاضل الأرش رهنا.
ولو استوعب بطل الرهن.
ولو جنى على مولاه عمدا اقتص منه وبقي رهنا، ولو كانت
خطأ لم يخرج عن الرهن.

المولى - لأن الأمر إليه حينئذ، بأن أعطى أرش جنائته - بقي العبد مرهونا كما كان.
وإن سلمه إلى ولي المجني عليه فأخذ هو منه أرش الجنائية، فإن بقي منه
شيء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا وإلا بطل الرهن
وجبه ظاهر لأن العين رهن وتعلق حق آخر بها.
فإن استوعبها بطل الرهن وسقط وإلا يبقى رهنا وكان الفك تبرعا.
والظاهر حينئذ عدم الفرق بين العمد والخطأ، ولا بين فك المولى وغيره مثل
أن يعفو ولي الجنائية، فلو قال: (١) (فإن فك بقي رهنا) كان أشمل وأخصر وأولى
لبعده عن توهم الاختصاص بالخطأ.
لعل وجه تخصيص الخطأ أنه إلى المولى، وذكر المولى لدفع توهم أنه يقول:
أنا فككته، فكأنهم أخذوا وأنا اشترت منهم، فتأمل.
قوله: " ولو جنى على مولاه الخ " وجه الاقتصاص - لو جنى دون النفس،
على المولى عمدا بموجب ذلك، مثل قطع اليد - عموم أدلة القصاص، بل هنا أولى،
وعدم بطلان الرهن وبقائه، هو (٢) الاستصحاب مع عدم حصول ما يخرج عنه،
فإن الاقتصاص لا يمنع الباقي عن الرهانة، وهو ظاهر.
ولو كانت الجنائية على المولى، وكذا على مال المولى خطأ، فلا قصاص لعدم
الموجب وهو العمد ولا أرش أيضا، إذ لا يثبت للمولى على ماله مال، وهو مقرر
عندهم ويستحسنه العقل ولم يخرج عن الرهن لعدم الموجب فيبقى كما كان.

(١) يعني المصنف رحمه الله.

(٢) يعني وجه عدم بطلان الرهن هو الاستصحاب الخ.

ولو كانت نفسا قتل في العمد.
ولو جنى على من يرثه المولى اقتص في العمد وافتك في الخطأ.

ويحتمل اسقاط حق الرهانة عما يقابل أرش الجناية أو عدم ثبوته (١)
للمولى على ماله، لأنه لا يفيد، إذ ماله، له.

وهنا قد تحصل الفائدة فكأنه صار مال المرتهن وأيضا قد يقال: بأنه قد
يملك فيحصل له الفائدة فكأن القاعدة مبنية على عدم تملكه، ولكن الظاهر أنه
يملك كما مر.

ويحتمل كونها عامة وعموم أدلة ثبوت الأرش يقتضي الثبوت مع امكان
ما يؤخذ، (يوجد خ) بل يمكن الثبوت في ذمته ويتبع به بعد العتق كما قيل ذلك في
أمور تلزمه فتأمل، الله يعلم.

قوله: " ولو كانت نفسا قتل في العمد " ما تقدم كان في غير النفس من
الطرف وهذا حكم ما لو كانت في النفس، فلو قتل مولاه قتل به يعني يجوز للورثة
قتله به، فإن قتل بطل الرهن وإلا يبقى مرهونا، وهو ظاهر وإن كان خطأ فكما تقدم.
وما ذكره لظهوره، ويمكن ادخاله فيما تقدم.

قوله: " ولو جنى على من يرثه المولى الخ " بأن قتل ابنه مثلا، فإن كان
عمدا يجوز له الاقتصاص، فإن اقتص بطل الرهن وهو ظاهر، وإن عفى يمكن كونه
باقيا كما في عفو غير المولى، وإن قصد التملك - بمعنى فكه عن الرهانة - فليس ذلك
ببعيد، فكأنه (٢) صار ملكا جديدا له كما يصير لغيره.
ولأنه يجوز له بيعه حينئذ على الظاهر كسائر أصحاب الجنايات فيجوز

(١) يعني عدم ثبوت الأرش للمولى على ماله كما هو أحد القولين.

(٢) هذا بمنزلة ذكر الدليل لقوله: فليس ذلك ببعيد.

(٣) عطف على معنى قوله قده: فكأنه صار الخ.

وقيمة الرهن المأخوذة من المتلف، والأرث رهنا. ولو صار العصير خمرا خرج عن الرهن ولو عاد خلا عاد.

الفك.

ولأن لصاحب الجنايات، القتل والتملك فالتخليص عن الرهن بالطريق الأولى.

ويحتمل العدم، إذ ليس لولي الدم إلا القتل والعفو والاسترقاق، فلو لم يعف ولم يقتل بقي رهنا، إذ (وخ) لا يمكن الاسترقاق، لأنه تحصيل الحاصل فتأمل.

وإن كان خطأ، فله العفو، فإن عفى بقي رهنا، وهو ظاهر. والظاهر أن له فكه عن الرهن كما قاله المصنف في غيره، وهو مؤيد لما تقدم من جواز الافتكاك إذا جنى خطأ على طرف المولى ونحوه وجواز الفك في العمد إذا كان على نفس المولى، ويحتمل العدم كما تقدم فتأمل. قوله: " وقيمة الرهن المأخوذ الخ " يعني لو أتلفه متلف أو جنى على العبد المرهون أحد لزمه بها أرش، قيمته، والأرث كان رهنا كأصله، لأنه عوض الرهن الذي لزم من غير إذن المرتهن في التبديل فيكون رهنا كأصله كما أنه صار ملكا للمالك.

وهو أيضا ظاهر لأن مقتضى الرهن أنه إن جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض، يكون ذلك هو الرهن، ولأن الأرث بمنزلة المتلف منه. قوله: " ولو صار العصير خمرا الخ " سبب جواز رهن العصير ظاهر، وسبب خروجه عن الرهانة بالخميرية عدم كون الخمر ملكا ولا بد من كون الرهن ملكا.

وسبب عودها بعد صيرورته خلا عود الملكية فيما كان رهنا وزوال المانع عن الرهانة، فيعود ما كان ثابتا تابعا للملكية وما كان سبب الزوال إلا زوال

ولو زرع المرتهن الحب فالزرع للراهن رهنا.

الملكية فتأمل فيه.

قوله: " ولو زرع المرتهن الخ " كون الزراعة ملكا للراهن، لأن الزرع للزارع أي صاحب الحب، وهو المشهور بين العامة والخاصة كما يدل عليه رواية عقبة بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير أذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء أرضه (١).

وفي السند محمد بن عبد الله بن هلال (٢)، وهو مجهول، وعقبة أيضا غير مصرح بتوثيقه.

والدلالة أيضا غير واضحة، لكن لا يضر، إذ الظاهر عدم الخلاف عندنا، مسندا إليها (٣) وإلى أن الزرع نماء مال صاحب الحب، فيكون له كما في سائر الأملاك وهو ظاهر.

ولكن في كونه رهنا للمرتهن على ما كان الحب رهنا عليه تأمل لأنه قد مر إن النماء لا يدخل في الرهن.

ولعل الوجه أن الحب الذي كان رهنا هو بعينه كبر وصار زرعا فهو كالسمن في الحيوان.

وفيه تأمل فيحتمل كون مقدار الحب من الزرع رهنا ويكون شريكا كما لو

(١) الوسائل باب ٣٣ حديث ٢ من كتاب الإجارة ج ١٣ ص ٢٨٢.

(٢) السند كما في التهذيب هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن عبد الله بن هلال، عن عقبة بن خالد.

(٣) الظاهر أن المراد إن عدم الخلاف مسند إلى أمرين (أحدهما) هذه الرواية (ثانيهما) قاعدة تبعية النماء لصاحب الحب.

والرهانة موروثة دون الوكالة والاستيمان.
والقول قول المرتهن في عدم التفريط، وفي القيمة معه.
وفي ادعاء تقدم رجوعه في إذن البيع للراهن، عليه.

امتزج فتأمل.

قوله: " والرهانة، موروثة الخ " وجهه أنه حق مالي فيدخل تحت أدلة الميراث، ولأنه توثيق مال فهو تابع له وموروث كالمال، ولأنه عوض الدين، وعلى تقديره فيورث ما يتعلق به، وكأنه لا خلاف في ذلك أيضا.
وأما الوكالة في بيعه، التي كانت للمورث فتبطل بموته فلا ينتقل بالإرث. وكذا لو جعله أمينا ووضع الرهن في يده فإنه يبطل بموته، ولا دليل على ثبوتها للورثة، ولا فرق بينهم وبين غيرهم.
ولأنه قد يرضى الانسان بها لشخص دون وارثه، ولعله لا خلاف فيه أيضا مع ظهوره.

قوله: " والقول قول المرتهن الخ " دليل سماع قوله في عدم التفريط وعدم زيادة القيمة الأصل، وأنه المنكر، وأنه الغارم فلا يغرم إلا ما قال به أو أثبت عليه.

قوله: " وفي ادعاء تقدم الخ " يعني لو اتفقا على رجوع المرتهن عن الإذن للراهن في بيع الرهن، ولكن قال الراهن: رجعت بعد البيع فالبيع صحيح والرهن باطل وليس الثمن أيضا رهنا لما تقدم من أن الإذن في البيع يبطل الرهن ولا يستلزم رهانة الثمن، وقال المرتهن: لا بل رجعت قبله فالبيع باطل والرهن على حاله.
ووجه كون القول قوله استصحاب الرهانة إلى أن يعلم المزيل ولم يعلم، وأن الأصل عدم البيع قبل الرجوع.
وبالجمله الظاهر أن الراهن مدع لأنه يريد اثبات بطلان ما هو قابل

وقول الراهن في قدر الدين، وفي ادعاء الايداع لو ادعى الآخر
الرهن.

بوجوده وصحته، بدعوى الإذن في البيع المبطل للرهانة فهو يريد اخراج الحق عن
يده وتسلمه، والأصل بقاءه فيصدق عليه تعريف المدعى، وعلى المرتهن تعريف
المنكر.

ويحتمل كون القول قول الراهن لوجود الإذن في البيع والأصل بقاءه إلا
أن يتحقق الرجوع وليس.

وأیضا الأصل صحة البيع، والمبطل يحتاج إلى دليل.
ولعل دليل الأول أرجح لأن الرجوع متحقق، الأصل عدم تحقق البيع
قبله، والأصل صحة البيع لو لم يكن المانع متحققا، والرجوع مانع.
وبالحملة المسألة لا تخلو عن اشكال، ولكن رعاية جانب المرتهن أقوى
لتحقق حقه واحتمال تضييعه، بخلاف الراهن فإنه لا بد له من دفع الدين فلا
يضره الرهن غالبا.

قيل: ولأن الراهن يدعي بيعا والمرتهن يدعي رجوعا، تعارضا، تساقطا
والأصل بقاء الرهن.

ونقل فرقا أيضا بين تقدم الدعوى وتأخرها فقال: فلو تقدم الراهن بقوله:
تصرفت بإذنك فقال المرتهن كنت رجعت فالقول قوله، وبالعكس القول قول
المرتهن ثم قال: وهذا هو المفتى به فعنده في الأول تأمل.
وعندي فيهما تأمل فتأمل فيه فإن للوقف مجالا وإن كان الظاهر ترجيح
الرهن لتحقيقه والشك في زواله بخلاف البيع الصحيح فتأمل
قوله: " وقول الراهن الخ " وجهه ظاهر، ومفهوم مما تقدم، وكذا كون
القول قوله في ادعاء الايداع لو أنكر الآخر وادعى الرهانة، فإن الأصل عدم الرهانة
وحصول تسلط لغير (غير خ) المالك على ماله، وهو ظاهر.

وفي تعيين القضاء لأحد الدينين، وفي عدم الرد.
ولو قال: رهنتك العبد، فقال: بل الأمة تخالفاً وخرجا عن
الرهن.

ويدل عليهما (١) روايات مثل صحيحة محمد بن مسلم (٢) فلا يلتفت إلى
ما يخالفها، مع الضعيف (٣).
قوله: " وفي تعيين القضاء الخ: وجهه أيضا ظاهر، لأن الدافع، له أن
يقصد، إما عن الدين الذي عليه الرهن، أو الذي لا رهن عليه، أو الذي عليه الرهن
الفلاني دون الآخر.
وبالجملة، الأمر إلى قصده، والقصد فعله، والبينة عليه متعذرة فيسمع منه
كما في سائر الأمور وإن أمكن له البينة بأن يلفظ (تلفظ خ) ويعلم ذلك ولكن
الأصل عدم وجوب ذلك عليه.
وكذا وجه أن القول قول الراهن في عدم رد المرتهن الرهن عليه إن كان
عنده، لأن الأصل عدم الرد وبقائه عنده، وهو ظاهر وإن كان في الوديعة خلاف
ذلك وهو يحتاج إلى الدليل وسيجيء، مع أن الفرق حاصل لأنه أخذ عوضا عن
الدين بخلاف الودعي.
قوله: " ولو قال: رهنتك الخ " سبب التحالف وجود شرطه، وهو كون
الدعوى لكل واحد مع إنكار الآخر، فالراهن يدعي رهانة العبد والمرتهن منكر،
فيتوجه اليمين عليه وبطلت هذه الدعوى والمرتهن يدعي رهانة الأمة والراهن منكر
لها فيتوجه عليه اليمين بعدم رهن الأمة وتبطل هذه الدعوى أيضا، هذا ظاهر المتن.

-
- (١) يعني على تقديم قول الراهن في قدر الدين وفي ادعاء الايداع.
(٢) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من كتاب الرهن.
(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ٤ من كتاب الرهن.

وقد قيل عليه: إنما يحلف الراهن فقط فتبطل الدعوى ولا يحتاج إلى حلف المرتهن بعدم كون العبد رهنا عنده، لأن الرهن لمحض مصلحته فإذا ما (١) أراد وأنكر يبطل بمجرد انكاره.

وأيضاً إن الرهن من جهته جائز فإذا لم يرد أو (وخ) لم يكن يقول: أسقطت حقي إن كان رهنا أو يبرء من ذلك ونحو ذلك ولا يحتاج إلى الحلف، ويمكن أن يعتذر بأن الكلام مع عدم الاسقاط " والراهن يعرف كون ذلك رهنا فيريد الخروج من حقه، وقد لا يبطل بمجرد الانكار، إذ حصول عقد ثابت يقينا غير معلوم البطلان بمجرد انكاره فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد بما يريد.

وأيضاً قد يكون مما اشترط حفظه، ونقصه عليه بوجه من الوجوه ويريد هو الخلاص من ذلك، فيحلف.

وأيضاً قد يكون شرطاً رهناً في بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة فإذا قبل خرج، وإذا لم يقبل يطلب منه رهناً، فيحلف لذلك، وغير ذلك من الفوائد وبالجملة إن تصور له نفع لو أنكر يحلف، وإلا فلا، والظاهر أنه قد يترتب، فتأمل.

(١) نافية بقريئة ما يأتي من قوله قده: فإذا لم يرد الخ.

" المقصد الثالث في الحجر "

وفيه مطلبان

(الأول) في أسبابه وأسبابه (هي خ) وهي (أسبابه خ).
(الأول) الصغر، ويحجر على الصغير في تصرفاته أجمع إلى أن يبلغ ويرشد.

قوله: " المقصد الثالث الخ " قال في التذكرة: الحجر لغة المنع فالمحجور هو الممنوع لغة، وقال في الشرائع: شرعا، هو الممنوع من التصرف في ماله. ومعلوم أن مراده (١) شرعا، وأن المراد بإضافة المال إليه أعم من الملكية حقيقة أو ظاهرا (وخ) بحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المغصوب منه. ويدخل العبد وإن قيل: إنه لا يملك كالمصنف، ولا ينبغي جعله مبنيا على مذهب المعرف حيث قال: بأنه يملك، لأن المنع الذي ذكر فيه أعم من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيده.

ثم إن جعل أقسام الحجر ستة، هو في أكثر الكتب وزاد في التذكرة غيره، مثل حجر الراهن، وحجر المكاتب، وحجر المرتد الذي تقبل توبته حتى يرجع.

(١) الظاهر رجوع الضمير في قوله قده (مراده) إلى العلامة في التذكرة وإلا فلفظة (شرعا) مذكورة في الشرائع وشرحه فراجع أول كتاب الحجر من المسالك ج ١ ص ٢٤٦. ثم لا يخفى أن في النسخة المطبوعة (شرح الشرائع) وهو غلط.

فالمراد هنا الأقسام المشهورة والمبحوث عنها في بابه لا أقسام الممنوع في الجملة.

وأيضاً الظاهر أن المراد المنع في الجملة وعن بعض الوجوه، إذ لا منع شرعاً عن الكل، إذ ليس أضعف من الصبي والمجنون وهما غير ممنوعين من أكل مالهما عند الحاجة والشرب والسكنى.

والظاهر أن العبد كذلك، فلا يرد: إن أراد البعض يشكل بالصبي والمجنون، وإن أراد الكل يشكل بالمريض، ولا يحتاج إلى الجواب بأن المراد هو الأعم.

ثم اعلم أن الذي فعل هنا من ذكر الفليس في باب الحجر أولى مما فعل في التذكرة والشرايع من ذكره قبل الحجر في باب على حده، لأنه قد جعل قسماً منه.

فكأنه لكثرة مباحته وشدة ربطه بالدين جعل بعده وقبله، والأمر في ذلك هين.

وإنما المهم أمر الاستدلال فدلّل القسم الأول - وهو الصبي - النص، وهو قوله تعالى: وابتلوا اليتامى الآية (١)، والسنة (٢)، واجماع الأمة على كونه محجوراً في الجملة، وأما عن جميع التصرفات فالظاهر أنه لا دليل عليه ولا قائل به. قال في التذكرة: وهو محجور عليه بالنص والاجماع، سواء كان مميزاً أولاً في جميع التصرفات إلا ما استثني كعباداته، وإسلامه، وأحرامه، وتدييره ووصيته، وإيصال الهدية، وإذنه في دخوله الدار على خلاف في ذلك، فكأنه مراده هنا: (في

(١) النساء - ٦.

(٢) راجع الوسائل باب ١ وباب ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١ - ١٤٣.

تصرفاته) أجمع إلا ما استثني، ويؤيده أن خروج الثلاثة الأول من ذلك ظاهر، بل المتبادر، التصرف المالي كما مضي في تعريف الشرايع. أما غيرها (١)، فيحتمل أن يكون مذهبه هنا كما هو مذهب الأكثر إلا في إيصال الهدية والإذن، والظاهر أنه لا يحتاج إلى الاستثناء، فإنه محجور عليه إلا بإذن الولي ولا يعتبر في الحجر أن لا يصح أصلا، إلا أنهم قالوا: " لا يحتاج علم المهدي إليه والداخل بكون ذلك بإذن الولي صريحا.

(٢) لعله اكتفى بالظاهر، للعادة بأن الهدية في محلها لم يحبها الولد إلا بإذن وليه، وكذا الإذن في الدخول لا يكون إلا بإذنه للقرينة. فكأنه اكتفى فيهما (٣) بمثله للظهور، وسهولة الأمر لكثرة التداول والشيوع بين المسلمين من غير تكبير فكأنه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فتقريرهم عليهم السلام هنا ثابت وهو الحجة (حجة خ).

ولا يبعد ذلك وأمثاله مثل قبول قوله (مثله خ) من عبده وولده وتسليم ظرفه إليهما، وكذا تسليم ما كان عند الانسان بالعارية ونحوها إلى شخص يوصله إليه من غير إذنه، سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرها كما هو المتعارف، وخصوصا إذا كان بينهما، الصداقة أو عرف من حاله أنه لا يكره، بل يرضى علما أو ظنا متاخما. ويدل عليه عموم أدلة (٤) قبول الهدية من غير تفصيل بأن يكون الموصل حرا بالغا، ومع ذلك، الاحتياط أمر مطلوب.

(١) يعني غير الثلاثة الأول (٢) يعني العلامة ره في التذكرة.

(٣) يعني إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار.

(٤) راجع الوسائل باب ٩١ من أبواب ما يكتسب به، ج ١٢ ص ٢١٧.

وأما جواز وصيته في الجملة فالروايات الكثيرة، تدل عليه. مثل صحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء (للغرماء خ له قيه) (١). ولا يضر وجود علي بن الحكم (٢)، لما مر أنه الثقة. وما رأيت في الوصية صحيحة غيرها فقول شرح الشرايع (٣): في جواز الوصية رواية صحيحة غيرها محل التأمل، فإن كان يريد هذه فينبغي التصريح بالقييد فإنه في الوصية للرحم لا الأجنبي. ويؤيده عموم أدلة الوصية فيخصص بها ما يدل على عدم جواز تصرف الغلام قبل البلوغ. ويمكن حمل ما يدل على جواز وصيته عموماً عليها، للجمع بين العام والخاص وإن كان في بعضها: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة (٤) وإذا أصاب موضع الوصية جازت (٥). وأما التدبير فيمكن ادخاله في الوصية. وأما العتق، فيدل عليه ضعيفة زرارة - لموسى بن بكر (٦) - عن أبي جعفر

-
- (١) الوسائل باب ٤٤ حديث ١ من كتاب الوصية ج ١٣ ص ٤٢٨.
 - (٢) سند الحديث - كما في الكافي باب وصية الغلام الخ هكذا، عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن علي بن النعمان، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم.
 - (٣) عبارة المسالك هكذا: ذهب الأكثر من المتقدمين والمتأخرين إلى جواز وصية من بلغ عشرة مميّزا في المعروف وبه أخبار كثيرة منها صحيحة عبد الرحمن (إلى أن قال): وصحيحة أبي بصير الخ.
 - (٤) الوسائل: باب ١٤ حديث ٣ من كتاب الوقوف والصدقات.
 - (٥) الوسائل باب ٤٤ حديث ٦ من كتاب الوصايا.
 - (٦) فإن سندها كما في الكافي هكذا: عدة عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن موسى بن بكر، عن زرارة.

ويعلم بلوغ الذكر، بالمنى.
وإنبات الشعر الخشن على العانة.
وبلوغ خمس عشرة سنة.

عليه السلام.

قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق وأوصى على حد معروف وحق، فهو جائز (١).
ولكن العمل بها مشكل مع عموم المنع بالكتاب والسنة، بل الاجماع، ويؤيده الشهرة.

ويمكن حملها على البلوغ أو عتق ذوي الأرحام حملا على الوصية فتأمل.
قوله: " ويعلم بلوغ الذكر الخ " دليل العلم بالبلوغ بحصول المنى من الموضوع المعتاد على وجه العادة، الآيات، مثل وإذا أبلغ الأبطال منكم الحلم (٢) الآية، والذين لم يبلغوا الحلم منكم (٣)، وحتى إذا بلغوا النكاح الآية (٤).
قال في التذكرة: الاحتلام (٥) هو خروج المنى، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد،

وقال أيضا: الحلم هو خروج المنى من الذكر أو قبل المرأة مطلقا، سواء كان بشهوة أو بغير شهوة، وسواء كان بجماع أو غير جماع، وسواء كان في نوم أو يقظة.

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٤ من كتاب الوصية ج ١٤ ص ٤٢٩.

(٢) النور - ٥٩

(٤) النساء - ٦.

(٥) عبارة التذكرة هكذا: الاحتلام وهو خروج المنى وهو الماء وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع ولا نعلم فيه خلافا ج ٢ ص ٧٤.

كأنه يريد بيان المعنى المقصود شرعا. وأما اللغة فالظاهر أنه مخصوص بالنوم كما يظهر من القاموس (١)، ولهذا. قال في التذكرة: ولا يختص بالاحتلام (٢). وقال (٣) أيضا: عبر عن البلوغ بالنكاح. والأخبار في ذلك كثيرة، مثل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم (٤). وصحيحة البنزطي - في الفقيه - عن الرضا عليه السلام، قال: يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم (٥). وفيها كون التمرين بسبع (لسبع خ) سنين (٦)، وهو المشهور، والبلوغ بالحلم، وجواز كشف المرأة عند غير البالغ حتى يبلغ، ويمكن جواز النظر حينئذ فتأمل. قال في التذكرة: وقد أجمع العلماء كافة على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، ثم نقل قولاً عن الشافعي بعدم كون خروج المنى علامة للنساء لكونه نادراً فلا عبرة به. وهو كما ترى أمر وهمي معارض بعموم الكتاب والسنة والاجماع.

- (١) الحلم بالضم، وبضميتين، الرؤيا، أحلام، حلم في نومه واحتلم وتحلم وانحلم وتحلم الحلم استعمله وحلم به وعنه، رآه رؤيا ورآه في النوم والحلم بالضم والاحتلام الجماع في النوم والاسم الحلم كعنتق (القاموس).
- (٢) وتماه بل هو منوط بمطلق الخروج مع امكانه باستكمال تسع سنين مطلقاً (التذكرة) ج ٢ ص ٧٤.
- (٣) ولعل لفظه (قال) زائدة لأننا لم نعثر عليها في التذكرة.
- (٤) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٠٩ رقم ٤٨٠. و ج ٣ ص ٥٢٨ رقم ٣ والوسائل باب ٤ حديث ١٠ من أبواب مقدمة العبادات.
- (٥) الوسائل باب ٧٤ حديث ١ من أبواب أحكام الأولاد ج ١٥ ص ١٨٢.
- (٦) راجع الوسائل باب ٣ من أبواب أعداد الفرائض ونوافلها ج ٣ ص ١١.

وأما الانبات فقال في التذكرة: هو مختص بشعر العانة، الخشن، ولا اعتبار بالشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، بل بالخشن الذي يحتاج في إزالته إلى الحلق حول ذكر الرجل وفرج المرأة.

فكأن دليله الاجماع، قال في التذكرة: نبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا أجمع.

ومستندهم الأخبار من العامة والخاصة (١) فلا يضر عدم صحة سندها.

وأما السن ففيه، الخلاف بين العلماء، والروايات أيضا مختلفة.

والمشهور بين علمائنا أنه يبلغ الذكر باكمال خمس عشرة سنة، والمؤنث باكمال التسع.

والدليل عليه أن الأصل والاستصحاب وما تقدم من الكتاب والسنة دلت على عدم البلوغ إلا بالحلم والانبات وخرج بعد الاكمال بالاجماع وبقي الباقي تحت تلك الأدلة.

ويؤيده بعض الأخبار مثل ضعيفة حمران - الممدوح - بضعف عبد العزيز العبدى وعدم توثيق حمزة بن حمران (٢) - قال: (٣) سألت أبا جعفر عليه السلام،

(١) راجع الوسائل باب ١ حديث ٢ و ٥ و ٨ من أبواب مقدمة العبادات ج ١ ص ٣٢ وباب ٢ حديث ٥ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٣.

وأما أخبار العامة فراجع مسند أحمد بن حنبل ج ٤ ص ٣٤١ و ج ٥ ص ٣٧٢ ولفظ الحديث، عن كثير بن السائب قال: حدثني ابنا قريظة أنهم عرضوا على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زمن قريظة فمن كانت نبتت عانته قتل ومن لا، ترك.

(٢) وسند الحديث كما في الكافي باب حد الغلام. الجارية الخ من كتاب الحدود هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن عبد العزيز العبدى، عن حمزة بن حمران، وليس فيه، عن حمران -

كما في الوسائل نقلا من الكافي، ولعل الاختلاف من اختلاف الناسخين والله العالم.

(٣) يعني حمران لا حمزة بن حمران.

قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها؟ فقال: إذا خرج عنه اليتيم وأدرك، قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبله (١) أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له، قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وأخذت بها (وتؤخذ بها خ كائ) وأخذت لها؟ قال: إن الجارية ليست مثل الغلام إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفعت إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذ لها وبها قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (٢).

وما في رواية يزيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام، قال: الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت (إلى قوله): فيؤخذ الغلام بذلك ما بينه وبين خمسة عشرة سنة (٣).

ويزيد مجهول، وهذا أيضا ضعيفة، مع عدم الدلالة فيها. وبالجملة ما رأيت خبرا صحيحا صريحا في الدلالة على خمسة عشر سنة فكيف في اكماله.

نعم يوجد الأخبار الكثيرة في التسع للصبية مع خبر دل على عدم جواز الدخول قبله والجواز بعده مع عدم معارض صحيح صريح وليس على اكمال خمس عشرة اجماع، فإن البعض على أن الشروع يكفي. وذهب البعض إلى ثلاثة عشر.

(١) قبل ذلك - ئل - كا.

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من أبواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣٠.

(٣) الوسائل باب ٦ حديث ١ من أبواب مقدمات الحدود ج ١٨ ص ٣١٤.

وهو الظاهر من التهذيب والاستبصار، حيث ذكر فيهما رواية عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ قال: إذا أتى عليه ثلاثة عشرة سنة، فإذا احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه الصلاة وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (١).

ثم نقل أخبارا دالة على وجوب الصلاة بست وسبع (٢)، وقال: فالوجه في هذه أن نحملها على ضرب من الاستحباب والندب والتأديب، والأولة على الوجوب لئلا يتناقض الأخبار (٣). والظاهر أن غيره أيضا ذهب إلى ثلاثة عشر في الذكور فلا إجماع في عدم الوجوب إلا بالحلم أو الانبات أو خمس عشرة. وظاهر عموم الكتاب والسنة أنه يحصل بالحلم وليس بصريحين في أنه لم يحصل إلا به وأن ذلك في البعض فمعلوم أنه مخصوص بعدم الانبات فمخصوص بعدم السن أيضا إذا دل عليه دليل ومعارض بعموم أدلة التكليف فخرج منها ما اتفق على إخراجها أو دل عليه دليل وبقي الباقي تحتها، والأصل، والاستصحاب أيضا يضمحل عند الدليل.

والذي يدل على الأقل من خمس عشرة، فهو روايات كثيرة، مثل صحيحة معاوية بن وهب - في التهذيب والاستبصار والفقهاء - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ فقال: فيما بين خمس عشرة سنة أو أربع عشرة

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١٢ من أبواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣٢.

(٢) راجع الوسائل باب ٣ من أبواب أعداد الفرائض ج ٣ ص ١١.

(٣) وليس هذا عين عبارة التهذيب وإنما هو منقول بالمعنى.

سنة، فإن هو صام قبل ذلك فدعه، ولقد صام ابني قبل ذلك فتركته (١).
ورواية عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا بلغ أشده
ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتملين احتلم
أو لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء إلا أن يكون
ضعيفا (٢) - وغير ذلك من الأخبار.
والظاهر أن هذه صحيحة، إذا ليس فيها من لم يصرح بتوثيقه إلا الحسن بن علي الوشاء
(٣)، والظاهر أنه ثقة عندهم، لأن الخبر الذي هو فيه سمي بالصحة
كثيرا إلا أنني رأيت في التهذيب في آخر كتاب الزكاة حديثا، الحسن بن علي بن
زياد وهو الوشاء الخزاز، وهو ابن بنت الياس وكان وقف ثم رجع (٤) فتأمل.
والظاهر أنه لا يشترط اكمال خمس عشرة، بل يحصل بالشرع فيه، واکمال
أربع عشرة وبذلك يمكن الجمع بين الأخبار.
ويحتمل الشروع في الأربع عشرة واکمال ثلاث عشرة لرواية عبد الله بن

(١) الوسائل باب ٢٩ حديث ١ من أبواب من يصح منه الصوم ج ٧ ص ١٦٧ و صدره كما في التهذيب
باب الصبيان متى يؤمرون الخ، هكذا: في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وست سنين،
قلت، في كم يؤخذ بالصيام الخ، الوسائل باب ٣ حديث ١ من أبواب أعداد الفرائض ج ٣ ص ١١.
(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ١١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٣١ وفيه: ضعيفا أو سفيها.
(٣) وسنده كما في التهذيب باب وصية الصبي الخ هكذا: أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن بنت
الياس، عن عبد الله بن سنان.

(٤) والذي في آخر زكاة التهذيب سنده هكذا: أبو العباس أحمد بن محمد بن سعيد بن عقدة الحافظ
الهمداني عن أبي جعفر محمد بن المفضل بن إبراهيم الأشعري، قال حدثنا الحسن بن علي بن زياد، وهو الوشاء
الخزاز وهو ابن بنت الياس وكان وقف ثم رجع فقطع عن عبد الكريم بن عمر والخثعمي، عن عبد الله بن أبي
يعفور ومعلی بن خنيس عن أبي الصامت، عن أبي عبد الله عليه السلام، الخ وقوله: (ثم قطع) أي جزم بإمامة
الرضا عليه السلام، كما في هامش التهذيب.

سنان، إذ لا يمكن تأويله إلا على وجه بعيد، ولا شك أنه أحوط. قال في شرح الشرايع أنه يعتبر اكمال الخامس عشرة والتاسعة في الاثني فلا يكفي الطعن فيهما عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، ولأن الداخل في السنة الأخيرة لا يسمى ابن خمسة عشر، لغة ولا عرفاً. ولنا رواية أخرى (١)، أن الأحكام تجري على الصبيان في ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وإن لم يحتلم وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحة سندها (٢).

وقد عرفت صحة سند الخبرين، وكثرة الأخبار، وصراحة الدلالة، فإن ايجاب الصوم على أحد واجراء جميع أحكام الشرع فرع البلوغ وهو ظاهر فافهم. وتعرف أيضاً أنه ليس فتوى جميع الأصحاب (٣) وليس بحجة وأن ليس خامس عشر بواقع في كتاب، ولا سنة معتبرة (٤)، ولا إجماع حتى يكون معناه اكماله، وأما الحيض والحبل فالظاهر أنهما دليلان على البلوغ في المرأة بالإجماع. ويمكن أن يستدل عليهما بالأخبار (٥) أيضاً فتأمل. والظاهر أن السنة هي القمرية لأنها المتعارف في هذا الزمان وهي المتبادرة.

-
- (١) إشارة إلى رواية عبد الله بن سنان المتقدمة آنفاً.
 - (٢) إلى هنا عبارة شرح الشرايع (وهو المسالك).
 - (٣) إشارة إلى رد قوله ره (وفتوى الأصحاب الخ).
 - (٤) إنما قيده قدس سره بذلك لما تقدم منه إن رواية حمزة بن حمران عن حمران وإن دلت على خمس عشر إلا أنها ليست بمعتبرة.
 - (٥) أما الحيض فراجع الوسائل باب ٤ حديث ١٠ و ١٢ من أبواب مقدمات العبادات ج ١ ٣٢ وأما الحبل فلم نعثر إلى الآن على خبر، نعم قد ذكر الأصحاب أنه علامة سبق البلوغ.

والأنثى بالأولين، وبلوغ (وبيلوغ خ) تسع.
والحمل والحيض دليلان.
والخنثى المشكل بخمس عشرة أو المنى من الفرجين أو من فرج الذكر مع الحيض من فرج الأنثى.

والظاهر أن الخنثى مثل الذكر لما فهم مما مر وعدم النص،
قوله: " والأنثى بالأولين الخ " دليل بلوغها بحصول المنى وإنبات الشعر
الخشن على العانة، كأنه الإجماع، وقد مر ما يدل على الأول في الآيات (١)
والأخبار (٢)، ويمكن فهم الثاني من الأخبار المتقدمة في الجملة.
وأما السن فالأخبار عليه كثيرة، في النكاح حيث جوز الدخول بعد
التسع (٣) دون قبله، وهو مشعر بالبلوغ بعده لثبوت تحريم الدخول قبله عندهم
- كأنه - بالإجماع.

ويفهم من التذكرة كون البلوغ بتسع إجماعيا عندنا فتأمل، وكذا في
الحدود، وفي الأخبار المتقدمة أيضا دلالة عليه فافهم. وأما تحققه بالحيض والحمل
فالظاهر أنه إجماعي ولا ثمرة كثيرة في البحث
أنهما دليلان عليه أو يحصل بهما البلوغ.
قوله: " والخنثى المشكل الخ " لما كان حاله مشكلا غير معلوم كونه
مذكرا أو مؤنثا فلم يمكن الحكم ببلوغها بعلامات أحدهما وهو ظاهر مع أصل عدم
البلوغ وعدم التكليف.

(١) تقدم بيان مواضعها وهي سورة النور - ٥٨ - ٥٩، وسورة النساء - ٦.

(٢) تقدم أيضا ذكر مواضعها فلاحظ.

(٣) راجع الوسائل باب ٤ حديث ٢ - ٣ - ٤ - ٥ من أبواب مقدمة العبادات ج ١ ص ٣٠ وباب ٢
حديث ٢ - ٣ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٢ وأكثر أحاديث باب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح ج ١٤
ص ٧٠.

ويعلم الرشد باصلاح ماله بحيث يتحفظ من الانخداع والتغابن في المعاملات.

فإذا حصل ما هو علامة فيهما حكم بالبلوغ مثل انبات الشعر الخشن على العانة ومثل بلوغ خمس عشرة والمني من الفرجين أو من فرج الذكر مع الحيض من فرج المرأة وهو ظاهر.

وقد يقال: يعلم بحصول المني من فرج الذكر مع بلوغ التسع، فإنه إن كانت أنثى فبالسن، وإن كان الذكر فبحصول المني مع الامكان. ويمكن القول بالبلوغ بحصول المني من فرج الذكر أو من فرج المرأة فقط، وكذا الحيض منه فإن الظاهر أن المني من الذكر لا يكون إلا مع كونه ذكراً، والحيض من فرج المرأة لا يكون إلا مع كونها أنثى، وكذا المني منها، بل بكونه امرأة بالغة كالعكس في الأول.

ولكن غير معلوم كون ذلك قولاً لعلمائنا إلا أنه نقله في التذكرة عن بعض العامة واستدل عليه بأدلة كثيرة، منها أن البول - بل سبقه وتأخيره من أحد الفرجين - علامة معتبرة، فالحيض والمني بالطريق الأولى، ثم قال: وهذا لا بأس به عندي وفيه تأمل، إذ مع تحقق هذا العجب، لا يبعد خروج الحيض من الذكر، ولا خروج المني من ذكر المرأة.

ولعل للبول دليلاً خاصاً من نص وإجماع فالخروج عن الأصل وقول الأكثر بمثله مشكل، نعم لا شك أنه أحوط في الجملة.

قوله: " ويعلم الرشد الخ " لا شك أن الرشد معتبر في رفع الحجر ودفع المال إلى البالغ الذي هو صاحبه ومالكه، بالإجماع والنص مثل قوله تعالى: فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (١).

(١) النساء - ٦

وأما حقيقة الرشد فالظاهر والمتبادر منه - الذي ذكره الأصحاب - أنه اصلاح المال وعدم صرفه في وجه غير لائق بحاله في نظر العقلاء، ويناسبه معناه اللغوي وهو الاهتداء قاله في القاموس (١). وقال في الخلاف: الرشد الهداية، كأن المراد في هذا المقام الهداية إلى اصلاح حاله وماله بقريئة الآية. وبالجملة لا خلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكة يقدر بها على حفظه وصرفه في الأغراض الصحيحة لا غير، لا بمعنى أنه قد فعل مرة اتفاقاً، بل يكون ذلك في عقله ومعرفته للأمور. فتضييع المال - بالقائه في البحر مثلاً والغبن الفاحش في المعاملات وصرفه في المحرمات بتبذير واسراف - منافع للرشد وموانع عن التصرف وموجب للحجر بإجماع الأمة على ما فهمناه من التذكرة. وإنما الكلام والخلاف في اعتبار العدالة معه. والظاهر أنه لا يعتبر فيه تكرر الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال، فالذي يترك صنعة أبيه ليس بسفيه، ولا القدرة (٢) على حفظ الموجود وتحصيل المعدوم من المال، كما اعتبره في شرح الشرايع كما سيجيئ وأيضاً إن تروك المروة ليست داخلية في هذه العدالة عند من يشترطها في الرشد. قال في التذكرة: ومن لا يتحفظ من الأشياء المفضية إلى قلة المروة كالأكل في السوق، وكشف الرأس بين الناس، ومد الرجل عندهم وأشباه ذلك

(١) رشد كنصر وفرح رشدا ورشدا ورشادا اهتدى (القاموس)
(٢) عطف على قوله قده تكرر الفعل.

لا يقبل شهادته ويدفع إليهم أموالهم اجماعاً.
فنقل عن الشيخ ره (١) ذلك، وعن الشافعي أيضاً بمعنى أنه لا يدفع إليه
المال ولا يزول عنه الحجر الموجود فيه ابتداءً إلا مع وجودها أيضاً، فبدونها لا يدفع إليه
شيء، بل لا يعامل، ويكون حكمه حكم الصبي الغير البالغ، والمضيق لماله وإن
كان حفظه للمال وصرفه في الأغراض الصحيحة معلوماً.
والأكثر على العدم، ودليلهم أصل عدم المنع وجواز تصرف الملاك في
أموالهم وعدم جواز منعهم عنه.
ويدل على العقل والنقل كتابا (٢) وسنة (٣) وإجماعاً ويخرج منه غير البالغ وغير
الرشيد بالمعنى المتفق بالإجماع والنص وبقي الباقي.
ولأنه علق في الآية زوال الحجر برشد ما، للتكثير، ويصدق على مصلح
ماله أن له رشداً ما وهو ظاهر.
ولأنه نقل عن ابن عباس وغيره في تفسير آية الرشد أنه اصلاح المال (٤).
ولأنه ضرر في الجملة.
ولأن غالب الناس على غير العدالة فيلزم الحرج في الجملة.

- (١) وفي التذكرة: وأما الرشد فقال الشيخ ره: هو أن يكون مصلحاً لماله عدلاً في دينه، فإذا كان
مصلحاً لماله غير عدل في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلحاً لماله، فإنه لا يدفع إليه وبه قال الشافعي والحسن
البصري وابن المنذر (انتهى موضع الحاجة).
(٢) قال عز من قائل: " ولا توثوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً " النساء - ٥ وقال عز وجل:
" وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم " النساء - ٦.
(٣) راجع الوسائل باب ١٤ حديث ٢ - ٣ - ٤ من أبواب عقد البيع ج ١٢ ص ٢٦٨ وباب ١ حديث ٢ -
٣ - ٤ - من كتاب الحجر وباب ٢ حديث ٤ و ٥ منه ج ١٣ ص ١٤١ - ١٤٣.
(٤) فإنه - عند تفسير هذه الآية قال: فإن رأيتهم رشداً صلاحاً في الدين وحفظاً (تنوير المقباس عن
ابن عباس) ص ٥٢.

وأنه ما نقل في الروايات وفعل العلماء وأقوالهم - مع وجود أحكام الأوصياء والأيتام وفيها كثيرا - منع أحد عن أخذ ماله ومعاملته ومناكحته زوجا وزوجة لعدم عدالته.

ولأن القائل ما شرط في زوال الحجر بقاء العدالة فيجوز معاملة الصبي الذي بلغ ورشد وعدل بعد أن صار فاسقا على ما نقل عنه في التذكرة وادعى عليه الإجماع.

قال: وكذا إذا طرء الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال ولا تبذيره، فإنه لا يحجر عليه إجماعا كما ادعى قبله، الإجماع على أن السفه - بالفسق الذي يتضمن تضييع المال بتبذير واسراف - موجب للحجر.

إلا أنه نقل بعد ذلك بورقتين قولين للشافعي، وأنه قال الشيخ: الأحوط المنع وذكر الأدلة التي ذكرت في أصل الحكم فالظاهر، يكون الإجماع عندنا (١). ولا فرق (٢) بين الابتداء والاستدامة عقلا بل ولا شرعا. ولأنه لا شك أن عدم الرشد مانع، وأن وجوده كاف في الزوال وموجب له بالنص والإجماع فما اعتبرت العدالة، إلا لكونها داخلة في مفهوم الرشد كما يرشد إليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة، وهو ظاهر.

ويؤيده (٣) أن الرشد بمعنى إصلاح المال شرط مطلقا ابتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء لما مر. ولأنه لو اعتبرت يلزم عدم جواز معاملة الفاسق، مع أنهم مجتمعون على

(١) يعني لا إجماع المسلمين بل عندنا فقط بقرينة قوله: أحوط.

(٢) هذا تتميم الاستدلال بقوله قده: ولأن القائل بالشرط في زوال الحجر الخ فلا تغفل.

(٣) يعني يؤيد هذا الاستدلال الأخير.

جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا مع الكراهة ولا شك أنه فاسق.

بل يلزم عدمه مطلقا إلا مع العلم بعدالته بالمعاشرة أو غيرها من طرق معرفتها إذا لم يكن مجرد الاسلام - مع عدم ظهور الفسق - كافيا في العدالة، فالظاهر ذلك لأنها ملكة تحدث بعد الاسلام بفعل الطاعات وترك المعاصي فلا يكون بمجرد الاسلام كما يقول البعض لأن الأصل في المسلم، العدالة وهو ظاهر الفساد، إذ الأصل عدمها، لما مر من اعتبار الملكة وفعل الطاعات.

ولا يمكن دعوى ظهورها أيضا في المسلم، لما مر، ولما ترى من أحوال المسلمين ولأن الآية الكريمة والأخبار الشريفة وإجماع الأمة دلت على وجوب الاختبار لحصول الرشد فلا يكتفى بالأصل، والظاهر.

وكذا العدالة إن سلم أنها الأصل والظاهر، في المسلم، لأن القول بذلك موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الأمة، بل الكتاب والسنة في الجملة حيث أمر فيهما بالمعاملة والمناكحة مطلقا، بل في الأخبار ما يدل على جواز معاملة الفساق فكيف مجهول الحال، وهو ظاهر وقد مر ويعد من الشرع منع الانسان عن ماله والنكاح بمجرد فسق ما.

ودليل الشيخ والشافعي قوله تعالى: " ولا تؤولوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما " (١).

والمراد (٢) ب (أموالكم) أموال اليتامى التي في أيدي الأوصياء والأولياء والإضافة إليهم لأدنى ملابسة، وهو يظهر من الآية فممنع بالآية دفع المال إليهم حتى

(١) النساء - ٥.

(٢) تميم لاستدلال الشيخ والشافعي فلا تغفل وكذا قوله قده: ولأن السفهية الخ وقوله: لأنه قد ورد الخ.

يزول السفه، والفاسق سفیه وأي سفیه أسفه ممن يكون ظالما وفاعلا لما يوجب غضب الله ورسوله ويدخل نفسه النار وعقاب الله تعالى.

ولأن السفیه قد عبر بالغي في قوله تعالى: " لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي " (١) وهو ضد الرشد،

ولأنه قد ورد في بعض الأخبار أن شارب الخمر سفیه (٢) ولا قائل بالفرق، لعلك (٣) عرفت الجواب عنه بالنقض والمعارضة، بل المنع أيضا، إذ قد يمنع كون الفاسق غير رشيد وقد مر السند.

وقوله: (أي سفیه الخ) فبالنسبة إلى العاقبة فمسلم، وأما بالنسبة إلى أمور الدنيا فلا، ويجوز كون الآية لأمر الدنيا وحفظ المال كما هو المتبادر. على أنه قد يمنع الغضب ودخول النار، لتقرره بنفسه التوبة والعفو والاتكال إلى كرمه.

والرواية على تقدير الصحة محمولة على أمور الآخرة والمبالغة في المنع كالرواية (٤) في منع مناكحة شارب الخمر بالاتفاق فإنهم جوزوا ذلك وقالوا

(١) البقرة - ٢٥٦.

(٢) في خبر حماد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) وقال أبو عبد الله عليه السلام: إني أردت أن أستبضع بضاعة إلى اليمن فأتيت أبا جعفر عليه السلام فقلت له: إني أريد أن أستبضع فلانا فقال: أما علمت أنه يشرب الخمر (إلى أن قال) فقال عليه السلام: أي بني مه ليس لك على الله أن يأجرك ولا يخلف عليك، قال: قلت ولم؟ قال لأن الله عز وجل يقول: " لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما فهل تعرف سفیه أسفه من شارب الخمر؟ الحديث - الوسائل ج ١٧ ص ٢٤٨ حديث ٥ من باب ٥ من أبواب الأشربة المحرمة.

(٣) جواب عن استدلال الشيخ والشافعي في اعتبار العدالة فإنه قد تقدم: بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا.

(٤) راجع الوسائل باب ٥ من أبواب الأشربة المحرمة ج ١٧ ص ٢٤٧.

ويقبل فيه شهادة عدلين، وشهادة أربع نساء في الأثني.

بكرهته فتأمل.

قوله: " ويقبل فيه الخ " أي يثبت الرشد بشهادة العدلين بذلك عند الحاكم فيحكم به فيجري أحكامه عليه.

وأما إذا شهدا لا عنده أو لم يحكم به فظاهر اشتراطهم انضمام الحكم إلى الشهادة في الأمور إلا ما استثني وليس الرشد منه - يقتضي عدم الثبوت وعدم ترتب الأحكام عليه.

ودليل الاشتراط غير ظاهر وسيجيئ في محله بيانه، فيمكن الثبوت مع تعذره دفعا للخرج.

والاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان وعدم لزوم تأخير تسليم المال إلى صاحبه بزمان كثير يضره، بل مع عدمه أيضا خصوصا إذا طلبه المالك ويضر بالتأخير إذا أفاد ظنا متاخما (١) للعلم لمن يريد تسليم ماله إليه ومعاملته للخرج في الجملة.

لثبوت عمل الأمة في المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد يقينا وما ذلك إلا للحكم بظاهر الحال وشهادة العدلين ليس بأقل من ذلك.

ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية (٢) والأخبار (٣) الدالة على التسليم مع ثبوت كونه رشيدا عند المتصرف من غير قيد حكم الحاكم فتأمل.
ولهذا قالوا: إن فك حجر الصبي، ليس بموقوف - بعد البلوغ والرشد -

(١) وداره تناخم داري أي تحاذيها (مجمع البحرين).

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " النساء - ٦.

(٣) راجع الوسائل: باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ج ١ ص ٣١ وباب ١ و ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١ - ١٤٣.

وصرف المال في صنوف الخير، ليس بتبذير مع بلوغه (في الخير خ).

إلى (١) حكم الحاكم فتأمل.

فإن الظاهر أن الضابط حصول العلم، بل الظن المتأخّر له إما بالاختبار على أي وجه كان بحيث يظن أنه يضبط المال ويحفظه ولم يصرف في غير الأغراض الصحيحة بالنسبة إليه في نظر العقلاء، أو حكم الحاكم، أو شهادة عدلين، سواء كانا عدلين على الرجل أو المرأة، أو أربع نسوة أو امرأتان وعدل عليها لصدق الآية والأخبار.

ولعل دليل سماع العدلين في الرشد، بل في البلوغ بالسن والانبات دون حصول المني مع امكان سماع قوله حينئذ - على ما ذكر عن العامة - لعدم امكان إثباته بالشهود لعدم اطلاع غيره به إلا نادرا كخروج العدة بالحيض من النساء وللزوم الحرج في الجملة لو لم تسمع بخلاف السن والانبات، فإنه يمكن اطلاع الغير عليه ويبعد اطلاع نفسه عليه والرجل في المرأة.

هو الاجماع (٢)، وعموم كونهما حجة شرعية إلا في بعض نادر مثل الزنا لدليل مخصوص على الزيادة هنا.

وأما سماع أربع نساء هنا أو رجل وامرأتين في المرأة، فكأنه لذلك (٣)، ولعدم اطلاع غيرهن غالبا، فلو شرط الذكور يلزم الحرج، فتأمل.

قوله: " وصرف المال الخ " كون صرف المال في التقربات وأصناف الخيرات ليس بتبذير أو اسرافا منافيا للرشد، هو الظاهر من الكتاب والسنة، إذ الترغيب والترهيب على الانفاق فيهما كثير جدا، ولا يمكن حصره.

(١) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة.

(٢) خبر لقوله قده: دليل سماع العدلين.

(٣) يعني للاجماع.

وكذا الايثار، ويكفي في ذلك ايثار أمير المؤمنين عليه السلام: المسكين واليتيم والأسير، على نفسه وولده وزوجته وأمه مع كونهم صائمين وشدة حاجتهم وإمكان رفع حاجتهم بأقل مما أعطاهم.

فإنه نقل في التفاسير أنه عليه السلام استقرض من يهودي ثلاثة أصوع من شعير وطحنت فاطمة عليها السلام كل ليلة صاعا واختبزت خمسة أقراص بعددهم فأعطاهم إياها وتركهم بلا عشاء وماذا قوا كلهم إلا الماء في هذه الثلاثة الليالي، وفي النهار كانوا صواما فنزلت فيهم سورة هل أتى بمدح عظيم لم ينله، إلا هم وبهم (١).

قال في مجمع البيان: وليس ذلك مخصوصا بهم، بل كل مؤمن يفعل ذلك، ينال ذلك (٢).

وفي فعله صلوات الله عليه وآله على ما نقل ونزول هل أتى أحكام ذكرنا في مجمع برهان القرآن وذكرت فيه بعض الآيات الآخر مثل: " لن تناولوا البر حتى تنفقوا " (٣)، " وآتى المال على حبه " (٤).

وأشرت إلى بعض الأخبار أيضا، مثل ما روي صحيحا في وصية رسول الله صلى الله عليه وآله لأمر المؤمنين عليه السلام يا علي أوصيك في نفسك بخصال فاحفظهما ثم قال: اللهم فأعنه (وذكر منها) بذلك مالك ودمك دون دينك ثم قال عليه السلام: أما الصدقة فجهدك حتى تقول أسرفت ولم تسرف (٥).

-
- (١) تفسير البرهان ج ٤ ص ٤١٤ طبع السالك حديث ٩ لكن ليس فيه أنها عليها السلام طحنته كل ليلة صاعا، نعم هو مستفاد من مجمع البيان للطبرسي ره.
- (٢) عبارة المجمع هكذا: وهي جارية في كل مؤمن فعل ذلك لله عز وجل. فلاحظ المجمع ج ٥ ص ٤١٥ طبع مطبعة صيدا (سوريا).
- (٣) آل عمران - ٩٢.
- (٤) البقرة - ١٧٧.
- (٥) الوسائل باب ٦ حديث ١ من أبواب الصدقة ج ٦ ص ٢٦٣.

ولا سرف في الخيرات مشهور، والآيات والأخبار الدالة على الانفاق والترغيب والترهيب على تركه، لا يعد ولا يحصى كثرة (١).
وذكرت حمل قوله تعالى: " ولا تبسطها كل البسط " (٢) الخ فارجع إليه (٣)، هذا.

ولكن قال العلامة في التذكرة: وصرف الأموال في وجوه الخير كالصدقات، وفك الرقاب، وبناء المساجد والمدارس، وأشباه ذلك، ممن لا يليق به - كالتاجر وشبهه - تبذير وبه قال بعض الشافعية لأنه اتلاف للمال قال الله تعالى: " ولا تبسطها كل البسط " الخ.

وهي صريحة في النهي عن ذلك، ودليله ليس بتام، على أنه لو كان الدليل تاما لدل على كون مثل ذلك اسرافا بالنسبة إلى كل أحد فيمكن كونه خاصا به عليه السلام في ذلك الوقت ونحوه، وإلا يلزم المنع من الايثار الذي دلت على ذلك الأخبار والآيات كما تقدم، ومثل قوله تعالى: " ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة " (٤)، أي حاجة في وصفهم، وهو أعرف قدس الله سره. وأيضا لو لم يظهر لقوله: (مع بلوغه) هنا فائدة إلا أن يكون إشارة إلى كثرة المال بحيث يبقى ما يحتاج إليه فمعناه صرف المال في الخيرات ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلا عما يحتاج إليه أو المراد كونه لايقا بحاله فيصير مثل ما اختاره في التذكرة مع إجمال.

-
- (١) راجع الوسائل باب ١ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٤٠ و ٤١
و ٤٨ و ٥١ و ٥٢ من أبواب الصدقة ج ٦.
(٢) الإسراء - ٣٩.
(٣) يعني ارجع إلى كتاب مجمع برهان القرآن.
(٤) الحشر - ٩.

وصرفه في الأغذية النفيسة غير الملائمة لحاله (بحاله خ) تبذير.
ولو طعن (١) في السن غير رشيد لم يزل الحجر.

وأما ما ذكره في شرح الشهيد (٢) فغير واضح ومخالف لمذهب المصنف (٣) في الجملة من الأمور الضرورية، مثل أداء الديون مع الطلب ودفع حاجة النفس والزكاة والخمس أو بلوغ الصرف إلى الخير وأصابته يعني لا يكون القصد إلا لله فيكفي تأكيداً لقصد القربة فقط ونفي الرياء والسمعة، والمن والأذى وسائر المضيعات التي قليلاً ما ينفعك عنه العبادة.

ويؤيده وجود لفظة (في الخير) في بعض النسخ أو يكون المراد بلوغ الرشيد الصارف يعني ليس بسرف بشرط بلوغه.
ويؤيده عدم الخير في الخبر في نسخة ويكون إشارة إلى رد من يقول بعدم ذلك فتأمل.

قوله: "وصرفه في الأغذية الخ" كأنه لصدق الاسراف والتبذير (٤)
المنهي عنه ولعله لا خلاف فيه حينئذ.
قوله: "ولو طعن في السن الخ" ووجهه ظاهر، وهو ظاهر الكتاب من

(١) طعن في السن، شاخ (المنجد).

(٢) وهو الشهيد الثاني في شرح الشرايع (المسالك) فراجع المسالك ج ١ ص ٢٤٨ عند قول: المصنف (أما السفينة الخ).

(٣) يعني به المحقق صاحب الشرايع.

(٤) قال الله تعالى: "وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا" الأنعام - ١٤١ وقال عز وجل: "وكلوا واشربوا ولا تسرفوا" الأعراف - ٣١ وقال عز من قائل: "والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا" الفرقان - ٦٧ وقال جل

وعلا: "ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا" النساء - ٦ وقال عز وجل: "إن الله لا يهدي من هو مسرف كذاب" غافر - ٢٨ وغيرها من الآيات.

(٥) قال الله عز وجل: "وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيراً" الإسراء - ٢٦ وقال عز وجل: "إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين" الإسراء - ٢٧.

تعليق الاعطاء على إيناس الرشد (١)، فما لم يؤنس لم يعط وكان السن ما كان. ويدل عليه الاستصحاب، فإنه دل على عدم الاعطاء حتى يزول وما زال بدليل أصلا فبقي.

ويدل عليه الأخبار (٢) أيضا ولا يحتاج إلى ذكره إلا أنهم رحمهم الله يذكرون ذلك إشارة إلى رد أبي حنيفة، فإنه قال في الخلاف: عند أبي حنيفة: ينتظرون إلى خمس وعشرين لأن مدة بلوغ الذكر عنده بالسن ثماني عشر سنة فإذا زادت سبع سنين - وهي معتبرة في تغير أحوال الانسان لقوله عليه السلام: مروهم بالصلاة لسبع - دفع إليه ماله، أونس منه رشد أو لم يؤنس، وعند أصحابنا لا يدفع إليه أبدا إلا بايناس الرشد.

وضعف ما اختاره أبو حنيفة ودليل واضح، وكونه مخالفا للعقل والنقل أوضح.

أما من جهة العقل فإنه يقتضي عدم زوال الحجر إلا مع زوال موجهه، وهو عدم البلوغ وعدم الرشد، ولا دخل للسن في ذلك فإن الغرض حفظ المال وذلك لم يمكن إلا معهما.

وأما من جهة النقل فإن الآية (٣) والأخبار دللتا على اشتراط إيناس الرشد فكيف يعطى بدونه.

على أن دليله يقتضي الاعطاء - بل البلوغ - في رابع عشر. وأن الغرض عدم إيناس الرشد فكيف يقول بتغير الحال وإن سلم مطلق

(١) إشارة إلى قوله تعالى: " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " النساء - ٦.
(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات.
(٣) هي قوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " النساء - ٦.

التغير فلا يستلزم الاعطاء وهو ظاهر.
وإن الخبر لا دلالة له على ما قاله أصلاً فكأنه لذلك اختار أصحابه خلاف ما اختاره.
ثم إنه لا فرق بين الذكر والأنثى في هذا الحكم عند علمائنا أجمع قاله في التذكرة وادعى فيها أيضاً الإجماع على استقلال المرأة في التصرف في مالها بعد البلوغ وهو ظاهر العقل.
ولكن ورد في بعض الأخبار الصحيح (١) عدم جواز عتقها وإعطائها من مالها من غير إذن زوجها.
فكأنها محمولة على تأكيد استحباب الاستيذان أو على اطلاق (مالها) على (ماله) تجوزاً أو تقتضيه الأدلة أيضاً.
واعلم أنه لا بد من الاختبار لثبوت الرشد بما يناسب حال الصبي كما دل عليه قوله تعالى: " وابتلوا " فإنه الامتحان والاختبار، والإجماع والأخبار (٢) أيضاً يدلان عليه.
قيل في كلفيته، أن ينظر فيما يلائمه من التصرفات والأعمال، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء لا بمعنى أن يبيع ويشترى، بل يماكس في الأموال على هذا الوجه أو يدفع إليه المتاع ليبيعه ويراعي إلى أن يتم المساومة ثم يتولاه الولي ونحو ذلك، فإذا تكرر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع واتلاف شيء من المال وصرفه في غير وجهه، فهو رشيد.
وإن كان من أولاد الأكابر الذين يصانون عن مباشرة البيع فاختباره مما

(١) راجع الوسائل باب ١٥ حديث ١ من كتاب النذر ج ١٦ ص ١٩٨.
(٢) راجع الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣١ وباب ١ و ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١.

وأنه قد لا يعرف صرفه في مواضعه ولكن إذا أعطى يحفظه حتى يتحقق ذلك فيفعل سواء كان بيعا وشراء أو صرفا في مصالحه.

وأیضا لا نكلف المرأة بالصناعة، إذ المقصود العلم بعدم تضييع المال وحفظه وعدم صرفه في غير الأغراض الصحيحة، لا اكتسابه وعدم تضييع وقتها وتحصيل المال فينبغي اختبارها بشراء آلات الغزل والخياطة والنساجة وإعارتها واستيجارها واستيجار المغزلات وحفظ متاع البيت من التضييع بأن تحفظ عن الفارة والسنور وغيرهما مما يضيعه، ووضعها في محل لا يضيع غالبا وأمثال ذلك. قال في التذكرة: إنما تختبر بأن يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استيجار المغزلات وتوكيلها في شراء القطن والكتان والإبريسم والاعتناء بالاعتزال والاستنساج، فإذا كانت ضابطة في ذلك حافظة للمال الذي هو في يدها مستوفية لما استأجرت من الأجراء، فهي رشيدة.

وبالجملة الغرض حصول العلم أو الظن المذكور بأي شئ كان، وأن الاختبار ينبغي كونه قبل حتى لا يلزم تأخير الاعطاء والمنع عن ماله. ولأن الآية تدل عليه، لأنه سماه حينئذ باليتيم وذلك - حقيقة - إنما يكون قبل البلوغ، ولأنه جعل غاية الابتلاء، هو البلوغ.

ولكن ظاهر قوله تعالى: " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " (١) يدل على دفع المال بعد إيناس الرشد بلا فصل، فلو كان قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد قبل البلوغ وهو منفي بالاجماع. ولا يبعد صدق اليتيم على البالغ القريب من زمان عدمه باعتبار ما كان وهو شايع ذابح.

(١) النساء - ٦.

(الثاني) الجنون، ويمنع من التصرفات أجمع إلى أن يكمل عقله ولو كان يعتوره أدوارا صح تصرفه وقت إفاقة.

وأيضاً معلوم أن الابتلاء لم ينته إلى حين البلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد أيضاً بقريئة قوله: " فإن آنستم، أو أن المراد من " ابتلوا " هو عدم اعطاء المال والتقدير ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ورشدوا. ويمكن أيضاً تقدير (فبلغوا) بعد قوله: " آنستم رشداً " أيضاً فيكون الاختبار مقدماً فلا يبعد جواز الأمرين بجواز التقديرين، ولكن الظاهر الأول فتأمل.

وأن الظاهر صحة المعاملات والتصرفات التي وقع في حال الاختبار، مع ظهور كونه رشيداً حينئذ إذا كان بالغاً لحصول الشرائط إلى نفس الأمر، بل عند المعامل أيضاً فيدخل تحت عموم أدلة صحة البيع ونحوه وهو ظاهر. ولأنه تصرف صدر من أهله في محله.

وإذا كان الابتلاء قبل البلوغ فالظاهر عدم الصحة بناء على قوانينهم. ويحتمل الصحة كما قاله البعض وكما في التذكرة لظاهر الآية. وفيه تأمل فإن الظاهر فرض الابتلاء بعد البلوغ أو تقدير البلوغ أيضاً بعد الإيناس كما مر جمعاً بين القوانين وهو ظاهر، فإن الصبي الغير البالغ إذا لم يصلح لا يصلح دائماً حال الاختبار وغيره، والاختبار غير موقوف على صدور التصرف منه صحيحاً حتى يقال: به هنا للضرورة، لما مر.

على أن الآية لا تدل على صحة المعاملة حال الاختبار، وإنما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد.

قوله: " الثاني الجنون الخ " دليل حجر المجنون - ومنعه عن جميع تصرفاته حتى يفيق ويزول الجنون فيصح تصرفاته حال الإفاقة وإن كان ممن يحصل له

ولو ادعى وقوع البيع مثلا حالة (حال خ) جنونه فالقول قوله مع يمينه.

(الثالث) السفه ويمنع السفه - وهو المبذر لأمواله في غير الأغراض الصحيحة - عن التصرف في ماله.

الجنون أدوارا - وهو العقل والنقل (١) وهو ظاهر. قوله: " ولو ادعى وقوع البيع الخ " يعني لو ادعى المجنون المعلوم كونه مجنونا بعد إفاقته، ووقوع البيع زمان جنونه، وأنكره المشتري فالقول قول المجنون، لأن الأصل بقاء الملك على مالكه، ولاستصحاب حال الجنون إلى أن يعلم زواله وليس بمعلوم، ولأنه أعرف بحاله.

فلا يعارض ذلك بأصل الصحة وعدم الفساد لكثرتة، ولأنه قد يمنع كون الصحة أصلا نعم قد يكون ظاهرا من حال المسلم. فإن الأصل عدم البيع وعدم الصحة، لأنها موقوفة على الشرائط المعلومه، والأصل في الكل هو العدم.

فلا يرد عليه ما أورده المحقق الثاني: أنه لا أقل أن يكون هنا التردد كما فعل المصنف في القواعد والتحرير وذلك لا يوجب أولوية قراءة (ادعى) بناء للمجهول بمعنى أنه لو ادعى مدع على المجنون بعد الإفاقة أن البيع كان وقت الجنون فالقول قول المجنون كما قاله أيضا.

لأنه خلاف ظاهر المتن وخلاف المسألة المذكورة في غير هذا المتن وإن كان الحكم أوضح فتأمل.

قوله: " الثالث السفه الخ " وجه منع السفه عن التصرف المالية (٢)

(١) راجع الوسائل باب ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤١ وباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣١.

(٢) هكذا في النسخ كلها ولعل الصواب التصرف المالي أو التصرفات المالية.

لنفسه - من دون إذن الولي مطلقا عينا ودينا مع إصابته المصلحة والريح أم لا - هو
الاجماع ظاهرا وظاهرا الكتاب (١)، وقد مر.
والظاهر أنه غير صحيح (٢) أيضا، لأنه - بعد ثبوت أنه ممنوع عنه وعلّة المنع
عدم صلاحيته له - عدم الصحة ظاهر.
وأما توكله لغيره، فالظاهر أنه صحيح أيضا إن وقع بشرائطه للأصل وأدلة
جواز التوكل وصدور البيع، عن أهله في محله مثلا، ومنعه من التصرف في ماله
لاحتمال إضاعة ماله، لا يستلزم منعه عن مال غيره بإذنه مع الأمن من التضييع،
إذ قد يسامح في ماله، دون مال غيره، وكذا في ماله بدون إذن الولي وتعيين الثمن
للمبيع مثلا، لرفع العلة المقتضية وهي الانخداع واحتمال التضييع، مع صلاحيته
لايقاع العقد واعتبار كلامه، ولما تقدم وخرج ما هو مستقل به، للنص (٣) والإجماع،
وبقي الباقي.
ويمكن أن يكون إجازة الولي أيضا كافيا على تقدير جواز العقد الفضولي،
وإلا فلا كما هو الظاهر.
وأما حقيقة السفه، فهي معلومة من تعريف الرشد المقابل له، وهو الذي
أشار إليه المصنف بقوله: وهو المبذر أي الصارف لأمواله في غير الأغراض الصحيحة
أي في نظر العقلاء غالبا بالنسبة إلى حاله.
فصرف المال في المحرمات وتضييعه مثل القائه في البحر، سفه بإجماع الأمة
كما يفهم من التذكرة كما مر.
وكذا صرفه في الأطعمة والأشربة والمأكّل والمشرب الغير اللائق بحاله

-
- (١) وهو قوله تعالى: " ولا تَوَتُوا السفهاء أموالكم الآية " النساء - ٥ .
(٢) يعني كما أنه ممنوع تكليفا غير صحيح أيضا وضعا.
(٣) الظاهر إرادة عموم الآية المتقدمة.

فلو باع أو وهب أو أقر بمال أو أقرض، لم يصح، مع حجر
الحاكم عليه.

بحيث يعاب على ذلك عرفا وغالبا.
والظاهر أن المراد عدم الرشد لا مجرد الاتفاق،
فالذي له ملكة حفظ المال عن الضياع وعدم صرفه إلا في الأغراض
الصحيحة اللائقة بحاله في نظر العقلاء، رشيد، والذي ليس له تلك سفية، هذا هو
المفهوم من كلام أكثر الأصحاب بحسب الظاهر فهو متفق على اعتباره.
وأما اعتبار ما يزيد عليه من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم
والاشتغال بالأعمال التي ينبغي وقوعه (١) من أمثاله كما صرح به في شرح الشرائع
 ويفهم من كلام البعض في الجملة في بيان الاختبار مثل اختبار المرأة بالنساجة،
فهو غير ظاهر الدليل والأصل ينفيه
وظهور عدم صدق السفية على عدم ذلك لغة وعرفا وشرعا، وتسلبت الناس
على أموالهم وعدم جواز منع الناس عن أموالهم عقلا ونقلا إلا ما خرج بدليل، يدل
على العدم فتأمل.
قوله: " فلو باع أو وهب الخ " تفريعه ظاهر بعد ثبوت ما تقدم، وقوله:
(مع حجر الحاكم) إشارة إلى أن ذلك ظاهر مع حكم الحاكم بسفیهه، وأما بدون
ذلك فيجئ الاشكال في المتن، ووجهه.
وهذا الكلام يشعر بعدم الثبوت إلا مع حكمه فتأمل.
وأما عدم سماع اقراره فهو بالنظر إلى ظاهر الشرع وحكم الحاكم بذلك،
سواء أقر بثبوت شيء في ذمته بالدين أو إتلاف مال، وقبل السفه والحجر، أو بعده
فإن اقراره حينئذ غير مسموع.

(١) هكذا في النسخ كلها والصواب وقوعها.

ويصح تصرفه في غير المال كالطلاق، والظهار، والخلع،
والاقرار بالحد، والقصاص، والنسب.
ولا يسلم إليه عوض الخلع.

وأما بينه وبين الله فالظاهر أنه مكلف بالخروج عما في ذمته مطلقا، فلا بد
أن يسلم ما أقر به إلى المقر له خفية ويجوز له أخذه إذا كان حقا ثابتا في ذمته قبل
السفاهة وصرح به في التذكرة.

وأما إذا كان المالك سلطه على ماله بالبيع وشبهه بعد الحجر، فقال في
التذكرة: لا يجب عليه أداء ذلك، لأنه بتسليطه السفية على ماله مضيع لماله، فلا
عوض له، فكأنه أتلفه بنفسه.

هذا - مع عدم علمه بسفاهة - مشكل، بل مع علمه أيضا فإنه على اليد
ما أخذت (١) وما سلمه إليه إلا بعوض، بل يكون حينئذ مع علمه بعدم لزوم العوض
سفيها أيضا كالمصرف فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يلزم عدم العوض بتسليطه بلا
عوض كالهبة ونحوها فكيف على وجه العوض، فالظاهر العوض بناء على قوانينهم،
فافهم.

قوله: " ويصح تصرفه الخ " دليل ذلك كله حتى النسب - ولكن من
دون النفقة وإن كان نسبا موجبا لذلك في غير السفية - الأصل والأدلة من
العمومات الدالة على جواز تلك التصرفات وعدم شمول دليل السفه لها، وأنه لا يمنع
من غير المالية.

والضابط أنه إنما المنع عن التصرفات المالية لا غير.
والظاهر أنه مجمع عليه أيضا.

وأما وجه عدم تسليم عوض الخلع له، فهو أنه تصرف مالي ممنوع فلا يجوز

(١) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ و ٣٨٩ و ج ٢ ص ٣٤٥ و ج ٣ ص ٢٤٦ و ص ٢٥١ - مع ذيلها.

ويجوز أن يتوكل لغيره في بيع وهبة وغيرهما.
ولو أجاز الولي بيعه صح.
(الرابع) الملك، فالعبد والأمة محجور عليهما لا يملكان شيئاً ولو ملكهما مولاهما، ولو تصرفا لم يمض إلا بإذن المولى.
(الخامس) المريض، ويمنع المريض من الوصية بأكثر من الثلث ما لم يجز الورثة.

ذلك فلا يخرج عن العهدة بذلك.
قوله: " ويجوز أن يتوكل الخ " قد مر دليله، وكأنه أشار إلى خلاف بعض العامة حيث لم يجوزه، ولعله لا خلاف عندنا.
وكذا دليل قوله: (ولو أجاز بيعه صح) فتذكر.
قوله: " الرابع الملك الخ " ظاهرهم عدم الفرق في منع المملوك وحجره عن جميع التصرفات - بدون إذن المولى إلا الطلاق، فإنه بيد من أخذ بالساق (١) - بين القول بأنه يملك أم لا، ولعل دليلهم الاجماع ولا نعلم ذلك.
والحكم غير واضح فيما يملكه على تقدير القول بأنه مالك، وهو الظاهر كما مر فتأمل.
هذا وظاهر المتن أن الحجر بسبب عدم الملك، وأنهما لا يملكان، وأنه لا يفيد الإجازة، لا بد من الإذن إلا أن يعمم الإذن بحيث يشمل السابق واللاحق.
قوله: " الخامس المرض الخ " الظاهر أنه ليس بحرام، بل معنى المنع هنا عدم مضي تصرفاته في أكثر من الثلث إلا بإذن الوارث.
ودليله أخبار كثيرة (٢) مع الشهرة العظيمة، بل كاد أن يكون إجماع

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٣٤ حدى ١٣٧ ولاحظ ذيله.
(٢) راجع الوسائل باب ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ من كتاب الوصايا ص ٣٦١ - ٣٧١ ج ١٣.

وفي التبرعات المنجزة، قولان.

الأمة، فلا يلتفت إلى الشك والشبهة.
قوله: " وفي التبرعات المنجزة قولان " القول بلزوم المنجزات وصحتها،
قول الشيخ في النهاية، والشيخ المفيد، والقاضي، وابن إدريس رحمهم الله، وظاهر
التهذيب والفقهاء.

وبعدم القبول إلا في الثلث وهو قول ابن الجنيد والشيخ في المبسوط
والمتأخرين، والمصنف هنا نقل القولين من غير ترجيح، وفي باب الوصية اختار
الثاني، ونقل عن الصدوق أيضا مع أن ظاهر كتابه الفقيه غير ذلك.
ودليل الأول أظهر، وهو الأصل (١)، والاستصحاب، وتسلبت الناس على
أموالهم عقلا ونقلا كتابا (٢) وسنة (٣) وإجماعا، وأدلة صحة الهبة (٤) والعتق
والمحابة مثلا لو فعلها حال مرضه، والأخبار الصريحة الصحيحة وغيرها.
مثل صحيحة أبي شعيب المحاملي - الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه (٥).
وصحيحة محمد بن مسلم - في التهذيب والفقيه - عن أبي عبد الله عليه
السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر

- (١) يعني أن الأصل صحة التصرفات مطلقا فلو شك فيها يقال: كانت هذه التصرفات قبل مرض
الموت صحيحة فتستصحب بعده أيضا.
(٢) إشارة إلى آية التجارة عن تراض.
(٣) إشارة إلى قول النبي صلى الله عليه وآله: الناس مسلطون على أموالهم - عوالي اللآلي ج ١ ص ٤٥٧
رقم ١٩٨.
(٤) لعله أراد إطلاق أدلة صحة الأمور المذكورة وإلا فلم نقف على خبر يدل بالخصوص على صحتها
حال المرض مطلقا بل ورد ما يدل خلافه فراجع الوسائل باب ٨ حديث ٣ من كتاب الهبات وباب ١١
حديث ٣ و ٤ و ٦ و ٩ و ١١ و ١٥ و ١٦ من كتاب الوصايا.
(٥) الوسائل باب ١٧ حديث ٨ بسند الشيخ ره من كتاب الوصايا.

من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي (١).
وحسنه - أيضا - عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بأكثر من
الثلث وأعتق مملوكا (مما ليكه ثل) في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث
وجاز العتق (٢).

فقول شارح الشرايع - : وعليه شواهد من الأخبار إلا أن في طريقها عمارا
وسماعة (٣) وهما فاسد الرأي لكنهما ثقتان - محل التأمل، وغيرها من الأخبار الكثيرة
(٤).

ويمكن حمل غيرها على الاستحباب، وأن الأولى ترك المال للورثة والوصية
مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية، وسيجيء في الوصية تحقيق المسألة وقد
كتبت فيه رسالة منفردة وجمعت فيها أكثر الأدلة وذكرت وجوها للجمع بين الأدلة.
قوله: " السادس الفلاس " ليس الغرض متعلقا بمعناه اللغوي،
فتركت (٥).

قال في التذكرة: وأما في الشرع، فقليل: من عليه ديون لا يفي بها ماله
ويشمل من لا مال له، ومن له مال قاصر.
وقد دل على تفسيره تفسير النبي صلى الله عليه وآله مفلس الآخرة حيث
قال صلى الله عليه وآله: أتدرون من المفلس؟ قالوا: يا رسول الله المفلس فينا من
لا درهم له ولا متاع، قال: ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الوصايا.

الوسائل باب ٦٧ حديث ٤ من كتاب الوصايا.

(٣) راجع الوسائل باب ١٧ حديث ٤ و ٧ و ١٠ وحديث ١ و ٢ و ١١ من كتاب الوصايا.

(٤) راجع باب ١٧ من كتاب الوصية وغيره.

(٥) يعني لما لم يكن متعلقا بمعناه اللغوي تركت ذكر معناه اللغوي.

ويحجر عليه بشروط أربعة، ثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصور أمواله عنها، وسؤال أربابها الحجر.

حسناته أمثال الجبال، ويأتي من قد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء - أي من حقوق الناس - أخذ سيئاتهم فردت ثم صك في النار (١).

هذه تدل على تحرم الغيبة ونحوها، وكونها كبيرة، وعلى الاحباط، ونقل سيئات البعض إلى بعض كسائر الروايات فتأمل فيها.

ثم حجره على من له مال في الجملة في عدم تصرفه فيه وفي المتجدد بنحو الاختطاب، وعلى من ليس له مال في الأخير فقط.

وقال في التذكرة: للحجر شروط خمسة، المديونية، وثبوت الدين عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها، والتماس الغرماء أو بعضهم، وبعد حجر الحاكم يمنع من التصرفات المالية في الموجود والمتجدد زمان الحجر فقط، لا من التصرف في نفسه وسائر المعاملات الغير المتعلقة بالمال الموجود ويتعلق الديون زمانه بعينه فلا يجوز له التصرف فيه بوجه ومن وجد عين ماله يكون أولى بها (٣). ولعل دليل هذه الأحكام كلها هو الاجماع، وكذا عدم حصول الحجر الشرعي إلا بحكم الحاكم.

ولعل لهم بعض الأخبار من العامة أو من الخاصة، وما وقفنا عليه، نعم اختصاص الديان بعين ماله يدل عليه بعض الأخبار وسيجيء.

قوله: " وبحجر عليه بشروط أربعة الخ " هي الأربعة الأخيرة المذكورة

(١) مسند أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٠٣ و ص ٣٣٤ و ٣٧٢ وقد نقله الشارح قده بالمعنى.

(٢) راجع الوسائل: ج ٨ باب ٥٢ ص ٥٩٦.

(٣) قوله: للحجر شروط إلى هنا مذكور في التذكرة متفرقا وقد جمعه الشارح قدس سره ولخصها فراجع الفصل الثاني من المقصد الثالث في التفليس من التذكرة.

فلو سأل هو أو تبرع به الحاكم أو كانت أمواله مساوية أو كانت مؤجلة فلا حجر. ويثبت حجره بحكم الحاكم به، ويزول بالأداء ولا يشترط الحكم.

في التذكرة، وترك الأول لاستغناؤه عنه بثبوت الديون عند الحاكم فإنه فرع المديونية وأراد في التذكرة التفصيل.

قوله: " فلو سأل هو الخ " بعد ثبوت الشرائط المقررة، تفريع عدم ثبوته - بسؤال نفسه الحجر أو تبرع الحاكم فالظاهر عدم الجواز له إلا برضاه، وعلى غير وجه الالتزام، بل نظرا لمصلحته أو مساواة أمواله للديون بمعنى حصول الوفاء للديون الحالة وإن لم يف بالكل أو كان زائدا أو كانت الديون التي تستغرق المال غير حالة مؤجلة كلها أو بعضها - ظاهر.

قوله: " ويثبت حجره الخ " قد نقل الإجماع على عدم ثبوت الحجر المراد إلا بحكم الحاكم، فمع وجود جميع شرائطه، لا يمنع من التصرفات في ماله بأسرها وليس للغرماء منعه من شيء إلا بعد الحجر، ويفهم على ذلك، الإجماع من التذكرة وغيرها.

ولكن استشكل في جواز رجوع من وجد عين ماله عند المفلس المعرف قبل حجر الحاكم له، سواء كان مبيعا أو قرضا أو غير ذلك. ولكن ظاهر الرواية (١) من العامة والخاصة - وستجئ - عدم التوقف (٢)، فإن كانت حجة لا بأس بالعمل بها ولا يدل الأصل، ويملك (٣) المفلس بالعقل

(١) يعني قوله عليه السلام: من وجد متاعه فهو أحق به.

(٢) يعني عدم توقف رجوع صاحب المتاع إلى متاعه، على حكم الحاكم، بحجره.

(٣) هكذا في النسخ كلها، ولعل الصواب: (وتملك) المصدر من التفاعل عطفًا على (الأصل).

"المطلب الثاني في الأحكام"
والكلام فيه يقع في مقامين.
(الأول) في أحكام السفية.
ويثبت حجر السفية بحكم الحاكم لا بمجرد سفهه على اشكال.

والإجماع على عدم الجواز بعد وجود الرواية التي هي حجة ولا يصير سببا للتأويل
والتصرف فيهما كما فعله في التذكرة فتأمل.
ثم إن الظاهر زوال الحجر بالأداء لزوال سببه، فإن السبب هو الدين
والمطالبة، وهو ظاهر.
وأیضا أنه كان ابتدائه مشروطا بوجود الدين الثابت الحال، فكذا
الاستدامة للعلة، وهو ظاهر فلا يظهر بقائه إلى أن يحكم الحاكم بالزوال لكونه (١)
كان موجودا فبحكم الاستصحاب موجود حتى يعلم الزوال ولا يعلم إلا بالحكم
كأصله، وهو ظاهر على ما أفهم.
"المطلب الثاني في الأحكام"

قوله: "ويثبت حجر السفية بحكم الحاكم الخ" المراد ثبوت حجر
السفية بالمعنى المتقدم بعد أن صار رشيدا أو زال حجره ثم صار سفيا بحيث لو كان
قبله لكان ممنوعا ومحجورا هكذا ينبغي التقييد فإن الظاهر أن لا نزاع في أنه يثبت
(ثبت خ) الحجر على السفية المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه وعدم توقفه على
حكم الحاكم، وكذا زواله بزواله من دون الحكم للآية (٢)، بل الإجماع على ما فهم

(١) تعليل للمنفى يعني (يظهر) لا النفي يعني (لا يظهر).
(٢) يعني لاطلاق الآية وهو قوله تعالى: "فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" النساء - ٦.

من شرح الشهيد، ولما سيأتي فتأمل.
ف قيل: المشهور توقفه على حكم الحاكم وحجره، وهو مذهب المصنف في
التذكرة للأصل، وتسلبت الناس على أموالهم عقلا ونقلا (١)، وشمول أدلة
التصرفات، تصرفه الذي فعله في زمان سفهه، من الكتاب والسنة، وصدقها عليها
حينئذ، ولعدم الدليل في الكتاب والسنة إلا على استصحاب السفه إلى أن يرشد،
وأما الحادث بعده فلا، وهذا دليل قوي،
ويؤيده الإجماع على عدم تحققه في المفلس إلا بعده.
ويؤيده أيضا، الشريعة السهلة السمحة.
وأنه إن كان مجرد السفه حجرا يشكل المعاملات والأنكحة، فإن غالب
الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهة.
وهو ظاهر مع اعتبار العدالة، ومع عدمه أيضا خصوصا إذا اعتبرنا ما اعتبره
الشهيد الثاني حيث قال:
وقد عرفت أن الرشد لا يكفي فيه ذلك (أي اصلاح المال) بل لا بد من
ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجه السابقة (٢) فيتحقق بالأعمال التي
ينبغي وقوعها منه وصيرورة ذلك ملكة له يعسر زوالها.
وإن كان الذي قاله غير واضح، فإن الأصل ينفيه، مع عدم الدليل،
وعدم ذكر الأصحاب والمشقة والخرج، أنه منتف عن كثير من الناس مثل أهل
العلم، فالظاهر عدم اعتباره.
ولكن قد نقل الإجماع على أن صرف المال في المحرمات سفه وتبذير.

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٤٥٧ رقم ١٩٨.
(٢) في المسالك - بعد قوله: السابقة: فيكون السفه ترك ذلك فيتحقق بترك الاشتغال بالأعمال التي
تنبغي وقوعها من أمثاله ولا بد من تقييد صرف المال في غير الغرض الصحيح يكون ذلك ملكة له (انتهى).

لتسليم المال، للنص والاجماع والاستصحاب مع عدم الظهور والتحقق. ويمكن تخصيص كون الصرف في المحرمات سفها، بما إذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا في صرف المال، ولكن كلامهم خال عن ذلك، الله يعلم (الله خ) والموفق للعلم والمزيل للجهل. وأما الذي يدل على عدم الاشتراط، وإن مجرد السفه كاف فهو أنه معلوم أن علة عدم جواز تصرفه هو مجرد السفه وعدم صلاحيته للتصرف في ماله لذلك، ولهذا يمنعه الحاكم ولولا ذلك لما يمنعه. والفرق بينه وبين المفلس ظاهر، فإنه صالح للحفظ، والغرض الباعث، حفظ مال الديان لطلبهم ذلك فيحتاج إلى زاجر كما أنه إذا امتنع عن أدائه لا بد من حاكم يأخذه فافهم. وأنه كاف في الابتداء ففي الاستدامة كذلك لعدم الفرق ظاهرا وظهور العلة. وأنه لو جوز له المعاملة يضيع ماله في الحال ويعطي ما يسوى أضعاف درهم بدرهم، وهو ضرر عظيم. فالظاهر نفيه شرعا وعقلا وسد باب تصرفه لئلا يؤول إلى ذلك كما فعل في أمثاله. وأن ظاهر قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الآية " (١) عام بحسب ظاهر اللفظ في كل سفه. ولأن تعليق الحكم بالمشتق يفيد علية مبدء الاشتقاق، ولهذا يتبادر أن العلة هو السفه.

(١) النساء - ٦.

وكذا يفهم من قوله تعالى: " فإن أنستم منهم رشداً " (١) أن مجرد السفه هو علة المنع لا غير، وأنه يزول المنع من التصرف بمجرد زواله، وأنه لا دخل لحكم الحاكم ولا دخل لخصوصية كونه في ابتداء الحال.

وظاهر قوله تعالى: " فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه " (٢)، إن مجرد السفه موجب لعدم الامتثال والامتلاء والتصرف، وثبوت الولاية من غير اشعار بذكر حاكم ولا ابتداء حال. لأن معناه - على ما في الخلاف والمنتهى وغيرهما - (سفيهاً) محجوراً عليه لتبذيره وجهله بالتصرف، ناقص العقل مبذراً، (أو ضعيفاً)، أي صبياً أو شيخاً مختلاً، أو لا يستطيع أن يمل هو (بنفسه لخرس أو جهل باللغة)، (فليمل وليه) الذي يلي أمره من وصي إن كان سفيهاً أو ضعيفاً، أو وكيلاً إن كان غير مستطيع، أو ترجمان يمل عنه وهو يصدقه.

وينبغي أن يزداد في الأولين، الأب أو الجد والحاكم ويعبر عن الكل بالولي لا بالوصي، وهو ظاهر.

فيجب أن تحمل (٣) على ظاهرها ويخصص بها عموم جواز التصرف والتسلط وأدلة صحة سائر التصرفات.

فوجد الدليل على السفه غير حال الابتداء، والضرر يندفع بما ذكرناه من جواز العمل على الظاهر، وتجويز كون مجرد المكايه (٤) كافياً للظن بالرشد المجوز للمعاملة.

(١) النساء - ٦.

(٢) البقرة - ٢٨٢.

(٣) يعني الآية.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة: وتجويز كون مجرد المؤانسة في المعاملة كافياً للخ وعليه يكون إشارة إلى قوله تعالى: " فإن أنستم منهم رشداً " الخ.

وأنة مشترك الورد لعدم الاشتراط في الابتداء بالاجماع ومعارض بالضرر الذي ذكرناه.

وكأنه لذلك جزم المحقق الثاني والشهيدان بأنه مانع، بل نجد عبارات الأصحاب كلها في جميع الأحكام في البيع، والإجارة، والوقف، والوصية، والهبة، وغيرها، مشحونة باشتراط الرشد من القابل وغيره.

فبيعد جدا حملها على الرشد والسفه ابتداء، لأنهم يطلقون ويعممون ويفرعون عليه الفروع الكثرية بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك كما في اشتراط البلوغ والعقل في سائر الأحكام.

ويبعد حملها على أن السفه مانع مع حكم الحاكم، وهو ظاهر.

ويمكن أن يؤيد الأول (١) بأن هذا حكم على خلاف العقل والنقل كتابا وسنة وإجماعا فيختص (فيقتصر خ) على محل اليقين والوافق وهو في الابتداء وتسليم المال، وكذا مع حكم الحاكم.

والقياس باستخراج العلة في أمثاله، ليس بحجة، وكذا الضرر المذكور في الآية الأولى (٢) مخصوصة (٣) بالابتداء وتسليم المال على ما قالوه.

هذا على تقدير تسليم أن المراد بالسفهاء، المبذرون، وب (الأموال) (٤) (أموالهم) أضيفت إلى الأولياء، وأنهم المراد ب (كم) بقريئة (وارزقوهم). وقيل: المراد أموال المخاطبين وقد أمروا بأن لا يسلموا أموالهم إلى السفهاء

(١) يعني بالأول كفاية السفه ابتداء في المنع بأن يقال: كون الانسان البالغ العاقل المختار - كما هو المفروض - ممنوعا من التصرف في أمواله على خلاف العقل الخ.

(٢) يعني قوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم "

(٣) هكذا في النسخ والصواب (مخصوص).

(٤) يعني كون المراد من قوله تعالى: " أموالكم " أموالهم.

ولا يزول إلا بحكمه.

ليتنفعا مثل (نسائهم) و (أطفالهم) بل يرزقهم منها ولا يسلمها إليهم ثم يرزق منهم وهو الظاهر من الآية، وفي بعض الأخبار أيضا إشارة إليه، ويعلم التفصيل من مجمع البيان (١).

والثانية (٢) مخصوصة بعدم الاملال والولي فيه، لا مطلقا على أنه قيل: المراد بالسفيه، الجاهل بالاملاء، وقيل: الطفل، وقيل: الأحمق، قاله في مجمع البيان. ويحتمل غير ذلك أيضا.

ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم، ولهذا قال في الخلاف: المحجور عليه فتأمل واحتط إن أمكنك فإن المسألة من المعضلات المحتاجة إلى دفعها لأنها ضرورية واقعة في كل وقت.

ثم إن الظاهر أنه إذا قيل: أن السفه المانع من التصرف يثبت من دون حكم الحاكم، فالظاهر أن زواله كذلك، لأنه السبب وبزواله يزول المسبب ويؤيده: (فإن آنستم) فإنه كالصريح في زواله بزوال السفه من دون حكم الحاكم. وأيضا، الظاهر عدم الفرق بين الابتداء والانتهاء، وفي الابتداء مجمع عليه وظاهر لما مر.

وأما إذا قيل: إنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فيحتمل زواله بمجرد زوال السفه، لأن حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده، فلما عدم لا يمكن ثبوته، ويبعد بقائه

(١) في المجمع ج ٣ ص ٨ طبع مطبعة العرفان صيدا (سوريا): وقد عنى بقوله: أموالكم، أموالهم كما قال: ولا تقتلوا أنفسكم أي لا تؤتوا اليتامى أموالهم وارزقوهم منها واكسوهم، عن سعيد بن جبير (إلى أن قال): وقد روي أنه سئل الصادق عليه السلام عن هذا فقيل كيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: إذا كنت أنت الوارث له (انتهى) ولعل الشارح قد به بقوله وفي بعض الأخبار الخ) إلى هذا والله العالم.

(٢) أي الآية الثانية وهي قوله تعالى: "فإن كان الذي عليه الحق" الخ ما تقدم.

وإذا بايعه انسان بعد الحجر كان باطلا، فيستعيد العين.

وكذا يبعد اختيار اللمعة، وهو عدم توقف الثبوت على حكم الحاكم وتوقف زواله عليه على ما نقل في شرح الشرائع لما مر فافهم. ويمكن قول ثالث في أصل المسألة لو لم يكن خرق إجماع، وهو أنه قد يكون ممنوعا بمجرد السفه من التصرف فيما لا مصلحة له في ذلك التصرف أصلا، بل يكون مضرا مثل الغبن الفاحش وشراء المحرمات وصرف الأموال بلا عوض، وفي غير الأغراض الصحيحة، لا مطلقا ويكون ممنوعا عنه مطلقا بحكم الحاكم أو لا يكون له ذلك، فتأمل.

ثم إنه ذكر في التذكرة: إذا ثبت هذا، فكل من صار محجورا عليه بحكم الحاكم فأمره في ماله إلى الحاكم، ومن حجر عليه بغير حكمه فأمره في ماله إلى الأب أو الجد للأب.

كأنه يريد مع وجودهما، وإلا فالوصي إن كان، وإلا فالحاكم. على أن دليل الكلية غير ظاهر، بل هي أيضا، فإن المجنون بعد البلوغ والرشد أمر ماله إلى الحاكم على المشهور، مع أن ثبوت حجره ليس بحكم الحاكم، بل بمجرد الجنون.

وكذا المملوك إن قلنا بأن له مالا، حجره ليس بحكمه، مع أن أمر ماله إلى مولاه.

وأمر مال المرتد الغير الفطري إلى الحاكم على الظاهر وحجره، ليس بحكمه على ما ذكره قبل هذه الكليّة، وكأنه يريد الخاص، وهو أعرف قدس الله سره. قوله: " وإذا بايعه انسان الخ " قد علم أن السفه إذا حجر عليه يكون ممنوعا من جميع التصرف المالي بالكلية، سواء صادف العين أو الذمة، ومن بعض غير المالي أيضا مثل النكاح وإن كان هو أيضا يؤول إلى المالي. وكأنه لا خلاف فيه بين الأمة إلا قول ضعيف عن الشافعي في الشراء في

ولو تلفت وكان القبض بإذن المالك فلا رجوع، وإن زال الحجر، وإن كان بغير إذنه رجع عليه. ولو أتلّف ما أودعه (ع - خ ل) فالوجه عدم الضمان.

قوله: " وإن زال الحجر " إشارة إلى خلاف بعض الشافعية أنه إذا أتلّفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه، قاله في التذكرة، ثم قال: " ولا بأس به ". ووجه عدم البأس غير واضح، بل الظاهر هو البأس موافقا للأصحاب والمصنف هنا وسائر كتبه حتى التذكرة قبيل هذا. والتفصيل - بأن القبض إن كان بإذن المالك فلا يضمن وبغيره ضمن كما هو في المتن أيضا - غير واضح ولهذا ما فصل في التذكرة. والظاهر عدم الفرق بين البيع وسائر المعاملات حتى القرض إذا سلطه عليه مالكة بما يجوز الهلاك ظاهرا، ولكن يضمن جميع ما أتلّفه مع عدم تسلط مالكة وهو ظاهر ومصرح به في التذكرة. قوله: " ولو أتلّف ما أودعه (ع - خ) " وجهه معلوم مما تقدم، وهو أن المودع هو المضيع، لأنه سلط وسلم المال إلى غير أهله، وكذا العارية ونحوها مما لا يجوز له الاتلاف ولا تسلطه عليه للاتلاف بوجه. ولكن اختار في التذكرة الضمان في أمثالها مما سلم إليه من غير تسليط اتلاف، قال: والأقرب عندي أنه يلزمه الضمان إن أتلّفه أو تلف بتفريطه، لأن المالك لم يسلمه وقد أتلّفه بغير اختيار صاحبه فكان ضامنا. والظاهر ذلك، لعموم دليل الضمان، وكونه سفيها وتسليم مالكة إياه لا يستلزم عدم الضمان، لأن له أهلية الضمان والحفظ، لأنه عاقل بالغ إلا أنه يسامح في ماله وذلك غير قادح في أهليته، فلا يستلزم كون المالك هو المضيع كما في الصور الأول ولهذا يجوز توكيله.

ولو فك حجره فعاد بتبذيره (تبذيره خ)، عاد الحجر.
والولاية في ماله إلى الحاكم، وفي مال الطفل والمجنون إلى الأب
أو الجد له، فإن فقد فالوصي، فإن فقد فالحاكم.

ولا يقاس بحال (على خ) المجنون والصبي في أنهما لا يضمنان بتلف الوديعة
والعارية، لأنهما مسلوبا الأهلية شرعا للخطاب والحفظ، مع تسليط المالك.
على أنه قد يقال بالضمان على تقدير فرض التمييز (التمييز خ) التام، مثل
ما يكون عند البلوغ وجعله من باب خطاب الوضع خصوصا إذا أتلغاه فتأمل.
قال في التذكرة: وحكم المجنون والصبي، كما قلناه في السفية، في وجوب
الضمان عليهما إذا اتلغا مال غيرهما بغير إذنه أو غصبا فتلف في يدهما (أيديهما خ)،
وانتفاء الضمان عليهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض، وأما
الوديعة والعارية إذا دفعهما صاحبهما إليهما فتلفتا فلا ضمان عليهما فإن أتلغاهما،
فالأقرب أنه كذلك، ولبعض العامة وجهان الخ.

قوله: " ولو فك حجره الخ " الظاهر أنه هكذا كلما زال فيزول، وكلما عاد
فيعود وهو ظاهر، ونقل عليه إجماع علمائنا في التذكرة، بل إجماع الصحابة، وقول
أكثر العامة ونقل عن زفر، وأبي حنيفة عدم الحجر عليه، قال: وهو مروى، عن ابن
سيرين والنخعي، لأنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد، ولأنه يصح طلاقه فيصح
عقوده.

وأنت تعلم ما فيه من القياس الباطل أصلا وخصوصا هنا، للفرق بين
الرشيد والسفيه والمالي وغيره وهو واضح، ولهذا فرق العلماء بينهما، بل أبو حنيفة
وأتباعه أيضا حيث أثبتوا الحجر أولا، وهو منصوص ومجمع عليه، وإن العلة المقتضية
للحجر باقية، فيجب وجود معلولها، على أن القياس فيما يقابل النص غير مقبول،
وأنه لو صح لزم عدم الحجر رأسا، وهو ظاهر.
قوله: " والولاية في ماله إلى الحاكم الخ " قد ادعى إجماعنا في التذكرة على

عدم جواز تصرف السفية في ماله وإن بلغ وطعن في السن، وفي المجنون أظهر قد مر ضابطة التذكرة (١) مع التأمل وقال هنا: إن ولاية السفية في ماله إلى الحاكم. الظاهر أنه يريد السفية الذي طرء سفهه على رشده بعد البلوغ، فإن الظاهر أنه قبل ذلك إلى الأب والجد له كما صرح به بعض الأصحاب، وإليه أشار في الضابطة وإن قال في شرح الشرائع أن المشهور أنه للحاكم مطلقا فيمكن أن يحمل على ظاهره.

ويؤيده أنه مختار التذكرة، ولكن نقل عن أحمد ما قلناه، ثم قال: لا بأس به فتأمل.

وكأنه يريد ب (الطفل والمجنون) من لم يبلغ ويرشد ويعقل فيكون البالغ الغير الرشيد أيضا داخلا فيه ويكون ولايته للأب أو الجد له، ويكون ولاية المجنون - العارض جنونه بعد عقله ورشده وزوال حجر الأب والجد عنه - إلى الحاكم أيضا. والوجه أنه قد ثبت ولايتهما قبله، كأنه للإجماع المنقول في التذكرة، كأنه إجماع الأمة، وكذا على عدمها لغيرهما من الأم وسائر الأقارب، وأن من قال بغيره، خرق الإجماع ولا نجد دليلا غيره صريحا، فالاستصحاب يقتضي بقائها حيث لا دليل على زوالها.

وأما العارض بعد الزوال فلا دليل لثبوتها لهما فيكون للحاكم كسائر الولايات.

ولعل دليل ولاية الحاكم على من لا ولي له أنه لا بد من ولي وليس أحد أحق منه، ولا يساويه للعلم والتقوى، وفي غيره مفقود، ولأن العلماء ورثة

(١) وهي قوله ره: كل من صار محجورا عليه بحكم الحاكم فأمره في ماله إلى الحاكم إلى آخر ما تقدم آنفا.

الأنبياء (١) ولا شك أن ذلك لهم، ولأنه نائب لولي الأصل وهو الإمام عليه السلام، وكأنه لا خلاف في الحكم، الله يعلم، ونقل عليه الإجماع في شرح الشرائع. والظاهر أنه لا خلاف في ثبوتها للحاكم في الجميع إذا عدموا أو سلب صلاحية الولاية عنهم، بل إذا غابوا أيضا، والوجه ما تقدم. بل الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذر ذلك كله. ويدل عليه قوله تعالى: " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن " (٢). وحكاية فعل الخضر عليه السلام فافهم (٣)، والخبر الصحيح الدال على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصي (٤) من غير قيد تعذر الحاكم، ولا شك أنه أولى مع امكانه، وإلا فالظاهر أن لغيره ذلك كما في مال ولده. ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه أيضا على تقدير ثبوت حجره، لعدم الفرق، وللضرورة، ولحكاية الخضر عليه السلام، وفهم إن العلة في مال اليتيم هو الحسن، ولقوله تعالى: " ما على المحسنين من سبيل " (٥)، فيمكن ذلك في مال الغائب أيضا فافهم. ثم اعلم أن ظاهر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجد، نعم في القواعد وشرحه (٦) إشارة إلى ذلك، والأصل يقتضي العدم، وكذا

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٣٢ باب صفة العلم وفضله الخ حديث ٢.

(٢) الإسراء - ٣٤.

(٣) إشارة إلى قوله تعالى حكاية عن من أمر موسى على نبينا وآله وعليه السلام بالتعلم منه: " وأما الجدار فكان لغلامين يتيمين في المدينة وكان تحته كنز لهما وكان أبوهما صالحا فأراد ربك أن يبلغا أشدهما ويستخرجا كنزهما

رحمة من ربك الآية " الكهف - ٨٢.

(٤) راجع الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من أبواب عقد البيع ج ١٢ ص ٢٧٠.

(٥) التوبة - ٩١.

(٦) لعله ناظر إلى قوله قده في القواعد - بعد عد الأولياء الذين منهم الأب والجد -: وإنما يتصرف الولي بالغبطة، فلو اشترى لامعها لم يصح ويكون الملك باقيا للبايع (انتهى) إيضاح الفوائد في حل اشكالات القواعد ج ٢ ص ٥٢ طبع المطبعة العلمية - قم.

في الوصي، ويؤيده جواز التوكيل، ومضاربة مال ولده وبضاعته مع عدم اشتراطها. قال في التذكرة: ينبغي كون المضارب والمبضع لليتيم أمينا وكون السفر إلى موضع أمان فلا يكون في البحر. وعمومات الروايات الدالة على اجراء أحكام الوصي من غير اشتراط عدالته.

نعم في الخبر الصحيح - المشار إليه - إشارة إليه حيث قال: عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: إن رجلا من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله، وكان رجلا خلف ورثة صغارا ومتاعا وجواري، فباع عبد الحميد، المتاع، فلما أراد بيع الجواري، ضعف قلبه في بيعهن ولم يكن الميت صير إليه وصيته وكان قيامه بها بأمر القاضي لأنهن فروج، قال محمد: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت: جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد وخلف جواري فيقيم القاضي رجلا منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى في ذلك؟ فقال: إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد - أي ابن سالم - فلا بأس (١).

وظاهر أن القاضي هو قاضي الجور. وفيه إشارة إلى عدالة محمد وعبد الحميد بن سالم في الجملة، وجواز العمل بالظن، وأنه إذا وافق الحق يجوز ولا يشترط العلم أولا. فتأمل فإن اشتراط العدالة - بمجرد هذا والخبر الآتي - مشكل. نعم قد تكون معتبرة في الناظر لهما وفي وصي الوصي إذا كانت وصايته

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من أبواب عقد البيع بطريق الشيخ رحمه الله.

شاملة للوصية، وفي مطلق الوصي اشكال مع حكمهم باجراء أحكام الوصايا في الأخبار الكثيرة (١) جدا من غير تفصيل وصدق الآية الشريفة، (٢) بل عزل غير العدل تبديل منه في ظاهرها فتأمل، وكذا في الخبر الصحيح (٣). وفي وصية أمير المؤمنين عليه السلام - أيضا - إشارة إليه حيث قال: وإن حدث بالحسن والحسين عليهما السلام حدث فإن الآخر منهما ينظر في بني علي فإن وجد فيهم من يرضى بهداه واسلامه وأمانته فإنه يجعله إليه إن شاء (٤) - أي الأمر - في ماله بعده والأمر الذي أوصى به في أمواله. ولكن فيه تأمل ما فتأمل.

ولا يبعد اعتبارها إذا لم يكن وصي ولا شك مع شرط الموصي إياها للخبرين (٥).

ولا شك أن مراعاة العدالة أحوط ولا ينبغي الترك وإن احتمل الجواز وقوي فيمن يوثق بديانته فيما فوض إليه إذا أوصى إليه لما مر من الآية (٦) وظهور الأخبار (٧) وإن كان مجهولا أو يحصل منه بعض الفسوق مثل كذب أو غيبة في بعض الأحيان

والظاهر عدم الفرق بين الوصي والأب والجد له في ذلك في النظر وإن كان في عباراتهم، الفرق بين الوصي وبينهما موجودا فتأمل وسيجيء تحقيق المسألة

-
- (١) راجع الوسائل باب ٣٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٥٠ من كتاب الوصايا ج ١٣.
 - (٢) إشارة إلى قوله تعالى: " فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه " البقرة - ١٨٠.
 - (٣) يعني صحيح محمد بن إسماعيل المتقدم.
 - (٤) الوسائل باب ١٠ قطعة من حديث ٤ من كتاب الوقوف والصدقات.
 - (٥) يعني خبري ابن بزيع ووصية أمير المؤمنين عليه السلام.
 - (٦) يعني قوله تعالى: " فمن بدله بعد ما سمعه الخ.
 - (٧) المشار إليهما آنفا.

وبالجملة، الظاهر أنه لا نزاع في عدم توقف حجر السفية، على حكم الحاكم إذا كان متصلا سفهه عدم البلوغ كما في الجنون وعدم البلوغ، والدليل واضح كما تقدم.

وكذا في عدم توقف زواله عنه عليه وإن كان فيه خلاف ضعيف لبعض الشافعية مع كون قوله: (الأصح ما تقدم) على ما نقله في التذكرة ولعل قوله: (١) (الأقرب) إشارة إلى ذلك.

على أنه على تقدير تسليم قول المحقق - بالتوقف في حجر السفية وزواله، على حكم الحاكم - لا يستلزم ذلك كون الولاية له، لجواز أن لا يثبت ولا يزول إلا بحكمه مع كون الولاية والتصرف إلى الولي، وإنما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فإنه المجتهد الجامع للشرائط كما صرح به هو، كأنه أخذ هذا الاستدلال من التذكرة حيث قال:

الولاية في مال السفية للحاكم، سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ منقضا (سفيها خ) لأن الحجر يفتقر إلى حكم الحاكم وزواله أيضا يفتقر إليه فكأن النظر في ماله إليه (٢).

ولا ينبغي النظر إلى الاستدلال وجعله أصلا ومذهبا فإنه إذا رجح الشيء عند المستدل لأمر، قد يستدل عليه بدليل غير صحيح وهو ظاهر لمن نظر في المختلف والمنتهى وغيرهما.

بل لا ينبغي الاعتماد على مجرد ما ذكره، بل وينبغي التأمل والتفحص، فإنه قد يرجع المستدل ويكون له ما يدل على خلاف ذلك، ولهذا، ما نقلناه عنه آنفا، ينافي ظاهر هذه فقال - بعد هذا متصلا بالكلام الأول - : وقال أحمد إن بلغ

(١) يعني قول العلامة ره التذكرة - كما تقدم.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٨٠.

ولا يمنع من الحج الواجب ويدفع إليه كفايته.
ولا من المندوب إن استوت نفقته في الحالين أو تمكن من
التكسب وإلا حلله الولي.

الصبي سفيها كانت الولاية للأب والجد أو الوصي لهما مع عدمهما وإلا فالحاكم
ولا بأس به.

فهذا يدل على عدم صحة الدليل السابق بل المدعى أيضا فينبغي تأويل
دليله الأول إن أمكن، وإلا فالحمل على الرجوع كما هو الظاهر هنا.
قوله: " ولا يمنع من الحج الواجب الخ " دليل عدم منعه عن الحج
الواجب - وإن كان مستلزما لصرف المال الزائد على عدمه - هو عموم أدلة الوجوب
كتابا (١) وسنة (٢) وإجماعا من غير تخصيص.

ولكن ينبغي أن يسلم نفقته ومتاعه إلى من يوثق به ممن كان معه ولو
بأجرة ويمكن، أن يكون ذلك مراده بقوله: (ويدفع إليه كفايته)، فإن الدفع إلى
وليه دفع إليه، بل الدفع الشرعي إليه، إنما يكون إلى وليه، فقول المحقق الثاني: بل
يعت معه حافظا فيدفعها إليه، محل التأمل حيث حمل كلامه على تجويزه الدفع إلى
السفيه الذي لا يجوز تصرفه وتصريفه.

والظاهر عدم منعه من المندوب أيضا، لمثل ما مر وإن استلزم صرف المال
زائدا على الحاضر وقد صرح في شرح الشرايع بعدم النص على ذلك، بل لا دليل عليه
فتأمل.

وأما الشرط الذي شرطه المصنف بقوله: (إن استوت الخ) فمحل التأمل
وخصوصا بعد الشروع في الاحرام على وجهه وكان جائزا، لعدم النهي إلا عن

(١) قال الله تعالى: " ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا " آل عمران - ٩٧.

(٢) راجع الوسائل باب ١ و ٢ و ٣ و ٦ و ٨ من أبواب وجوب الحج ج ٨ ص ٣.

وينعقد يمينه ويكفر بالصوم.
وله العفو عن القصاص بغير شيء واستيفاؤه، لا عن الدية.
ويختبر الصبي قبل بلوغه ولا يصح بيعه.

صرف المال، وليس ذلك منه، ولا يستلزمه، ولكن صار اتمامه موقوفا على صرف
شيء زائدا على نفقته فيحل على تقدير عدم جواز صرف المال له على ذلك، وهو
ممنوع، فتحليل الولي له بأمره بالكفارة ثم الصوم أشد اشكالا من الأول، وهو
أعرف قدس الله سره.

ولعل وجهه أنه احرام صحيح وهو فقير فيجب الصوم بدل الدم، والكل في
محل المنع.

قوله: " وينعقد يمينه الخ " الظاهر أنه لا مانع من انعقاد يمينه ونحوه إذا لم
يكن متعلقا بالمال ويتعين الصوم في كفارته حيث لا تصرف له فيه كالعبد والفقير
فتأمل فيه ويحتمل مع إذن الولي في اليمين مع المصلحة، صرف المال فيها فتأمل.
قوله: " وله العفو الخ " دليله عموم أدلة العفو وحسنه من غير اختصاص
مع عدم استلزام الحجر، المنع عنه، فإنه قابل للإحسان والعفو، ومقتضى الجناية،
القصاص عندهم، وليس ذلك تصرف في المال الممنوع منه، وكذا جواز الاستيفاء
والقصاص.

وأما عدم جواز العفو عن الدية - فيما إذا ثبت - لأنه تصرف مالي ممنوع منه.
قوله: " ويختبر الصبي الخ " قد مر البحث فيه فتذكر، وقال في شرح
الشرايع: كون الاختبار قبل البلوغ مما لا خلاف عندنا، وكذا في الشرح.
ويدل عليه: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح " (١)، وقد مر بيانه
فتأمل وقد مر وجه العدم أيضا.

(١) النساء - ٦.

وأما الصحة مع إذن الولي بايقاع العقد فينبغي ذلك، ومع عدمه فلا. ويؤيد الصحة عموم الابتلاء (١) المأمور به، فإنه يشمل فيدل على الصحة مع عدم دليل المنع وعموم أدلة صحة العقود فتأمل.

وقال في التذكرة: ولو أذن له الولي لم يصح إلا في صورة الاختبار إن قلنا بأنه قبل البلوغ على ما تقدم.

وقد أثبت فيما تقدم كون الاختبار قبل البلوغ كما في المتن فيدل على جواز تصرفه وصحة ما فعله حال الاختبار كما هو مذهب العامة أيضا.

ولكن ينافيه ما هنا وما ذكره قبل هذا الكلام في التذكرة، فإنه صرح بأن كيفية الاختبار أنه يخليه أن يساوم ثم إذا آل الأمر إلى العقد، فيعقد الولي دونه لأن تصرفه غير نافذ فكيف يصح عقده ويفوض إليه ذلك وبه رد كلام بعض الشافعية. كأنه أراد بالتصرف غير العقد كما مر، فكأنه رجع أو أن معنى قوله: (لم يصح الخ) إجماعا أو بغير إشكال إلا في صورة الاختبار فإن فيها خلافا واشكالا.

وقال في التذكرة هنا وقبله أيضا: فإذا وقف الحال على شيء باع الولي وباشر العقد.

فالمراد (٢) بالاختبار (٣) المماكسة والمساومة إن قلنا إنه قبل البلوغ وإن كان بعده فلا بحث.

ثم قال: وهل يصح بيع المميز وشرائه بإذن الولي؟ الوجه عندي أنه لا يصح ولا ينفذ.

واستدل عليه بأدلة لا يخلو كلها عن ضعف جدا إلا قوله تعالى: " ولا تؤتوا

(١) إشارة إلى قوله تعالى: " وابتلوا اليتامى الخ "

(٢) هذا من كلام الشارح قده

(٣) يعني لفظ الاختبار في عبارة المصنف.

السفهاء أموالكم " (١).

وقال: وإنما يعرف زوال السفه، بالبلوغ والرشد.

وفي دلالته تأمل واضح، إذ قد يعلم الرشد قبل البلوغ، فلهذا يختبر قبل البلوغ على ما اختاره، وأنه قد يمنع استلزام عدم اعطاء المال لهم عدم جواز العقود لهم مع إذن الولي وفرض رشده وتمييزه وصلاحيته لذلك بحيث يعرف ما يضره وينفعه، ويحفظ ماله على ما ينبغي.

ومجرد كونه محجورا عليه بالاجماع ونحوه، لا يدل على عدم الجواز مع إذن

الولي، فإن العبد المأذون محجور عليه مع جواز تصرفه، وكذا السفه البالغ.

وقال في التذكرة: لو أذن الولي للسفيه في التصرف فإن أطلق كان لغوا

ويمكن كونه حراما، فإن عين له نوعا من التصرف وقدر العوض، فالأقرب الجواز

كما لو أذن له في النكاح، لأن المقصود عدم الضرر وأن لا يضر نفسه ولا يتلف ماله

وإذا أذن له الولي أمن المحذور وانتفى المانع وهو أحد قولي الشافعي (إلى قوله): لأنه

مكلف عاقل والتبذير مانع إلا مع الإذن (إلى قوله) لو وكله غيره في التصرفات

فعندنا يصح لأن عبارته معتبرة (إلى قوله): وكذا عندنا يصح أن يقبل الهبة

والوصية، لحصول النفع الذي هو ضد المحذور الخ.

فالظاهر جواز ذلك كله في المميز المذكور، ويؤيده ما جوزه الأصحاب

وغيرهم من العامة، من دخول الدار بإذن الأطفال وأخذ الهدية منهم، لعموم

الكتاب والسنة والاجماع خرج الطفل الغير المميز للاجماع ونحوه وبقي غيره، ولأن

الحاجة ماسة إليه، وقد يحصل الضرر بمنعه.

والعجب من المصنف رحمه الله أنه استدل في التذكرة بقوله تعالى:

(١) النساء - ٤.

(المقام الثاني) في أحكام المفلس وهي أربعة.
(الأول) منع التصرف، ويمنع من كل تصرف مبتدأ يصادف
المال الموجود عند ضرب الحجر كالعق، والبيع، والرهن، والكتابة،
والهبة: ولا يمنع مما لا يصادف المال، كالنكاح، والخلع، واستيفاء

" ولا تؤتوا السفهاء أموالكم " (١) على منع المميز وقال بالجواز للسفيه مع صراحته في
منعه وعدم دلالة على المميز.

واستدل أيضا بالقياس إلى غير المميز لجامع عدم التكليف وما استدل،
بقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح " (٢)، فإنه يدل على منع اعطاء
المال إلى وقت بلوغهم النكاح وهو كناية عن البلوغ.
ويمكن أن يجاب بما تقدم من أنه يدل على الحجر والمنع، وهو لا يستلزم جواز
التصرف مع الإذن.

وبالجمله عدم جواز تسليم المال إليهم استقلالاً، لا يدل على سلب مطلق
صلاحية العقود وكون عباراتهم لغوا محضاً شرعاً لا اعتبار لها وعدم صحة تصرفهم
بنظر الولي وإذنه.

وكأنه لا إجماع عليه، ولهذا ما استدل به، ويشعر قوله: (٣) الوجه عندي
بعدم الاجماع، وهو ظاهر ولا يمكن الحكم بالاستصحاب في أمثال ذلك ولهذا تركه
أيضاً فتأمل واحتط.

" المقام الثاني في أحكام المفلس "
قوله: " وهي أربعة الأول الخ " الأول من الأحكام الأربعة للمفلس،

(١) النساء - ٤ .

(٢) النساء - ٦ .

(٣) يعني قول العلامة في التذكرة في عبارته المتقدمة آنفاً.

القصاص، وعفوه، وإحقاق النسب ونفيه باللعان، والاحتطاب،
والإتهاب، وقبول الوصية.
ولو أقر بمال فالوجه اتباعه بعد الفك.

منع الحاكم إياه، عن جميع تصرفاته الابتدائية المتعلقة بالمال الموجود حال الحجر
كالعتق والرهن، والبيع، والكتابة، والهبة.
ولا يمنع عن امضاء تصرف سابق أو إبطاله مثل فسخ بيع وإمضائه في زمان
الخيار أو بالعيب على ما قيل ويقتضيه الأصل.
وكذا عن التصرفات المتعلقة بغير المال كنكاح المرأة نفسها، بل الرجل
أيضا بشرط عدم ايقاع العقد على المال الممنوع ولا ينفق منه أيضا، وكالطلاق
واللعان والخلع واستيفاء القصاص وعفوه وإحقاق النسب بالاقرار ونفيه باللعان
والمتعلقة به إذا كان بالذمة أو بالعين المتجددة بعد الحجر.
وكذا عن كسب المال مثل قبول الوصية والإتهاب والاحتشاش
والاحتطاب.
لعل دليل الكل الاجماع إلا التصرف في المال المتجدد فإنه يجيء
الاشكال فيه.

قوله: " ولو أقر بمال الخ " أي لو أقر المفلس - بعد الحجر - بأن في ذمته
مالا يجب أدائه، فإقراره مقبول، لاقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) وثبت في ذمته
ذلك للمقر له، ولكن لا يأخذ من ماله المأخوذ عنه شيئا، ولا يشارك الغرماء بل
يتبع المقر بعد فك حجره وأداء الديون التي حجر بها.
والظاهر عدم الفرق بين لزوم ذلك المال بسبب جنايته أو معاملته قبل
الحجر وبعده إذا لم يصادف المال المحجور عنه.

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣ رقم ١٠٤ و ج ٢ ص ٢٥٧ رقم ٥ و ج ٣ ص ٢٤٢ رقم ٧٢.

ولو أقر بعين فالوجه عدم السماع.
ولا يتعدى الحجر إلى المال المتجدد، على اشكال.

دليله أن المال المحجور عنه صار بسبب الحجر للديان الذين حجر بسبب ديونهم، فلا يمكن أن يتعلق به غيرها بسبب اقرار المدين فإنه بالحقيقة اقرار في حق الغير.

نعم لو ثبت بالبينة دين عليه قبل الحجر لا بعده - وإن احتمل ذلك أيضا ولكنه بعيد - شارك صاحبه الغرماء، وكذا لو عرفه الحاكم أو أقر به الديان - وإن أقر البعض - يمكن المشاركة فيما يتعلق به خاصة.

قوله: " ولو أقر بعين الخ " وجهه قد تقدم، والظاهر أن مراده عدم السماع بالنسبة إلى الغرماء فينبغي للحاكم أن يؤخر تلك العين، فإن فضلت من الديون سلمها إلى المقر له، وإلا باعها في الديون واغرم المدين مثلا أو قيمة له مهما قدر، ويحتمل بعيدا السماع ويسلمها إلى المقر له.

قوله: " ولا يتعدى الحجر الخ " وجه الاشكال أن الأصل عدم الحجر، وأن الناس مسلطون على أموالهم عقلا ونقلا (١)، وقد ثبت الحجر وعدم التسلط في الموجود حال الحجر بالاجماع، وبقي غيره على أصله.

وأن الغرض من المنع صرف المال في الدين وعدم تضييع حق الناس، وأنه قد ثبت وجوب قسمة جميع أمواله في الدين وهو مشترك في الوجود والمتجدد.

والتحقيق أن يقال: إن كان المراد شمول حجر الحاكم لذلك المال ينظر، فإن كان كلامه في حجره شاملا له يتعدى إليه الحجر مثل أن يقول حجرتك عن

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ رقم ٩٩ و ص ٤٥٧ رقم ١٩٨ و ج ٢ ص ١٣٨ رقم ٣٨٣ و ج ٣ ص ٢٠٨ رقم ٤٩.

وله إجازة بيع الخيار وفسخه من غير اعتبار الغبطة، والرد بالعيب مع اعتبارها.

جميع التصرفات المالية، وإلا فلا، لأنه (١) قد ثبت أن الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم، وأنه قد لا يثبت بدونه، فإن كان شاملا ثبت، وإلا فلا وهو ظاهر. وإن كان المراد أنه هل له أن يحجر عن جميع المال الموجود والمتجدد حينئذ حتى يؤدي الديون، فالظاهر التعدي، لأن دليل الثبوت وشرائطه ثابت. وإن كان المراد هل للحاكم أن يحجره ثانيا في ذلك المال المتجدد أيضا، فالظاهر التعدي بمعنى أن له الحجر عليه فيه أيضا بالشرائط المتقدمة، إذ لا فرق ولا مانع ولا يمنع من ذلك ثبوت الحجر أولا على غيره، وهو أيضا واضح. والظاهر أن مرادهم غير الأول فإنه إن كان هو المراد ينبغي الرجوع إلى الحاكم الحاجز وإن لم يكن ولا يعلم كلامه وعدم شموله له، لا يتعدى، للأصل وعدم الدليل، وإلا، يتعدى، وهو ظاهر، فالظاهر التعدي كما هو مختار القواعد والتحرير.

قوله: " وله إجازة بيع الخيار الخ " وجه التسلط، والأصل. وأيضا قد وجد سبب الفسخ واللزوم وقت عدم الحجر فيوجد سببه، فلا فرق بين وجود الغبطة والمصلحة وعدمهما. ولكن ينبغي أن يكون عدم الغبطة مقيدا بما إذا لم يصر به سفيها، وهو ظاهر معتبر في جميع الأمور سواء كان في الرد بالعيب وغيره، فالفرق المذكور هنا غير ظاهر.

وقد يختلج بالخاطر أن سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة، وهو حفظ مال الناس وعدم التضييع، فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك

(١) تعليل لقوله قده: يتعدى إليه الخ.

وليس له قبض دون حقه.

بالعيب بأن العقد في الأول متزلزل فما صار للمفلس حتى يتعلق الدين بالمال فله أن يتصرف مع الغبطة وعدمها بخلاف الرد بالعيب - قال: ولو قيل: في الرد بالعيب أنه لا يتقيد بالغبطة - كما في الخيار - كان وجهها. كأنه أشار بضعف الفرق، وليس ببعيد كما تري، فعدم الفرق أولى، ولكن بأن يكون الخيار مثل العيب لا العكس كما عرفت. وقد فهم المحقق الثاني أن قوله (١): (ولو قيل الخ) هو مختار التذكرة وذلك ليس بصريح مع تصريحه بالفرق فيهما كما أشرنا إليه، وفي غيرهما مثل المتن، وفرض الرجوع بعيد لأن الفصل قليل.

وكذا الحمل على عدم كون ما سبق على قوله: (لو قيل)، فتواه، فإنه (٢) ذكره بطريق الفتوى واستدل عليه ثم ذكر مسألة الخيار وذكر في آخرها: (لو قيل) فتأمل فإن مثله موجود ولكن لا بطريق الشرطية، بل بقوله: (لا بأس). قوله: " وليس له قبض دون حقه، يعني لا يجوز للمفلس اسقاط مال ثبت له قبل الحجر حتى أنه لو تعين الأرش لا يجوز له اسقاطه، (٣) وصرح به في التذكرة، قال: فإن منع من الرد بالعيب السابق تصرف أو عيب حادث، لزم الأرش ولم يملك المفلس اسقاطه لأنه تصرف في مال وجب له بالاتلاف إلى غير عوض فهو ممنوع من الاتلاف بالعوض، فغيره أولى (٤). ولا شك أن هذا أيضا من لوازم العقد السابق فهو مؤيد لما تقدم فافهم.

(١) يعني قول العلامة في التذكرة.

(٢) تعليل لقوله ره: (وكذا الحمل الخ) يعني أن هذه الحمل بعيد أو غير صحيح.

(٣) من قوله ره: وصرح به التذكرة (إلى قوله): اسقاطه ليس بموجود في النسختين المخطوطتين اللتين عندنا، نعم هو موجود في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة موافقتين للتذكرة.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ٥٤ من كتاب الحجر.

ولو اقترض أو اشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبائع،
الغرماء.

ولو أتلّف مالا بعده ضرب المالك به.

ولو باعه بعد الحجر احتلّ تعلق حق البائع بعين المال إن
جهل أفلاسه، والصبر بالثمن إلى الفك، والضرب به مع الغرماء.

قوله: " ولو اقترض الخ " ظاهر هذا الكلام مشعر بكون القرض والبيع
بعد الحجر فينبغي تقييده بما إذا كان المقرض والبائع جاهلين، لما سيأتي من قوله:
(ولو باعه الخ) والظاهر عدم الفرق بين القرض والشراء ويحتمل في القرض تعيين جواز
الرجوع إلى العين لأنه لا يتأجل فتأمل وإن حمل على ما قبل الحجر فيحمل قوله: (لم
يشارك الخ) على اختصاصهما بعين مالهما مع الوجود والمشاركة مع العدم، وهو بعيد،
وبالجملة، العبارة لا تخلو عن شيء.

قوله: " ولو أتلّف مالا الخ " دليله أنه غريم، فيثبت له ما لغيره، لعموم
الخبر الدال على الضرب (١)، ولأدلة (٢) وجوب عوض المتلف.
وفيه تأمل لتعلق حق الغرماء على الأعيان، فكأنها صارت لهم ولا مال
للمفلس المتلف فتأمل.

قوله: " ولو باعه بعد الحجر الخ " وجه احتمال تعلق (٣) البائع بالعين،
عموم دليل الرجوع إليها وهو قوله عليه السلام: صاحب المتاع أولى به (٤).

(١) راجع الوسائل باب ٥ حديث ٤ وباب ٦ حديث ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٦ - ١٤٧.

(٢) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب ج ١٧ ص ٣١٣ وباب ١٧ من كتاب الإجارة ج ١٣
ص ٢٥٥.

(٣) هكذا في النسخ كلها مطبوعة ومخطوطة، ولعل الصواب هكذا: (تعلق حق البائع الخ).

(٤) لم نعثر عليه بهذا اللفظ في كتب الحديث نعم في عوالي اللآلي ج ٢ ص ٢٥٦: من وجد متاعه فهو
أحق بها وفي ج ٣ ص ١٨٤: من وجد ماله فليأخذه - كما أن ما هو بمضمونه قد ورد في أحاديث أهل البيت
عليهم

السلام أيضا فراجع الوسائل باب ٥ من كتاب الحجر ج ١٣.

ولا يحل المؤجل بالحجر.
ويقدم على الديون أجرة الكيال والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر.
ولو أقام (المفلس خ) شاهدا بدين حلف ويأخذ الغرماء، فإن
نكل فليس للغرماء، الحلف.
(الثاني) اختصاص الغريم بعين ماله.

وقد يدفع بأن ذلك - على تقدير الصحة، والعموم - مخصوص بما إذا لم يكن
حق الغير متعلقا به وقد تعلق هنا حق الغرماء وهو وجه الثاني (١) وموجب لضعف
الثالث (٢).

ويضعفه أيضا أنه لو كان غريما حكمه حكم الغرماء السابقين لكان القول
بالرجوع إلى العين متعينا، وهذا حال الجهل.

وأما حال العلم، فالظاهر عدم الاشكال في عدم الاحتمال إلا للثاني.

قوله: " ولا يحل المؤجل بالحجر " وجهه ظاهر، وهو الأصل
والاستصحاب مع عدم ثبوت كون الحجر موجبا للحول.

قوله: " ويقدم الخ " وجهه أيضا ظاهر.

قوله: " ولو أقام (المفلس خ) شاهدا الخ " وجهه حلفه مع شاهد، ظاهر،
فإنه حق له يثبت بهما كسائر الحقوق.

والظاهر جواز النكول وعدم تكليف الحلف، للأصل، وعلى التقدير
لا يحلف الغرماء، إذ لا يمين لاثبات حق الغير، كأنه مجمع عليه، فتأمل.

(١) وهو قوله قده في المتن: (والصبر بالثمن).

(٢) وهو قوله قده: (والضرب به مع الغرماء).

وإنما يرجع البايع في العين مع تعذر استيفاء الثمن بالافلاس،
فلو وفي المال به فلا رجوع.

قوله: " وإنما يرجع الخ " هذا هو الحكم الثاني للمفلس، وهو رجوع البايع
إلى عين ماله.

والظاهر أن المراد برجوع صاحب العين إليها فسخ العقد الذي كان موجبا
لملكية المفلس وأخذها.

قال في التذكرة: الفسخ قد يكون بالقول مثل فسخ البيع ونقضته
ورفعته، وقد يكون بالفعل كما لو باع صاحب السلعة سلعته أو وهبها أو وقفها،
وبالجملة إذا تصرف فيها تصرفا يدل على الفسخ كوطي الجارية المبيعة على القوي،
صونا للمسلم عن فاسد التصرفات، ويكون هذه التصرفات تدل على حكيمين،
الفسخ، والعقد.

وفيه تأمل كما في عتق العبد المأمور بعتقه بصيغة العتق.
ولا يبعد الاكتفاء فيما نحن فيه بقصد الفسخ والتملك وتصرف ما قبل العقود،
والأمور التي تحتاج إلى الملك مثل البيع والوطء نحو الانتقال من مكان إلى آخر في
الحيوان.

ويمكن الاكتفاء بمثله في سائر الفسوخ، بالعيب أو الخيار، بل الإقالة أيضا
بشرط رضا المقييل والتصرف بإذنه والفسخ برضاء الطرفين فتأمل.
ثم إن المشهور أنه مشروط بشروط ثلاثة، تعذر استيفاء تمام ثمن العين
الذي في ذمة الغريم إلا من العين، وكونه مفلسا، ومحجورا عليه لفلسه.
ويمكن الاكتفاء عنه، لأنه المفروض، ولكن ذكره للمبالغة، فلو كان في
المال وفاء مع كونه مفلسا - بأن نما المال بعده أو وجد مالا آخر أو صار قيمة السوق
أعلى من وقت الحجر - لا رجوع له إلى لعين، إذ سبب الرجوع إنما هو تعذر الثمن وقد
أمكن هنا.

ولو قدمه الغرماء، فله الرجوع لاشتماله على المنة وتجويز ظهور
غريم آخر ولا رجوع لو تعذر بامتناعه، بل يحبسها الحاكم أو يبيع عليه،
وإنما يرجع إذا كان الثمن حالا ويرجع وإن لم يكن سواها مع الحياة، وله
الضرب بالثمن مع الغرماء، ولا اختصاص مع الموت إلا مع الوفاء، ولو
وجد البعض أخذه وضرب بثمان الباقي.

قوله: " ولو قدمه الغرماء فله الرجوع الخ " (١) لما ذكره المصنف،
ولعموم دليله الذي يأتي.

وكذا لا رجوع وإن كان قادرا على الرجوع على العين لو كان الغريم غير
مفلس محجور عليه لفلسه وإن تعذر الاستيفاء أو امتنع عن الأداء قادرا كان أم
لا فيحبسه الحاكم في الأول حتى يوفي أو يبيع ماله ويوفي عنه على ما ذكره.
ويمكن الاستيفاء مقاصة بشروطها على تقدير تعذر الحاكم، والصبر أولى
كما يصبر في صورة عدم القدرة إلا أن يكون في صورة له خيار الفسخ ولو كان بشرط
الحلول في العقد كما عرفت فتذكر وتأمل، وكون (٢) ماله حالا حين الحجر، إذ لو
كان مؤجلا حينئذ لا رجوع له، لأن العين وغيرها قد تعلق بهما حق الغرماء الذين
حجر بسببهم وصاحبها ليس منهم بل وجوده كالعدم فتأمل.
والظاهر أن رجوعه على سبيل الجواز فله أن يترك ويشارك الغرماء رضوا
أم لا.
وأنه يرجع حال حياة المفلس مع عدم الوفاء لباقي الديون أيضا، ولعله بلا

(١) هكذا في النسخة المطبوعة، وأما في النسخ المخطوطة التي عندنا فبعد قوله قدس سره: وقد أمكن هنا
هكذا: وأما لو قدمه الغرماء فله الرجوع لما ذكره المصنف الخ.
(٢) الظاهر أنه عطف على قوله قده: عدم القدرة يعني في صورة عدم القدرة كون ماله حالا،
والله العالم.

خلاف.

ومستنده صحيحة عمر بن يزيد - الثقة على الظاهر لأن (الثقة)، هو المذكور في الفهرست ومذكور في كتاب الشيخ والنجاشي أيضا، ولأن طريق الشيخ إليه صحيح في الفهرست، وإلى الصدوق وطريقه إليه صحيح في الفقيه، ولأنه هو من رجال الكاظم عليه السلام دون غيره إلا أن في التهذيب عمرو بن يزيد، وهكذا ذكره في موضع من التذكرة أيضا لكن قال في موضع آخر: (رواه عمر بن يزيد بغير واو في الصحيح) فالظاهر أنه بغير واو ثقة وغيره غلط في النسخة - عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يحاصه الغرماء (١).

وكأنه خص - بالمحجور عليه للفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحياته - بالاجماع لو كان أو الشهرة، وللشعار فيها بكونه محجورا للفلس حال الحجر لقوله: (يركبه) و (لا يحاصه) بل بالحياة أيضا لكونه عنده فتأمل. وظاهر قوله عليه السلام: (لا يحاصه) يدل على عدم الوفاء. ويدل عليها صحيحة أبي ولاد - الثقة على الظاهر - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنة، فمات المشتري قبل أن يحل ماله وأصاب البايع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا خفي (حق خ ل ثل) له؟ قال: فقال: إن كان عليه دين وترك نحو مما عليه فليأخذ: إن خفي (حق خ ل ثل) له، فإن ذلك له حلال ولو لم يترك نحو من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع (٢).

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٥.
(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٣ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٦.

فدلت على أن المفلس أيضا لو مات لا يختص صاحب العين بها إلا مع الوفاء، لاطلاقها مع عدم التفصيل في الجواب وعدم الدليل العام للرجوع إلى العين، الذي هو خلاف القواعد، من وجوب الايفاء بالعقود ولوازمها بالنص والاجماع. بل يمكن تخصيصها بالمفلس لاشعار قوله: (يأخذ بحصته) على تقسيم ماله على الغرماء وذلك في المفلس.

وكأنه إلى هذا نظر البعض، وقال باختصاص الحكم بالمفلس حين الموت أيضا، فإن صاحب العين لا يختص بها في غيره مطلقا. والفرق بين حال الحياة والموت - بأنه يمكن تحصيل شيء للغرماء في الحي بخلاف الميت - غير واضح فإنه موجب لفوات بعض مال صاحب العين أيضا فتأمل.

ويمكن كونها في الميت مطلقا، فإنه يحل ديونه فيقسم ويحصص مع عدم الوفاء، ومعه يقدم صاحب العين للفرق المشار إليه. ولكنها ليست بصريحة والرجوع إلى العين خلاف القواعد، فيمكن الاقتصار على محل الوفاق وظهور الدليل بل منع البعض في المفلس حال الحياة إلا مع الوفاء.

ولعل الرواية الأولى (١) حجة عليه ولا تدل الرواية الثانية على مطلوبه لتخصيصها بالميت وليست بموجبة لحمل الأولى على الميت والوفاء، لعدم المنافاة، ولظهور الرواية الأولى في عدم الوفاء لما مر. وتدلل الأخيرة على حلول ديون الميت، المؤجلة بالموت، وأن أخذ العين جائز لا واجب متعين، وأن مال الميت المديون يقسم على الغرماء بالحصص فليس على

(١) يعني رواية عمر بن يزيد المتقدمة.

الوارث الوفاء من ماله.
ويمكن فهم كون التركة ملكا للميت، وأنه يؤخذ بطريق الوفاء فلا ينتقل إلى الغرماء، ولا إلى الورثة.
وعلى (١) أنه إذا كان غير العين يفي بمال الغرماء، له أخذ العين مطلقا، وينبغي تقييده بما إذا لم يكن قيمة العين الآن زائدا على دين صاحبها، فإن الظاهر أنه حينئذ للورثة، وللغرماء منعه وإعطاء دينه، بل في المساوي والناقص أيضا محتمل صونا للقواعد فتأمل فتحمل الرواية على عدم إعطاء حق صاحب العين أو على الناقص أو على المساوي أيضا.
قال في التذكرة: الأقرب عندي أن العين لو زادت قيمتها للسعر لم يكن للبايع الرجوع فيها (إلى قوله): ولو اشترى سلعة بدون ثمن المثل لم يكن للبايع الرجوع لما فيه من الاضرار.
وذكر الدليل الذي أشرنا إليه، من الأصل، وعدم الخروج عن القوانين إلا في محل الوفاق والدليل، وليس هذا منه، ولا نعلم شمول الروايتين له هذا فتأمل. وفي ظاهر الروايتين دلالة على أن مجرد الأخذ بقصد الرجوع كاف للرجوع والتملك فافهم وقد مر إليه الإشارة، فتذكر.
ويمكن فهم عدم الفورية كما هو قول البعض في المسألة لأنه إذا ثبت أن له الأخذ فالأصل بقائه حتى يعلم زواله، وأيضا يشعر عدم ذكر الفورية بذلك، ولأن (أن خ ل) الأمر ليس لها (٢) عند أكثر المحققين.
ولكن ينبغي إما الترك فيقسم على الغرماء أو الأخذ ويقسم الباقي ليعلم حال المفلس ولا يعلق حاله وحال الغرماء.

(١) عطف على قوله قده: على حلول الخ.

(٢) يعني للفورية.

وكذا لو تعيبت بعيب استحق أرشه، ضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرش الجناية، ولو كان من قبله تعالى أو بجناية المفلس أخذ العين بالثمن أو ضرب.

والمصنف على الفورية، وهو محتمل، للاختصار في خلاف القواعد على المتيقن، ولئلا يحصل الضرر.

والظاهر أنه لو بقي له بعض الثمن ووجد عين ماله، له أخذ بعضه بالحساب كالكل، كما أنه لو وجد بعض ماله، له أخذه بالحساب والضرب بالباقي، وإليه أشار قوله: (ولو وجد البعض أخذه وضرب بثلث الباقي) كأنه لا خلاف عنده وأشار به إلى رد قول بعض العامة.

قوله: " وكذا لو تعيبت الخ " أي لو تعيبت العين عند المفلس - بأن جنى عليه جان بحيث استحق به أرشه، مثل أن كان عبدا يسوى مأتين الآن وقد اشترى بمائة وقد قطع أحد يده وأرش اليد نصف قيمة العبد - أخذ المالك العبد وضرب بخمسين مع الغرماء ويأخذ المفلس من الجاني خمسين آخر، يكون للغرماء فهو يرجع بالأرش المعهود عندهم، فإن المساهلة قد وقعت والزيادة كانت حين الجناية، فهي للمفلس فلا يرجع المالك إلا بنسبته إلى الثمن كما في سائر الأروش.

فلا يرجع أرش الجناية - وهو المائة - فيجمع بين العوض والمعوض، ولا إلى نقصان قيمته لو نقص قيمته بشيء ما استحق به المفلس الأرش مثل نقص في السوق أو عيب من الله تعالى من غير جناية لأحد أو جناية المفلس، للأصل (١) والضرر، ولأنه لا يجبر عليه فيما أن يرضى بالعين الناقص أو يضرب بخلاف الأول، فإنه جنى عليه جان فيأخذ منه ولا يروح من المفلس شيء. فتأمل فإن القول بالأرش المعهود دائما يستلزم ضررا فإنه قد يكون العبد

(١) تعليل لقوله لا يرجع إلى نقصان.

يسوى الآن مائة وقد اشترى بمأتين وقطع يده الجاني فيلزم حينئذ أخذ المائة من المفلس مع أنه ما أخذ من الجاني إلا خمسين.
فالقول بأنه يضرب بجزء الثمن بأرش الجناية مطلقا محل التأمل كالعكس فالمناسب أقل الأمرين فتأمل.
ثم اعمل أن القول بعدم الرجوع إلى الأرش إذا كان بأفة من الله تعالى أو من المفلس، هو المشهور.

وقيل: بالرجوع هنا أيضا، مطلقا، وهو مذهب المختلف والمحقق الثاني والشهيد الثاني، لأنه الأخذ فسخ للعقد عن رأس، فيلزم كون المبيع للمالك، فإن كان باقيا بجميع أجزائه، وإلا فيأخذ عوضه كما في العبدین إذا تلف أحدهما. وفيه تأمل، لأن الرجوع على خلاف الأصل والنص كتابا (١) وسنة، والاجماع واقتضى نص آخر (٢) الرجوع إلى نفس العين الباقية لا غير، وفسخ العقد لا يستلزم ذلك خصوصا قد صرح في شرح الشرايع، والتذكرة أن الفسوخ إنما تبطل العقد من حين وقوعه لا من رأسه، كما أنه لا يستلزم كون النماء للراجع، إذ قد يحكم الشارع بفسخه، والرجع بنفسه، لا بجميع ما يلزم إذا كان له، فإنه قد سلط المفلس عليه من غير لزوم شئ عليه إلا الثمن.

والفرق بينه وبين فوت جزء ينفرد بالبيع - مثل العبد والعبدین، واضح، فإن كل منهما مبيع وماله حقيقة -، بخلاف الأرش، بل لولا إجماع على رجوع الأرش إذا كان الجاني أجنبيا، لكان القول بعدمه أيضا جيدا، لما مر.
على أن قد يفرق بحصول ضرر هنا على المفلس - ولهذا لا يأخذ منه أكثر مما

(١) وهو عموم أدلة اللزوم مثل أوفوا بالعقود، وتجارة عن تراض وأحل الله البيع.
(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ وباب ٦ حديث ٢ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٥ - ١٤٧.

والنماء المنفصل للمفلس، ولو كان متصلا، فالوجه سقوط حقه من العين.

أخذ - وعدمه في الأجنبي وبالجملة الفرق بين الأقسام والثلاثة ظاهر فتأمل. وأما جناية البايع فيحتمل كونها كالأجنبي وكالآفة السماوية فتأمل. قوله: " والنماء المنفصل الخ " وجه كون النماء المنفصل من المفلس - فلا يرجع به لو رجع المالك بالعين - هو كونه نماء ملكه، والأصل بقاءه له وعدم استحقاق أحد له ولا يستلزم ما ثبت له من الرجوع بالعين، الرجوع بالنماء أيضا وهو ظاهر.

ويؤيده أن الرجوع خلاف القواعد فيختصر على المتحقق، قيل: لا فرق بين الحمل والمنفصل، وبين المحلوب وما في الضرع من اللبن. وأما وجه سقوط حق المفلس عن النماء المتصل بالعين مثل السمن والصوف (١) والصنعة (الصفة خ) فهو أنه بمنزلة جزء العين، والرجوع الثابت له بالعين بالدليل، مستلزم لذلك، ولهذا ترك في الرواية (وما فصل). ويحتمل كون الزيادة له فيأخذ قيمته من صاحب المال أو يكون شريكا بالنسبة، للأصل وعدم الخروج عن القواعد إلا في محل المتفق والمتيقن. وذلك حسن فيما إذا زاد على أصل مال صاحب العين الذي يطلبه من المفلس. وكأنه لذلك قال في الشرائع: فزادت قيمته لذلك قيل: له أخذه وفيه تردد (٢).

(١) هكذا في النسخة وفي الشرائع: كالسمن أو الطول بدل (الصوف).
(٢) عبارة الشرائع هكذا: ولو كان النماء متصلا كالسمن. أو الطول فزادت لذلك قيمته قيل: له أخذه لأن هذا النماء يتبع الأصل وفيه تردد (انتهى).

ويقدم حق الشفيع ويضرب البايع بالثمن.
ويفسخ المؤجر وإن بذل الغرماء الأجرة، ولو أخذ بعد الغرس
بيعت الغروس وليس له الإزالة بالأرش.

ونقل في شرحه: أنه مختار جماعة منهم العلامة في المختلف وابن الجنيد أن
الزيادة المتصلة للمفلس ويكون شريكا بالنسبة (١).
لعل مراده ما قلناه.

(ويحتمل سقوط الرجوع من العين، فيضرب مع الغرماء للأصل ولزوم
الضرر، ويمكن حمل المتن عليه، فتأمل خ).
قوله: " ويقدم حق الشفيع الخ " وجهه أيضا ظاهر، وهو تقدم
استحقاق الشفعة على استحقاق الرجوع إلى العين فإنه تثبت الشفعة بمجرد وقوع
البيع مع شرائطه فالعين المشفوع فيه بمنزلة التالف، فلا رجوع لمالكها لعدم بقائها
كما إذا تلف أي ما بقي في يد المشتري فيضرب البايع بالثمن الذي وقع به العقد مع
الغرماء ويأخذ الشفيع العين، نعم لو لم يأخذها بالشفعة يكون للمالك ثبوت
الرجوع بالعين، ولعلك فهمت وجه عدم اختصاص صاحب العين بثلث الشفيع
وهو ظاهر.

قوله: " ويفسخ المؤجر الخ " رجوع المؤجر إلى العين المستأجرة بابطال
الإجارة وإن بذل له الأجرة، مثل رجوع البايع إلى العين المبتاعة وإن بذل له الغرماء
الثلث ولعل دليله - وهو والخبر المتقدم: (لأنه متاعه) (٢) - يشملها أيضا، ولأن البذل قد

(١) هكذا في النسخ كلها، لكن عبارة المسالك هكذا: وذهب جماعة منهم العلامة في المختلف وابن الجنيد
إلى أن الزيادة للمفلس، فإن رجوع البايع في العين يكون شريكا للمفلس بمقدار الزيادة (انتهى) (المسالك ج ١
ص ٢٤١).

(٢) راجع الوسائل باب ٥ حديث ٣ من كتاب الحجر ص ١٤٦ وقوله قده: (لأنه متاعه) ناسبا ذلك
إلى الرواية، نقل بالمعنى.

ولا يبطل حقه بالخلط بالمساوي والأردأ، ويضرب بالثمن لو خلط (خلطه - خ) بالأجود.

يستلزم منة، ويحتمل ظهور غريم آخر لا يقبل ذلك فتأمل، فلو أخذ الأرض المؤجرة بعد غرس المفلس إياها، فإنه لا يمنع من أخذ العين بيعت (بتبعية خ) (١) الغروس في الدين، وليس لمالك الأرض إزالة الغروس ولو بالأرش، نعم له أجره المثل مع البقاء ما دام باقيا.

ويمكن أن يكون له الإزالة بالأرش على تقدير الضرر بالبقاء والامتناع من الإزالة وعدم الحاكم.

قوله: " ولا يبطل حقه الخ " لا يمنع خلط العين بغيرها بحيث صارت ممزوجة غير ممتازة، من رجوع المالك إليها، سواء مزجت بالمساوي أو الأردأ فيكون شريكا بنسبة ماله بخلاف ما لو مزجت بالأجود، فإنه بمنزلة التلف، إذ يلزم له الزيادة على حقه لو رجع بالعين وشرك.

ويمكن اثبات الرجوع، لعموم دليل الرجوع، إذ لا شك في وجود العين. ويمكن دفع الضرر والزيادة بتقويم مال البائع والمشتري فيكون شريكا معه بنسبة القيمة في العين، بل ينبغي ذلك في الأردأ أيضا. ولعل مراد المصنف بالضرب في الأجود نفي الرجوع بالعين بمقدارها لا نفي الشركة باعتبار القيمة أيضا مثل صورة المساوي والأردأ. لكنه بعيد، فلو رضي باعتبار القيمة، لا يبعد ذلك وإن لم يكن فتوى المصنف فإنه بعيد عن عبارته.

كما أنه يبعد إرادة الاشتراك قيمة في العين في الأردأ. وبالجملة إن كان النظر إلى البقاء عرفا - وليس - فلا ينبغي الرجوع حينئذ

(١) هكذا في النسخ - ولعل الصواب إذا بيعت الغروس في الدين.

ولو نسج الغزل فله العين، وللغرماء الزائد بالعمل، وكذا لو صبغه أو عمل فيه بنفسه.

مطلقا وإلا فينبغي الرجوع في الكل، ويمكن دفع الضرر من الجانبين بما ذكرناه. ولعل المصنف رجح جانب المفلس في الأردأ فإنه لا يذهب من صاحب الحق شيء فإنه إن لم يرد لا يأخذ ويضرب والأصل والقاعدة تقتضي عدم الرجوع إلا فيما ظهر صدق النص المتقدم (١) وليس ذلك بظاهر مع المزج والتغييرات، فإنه لا يقال: عرفا أن المتاع الممزوج بالآخر باق بعينه، وأنه خفي، وهما موجودان في الروايتين (٢).

وقد يختلج في الخاطر، العدم في نحو النسج - أيضا - فلو وجد القائل لم يبعد القول به فتأمل.

ويفهم من ظاهر شرح الشرايع الاجماع عندنا حيث قال: لا يسقط (٣) الرجوع عندنا في النسج ونحوه من جعل الخشب ألواحا أو الحنطة طحيناً وخبزاً، فتأمل.

قوله: " ولو نسج الغزل الخ " يعني لو نسج مشتري الغزل وجعله كرباسا وثوبا، أو صنع (صبغ خ) ما اشترى من الخاتم أو عمل فيه بنفسه عملا له قيمة مثل القصارة والصنعة (والصبغة خ) وغير ذلك ثم أفلس وحجر عليه الحاكم، فلصاحب العين الرجوع إلى عينه، لما تقدم من الدليل، ويدفع ضرر المفلس بأن يجعل الزائد له فيباع تلك الزيادة بقيمتها في ديون الغرماء فيمكن أن ينظر إلى أجرة النسج

-
- (١) وهو قوله عليه السلام: إذا كان المتاع قائما بعينه رد إلى صاحب المتاع - الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الحجر ١٣ ص ١٤٥.
- (٢) البقاء بعينه في مرسله جميل، والخفاء في صحيحة أبي ولاد راجع الوسائل باب ٥ حديث ٢ و ٣ من كتاب الحجر.
- (٣) لا يخفى أن هذا الكلام منقول بالمعنى وإلا فعين عبارة المسالك ليست كذلك فراجع.

ويتخير المشتري سلماً في الضرب بالقيمة أو الثمن.
وللبايع أخذ المستولدة، وله بيعها دون الولد.

والصبغ والعمل فيؤخذ أو يقوم كل واحد من الأصل والعمل على حدته ويكونان شريكين في العين مع الوصف بالنسبة، كأنه الأعدل إن علم أن التفاوت منهما معا.

هذا كله فيما زاد وأما مع عدم الزيادة فلا شيء للعاملة، والظاهر أنه لو نقص فليس على المفلس الجبر كما تقدم.

قوله: " ويتخير المشتري الخ " الظاهر أن مراده أنه على تقدير عدم وجدان عين مال المسلم المشتري الذي سلمه إلى بايع السلم فإنه معه يتخير بين الرجوع والضرب كما تقدم وتعذر (١) حصول المسلم فيه في زمانه مع حضور الحجر حينئذ - فإن لو وجد المسلم فيه ويعطي فلا خيار له - بل يأخذه بعينه إن كان الكل أو البعض ويتخير - في الباقي أو الكل على تقدير العدم بالكلية -، بين فسخ السلم والصبر، لما تقدم في بحث السلم أنه مع التعذر تخير بينهما.
فإن فسخ ضرب مع الغرماء بالثمن الذي أسلم به.

وإن اختار الإبقاء والصبر - والفرض أنه محجور عليه - فكل يطلبه حقه والفرض عدم إمكان حصول المسلم فيه ولو بالشراء بضرب قيمة المسلم فيه ذلك الوقت.

والعبارة لا تخلو عن إجمال ولعل المراد، بناء على ما تقرر.
قوله: " وللبايع أخذ المستولدة الخ " وجه عدم جواز بيع ولد المفلس، ظاهر فإنه حر.

وأما وجه جواز لباعها وجواز إعطائها له، فهو أنه يجوز (له خ) بيعها

(١) عطف على قوله: عدم وجدان عين الخ على تقدير تعذر حصول الخ.

ويتعلق حق الغرماء بدية الخطأ والعمد إن قبل ديته.

في ثمن رقبتها وأخذها في ثمن رقبتها يفسخ بيعها مؤيدا بعموم جواز أخذ عين المال للغريم، وإذا أخذها يفعل بها ما يريد من البيع وغيره. وأما أنه هل يجوز (له خ) بيعها على تقدير عدم الرجوع والفسخ، فيمكن ذلك، لأنه يبيع في ثمن الرقبة.

ويشكل ذلك بأنه ليس كلها يصرف في ثمن رقبتها فيمكن جواز ذلك المقدار فقط، والكل أيضا، لأنه يبيع في الثمن إلا أن للبايع شريكا يأخذ، خصوصا إذا لم تتبع إلا الكل، وعدم البيع بالكلية لعدم حصول الوفاء بثمن الرقبة. ويمكن الاختصاص حينئذ أيضا فتبتاع في ثمن رقبتها ويخصص (ويختص خ) صاحبها بالثمن، لأن دينه المجوز لبيعها، فتكون هذه أيضا صورة لاختصاص غريم ببعض الزيادة فتأمل.

ويظهر من التذكرة أن العين إذا كانت من المستثنيات في الدين مثل جارية، أو عبد، أو دابة، أو دار أو قوت يوم وليلة، لا يكلف بالاعطاء، وليس له الأخذ لعموم دليل الاستثناء فيمكن منع بيع أم الولد وإعطائها إذا كانت منها. قوله: " ويتعلق حق الغرماء الخ " وجه تعلق الديون - بدية الخطأ على نفس المفلس، وكذا العمد بعد قبول الدية - هو أدلة جعل الدية من جملة التركة وفي حكم مال المقتول كما هو المقرر عندهم وسيأتي في محله، والظاهر أنه لا خلاف فيه. ويدل عليه الخبر، مثل رواية عبد الحميد بن سعيد - في باب الديون - قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام (إلى أن قال): إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا عنه الدين (١).

(١) هذا الحديث منقول بطرق مختلفة مع اختلاف ألفاظه في الجملة وما أشار إليه الشارح قده متنه هكذا: عن عبد الحميد بن سعيد قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قال: قلت: وهو لم يترك شيئا؟ قال: إنما الخ. الوسائل باب ٢٤ نحو حديث ١ بالطريق الخامس من كتاب الدين ج ١٣ ص ١١٢.

ولا يثبت الفسخ إلا في المعاوضة المحضة كالبيع والإجارة.
ولو كانت الدابة في بادية نقلت إلى مأمن بأجرة المثل مقدمة
على الغرماء.

ولا يضر عدم التصريح بتوثيق عبد الحميد بن سعيد - مع كونه مصنفًا،
صاحب كتاب -، لأنها مؤيدة فتأمل.

قوله: " ولا يثبت الفسخ الخ " يعني إنما يثبت الفسخ للبايع فيما يوجد عين
ماله عند المفلس بعد الحجر إذا كان سبب انتقاله إليه معاوضة محضة، مثل البيع
والإجارة، والهبة المعاوضة والصلح وغيرها لا غير المعاوضة أصلاً مثل الهبة الغير
المعوضة، ولا ما فيه شائبة المعاوضة مثل النكاح والخلع على معنى أن المرأة لا تفسخ
النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس، ولا الزوج بفسخ الخلع به، ولا العافي عن
القصاص بالصلح على المال بعذر (يعذر خ) (يتعذر خ) ذلك به.
كما أن ليس للزوج فسخ النكاح إذا لم تسلم المرأة نفسها.
وكأن كل ذلك مجمع عليه عند الأصحاب كما يفهم من التذكرة،
والأصل، والقواعد يقتضيانه.

قوله: " ولو كانت الدابة الخ، لعل مراده أنه لو كانت العين المستأجرة
دابة، عليها حمل متاع أو نفس محترمة كالمفلس وفسخ صاحبها الإجارة في بادية غير
مأمون من الضياع ورجع إلى عينه، نقلت مع حملها إلى المأمن بالأجرة مقدمة على
ديون الغرماء، لأنه إما لحفظ النفس أو لمصلحتهم كأجرة الكيال والوزان ويجبر
صاحب العين على ذلك لئلا يفوت على المفلس شيء مع عدم الضرر عليه إذ يأخذ الأجرة.
ويحتمل أن يكون المراد إذا كانت الدابة من عين مال المفلس وهي في

ولو زرع ترك بعد الفسخ بأجرة المثل مقدمة على الغرماء.
ولو أفلس المؤجر بعد تعيين ما أجره فلا فسخ، بل يقدم المستأجر

بادية يخاف هلاكها نقلت إلى المأمن بالأجرة المتقدمة لتسلم عن الهلاك وتصرف في الديون، وهو أقرب إلى اللفظ ويعد عما نحن فيه.
وعلى كل تقدير لا يسلم ماله إلا إلى الحاكم، ومع التعذر يحفظه حتى يوصله إليه، ويمكن تسليمه إلى العدل ليوصل مع الضرورة، والحفظ والاعلام أولى إن أمكن لئلا يحصل التصرف بالنقل من غير إذن.
بل قد يخطر بالبال عدم جواز ذلك في مال له صاحب وكان بيد المستعير أو الودعي فأخذه ليوصله إلى أهله أو بعث إليه إلا أن يكون مأذونا بوجه، فتأمل.
قوله: ولو زرع ترك الخ " أي لو كان العين أرضا مزروعة فإن كان وقت الحصاد، فمعلوم أنه بعد فسخ صاحبها يكلف المفلس بالحصاد، وقبله لا يكلف بالقطع قصيلا إلا أن يكون من ذلك الجنس، ولا يجوز له القلع والإزالة أيضا بالأرش وغيره، بل يجب عليه الصبر بأجرة إلى أوانه لئلا يحصل ضرر على أحد.
وقد أشار المصنف - بقوله (١): (وليس له الإزالة بالأرش) - إلى أنه يجب عليه الإبقاء.

ولكن الظاهر أن له ذلك مع الأرش، وكذا الزرع فلا فرق عند المنصف بين الزرع والغرس.

المراد بالأرش على تقديره أن يقوم الغرس باقيا (إلى أن يفني خ) مستحقا للبقاء في الأرض بالأجرة، ومقلوعا والتفاوت هو الأرش فتأمل.
وهذه الأجرة مقدمة على الديون لأنه لمصلحتها وكذا البناء.
قوله: " ولو أفلس المؤجر الخ " وجه عدم فسخ المستأجر - ما استأجره

(١) يعني فيما تقدم فلاحظ.

بالمنفعة لتعلق حقه بعين الدار.
ولو كانت الأجرة (الإجارة خ) واردة على ما في الذمة فله
الرجوع إلى الأجرة مع بقائها.
(الثالث) قسمة أمواله، ويبادر الحاكم إلى بيع المخشى تلفه
أولا وبعده بالرهن.

بعينه وحصول الحجر بعد حصول الإجارة بشرائها - هو الأصل ومقتضى القواعد.
وسبب تقديم المستأجر - في استيفاء المنفعة من غير مشاركة من الغرماء معه
في أخذ ما يقابله - هو ما تقدم، وأنه لا شيء له في ذمة المفلس، وهو كما اشترى أحد
من المفلس شيئاً قبل الحجر والتفليس وأخذه.
وأما لو كانت الإجارة واردة على ما في الذمة مثل دار موصوف أو دابة
كذلك، فليس المستأجر مقدماً في الاستيفاء، بل إن كان عين ما وقع العقد عليه
موجوداً بعينه، كان له أخذ ذلك، والفسخ والضرب بالحصة مع الغرماء لما تقدم،
وإلا فالضرب لا غير فتأمل.
" الثالث قسمة أمواله "

قوله: " ويبادر الحاكم الخ " ظاهر المتن وجوب مبادرة الحاكم إلى بيع
مال المفلس الذي يخشى تلفه ولفظة (أولا) في المتن للتأكيد وهو ظاهر، لوجوب
الحفظ وعدم التلف.

ولعل جعل ذلك من المستحب في الشرايع (١) باعتبار أن المراد احتمال
التلف قبل ما سواه لا ظن التلف أو علمه قبل بيعه فإنه حينئذ يجب المبادرة.

(١) قال في الشرايع: يستحب احضار كل متاع في سوقه ليتوافر الرغبة وحضور الغرماء متعرضاً للزيادة،
وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به (انتهى).

وينبغي احضار كل متاع في سوقه واحضار الغرماء.
والتعويل على مناد أمين.

وأما كون بيع الرهن بعد ذلك بلا فصل فوجوبه غير ظاهر، بل الظاهر هو الاستحباب ودفع الثمن إلى المرتهن ليعلم أنه يبقى منه شيء بعد اعطاء ما عليه الرهن أم لا؟.

قال في التذكرة: مسألة ينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع الرهن. وهو ظاهر في الاستحباب.

ثم قال: مسألة ويقدم بيع ما يخاف عليه الفساد كالفواكه وشبهها لئلا يضيع على المفلس، ولا على الغرماء، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة وكونه عرضة للهلاك، ثم سائر المنقولات لأن التلف إليها أسرع من العقارات.

وهو ظاهر في وجوب تقديم ما يخشى التلف، واستحباب الرهن كما ترى. قال في شرح الشرائع: وهذا التقديم - أي تقديم ما يخاف تلفه على الرهن - يناسب الاستحباب، لأن الغرض منه معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي التذكرة قدمه على بيع المخوف، وما هنا أولى.

وأنت تعلم أنه ليس في التذكرة إلا التقديم بحسب الذكر في المسألة لا الفعل بل الظاهر منها وجوب الثاني واستحباب الأول كما قاله أيضا فتأمل، على أنه قد يناقش في استحباب أولوية ذلك على باقيها فتأمل.

قوله: " وينبغي احضار الخ كأنه يريد الاستحباب كما هو الظاهر، وكأنه مبني على احتمال زيادة في الثمن في ذلك السوق، وكذا في احضار الغرماء، وإلا فالمناسب الوجوب وإن أطلق الجماعة، الاستحباب.

وينبغي احضار المفلس أيضا ليطمئن قلبه وقلب المشتري ويظهر عن أمواله فإنه أعرف به.

وينبغي أيضا أن يعول على مناد أمين يرضى به الغرماء والمفلس دفعا

ويقدم أجرته.
ويجري عليه نفقته ونفقة أهله وكسوتهم، على عادة أمثاله إلى
يوم القسمة فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم.

للتهمة وإن تنازعا عين الحاكم.
والظاهر أن لا وجوب هنا وإن قاله في شرح الشرايع مع ذكره احتمال
الاستحباب ويقدم أجره المنادي، لأنه لمصلحة الغرماء كأجرة الوزن والكيال
والحمال وغيرها مما يتعلق بمصلحة المال والغرماء من الحفاظ وغيرهم.
قوله: " ويجري عليه الخ " أي يجب أن يعطى المفلس نفقته ونفقة من
يجب نفقته عليه على عادة أمثاله.
لعل المراد: باعتبار الشرف والضعفة حينئذ قال ذلك في شرح الشرايع (١).
وأطلق المصنف ذلك ولم يقيد الأهل بمن تجب نفقته فيحتمل الحمل على
العموم، فتأمل.
والذي يقتضيه التأمل، القيد في المنفق عليهم دون العادة بما ذكره في شرح
الشرايع، بل الاجراء على سبيل العادة بمعنى أنه لا يستتبر بذلك الأكل
ولا ينقص، ولا يلاحظ الشرف والضعفة، ويحتمل كونه المراد بعادة أمثاله فيعطى من
يوم الحجر إلى يوم القسمة ونفقة ذلك اليوم فقط.
ولعل دليل ذلك هو الاجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم.
ويمكن فهم هذا المقدار من الرواية الدالة على استثناء المسكن وقد
تقدمت (٢) في الدين.

(١) قال في المسالك: ما هذا لفظه: الظاهر أن المراد ب (عادة أمثاله) من هو في مثل شرفه وضعته وباقي
أوصافه بحسب ما هو عليه الآن (انتهى) ج ١ ص ٢٤٤.
(٢) راجع الوسائل باب ١١ من كتاب الدين ج ١٣ ص ٩٤.

ويمكن بحسب مفهوم الموافقة، وهو ظاهر، بل يمكن فهم أكثر من ذلك أيضا، فكأنه ترك للاجماع.

ولكن قال في التذكرة: لو كان للمفلس صنعة تكفيه لمؤنته وما يجب لعياله أو كان يقدر على تكسب ذلك، لم يترك له شيء وإن لم يكن له شيء من ذلك ترك له قوت يوم القسمة وما قبله من يوم الحجر.

على أنه قال: لا يجب على المفلس التكبس فلا يجب قبول الهبة والوصية والصدقة، ولا تجبر المرأة على أخذ المهر من الزوج القادر، ولا على التزويج لتحصيل المهر.

وفي غير التزويج تأمل، فلا يبعد القول بالوجوب، إذ الاجماع على عدمه غير ظاهر، ولا غيره من الأدلة، سوى الأصل.

ويمكن دفعه ب (لا ضرر ولا اضرار) (١) ووجوب الخروج من حقوق الناس مع الامكان وعدم الضرر، وإذا فتح مثل هذا الباب يلزم منه مفسد، ولهذا قال في شرح الشرايع: لو قيل بوجوب الكسب اللايق بحاله، كان حسنا فتأمل.

وأیضا قال: ويجعل النفقة مما لا يتعلق به حق بعضهم.

وقال أيضا: لا يجوز أن يباع على المفلس مسكنه ولا خادمه إن كان من أهله، سواء كان المسكن والخادم اللذان لا يستغني عنهما المفلس عين مال بعض الغرماء، أو كان جميع أمواله أعيان مال أفلس بأثمانها ووجدتها أصحابها، أو لا (إلى قوله): والحديث (٢) ليس على اطلاقه لأنه مشروط بالاجماع بشرائطه، فخرج عن الاحتجاج في صورة النزاع، لأن شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه، ولعموم الأخبار الدالة على المنع من بيع المسكن

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٣٨٣ رقم ١١ ج ٢ ص ٧٤ رقم ١٩٥ و ج ٣ ص ٢١٠ رقم ٥٤.

(٢) الظاهر أن المراد حديث لا ضرر ولا ضرار.

ويقدم كفنه الواجب لو مات قبل القسمة.

ويفهم من ذلك أن لا دليل لهم سوى الاجماع وأخبار استثناء السكنى (١).
ولعل في رواية السكنى تصريحاً بكونه عين مال الغريم (٢) فتذكر.
وذكر أيضاً (٣) أن أم الولد لو كانت تخدم وتكفي للخدمة لا يأخذ غيرها
أخرى للخدمة.

فهو يشعر بأنه لا يجوز دفعها ولا بيعها لو كانت مما يحتاج إليه ولو في ثمن
رقبتها وطلب مالها إياها فليس له هذا العين وتكون مستثناة عن دليل الرجوع إلى
العين بالاجماع مؤيداً بدليل (٤) منع أم الولد عن البيع، مع ما مر في بيعها في ثمن
رقبتها (٥)، وبالأصل وبالعامل بمقتضى القاعدة المتقدمة فتأمل.
قوله: " ويقدم كفنه الخ " والظاهر عدم الخلاف في تقديم كفنه على
الديون مطلقاً لو مات المفلس قبل قسمة أمواله وبعد الحجر.

يدل عليه الخبر أيضاً مثل رواية إسماعيل بن أبي زياد، عن أبي جعفر، عن
أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أول ما يبدء به من المال، الكفن، ثم
الوصية، ثم الميراث (٦).

ويدل عليه أيضاً، صحيحة زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
رجل مات وعليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفن بما ترك إلا أن يتجر عليه انسان
فيكفنه ويقتضي مما (بما ثل) ترك دينه (٧).

(١) راجع الوسائل باب ١١ من كتاب الدين ج ١٣ ص ٩٤.

(٢) لم نعثر إلى الآن على هذه الرواية فتتبع.

(٣) يعني شرح الشرايع.

(٤) راجع الوسائل باب ٢ من أبواب الاستيلاء ج ١٦ ص ١٠٣.

(٥) راجع الوسائل باب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان ج ١٣ ص ٥١.

(٦) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٠٦ وفيه أول شيء يبدأ الخ.

(٧) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من كتاب الدين ج ١٣ ص ٩٨.

ثم يقسم الحاكم على الأموال الحالة الثابتة شرعا دون المؤجلة.
فلو (ولو خ) ظهر غريم بعد القسمة نقضت وشارك.
ولو حل المؤجل قبل القسمة شارك.

قيل وكذا كفن زوجته دون قريبه.
والظاهر أنه يكتفى بالواجب من الكفن، وينبغي اختيار الأدون، وكأنه
مختار البيان ويحتمل اللائق.
وكذا مؤونة التجهيز، من السدر والكافور وغيرهما مثل الماء والمكان إن
احتاج إلى الأجرة.
والظاهر عدم الفرق - في أكثر ما تقدم - بين المفلس وغيره من المديونين أنه
(إذ خ) لو تسامح بالمستثنيات، يجوز بيعها والصرف وإن كانت أم ولد بشرط كونها في
ثمن رقبته، على تردد.
قوله: " ثم يقسم الحاكم الخ " دليل تقسيم الحاكم مال المفلس - على
الديون الحالة وقت الحجر، الثابتة ذلك شرعا لا غير - كأنه الاجماع، وما تقدم من
تعلق الديون الحالة حينئذ بذلك المال، فلا حق للغير.
ويحتمل إرادة الحال قبل القسمة، لما سيأتي من قوله: (ولو حل الخ)
ومعلوم أن هذا للحاكم إما بنفسه أو بوكيله وأمينه.
قوله: " فلو ظهر غريم الخ " المراد غريم ثبت شرعا كون دينه حالا حين
الحجر ويحتمل قبل القسمة فينقض القسمة ويجمع المال ثم يقسم من الرأس، لظهور
بطلان القسمة الأولى لتعلق حق هذا الغريم أيضا إليها (فيها خ).
ويمكن عدم النقض والأخذ له من كل أحد بحساب دينه إن أمكن، قال
في التذكرة: احتمل عدم النقض بل يشارك الخ.
وقد يعلم من شرح الشرايع إن فيه خلافا، وإن الحق النقض وفيه تأمل.
قوله: " ولو حل المؤجل الخ " وجهه أنه إذ أحل الدين استحق المطالبة

ولو جنى عبده قدم حق المجني عليه.
وليس له فكه.

للقدرة، إذ المال موجود فيتعلق به كسائره هذا.
ولكن مقتضى ما تقدم، أن الديون الحالة حين الحجر تعلق بالمال
الموجود، فما بقي للحال بعده - وإن كان قبل القسمة - ما يتعلق به فتأمل لعل الأول
أولى لعموم أدلة أداء مال الغير مع القدرة مهما أمكن وما علم ثبوت تعلق دين الغريم
السابق بحيث يمنع من تعلق الغير، وعدم تعلق الدين الحادث (١) بعد الحجر
(به خ)، لا يستلزم ذلك، لثبوته قبل ذلك.

نعم المؤجل حين القسمة لا يتعلق به لعدم استحقاق الطلب، ولا الحادث
بعد الحجر على ما صرح به في التذكرة وغيرها، ولعله لا خلاف في ذلك كله فتأمل.
قوله: " ولو جنى عبده الخ " أي لو جنى عبد المفلس، قدم حق المجني
عليه على حق الغرماء ليستوفي حقه، فإن بقي منه شيء، فلهم وإلا فلا.
وجهه إن حق المجني عليه إنما تعلق برقبته بالأصالة دون حق الغرماء.
قال في التذكرة والشرايع - في بيان ترتيب القسمة - : إنه مثل حق الرهانة،
بل مقدمة (٢) عليه وعلى الغريم، لأنه متعلق بالعين أولاً وبالذات بخلافه.
وليس التقديم مخصوصاً بالاستيعاب كما قيده به في شرح الشرايع وهو
ظاهر، بل هو أحق ومقدم (يقدم خ) مطلقاً، فيستوفي حقه والباقي لهم كما في
الرهن إن كان فينبغي تقديم استيفائه على غيره مثل الرهن، لا مكان أن يفضل
منه.

قوله: " وليس له فكه " أي ليس للمفلس فكه باعتبار كونه محجوراً عليه

(١) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: وعدم تعلق الدين الحادث بالحجر قبل ذلك لا يستلزم بعد
الحجر به (انتهى).

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب (مقدم).

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة، جعل المال في ذمة ملي،
فإن تعذر أودع من الثقة.

وهو - مع عدم المصلحة في فكه - واضح، وأما إذا كانت المصلحة فيه، فله ذلك بمعنى
أن يفك الحاكم ذلك.

قوله: " ولو اقتضت المصلحة الخ " أي يجوز مع المصلحة تأخير القسمة
فيجعل (بأن يجعل خ) في ذمة ملي بالقرض، ويحتمل بالبيع ونحوه، ينبغي مع
الرهانة والأمانة.

نقل في شرح الشرايع عن التذكرة الأمانة في المقترض، وقال: وهو حسن
ولو لم يكن الرهن اكتفي بالضمان وإلا فبالقرض مع الأمانة وإلا فبالملائة مع
الوثوق بعدم التلف، وإن لم يكن (لم يكن خ) فيودع من ثقة، ينبغي بالشهود.
وقال (١) في التذكرة: لا تؤخر القسمة لاحتمال غريم ولا تكلف الغرماء
بالشهود على عدم غريم آخر بخلاف الورثة فإنها تكلف بالشهود وفرق (٢) بالضبط
في الورثة غالباً دون الغريم، فيمكن الشهادة على الأول دون الثاني (٣).
وفيه تأمل، إذ ينبغي العدم في الكل إلا مع المظنة، إذ تأخير اعطاء مال
الناس إليهم لاحتمال الشريك والتكليف باثبات عدمه - مع أن الأصل العدم،
وآية الإرث تقتضي عدم التوقف - ضرر، وهو أعرف قدس الله سره.

(١) لا يخفى أنه ليس في التذكرة هذه العبارة بعينها بل ذكر ما هو بمضمون الحكمين في ضمن المسألتين
(أحدهما) عند قوله ره: المسألة إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر الخ و (ثانيهما) عند
قوله

ره - قبل المسألة المذكورة - : إذا ثبت الديون عند الحاكم وطلب أربابها القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم إقامة
البينة الخ فراجع التذكرة البحث الثاني في بيع ماله وقسمته من كتاب التفليس، والله العالم.

(٢) يعني فرق التذكرة بين الغرماء والورثة بالضبط الخ.
(٣) قال في التذكرة: ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة إلا أن الورثة يحتاجون إلى
إقامة البينة على أنه لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء، والفرق أن الورثة أضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي
يعسر تحصيلها ومدركها، فلا يلزم من اعتبارها - حيث كان الضبط أسهل - اعتبارها حيث كان أعسر (انتهى).

(الرابع) حبسه، ويحرم مع إعساره الثابت باعتراف الغريم أو
البينة ولو ماطل مع القدرة، فللحاكم حبسه، والبيع عليه.

" الرابع حبسه "

قوله: " ويحرم مع اعساره الخ " أي يحرم حبس المفلس مع ثبوت اعساره
باعتراف الغرماء أو بالبينة عند الحاكم وحكمه به أو ثبوته عند الحاكم بعلمه
بذلك وحكمه به.

وفي جعل هذا - رابع أحكام المفلس المتقدم -، خفاء، فإن الظاهر أنه
المفلس الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف، فلا معنى لحبسه، ولا لمماطلته،
ولا بيعه (لبيعه خ) بنفسه، ولا البيع عليه، ولهذا غير الأسلوب في الشرايع وقال:
(ولا يجوز حبس الغريم) ولم يكتف بالضمير الراجع إلى المفلس المبحوث عنه، فهو
حسن سواء قلنا: إن الحجر داخل في مفهوم المفلس أم لا، لتبادر الذهن إلى الذي
ممنوع.

ولأنه المعرف في أول كتاب المفلس في الشرايع (١).
ولأن سائر الأحكام المتقدمة مخصوصة به.

وأيضاً هذا الحكم مخصوص بغير المفلس، فلا يحسن ارجاع الضمير إلى
المفلس، ولا جعله أعم غير مخصوص.

فقول شارح الشرايع - : وهذا الحكم لا يختص بالمفلس (إلى قوله): وإنما
يحسن العدول لو شرطنا في صدق المفلس الحجر، وإلا فالمديون المعسر مفلس أيضاً -
لا يحسن، لما مر.

(١) قال في الشرايع: المفلس هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقي فלוسه والمفلس، هو الذي جعل
مفلساً أي منع من التصرف في أمواله (انتهى).

على أن كون المديون المعسر مطلقا مفلسا، غير ظاهر شرعا ولغة لما قال في أول الكتاب: إنه شرعا (١) هو الممنوع الخ ولغة: الذي ذهب خيار ماله وبقي فلسه. قال في التذكرة: من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم، فإن كان له مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء (إلى قوله): وألزم (٢) بالخروج عن الديون، فإن امتنع مع قدرته على القضاء حبسه الحاكم ويحل لصاحب الدين الاغلاظ في القول، بأن يقول: يا ظالم، يا متعدي ونحو ذلك لقوله صلى الله عليه وآله: لي الواجد يحل عقوبته وعرضه (٣)، واللي المطل، والعقوبة، حبسه (الحبس خ)، والعرض الاغلاظ له في القول، وقال صلى الله عليه وآله: إن لصاحب الحق مقالا (٤) (انتهى).

والظاهر أن الوجدان، الغنى بمعنى قدرته على الوفاء. وأنه يفهم من ظاهر الخبر جواز الاغلاظ في الكلام إذا كان صادقا في كل حق فافهم.

والخبر مشهور بين العامة والخاصة، وأنه يريد إما الحبس على تقدير عدم البيع أو على التخبير، فإنه لا يتعين كما يفهم من المتن وغيره أيضا. قال في التذكرة - بعد هذا - : إذا كان للمديون مال، أمره الحاكم ببيعه

-
- (١) ليس في الشرايع لفظة (شرعا) كما نقلناه آنفا نعم يحتمل كون الكلام مأخوذا من عبارة شرح الشرايع.
- (٢) وإلزامه - التذكرة. قال في المسالك: عرف المفلس بتعريفين أحدهما لغوي والآخر شرعي الخ ج ١ ص ٢٣٦.
- (٣) عوالي اللآلي ج ٤ ص ٧٢ رقم ٤٤ وسنن أبي داود ج ٣ ص ٣١٣ باب في الحبس في الدين وغيره تحت رقم ٣٦٢٨ مع تقديم وتأخير قال ابن داود: قال ابن المبارك (راوي الحديث) (تحل عرضه) يغلظ له وعقوبته) يحبس له.
- (٤) صحيح مسلم: ج ٣ ص ٢٢٥ وصحيح البخاري: ج ٢ باب استقراض الإبل.

وإيفاء الدين من ثمنه مع مطالبة أربابها فإن امتنع باع الحاكم متاعه وقضى منه الدين (إلى قوله): بل يحبس أو يباع عليه (انتهى).

وظاهر أن البيع إنما يكون على تقدير عدم وجدان ما يجوز اعطائه بدلا عن الدين وعدم أخذ صاحبه بالقيمة، وإلا فإن كان من الجنس يعطى، ومن غيره أيضا بالقيمة فلا يحتاج إلى البيع وهو ظاهر وصرح بالأول في التذكرة. وبالجملة لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المديون، بل مطالبته وملازمته وأدائه، على تقدير عدم ثبوت قدرته على الأداء شرعا، كما يحرم عليه الامتناع والمماطلة عن أداء حق الناس، وهو ظاهر.

وفي الكتاب (١) والسنة أيضا إشارة إليه، مثل موثقة عمار - كأنه الساباطي - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى - يعني تأبى - على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه بينهم - يعني ماله - (٢).

ورواية عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلي من أن أتصدق بها مرة، وكما لا يحل لغريمك أن يمطلك وهو مؤسر فكذلك لا يحل أن تعسره إذا علمت أنه معسر (٣).

وقوله تعالى: " فنظرة إلى ميسرة " (٤)، ظاهر في تحريم الطلب ووجوب الانظار إلى أن يبرأ (يسر خ)، وهو خير، " وأن تصدقوا خير لكم " (٥).

(١) سيأتي الإشارة إليه من الشارح قدس سره.

(٢) الوسائل باب ٦ مثل حديث ١ من كتاب الحجر ج ١٣ ص ١٤٧.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من أبواب الدين من كتاب التجارة ج ١٣ ص ٩٠.

(٤) البقرة ٢٨٠.

(٥) البقرة ٢٨٠.

بل يجب نية الأداء حين عدم القدرة على تقدير القدرة. ويدل عليه صحيحة عبد الغفار الجازي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل مات وعليه دين، قال: إن كان على بدنه أنفقه من غير فساد، لم يؤاخذه الله عز وجل إذا علم من نيته الأداء إلا من كان لا يريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق، وكذلك الزكاة أيضا، وكذلك (من استحل (١) أن يذهب بمهور النساء) (٢).

ثم إن الظاهر، أنه يثبت اعساره بعلم القاضي فيحكم به، ومعلوم ثبوت اعساره باعتراف الغريم بالنسبة إلى المعترف، فإذا كان ممن يقبل شهادته يصير شاهدا أيضا، وكذا بالبيينة الشرعية لأنها حجة شرعية. والظاهر أن لا خلاف في ثبوته بالعدلين، ويمكن بالواحد واليمين أيضا على ما يفهم من كلامهم.

قال (٣) في التذكرة: شرط في البيينة أن يكونوا من أهل الخبرة الباطنة والعشرة المتقدمة وكثرة الملابس سرا وجهرا وكثرة المجالسة وطول الجوار، فإن الأموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك فإن عرف القاضي أنهم من أهل الخبرة فذاك، وإلا جاز له أن يعتمد على قولهم إذا كانوا بهذه الصفة. ويمكن أن يقال بجواز الاكتفاء بقول الشهود إذا كانوا عدولا عارفين بطريق الشهادة على الاعسار، فلا يحتاج إلى معرفة القاضي وجود تلك الأوصاف فيهم من موضع والتفتيش والتجسس.

(١) إذا استحل مهوور النسوان خ ل يب.

(٢) الوسائل باب ٥ مثل حديث ١ من أبواب الدين من كتاب التجارة ج ١٣ ص ٨٦.

(٣) في التذكرة هكذا: إذا أقام مدعي الاعسار البيينة شرط فيها أن يكونوا من أهل الخبرة الخ.

ولو ادعى الاعسار وكان له أصل مال أو كان أصل الدعوى
مالا افتقر إلى البينة.

ثم قال: صورة الشهادة بالاعسار يجب أن تكون على الاعسار (١) المتضمن
لنفي (إلى قوله): فيقول الشهود: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه (إلى
قوله): ولا يقتصرون على قولهم: لا شيء له لئلا يتمحض شهادتهم نفيًا لفظًا ومعنى
(انتهى).

لعل المراد، إلا قوت يومه الخ، للتمثيل وإلا يجوز لهم أن يستثنوا سائر
ما استثنى في الدين وما يعرفون وجوده عنده ويشهدون على عدم الغير (العين خ ل)
مما يدعى عدمه.

وليس بواضح اشتراط عدم التمحض نفيًا لفظًا ومعنى، فإنه معنى نفي،
ولا يترتب أثره على ظاهر اللفظ، وهو أعرف.

قوله: " ولو ادعى الاعسار الخ " يريد أنه لم يثبت إعسار المديون بالطرق
المتقدمة، فإن طولب بالحق، فإن لم يدع الاعسار كلف بالأداء إلى آخر ما تقدم،
وإن ادعاه، فإن لم يعلم له وجود مال شرعا يقبل قوله بيمينه مع عدم البينة للمدعي
وطلبه اليمين لاحتمال الوجود، ويجوز الاحلاف بمجرد الاحتمال، ولا يشترط العلم و
الظن على الظاهر، لعموم أدلة اليمين على المنكر (٢) من غير معارض وظاهر أنه ينكر
المال وهم يدعون وجوده عنده، والأصل عدمه، وأنه لو خلى لخلي وقوله: (أنا
معسر) بمنزلة قوله: (لا مال عندي) يجب أدائه إليكم وإن علم أنه كان له مال
- يجب الأداء منه ظاهرا أو كان أصل الدعوى وصول مال كذلك بيده باعترافه أو

(١) هكذا في النسخ كلها، ولكن في التذكرة: (على الاثبات المتضمن للنفي) التذكرة ج ٢ ص ٥٩.
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب كيفية الحكم ج ١٨ ص ١٧٠ وعوالي ج ١ ص ٢٤٤ و ص ٤٥٣
و ج ٢ ص ٢٥٨ و ص ٣٤٨ و ج ٣ ص ٥٢٣.

فإن شهدت بتلف أمواله فلا يمين.
ولو شهدت بالاعسار افتقر إلى اطلاعها على باطن أمره
وأحلف.
وإن لم يكن له أصل مال ولا كانت الدعوى مالا قبلت يمينه
بغير بينة.

بغيره ولم يعلم زواله وادعى تلفه والاعسار به أو كونه مما لا يجب منه الأداء - افتقر
إلى البينة لرفع الأصل فصار يدعي تلف ما هو كان موجودا، والأصل بقائه.
ولا يشترط اتصافها بالصفات المتقدمة، بل يكفي وجود ما يعتبر فيها مطلقا.
فإن شهدت بتلف ذلك المال بعينه ثبت ولا يمين عليه حينئذ وهو ظاهر
لأنه قد أثبت ما يدعيه شرعا ولا يمين على المدعي المثبت.
نعم لو ادعى الغريم وجود مال آخر وأنكره يتوجه اليمين على تقدير عدم
البينة وهو ظاهر.
وإن شهدت بالاعسار لا بتلف المال بعينه، لا بد من كون الشاهد متصفا
بالصفات المتقدمة، من اطلاعه على باطن حاله كما تقدم، قال المصنف: (وأحلف
المديون) (١).

وقد ظهر مما تقدم أن الوجه عدم الاحلاف ولا وجه للاحلاف.
قال في التذكرة - فيما إذا شهدت بالاعسار وقد شرط في البينة ما تقدم وفي
صورة شهادته ما تقدم أيضا - : فإن طلب الغرماء احلافه مع البينة لم يلزم خلافا
للشافعي في أحد قوليه، وفي الثاني أنه مستحب، نعم لو ادعى أن له مالا لا يعرفه
الشاهدان فالأقوى عندي أن له احلافه على ذلك لا مكان صدقه في دعواه وحينئذ
يتوقف اليمين على استدعاء الخصوم فلا يجوز بغير طلبهم لجواز أن يعفو فلا يتبرع

(١) ليس في كلام المصنف لفظة (المديون).

الحاكم (١).

ويمكن حمل ما في المتن على ذلك.

وفيه أيضا تأمل، إذ الفرض شهادة الشاهد العالم بباطن حاله وشهادته بالنفي، بحيث لا يبقى احتمال، فكيف - مع ذلك - يحتاج إلى دليل آخر على النفي إذا دل دليل على قبول الشهادة بالنفي، ولو فتح مثل هذا الباب لأمكن في أكثر الدعاوي، فيكلف المدعي مع البيئة باليمين فتأمل.

ولا شك أن هذه الدعوى بحسب الظاهر مكذب للبيئة ومناف القول العلماء والخبر المشهور بين العامة والخاصة الذي هو دليل الحكم بالبيئة واليمين في موضعهما، وهو، البيئة على المدعي واليمين على من أنكر (٢) فتأمل.

فالظاهر عدم الاحلاف في صورة الاعسار لو وقعت الشهادة على الوجه المتقدم، نعم يحتمل في صورة الشهادة على تلف مال معهود مع عدم ثبوت الاعسار مطلقا بما ذكر كما أشرنا إليه، ولهذا قال في التذكرة - بعد ما نقلناه عنه - في مسألة أخرى (٣): ويحتمل قويا، الزامه باليمين على الاعسار إن شهدت البيئة على تلف المال وسقوطها عنه إن شهدت بالاعسار، لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالا غيره، فإنه يلزمه اليمين كذا هنا إذا قامت البيئة بالتلف فإنها لا تزيد على الاقرار (٤).

(١) إلى هنا عبارة التذكرة ولكن في عبارة التذكرة بدل قوله: على استدعاء الخصوم الخ هكذا: على استدعاء الخصم لأنها حقه ويجوز أن يعفو عنها فلا يتبرع الحاكم باحلافه (انتهى).

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٣١١ باب اليمين على المدعى عليه الوسائل: ج ١٨ باب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

(٣) يعني في مسألة ادعاء الاعسار التي تقدمت.

(٤) من قوله: ويحتمل إلى هنا عبارة التذكرة.

والظاهر أنه لا يحتاج إلى الدعوى كما في صورة دعوى الاعسار وعدم ثبوت مال فإنه إذا لم يقيم البينة ولم يعترف الغريم ولا يعلم الحاكم، فالظاهر أن للغرماء احلافه على الاعسار، وهذا بعد ثبوت تلف مال معين، يصير كذلك فتأمل فإن عبارات الأصحاب في هذه لا تخلو عن شيء.

والظاهر أن الذي نقلناه عن التذكرة أخيراً (١) ليس بمخالف للمتن وغيره وليس عكسه، لأن مراد المتن وغيره بعدم اليمين في صورة التلف، عدمها على التلف، لا على الاعسار، ولهذا قال في التذكرة: وإن شهدت البينة بالتلف سمعت، فإن طلب الغرماء اليمين على ذلك مع البينة لم يجابوا.

والظاهر أن (ذلك) (٢) إشارة إلى التلف لا الاعسار فقول: ثبوت اليمين على الاعسار حينئذ، كما نقلناه، لا ينافي المتن وغيره ولا هو عكسه كما قال في شرح الشرايع ولا ما ذكره في موضع آخر منها من نفي اليمين في الصور كما فهمه في شرح الشرايع.

نعم الظاهر ثبوت المنافاة بين هذا وبين ما نقلناه عنه في موضع آخر من التذكرة من قوله: (فالأقوى عندي) ويمكن الجمع بينهما أيضاً فتأمل.

قال فيها أيضاً: وحيث قلنا: لا يقبل قوله إلا بالبينة لو ادعى أن الغرماء يعرفون إعساره كان له احلافهم على نفي المعرفة، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره وإن حلفوا حبس، وكما ادعى ثانياً وثالثاً - وهلم جرا - إعساره، كان له تحليفهم إلا أن يعرف القاضي أنه يقصد الايذاء واللجاج، فإذا حبسه لا يغفل عنه بالكلية.

والظاهر أنه لا يشترط في ذلك عدم سماع قوله إلا بالبينة، فإنه لو ادعى

(١) وهو قوله ره: ويحتمل قويا الزامه الخ.
(٢) يعني في قول التذكرة: (اليمين على ذلك).

ومع القسمة يطلق.
ولا يجوز مؤاجرتة ولا استعماله.
ولو كان له دار غلة أو دابة وجب أن يؤاجرهما، وكذا المملوكة
وإن (لو خ) كانت أم ولد.

- في صورة يقبل قوله بيمينه - علمهم بذلك ولا يحلف، فالظاهر أن له ذلك، لأنه
دعوى ممكن مسموع عقلا فينبغي سماعه شرعا، فإن لم يحلفوا يمكن سقوط الحلف
عنه والدعوى أيضا، مثل ما إذا رد المنكر اليمين على المدعي ونكل، وكأنه ما ذكره،
لأنه كصورة النكول وهو معلوم الجواز فتأمل.

قوله: " ومع القسمة يطلق " إذا حبس الغريم ثم قسم ماله على الغرماء
في صورة جواز ذلك، يجب اخراجه عن الحبس واطلاقه، إلا أن يكون دين آخر وما
ثبت اعساره فيخلى في السجن.

ولكن لا يغفل عنه - كما مر في عبارة التذكرة - بأن يطعم وينظر في حاله
لاحتتمال المرض وغيره.

ويحتمل أن يكون المراد رفع الحجر عن المفلس بعد قسمة أمواله.
قوله: " ولا يجوز مؤاجرتة الخ " أي لا يجوز للحاكم ولا للغريم مؤاجرة
المديون ولا تكليفه بعمل لتحصيل الدين بغير رضاه وجبره على ذلك، وقد مر البحث
عن ذلك.

قوله: " ولو كان له الخ " لعل المراد بدار غلة ودابة يجب مؤاجرتهما
مالا يجب بيعهما وإلا بيعا في الدين، مثل كونهما موقوفين أو كونهما عين مال شخص
غير حاضر أو حاضر سامح مدة أو أنه لا يشتريها أحد أو المصلحة في تأخير بيعهما أو
رضي الغرماء بالتأخير ورضي المالك أيضا، وبغير إذنه مشكل.
ويحتمل كون الدابة من المستثنيات وكذا المملوكة.

بلا يباع دار سكناه، ولا عبد خدمته، ولا فرس ركوبه إذا كان من أهلها، ولا ثياب تجمله.

وفيهما تأمل إذا لم يكن من أهل أن يواجر فتأمل فإنه يمكن التخصيص. قوله: " ولا يباع دار سكناه الخ " قد مر البحث عن ذلك كله، فتذكر وتأمل.

لا دليل على الكل (١) بخصوصه إلا أن يكون إجماعاً، نعم موجود في دار السكنى (٢)، فكأنهم فهموا من باب الموافقة. وهو مشكل، بل يمكن من باب الموافقة فهم عدم جواز ذلك إلا ما ثبت بالدليل فإنه قد ثبت أنه لا يخلى له سوى قوت يوم القسمة وليس العبد والدابة وثياب التجمل أكثر احتياجاً من قوت الغد بل العكس فينبغي الاقتصار على ما ثبت بالدليل واخراج الغير في الديون سيما ثياب التجمل وعبد الخدمة والدابة إلا مع الضرورة الكلية بحيث لا يعيش بدونهما (بها خ) أو لمرض أو شق (يشق خ) مشقة لا تتحمل، ومع ذلك الاحتياط والأولى في الأخير البيع وتحمل المشقة إلا أن يؤول إلى المرض أو الهلاك.

وأولى من ذلك التبديل إذا تمكن من تحصيل ما يكفي ورفع الباقي إلى الديان.

والظاهر أنه لو تبرع وأعطاهما في الدين يجوز ويبرء فتأمل.

(١) المراد أنه لا دليل على كل واحد بخصوصه لا أنه لا دليل على واحد بقريئة الاستدراك.
(٢) راجع الوسائل باب ١١ من أبواب الدين ج ١٣ ص ٩٤ ولكن في حديث ١ منه (صحيح الحلبي) عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تباع الدار ولا الجارية في الدين وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه - وهو صريح في استثناء العبد والجارية أيضاً.

" المقصد الرابع "
في الضمان، ومطالبه ثلاثة.

" المقصد الرابع في المضان "

قوله: " في الضمان الخ " اعلم أن الضمان لفظ مشترك عند الفقهاء
بين المعنى الأعم من الضمان بالمعنى الأخص، والحوالة، والكفالة - وبين الأول -
منها.

والأعم هو التعهد على وجه خاص نفسا كان أو مالا، لمن له في ذمته
شئ أم لا، فإن كان نفسا، فهو الكفالة، وإن كان مالا فإن كان في ذمته شئ
فهو الحوالة وإلا فالضمان بالمعنى الأخص المشهور.
إلا أن الضمان إذا أطلق - بغير قيد - يتبادر منه المعنى الأخص لكثرة تداول
هذا المعنى مع كونه فردا من العام، وإذا أريد منه قسمان آخران بخصوصهما يحتاج
إلى القيد، مثل ضمان النفس (أو خ)، وضمان لمن في ذمته شئ.
هذا هو مراد الأصحاب مثل صاحب الشرايع وغيره من قولهم: إن
الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق، لا أنه مفهوم كلي صدقه على
كل فرد فرد حقيقة.

ولكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج إلى قيد وقرينة، بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه الاشكال بأن اطلاق الكلّي على كل فرد فرد حقيقة والاحتياج إلى القرينة، ينافي الحقيقة، ويجاب بأن المنقسم إليهما - بحث صاراً فردين له بطريق الحقيقة - هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما.

والحاصل أنه فرق بين الشئ المطلق، وبين مطلق الشئ، ومثله في تقسيم الماء إلى المضاف والمطلق وتعريفه (١) بعدم صدقه عليه مطلقاً على (٢) أنه لم يرد لأن اطلاق الكلّي على أفراده باعتبار خصوصه وشخصه، مجاز وإن كان باعتبار وجوده فيها وإرادة ذلك حقيقة، فاطلاق الانسان على زيد مثلاً بإرادة خصوصه وشخصه مجاز، وباعتبار كونه انساناً وإرادته، حقيقة وهو ظاهر ومصرح به في محله. ثم إن الجواب (٣) أيضاً غير مفهوم لأن المنقسم هو الضمان المطلق، لأنهم قالوا: الضمان كذا وكذا، ولا شك أنه مطلق فلا بد من صدقه حقيقة على أفراده على ما قاله، وكذا المنقسم هو الماء المطلق، لا مطلق الضمان والماء ولو باعتبار وجوده مع القيد المتقدم وهو ظاهر.

وقد يتوهم أن المقسم (المنقسم خ) لا بد من صدقه على الاقسام فيجئ الاشكال ويجاب بما ذكرناه (٤)، وبأن (ولأن خ) الصدق - بمعنى تحققه - مسلم ولا شك في تحققه حينئذ، وأما بمعنى اطلاق لفظه عليه فلا، وهو أيضاً واضح فتأمل. فلا ينافيه اختيار جواز الحوالة لمن برأ ذمته - كما فعله في الشرايع - لأنه

(١) يعني تعريف الماء المضاف بعدم صدق الماء المطلق.

(٢) يعني أصل الايراد بقوله: بأن اطلاق الكلّي الخ.

(٣) المذكور بقوله: ويجاب بأن المنقسم الخ.

(٤) وهو قوله قده فيما تقدم: لأن اطلاق الكلّي وعلى أفراده الخ.

(الأول) يشترط في الضامن جواز التصرف، والملائة أو علم المضمون له بالاعسار. فلا يصح ضمان الصبي.

اختار القسمة على المشهور ثم بين ما عنده من المسألة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان، فلا يرد اعتراض شارحه، ولا يحتاج إلى جوابه (١). وهما أنه اختار أولا القسمة على الارجاع، وأنه قسم باعتبار بعض أقسام الحوالة.

مع عدم ظهورهما، إذ الظاهر من القسمة هو التغير وحصر اسم كل قسم فيما ذكر له، ومعلوم عدم الاجماع في حصر الحوالة والضمان على القسمين المذكورين ولا يظهر معنى القسمة باعتبار بعض الأفراد. وقد خرجنا مما أردنا، لخروج شارح الشرايع رحمه الله. ثم اعلم أن الضمان له أركان خمسة، الضامن والمضمون، والمضمون له، وعنه، والصيغة.

أما الضامن فيشترط فيه جواز التصرف المالي، وملائته، أو علم المضمون له بالاعسار (باعساره خ) بمعنى أنه إذا كان المضمون له جاهلا به - ثم علم اعساره بمعنى عدم وجود ما يؤديه فاضلا عن المستثنيات في الدين حال الضمان لا حال العلم - له الفسخ، ولا يلزمه مقتضى الضمان وله طلب ماله عن المضمون عنه والظاهر أنه لا خلاف في ذلك. فلا يصح ضمان الصبي الغير المميز، وقد مر البحث في بيع المميز مع إذن

(١) فإنه رحمة الله - بعد بيان الاشكال بما قرره الشارح قده هنا قال ما هذا لفظة: ويمكن دفع الاشكال بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، وهو متعهد مشغول الذمة للمحيل ليكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصة، وكون المشترك ذا جهتين بحيث يصح ضمنا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب (انتهى) المسالك ج ١ ص ٢٥١.

ولا المجنون.
ولا المملوك بدون إذن المولى.
ومعه يثبت في ذمته لا في كسبه.

الولي فإنه يأتي هنا، وكأن المشهور عدم الجواز.
ولا المجنون، بل الغافل، والساهي أيضا، الظاهر بالاجماع وخبر رفع
القلم (١).
والظاهر أن السفية المحجور عليه لسفاهه وتبذيره كذلك وقد صرح به في
التذكرة وغيرها وهو ظاهر مما تقدم.
وشرطهم ذلك (تلك خ) (٢) في الضامن وغيره من الأمور مطلقا، يدل على
عدم اشتراط العدالة في ذلك مستديما، وإلا، ينبغي أن يقال: ويشترط العدالة.
وأیضا يدل على عدم اشتراط حجر الحاكم، وإلا ينبغي تقييد ذلك بأن
الضمان لا يصح مع حجر الحاكم، وكذا النكاح، والطلاق، والعتق، وغيرها وهو
ظاهر فتأمل.
ولا المملوك بدون إذن مولاه، وهو على تقدير عدم تملكه (٣) ظاهر، ومعه
يمكن الجواز إن لم يكن محجورا عليه في ماله وقد تقدم أن ظاهر كلامهم أنه محجور
عليه فتأمل.
وأما مع إذنه، فالظاهر أنه لا شك في صحته ولزومه مع علم المضمون له
بالمملوكية، وحينئذ مع اطلاقه يمكن وجوب الأداء من كسبه، لأن الإذن في

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ٢ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ج ٥ ص ٣٤٤.
(٢) يعني أن اشتراط جواز التصرف المالي في الضامن وعدم كونه سفيا يدل على عدم اشتراط العدالة
فيه الخ.
(٣) يعني على القول بعدم صيرورة مالكا شرعا يقتضي قوله تعالى: لا يقدر على شيء، ظاهر.

إلا أن يشترط كما لو شرط الضمان من مال بعينه.

الضمان إذن في لوازمه ومنه الأداء فلما لم يصرح كونه من مال المولى ولا في ذمته فينصرف إلى الظاهر وهو الكسب. والظاهر أنه مع عدم القرينة ينصرف إلى ذمته، لأنه قابل لذلك فيتبع به إذا أعتق.

هذا غير بعيد مع علم المضمون له بهذا وإلا فيمكن سماع دعوى أنه تخيل أن ذمة العبد هو ذمة المولى، ولهذا رضى، بل يمكن ذلك في الكسب أيضا فتأمل. وأما إذا شرط من كسبه أو في ذمته أو غير ذلك، فلا شك أنه يلزم بلوازم الشرط كما لو شرط الضامن بنفسه أداء المال من مال معين، فالظاهر صحته وأنه لا نزاع فيه، ويؤيده عموم أدلة العمل بالشروط (١).

ثم إن الظاهر أنه حينئذ يلزمه الأداء من ذلك المال بعينه مهما كان فلو زاد له شيء، يأخذ من المضمون عنه، وكذا لو تلف من غير تقصير، بل معه أيضا، فإن الظاهر أن الضمان هنا غير ناقل وإن كان مذهب الأصحاب في غير هذه الصورة أنه ناقل.

ويدل عليه رواياتهم، مثل صحيحة عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمة الميت (٢).

ومثل موثقة إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول (قال خ ئل) وليه: علي دينك قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليه من بعده، وقال: أرجو أن لا يأثم، وإنما إثمه على الذي يحبسه.

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٣٥ رقم ٨٤ و ص ٢٩٣ رقم ١٧٣ و ج ٢ ص ٢٥٧ و ج ٣ ص ٢١٧ رقم ٧ و ج ٣ ص ٢١٧ رقم ٧٧.

(٢) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٤ حديث ١ و ٢ من أبواب الدين ج ١٣ ص ٩٨.

وهما مع غيرهما، يدلان على مشروعية الضمان مجملا وأما الآيتان فلا. وهما (١)، (وأنا به زعيم)، لعدم الصراحة في كون هذا القول بعد قول المعطي ب (حمل بعير) مع أنه جعالة، ومذهب من قبلنا، وهي غير لازمة فالضمان منها محل التأمل، وكذا حجية شرع من قبلنا وإن لم يكن (٢) إجماعيا فلا ينفع قول البعض به كما قال في التذكرة.

وقوله تعالى: " سلهم أيهم بذلك زعيم "، والأولى تدل على اعتبار رضا الغريم. وغيرها (٣) - مثل موثقة إسحاق وما في بعض الأخبار من طرق العامة (٤)، والخاصة (٥) من قبول الضمان عن الميت ثم صلاته صلى الله عليه وآله بعد الامتناع منها قبل الضمان - يدل على عدم الاشتراط لعدم القيد، والسكوت بمجرد قول الضامن: (علي ذلك)، مثل ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة (٦). ولكن ينبغي ذلك، فإنه ينتقل حق صاحب حق من ذمة إلى أخرى فيملك ما كان لا يملك ويخرج عن ملكه ما كان يملك، وكون ذلك من غير رضاه بعيد مع التفاوت بين الناس في المعاملات. ويمكن حمل ما يدل على عدم العلم بالرضا. وإن الضامن بحيث يقبله كل أحد وأحسن من الذي في ذمته وإن كان

-
- (١) يعني الآيتين وهما قوله تعالى: " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " يوسف ٧٢ وقوله تعالى: " سلهم الخ " القلم ٤٠.
- (٢) يعني حجية شرع من قبلنا في كل ما كان إجماعا فهو وإلا فهو محل التأمل.
- (٣) قوله قده: (وغيرها) مبتدأ وقوله قده: يدل على عدم الخ خبره.
- (٤) راجع سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٤٦، باب في التشديد في الدين رقم ٣٣٤٣.
- (٥) راجع الوسائل باب ١٤ من أبواب الدين ج ١٣ ص ٩٨ وباب ٢ حديث ٢ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٠.
- (٦) راجع الوسائل باب ٣ حديث ٢ و ٣ من كتاب الضمان.

لا مال له مثل أمير المؤمنين عليه السلام (١).
وما نقل في التهذيب والفقهاء: أن بعض غرماء عبد الله بن الحسن عليه السلام
ما قبل ضمان عبد الله بن جعفر مع كونه ملياً لأنه مطول (٢) وقبل ضمان علي بن
الحسين عليهما السلام مع كونه فقيراً (٣)، لأنه صدوق (٤).
وهذه وأمثالها تدل على أن الاعسار غير مانع مطلقاً فتأمل، وعلى علم النبي
صلى الله عليه وآله بذلك أو أنه ولي المؤمنين يفعل ما يريد لهم، وكذا أهل البيت
(عليهم السلام) أو يكون مخصوصاً بالميت الذي لا رجاء له مطلقاً.
وهي تدل على عدم اشتراط صيغة بخصوصها، بل يكفي ما يدل على أنه
يعطي وقبل ذلك ويؤيده عموم أدلة (المسلمون عند شروطهم) وصدق الضمان
فلا يشترط القبول من المضمون له، بل يكفي ما يفيد العلم برضاه، ولا المقارنة، وكونه
عقلاً لا يستلزم ذلك، وهو ظاهر، مع أنه قد ينازع في كونه عقلاً عند الشارع بالمعنى
المطلوب.
وكذا أصل البراءة مع عدم العلم إلا مع القبول والاتصال، وسائر شرائط
العقود اللازمة، لأنه لا يحتاج إلى العلم بل يكفي الظن المأخوذ من الدليل الشرعي.

- (١) في تمثيله قدس سره بأمر المؤمنين عليه السلام مناقشة واضحة لأنه عليه السلام لم يكن فقيراً بل
يروض نفسه الشريفة مع قدرته وكفاك شاهداً ما كتبه إلى عثمان بن حنيف عامه على البصرة - كما في نهج
البلاغة - وهو قوله عليه السلام: ولو شئت لاهتديت إلى مصفى هذا العسل ولباب هذا القمح، ونسائج
هذا القز ولكن هيهات أن يغلبني هواي ويقودني جشعي إلى تخير الأظعمة، ولعل بالحجارة أو اليمامة من لا طمع
له
بالقرص ولا عهد بالشعب أو أبيت مبطاناً وحولي بطون غرثي وأكباد حرى الخ. ولاحظ أيضاً المناقب لابن
شهر آشوب ج ٢ ص ٩٣ - ١٠٣ في المسابقة بالزهد والقناعة.
(٢) يعني مماطل.
(٣) لعل المراد قله المال بالنسبة إلى عبد الله بن جعفر لا الفقير الاصطلاحي شرعاً.
(٤) راجع الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الضمان.

ولا يشترط علمه بالمضمون له.
و (١) يشترط رضاه لا رضا المضمون عنه.
والضمان ناقل.
ولو أبرأ المالك، المضمون عنه لم يبرء الضامن، ولو أبرأ الضامن
برئاً معاً.

والظاهر أن ما تقدم، دليل شرعي وقد مر من المؤيدات في باب البيع أيضاً
فتأمل وتذكر، ومعلوم (٢) عدم رضا المضمون عنه لأنه أداء دين شخص لا يحتاج
إلى إذنه ورضاه، وهو ظاهر، وعليه أدلة وقد عرفت دليلاً.
وإن المضمون يكفي كونه مالا ثابتاً في الذمة فلا يشترط علم الضامن
بكميته وكيفيته، وفيما مر كفاية، فعلم الأركان الخمسة.
وقد عرفت - ما يدل على أن الضمان ناقل - من الأخبار، وقد ادعى إجماعنا
عليه في التذكرة مع عدم ظهور خلافه، فهو ثابت إلا في ضمان العهدة والأعيان كما
سيجئ فتأمل.

قوله: " ولو أبرء المالك الخ " وجه عدم براءة الضامن ببراء المالك ذمة
المضمون عنه، يعلم مما تقدم، من أنه ناقل فإبراء ذمته إبراء عما ليس في ذمته
ولا يؤثر في إبراء ذمة شخص آخر والضامن وغيره فيه سواء، نعم يتوجه ذلك بالنسبة
إلى مذهب العامة من أنه غير ناقل فكأن الأصحاب يريدون الرد على ذلك.
فاطلاق قوله: (برياً) باعتبار ضم ذمة الضامن وإلا فالمضمون عنه كان
برياً قبل إبراءه، والاطلاق حسن باعتبار دفع توهم أن للضامن أن يأخذ عنه، وأنه
قد يشغل ذمته للضامن، إذ لو أعطى الغريم أخذ منه.

(١) قدم الشارح قدس سره توضيح هذه العبارة فيما تقدم بقوله قد علمه ومعلوم عدم الخ.

(٢) يعني عدم اعتبار رضا المضمون عنه

ولو ظهر اعساره تخير في الفسخ، ولو تجدد بعد الضمان فلا فسخ.

ويجوز حالا ومؤجلا، عن حال ومؤجل

قوله: " ولو ظهر اعساره الخ " لو علم المضمون له - بعد وقوع الضمان - كون الضامن معسرا وقت الضمان بالمعنى المتقدم تخير بين فسخ الضمان فيطلب المضمون عنه، والصبر حتى يأخذ من الضامن. كأنه يكفي فيهما صدور ما يدل على ذلك، واحتمل في الأول خصوص لفظ (فسخت) ونحوه، أنه ما لم يعلم الرضا به، له الفسخ. ويحتمل الفورية خصوصا مع العلم بالمسألة. ولو عرض له (١) الاعسار بعد الضمان فلا خيار له فكلاهما واضح مما تقدم.

قوله: " ويجوز حالا الخ " الصور أربع، والظاهر جواز كلها، وأنه لا نزاع إلا في ضمان الدين المؤجل، حالا لتخيل أن الذي في ذمة المضمون عنه غير واجب حالا، فكيف يضمن عنه حالا.

وأیضا هو أصل فكيف يزيد الفرع عليه.

وأنه خلاف الأصل فيقتصر على محل اليقين.

وقد عرفت جواب الأخير، وهو العمدة، وزيادة الفرع على الأصل بالدليل، لا قصور فيه، ومعلوم أن المال واجب على المضمون عنه وذمته مشغولة به وإنما الأجل للطلب وجواز التأخير، ولهذا يجوز أدائه قبل الأجل ويجوز قبول صاحبه، بل قد يجب، فلا مانع، خصوصا إذا كان بحيث لا يلزم المضمون عنه العوض، فإنه بمنزلة أداء الدين المؤجل، وكذا إذا كان برضا الكل.

(١) في النسخ المخطوطة: وأما لو عرض الاعسار.

ويرجع الضامن على المضمون عنه بما أدى إن ضمن بإذنه،
وإلا فلا.

نعم لا يجب على المضمون عنه، العوض إلا بعد مضي ذلك الأجل فتأمل.
وقد ادعى اجماعنا في التذكرة وشرح الشرايع على الحكم المذكور في
الأقسام الأربعة.
وإذا ثبت ذلك يتفرع عليه جواز الضمان بزيادة أجل على أجل الأصل
وهو ظاهر.

قوله: " ويرجع الضامن الخ " عدم الرجوع مع عدم الإذن ظاهر وإن
أداه بإذنه، وأما الرجوع مع الإذن في الضمان - مع الإذن في الأداء وعدمه - ففيه
تأمل، إذ الإذن في الضمان والأداء لا يدل على قبول أداء العوض بشئ من
الدلالات والأصل عدمه إلا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم
الأجرة على من أمر شخصا بفعل له أجرة عادة.
ولهذا قال في التذكرة: لو قال: أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع، وكذا لو قال:
أعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر عند خوف الغرق وعدمه، إلا أن يضم إليه
ما يدل على قبول العوض مثل قوله: (عنى) في الأولين: (وعلى ضمانه) و (عوضه) في
الثالث وبهذا المقدار يلزم.

وهذا دليل على عدم اشتراط الصيغة الخاصة، والمقارنة وغيرهما فافهم.
ولي في اللزوم مع انضمام قوله: (عنى) (١) أيضا تأمل وإن قالوه إلا أن
ينضم إليه قرينة.

ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الإذن في مجرد الضمان فتأمل.
ولكن اشترط في الرجوع حضور شاهد يمكن اثبات الأداء به أو حضور

(١) يعني في قوله أعتق عبدك.

ولو دفع عروضاً (عرضاً خ) رجع بأقل الأمرين، ولو أبرأ من بعض لم يرجع به.
وإنما يصح إذا كان الحق ثابتاً في الذمة وقت الضمان،
مستقراً كان كالثمن بعد الخيار أو غيره كالثمن فيه، ولا يصح قبل الثبوت وإن آل إليه.

المضمون عنه.

ويحتمل الاكتفاء باقرار المضمون له، وعنه.
ويمكن أن يقال: الإذن في الضمان معناه لزوم العوض على الآذن للضامن بعد الأداء ففرق بين الإذن في الضمان (أو الأداء (١) مطلقاً) فإن الإذن فيه بمنزلة قوله: أده عنى بمعنى (على عوضه) فتأمل
قوله: " ولو دفع عروضاً الخ " لو دفع الضامن إلى المضمون له عوض دينه عروضاً براء الضامن ورجع في صورة، له رجوع إلى المضمون عنه بأقل الأمرين من قيمة السوقية للعروض، وما كان في ذمة المضمون عنه، لأن الضامن لا يستحق أكثر مما أدى والمضمون عنه لم يؤد أكثر ما في ذمته، ولهذا لو أبرأ الضامن عن الكل لم يأخذ منه شيئاً، ولو أبرأ عن البعض لم يأخذ إلا ما بقي.
قوله: " وإنما يصح الخ " إشارة إلى أن من شروط المضمون، هو كونه مالا ثابتاً في ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقراً وقت الضمان في ذمته كالثمن بعد مضي الخيار في ذمة المشتري أو متزلزلاً غير مستقر، مثله (٢) قبله، فلا يصح قبل الثبوت وإن كان مما يؤول إليه كمال الجعالة قبل فعل ما جعل له، وجه الكل ظاهر.

(١) قوله قده: أو الأداء مطلقاً موجود في النسخ المخطوطة دون النسخة المطبوعة.
(٢) يعني مثل الثمن قبل مضي الخيار.

ويصح ضمان مال الكتابة والنفقة الماضية، والحاضرة،
لا المستقبلية.
و ضمان الأعيان المضمونة كالغصب، والمقبوض بالسوم،
والعقد الفاسد لا الأمانة، كالوديعة.

قوله: " ويصح ضمان مال الكتابة الخ " وجه صحة الكل معلوم مما
تقدم وهو الثبوت في الذمة كوجه عدم صحة ضمان النفقة المستقبلية، وهو عدم
الثبوت مثل الجعالة قبل الفعل.
ولعله لا خلاف في الكل إلا في الكتابة المشروطة، فإن للشيخ فيها خلافاً،
نعم في نفقة الزوجة الماضية مبنية على وجوب (وجه خ) قضائها وثبوتها في الحاضرة
بطلوع الفجر بشرط التمكين وعدم النشوز، وسيأتي تحقيقه وتحقق أنها مستقرة أم لا
بل تثبت بحيث لو نشزت، له الرجوع.
وأما النفقة (١) الماضية للأقارب فلما ثبت عدم القضاء - فإنها لدفع
الاحتياج الحال والمواساة فإذا مضى، ما بقي له محل - لم يصح ضمانه.
ولو قيل بثبوت الحاضرة بمجرد طلوع الفجر كما في الزوجة، فلا يبعد صحة
الضمان ولا يبعد ثبوتها في وقت الاحتياج إليها عرفاً لأنها لدفع ذلك، فيصح
الضمان حينئذ،
فتأمل.

قوله: " و ضمان الأعيان المضمونة الخ " عطف على ضمان مال الكتابة
أي يصح ضمان الأعيان المضمونة التي يجب على القابض ردها، ولو تلفت مطلقاً
يضمن قيمتها.
قال في التذكرة: يجوز ضمان أعيانها، فإنه مال مضمون عنه فجاز الضمان
عنه، ولو ضمن قيمتها - لو تلفت - فالأقوى عندي الصحة، لأن ذلك في ذمة القابض.

(١) وأما نفقة الأقارب (في نسختين مخطوطتين).

و (يصح خ) ترامي الضمان.

وفيه تأمل لأن ضمان الأعيان المضمونة - كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم على تقدير القول به والعقد الفاسد، والمستعارة المضمونة كأحد النقدين أو المشروطة في الذمة بمعنى أن يضمن شخص وجوب (١) رد العين مع البقاء أو القيمة مع التلف (أو هما خ) كالقابض - غير ظاهر الصحة إذ الضمان على خلاف الأصل فيقتصر على محل الوفاق وتحقق المعنى المراد شرعا، وليس (٢) بمعلوماتين فيما نحن فيه، إذ الضمان عندهم ناقل، ووجوب الرد لا ينتقل، بل يجب على القابض أيضا على الظاهر، والقيمة غير ثابتة حين وجود العين، ولا معنى لضمان العين بدونها. ويحتمل الثبوت لصدق الضمان عرفا مع ثبوت شرعيته مطلقا وليس بمعلوم كون ما ذكر من لوازمه أو شرائطه، نعم غالبا إنما يكون كذلك. ولهذا قال في التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل، وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهد اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه الخ - بعد أن اختار جواز ضمان الأعيان المضمونة والعهد. وكأنه لذلك تردد البعض واستشكل فتأمل بخلاف الأمانة أي الأعيان الغير المضمونة كالوديعة، والعارية الغير المضمونة، والمضاربة، وما في يد الوكيل، وأمين الشارع، والوصي، فإنه لا يصلح ضمانها. وقد ادعى على ذلك الاجماع في التذكرة، وقد مر ما يدل عليه أيضا في الأعيان المضمونة فافهم.

قوله: " وترامي الضمان " أي يصح أن يضمن ضامن شخصا ثم ضمنه آخر، وهكذا ويسمى بالتسلسل، ويكون حكم كل لاحق مع سابقه، حكم

(١) هكذا في النسخة المطبوعة وأما النسخ المخطوطة التي عندنا فليس فيها لفظه (الوجوب) والصواب ما أثبتناه.

(٢) يعني وجوب رد العين مع البقاء أو القيمة مع التلف ليس بمعلوماتين حين الضمان إذ الضمان الخ.

ولا يفتقر إلى العلم بالكمية.
فلو ضمن ما في ذمته صح، ويلزمه ما يقوم به البينة.
لا ما يقر به المضمون عنه، أو يحلف المضمون له برد المضمون
عنه.
ولا يصح ضمان ما يشهد به عليه.

الأولين والظاهر عدم الخلاف عند الأصحاب في ذلك.
وجهه ظاهر مما تقدم، وكأنهم يريدون به الرد على بعض العامة والظاهر
أنه يجوز دوره أيضا عندهم بخلاف العامة.
قوله: " ولا يفتقر إلى العلم بالكمية " وجهه معلوم مما تقدم وهو ظاهر.
قوله: " فلو ضمن ما في ذمته الخ " تفريعه على ما تقدم ظاهر، وكذا لزوم
ما تشهد به البينة على ثبوته في ذمة المضمون عنه وحكم الحاكم به، وكأنه ترك
حكم الحاكم لظهوره، ويحتمل عدم الاحتياج وسيجيء ضابطة ما يحتاج إلى
انضمام حكم الحاكم وقد تقدم أيضا فتذكر.
ولا يلزمه ما يقر به المضمون عنه، ولا ما ثبت عليه برد اليمين، لأن الاقرار
والحلف لا يؤثر في ثبوت حق على الغير وهو ظاهر، وكأنه مجمع عليه إلا أن صرح
في عقد الضمان بذلك، فيلزم حينئذ ما يقول (١) به فقط.
قوله: " ولا يصح ضمان ما يشهد به عليه " يعني لو لم يعرف ثبوت شيء
في ذمة المضمون عنه للمضمون له وقال: ضمنت لما ثبت لك في ذمته بالشهود
ونحوه، لا يصح ذلك لعدم العلم بالثبوت حال الضمان، لأن العلم به شرط كما
يستفاد من أكثر العبارات، مثل القواعد، والتحرير، والمختلف والشرايع ويؤيده ما تقدم
والعقل أيضا.

(١) هكذا في النسخ المخطوطة ولكن في النسخة المطبوعة بالطبع الحجري (ما تقوم به).

ويلزم على ضامن عهدة الثمن، الدرك.

قال في الشرائع: لو ضمن ما يشهد به لم يصح لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان.

وقال في التحرير: ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح، لعدم ثبوته في الذمة وقت الضمان، وكذا في القواعد والمختلف.

والظاهر منها أنه يشترط العلم بوجود شيء في الجملة في الذمة، وهو ظاهر في غير ضمان العهدة، وفيه أيضا تأمل.

وقال في شرح الشرايع: إن هذا التعليل (١) لا يخلو عن قصور، لأنه يدل على أنه لو ضمن بهذه الصيغة، ما علم ثبوته وقته يصح، وأنه لو لم يعلم وضمن كل ما ثبت في ذمته وقته، لم يصح والأمر بالعكس، فإن الصحيح في التعليل أن يقال: أن هذه الصيغة أعم من أن يثبت في الذمة حين الضمان وبعده وإنما يصح أن لو ثبت حينه لا بعده، والعام لا دلالة له على الخاص (انتهى).

وأنت تعلم أن ظاهر التعليل ما تقدم.

وأن "الأمر بالعكس" غير واضح، إذ قد يكون العلم شرطا كما هو ظاهر العبارات.

وأن العام ينصرف إلى الصحيح لا غير خصوصا مع القرينة فتأمل.

قوله: "ويلزم على ضامن عهدة الثمن، الدرك" يعني لو ضمن أحد

للمشتري الخروج عن عهدة ثمنه، إذا سلمه للبائع - أي ما يلزم البائع من جهة الثمن لقصور وقع في البيع بأن علم بطلانه من أصله كخروج المبيع مستحقا لغير البائع وما رضى بالبائع على تقدير جواز الفضولي - يكون الضامن بمنزلة البائع، فكل ما يلزمه من التبعة - وهو الدرك - يكون عليه مثل رد عين الثمن ونحوه.

(١) يعني قول المحقق: لأنه لا يعلم الخ.

لعل دليhle عموم أدلة الضمان والاجماع وإن قيل أن ضمان الأعيان لا يصح لما مر مؤيدا بالضرورة.

فإنه (١) لو لم يجوز مثله لزم تعطيل بعض المعاملات، فإن كثيرا ما يحتاج الانسان إلى المعاملات مع أشخاص لا يوثق معهم من تلف الثمن على تقدير بطلانها، ويعمل المسلمون.

وأشار إليها في التذكرة قال: وهذا الضمان عندنا صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن (لي قوله): لا طباق الناس عليه في جميع الأعصار، ولأن الحاجة تمس إلى معاملة، من لا يعرف ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج بالاستحقاق.

وكأنه لذلك قال به: من قال بعدم جواز ضمان الأعيان.

ولا استبعاد في ضمان الأعيان بمعنى جواز طلب العين ممن في يده. والضامن مخير في وجوب رد العين عليهما وعوضها بعد التلف بعد الضمان.

بل لا يبعد كونه ناقلا أيضا بمعنى وجوب الرد فيطلب العين عن الضامن.

فيأخذها عن المضمون عنه ويردها إلى أهلها إن ثبت النقل بالدليل مطلقا وإلا يكون النقل مخصوصا فيما يمكن من الأموال التي في الذمة.

قال في التذكرة: ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمة المديون إلى ذمة

الضامن على ما يأتي، وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضمان والمضمون عنه أما الضامن، فللضمان، وأما المضمون عنه، فلو جود العين في يده أو تلفها فيها وفي العهدة إن شاء المشتري طالب البائع

(١) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوعة ولعل الصواب (وأنه) بالواو.

وإن شاء طالب الضامن، لأن القصد هنا بالضمان، التوثيق لا غير (١).
لعل هذا على تقدير وجود الثمن في يده وقت الضمان، لأن مع التلف
لا يحتاج إلى هذا فإنه داخل في الديون في الذمة.
ويمكن مطلقا، لما ذكره، ولأن الأصل عدم النقل فلا يتعدى إلى غير
المتيقن.

وأیضا يمكن أن يقال: مع وجود العين أيضا ناقل لوجوب الرد وإن كلف
المضمون عنه، لأن تكليفه باعتبار وجود العين عنده وتحت يده غصبا، وكأنه أخذه
من يد الضامن.

وبالجملة بالحيثيات يتغير الأمور، فمن حيث إنه ضمن منه أحد، لا يكلف
بل من جهة اليد كتعاقب الأيدي.

والحاصل أنه لا دليل على كون الضمان مطلقا ناقلا، فإن الاجماع والخبر
إنما هو في غير الأعيان، فعموم أدلة الضمان مثل، المسلمون عند شروطهم (٢) يشمل
الأعيان أيضا.

والاحتياط معه فذلك مطلقا غير بعيد كما هو مختار المصنف في سائر كتبه
فتأمل فلا يجري في المنع ما تقدم من أن نقل من مال عن ذمة إلى ذمة بريئة، خلاف
الأصل والقواعد فيختصر على المتيقن، فتأمل.

ثم إن الظاهر أنه كلما يصح ضمان العهدة للمشتري يصح للبايع أيضا بأن
خرج الثمن مستحقا، ونحوه صرح به في التذكرة، ولعل العلة مشتركة.
قال في التذكرة: ألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري:
ضمنت لك عهده أو ثمنه أو دركه أو خلصتك.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٢.

في كل موضع يبطل أصل البيع كالمستحق.
لا ما يتجدد (تجدد خ) بطلانه بنفسه لعيب وغيره.

الظاهر أن المراد (مثلا) (١) فكل لفظ يفهم منه ما يراد من ضمان العهدة،
يصح ذلك به (٢)، للمشتري أو للبايع.
قوله: " في كل موضع يبطل الخ " إشارة إلى تعيين محل ضمان العهدة،
ولما (ثبت) أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الأمر
وقت الضمان - بحيث يمكن تكليف غيره به في الجملة ولو كان ذلك بعد الضمان
لا حينه وكان الحق استحقاق المطالبة ووجوب رد العين للأصل وثبوت عدم صحة
الضمان لما لا يجب عندهم كالأبراء عما لا يجب بوجه وكأنه لا خلاف فيه، والعقل
يساعده - (لزم) (٣) أن يكون حل ضمان العهدة كل موضع يكون أصل المعاملات
كالبيع باطلا عن أصله، مثل أن يظهر أحد الأمرين مستحقاً أو ما (٤) حصل أحد
شرائط صحته.

فإذا حصل ضمان العهدة بصيغته المتقدمة مع الشرائط لزمه حكمه إذا
خرج متسحفاً أو ظهر بطلان البيع من أصله بسبب آخر سواء عين ذلك السبب
قصداً أو لفظاً أم لا، لأنه مقتضاها عندهم فيحمل عليه
ولا يلزمه شيء لو تجدد بطلان البيع بسبب متأخر أبطله حتى حصوله،
سواء كان القصد ذلك أم لا، لما تقدم من الأصل والاقتصار على موضع الوفاق
وعدم صحة ضمان ما لم يجب مثل أن فسخ المشتري البيع لعيب موجود حال البيع.
وإن استشكل هذا في التذكرة بسبب تفريط من البايع، فإنه كان يمكنه

(١) إن المذكورات في التذكرة من باب المثال لا الخصوصية فكل لفظ الخ.

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب اسقاط لفظة (به).

(٣) جواب لقوله قده: ولما ثبت الخ.

(٤) نافية.

وتلف مبيع قبل قبضه.

الإعلام وما أعلم فكأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب من الضامن لذلك. وهو أحد وجهي الشافعية، والآخر عدمه لأنه فسخ متعقب كالتقاييل. والأصل، وعدم تحققه، مع ما في ضمان العهدة يؤيد الثاني كما اختاره المصنف في المتن (١) وغيره.

ومجرد تفريطه لا يستلزم ضمانه أو يفسخ بالتقاييل أو بالخيار أو أخذ البعض بالشفعة، فإنه يطالب حينئذ الشفع بالثمن لا البايع ولا الضامن، أما البايع فظاهر وأما الضامن فإنه ضمن عهده للبايع فإذا لم يجب عليه شيء لم يجب على فرعه بالطريق الأولى قاله في التذكرة أيضا.

ولكن قال قبله - في ثبوت ضمان العهدة - : ولا فرق بين أن يخرج المبيع مغصوبا وبين أن يكون شقصا قد ثبت فيه الشفعة ببيع سابق فأخذ الشفع ذلك المبيع، ومعلوم عدم المنافاة، فلا تغفل.

وكذا لو بطل لتلف المبيع قبل قبضه فإنه لا استحقاق هنا وقت البيع حتى يجب على الضامن.

وبالجملة ضامن العهدة إنما ضمن لاستحقاق الموجود حال العقد فيوجد آثار الضمان معه، مثل رجوع المشتري إليه فيما إذا بطل البيع عن أصله، لعدم مع عدمه، فلا يرجع إلا إلى البايع لو بطل البيع بأمر حادث بعد العقد والضمان وقلنا: بأن الفسخ حينئذ يبطله لا من أصله مثل التقاييل والرد بالعيب.

والظاهر أنه لا خلاف في كون الفسخ حينئذ مبطلا عند الأصحاب في جميع ما يتعقب صحة البيع، وقد أشار إليه في موضع من التذكرة. وقال - في تلف المبيع قبل القبض - : فلو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض

(١) بقوله ره: لا ما يتجدد بطلانه بفسخ لعيب.

ولو طالب بأرش عيب سابق، رجع على الضامن.

كان هذا كله له في نفس الأمر وكان البيع صحيحا في نفس الأمر لا معنى لبطلانه من أصله، لأن البطلان في أصله معناه عدم ترتب تلك الآثار عليه وكونها لمالكه الأول.

فكونه إلى الآن - في نفس الأمر، والظاهر، وعند الله وفي حكمه (حكم الله خ) ثم العود في نفس الأمر وفي حكم الله تعالى إلى الأول في جميع الأزمنة مما لا يجتمعان على ما نفهمه

والذي نفهمه. أنه إذا قيل: إنه يبطل من أصله، إنما يكون ذلك بأن يكون صحة البيع غير معلومة، بل تكون معلقة بالبقاء إلى حين القبض فكأن البقاء إلى القبض شرط من شروط صحة العقد، وعدمه مانع، أو أن ذلك كاشف على ما يجوزونه في أمثاله، وما نفهم غير ذلك، وهو أعرف، ولكن المصنف أعلم. قوله: " ولو طالب الخ " سبب رجوعه إلى الضامن ثبوت الأرش في الذمة وقت الضمان بخلاف الثمن، فإنه إنما يثبت بعده بالفسخ الطاري كما تقدم فهو يحتاج (محتاج خ) إلى الفسخ ثم يثبت حينئذ، وهذا هو الفرق بينهما فتأمل. وفيه تردد لما تقدم، ولأن ضمان عهدة الثمن لا يشمل إلا أن يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه أم لا. ويحتمل كون هذا هو وجه تردد الشرايع حيث قال: لأن استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد.

وقال شارحه: ومحصل (١) التردد، والاشكال 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

(١) في المسالك: ومحصل الاشكال يرجع الخ.

ولو خرج بعضه مستحقا رجع على الضامن به، وعلى البايع بالباقي.

والقول قول المضمون له في عدم تقبيل الضامن.
ولو شهد للضامن، المضمون عنه قبلت مع عدم التهمة.

ذمة من أنتقل عنه المعيب مشغولة بالأرش أم لا؟ (١).
والظاهر الأول، فإن عدم ثبوت شئ مع عدم العلم بعيد إذ يلزم ذهاب مال من المشتري من غير عوض، وهو بعيد خصوصا مع علم البايع بالمعيب وكتمانه.

فالظاهر أن النقص في ذمته، ولكن لمالكه إنما يثبت المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ، وإذا فعل أحدهما يسقط، فلو علم ولم يطالب يحتمل السقوط وإن قلنا: إنه ثابت في الذمة فكونه فائدة، تحتاج إلى قيد فتأمل.

قوله: " ولو خرج الخ " وجهه واضح مما تقدم.
قوله: " والقول قول الخ " دليل القول قوله مع يمينه ظاهر، وهو أنه منكر، كأنه إنما ذكره.

لقوله: " ولو شهد للضامن الخ " يعني أنه لو شهد للضامن بتقبيله إياه، وأدائه ما ضمن تقبل شهادته مع تحقق شرائط الشهادة، منها: عدم التهمة بجر نفع مثل أن ضمن بإذنه فيه وفي الدفع فإنه حينئذ مع الدفع يرجع إليه فلا نفع له فيها فلا تهمة.

وأما التهمة بأن يكون ضامنا بغير إذنه وادعى الدفع كذلك أو مع كونه معسرا وعلم المضمون له، فإنه حينئذ يجر نفعا، بسقوط الحق عن نفسه.

(١) إلى هنا كلام المسالك ثم قال: وقد تقدم في باب السلم لهذه المسألة مزيد بحث (انتهى).

ولو كان فاسقا وحلف المضمون له أخذ من الضامن ما حلف عليه، ورجع الضامن بما أداه أولا.
ولو لم يشهد رجوع بما أداه ثانيا إن لم يزد على الأول.
ويخرج ضمان المريض من الثلث.

ولو لم يكن متصفا بشرائط الشهادة - بأن يكون فاسقا وحلف المضمون له على عدم الأداء والقبض - يأخذ من الضامن ما حلف عليه ورجع الضامن على المضمون عنه بما ادعى أدائه أولا وشهد به المضمون عنه، لا بما حلف كائنا ما كان، لاقرارهما بأن المأخوذ ثانيا بالحلف ظلم، وليس بسبب الضمان.

ولو لم يكن اعترف المضمون عنه بالأداء أولا كان الرجوع عليه مع شرائطه بما أداه ثانيا، لأنه الثابت الذي يستحق به الرجوع، ولكن بشرط أن لا يكون زائدا على الأول، لأنه لم يستحق تلك الزيادة باعترافه، لأن الضامن يقول: إن الثاني مأخوذ ظلما، وهو ظاهر.

قوله: " ويخرج الخ " يعني إذا ضمن المريض ومات في مرضه ذلك، يكون الحق المضمون معتبرا من الثلث فيصرف إلى المضمون له ما يسعه دون الزائد.

هذا (١) - مع القول بأن التبرعات من الثلث وعدم الإذن في الضمان المستلزم لعدم الرجوع، أو معه لكن ما وجد مال يمكن الاستيفاء منه مثل أن مات الأصل معسرا وعدم تجويز الورثة - ظاهر لا غير، ولعله المراد فتأمل.

(١) قوله قدس سره: (هذا) مبتدأ وخبره قوله: (ظاهر).

"المطلب الثاني في الحوالة"

"المطلب الثاني في الحوالة"

قوله: "المطلب الثاني الخ" قال في التذكرة: الحوالة (١) تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وهي عقد وضع للارفاق ينفرد (٢) بنفسه وليست (٣) بيعا عند علمائنا أجمع (إلى قوله) (٤) وهو عقد جائز بالنص والاجماع. والنص (٥)، ما روي بطريق العامة عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: مطل الغنى ظلم، وإذا اتبع على ملي فليتب (٦)، وفي لفظ آخر: وإذا أحيل على ملي فليحتل وقال (٧): معنى (اتبع) هو معنى (أحيل) قاله صاحب الصحاح. ومن طريق الخاصة رواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل على الرجل، بالدرهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه (أبداً) إلا أن يكون قد أفلس، قبل ذلك (٨).

والتعريف والروايتان يدلان على عدم اشتراط شغل ذمة المحال عليه في تحقق الحوالة كما شرطه الأكثر، وجعلت قسيمة للضمان بالمعنى الأخص بذلك الاعتبار كما مر بأن يقال: التعهد بالنفس الكفالة، وبالمال فإن كان الذي يجعله

(١) الحوالة مشتقة من تحويل الحق الخ (التذكرة).

(٢) منفردة بنفسه (التذكرة).

(٣) وليست بيعا ولا محمولة عليه عند علمائنا الخ (التذكرة).

(٤) يعني في مسألة أخرى مستقلة قال: مسألة الحوالة عقد الخ.

(٥) قوله قده: (والنص الخ) منقول من التذكرة بتقديم وتأخير.

(٦) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٤٧ باب المطل إلى قوله: (فليتب) وراجع عوالي اللآلي ج ٤ رقم ٤٥ مع ذيله.

(٧) يعني (في التذكرة).

(٨) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٨.

في العهدة - وهو الموجب للعقد، والمحول إن كان مشغول الذمة، فهو الحوالة وإلا فهو الضمان بالمعنى الأخص.

وقد يقال: إن كان المحول مشغول الذمة، فهو الحوالة، وإلا فهو الضمان، أو إن كان التحويل من ذمة المحول فهو الحوالة وإن كان إلى ذمته فهو الضمان ونحو ذلك.

ونقل في التذكرة الاجماع على اشتراط شغل ذمة المحيل كما سيجئ، وفي قوله: (١) (تحويل الحق) إشارة إليه.

والثانية (٢) تدل على أنها ناقلة وإن الغنى شرط في المحال عليه وقت الحوالة. ولا يبعد إقامة علم المحتال بالاعسار مقام الغنى كما قاله الأصحاب، وقد مر في الضمان.

وأنه لازم فقوله: (٣) (جائز) معناه عدم التحريم، ولهذا قال في التذكرة: الحوالة عقد لازم فلا بد فيها من ايجاب وقبول كغيرها من العقود، والايجاب كل لفظ يدل على النقل (والتحويل - كره) مثل أحلتك وقبلتك واتبعتك، والقبول ما يدل على الرضا نحو رضيت وقبلت، ولا تقع معلقة بوصف ولا شرط، بل (٤) لا بد من كونها منجزة لأصالة البراءة وعدم الانتقال ولا يدخلها خيار المجلس لأنه مخصوص (٥) بالبيع، والحق (٦) جواز خيار الشرط لقولهم عليهم السلام: كل شرط

(١) يعني قوله العلامة في التذكرة - كما تقدم.

(٢) يعني رواية منصور بن حازم.

(٣) يعني العلامة في التذكرة كما تقدم نقله.

(٤) في التذكرة: بل من شرطها التنجيز فلو قال: إذا جاء رأس الشهر أو أن قدم زيد فقد أحلتك عليه لم يصح لأصالة الخ.

(٥) في التذكرة: لأنه مختص بالبيع وليست يباعا عندنا.

(٦) في التذكرة: وهل يدخلها خيار الشرط؟ منع منه أكثر العامة والحق جواز دخوله لقولهم الخ.

لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز (١) (٢).
دليل كونها لازمة مثل أوفوا بالعقود (٣)، والمسلمون عند شروطهم (٤).
وأما اشتراط الإيجاب والقبول، فدليله غير ظاهر، ومجرد كونها عقدا لازما
لا يستلزمه، وهو ظاهر، وعموم أدلة جوازها يفيد عدم الاشتراط.
ويؤيده الأصل، وكونها شرعت للارفاق فيناسبها المساهلة والمسامحة، وما
تقدم في الضمان وهو ظاهر من الروايتين.
وأياضا الظاهر جواز المعاطاة بالطريق الأولي.
وبالحملة، الظاهر عدم الاشتراط إلا أن يكون مجمعا عليه.
وكذا الكلام في عدم جوازها معلقة ويؤيد العدم، المسلمون عند شروطهم.
وهو دليل دخول خيار الشرط فيها مع ما ذكره، وهو مؤيد لعدم اشتراط
التنجز.
واعلم أن المصنف حذف - قيد شغل ذمة المحال عليه - من التعريف، لأنه
يقول بعدم اشتراطه كما سيجيء، فلا يحتاج إلى العذر بأنه عرف المشهور أو المجمع
عليه - كما احتاج إليه صاحب الشرايع.
ولا يرد عليه ما هو أصعب منه، وهو أنه يصدق على الضمان بالمعنى
الأخص، إذ المراد كما هو الظاهر، التحويل عن ذمة المحول الذي هو المحيل.
على أنه ليس بأصعب، لأن التعريف بالأعم جائز عند المتقدمين بخلاف
الأخص فإنه غير جائز عند أحد.

-
- (١) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٢) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار من كتاب التجارة ج ١٢ ص ٣٢٥ وباب ٢٠. باب ٢٩
و ٣٦ و ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ من أبواب المهور ج ١٥.
(٣) المائدة - ١.
(٤) عوالي اللآلي ج ٢ ص ٢٥٨ رقم ٨ وغيره من المواضع الكثيرة.

ويشترط رضا الثلاثة.

فقول شارح الشرايع: (حذف العلامة ألقى محاولا لادخال ذلك الفرد،
فوقع فيا هو أصعب منه) محل التأمل.

هذا في بيان ماهيتها.

وأما شروطها فهي أربعة (الأول) رضا الثلاثة (١).

ودليل ما نقل في التذكرة من اجماعنا على اشتراط رضا هم جميعا.
وجعل دليلا على كماليتهم، فإن الرضا بدون الكمال لا اعتبار به ويكفي
رضا المحال عليه مقدما ومؤخرا.

وبالجملة لا نزاع في رضا المحيل والمحتال، لأنهما طرفا العقد بالاجماع وأما
المحال عليه فمعلوم أيضا اشتراط رضاه إذا لم يكن مشغول الذمة، وأما معه فقد نازع
فيه في شرح الشرايع مع نقله الاجماع عن الشيخ وعدم نقل الخلاف محتجا بأنها
كالوكالة (وكالة خ) وبيع ما في ذمته.

والفرق بين الوكالة والبيع والحوالة واضح، وعلى تقدير عدمه فيحتمل كون
الفارق هو الاجماع.

وبالجملة الاجماع المنقول عن الشيخ والمفهوم من التذكرة حيث قال:
وأصحابنا شرطوا رضا الثلاثة، وفي موضع آخر: (ويشترط عندنا رضا المحال عليه
ثم نقل الخلاف عن بعض العامة فقط مع عدم ظهور الخلاف والأصل
والاستصحاب وكونها على خلافه فيختصر على محل الوفاق واليقين والتفاوت بين
الناس في المعاملات، يدفع النزاع (٢).

والبحث في جواز صدورها عن المميز والسفيه بإذن الولي، كما تقدم.

(١) المحيل، والمحال له، والمحال عليه.

(٢) قوله قده: يدفع خبر لقوله: الاجماع المنقول.

وملائمة المحال عليه، أو علم المحتال بالاعسار.
والعلم بالمال وثبوته في ذمة المحيل.

(الثاني) ملائمة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره.
ودليله أيضا، الاجماع المفهوم من التذكرة، ورواية المنصور المتقدمة (١)،
قال في التذكرة وهي نص في الباب ثم قال:
ولا يشترط استمرار الملائمة، بل لو كان المحال عليه مليا وقت الحوالة
ورضي المحتال ثم تجدد اعسار المحال عليه بالمال بعد الحوالة، يكره للمحتال الرجوع
على المحيل الخ. بل (٢) لو كان معسرا ورضي به ومات معسار في الحالين ضاع ماله
وليس له رجوع على المحيل لما ثبت باجماعنا أن الحوالة الصحيحة ناقلة كالضمان.
(الثالث) ثبوت المال في ذمة المحيل للمحتال والعلم بتعيينه للثلاثة، ونقل
على الثبوت، الاجماع، فإنه لو لم يكن المحيل مشغول الذمة لم تصح الحوالة ولم
تتحقق، بل لو أحال على شخص حينئذ، فإن كان غير مشغول الذمة، فحاصله
وكالة بصيغة الحوالة وهي جائزة بكل لفظ للقرض منه، وإن كان مشغولا فوكالة في
الاستيفاء.

وأما العلم به، فهو ليعلم ما يعطي وما يؤخذ.
وفي التعيين تأمل يعلم مما تقدم في الضمان، ولعله لا خلاف في الاشتراط
هنا.

وترك المصنف هنا الشرط الرابع، وهو كمال الثلاثة، لظهوره وذكره في
أمثاله.

(١) تقدم آنفا موضعها.
(٢) من قوله قده: (بل لو كان معسرا (إلى قوله) كالضمان منقول بالمعنى، إذ لم نجد هذه العبارة في
التذكرة فراجع وتبع.

ولا يجب قبولها على الملي.
وهي ناقلة ويبرأ بها المحيل وإن لم يبرئه المحتال.

قوله: " ولا يجب الخ " يعني لا يجب قبول الحوالة على المحتال وإن أحاله على غني باذل، لما تقدم من شرط الرضا، لعدم انتقال حق شخص عن ذمة إلى أخرى إلا برضاه، ودليله (١).
قوله: " وهي ناقلة الخ " وقد مر، وهو أنه مجمع عليها وقد نقل ذلك في التذكرة في مواضع ولازم النقل براءة المحيل وإن لم يبرئه المحتال.
ونقل عن الشيخ (٢) قولاً بعدمها لحسنة زرارة - لإبراهيم - (٣) - الصريحة في أنه لا يبرء إلا ببراء المحتال.
ولما كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع بأنها ناقلة - وهي مستلزمة للبراءة - مع مخالفتها لبعض الأخرى، مثل رواية منصور (٤)، ورواية عقبة بن جعفر (٥) صريحة في عدم الرجوع بعد الرضا، فلا بد من تأويلها إما على عدم الرضا بالحوالة، أو عدم العلم بالاعسار ونحوه وإن كان بعيداً.

- (١) قوله: " ودليله " مبتدأ وخبره قوله وهي ناقلة.
(٢) قال الشيخ ره في باب الكفالات والضمانات والحوالات ص ٣١٦ من النهاية: ما لفظه: ومتى لم يبرء المجال له بالمال، المحيل في حال ما يحيله كان له أيضاً الرجوع عليه أي وقت شاء (انتهى).
(٣) في الكافي: على إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل (الحلبي ي)، عن زرارة، عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك؟ فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه وإن لم يبرئه فله يرجع الذي أحاله - الوسائل باب ١١ حديث ٢ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٨.
(٤) راجع الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الضمان.
(٥) في التهذيب: الحسن بن محمد بن سماعة، عن عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا - الوسائل باب ١١ حديث ٤ من كتاب الضمان ج ٣ ص ١٥٨.

ولا يشترط سبق شغل ذمة المحال عليه.
ولو أحاله علي فقير ورضي عالما لزم، وكذا علي ملي ثم افتقر.
ويصح ترامي أحوالات ودورها.
ولو أدى المحال عليه ثم طالب المحيل فادعى شغل ذمته،
فالقول قول المحال عليه.

قوله: " ولا يشترط سبق شغل ذمة المحال عليه " إشارة إلى رد الشرط
الخامس الذي شرطه البعض كما أشير إليه، والظاهر عدمه لما تقدم مع عدم دليل
واضح عليه.

قوله: " ولو أحاله علي فقير الخ " قد مر وجهه وهو ظاهر.
قوله: " ويصح ترامي الحوالة ودورها " وجه صحة ترامي الحوالة إلى
غاية، ودورها عموم أدلة الحوالة مع عدم المانع، وكذا الضمان وإن استشكل في
التذكرة.

قوله: " ولو أدى المحال عليه الخ " وجه كون القول قول المحال عليه مع
يمينه - إذ أدى ما أحيل عليه ثم طالب المحيل بما أداه فإنها كانت بإذنه فادعى المحيل
شغل ذمة المحال عليه، وأن الحوالة إنما كانت بما عليه فلا يستحق الرجوع - ظاهر،
لأن الأصل براءة الذمة وعدم الشغل وأنه منكر والحوالة جارية في المشغول وغيره.
نعم قد يشكل ذلك إذا قيل: الحوالة إنما تكون مع الشغل والفرض اتفاقها
بوقوع الحوالة ولا يبعد حينئذ أيضا كون القول قوله، لما مر واحتمال اطلاق الحوالة
ولو مجازا مع عدم الشغل.

إلا أن يقال: بعدم الضمان بلفظ الحوالة في هذه الصورة أو مطلقا فقوله
مستلزم للبطلان، والأصل الصحة فيقدم قول المحيل.
فتأمل فيه فإن الظاهر تقديم قول المحال عليه مطلقا لأنه أدى ما على المحيل

وتصح الحوالة بمال الكتابة بعد الحلول وقبله كالمؤجل.
ولو أحال المشتري، البائع بالثمن ثم رد بالعيب بطلت على
إشكال، فإن كان قبض استعاده المشتري من البائع وبرئ المحال عليه.

بإذنه فيرجع إليه كما في غيره فتأمل.

قوله: "وتصح الحوالة الخ" لا مانع منه كما في سائر الديون وقد مر جواز
ضمانه أيضا.

قوله: "ولو أحال المشتري الخ" وجه الاشكال في بطلان الحوالة مع
بطلان البيع، أن كل واحد منهما عقد برأسه، ويكفي في الحوالة صحة البيع وقت
الحوالة، لثبوت شغل ذمة المحيل الذي هو شرط صحتها ولا يضره بطلان البيع بعده
بالرد بالعيب فإنه فسخ طار.

وأنها فرع البيع وشغل ذمة المحيل، فإذا بطل الأصل وحصل البراءة تبطل الحوالة.
والظاهر أن بقائها تابع لبقاء أصلها وهو البيع وإلا يلزم عدم الرجوع إلى
المحتال، ولا المحال عليه، ولا يرجع هو أيضا على المحتال فيذهب بمال المحيل مع عدم
بقاء استحقاقه، وهو ظاهر البطلان ولعل دليل الثاني أقوى.
ثم إن كان المحتال الذي هو البائع أخذ ما أحيل به استعاده المشتري منه،
لأنه حقه وبرئ حينئذ المحال عليه فما لم يأخذه المحيل منه لم يبرء المحال عليه لفساد
الحوالة.

ويمكن الفرق بين أخذه قبل بطلان البيع وبعده وهو ظاهر فتأمل.

ويمكن أيضا أن لا يكون للمحيل استحقاق الأخذ من البائع لبطلان
الحوالة فيكون الطلب للمحال عليه.

وهذا أيضا غير بعيد على تقدير الأخذ بعد البطلان فيمكن عدم البراءة
وعدم جواز الأخذ (أخذه خ) منه على تقدير أخذه بعد البطلان، ولا يبرء بعده أيضا،
بل يبقى المحال عليه مشغول الذمة للمحيل وهو مشغول الذمة للبائع، والبائع مشغول
الذمة للمحال عليه.

ولو أحال البايع بالثمن ثم فسخ المشتري لم تبطل.
ولو بطل أصل العقد بطلت فيهما.

ولعل المتن محمول على الأخذ قبل بطلان البيع بالرد بالعيب فتأمل ولا فرق في الرد بالعيب وغيره مما لا يبطل البيع من أصله بل من حينه. قوله: " ولو أحال البايع بالثمن الخ " وجه عدم بطلان حوالة البايع، الأجنبي، على المشتري بثمان مبيعه - مع فسخ المشتري البيع بالعيب - أنه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه، فعلى تقدير بطلان البيع حينئذ لا يضر ويكون هو برئ الذمة ويصير من صور البرئ من حين البطلان مع صحتها إلى حين بطلان البيع فلا يحتاج إلى بقاء شغل الذمة.

نعم قد يقال: إنما أحال هنا باعتبار شغل ذمة المحال عليه فكأنه شرط هنا وإن لم يكن شرطاً في الأصل فيجئ فيه الاشكال المتقدم كما يجيئ على تقدير القول بالاشتراط وهو ظاهر.

ولعل الفرق أنها في الأولي متعلقة بالمتبايعين وفي الثانية بالبايع والأجنبي، فإنهما المتعاقدان، ويفهم ذلك من الشرايع، وقد نقل في شرحه الاجماع عن الشيخ في الصحة هنا، فتأمل.

قوله: " ولو بطل أصل العقد الخ " وجه بطلان الحوالة حينئذ - على تقدير بطلان البيع من رأسه في الأول - ظاهر، وفي الثاني أيضاً وإن لم يكن الشغل شرطاً، لأنه إنما أحال على الثمن الذي في ذمته باعتقاد ذلك حين عقد الحوالة وحينئذ لا شغل فوق الحوالة على مال باعتقاد استحقاقه مع عدمه بخلاف صورة طريان الفسخ على البيع والحوالة، فإن الشغل ثابت حين العقد وذلك كاف، والدوام لا يشترط، وهذا هو الفرق بين الصورتين فتأمل فيه.

ثم اعلم أنه قال في التذكرة: ومن المشاهير بين الفقهاء اشتراط تساوي الذمتين جنساً ووصفاً وقدرًا، فلو كان له دنائير على شخص فأحاله بدراهم لم يصح

"المطلب الثالث في الكفالة"
وهي التعهد بالنفس ممن له حق.

لثلا يلزم التسلط على المحال عليه بما لا يستحق وأما قدرا فلا يجوز التفاوت بمعنى الحوالة بالزائد على الناقص، وكذا العكس، ومع التفاوت يجوز بالمساوي، وأما الأجل فيجوز الحال بالحال والمؤجل بمثله وبالحال، والأبعد بالأنقص لا العكس، لأنه تأجيل حال، نعم لو شرط في الحوالة في الحالين عدم القبض إلا بعد أشهر مثلا يجوز لدليل وجوب العمل بالشرط.

هذا كله في التذكرة معنى، وبعضه غير واضح، مثل منع العكس مع تجويز شرط الأجل في الحال، وهو تأجيل الحال.

على أنا ما نعرف سبب منع ذلك إذا كان بالرضا فيما نحن فيه.

وأیضا غير ظاهر اشتراط التساوي جنسا إلا أن يكون مجمعا عليه، إذ قد يجوز ذلك أيضا بالرضا، فإنه إذا رضي المحتال أن يأخذ من المحال عليه عوض ماله على المحيل غير جنسه الذي له عليه أو يعطي المحال عليه عوض ما عليه للمحيل الجنس الذي له عليه مع مخالفته لما عليه، ما نجد (١) مانعا من ذلك ولا تسلط، ولا جبر على المحال عليه، ولا على غيره.

فلعل مقصودهم غير ما صورناه، وكأنه يشعر به دليلهم.

ويعلم من ذلك عدم اشتراط كون الحق مثليا، بل يجوز كونه قيميا أيضا خلافا للشيخ على ما نقل في شرح الشرايع.

"المطلب الثالث في الكفالة"

قوله: "المطلب الثالث الخ" عقدها عقد شرع للتعهد بنفس من عليه

(١) جواب لقوله قده: إذا رضي المحتال الخ.

ويشترط رضا الكفيل والمكفول له.

مال لمن عليه.

دليل مشروعيته الاجماع المنقول في التذكرة وبعض الأخبار.
قال في التذكرة: لا بد فيه (١) من صيغة دالة على الايجاب والقبول فيقول
الكفيل: كفلت لك بدن فلان، أو أنا كفيل باحضاره، أو كفيل به، أو بنفسه، أو
ببدنه، أو بوجهه، أو برأسه، لأن ذلك معبر به عن الجملة.
ثم قال: والوجه (٢) عندي جواز الكفالة بالرأس، والكبد، وسائر الأعضاء
التي لا يمكن الحياة بدونها، لأنه يمكن الاحضار الشخص ولا يمكن بدونه
فيصرف إليه ولم يجوزه بعض الأصحاب.
والتفصيل بالقصد وعدمه غير بعيد فتأمل للأصل، ودليل الحوالة.
والبحث في اشتراط الصيغة والمقارنة كما تقدم في الضمان والحوالة.
قوله: " ويشترط رضا الكفيل والمكفول له " دليل اشتراط رضا
الكفيل، ظاهر مع أنه نقل في التذكرة الاجماع على ذلك وعدم الخلاف لأحد.
وكذا المكفول له إلا أنه خالف فيه أحمد، وهو غير مسموع، لأنه مخالف
للاجماع والعقل، فإن الحق له، وهو طرف العقد فكيف يصح بدون رضاه.
وأما المكفول فلا يشترط رضاه، قال في التذكرة: تصح الكفالة وإن
كرهها المكفول عند علمائنا (أجمع خ).
ولكن نقل عن الشيخ قولاً بالاشتراط واختاره (٣) هنا وفي ير.

(١) في التذكرة: لا بد في العقد من صيغة الخ.

(٢) الظاهر أنه نقل بالمعنى وعبارة التذكرة هكذا: ولو كفل رأسه أو كبده أو عضوا لا يبقى الحياة بدونه
أو بجزء شايع فيه كثلثه أو ربه، قال بعض علمائنا: لا يصح، إذ لا يمكن احضار ما شرط مجرداً ولا يسري العقد
إلى
الجملة وقال فيه بعض الشافعية: تصح الكفالة، لأنه لا يمكن احضار ذلك المكفل إلا باحضار كله وهو الوجه
عندي (انتهى).

(٣) إن عاد ضمير الفاعل في قوله قده: (اختاره) إلى المصنف فغير موافق للنسخ التي عندنا من الارشاد
مطبوعة ومخطوطة فإنه ذكر اشتراط رضا الكفيل والمكفول له من غير تعرض لرضا المكفول نفيًا وإثباتًا.
ومع ذلك ففي العبارة اغلاق واجمال فإن العلامة ره في التذكرة لم ينقل عن الشيخ قولاً بالاشتراط بل
نقله عنه في التحرير قال في باب الكفالة من التحرير ص ٢٢٤: ما لفظة (ح) يعتبر في الكفالة رضا الكفيل
والمكفول له ولا عبرة برضا المكفول وفي المبسوط: يعتبر رضاه. اختاره ابن إدريس وفيه قوة (انتهى).
ويؤيده أن النسخ التي عندنا من المخطوطة والمطبوعة ضبطوا (ير) بالياء لا (ئر) بالهمزة فوقها كي أريد
منها السرائر وإن كان يؤيده ما في المسالك حيث قال: واشترط الشيخ وابن إدريس في السرائر رضا المكفول
أيضاً لأنه إذا لم يرض الكفالة لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته لأنه كفالة
بغير المقدور عليه، وفيه نظر (انتهى).

ففي المبسوط: إذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل عليه مال أو يدعي مالا ففي الناس من قال يصح ضمانه
ومنهم من قال: لا يصح والأول أقوى (إلى أن قال) إلا أنها لا يصح إلا بإذن من يكفل عنه (انتهى).
وفي السرائر: كفالة الأبدان عندنا تصح إلا أنها لا تصح إلا بإذن من يكفل عنه (انتهى).

وتعيين المكفول، فلو كفل أحدهما أو واحدا منهما، فإن لم يحصره فالآخر بطلت.

والظاهر عدم لزوم شيء على المكفول إن لم يحضره إذا كان بغير إذنه وأخذ منه ما عليه.

وأما إذا كان بإذنه وتعذر الاحضار وحبس وضيق فأدى بغير إذنه، فيمكن أن يكون له الرجوع لا بدون الحبس قاله في التذكرة ويحتمل مع عدمه أيضا. وأما إذا كان إذن في الأداء فيرجع مطلقا قاله في التذكرة، لأنها كالإذن للأجنبي بأداء دينه فإنه يلزمه، سواء شرط الرجوع أم لا، ولكن قال في عدم الشرط: على الخلاف.

وقد مر تحقيقه، وأنه لو كان عرف أو قرينة يلزم، وإلا فلا فإن الإذن أهم. قوله: "وتعيين المكفول الخ" دليله غير واضح قاله في التذكرة ونقله عن الشافعي، قال: يشترط في المكفول التعيين، فلو قال: كفلت أحد هذين أو كفلت زيدا أو عمرو لا يصح لأنه لم يلزم باحضار أحدهما بعينه، وكذا لو قال: كفلت لك ببدن زيد على أنني إن جئت به وإلا فأنا كفيل بعمرو لم يصح وكذا لو قال: إن جاء زيد فأنا كفيل به أو ان طلعت الشمس، وبذلك كله قال الشافعي، ولو قال: أنا أحضره أو أودي ما عليه لم يكن كفالة.

لعل دليل الكل أنها على خلاف الأصل فيقتصر على محل اليقين. والذي يظهر، جواز ذلك أن كان المراد فيهم كلهم غرماء للمكفول له، ولا يمنع عدم الالتزام باحضار واحد بعينه. وكذا عدم التنجيز، فيمكن صحة المعلق بعد وقوع المعلق عليه لعموم أدلة صحتها خصوصا المسلمون عند شروطهم الثابتة بالرواية الصحيحة (١) والقول به

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١ و ٢ من أبواب الخيار من كتاب التجارة ج ١٢ ص ٣٥٣.

والتعبير في الكفالة بما يدل على الجملة كالرأس، والبدن،
والوجه دون اليد والرجل.
وتصح حالة ومؤجلة.

للعامة والخاصة.

وأیضا الزامه أما بالاحضار أو الأداء في قوله (لو قال خ ل): (أنا أحضره
الخ) لما تقدم لعل في قوله (١): (لم يكن كفالة) إشارة إلى صحة ما ذكره والالزام
بأحد الأمرين إلا أنه ليس بكفالة فتأمل.

قوله: " والتعبير في الكفالة الخ " قد مر عن قريب تحقيقه ولكن يزيد
هنا أن الشهيد الثاني قال: القول بعدم الصحة في مثل الوجه والرأس والكبد لأصل
البراءة وكون الأحكام متلقاة عن الشارع، ومجرد الصدق العرفي في الأولين، وعدم
الحياة والاحضار إلا بالكل في الثاني، لا يكفي لأنهما قد يطلقان على العضو أيضا
ويصح اطلاقه مجازا في الثاني.

وفيه تأمل، لأن المتلقاة صحة الكفالة مجملة بحيث يصدق عليه لا صيغتها
فكل لفظ دال عليها - ولو بقرينة العرف وعدم امكان احضار العضو - يصلح لها،
فيكون المقصود، الكل خصوصا إذا عرفه المتكلم والمنخاطب وصرحا به فلا مانع، بل
الظاهر الصحة كما هو مختار الأكثر لحمل كلام العاقل على الممكن دون اللغو سيما
مع تسليمه فتأمل.

قوله: " وتصح حالة ومؤجلة " الأصل وعموم أدلة الكفالة دليله.
والظاهر أن لا خلاف في المؤجل، ونقد نقل قولنا عن الشيخ في التذكرة
باشترط الأجل في الكفالة والضمان وليس بواضح والشهرة تؤيده.

(١) يعني العلامة في التذكرة.

وترامي الكفالات.
والاطلاق يقتضي التعجيل.
ويشترط ضبط الأجل.
فإن سلمه الكفيل بعده تاما برئ، وإلا حبسه حتى يحضره أو
يؤدي ما عليه.

قوله: " وترامي الكفالات " وجه صحة كفالة الكفيل وهكذا، ظاهر
كما في المضان والحوالة لأن الكفالة تقتضي حق الاحضار، وهو ثابت للثاني
والثالث وهكذا، ولا معنى لدورها، هنا، ولهذا تركه.
قوله: " والاطلاق يقتضي التعجيل " وجهه أنه ينصرف إلى أنه كفيل
الآن، لأنه مقتضى الكلام عرفا وهو المتبادر عند الاطلاق، ولعله لا نزاع فيه كما في
سائر العقود.

قوله: " ويشترط ضبط الأجل " هذا هو الجمع عليه عند أصحابنا،
ومستندهم الغرر الحاصل في المجهول مطلقا وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة
والنقصان مثل ادراك الغلات ومجيئ القوافل.
قوله: " فإن سلمه الكفيل الخ " يعني لو سلم الكفيل، المكفول إلى
المكفول له في موضع التسليم وزمانه تسليما تاما - بأن أحضره عنده ولا مانع من
تسلمه من كونه قويا في ذلك الوقت وكون المكفول له ضعيفا لا يقدر عليه أو كونه
في يده ظالم لا يمكنه من أخذ الحق بخلاف ما إذا كان محبوسا عند الحاكم فإنه
لا يمنع ذلك وهو ظاهر وصرح به في التذكرة - برئ (١) الكفيل وهو ظاهر، لأنه أتى
بما وجب عليه وإن لم يتسلمه صاحب الحق.
والظاهر عدم وجوب رده إلى الحاكم، بل ولا الشهود إلا أن يريد الاثبات

(١) جواب لقوله قده: لو سلم الكفيل.

واسقاط مطالبته مرة ثانية بحسب ظاهر الشرع وظلما في نفس الأمر.
والظاهر أنه لو سلم نفسه أو سلمه غير الكفيل في موضع التسليم عنه،
الحكم، كذلك.

بل لا يبعد ذلك لو سلمه لاعنه أيضا وإن منعه في التذكرة حينئذ فتأمل.
ويحتمل أنه لو لم يسلمه وأدى ما عليه وما يطلبه المكفول له عنه مع امكانه
وجوازه - مثل كون ما عليه مالا لا قصاصا مثلا -، براء أيضا ويجب عليه قبوله، وهو
بمنزلة أداء المالك، لأن الغرض حاصل.

ولا يسمع بعض المناقشات، مثل ما إذا أدى دين الغريم، أجنبي.
نعم إن قيل هناك بعدم الوجوب يمكن هنا أيضا ذلك وإن كان معه أيضا
احتمال الوجوب أقوى هنا لأنه يريد الخلاص من الكفالة.
وأیضا قد يتعذر ذلك عليه. وأيضا قد يكون تخيل أولا ذلك ورضي فالزامه بالاحضار
تكليف وضرر
فتأمل.

ويؤيده أنه إذا امتنع من الاحضار لا يجسه إلى الاحضار، بل إليه أو إلى
أن يؤديه الحق المطلوب كما أشار إليه بقوله: (وإلا حبسه الخ) قال في شرح
الشرايع: وهذا مذهب جماعة وذهب جماعة أخرى، منهم العلامة في التذكرة إلى
عدم وجوب قبوله فله أن لا يرضي بالحق بل يطلب الغريم، إذ قد يكون له غرض
لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم بخصوصه، فإن الأغراض قد تتفاوت، إذ قد
يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف أنه إن ظهر مستحقا لا يقدر على أخذ بدله
منه (١)، ولأنه مقتضى الشرط.

(١) إلى هنا نقل بالمعنى من المسالك مع اختلاف فراجع المسالك ج ١ ص ٢٦٣.

ولو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا، لزمه
الاحضار خاصة، ولو قال: علي كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب المال.

فليس ببعيد مختار التذكرة وشرح الشرايع لما تقدم.
ومنه يعلم أيضا عدم وجوب قبول الحق من غير من عليه إلا أن يعلم أن
ليس الغرض إلا اللجاج فتأمل.
ويؤيد الأول أن الظاهر أن مقتضاها لزوم المال إن لم يحضره كما ذكر في
التذكرة عن أبي حنيفة، وما رده وذكر في شرح الشرايع أيضا إلا أن يمنع ذلك
أيضا.
ومنه يعلم أن ليس له طلب المال بعد احضار الغريم بعينه ولا يلزم الكفيل
المال فتأمل.
والظاهر أن الحبس، إلى الحاكم فهو يحبسه إلى أن يحصل ما يقتضي
مذهبه.

قوله: " ولو قال: إن لم أحضره الخ " دليل هذه المسألة على الاجمال
روايتنا أبي العباس الفضل بن عبد الملك البقباق عن الصادق عليه السلام قال:
سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا
درهما؟ قال: إن جاء به إلى الأجل (أجل خ) فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه
أبدا إلا أن يبدأ بالدراهم فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن أن لم يأت به إلى الأجل
الذي أجله (١).

وعن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: رجل كفل لرجل بنفس رجل
فقال: إن جئت به، وإلا فعلى خمسمائة درهم؟ قال: عليه نفسه، ولا عليه شيء من
الدراهم، فلو (فإن خ) قال: علي خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه فقال: يلزمه

(١) أورده والذي بعده في الوسائل باب ١٠ حديث ٢ و ١ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٧.

الدراهم إن لم يدفعه إليه.
وفي أصل المسألة ودليلها تأمل، لأنه يعلم أيضا كون مجرد قوله: (إن لم أحضره الخ) صيغة الكفالة و (على كذا الخ) صيغة الضمان وجواز التعليق فيهما مع اشتراطهم الصيغة الخاصة والمقارنة وعدم التعليق.
ففيه دلالة على ما ذكرناه من احتمال عدم اشتراط الصيغة الخاصة والمقارنة على الوجه الذي ذكره في العقود اللازمة وعدم جواز التعليق فتأمل.
وللفرق (١) بين الكلامين بمجرد التقديم والتأخير وهو غير واضح، بل الواضح الحكم بضمان المال في الصورتين إلا أنه قدم في الثانية ما يدل على الجزاء، والجزاء بنفسه إن جوزنا تقديمه وأخره في الأولى.
لأنه قد ثبت عند بعض المحققين من أهل العربية أن الحكم في الشرطية في الجزاء، والشرط قيد له وظرف ولا حكم بينهما في الحقيقة، وعلى تقدير وجوده بينهما أيضا لا يتفاوت بالتقديم والتأخير وهو ظاهر.
على أن الدليل لا ينطبق على المطلوب لأن ظاهر الدليل وقوع الكفالة بالنفس في الصورتين، وظاهر المتن خلاف.
ويمكن دفعه بأن المراد بيان الكفالة بما ذكره لا وجودها بغيره قبله ويؤيده قوله: (إلا أن يبدأ بالدراهم) فهذا إشارة إلى أن في الأولى كفالة النفس، وفي الثانية كفالة المال وهو ضمانه، وكذا في الرواية الثانية.
ولأن ظاهرها يدل على الأجل، وأن تعين الاحضار في الأولى ظاهر، والمال في الثانية مشروط بعدم الاتيان (بالمال خ) وبالاحضار، والمسألة في المتن

(١) عطف على قوله قده: وفي أصل المسألة ودليلها تأمل ولكن في بعض النسخ المخطوطة هكذا: والفرق بين الكلامين بمجرد التقديم والتأخير غير واضح.

خالية عنهما، بل (في خ) مفهوم الأولى أنه إن لم يأت به إلى الأجل، يلزمه المال في الصورة الأولى وليس فيها تعيين (تعين خ) الاحضار، بل ظاهرها تعيين المال أيضا، ولا في الصورة الثانية أيضا تعيين (تعين خ) المال، بل ظاهرها لزوم المال، فإن لم يأت به في الأجل يضمن المال.

ولأن كون المال المذكور في الرواية لا يظهر كونه هو الحق المضمون خصوصا الرواية الثانية وإن كان ظاهر المتن أيضا كذلك إلا أن الظاهر أن المراد ذلك فالحكم المذكور لا يخلو عن اشكال كمضمون الروايتين.

والظاهر أنهما غير مجمع عليهما، ولهذا نقل عن المصنف وحده في شرح الشرايع أربعة أقوال، وعن غيره أيضا بعض الأقوال، ولكن بتغيير ما بحيث ما علم الحكم بفساد الحكم بالكلية.

وسندهما أيضا غير صحيح ولا حسن، بل موثق الأولي (١) لداود بن الحصين فإنه قال النجاشي: ثقة، وقال الشيخ في كتاب رجاله: واقفي، فهو واقفي ثقة.

والثانية لحسن بن محمد بن سماعة، قالوا: إنه واقفي ثقة وإن كان فيه أبان (٢) أيضا ولكن قيل: هو - ممن أجمعت عليه، وغير واضح كونه ناووسيا، بل قيل كان ناووسيا، وفي كتاب الكشي الذي عندي: قيل: كان قادسيا أي من القادسية فكأنه تصحيف وبالجملة وهو لا بأس به، وأحسن من الحسن.

(١) سندها هكذا - في التهذيب - أحمد بن محمد، عن ابن أبي نصر، عن داود بن الحصين، عن أبي العباس.

(٢) وسندها كما في الكافي باب الكفالة الخ هكذا: حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد الكندي، عن أحمد بن الحسن الميثمي، عن أبان بن عثمان، عن أبي العباس. يعني بالكندي ابن سماعة الكندي كما صرح به النجاشي.

فقول شارح الشرايع: وفي رواية أخرى في طريقها أبان بن عثمان - بعد ذكر الرواية الأولى - محل التأمل، وكذا قوله: بقي الكلام في المستند فإن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما.

فإنه لا جهالة ولا ضعف فإنه لا قصور في سندهما إلا ما أشرنا إليه من القول في داود: إنه واقفي، مع قول النجاشي إنه ثقة والقول في الحسن (١)، مع قول الشيخ في الفهرست: إنه جيد التصانيف نقي الفقه حسن الانتقاد، وأبان، مع أنه ممن أجمعت، وكثيرا ما يسمى خبره صحيحا.

والروايتان بالحقيقة واحدة لأن الراوي هو أبو العباس.

فلا يبعد تركهما وترك ما قيل فيهما، والقول بمقتضى القوانين بأن يقال: فإن كان التعليق مطلقا مبطلا للكفالة والضمان فالمسألتان باطلتان لذلك إلا أن أوقع صيغتها قبل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم ببطلان الشرطيين (فيحكم خ) بالحكم المقرر فيهما.

وإن جوز مطلقا أو بخصوصهما لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي: أن يكون الحكم في الصورتين بالزام الحق المضمون وضمانه إن لم يحضره في الأجل ولا يكلف بالاحضار ولا يكون كفالة بوجه ولكن إن أحضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط.

ولا يبعد حمل الرواية الأولى على هذا بتمحل في قوله عليه السلام: (وهو كفيل بنفسه أبدا)، بأنه لا يخلصه من تسليم الدراهم، إلا احضاره. وكذا الثانية بأن يكون المراد بقوله عليه السلام: (ولا عليه (٢) شئ من الدراهم) إن جئ به.

(١) يعني الحسن بن محمد الكندي.

(٢) في الرواية ولا شئ عليه من الدراهم.

ولو أطلق غريما من يد صاحبه قهرا لزمه احضاره أو أداء ما عليه، ولو كان قاتلا لزمه الاحضار أو الدية.

والظاهر أنه المراد ليتوافق الأولى، وأنه يرجع حاصل الصورتين فيهما إلى أمر واحد.

وفي ظاهر الروايتين، تخالف في الحكم ويمكن كون ذلك بحسب الظاهر لا بحسب نفس الأمر لوجود تغيير ما في لفظهما، فإنه ليس بمنقول لفظا عنه عليه السلام بل معنى فتأمل.

ويمكن أن يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الأولى بأن قال: (على نفسه)، ثم قال: (فإن لم أحضره فعلي كذا وكذا) وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله: (على المال مثلا الخ) ولا حكم للشرطية ويكون ما فهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الأولى لحصول الغرض، وهو استيفاء الحق كما مر أنه مقتضى الكفالة.

وإن معنى قوله: (فهو له ضامن أن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله) أنه إن سلم المال في الأجل وتسلمه، وإلا فهو ضامن ولا بد من الخروج عن العهدة، وكذا في الرواية الثانية.

ويمكن جعل الدراهم غير الحق الذي في ذمة المضمون عنه بأن خلص المضمون عنه من يد الخصم بقوله له: (خله ولك علي كذا) إما بنذر أو جعل عوضا لما فعله ونحو ذلك فعلا يقبل منه إلا ذلك.

هذا ما خطر بالبال في توجيه هذه المسألة ودليلها، وفيها كلام كثير للأصحاب خصوصا للشهيد الثاني، وتركته لعدم الوضوح والفائدة فتأمل. قوله: " ولو أطلق غريما الخ " دليله أنه ضامن وغاصب لليد فعليه ما أخذ من اليد غصبا أو ما هو المطلوب منه، وهذا على تقدير الاكتفاء من الكفيل بالمال ظاهر.

ولا يجب تسلّم (تسليم خ) الخصم قبل الأجل، ولا الممنوع من تسلّمه بيد القهر، ويجب بعد الأجل والمحبوس شرعا. ويرأ الكفيل بموت المكفول.

وأما على تقدير تكليفه باحضار النفس فلا، فكأنه بناء على ما اختاره هناك ويحتمل حملها على تقدير تعذر تسليم المكفول، ولو كان الذي استخلصه من يد صاحب الحق قاتلا والحق الذي عليه كان قتلا، يلزم المخلص الاحضار أو الدية، ويمكن كون ذلك الحكم في الكفالة أيضا، ولكن الظاهر تخصيصه فيهما بصورة التعذر فتأمل.

قوله: " ولا يجب تسليم الخ " دليله ما تقدم من عدم قبول الحق قبل الأجل، وقد علم أيضا عدم وجوب التسلم، وعدم براءة ذمة الكفيل من تسليم المكفول محبوسا أو ممنوعا من تسلّمه بيد القهر والظلم إلا أن يكون محبوسا بحق. قوله: " ويرأ الكفيل الخ " وجهه ظاهر وكأنه مجمع عليه للأصحاب، والغرض، الرد على بعض العامة حيث أوجبوا المال على الكفيل إلا أنه قال في شرح الشرايع: هذا إذا لم يكن الغرض، الشهادة على صورته وإلا وجب احضاره ميتا وإن كان بنش قبره، لأنه مستثنى.

لعله يريد مع اشتراطه على الكفيل حين الكفالة، لأنه نقل ذلك في التذكرة عن بعض الشافعية، وقال: ليس بجيد لأن على الاحضار، إنما يفهم منه احضاره حال الحياة وهو المتعارف بين الناس - والذي يخطر بالبال - وهذا هو المعقول.

نعم لو صرح حين الكفالة - بذلك ولو قصدا - يمكن الايجاب فكأنه مقصود الشارح، لا ما قاله بعض الشافعية فتأمل.

وكذا بتسليم المكفول نفسه، سواء قال عن الكفيل أم لا، وكذا لو سلمه كفيل آخر، لأن المقصود حصوله بيد المكفول له في وقت المطالبة من غير مانع وعدم

وتسليم نفسه، وباحضار الكفيل الآخر له.
ولو كفله من اثنين لم يبرأ بالتسليم إلى أحدهما.
وينظر الكفيل بعد الحلول بقدر الذهاب إلى بلد المكفول
واحضاره.
وينصرف الاطلاق إلى التسليم في بلد الكفالة ولو عين غيره
لزم.

الفرق بين الأخذ من الكفيل وغيره بخلاف أخذ المال، فلو سلمه الأجنبي أيضا
يكون كذلك كما أطلق جماعة كما في الشرايع.
وغيره نقل المنع عن الشيخ في تسليم الكفيل الآخر، فلو خلص بعد ذلك
من يده يجب عنده على الآخر تسليمه.
وهو بعيد بل قال: لو سلمه عن جهته أيضا بغير إذنه لم يجب عليه القبول،
إذ لا يجب عليه قبض الحق إلا ممن عليه، لكن لو قيل: برئ الكفيل لكان جيدا،
فتأمل فيه.
قوله: " ولو كفله من اثنين الخ " وجهه أيضا ظاهر، لأن الحق لهما فلا
يبرأ بالتسليم إلى أحدهما كتسليم المال المشترك إلى أحد الشريكين إلا أن يكون
المتسلم وكيل الآخر.
قوله: " وينظر إلى الكفيل الخ " وجه إمهال الكفيل - حين غيبة المكفول
عن بلد يجب تسليمه فيه - واضح، إذ يلزم التكليف بما لا يطاق وكون ذلك بعد
حلول الأجل الموعود أيضا ظاهر، ومعلوم أن المراد إذا عرف وجوده في موضع معين
لا من انقطع خبره.
قوله: " وينصرف الاطلاق الخ " وجهه واضح إذا لم يكن قرينة تدل
على تعيين المراد في بلد غير ذلك، مثل كونه في برية أو محل يسافر منه إلى بلد آخر

والقول قول المكفول له لو ادعى الكفيل انتفاء الحق، ولو ادعى الابراء حلف المكفول له، فإن رد براء من الكفالة دون المكفول، من الحق.

يحل في ذلك البلد وغير ذلك. وبالجملة - مع التعيين صريحا أو بالقرينة - يجب التسليم في المعين، ومع عدمه وعدم شيء يدل على عدم إرادة ذلك البلد ينصرف إليه، ومع وجوده وعدم ما يدل على التعيين لا يبعد اشتراط التعيين، فلو لم يعين يبطل فتأمل وقد مر مثله، قوله: " والقول قول المكفول له الخ " وجهه أيضا ظاهر، لأن الكفيل قائل بالكفالة، وهي - من دون ثبوت حق في ذمة المكفول - غير معقول فلا يسمع ولا يحلف له.

نعم لو ادعى الابراء بعدها فهو مدع، والمكفول له منكر، فالقول قوله مع يمينه كما في سائر الدعاوي، فإن رد اليمين فحلف الكفيل بالابراء برأ عن الكفالة، ولا يبرأ المكفول عن الحق، فله أخذه منه إلا أن يدعي هو أيضا وأثبتته بالبينة أو باقراره أو حلفه بعد رد اليمين عليه، وهو ظاهر.

" المقصد الخامس في الصلح " ويصح على الاقرار والانكار ما لم يغير المشروع.

" المقصد الخامس في الصلح " قوله: " المقصد الخ " في التذكرة وغيرها: الصلح عقد شرع لقطع التنازع، وهو عقد سائغ بالنص والاجماع. والنص من الكتاب قوله تعالى: " وإن امرأة، خافت من بعلها نشوزا أو إغراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، والصلح خير " (١)، وقوله تعالى: " وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما " (٢). ومن السنة من طريق العامة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا (٣). ومن الخاصة ما رواه حفص بن البختری - في الحسن لإبراهيم - عن الصادق عليه السلام، قال: الصلح جائز بين الناس (٤).

(١) النساء - ١٢٨.

(٢) الحجرات - ٩.

(٣) سنن أبي داود ج ٣ ص ٣٠٤ باب في الصلح حديث ١ رقم ٣٥٩٤ وبهذا المضمون قد ورد من طريق الخاصة أيضا فراجع باب ٣ حديث ٢ من كتاب الصلح من الوسائل.

(٤) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣ ص ١٦٤.

(٣٢٩)

وهذا أعم من الخبر العامي.

وما رواه محمد بن مسلم - في الصحيح - عن الباقر عليه السلام، ومنصور بن حازم - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه؟ فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي؟ فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا، وقال منصور في حديثه: وطابت أنفسهما (١).

(وخ) لكن ليس فيهما صراحة بالصلح فتأمل.

وصحيحة عمر بن يزيد - الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا كان للرجل (رجل خ) على الرجل (رجل خ) دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة، لهم، وما بقي، فهو للميت (فللميت ثل) يستوفيه منه في الآخرة، وإن هو لم يصلحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو (كله ثل) للميت، يأخذه به (٢).

وفيها فوائد، مثل عدم صحة الصلح: بأقل بمعنى عدم براءة ذمة المشغول به إلا عما أعطى (أعطاه خ).

وإن صاحب الحق يملكه عوضا عن بعض ماله.

وإنه يقضي الدين عن الميت.

وإن ما بقي في ذمة الغريم هو للمالك الأصلي لا للوارث.

والأخبار الدالة على إصلاح ذات البين والصلح، كثيرة (٣).

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الصلح. وفي طريق الصدوق والكليني أيضا عن محمد بن مسلم: طابت أنفسهما.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من كتاب الصلح.

(٣) راجع الوسائل باب ١ و ٢ و ٣، وغيرها من كتاب الصلح.

أوفوا (١)، والمسلمون عند شروطهم (٢)، وأن للناس ما يفعلون في أموالهم عقلا، ونقلا (٣) حتى يعلم المانع، وقوله عليه السلام: الصلح جائز (٤)، فإنه يعم، وصحيحنا محمد ومنصور عن أبي عبد الله عليه السلام (٥)، وهما صريحتان في ذلك. وكذا صحيحة الحلبي (وغير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام ثل): في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال: إن كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس (٦).

وصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة (٧).

وصحيحة أيضا قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن (علي خ كا) رجل ضمنا (ثم صالح علي بعض ما صالح عليه (٨)؟ قال: ليس له إلا الذي صالح عليه (٩) ومثلها في الموثق عنه (١٠). ويحتمل كونها هي بعينها، لأنه نقلها في التهذيب في بحث الصلح بسند

(١) المائة - ١.

(٢) راجع الوسائل باب ٦ حديث ١ و ٢ و ٥ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٢٥.

(٣) إشارة إلى النبوي المعروف: الناس مسلطون على أموالهم - عوالي اللآلي ج ١ ص ٤٥٨ رقم ١٩٨.

(٤) تقدم آنفا في أوائل هذا البحث موضع نقله من العامة والخاصة.

(٥) تقدمتا آنفا.

(٦) الوسائل باب ٥ حديث ٣ من كتاب الصلح.

(٧) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من كتاب الصلح.

(٨) ليست هذه الجملة بموجودة في صحيح عمر بن يزيد بل في موثق ابن بكير عن أبي عبد الله عليه

السلام فراجع الوسائل باب ٦ حديث ٢ من كتاب الضمان.

(٩) الوسائل باب ٦ حديث ١ من كتاب الضمان ج ١٣ ص ١٥٣.

(١٠) الظاهر أن مراده قده قوله: (في الموثق) ما رواه الكليني ره (في باب الصلح من كتاب التجارة) عن

محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن عيسى، عن ابن بكير، عن عمر بن يزيد.

موثق - بعبد الله بن بكير (١) - مع وجود محمد بن خالد (٢) - كأنه البرقي، وقيل فيه شيء وفي بحث الضمان - بحذف السند - عن عمر بن يزيد، ولكن لما رأيت أن سنده إليه في الفهرست صحيحا (٣)، قلت: في الصحيح فتأمل. وفيها دلالة على أن الضامن أنما يأخذ ما أعطاه لا ما ضمن فتأمل. وصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي أقفزة من حنطة معلومة يطحنها بدراهم (يطحنون بالدراهم خ)، فلما فرغ الطحان من طحنه نقده الدراهم وقفيزا منه، وهو شيء قد اصطلحوا عليه فيما بينهم؟ قال: لا بأس به وإن لم يكن ساعره على ذلك (٤). وغير ذلك من الأخبار، والاجماع، كاف في ذلك مع عدم ظهور المخالف منا.

وأما التعريف (٥) فيحتمل أن يكون بناء على جعله (أعم خ) لما قاله الأصحاب والعامّة، لأنهم يبحثون معهم في مسائل، فجعل التعريف المتفق بينهم.

(١) رواه في باب الكفالات والضمانات من التهذيب بإسناده، عن محمد بن علي بن محبوب، عن بنان بن محمد، عن صفوان، عن ابن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن الخ و (في باب الصلح بين الناس)، عن الحسين بن سعيد، عن محمد بن خالد، عن ابن بكير، عن عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام الخ.

(٢) هكذا ذكره قدس سره لكن في رجال المتتبع الميرزا محمد الأردبيلي عند ذكر طرق الشيخ ره هكذا:

(٣) وإلى عمر بن يزيد مجهول في الفهرست، وإليه صحيح في التهذيب في باب حكم الجناية في الحديث الثاني عشر والثالث عشر والحادي والعشرين، وفي باب حكم الحيض في الحديث في الخامس عشر، وفي باب صفة الوضوء

من أبواب الزيادات في الحديث الثامن (انتهى) وهكذا أيضا نقله المحقق المامقاني في رجاله.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب الصلح.

(٥) يريد به ما تقدم من تعريف الصلح بأنه عقد شرع الخ.

ويحتمل أن يكون المراد ما شرع لقطع النزاع أصالة كما هو الظاهر، وهو لا ينافي جريانه في غير النزاع أيضا وإن لم يكن ذلك مقصودا من شرعه كما قيل في قوله تعالى: " أعدت للمتقين " (١) - أي الجنة وأعدت للكافرين (٢) - أي النار - فإنه لا ينافي دخول غير المتقي، الجنة - والعاصي الغير الكافر، النار. على أن التعريف غير منقول من الشارع، لأنه غير معلوم، ثبوت حقيقة شرعية أصلا فكيف هذا بخصوصه فهو اصطلاح بعض الفقهاء وكل من لم يجعله أعم اكتفى به، ومن جعله عاما لم يكتف به بل يعرف بما يقتضي مذهبه والأحكام الثابتة عنده.

وأما النزاع الثاني (٣) الذي وافق المبسوط فيه بعض الجمهور على ما نقله في شرح الشرايع، فما نعرف وجهه، فإن الظاهر أن غير البيع ليس ببيع ولا فرغه في أحكامه فلا يكون حكمه حكمه وإن أفاد فائدته إلا بدليل، والدليل ليس بواضح، فكان قول المبسوط، نقل عن العامة لا مذهب له.

ولهذا قال في التذكرة: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعا على غيره (انتهى) وما نقل عن المبسوط خلافا وظاهر الأدلة المتقدمة يقتضي عدمه أيضا وهو ظاهر فتأمل.

فكأنه يقول: عقد البيع ما يفيد تمليك عين معلوم بشئ معلوم، ومثله في تعريف الإجارة فيكون الصلح راجعا إلى أحد الأمور المذكورة ولا يكون عقدا برأسه للأصل وصدق تعريف غيره عليه فتأمل.

ولعله ظهر من الأدلة المتقدمة كونه جائزا عاما ما لم يجعل به الحرام حلالا

(١) آل عمران - ١٣٢.

(٢) البقرة - ٢٤ وآل عمران - ٢٣١.

(٣) الذي نقدم بقوله قدس سره: نعم لبعض العامة فيه نزاع الخ فلاحظ.

بأن يجعل الصلح مشتملا على ربا إن عمم الربا في البيع وغيره ولكن المصنف لم يعمم فصرح في التذكرة بجواز الربا وعدم اشتراط القبض في المجلس إذا كان الصلح في الأثمان بمثله وغيره مما ثبت تحريمه مثل استرقاق حر واستباحة بضع محرم.

وبالعكس (١) مثل عدم الانتفاع بما هو حلال مثل أن لا يطاء زوجته وأمته ولا ينتفع بماله الحلال وغيرها.

وهو ظاهر معتبر، في جواز جميع العقود، بل يعتبر في جميع الأمور الجائزة عدم اشتماله على حرام.

إلا أنه جرى عاداتهم في أنهم إنما يذكرون هذا في الصلح فقط، فكأنه لوجوده في الخبر المتقدم والذي يأتي ولتجويزهم على العموم يدفعون وهم من يتوهم من الجهال.

ثم اعلم أن ظاهرهم اشتراط الصيغة الخاصة للايجاب والقبول والمقارنة كما في سائر العقود اللازمة فإنه عقد لازم، للأدلة المتقدمة مثل أوفوا بالعقود (٢)، ولأن الأصل فيها اللزوم.

ولكن في اقتضاء كونه عقدا لازما ذلك بحث تقدم (٣) وظاهر الأخبار المتقدمة خلاف ذلك خصوصا صحيحتي محمد ومنصور، والأصل كذلك. والبحث في جواز المعاطاة مثل ما تقدم، فكأنه ما ذكر المصنف هنا. وفي التذكرة وغيرها، أنه لا بد من الايجاب والقبول والمقارنة على حد سائر العقود حوالة عليها أو يكون له فيه التأمل فتأمل.

(١) عطف على قوله قده: (ما لم يجعل به الحرام الخ).

(٢) المائة - ١.

(٣) يعني في كتاب التجارة.

ومع علم المصطلحين وجهلها بقدر المال المتنازع عليه دينا
كان أو عينا لا ما وقع الصلح.

ولعله ظهر مما تقدم صحته مع الاقرار والانكار ما لم يشتمل على منهي عنه
من عموم الأدلة المتقدمة، والاجماع المدعي في التذكرة، قال: ويصح الصلح على
الاقرار والانكار عند علمائنا أجمع وبه قال أبو حنيفة.
فكان الأصحاب يريدون الرد على الشافعي حيث منع في الانكار.
فإن كان فيه نهى متعلق بأركانها بحيث لا يصلح لذلك مثل كون ما يصلح
عليه استرقاق حر، وتحريم بضع حلال، يبطل، وإن كان غير ذلك فيحرم فقط وهو
ظاهر.

ولكن معنى صحته مع الانكار غير ظاهر، ولعل المراد أنه إذا لم يكن
أحدهما عالم ببطلان دعواه، أو الذي يعطي شيئا يكون عالما فقط ويعطيه لقطع
النزاع وعدم الحلف فهو صحيح ظاهرا أو في نفس الأمر، وإذا كان المدعي عالما
بالفساد فهو غير صحيح في نفس الأمر ولا يملك شيئا، وكذا ما زاد على ما في ذمته مع
الاقرار أيضا وأما إذا كان كلاهما أو المنكر فقط عالما فلا تبرء ذمته من شيء في
نفس الأمر إلا ما أعطى ولا يصح ذلك الصلح، وإنما يملك عوضا عن ماله فتأمل.
قوله: " ومع علم المصطلحين الخ " إشارة إلى شرائط صحته، قال في
التذكرة: أركانه أربعة، المصطلحان ويشترط كونهما جائزي التصرف كما في سائر
العقود، ورضاهما (١) إجماعا، والمصالح عليه، والمصالح عنه.
ويشترط فيهما التملك، فلو كان غير مملوك مثل خمر، أو استرقاق حر، أو
استباحة بضع محرم لم يقع ولم يفد العقد شيئا، بل يقع باطلا بلا خلاف، وكذا
يبطل على مال غيره لعدم الملكية بالنسبة إليهما.

(١) يعني رضا المصطلحين.

ولا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه، لا قدرا ولا جنسا، بل يصح، سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، دينا كان أو عينا، وسواء كان أرشا أو غيره عند علمائنا أجمع وبه قال أبو حنيفة (١) لعموم قوله تعالى: " والصلح خير "، وقوله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز (٢).

والروايات المتقدمة خصوصا صحيحتي محمد ومنصور. واعلم أنه لا كلام في الصحة مع علمهما فإذا رضيا بالصلح حينئذ صح أي شيء كان المصالح عنه وأما مع جهلهما بالكلية بذلك فهو أيضا صحيح مع حصول الرضا لما تقدم من الأدلة خصوصا الأخيرة. وأما إذا علم القدر والعين، وأمكن ايصالهما بعينهما أم لا، فإن كان العالم هو صاحب الحق فقط دون الغريم ورضي بالصلح الواقع وإن كان بأقل فالظاهر أنه أيضا صحيح في نفس الأمر، ومملك ومبرء لذمة الغريم وهو ظاهر وإن كان العالم هو الغريم فقط وكان الحق عينا يمكن ايصالها فيشكل صحة الصلح في نفس الأمر وإن كان ما يصلح عليه أكثر إلا أن يعلمه ويصرح (أو يصرح خ) ب (مهما كان) ورضي في نفس الأمر به.

ويمكن مع عدم ذلك، الصحة بالنسبة إلى المستحق ظاهرا بمقدار ما أخذ وكونه عوضا ومقاصة أو للحيولة فتأمل.

وإن كان مما لا يمكن الايصال فلا يبعد الصحة بالأكثر والمساوي لا بالأقل إلا على الوجه المتقدم.

وإن كان دينا فلا كلام مع المساواة والزيادة.

(١) وأحمد (التذكرة).

(٢) من قوله قده وأركانه أربعة إلى هنا من التذكرة منقول بالمعنى فراجع التذكرة البحث الثاني في الأركان (من كتاب الصلح) وموضع الآية والرواية قد تقدم آنفا.

وأما مع نقصان ما يصلح عليه من الحق فلا يصلح ولا يبرء إلا بالاعلام أو الرضا الباطني المعلوم الشامل لما يكون، وبدون ذلك يصح فيما قابل ويبرأ عنه، بل لا صلح، وإنما الإبراء في الحقيقة لا يصلح بعض الحق لا للصلح كما قاله في شرح الشرايع، وهو ظاهر من القواعد المقررة.

ويدل عليه أيضا رواية علي بن أبي حمزة، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات (مات ثل) (يجوز خ) لي أن أصلح ورثته ولا أعلمهم كما كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم (١).

ولا يضر ضعف علي بن أبي حمزة، بأنه البطائني الواقفي المردود، لأنه (٢) الذي يروي عن أبي الحسن عليه السلام دون الشمالي الثقة. وصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة (٣).

ولأن دليل الصحة مع الجهل مخصوص بصورة الجهل الذي تقدم كما مر في صحيحة محمد ومنصور (٤).

ولا فرق فيما تقدم في الصلح مع الإقرار والانكار.

وأما معلومية ما يقع عليه الصلح فالظاهر أنه لا نزاع فيه إذا لم يكن هو مما يصلح عنه، مثل ما تقدم في صحيحتي محمد ومنصور، لأنه طرف لعقد مقدر المعلومية فلا بد أن يكون معلوما ليندفع الغرر كما في سائر العقود.

-
- (١) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من كتاب الصلح ج ١٣ ص ١٦٦.
- (٢) تعليل لقوله قده: ولا يضر ومراده قده أنه روى عن أبي الحسن موسى عليه السلام وذلك قبل وقفه وهو غير ضائر ويمكن جعله تعليلا أيضا لكونه البطائني لا الشمالي فإنه لا يروي عن أبي الحسن.
- (٣) الوسائل باب ٥ حديث ٤ من كتاب الصلح (٤) لاحظ الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الصلح.

ويكفي المشاهدة في الموزون.
ويصح على عين بعين ومنفعة، وعلى منفعة بعين ومنفعة.

ولكن الظاهر أنه يكفي العلم في الجملة إما بوصفه أو مشاهدته ولا يحتاج إلى الكليل والوزن، ومعرفة أجزاء الكرباس والقماش، والثياب، وذوق المذوقات، وغير ذلك مما هو معتبر في البيع ونحوه.
للأصل، وعدم دليل واضح على ذلك، وعموم أدلة الصلح المتقدمة، ولأن الصلح شرع للسهولة والارفاق بالناس يسهل ابراء ذمتهم فلا يناسبه الضيق، ولأنه مبني على المسامحة والمساهلة، وإليه أشار بقوله: (ويكفي المشاهدة في الموزون) وإن خالف فيه البعض.

قال في الدروس: والأصلح أنه يشترط العلم في العوض إذا أمكن، وقال في موضع آخر: ولو تعذر العلم بما صلح عليه جاز (إلى قوله): ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة إلى الانتقال فالأقرب الجواز. وهو مختار شارح الشرايع أيضا ولا نعرف له دليلا، وما تقدم ينفيه ويؤيده التجويز عند التعذر، فإن ذلك لا يجوز في البيع عندهم فتأمل، وإن ثبت كونه فرعا (١) فثبت فيه جميع ما ثبت في أصله، فيكون الشيخ في المبسوط أيضا مخالفا، الله يعلم فتأمل واحتط.

ولا يختص بشيء، فإنه يجوز لاسقاط الدعوى واسقاط الخيار، والتحجير والألوية في موضع مباح مثل موضع من السوق، والخان، والمسجد، والمدرسة، صرح به في التذكرة وغيرها فتأمل في نحو المسجد.
قوله: " ويصح على عين الخ " الأقسام أربعة، وجه صحة الكل

(١) إن ثبت كون الصلح فرعا من أحد الأمور الخمسة ولم يكن مستقلا في العقدية فكل صلح مفيد لأحدها بحكم الأصل.

ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بالعكس صح وإن لم يتقابضا.
وهو لازم من الطرفين لا يبطل إلا بالتراضي.
ولو اصطح الشريكان على اختصاص أحدهما بالربح
والخسران، والآخر برأس ماله صح.

واضح، وهو عموم أدلة الصلح من غير مانع.
قوله: " ولو صالحه على دراهم الخ " وجه الصحة من غير قبض في
المجلس، هو كونه عقدا ومعاوضة برأسه، وعدم دليل على اشتراط القبض في المجلس
إلا في بيع الصرف، وكذا يصح مع اشتمال زيادة أحدهما على الآخر وإن كانا
ربويين على رأي المصنف لا غيره، لأن الربا عنده مخصوص بالبيع، ولكنه قوى في
الدروس (١) جواز صلح مائة، على خمسمائة وإن كان الربا عاما، لأنه هنا ابراء
ولا ربا فيه، لرواية غير صحيحة، ولا صريحة، على أنه قائل بأنه عقد برأسه،
لا فرع، وأنه لا بد من كون خمسمائة دينا وفي الذمة فتأمل.
قوله: " وهو لازم من الطرفين الخ " دليله ما تقدم من " أوفوا "
ونحوه، وأنه عقد برأسه، نعم لو قيل بالفرعية يكون جائزا في بعض الأفراد، مثل أن
يكون عارية أو هبة، فلا يبطل إلا بالتراضي.
ولعل وجه جواز الابطال بالتراضي والتقائل، الاجماع، وأنه أكل مال
بطيب نفس، وتجارة عن تراض كما في إبطال سائر العقود.
قوله: " ولو اصطح الشريكان الخ " دليله عموم أدلة الصلح،

(١) عبارة الدروس هكذا ولو صالح على غير الربوي بنقيصة صح ولو كان ربويا وصالح بجنسه روعي
أحكام الربا لأنها عامة في المعاوضات على الأقوى إلا أن نقول: الصلح هنا ليس معاوضة، بل هو في معنى الأبراء
وهو الأصلح، لأن النبي صلى الله عليه وآله قال لكعب بن مالك: اترك الشطر واتبعه بيقينه وروي ذلك عن
الصادق عليه السلام وينبغي أن يكون صورته: صالحتك على ألف بخمسمائة ولو قال: بهذه الخمسمائة
ظهرت المعاوضة والأقوى جوازه أيضا لاشتراكهما في الغاية (انتهى) الدروس ص ٣٧٨.

وصحيحتي الحلبي وأبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه (ربحا خ) وكان من المال دين (وعليهما دين خ) فقال أحدهما لصحابه: أعطني رأس المال والربح لك (لك الربح ثل)، وما توى فعليك؟ فقال: لا بأس به إذا اشترط (اشترط ثل) وإن كان شرطا يخالف كتاب الله (فهو ثل) رد إلى كتاب الله عز وجل (١).

وفيها أيضا دلالة على عدم الصحة مع الشرط المخالف لكتاب الله كما هو ظاهر وتقدم وعلى عدم اشترط الصيغة والمقارنة. وقيد في شرح الشرايع هذا الحكم (٢) بما إذا كان الشرط في الانتهاء لا في الابتداء، لأنه لو كان فيه (٣) لبطلت الشركة لمنافاته وضع الشركة. والخبر مشعر بما شرطناه، فاطلاق المصنف وغيره غير جيد، ويمكن أن مراد المطلقين ذلك.

ويحتمل الصحة على اطلاقه وتأويل الرواية، بأن المراد من الاشتراط قول أعطني رأس المال الخ يعني له ذلك إذا قال له: أعطني رأس المال الخ. ويؤيده البطلان إذا كان الشرط في أثناء عقد الشركة أو مقدا، لما مر وعدم لزوم الشرط إن كان متأخرا عن العقد عندهم. ويحتمل (الصحة مع الشرط في الانتهاء، لا في الابتداء) أيضا، بمعنى (٤) أنه يلزم مقتضى الشرط على القابل ويجوز له المعاملة بذلك المال وله الربح وعليه

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ بأسانيد متعددة من كتاب الصلح فلاحظ.

(٢) يعني الحكم المذكور في المتن وهو اختصاص أحدهما الخ.

(٣) يعني في الابتداء.

(٤) هكذا في النسخة المطبوعة ولكن في النسخ المخطوطة التي عندنا هكذا ويحتمل مع الشرط أيضا بمعنى الخ.

ويعطى مدعي الدرهمين بيدهما أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما نصف الآخر.

الخسران وعليه عوض مال القاييل وإن لم تكن فيه خاصية شرائط الشركة اصطلاحاً ويرجع حاصله إلى القرض، وهو مقتضى عموم أدلة الصلح، فلو كان المراد بالبطلان هذا المعنى فلا نزاع وإلا ففيه النزاع.
على أن في اشعار الخبر بكونه في الانتهاء مناقشة، إذ الظاهر صحة الصلح وتحقق الشركة وإن كان الشرط في أثناء المعاملة أو بعدها، والظاهر أن ليس في الخبر ما ينافي ذلك، نعم أنه مخصوص بما بعد المعاملة، بل ظهور الربح وكون بعض المال ديناً وبعضه عيناً، والظاهر أنه (أن ذلك خ) ليس بشرط بالاتفاق فتأمل.
قوله: " ويعطى مدعي الدرهمين الخ " ذلك (١) أي أن المدعي الدرهمين اللذين في يده ويد مدعي أحدهما الدرهم والنصف، وللآخر النصف، إذا لم يكن لأحدهما بينة أو تكون لهما بينة من غير رجحان ولم يحلف أحدهما أو يحلف كلاهما، فإن كان لأحدهما بينة فقط فكل المدعي، له، وكذا لمن حلف، إن نكل الآخر عن اليمين على عدم استحقاق الخالف.
وإن كان في يد أحدهما وحلف الخارج فهو له، وإلا فهو لصاحب اليد مع الحلف ويد الثالث، كيدهما ظاهر، لأن أحدهما للأول بلا نزاع وهما في الآخر سواء، فيقسم، لعدم الترجيح.
والظاهر أن لكل واحد منهما حلف صاحبه على عدم استحقاق صاحبه منه (فيه خ) وإن نكل أحدهما، فالكل للآخر كما تقدم وكأنه مجمع عليه.
ومستنده ما تقدم، ومرسلة عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا،

(١) في النسخ المخطوطة التي عندنا (دليل أن) بدل (ذلك أي) والظاهر أن قوله قده (إذا لم يكن الخ) خبر لقول قده (ذلك).

وكذا لو أودعه أحدهما اثنين، والآخر ثالثا وذهب أحدهما من غير تفريط ويقسم ثمن الثوبين المشتبهين على نسبة رأس المال.

عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما أحد الدرهمين فليس له فيه شيء، وأنه لصحابه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين (١). ولا يضر الإرسال لأنه مجمع عليه، ولما مر. والظاهر أنها مقيدة بالقيود المتقدمة، وكذلك كلام الأصحاب وإن أطلقوا بناء على الظاهر والقواعد لمقررة فتأمل. قال في التذكرة: هذا إن لم يوجد بينة، والأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا أو حلفا معا قسم بينهما الخ. وفيه أيضا ترك بعض القيود وإن ذكر البعض، وإن الظاهر إنما الحلف (يحلف خ) مع طلب صاحبه، وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى، لا على استحقاقه فتأمل في كلام التذكرة فإنه أعرف. قوله: " وكذا لو أودعه الخ " الحكم السابق بعينه جار فيما لو أودع شخص درهمين عند شخص، والآخر درهما فامتزجت ثم تلف أحدهما، سواء كان باختياره وتفريطه أم لا. إلا أنه على تقدير التفريط يأخذان التالف من الودعي لأنه ضامن، وعلى تقدير العدم لا يضمن، إذ في صورة الضمان يكون لكل واحد نصف ويكون النزاع، في الرجوع والأخذ من الضامن وأخذ الباقي.

(١) الوسائل باب ٩ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣ ص ١٦٩ بطريقي الشيخ وأما بنقل الصدوق ففيه بعد قوله: وبينك هكذا: فقال أما الذي قال: ما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما.

ودليله وتفصيله، يعلم مما تقدم.
ويدل عليه أيضا، رواية السكوني، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر دينارا فضاع دينار منها (منهما يب) فقضى (١) أن لصاحب الدينارين دينارا ويقسمان (يققسمان يب) الدينار الباقي بينهما نصفين (٢).
ولا يضر ضعف السند بالقطع إليه وبنفسه (٣).
هذا في غير المتساوي الأجزاء كالدرهم.
وأما إذا كان في المتساوي، ففي الصورتين، يحتمل كونه مثل ما تقدم.
والأولى والأعدل أن يقسم الباقي بنسبة المالين فيقسم أثلاثا فيعطي صاحب القفيزين من الحنطة الباقية ثلثين وصاحب القفيز الواحد ثلثا، والفرق، وكونه أولى

(١) في أحد طريقي الشيخ: يعطي صاحب الدينارين دينارا الخ.
(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣ ص ١٧١ بالسند الثاني للشيخ ره.
(٣) حاصل مفاد كلامه قدس سره: إن سنده ضعيف لوجهين (أحدهما) ضعف السكوني بنفسه (ثانيهما) كون سندا للشيخ ره إلى السكوني مقطوعا لأن الشيخ ره نقله في باب الصلح من التهذيب بقوله ره: روى السكوني الخ وليس للشيخ ره في مشيخة كتابيه طريق إلى السكوني.
نقول: لا يخفى أن الشيخ رحمه الله نقل هذا الحديث في موضعين من التهذيب (أحدهما) ما ذكرناه و (ثانيهما) في باب الودعة وسند الثاني هكذا:.
محمد بن أحمد بن يحيى، عن إبراهيم بن هاشم، عن الحسين بن يزيد النوفلي، عن إسماعيل بن أبي زياد السكوني الخ.
وقال المحقق المتتبع الميرزا محمد الأردبيلي قدس الله نفسه في رجاله في تصحيح أسانيد الشيخ ره: وإلى محمد بن أحمد بن يحيى بن عمران الأشعري صحيح في المشيخة (انتهى) فبهذا يخرج الخبر عن كونه مقطوعا إلى السكوني قال في المشيخة: وما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن أحمد بن أحمد بن يحيى الأشعري فقد
أخبرني به الشيخ أبو عبد الله والحسين بن عبيد الله وأحمد بن عبدون كلهم عن أبي جعفر محمد بن الحسين بن سفيان، عن أحمد بن إدريس، عن محمد بن أحمد بن يحيى (انتهى).

ظاهر، ذكره في التذكرة قدس الله سره وقريب منه ما ذكر بقوله: " ويقسم ثمن الثوبين المشتبهين على نسبة رأس المال يعني لو اشترى أحد ثوبا بعشرة مثلاً، والآخر بأحد عشر واشتبه أحدهما بالآخر بحيث لا يتميز، فإن رضي أحدهما بما يريد الآخر ولم يتعاسرا فهو ظاهر، وإن لم يرض أحدهما بما يرضى به الآخر وكل يدعي ما يريده الآخر فيباع الثوبان كلاهما ويقسم بينهما ثمنهما بأن يعطى صاحب الأحد عشر مثل ما يعطى الآخر وعشرة كالثمنين.

لأن الظاهر عدم التغاين وأنها اشترى بما يسوى ويىعا كذلك (وخ) كذا في التذكرة وغيرها، وفيه تأمل.

ولرواية (١) إسحاق بن عمار، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب، وآخر عشرين درهما في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه، ولا هذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أحماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، قال: قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت؟ قال: قد أنصفه (٢).

ولعل عدم صحة السند بالارسال عن الحسين بن أبي العلاء (٣)، فإنه نقل الشيخ عنه يغير واسطة، ومعلوم وجود الواسطة بينهما، وهي غير معلومة (٤) مع عدم توثيقه، وقيل: ما في إسحاق من القول لا يضر عندهم، لأنها مقوية للدليل المتقدم والشهرة.

(١) عطف على قوله قده: لأن الظاهر الخ.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣.

(٣) وسندها كما في التهذيب هكذا: الحسين بن أبي العلاء عن إسحاق بن عمار.

(٤) طريق الشيخ إلى الحسين بن أبي العلاء على ما ذكره المتبع الحاج ميرزا محمد الأردبيلي قده صحيح في الفهرست فإن طريقة إليه كما في الفهرست هكذا.

وفي الدليل تأمل، والشهرة ليست بحجة. وغير بعيد الحكم على الظاهر بأن يعطي الأجود الذي يسوى أكثر، إلى صاحبه، والأقل كذلك، لأن الظاهر أن كل أحد يلاحظ ماله ولا يتغابن كما مر. فإن لم يتفاوت فلا ينبغي النزاع، وإن وقع فلا يبعد التساوي في الثمن أو القرعة، إذ هما الآن يتساويان في القيمة، ويمكن تأويل الرواية فتأمل. ونقل عن العلامة في شرح الشرايع التفصيل بأنه إن أمكن بيع كل واحد منفردا يباع ويعطي أكثر الثمنين لصاحبه، والأقل كذلك بناء على الغالب وإن أمكن خلافه إلا أنه نادر ولا أثر له شرعا، فإن الغالب الحكم فيه بالمتعارف والغالب.

وإن لم يكن التفاوت في الثمنين فلا اشكال، وإن لم يمكن البيع إلا معا فيقسم بنسبة المالين وعليه تحمل الرواية. وعن ابن إدريس، القرعة، وقد حسنها في شرح الشرايع مطلقا أو في غير محل النص، ونقل عن الدروس تحسين هذا وحسنه أيضا. ولعل تفصيل العلامة راجع إلى ما ذكرناه، فإنه إذا علم أكثرهما ثمنا والحال أنه على تقدير البيع يعطي الأكثر لصاحبه فيمكن عنده اعطائه إليه بجنسه ولا يحتاج إلى البيع وهو ظاهر. نعم إن بيعا فيكون كما ذكره، ويبعد عدم إمكان بيعهما إلا معا إلا أن يفرض في غير الثوبين. وأما القرعة فالظاهر أنها ليست في محلها، لما مر من الدليل على التمييز (١) والحكم للأكثر لصاحبه فتأمل.

(١) في نسختين مخطوطتين (على الثمنين) بدل (على التمييز).

ولو صدق أحد المدعين لعين بسبب يقتضي الشركة كالميراث
وصالحه على نصفه صح إن كان بإذن شريكه والعض لهما وإلا ففي
الربع وإن لم يقتض الشركة لم يشتركا في المقر به.

قوله: " ولو صدق أحد المدعين الخ " يعني لو ادعى اثنان عينا في يد
ثالث مثل دار وثوب وغيرهما، بأنه لهما بالمناصفة وصرح كل منهما بسبب التملك
بحيث يقتضي المناصفة مثل كونهما فقط وارثين في ذلك أو توكيلهما واحدا بالشراء
شياعا مناصفة في عقد واحد، وصدق المدعى عليه أحدهما فيما يدعيه بمعنى كون
النصف له وكذب الآخر، فصار (١) ذلك النصف لهما معا بالمناصفة لما تقدم أنه
مشترك (٢) بينهما مشاعا باقرارهما.

فلو صالح المقر له المدعي عليه بشئ على ذلك النصف المقر به، فإن كان
بإذن شريكه أو إذن بعده - على تقدير جواز الفضولي - صح الصلح على تمام النصف
ويكون العوض بينهما نصفين، كالأصل، وإلا صح في ربع المقر له بنصف ما صلح
عليه ويطل في ربع شريكه ويكون هو شريكا مع المدعى عليه ظاهرا بذلك
(الربع)، وهو ظاهر.

وأما إذا لم يصرحا بما يقتضي الشركة المشاعا، سواء صرحا بما ينافيه أم لا،
لم يكن ما أقر به لأحدهما مشتركا بينهما لعدم الدليل، وثبوت ملك أحدهما، لا يستلزم
ثبوت ذلك للآخر أيضا، وهو ظاهر.
نعم إن ادعى أحدهما على الآخر ذلك يكون دعوى، فحكمها حكم سائر
الدعاوي.

ثم اعلم أنه قال في شرح الشرايع - بعد تقرير المسألة - : هذا تقرير ما ذكره

(١) جواب لقوله قده: لو ادعى اثنان الخ.
(٢) هكذا في النسخ والصواب أنها مشتركة.

المصنف وجماعة (١): وفيه بحث لأن هذا إنما يتم على تنزيل البيع والصلح على الإشاعة. بمعنى أنه لو باع شخص حصته من مال مشترك مثل النصف، لم ينصرف إلى ماله، بل إلى النصف المعلوم المشاع مطلقاً فيكون المبيع ربع البائع، وربع الشريك (٢)، وهم لا يقولون به، بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح، بل إنما ينزل على ذلك الاقرار، هذا إذا كان الصلح على النصف مطلقاً أو نصفه وأما أقر بالنصف للغير يكون اقراراً بربعه، وربع الشريك له، ووجهه أن البائع إنما يبيع مال نفسه، ولا يصح بيع مال الغير إلا فضولياً أو وكالة، وهما بعيدان فينصرف إلى ماله كما هو المتبادر والمتعارف، بخلاف الاقرار فإنه كالشهادة بأنه لفلان، وهو قد يكون في ماله، وقد يكون في غير ماله، فهنا ينبغي أن يكون ما يصلح عليه هو نصف المقر له، فيكون العوض كله له، والنزاع يبقى للشريك مع المتشبه هذا إذا كان الصلح على النصف مطلقاً أو نصفه.

وأما إذا صالح المقر له على النصف المقر به له، كان منزلاً على الإشاعة لأنه تابع للاقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجهاً ويمكن تنزيله على ذلك، وهذا توجيه حسن لم ينبه أحد عليه.

نعم قال (٣) الشهيد في بعض تحقیقاته: ويحتمل انصراف الصلح إلى حصة المقر له ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي رحمه الله وقد أطلقوا، هذا حاصل كلامه (٤).

(١) في القسمة (المسالك).

(٢) من قوله قده بمعنى إلى قوله: وربع الشريك توضيح من الشارح قده لا من المسالك.

(٣) في المسالك: وإنما ذكر الشهيد في بعض تحقیقاته أنه احتمال انصراف الصلح إلى حصة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقاً وتبعه عليه الشيخ علي.

(٤) مع اختلاف كثير في ألفاظه فراجع المسالك في شرح قول المحقق: ولو ادعى اثنان داراً الخ من كتاب الصلح.

وليس طلب الصلح اقراراً، بخلاف بعني أو ملكني أو أجلني (أجلني خ) أو قضيت أو أبرأت.
ولو بان استحقاق أحد العوضين بطل الصلح.
ولو صالحه على درهمين عما أتلغه، وقيمته درهم صح.

ومنه علم أنه لو قال: إني قصدت مالي من غير إشاعة لا يسمع، فإن للمقر أن يقول: إني ما اشتريت إلا ما أقررت به، وهذا مسموع منه.
وعلم أيضاً أن احتمال الشهيد (١) الذي تبعه فيه الشيخ علي ليس بجيد، بل المشهور هو الظاهر.

والعجب أن المتأخرين خصوصاً الشيخ علي قليلاً ما يخرجون عنه مع ضعف دليله وقوة دليل خلافه ويخرجون في مثل هذه المواضع، فكأن غرضهم مجرد ابداء الاحتمال لا الفتوى به، وينبغي مراجعة كلامهم، وعلى تقدير الفتوى فالظاهر أنه في المطلق أو (نصفي) لا الآخر.
قوله: " وليس طلب الصلح الخ " وجهه ظاهر مما تقدم من أن الصلح يصح مع الانكار بخلاف (بعني) و (ملكني) و (أجلني) فإنها لا يمكن بدون كون المال للمخاطب أو لموكله أو لمولى عليه، ولكن ظاهر في الأول، لليد والتبادر حتى يحصل غيره فهو اقرار بعدم كونه له بل للمخاطب، وكذا قضيت أو أبرأت وهو ظاهر، نعم له أن يرجع ويقول لغير المخاطب ويترتب عليه الفروع.
قوله: " ولو بان استحقاق الخ " وجهه أيضاً ظاهر إن كان الصلح على المال المستحق كما هو الظاهر من قوله: (العوضين)، وإن كان على الذمة ثم يسلم المستحق فلا يبطل بل يطالب بالعوض ويرد المستحق إلى أهله.
قوله: " ولو صالحه على درهمين الخ " يعني إذا أتلف شخص على آخر

(١) وهو ما نقله في المسالك - كما تقدم - بقوله: قال الشهيد في تحقيقاته: ويحتمل انصرف الصلح إلى حصة المقر ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي.

ولو صالح المنكر مدعي الدار على سكني سنة صح ولا رجوع وكذا لو أقر. ويقضى للراكب دون قابض اللجام على رأي.

شيئا قيميا قيمته درهم، مثل ثوب وصالحه على درهمين مثلا صح الصلح. وجهه - على قول المصنف: بأن الصلح عقد برأسه وعدم ثبوت الربا في الصلح، وكونه مخصوصا بالبيع كما هو ظاهر أكثر كتبه وأن تنظر في موضع من التذكرة في بحث الصلح (١) - ظاهر. وأما على القول بالعموم أو قول الشيخ بأنه تابع ففيه تأمل، إذ ليس في ذمته إلا الدرهم لا الثوب فيلزم الربا نعم لا يلزم القبض في المجلس إلا على القول بالفرعية.

إلا أن يقال: إن الضمان في القيمي أيضا هو للعين المتلفة فوق الصلح منها على الدرهمين، وهو مذهب البعض كما نقل في شرح الشرايع وليس ببعيد، للأصل في الموضوعين، فتأمل. قوله: " ولو صالح المنكر الخ " وجهه أيضا علم مما سبق من أنه ليس بفرع فيلزم مطلقا مع الانكار والاقرار، نعم على القول بالفرعية عارية فليس بلازم فلصاحبه الرجوع.

قوله: " ويقضي للراكب الخ " يعني إذا ادعى الدابة راكبها وقابض لجامها، يحكم بأنها للراكب مع اليمين، لأنه منكر وصاحب يد، والقابض مدع

(١) قال في آخر الفصل الثاني من كتاب الصلح: يصح الصلح على الأعيان بمثلها، وبالمنافع وأبعض الأعيان، وعلى المنافع وأبعضها، ولا يشترط ما يشترط في البيع، فلو صالحه عن الدينير بدراهم أو بالعكس صح ولم يكن صرفا، ولو صالح على عين بأخرى من الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر، وكذا في الدين بمثله (انتهى موضع الحاجة).

ولصاحب الحمل لو تداعيا، الجمل الحامل، ولصاحب البيت
لو تداعيا الغرفة المفتوحة إلى الآخر.
ولصاحب البيت بجدرانه لو نازعه الأعلى، ولصاحب الغرفة

خارج، إذ الركوب أقوى فالقبض بالنسبة إليه، كالعدم.
وقيل: هما متساويان ولا رجحان كما في الثوب الذي قبض أكثره شخص
وأقله آخر.

ويمكن اعتبار القرائن مثل كون الدابة بحيث يعلم عادة كونها للراكب
دون القابض، فيحكم له أو العكس بخلاف المأخوذ غير المحل الذي يأخذ به
الراكب، ويمكن اعتبارها في الثوب المذكور، فتأمل.
ثم إنه معلوم أن المراد مع عدم ظهور تقدم تصرف منهما، وإلا فالحكم له،
وقال في شرح الشرايع: هذا بالنسبة إلى المركوب، وأما بالنسبة إلى السرج فهو
للراكب ككون اللجام للقابض، فيكون الجمل والرحل كذلك.
فتأمل فإنه بعيد أن يكون اللجام لشخص والدابة لآخر، وكذا الجمل
والرحل، فالحكم غير واضح خصوصا إذا كان المقبوض حبالا على رأس اللجام.
قوله: ولصاحب الحمل الخ " يعني يحكم لصاحب الحمل بالجمل
وغيره إذا ادعاه هو وقابض زمامه، بقريئة، ما تقدم مع الخلاف.
والعجب أنه ما أشار هنا إلى الخلاف كأنه أحاله على الظاهر.
ويمكن أن يكون المراد، مدعيان أحدهما صاحب الحمل والآخر لا تصرف
له ولا يد له بوجه فإنه حينئذ لا ينبغي الخلاف في أنه لصاحبه فتأمل كما في قوله:
(ولصاحب البيت الخ) أي لو تداعى اثنان الغرفة التي على بيت أحدهما ولها باب
إلى الجانب الآخر الذي هو في تصرف المدعي الآخر فيحكم بها للذي، الغرفة فوق
بيته، لا للذي باب الغرفة إلى جانب بيته، وجهه ظاهر.
قوله: " ولصاحب البيت بجدرانها الخ " يعني يحكم لصاحب البيت

بجدرانها لو نازعه الأسفل، وكذا في سقفها على رأي.

الأسفل بجدران بيته الذي عليه غرفة شخص، وهو محل جدار لها أيضا إذا ادعاه صاحب البيت وصاحب الغرفة، ولصاحب الغرفة إذا كان النزاع في جدران الغرفة.

وجهه أن ظاهر وضع اليد على البيت، وضع على جدرانه، فإن الظاهر أنه جزء تابع، وأن اليد عليه يتحقق بهذا، ويؤيده الشهرة، واستشكله في التذكرة. واختار في المختلف قول ابن الجنيدي بأن الحكم باشتراك جدران البيت دون جدران الغرفة، لأن تصرفه أكثر وانتفاعه، والأول نجده أظهر. وأما إذا كان النزاع في سقف الأسفل الذي هو أرض الغرفة، فالظاهر أنه لصاحب الغرفة، لأن تصرفه وحاجته إليه أكثر.

ويحتمل الشركة واختصاص صاحب الأسفل به إذا كان البناء بحيث لا يمكن كونه منفصلا عن جدران البيت ولا يمكن بناؤه على حدة وإلا فيختص بصاحب الغرفة، وهذا قريب.

قال في شرح الشرايع (١): يوضع سقف يمكن بناؤه منفصلا عن جدران البيت، ولا يمكن احداثه، لأن المتصل الذي لا يمكن فصله كالجدار للجدران فالعمل بالقرائن والعادات غير بعيد، وإلا فالاشتراك والتساوي واختصاص صاحب الغرفة لا غير.

ولكن العادات التي نعرفها الآن تقتضي رجحان قول المصنف فكأنه

(١) الذي يناسب كلامه قدس سره، ما ذكره في المسالك - عند قول المحقق: (ولو تنازعا في السقف الخ) بقوله ره: موضع الخلاف، السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت أما ما لا يمكن كالأزج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى اخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل له الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى ويقدم قوله فيه بيمينه (انتهى كلامه في المسالك رفع مقامه) ج ١ ص ٢٧٣.

ولمن اتصل ببناء الجدار به لو تداعياه، ولصاحب السقف عليه،
ولمن إليه معاقد القمط في الخص

مبني على ذلك فتأمل.

ويحتمل أن يكون قوله: (على رأي) إشارة إلى الخلاف في جدران البيت
أيضا.

قوله: "ولمن اتصل الخ" إذا تداعى اثنان في جدار، فإن كان لأحدهما
فقط عليه ما يدل على ملكيته ويده، فهو له، مثل كون بنائه متصلا بالجدار المتنازع فيه.
وكأن المراد بالاتصال تداخل الأحجار بالبناء المختص على وجه يبعد كونه
محدثا، وكذا لو كان عليه لأحدهما سقف أو يكون في ملكه وغير ذلك وإن كان لهما
أو لا يكون لأحدهما عليه ما تقدم فهو مشترك بينهما.

قوله: "ولمن إليه معاقد القمط في الخص" يعني إذا كان الذي ادعيه
خصا أي جدارا من القصب ولم يكن عليه علامة مرجحة لأحدهما، فهو لمن كان
عقود القمط إلى جانبه.

القمط ما يشد به الخص من ليف أو خوص أو غيرهما.
ودليله العرف والعادة بأنه هكذا يفعل، فإنه يدل على أن الذي صنعه
وعقده كان واقعا في ملكه.

ويؤيده الشهرة، ورواية عمرو بن شمر، عن جابر، عن الباقر، عن أبيه،
عن علي عليهم السلام أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص (١)، فقال: إن
الخص للذي يليه القمط (٢) (٣) (القماط - ثل)، ومثله رواية، عن العامة (٤)، فهي

(١) الخص بالضم والتشديد البيت من القصب والجمع أخصاص مثل قفل وأقفال (مجمع البحرين).

(٢) بالكسر وهو حبل يشد به الاختصاص (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من كتاب الصلح، ج ١٣ ص ١٧٢.

(٤) النهاية لابن الأثير في مادة (قمط) قال: في حديث شريح: اختصم إليه رجلان في خص فقضى
بالخص الذي يليه القمط، ثم قال هي جمع قماط وهي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو غيرها
ومعاقد القمط تلي صاحب الخص والخص البيت الذي يعمل من القصب هكذا قال الهروي بالضم (انتهى) و
راجع سنن أبي ماجه ج ٢ كتاب الأحكام باب ١٨ الرجلان يدعيان في خص رقم ٢٣٤٣ ص ٧٨٥.

ولصاحب العلو بالدرجة وبالخارج عن الملك إلى العلو
لصاحب السفلى، ويتساويان في المسلك.

تدل على اعتبار القرائن.

قال في شرح الشرايع: الرواية ضعيفة إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول
وردها في النافع.

وحينئذ حكم الخص حكم الجدار بين الملكين، وكأنه أوفق بالأصول
والقوانين، إلا أنه يفهم من شرح الشرائع والتذكرة الاجماع، لأنه قال: عند
علمائنا يحكم لمن إليه وجه القمط.

ويدل عليه أيضا رواية منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام
قال: سألته عن خص بين دارين فزعم أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب
الدار التي من قبله وجه القمط (١).

اعلم أن رواية عمرو مذكورة في الفقيه بطريق ضعيف، ورواية منصور
مذكورة في التهذيب والكافي وفي الفقيه بطريق صحيح، وبطريق آخر حسن وفي
الفقيه بدل (فزع) (فذكر) وبدل (خص) (خطيرة) كذا في التذكرة أيضا.
فالمشهور لا بأس به، ولا اعتبار بما تقدم (من شرح الشرايع - خ) وإن احتمل
كونها قضية في واقعة يعرفها عليه السلام، فلا يتعدى، فتأمل.

قوله: "ولصاحب العلو الخ" يعني يحكم لصاحب العلو بالدرجة إذا
ادعاه، وصاحب السفلى لأنها لا تنتفاعه، وله ضرورة إليها دون صاحب السفلى.
والعقل يحكم بأن الأمر الذي يكون، لا بد لشخص دون آخر بأنه لمن هو

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من كتاب الصلح ج ١٣.

والخزانة تحت الدرجة.
والثوب الذي في يد أحدهما أكثره، والعبد الذي لأحدهما عليه
ثياب، والجدار غير المتصل والحامل.

ضروري له.
ويمكن التفصيل بأنه إن كان سلما محطوطا في غير محل الصعود فهو لمن
المحل له فإنه في ملكه فاليد له، وإن كان في محله مربوطا به بالوتد أم لا فهو لصاحب
العلو وإن كان في ملك صاحب السفلى، لما تقدم ولكن مع فرض التردد والصعود به.
وكذا لو كان معمولا بالحص واللبن، لما تقدم هكذا يفهم من التذكرة
فتأمل.

ثم البحث في الخزانة التي تحتها، فالظاهر أنه لصاحب السفلى لاتصالها
بملكه ووضع يده عليها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة مثل بيت يطبخ ويخبز فيه
ويكون سقفها لصاحب العلو فتأمل.

ومعلوم اختصاص صاحب السفلى بالخارج عن الملك.
وكذا اشتراكهما في المسلك المعلوم الذي محل تردد هما، وليس بمعلوم
اشتراكهما كما ذكره المصنف، بل الظاهر الاختصاص إلا مع فرض عدم اتصاله
بملكه وقرينة أخرى فتأمل.

وأیضا معلوم تساويهما في الثوب الذي في يدهما وإن كان أكثره في يد
أحدهما، إذ لا عبرة بمثل هذه الكثرة.
وكذا العبد الذي في يدهما ولا رجحان بكون لباس أحدهما عليه بعد
تساويهما في اليد.

وكذا الجدار الخالي عن علامة الاختصاص مثل ما فيه علامة الاتصال
وحمل السقف وغير ذلك.

ولا ترجيح بالخوارج والروازن.
فيحكم في هذه الصور مع عدم البيينة لمن حلف.
ولو حلفا أو نكلا فهو لهما.
ولا يجب على الجار وضع خشب جاره على حائطه (جانبه خ) بل
يستحب.

وإن الأمور الخارج على (عن - خ) سطح الجدار كالنقوش والكتابات في
صوب أحدهما ليس بمرجح لاشتراكه بينهما، وكذا بالروازن من جانبه فإنه قد يحصل
هذا في ملك الغير كثيرا بإذنه وغيره، فتأمل فيه
قوله: " فيحكم في هذه الصور الخ " يعني في جميع الصور التي حكم
بأن المتنازع فيه مشترك بينهما وهما متساويان يكون ذلك المتنازع فيه لمن يحلف،
فإن حلف أحدهما ولم يحلف الآخر، فهو للحالف، وهو ظاهر.
وعلى تقدير حلفهما أو إقدامهما عليه فلا يحتاج إليه أو نكولهما معا فهو لهما
يعني مشترك بينهما على النصف فهو مال مشترك يمكن التصالح عليه، كسائر
المشتركات، ويحتمل القرعة وكان الأولى أعدل لعدم الاشكال عند الفقيه، لا يمكن
قطع نزاعهم بالشركة من غير لزوم محذور، والقرعة إنما تكون فيما أشكل عنده فتأمل.
قوله: " ولا يجب على الجار الخ " وجه عدم وجوب وضع خشب
(خشبه - خ) الغير، جارا وغيره على حائطه، هو العقل والنقل، وكذا عدم جوازه بغير
إذنه وهو ظاهر ولا خلاف عندنا قاله في التذكرة.
ونقل عن بعض العامة إن للجار أن يضع جذعه على جدار جاره وإن امتنع
أجبر فيجب عليه القبول (١).

(١) عبارة التذكرة هكذا: وقال مالك وأحمد: إن للجار أن يضع الجذوع على جدار غيره، فإن امتنع
أجبر على ذلك وهو قول الشافعي في القديم (انتهى) موضع الحاجة.

فقول الأصحاب إشارة إلى رده، ويدل على رده العقل، فإنه قاض بقبح التصرف في مال الغير إلا بإذنه وعدم وجوبه إلا بدليل، والنقل مثل قوله صلى الله عليه وآله: الناس مسلطون على أموالهم (١) وقوله صلى الله عليه وآله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه (٢).
وأما دليل استحباب قبوله فهو ما يدل على استحباب قضاء حوائج المسلمين، وما يدل على الوصية في حق الجار مثل ما روي عنه صلى الله عليه وآله: لا زال يوصيني جبرئيل بالجار حتى كاد أن أظن (يظن - خ) أن يورثه (٣).
وما روي أيضا من طريقهم: إن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره (٤).
وهو دليل وجوب القبول والجواز بغير الإذن عنده، فإن سلم صحته يحمل على الاستحباب والمبالغة كما في سائره جمعا، فللمالك أن يمنع الجار ويتصرف هو في ماله ب (مهما) أراد وإن حصل الضرر بالغير.
قال في التذكرة: يجوز للرجال التصرف في ملكه بأي أنواع التصرفات شاء سواء حصل به تضرر الجار أولا، فله أن يبني ملكه حماما بين الدور، وأن يفتح خبازا بين العطارين أو يجعله دكان قصارة بين المساكن، وأن أضرت الحيطان بالدق (٥)، وأن يحفر بئرا إلى جنب بئر جاره يجذب (٦) ماءها أو يحفر بالوعة أو مرتفعا يجر (٧)

- (١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ و ٤٥٧ و ج ٢ ص ١٣٨ و ج ٣ ص ٢٠٨.
(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ١١٣ و ٢٢٢ و ج ٢ ص ٢٤٠ ج ٣ ص ٤٧٣.
(٣) الوسائل باب ٨٦ قطعة من حديث ٥ من أبواب أحكام العشرة ج ٨ ص ٤٨٨.
(٤) التذكرة للعلامة رحمة الله البحث الثاني من كتاب الصلح والمسند ج ٢ ص ٢٣٠ ولفظه هكذا: عن أبي هريرة عن رسول الله عليه وآله: لا يمنع رجل جاره أن يجعل خشبته في جداره.
(٥) واخر بها (التذكرة).
(٦) يجتذب (التذكرة).
(٧) يجري (التذكرة).

فإن رجع في الإذن قبل الوضع صح ولو رجع بعده لم يصح إلا بالأرّش.

ماءه إلى بئر جاره لما تقدم، ثم نقل الخلاف عن بعض العام (١). قوله: " فإن رجع الخ " يعني، له أن يرجع عن الإذن في وضع الخشب على جداره قبل الوضع بغير خلاف عندنا، بل ما لم يؤدي إلى خراب وتضييع شيء إلى المأذون له وأما بعده ففيه التأمل.

قال المصنف في التذكرة: الأقرب أن له الرجوع أيضا كما في سائر العواري، ولكن ليس له القلع مجانا، بل مع الأرّش وإن كان القلع يؤدي إلى خراب ملك الجار وإن شاء أبقاه بالأجرة فيثبت له الخيار بين القلع وبين التبقية بالأجرة (٢) رضي صاحبه).

وينبغي أن تكون الأجرة بعد حذف الأرّش فافهم. وأما الأرّش فيحتمل أن يكون هو عوض ما نقص آلات الوضع بالهدم، ويحتمل أن يكون التفاوت ما بين المعمور والخراب ذكرهما في شرح الشرايع واختار الأول.

ويحتمل ثالثا وهو جميع ما أخرجه المالك في المهذوم بسبب أخذ الخشب بعد وضع قيمة الآلات الموجودة عنه فيدخل فيه أجرة الأكار وغيرها وهو الأظهر، ويحتمل الحمل الثاني عليه بتكلف، فتأمل. وظاهر المصنف بل الأكثر جواز اخراج الخشب المعاد وإن كان مستلزما للخراب على المأذون فيعطي الأرّش.

(١) قال - بعد أسطر: وقال أحمد في الرواية الأخرى: أنه يمنع من ذلك، وهو قول بعض الحنفية (التذكرة ج ١ أواخر الفصل الثالث من كتاب الصلح).

(٢) في التذكرة بدل هذه الجملة قال: كما لو أعار أرضا للبناء وهو أظهر قولي الشافعي.

ويحتمل عدم الجواز، وهو مذهب الشيخ لأن لعارية في مثل هذا للتأييد، فكأنه قال: أعرني بحيث يكون دائما عندي ما دام الجدار ولا يكون لك الرجوع بوجه والتزم ذلك فصار لازما لأن المسلمين عند شروطهم (١)، ولأن الأصل في العقود، اللزوم وخرجت العارية في غير محل النزاع بالاجماع ونحوه وبقي الباقي، ولأنه يستلزم الضرر، ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام (٢) ولا ينجر بالأرث، إذ قد يكون بحيث لو لم يعر الخشبة كان يسهل عليه تحصيل غيرها بحيث يبقى دائما وقد تخيل بقاءها دائما، وحينئذ يخرج ملكه وقد لا يوجد من بني ويكون الخرج زائدا بكثير على الأول.

ولا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على مالك الخشب، لأنه فعله بنفسه من غير اجبار مع أن العادة قاضية بأن مثل هذه العارية إنما تكون للدوام، وإن أحدا لا يرتكب مثل هذه العارية مع تجويز رجوع مالكه إذا كان مستلزما للخراب كما في العارية للدفن.

ولا ينفع الفرق بأن النيش حرام، وأنه قياس لما تقدم، ولأن الغرض، التمثيل والتأييد، على أنه قد يقال به: لظهور العلة المشتركة. ويدفع الفرق بأنه على تقدير جواز الرجوع لا يكون النيش حينئذ حراما، بل تكون هذه من الصور المستثنيات الكثيرة. ثم إن الظاهر على تقدير الجواز، ما كان ينبغي وجوب الأرث، لأنه (جواز الرجوع - خ) إنما هو بسبب كونه عارية، وهي جائزة دائما والمالك قد أضر نفسه بقبول العارية الجائزة، فكأنه جوز على نفسه، الرجوع والتخريب، فكأنه المخرب

(١) إشارة إلى الحديث النبوي المشهور.

(٢) إشارة إلى الحديث النبوي المشهور بل المجمع عليه.

ولو انهدم لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف.
ويصح الصلح على الوضع بعد تعيين الخشب ووزنه وطوله.
وليس للشريك التصرف في المشترك إلا بإذن شريكه.

والمهدم، فلا يتوجه أنه سبب ومالك الخشب مباشر، على أنه إذا كان جائزاً، فله أن يجبر مالك الجدار بحكم الحاكم بدفع ماله إليه فيكون هو المباشر فتأمل.
قوله: " ولو انهدم الخ " لعل دليله أن الإذن إنما كان للوضع على هذا الجدار الخاص ومعلوم أنه ليس مع العود بعد الانهدام ذلك الجدار بعينه فلا يشمل الإذن

ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بآلات المهذوم (المنهدم خ) أم لا (أولا خ) وظاهر التذكرة، عدم الخلاف عندنا في ذلك الحكم، وإن الخلاف في القسم الأول للشافعي فقط وأنه يوافقنا في الثاني.
ونقل في شرح الشرايع قولاً آخر للشيخ في المبسوط موافقاً له، وموافقته للمشهور في قول آخر، ولما ذكر الشيخ ره القول الأول من غير تردد طرحوا قوله الآخر، ويمكن أن يكون للرجوع عن ذلك القول فلا ينافيه ما فهم من التذكرة، فتأمل.
قوله: " ويصح الصلح الخ " عموم أدلة الصلح (١)، وجه صحة الصلح على وضع الخشب على جدار الغير مع شرائطه المعتبرة في المعاملات مطلقاً مع زيادة تعيين المدة والخشب، ووزنه وطوله.
ولا يبعد اعتبار تعيين المحل الذي يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً.
وجهه رفع الجهالة والغرر كما اعتبره في غيره، ولا يبعد الاكتفاء بالمشاهدة فتأمل.

قوله: " وليس للشريك الخ " وجه تحريم تصرف الشريك في الجدار

(١) راجع الوسائل باب ١ و ٢ و ٣ من كتاب الصلح ج ١٣.

المشترك وغيره بغير إذن شريكه، ظاهر من العقل (١) والنقل. وقد استثنى منه مواضع كثيرة، مثل القسمة وحال الضرورة، والامتناع من حقوق الغير، فتأمل.

وقد عمم التصرف في التذكرة وغيرها، وقال: لم يكن لأحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد فيه، وفتح روزنة (الكوة خ)، بل وأخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب، بدون إذن جميع الشركاء فيه (إلى قوله): نعم يجوز الانتفاع منه بل ومن جدار الغير بما لا يقع المضايقة فيه كالاستناد إليه واسناد المتاع إليه (عليه خ) إذا لم يتضرر به لأنه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير والاستضاءة بسراجيه ولو منع المالك (مالك الجدار خ) من الاستناد، فالوجه التحريم، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه، ولو بني في ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك أو المختص بالجدار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للآخر الاعتراض، هذا كلامه.

ويفهم من شارح الشرائع أنه فهم هو أيضا عدم المنع من الاستظلال والاستضاءة أيضا حيث قال في دليل جواز الاستناد لأنه بمنزلة الاستضاءة والاستظلال بجداره ثم قال:

نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم وفاقا للتذكرة، لأنه نوع تصرف الخ.

والظاهر أن (أنه خ) ليس له المنع عنهما إذا كان موضع الظل والضوء مما

(١) أما العقل فواضح لقبح التصرف في مال الغير بغير طيب نفسه وأما النقل فلقوله تعالى: " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " وقوله صلى الله عليه وآله: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه وغيرهما من الآيات والروايات.

ولو انهدم لم يجبر الشريك على العمارة إلا أن يهدمه بغير إذن شريكه أو بإذنه بشرط الإعادة.

يجوز جلوسه فيه وهو موضع النزاع وصرح به في شرح الشرايع وهو ظاهر وغير مفهوم من التذكرة.

بل يمكن جواز الاستناد حينئذ مع المنع أيضا وعدم جواز المنع، إذ لا يسمى هذا تصرفا عرفيا بحيث يوجد دليل لمنعه من العقل والنقل.

والأصل، وعموم ما يدل على جواز الانتفاعات بالمباحات إلا ما أخرجه الدليل، مؤيد، ولأنه كالأستقلال والاستضاء.

وكأنه لذلك استقرب في الدروس عدم المنع على ما نقله في شرح الشرايع معللا بانتفاء الضرر وإن كان في كبراه منع، والاحتياط معلوم.

بل يمكن جواز أخذ أقل ما يكون من ترابه لقضاء العادة بعدم المضايقة فيه مثل الاستناد، بل يمكن أن يتصور الضرر في الاستناد دونه، ويفهم ذلك مما تقدم.

وفي دليله ودليل الدروس إشارة إليه، ويؤيده أنهم يجوزون الصلاة ونحوها في ملك الغير بإذن الفحوى فافهم واحتط.

ويمكن أيضا أن يقال: بجواز البناء المتصل مع وقوع ثقله على جدار الغير ما لم يخرج عن ملكه بوجه أصلا.

وفيما تقدم من جواز التصرف في ملكه وإن تضرر به الغير، دلالة واضحة عليه: وكأنه مراد التذكرة أيضا فتأمل.

قوله: " ولو انهدم لم يجبر الخ " وجهه، الأصل وعدم الدليل، والاجماع المنقول في التذكرة قال:

إذا استهدم الحائط أجبر صاحبه على نقضه لئلا يتأذى به أحد سواء كان المالك واحدا أو أكثر، ولو كان لاثنين فنقضاه لاستهدامه أو لغيره أو انهدام الجدار

بنفسه، لم يجبر علي بنائه ولم يجبر أحدهما لو امتنع عند علمائنا (إلى قوله): والفرق بينه وبين القسمة ظاهر فإن للإنسان، الاختصاص بالتصرف في ملكه وإنما يتم بالقسمة، فتأمل.

وأما إجباره على العمارة إذا كان الهدم بغير إذن الشريك أو كان مع إذنه بشرط أن يعبد العمارة، فوجه الأول أنه ضامن فعلية الخروج منه وهو باصلاح ما خربه وإعادة ما هدمه، ووجه الثاني، أظهر وهو، المسلمون عند شروطهم (١). وفي الأول تأمل لأن ضمان المثل إنما يكون في المثلي والجدار قيمي لا مثلي كذا قيل.

وكأنه مأخوذ من التذكرة، قال فيها: لو هدم أحد الشريكين، الجدار المشترك من غير إذن صاحبه، فإن كان (٢) لاستهدام وفي موضع وجوب الهدم، لم يكن عليه شيء وإن كان مما لا يجب هدمه أو هدمه وهو معمور لا يخشى عليه السقوط، فقد اختلف قول علمائنا قال بعضهم: يجبر الهادم على عمارته وإعادةه إلى ما كان عليه أولاً والأقوى لزوم الأرش على الهادم، لأن الجدار ليس بمثلي. ولا يخفى أن الإعادة غير بعيد فيما أمكن المماثلة في الجملة وإن كان الجدار قيمياً باصطلاحهم إلا أن العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران وعدم دقة فيها إذا كان المطلوب، الحایل والمانع ولا يريدون في أمثال ذلك غير ذلك المماثلة في الجملة، فليس ببعيد، الاكتفاء في أمثاله بهذا المقدار، فإن العقل يجد أن لا تكليف في أمثاله إلا بالمثل وهو المظنون. ويؤيده أن الأرش بعيد، فإنه قد لا يسوي بعد الهدم إلا بشيء قليل جداً،

(١) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب أحكام العقود ج ١٢ ص ٣٥٢ وعوالي اللآلي ج ٢ ص ٢٥٨.
(٢) في نسخة فإن كان الاستهدام في موضع الخ.

وللجار عطف أغصان شجرة جاره الداخلة إليه، فإن تعذر قطعت.

والجدار الصحيح يكون له قيمة كثيرة، بل المناسب على القول بالأرث أن يراد به ما يحتاج في تعميمه بمثل ذلك التعمير السابق. وفيه أيضا تأمل، إذ قد يتفاوت العمل والأجرة كثيرا، فتأمل. كأن ما ذكرناه هو الذي نقله في شرح الشرايع عن الدروس، بعد نقله وجوب الإعادة مطلقا عن الشيخ رحمه الله، قال: والأرث هو مختار العلامة في القواعد مع أنه قطع في التذكرة بوجوب الإعادة. وفصل الشهيد في الدروس، فأوجب إعادته إن أمكنه المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع وإلا فالأرث وفيه مناسبة إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية الخ.

والخروج عن القواعد لوجه إذا لم تكن مأخوذة من النص الصريح، لا بأس به ثم إن الذي في التذكرة ما نقلته، وما رأيت ما نقله من القول بالإعادة، نعم هو قوله هنا فتأمل.

قوله: " وللجار عطف الخ " دليل جواز عطف أغصان شجر الجار عن ملكه سواء حصل منه ضرر أم لا، وسواء كان في الأرض أم في الهواء فالعروق والجدار والتراب مثلها، وسواء أمكن اعلام المالك بسهولة ويفعل أم لا وأمكن حينئذ الحاكم أم لا، وسواء كان الموضوع مشتركا بينهما أم لا - أن (١) للمالك افراغ ملكه عن مال الغير.

والأصل، مثل اخراج دابة الغير عن ملكه، مع أن الدابة يحتمل تلفها. وعدم وجوب اقرار مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي ويحتمل توقفه على

(١) خبر لقوله قده: دليل جواز الخ.

مطالبة المالك وعدم فعله كما هو ظاهر أكثر العبارات غير المتن لئلا يلزم التصرف في مال الغير بغير ضرورة.

ويحتمل وجوبه على المالك كما هو ظاهر الشرايع، فمع الامتناع يجبر، قال في التذكرة: لا يجبر، لأنه من غير فعله، وهو يدل على عدم الوجوب، ولكن قال بعده: (ويحتمل إلزامه كما إذا مال حائطه).

والظاهر وجود الفرق، ولهذا يوجبون عليه هدمه وإن لم يكن في ملك أحد إلا أن يفرض في موضع لا يمكن في الضرر فتأمل.

والأول ليس ببعيد لما مر إلا في نحو الدابة التي يجب حفظها فتأمل فيها أيضا.

والأصل دليل قوي، وعلى التقادير في جميع الصور يلاحظ الأسهل وما لا ضرر فيه بوجه، ثم الضرر اليسير وهكذا فمهما أمكن العطف لا يقطع، وإذا ارتفع بقطع أمر قليل لا يتعدى، وإن اندفع بقطع العروق لا يوقد النار تحته لأنه أضر على ما قيل: ويؤيد الجواز مطلقا - كما يفهم من المتن -، ما سبق أن للمالك التصرف في ملكه أي تصرف شاء وإن حصل الضرر على الجار، وما روي في التذكرة في العرق، من قوله صلى الله عليه وآله: ليس لعرق ظالم حق (١)، والتفصيل الذي أشرنا إليه، محتمل فتأمل.

وقال في شرح الشرايع: وتجب المبادرة على المالك باخراج شجره وترابه وحائطه عن ملك الغير لوجوب تخليص مال الغير عن شغله بماله، فتأمل. ومعلوم جواز الصلح على ابقائها مع تقدير المدة ومقدار الزيادة أو انتهائها

(١) عوالي الآلي ج ٢ ص ٢٥٧ رقم ٦.

ويجوز اخراج الرواشن، والأجنحة، والميازيب إلى النافذة مع انتفاء الضرر وإن عارض مسلم.

وسائر الشرائط المتقدمة، سواء ضم إليه الجدار ونحوه مما يجوز بيعه، أولاً. ويفهم من التذكرة الاجماع حيث قال: (عندنا) ونقل الخلاف عن الشافعي ويمكن (١) مجئ خلاف الشيخ أنه فرع البيع حينئذ: ولا يصح بيع الهواء وحده لعدم امكان التسليم، وذكره في شرح الشرايع، فتأمل فيه. قوله: " ويجوز اخراج الرواشن الخ " دليل جواز اخراج جميع ما ذكره في المتن في جداره - إذا كان في الطريق النافذة بشرط عدم الضرر بالمارة بأن يكون عالياً مثلاً - هو الأصل وجواز تصرف المالك في ملكه أي تصرف كان مع عدم المانع. وإن عارضه مسلم آخر بالمنع، سواء كان غرضه أن يخرج هو من جداره أم لا. وله أيضاً اخراجه وإن استوعب الطريق بذلك. وإن حصل المظلمة أو ضرر آخر حينئذ، يجب إزالة الثاني، لأنه حصل منه وإن كان الضرر يزول بإزالة الأول أيضاً حينئذ، صرح به في التذكرة وشرح الشرايع.

ولعل الخلاف عند بعض علمائنا كالشيخ، مع معارضة مسلم. قال في التذكرة: الطرق النافذة، الناس كلهم فيها شرع سواء يستحقون للممر (للمرور خ) وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور فيه أو ينقصه أو يضر بالمارة من بناء حائط فيه أو دكة أو وضع جناح أو ساباط على جدار إذا أضر بالمارة (٢) ولو لم يضر بالمارة بأن كان عالياً لا يظلم فيه الدرب جاز وضع الجناح والساباط من غير مانع عند بعض علمائنا. ثم استدل عليه بعمل الناس إلى الآن من غير تكبير، وبالقياس على

(١) في نسخة: (ولكن يجيء خلاف الشيخ الخ).

(٢) في التذكرة بالمارة إجماعاً.

الاستطراق، وبوضع النبي صلى الله عليه وآله بيده الميزاب في دار العباس (١).
ثم قال: وقال الشيخ رحمه الله وأبو حنيفة: لا عبرة بالضرر وعدمه، بل إن
عارضه فيه رجل (من المسلمين) نزع ووجب قلعه وإن لم يكن مضرا به ولا بغيره،
وإلا ترك، لأنه بني في حق غيره بغير إذنه فكان له مطالبته بقلعه كما لو بني دكة في
المسلوك (٢).

ثم أجاب بمنع القياس ووجود الفارق بالضرر وعدمه.
ويمكن أن يقال: ليس لأحد في هذا الطريق ملك ولا حق عام، بل الناس
شرع في الانتفاع به أي انتفاع كان ما لم يمنع عن الانتفاع المطلوب الموضوع له وإن
كان غير المرور أو المرور في بعض الأوقات، فليس لأحد المنع مطلقا كما قلناه، نعم له
أن يسبق بالبناء فأيهما فعل ليس للآخر منعه إلا مع الضرر فيترك، للضرر كما مر.
وأیضا لو كان حقا مثل سائر الحقوق، فكان ينبغي عدم جواز التصرف
بالمرور أيضا إلا بإذن الجميع، لأنه مشترك وقد مرت المبالغة في عدم جواز التصرف
في المشترك إلا بإذن شريكه حتى القليل من ترابه.
والظاهر عدم الخلاف في ذلك، بل في جواز جميع ما تقدم إلا إذا منعه
وعارضه بعض المسلمين، وظاهر عباراتهم في التقييد بالمسلم أن ليس للكافر ذلك،
مع أن له أيضا حق المرور صرح به في التذكرة.
وأیضا ظاهر تقييدهم بالمارة أنه لو حصل ضرر بغير المارة مثل الاشراف
على بيوت الجار أو جناح الغير بالظلمة وغيرها، لا يمنع ذلك من اخراجه.
وجهه أن الأصل وعموم بما يدل على جواز التصرف فيما خلقه الله تعالى يدل

(١) مسند أحمد بن حنبل ج ١ ص ٢١٠.
(٢) في التذكرة: أو وضع الجناح في سلك غيره والقياس ممنوع الخ.

على جواز ذلك كله، خرج مع الضرر بالمارة بالاجماع، وب (لا ضرر ولا ضرار) (١) بقي الباقي تحته.

ويؤيده أن الممنوع هو التطلع على عورات الناس، لا التمكن منه، وأنه يجوز مثل ذلك في ملك نفسه كما مر، وفي الملك المباح غير الطريق، فإن الظاهر أن لكل أحد أن يبني في ملك مباح وإن حصل العلو والتسلط على جاره صرح به في شرح الشرايع وهو مؤيد لعدم منع المعارض، فتأمل.

ولكن قال في التذكرة: لو تضرر جاره بالاشراف، فالأقرب أن له المنع، لأنه قد حصل به الضرر بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وإن حصل الضرر مع الاشراف، لأن للانسان التصرف في ذلك كيف شاء (إلى قوله): ولست أعرف في هذه المسألة بخصوصها نصا عن الخاصة ولا عن العامة، وإنما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد، ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدي اجتهاده إلى خلاف ذلك.

وهذا انصاف منه رحمه الله وإجازة للغير في خلافه، ولا شك أنه أحوط ل (لا ضرر ولا ضرار) ولما كان في دلالاته على ما نحن فيه خفاء - فإنه مجمل والضرر واقع في الشرع كثيرا وليس بمعلوم مقدار الممنوع منه - قال: ولست أعرف الخ. وقال فيها أيضا: الضابط في التضرر وعدمه، العرف ويختلف بحال الطرق، فإن كان ضيقا لا يمر فيه الفرسان والقوافل وجب دفعه بحيث يمر المارة تحته منتصبا والمحمل مع الكنيسة (القتب خ) المنصوبة على رأسه على البعير لأنه يتفق ذلك وإن كان نادرا ولا يشترط الزيادة عليه وإن كان متسعا يمر فيه الجيوش (إلى قوله): وإن يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لا يبلغه لأنه قد يزدحم

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٠ و ص ٣٨٣ و ج ٢ ص ٧٤ و ج ٣ ص ٢١٠.

الفرسان فيحتاج إلى أن ينصب الرماح وقال بعض الشافعية: لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه أحدا وليس بجيد لأن ذلك قد يعسر (١).

هذا إذا كان الطريق للجيش والفرسان الكثيرة، لا يبعد اعتباره، إذ قد يتفق ولا يندفع بالندور، ولا بإمكان إمالته على وجه لا يبلغهم، إذ قد لا يمكن ذلك لكثرة الفرسان أو لا يميل فيضر بالفرس أو الراكب، وبه يندفع كلام الشافعي، ولا شك أنه أحوط ومع العادة يجب فتأمل.

ثم قال: لو أظلم الطريق بوضع الجناح أو الروشن أو الساباط، فإن ذهب الضياء بالكلية منع إجماعا لأنه يمنع السلوك فيه، وإن لم يذهب الضياء جملة، بل بعضه، فالوجه المنع إن تضرر به المارة، وإلا فلا.

والظاهر أن المراد بذهابه أو نقصه أعم من أن يكون في بعض أوقات المرور أو كله ليلا أو نهارا بالنسبة إلى كل أحد أو بعضه مثل ضعيف البصر مع العادة، والضرر أعم من أن يكون للتعثر منه أو لتلف شيء من المارة وغير ذلك.

والظاهر أنه لا يندفع بوضع السراج، إذ قد لا يذهب الكلية، وقد ينطفئ في الأثناء وقد ينسى أو قد يموت الواضع ولا يفعل غيره وهو ظاهر.

وبالجملة، الخلاص من ضرر الساباط ونحوه مشكل، فالترك أولى

ويشكل صحة العبادات على ذلك السطح لو جوب إزالته، ولاحتمال كون هذا التصرف منهيا، بل صحة عبادات واضعه في غير هذا المحل أيضا في سعة الوقت إذا كانت منافيه للإزالة لأنه غاصب حقا مضيقا مأمورا بإزالته، بل يشكل صحة عبادات كل من يقدر على إزالته المنافية لها فإنه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولا شك أنها لا تصح مع صحة المقدمتين، كون الأمر بالشئ مستلزما للنهي عن ضده الخاص، وكونه مفسدا للعبادة، وقد مرنا مرارا، وهو مذهب جماعة من العامة والخاصة فتذكر وتأمل.

قال في شرح الشرايع: وجوب إزالتها لا يختص بوضعها وإن كان الأمر فيه أكد لكونه غاصبا فإن إزالتها رفع المنكر فيجب على كل من قدر المعاونة عليه بالقول والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر. قال في التذكرة: إذا وضع الجناح أو الروشن أو الساباط في الدرب السلوك على وجه يضر، وجب عليه إزالته، وعلى السلطان الزامه بذلك. لعل في قوله (١): (المعاونة) وفي قول التذكرة: (عليه) (٢) و (على السلطان إزمه) إشارة إلى أنه لا يكلف الغير بالإزالة فإنها تكليف شاق وفيها صعوبة فلا يكلف غير الفاعل، وإنما الواجب إزالته على الواضع، وعلى الغير الزامه وإعانتة بحيث يزيل ذلك لا الإزالة بنفسه وإن لم يتمكن، فالظاهر وجوب دفعه باعطاء الأجرة عن بيت المال.

نعم لا شك في جواز الإزالة كما في بعض العبارات، وكلام التذكرة مشعر به حيث قال: (على السلطان إزمه) وما قال: (يجب إزالته). والظاهر أنه لا يجب على الغير ارتكاب الإزالة خصوصا مع المشقة، للأصل، ولأنه إذا حفر بئرا في الطريق، فالظاهر عدم وجوب طمه على الغير، بل الواجب المنع وتكليف الفاعل به فتأمل. والظاهر أن الفرق بين الساباط وبينهما (٣)، أن في الساباط لا بد أن يصل

(١) يعني شارح الشرايع في العبارة المذكورة.

(٢) يعني في قوله: وجب عليه.

(٣) يعني الروشن والجناح.

وفتح الأبواب فيها.

الخشب إلى الجدار المقابل فلا بد من كونه مأذونا فيه أيضا، وهو ظاهر بخلافهما، وأما بينهما، فيمكن بكون العمارة على أحدهما دون الآخر أو وضع الخشب فوقه أو بوضع الأعمدة وعدمها والأمر في ذلك هين.

ثم قال في التذكرة (١): ولو صلحه الإمام على وضعه أو بعض الرعية على شيء لم يجز لأن ذلك بيع الهواء منفردا وهو باطل، والهواء لا ينفرد بالعقد، بل يتبع الدار كالحمل مع الأمة (٢).

كأنه يريد على مذهب الشافعي (٣)، إذ لا معنى له على مذهبنا وهو ظاهر، ولأنه قال هنا: إن كان مضرا لم يجز أخذ العوض عنه كبناء دكة في الطريق، وإن لم يكن مضرا كان جائزا، ولأنه قال: - بعد هذا في مسألة - : لو أخرجت أغصان شجرة لو صالحه على ابقائه على الهواء صح عندنا خلافا للشافعي، ولأنه ليس يفرغ للبيع عنده.

فقوله: (وإن عارض مسلم) إشارة إلى خلاف الشيخ وأبي حنيفة حيث قالوا: لا عبرة بالضرر وعدمه، بل إن عارضه رجل من المسلمين نزع ووجب قلعه وإن لم يكن مضرا بغيره، لأنه بني في حق غيره بغير إذنه، فكان له مطالبته بقلعه. وهذا يدل على أنه ملك له، وهو غير ظاهر، بل إنما لكل أحد الاستطراق لا غير فليس لأحد منع ما لا يضر بذلك الانتفاع فقولهم: (إنه ملك للمسلمين) مجاز ومسامحة.

قوله: " وفتح الأبواب فيها الخ " أي يجوز فتح الأبواب وإن كانت مستحجة في النافذة مطلقا، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أو إلى غيرها،

(١) يعني عقيب قوله: (وعلى السلطان الزامه) كما تقدم.

(٢) هكذا في النسخة ولعل الصواب (مع أمه).

(٣) فإنه ذهب إلى جواز الصلح على الهواء تبعا لا منفردا.

ويمنع مقابله من معارضته وإن استوعب الدرب
ولو سقط فسبق مقابله لم يكن للأول منعه.

نافذة ومرفوعة أو لم يكن.

(ويمنع مقابله عن معارضته) يعني الذي في مقابله لو منعه عن استجداد
الباب منع عنه إذ ليس له ذلك، فإنه ليس له إلا الاستطراق وهو حاصل فهو وغيره
سواء في عدم جواز المنع (وإن استوعب الدرب) أي صار بحيث لم يبق له موضع
يفتح بابا آخر.

ولو سقط هذا الباب، بأن وقع الحائط الذي هو فيه مثلا فسبق المقابل إلى
فتح باب من ملكه، والفرض أنه لا يسع إلا بابا واحدا، فليس للأول منعه وهو
ظاهر.

كما أنه إذا أراد فتح باب وفتح غيره قبله، فإنه موضع مباح للكل فكل من
يتصرف فيه (به خ) فهو أحق، ولا دليل على ثبوت الأولوية بالأولية، مع احتمالها،
فإنه ليس بأقل من التحجير في المباحات، فتأمل.
قال في التذكرة: لو وضع جناحا لا ضرر فيه أو روشنا كذلك وهدمه
المالك أو جاره قهرا وتعديا ثم وضع الجاز روشنا أو جناحا في محاذاته ومد إلى مكان
روشن الأول، جاز وصار أحق به لأن الأول كان يستحق ذلك لسبقه إليه، فإذا
زال وسبقه الثاني إلى مكانه كان أولى، كرجل جلس (حبس خ) في مكان مباح
كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم فإنه يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره
الجلوس في مكانه وليس للأول إزعاجه وإن أزعج الأول فكذا هنا، ومنع منه بعض
الشافعية لما (١) حاصله أن يزول بالاعراض عن الجناح لا بالهدم والانهدام كالجالس

(١) من قوله قده، لما حاصله إلى قوله للأولوية منقول بالمعنى وعبارة التذكرة هكذا: لأن الجالس في
الطريق المسلوك الواسع إذا ارتفق بالعود لمعاملة الناس لا يبطل حقه بمجرد الزوال عن ذلك الموضع وإنما يبطل
بالسفر والاعراض عن الحزنة على ما يأتي فقياسه أن لا يبطل بمجرد الانهدام والهدم بل يعتبر اعراضه عن ذلك
الجناح ورغبته عن إعادته ونحن نمنع الخ.

ولا يجوز جميع ذلك في المرفوعة إلا بإذن أربابها وإن لم يكن مضرا.

في المكان للأولوية.

ثم قال: ونحن نمنع الحكم في الأصل والأولوية وسيأتي (١).
والذي يتخيل أولوية قول بعض الشافعية، إذ لا شك في حصول الأولوية
والأصل بقاؤها، ومعلوم زوالها بالأعراض لا غير، والظاهر أنه ليس بأقل من
التحجير، ويفهم من القواعد أنه إذا أزال التحجير قهرا يمكن عدم زوال أولوية
المحجر.

وبالجملة، الحكم ليس بمنصوص ولا مجمعا عليه على الظاهر، فليس ببعيد
قول بعض الشافعية ولا شك أنه أحوط.

قوله: " ولا يجوز جميع ذلك في المرفوعة إلا بإذن أربابها وإن لم يكن
مضرا " الظاهر أن المراد بالمرفوعة، التي لا تنتهي إلى طريق آخر أو موضع مباح يجوز
استطراقه بل يكون منتهيا إلى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق، سواء كان
مسدودا بحائط أو نحوه أو لم يكن، بل يكون منتهيا إلى ما لا يجوز التعدي والاستطراق
بعده ول (أربابها) من له باب نافذ فيها على وجه شرعي يجوز استطراقه فيها لا من
كان حائطه فيها.

ودليل عدم جواز هذه الأمور كلها هو أن هذا الزقاق، أرضه وهواه ملك لأهله
فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنهم حتى نصب الميزاب بحيث يشغل شيئا من الهواء.
وأما اجراء الماء عن سطحه وحائطه بحيث يجري عليه ويحى إلى الزقاق،
فالظاهر أنه يجوز، لما تقدم أن لكل أحد التصرف في ماله أي تصرف كان وإن كان

(١) في التذكرة: (على ما يأتي إن شاء الله تعالى).

بذلك تضييقه، ولو وضعوه على أوسع من السبع، فالأقرب أن لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه.

والظاهر أن هذا أعم من أن يكون الطريق مرفوعاً أم لا، نعم لا بد أن يكون في المباح لا في الأملاك.

وأيضاً يدل عليه ما قال في التذكرة: وهل يشترط جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم، أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره (١)، لأن محل تردده، وهو ذلك المكان خاصاً، ومروره فيه دون باقي السكة، فحكم ما عدا ذلك حكم غير أهل السكة، وهو أظهر وجهي الشافعية. ولعل الأظهر (٢) أظهر لأنه مأخوذ من التصرف والتردد وليس إلا إلى بابه، والأصل عدم شركته مع الباقي.

والثاني (٣) لهم، وهو أن الاستحقاق في جميعها لجميعهم، لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بجميع الصحن بطرف الأثقال ووضع الأحمال عند الإخراج والادخال.

وتظهر الفائدة - على أصح قولي الشافعي - في منع اشراع الجناح الخ. وهذا صريح في أن ليس هنا ملكية، بل الاستحقاق المأخوذ من التردد والحاجة إليه.

ويدل عليه أيضاً ما قاله فيها: هذا كله أعني سد الباب وقسمة الصحن إنما هو إذا لم يكن في السكة مسجد، فإن كان مسجد قديم أو حديث، فالمسلمون كلهم

(١) في التذكرة بعد قوله: داره هكذا ولا تتخطأ عنه؟ المشهور عندنا اختصاص كل واحد بما بين رأس السكة وباب داره الخ.

(٢) الظاهر أنه قد يريده أن أظهر وجهي الشافعي أظهر.

(٣) يعني الوجه الثاني للشافعية وهذا تنمة كلام التذكرة إلى قوله: الجناح.

يستحقون الطروق إليه ولا يمنعون منه، وكذا لو جعل بعضهم داره رباطا أو مسجدا أو مدرسة أو مستراحا لم يكن لأحد منعه ولا منع من له الممر فيه وحينئذ لا يجوز لأحد أن يشرع جناحا، ولا ساباطا، ولا روشنا عند التضرر به وإن رضي أهل السكة لحق سائر الناس (١).

وهذا أصرح.

وأیضا يدل عليه أن كل أحد يدخل هذه المرفوعة من غير إذن أهلها ويجلسون فيها ويقفون ويدخلون الدواب، ولو كان ملكا لما ساغ ذلك ولو لم يكن سائغا لوقع المنع منه ولو عن بعض العلماء أو الامتناع عنهم، ولو كان لنقل، للعادة، بل لو كان ملكا لم يجوز لأهلها أيضا ذلك كله إلا برضاء الجميع، لما عرفت من المبالغة في عدم جواز التصرف في المشترك ولو بأخذ تراب قليل ينشره على الكتابة، ومعلوم أن الداخل فيها والخارج عنها لا ينفك عن ذلك.

ولو كان موقوفا على الإذن يلزم الضرر، إذا قد لا يأذن الجار أو لمن له معهم شغل وعمل أو لم يكن حاضرا، أو يكون موقوفا إلى الذهاب إليه في المرفوعة فيدور. ويبعد الاكتفاء بالإذن بسبب العلامات مع ما تقدم، على أنه قد يصرح واحد منهم بالمنع فيحصل الضرر والتعطيل.

قال في التذكرة: يجوز لكل أحد، الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطء، وركوب، وترجل ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر لأنها موضوعة لذلك، وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع إذن أربابها ولو منع واحد أو منعوا بأسرهم، فالأقرب عدم المنع لأن لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذة (٢).

(١) إلى هنا كلام التذكرة ج ٢ ص ١٨٣.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ١٨٤.

ولو أحدث جاز لكل أحد إزالته.

وهذا صريح فيما قلناه، ولكن قال:
وفيه اشكال، الأقرب (١) أن جواز دخولها من قبل (٢) الآيات المستندة إلى
قرائن الأحوال، فإذا عارضه نص المنع عمل به وأما الجلوس بها وادخاله الدواب إليها
فالأقوى المنع لا مع إذن الجميع فيه (٣).
هذا هو موافق لما قاله هو وغيره من الملكية ولكنها غير ظاهرة لما تقدم.
والاعتماد على الآيات (٤) وإذن الفحوى للدخول مشكل مع ما تقدم من
عدم جواز التصرف في المشترك على الوجه الذي تقدم، فقوله الأول: (الأقرب عدم
المنع) أظهر وهو يدل على عدم الملكية فتأمل.
وبالجملة، الظاهر عدمها (٥) في النافذة والمرفوعة فلا فرق، ومعلوم عدم
الملكية في الأولى، إذ يبعد ملكيته لكل أحد حتى الكفار في أقصى الهند، ورب
مسلم في أقصى الروم والظاهر أنه لا يقول به أحد.
وكذا المرفوعة، إذ السد ليس بمملك وهو ظاهر.
وكل ما ثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرفات في هذه الزقاقات
(الزقاق خ) مثل ما يكون مضرا، فهو ممنوع منه، وأما غيره فلا حتى يثبت من غير
فرق بين المرفوعة والمسلوكة، فتأمل، والاحتياط طريق السلامة إن أمكن فلا يترك
قولا وفعلا، الله الموفق.
قوله: " ولو أحدث جاز لكل أحد إزالته " لا شك في الجواز لأهل
المرفوعة، لأنه في حقهم، ولأنه منهي وكذا لغيرهم من باب نهى المنكر.
وإنما الكلام في الوجوب وقد مر البحث فيه.

(١) أقربه - التذكرة.

(٢) هكذا في النسخ لكن في التذكرة من قبيل الإباحات الخ ولعله الصواب.

(٣) إلى هنا عبارة التذكرة (٤) يعني العلامات.

(٥) يعني عدم الملكية.

ويمنع من فتح باب لغير الاستطراق أيضا، دفعا للشبهة.

والظاهر أنه لا يجب إلا المنع من الاحداث والابقاء والمعاونة على الإزالة ب (مهما أمكن) لدفع المنكر، وأنه يجب على الإمام جبره على ذلك، بل على كل قادر بشرائط النهي عن المنكر.

وأما الإزالة المحتاجة إلى صرف المال أو التعب فليس بواضح، والأصل ينفيه ولهذا قال هنا: يجوز (١)، وفي التذكرة: يجب على السلطان جبره، وما قال: (يجب إزالته على كل قادر)، ولهذا إذا حفر انسان بئرا في الطريق أو سود بابا أو سده بالحائط وغيره أو رمي فيه ما يعثر أو بني في المسجد، يجب في (على خ) الظاهر على كل أحد دفع ذلك بنفسه وماله، بل إنما يكلف به هو، لأنه بمنزلة المشتغل بالمنكر فيجب تركه، وعلى الناس منعه.

ولا يبعد وجوب الإزالة من بيت المال ومال المصالح العامة لمن له التصرف إن لم يمكن إلا بالمال، ويحتمل الوجوب على كل أحد أيضا كما يشعر به ما تقدم من شرح الشرايع.

قوله: " ويمنع من فتح الخ " قد علم عدم جواز فتح الباب إلا بإذن الأرباب، ولكن إعادة تأكيداً لدفع ما يقال: أن سبب المنع هو التصرف والاستطراق، ومجرد فتح الباب لا يستلزم ذلك. بل هو بمنزلة الروزنة، وأنه تصرف في ملك نفسه، وله ذلك، لما تقدم وسيجيء أيضا.

وأن له أن يرفع حائطه بالكلية فكيف بعضه الذي هو عبارة عن فتح الباب (دفعا لشبهة أنه باب فإنه قد يتردد فيه أو يؤول إليه، ولا يمكن اثبات تجرده لغير ذلك وخصوصا إذا مضى مدة ومات من يعرف من الشهود فيمنع ذلك لهذه المفسدة.

(١) حيث قال المصنف ره: ولو أحدث جاز الخ.

ولا يمنع من الروازن والشبايبك.
وفتح باب بين داريه المتلاصقين إذا كان باب كل واحدة في
زقاق منقطع.

وفي منع الغير عن التصرف في ملكه بمثله تأمل واضح، ولهذا قال في
التذكرة في الذي لا باب له في هذا الزقاق: يمكن أن يكون (يمكن ظ) من ذلك،
أي فتح الباب لغير الاستطراق، لأنه لو دفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه،
فالبعض أولى، فالذي له باب، بالطريق الأولى.

قوله: " ولا يمنع من الروازن والشبايبك، وجه عدم المنع ظاهر، وهو أن
لكل أحد التصرف في ملكه أي تصرف شاء، وما فتح الروازن ونصب الشبايبك
(بك خ) إلا التصرف في حائط، نعم لا بد أن لا ينصب الشبايبك (بك خ) بحيث
يأخذ شيئاً من هواء الزقاق إلا بإذن جميع أربابه، مضراً كان أم لا، ولا يكتفى
بالآيات لما تقدم.

ولا فرق في الروازن أو الشبايبك بين أن يضر بالجدار بإمكان الاطلاع على
عوراته أو التسلط عليه ومنع ضوئه أو الانتفاع بضوء سراحه.
نعم للجدار أن يفعل في ملكه ما يمنع ذلك ولو بنصب حائط قريباً من
الروزنة بحيث يمنع الانتفاع بها بالكلية ما لم يستلزم التصرف في ملكه، فله أن يلصق
بحائط الروزن من غير الاتكاء.

وبالجملة لكل أحد التصرف في ملكه ولا ينظر في ذلك إلى ضرر الغير لما
تقديم، وقد صرح به في التذكرة وغيرها، ودليله تسلط الناس على أموالهم الثابت
بالنقل والعقل (١).

قوله: " وفتح باب الخ " أي لا يمنع من فتح باب داريه بأن يكون له

(١) عوالي اللثالي: ج ١ ص ٢٢٢ و ٤٥٧ و ٢ ص ٢٣٨ و ج ٣ ص ٢٠٨.

وذو الباب الأدخل يشارك الأقدم إلى بابه، والفاضل في الصدر إن وجد وينفرد بما بين البابين، ولكل من الداخل والخارج تقديم بابه لا ادخالها.

داران متلاصقان لكل واحدة باب في زقاق مقطوع إذا أراد أن يفتح بابا بينهما لإرادة أنه يجيء من درب أحد البابين والخروج من باب الآخر أو لغير ذلك الغرض، وجهه ظاهر مما تقدم، ولهذا قال في التذكرة ردا لقول بعض الشافعية: (وهو غلط) لأنه يجوز رفع الحاجز بالكلية، فرفع بعضه أولى، فذكره هنا وفي غيره للرد، وإلا فهو واضح.

قوله: " وذو الباب الأدخل الخ " يعني إذا كان في المرفوعة بابان مثلا فذو الباب الأدخل التي (١) هو آخر بالنسبة إلى أول المرفوعة شريك مع الأقدم من أول المرفوعة إلى بابه، وكذا شريك معه في الفاضل في آخر المرفوعة أي الموضع الذي يكون بعد الباب الأخير الذي هو باب الأدخل وهو مختص بما بين البابين. والحاصل أن الأدخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين هذا ظاهر.

ولكن المتن يحتاج إلى تكلف فإنما نجد ما يعطف عليه (الفاضل (٢)) تقديره يشارك الأقدم في الموجود في أول المرفوعة إلى باب الأقدم، وفي الفاضل.

أو يكون (الفاضل) مبتدأ خبره محذوف، والتقدير، الفاضل في الصدر أيضا مشترك، والمراد بالصدر آخر المرفوعة وهو ظاهر هنا وصريح في التذكرة والأمر في ذلك هين. ولكن دليل الحكم غير ظاهر، نعم أنه مشهور.

(١) هكذا في النسخ والصواب (الذي).

(٢) الموجود في المتن بقوله: والفاضل في المصدر.

سواء حصل الضرر أم لا إلا بإذن الأرباب فمعه أيضا يجوز مطلقا فهو مؤيد للاشتراك.

ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين البابين لذي الباب الأدخل (١).
وأیضا ذكروا أنه يجوز لكل من الأدخل والأقدم اخراج بابه، وبعضهم صرح مثل شرح الشرايع والتذكرة به مع سد الأول وعدمه لا الادخال، وقد احتمل في التذكرة الادخال أيضا كما مر، والظاهر أنه مع عدم الإذن.
وحيث لا مانع من الرواشن ونحوها أيضا، فكأنهم جوزوا جميع ما حرموا.
وأیضا إذا كان الفاضل مشتركا وقد جوز اخراج الباب في المشترك فينبغي جواز الادخال للأدخل لأنه في المشترك.
وأیضا إذا كان ما بين البابين مختصا فكيف يكون الفاضل مشتركا للارتفاع والانتفاع به، وظاهر كلامهم أنه مشترك بحيث يجوز الانتفاع به مطلقا إلا أنه موقوف على إذن ذي الباب الأدخل وهذا أيضا دليل اشتراك الجميع.
إلا أن يقال: قد يكون الملك له، وقد يكون للأقدم المرور للانتفاع.
وهو بعيد كالتقول بأن الملك والاشترك لا يستلزم الانتفاع بغير إذن الأدخل.

وبالجملة كلامهم في هذا المقام غير مفهوم لي جدا، ويمكن التخلص عن بعض الاشكالات بطريق الجدل والاحتمال ولكن لم يتحقق شيء تطمئن به النفس.

والظاهر مع قطع النظر عن كلامهم عدم الملكية في المرفوعة أيضا واشترك الكل في الكل بالانتفاعات المتقدمة بحيث لا يضر بالآخر وعدم الفرق بين المرفوعة

(١) هكذا في أكثر النسخ وفي بعضها الادخل والأول.

" المقصد السادس في الاقرار "
ومطالبه اثنان
(الأول) في أركانه، وهي أربعة: الأول: المقر.

قوله: " المقصد السادس في الاقرار الخ ".
ترك تعريفه لظهوره وتبادره وشهرته، فإن كونه اخباراً، عن حق سابق
معلوم، مذكور في غيره، مثل التذكرة.
وأما الذي يدل على اعتباره وحجيته على المقر فهو العقل والنقل، كتاباً،
وسنة، وإجماعاً، فإن العاقل، لا يكذب على نفسه بما يضره.
وفي القرآن العزيز آيات كثيرة تدل على اعتباره في الجملة، مثل قوله
تعالى: " أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري، قالوا أقررنا " (١).
وقوله تعالى: " وآخرون اعترفوا بذنوبهم " (٢).
وقوله: " ألسنت بربكم، قالوا بلى " (٣).
وقوله: " كونوا قوامين بالقسط شهداء على الناس ولو على أنفسكم " (٤).
وقال المفسرون: شهادة المرء على نفسه اقرار، وقال في التذكرة:

-
- (١) آل عمران - ٨١.
 - (٢) التوبة - ١٠٢.
 - (٣) الأعراف - ١٧٢.
 - (٤) النساء - ١٣٥.

ويشترط بلوغه ورشده وحرته، واختياره، وجواز تصرفه
لا عدالته.

والأخيرة (١) أظهر في المطلوب هنا.
وفي السنة الشريفة أيضا أخبار كثيرة دالة على ذلك من طرق العامة
والخاصة مثل ما روي عنه صلى الله عليه وآله: قولوا الحق ولو على أنفسكم (٢).
وما روي عنه صلى الله عليه وآله وعن أوصيائه صلوات الله عليهم،
الأخذ بالاقرار (٣) والحد به في الزنا (٤) وغيره، (٥) وهو ظاهر لا يحتاج إلى الذكر،
وسيجئ البعض أيضا.
وأما كون أركانه أربعة، فلأنه لا يتم غالبا إلا بلفظ، ومقر، ومقر له، وبه
وقد لا يحتاج إلى المقر له فتأمل.
قوله: " ويشترط بلوغه الخ " الركن الأول، هو المقر، وفي اعتبار بلوغه
ورشده في الجملة نقل الاجماع في التذكرة.
قال في التذكرة (٦): أقارير الصبي لاغية، سواء كان مميزا، أو لا، وسواء
إذن له الولي أو لا عند علمائنا، وبه قال الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وآله:
رفع القلم، عن ثلاثة، عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون، حتى يفيق، وعن النائم

- (١) يعني الآية الأخيرة وهي قوله تعالى: " كونوا قوامين الخ ".
(٢) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ج ٢ ص ٥٢ باب الاقرار، رقم ١٢٦٥.
(٣) لعل المراد عموم البنوي المعروف: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣ و ج ٢
ص ٢٥٧ و ج ٣ ص ٤٤٢.
(٤) راجع الوسائل باب ١١ و ١٢ من أبواب مقدمات الحدود ج ١٨ ص ٣١٨ وباب ١٦ من أبواب حد
الزنا ص ٣٧٧.
(٥) راجع الوسائل باب ٥ من أبواب حد اللواط ص ٤٢٢ وباب ١٦ من أبواب حد القذف ص ٤٤٩
وباب ٣ من أبواب حد السرقة ص ٤٨٢، وغيرها.
(٦) في التذكرة: يشترط في المقر، البلوغ فأقارير الصبي الخ.

حتى ينتبه (١).

وقد مر البحث عنه مرارا، فلا وجه للإعادة.
وأما اشتراط الحرية، فهو للقبول حال الاقرار، والمؤاخذة به حينئذ وإلا
فسيجئ قبول اقرار المملوك، وأنه يتبع به.
ودليله على تقدير عدم تملكه واضح، وكذا على تقدير التملك، وكونه محجورا
عليه ونقل عليه الاجماع، في التذكرة.
قال: فلا يقبل اقرار العبد بالعقوبة، ولا بالمال عند علمائنا أجمع.
ويدل على اشتراط الاختيار، العقل والنقل. وهو ظاهر.
ونقل في التذكرة، الاجماع، قال: فلا يقع اقرار المكره على الاقرار عند
علمائنا أجمع.
ودليل اشتراط جواز التصرف فيما أقر به أيضا ظاهر، وكأنه مجمع عليه أيضا
ويمكن الغنى به عن اشتراط البلوغ والرشد، والحرية، بل الاختيار أيضا فتأمل إلا
أنه ذكر الكل للتفصيل والتبيين.
ودليل عدم اشتراط العدالة، وغيرها، هو الأصل مع عموم أدلة قبول
الاقرار (٢).
فكأنه أشار بقوله: (لا عدالته) إلى خلاف بعض العامة أو منا، الله يعلم
فتأمل.

(١) راجع سنن أبي داود ج ٤ (باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا) فيه خمسة أحاديث كلها بهذا
المضمون مع اختلاف الألفاظ ومع تقديم وتأخير ونحوها عن علي عليه السلام في الوسائل باب ٤ حديث ١٠٠
من
أبواب مقدمات العبادات ج ١ ص ٣٢.
(٢) إشارة إلى قوله صلى الله عليه وآله: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز - عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣
و ج ٢ ص ٢٥٧ و ج ٣ ص ٤٤٢.

ولو أقر الصبي بالوصية بالمعروف صح على رأي.

ثم اعلم أن المصنف وجماعة حكموا بأن من ادعى البلوغ بالاحتلام أو الحيض وكان ممكنا في حقه قبل، والامكان في الذكر بالعشر، وفي الأنثى بتسعة، وأنه لا يحلفان (١) وإن كان في الخصومة، وإلا دار. ودليل القبول، كأنه الامكان (٢) وظهور الصديق في المسلمين، وعدم امكان الاشهاد عليه، مثل قبول انقضاء العدة عن المرأة وغيره. ودفع الدور في الدروس، باشتراط اليمين على امكان البلوغ لا نفسه واستشكل قبول الحيض، لأنه بمنزلة الدعوى بالبلوغ بالسن، فإنه لا يكون قبل التسع.

وفيه تأمل، إذ لا فرق بين الاحتلام والحيض وقد يعرفان بالعلامات قبل العلم، بالسن مع الاحتمال ثم يعلم السن. ودفع الدور صحيح إن كان مقصوده إنا لا نسلم التوقف على البلوغ، إذ لا دليل عليه إنما المسلم توقفه على الامكان. فلا يرد قول المحقق والشهيد الثانيين، بأن ضعفه ظاهر لا اشتراط اليمين بالبلوغ إلا أن ثبت ذلك وليس. وأيضا قال في التذكرة: يجوز القبول في السن إذا كان غريبا وحمولا لا يمكنه اثبات بلوغه بالبينة.

كأنه لا اشتراك علة الاحتلام والحيض على أنه يمكن كون ذلك مذهب بعض الشافعية وإن كان ظاهرها كونه مذهبه فتأمل. قوله: " ولو أقر الصبي بالوصية الخ " هذا بمنزلة الاستثناء عن شرط

(١) يعني لا يحلف الذكر والأنثى على صدق ما ادعيه من البلوغ وإن كان دعواهما في مقام الخصومة مع غيرهما لاستنزاهما للدور لأن قبول حلفهما يتوقف على بلوغهما فلو كان بلوغهما متوقفا على الحلف لدار.

(٢) يعني يقبل دعواه الاحتلام إذا أمكن في حقه إذ لا يمكن إقامة البينة عليه.

البلوغ، أو الشرط للكلية ولما كان قبول اقرار الصبي بالوصية بالمعروف فرع قبول وصيته فيه، وكان مذهب المصنف في هذا الكتاب هنا وبحث الوصية ذلك، قال بقبول اقراره بها.

فينبغي البحث في قبول وصيته، فنقل ذلك، عن جماعة مثل الشيخين، والمحقق.

قال في الشرح (١): والمصنف هنا ونجم الدين (٢) ذهبا إلى مذهب الشيخين، لاشتهاره، ولكثرة الروايات.

وقد نقل قبله شروطا ثلاثة عن الشيخ، بلوغ العشر، ووضع الأشياء مواضعها، وكونها بالمعروف.

كأنه يريد ب (وضع الأشياء مواضعها) التمييز، بل الرشد، فإن الدليل على اعتباره وعدم جواز تصرف السفية، قد تقدم.

وبعض المتأخرين على خلاف ذلك حتى المصنف في غير الكتاب، قال في الدروس: وتفرد ابن إدريس برد وصية من لم يبلغ.

والذي يدل على الثاني (٣) هو عموم الكتاب، والسنة، (٥) الدال على المنع عن مطلق التصرف حتى يبلغ ويرشد، ومرت (٦) أكثرها، ولهذا ما جوزت

(١) يعني الشهيد في المسالك.

(٢) هكذا في النسخ، ولعل الصواب (نجيب) بدل (نجم) وهو الشيخ نجيب الدين ابن عم المحقق الحلبي وسبط صاحب السرائر رضوان الله عليهم المتوفى ٦٨٩ هـ.

(٣) يعني عدم قبول وصية الصبي مطلقا.

(٤) لعل المراد قوله تعالى: "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" النساء - ٦.

(٥) راجع الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات ولاحظ ما علق عليه في آخر هذا الباب ج ١ ص ٣٠.

(٦) هكذا في النسخ ولعل الصواب (مر) باسقاط التاء.

معاملته بإذن الولي أيضا مع الرشد ووقوعها على الوجه اللائق، ولكن عرفت التأمل فيه، فتذكر.

وأما الأول فيدل عليه أيضا أدلة صحة عموم التصرفات، وأن الناس مسلطون على أموالهم (١) وعموم أدلة الوصية (٢) مثلا، وتقبيح العقل منع أحد عن ملكه خرج منه موضع النص والاجماع، بقي الباقي على أصله. ويمكن الجمع بين العمومات بجمل الأول على غير هذه الصورة كما يمكن تخصيص الأخيرة بالبالغ الرشيد وإن كان هذا أولى بتقديم الخاص مطلقا. إلا أنه ورد في الوصية بالمعروف ونحوها بخصوصها أخبار مقبولة، مثل رواية زرارة - التي فيها موسى بن بكر الواقفي - عن أبي جعفر عليه السلام، قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق، أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز (٣).

وصحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء (٤)

ولا يضر اشتراك علي بن الحكم (٥)، لما مر غير مرة أنه الثقة في مثل هذا

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ و ص ٤٥٧ و ج ٢ ص ١٣٨ و ج ٣ ص ٢٠٨ ولاحظ ما علق عليه في هذه المواضع.

(٢) راجع الوسائل باب ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و باب ١٥ و ١٦ و ١٧ من كتاب الوصية ج ١٣ ص ٣٦٠.. ص ٣٨١.

(٣) الوسائل باب ٤٤ حديث من كتاب الوصايا وسندها كما في الكافي هكذا: عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد، وأحمد بن محمد بن عيسى، عن صفوان بن يحيى، عن موسى بن بكر، عن زرارة.

(٤) الوسائل باب ٤٤ حديث ١ من كتاب الوصايا.

(٥) فإن سنده كما في الكافي هكذا: عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن داود بن النعمان، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم.

السند بقريئة رواية أحمد بن محمد بن عيسى عنه غير ذلك.
وكذلك اشتراك محمد بن مسلم، فإن الظاهر أنه الثقفي الثقة، لعدم الذكر
في أكثر الرجال إلا هو، ولتسمية الأصحاب بالخبر بالصحة من غير التفات إلى
ذلك الاشتراك.

ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا
بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (١).

وموثقة أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا بلغ الغلام عشر
سنين، فأوصى بثلث ماله في حق، جازت وصيته، فإذا كان ابن سبع سنين،
فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (٢).

قال الشهيد رحمه الله - في هاتين الروايتين - : رواهما الصدوق في الصحيح.
وفيه تأمل، لوجود أبان بن عثمان في الأولى (٣) وللأصحاب فيه قول،
وكثيرا ما يردونه بالناوسية (٤) وينسبون خبره بالتوثيق وإن كانوا يقولون أيضا أنه
ممن اجتمعت (٥)، وينسبون خبره بالصحة، والظاهر أنه لا بأس به.
ولا اشتراك أبي بصير في الثانية، فإنه ليس بظاهر كونه ليث الثقة، وإن

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٣ من كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ٢ من كتاب الوصايا.

(٣) يعني في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله فإن سندها - كما في الكافي - هكذا: الحسين بن محمد، عن
معلي بن محمد، عن بعض أصحابنا، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله.

(٤) والناوسية من وقف على جعفر بن محمد الصادق عليهما السلام اتباع رجل يقال له: ناووس،
وقيل نسبوا إلى قرية ناووساء، قالت إن الصادق عليه السلام حي لم يمت ولن يموت حتى يظهر ويظهر أمره وهو
القائم المهدي (مجمع البحرين).

(٥) يعني ممن اجتمعت العصابة على الحكم بصحة ما يصح عن جماعة.

كان ظاهر اطلاقهم ذلك كما قلناه في محمد (١).
ثم قال رحمه الله في الشرح: وبالجملة فالاقدام على رد ما تظاهرت به
الفتوى واشتهرت به الرواية عن أهل البيت عليهم السلام مشكل
وقال في الدروس: في المميز أقوال أشهرها صحة وصيته بالمعروف والبر
إذا بلغ عشرة للأخبار الصحيحة فتأمل فيه.

والذي يتخلص من الروايات، عملا بالأصول، اعتبار وصية الصبي مع
بلوغه عشرا وتمييزه بمعنى رشده إذا كانت لذوي القرابة لا غير، لقلة القائل بالرواية
الأولى أو عدمه، ووجود موسى بن بكر (٢) الواقفي، ولمناقضاتها (٣) لما تقدم من الأدلة،
ولخصوص هذه الروايات (٤) التي هي حجة قبول الوصية في الجملة، وحمل الروايتين
الأخيرتين على الرواية الثانية (٥) في كون الوصية لذوي القربى، لوجوب الجمع بين
الروايات وبالعكس (٦) في كونه مع بلوغ الصبي عشرا للجمع بينهما وبين مفهومهما
الشرطي الذي هو حجة عندهم، وحذف سبع سنين لعدم القائل به مع المناقشة في

(١) يعني محمد بن مسلم المتقدم آنفا.

(٢) قد قدمنا آنفا ذكر سنده من الكافي فلاحظ.

(٣) ومحصله ورود الاشكال على الرواية من جهات ثلاثة (أحدها) قلة القائل أو عدمه بها
(ثانيها) واقفية موسى بن بكر (ثالثها) مناقضاتها لما تقدم الخ.

(٤) يعني إن الرواية المشتملة على نفوذ إعتاقه وتصديقه منافيه لباقي الروايات التي دلت على نفوذ وصيته
فقط دون باقي التصرفات.

(٥) يعني تحمل رواية عبد الرحمن وأبي بصير على رواية محمد مسلم المقيدة بكون وصيته نافذة في حق
ذوي الأرحام. فقط.

(٦) يعني تحمل رواية محمد بن مسلم الدالة باطلاقها على نفوذ وصية الغلام مطلقا، على صورة بلوغه
عشرا بقريئة روايتي عبد الرحمن وأبي بصير ولم نعمل بما اشتمل عليه رواية أبي بصير من انفاذ وصية إذا بلغ سبع
سنين في المال اليسير.

ولو أقر السفية بما له فعله صح دون اقراره بالمال ولو أقر بسرقة قبل في القطع خاصة.

الصحة على ما تقدم (١)، والجمع بين الأدلة العامة، بما أشرنا إليه. والعجب أن الشهيد رحمه الله ما نقل رواية محمد مع وجودها في كتاب الصدوق مع الروايات المتقدمة في باب واحد، ووجود الكل كذلك في الكافي. على أنه موجب لتغيير الحكم وعدم الفتوى بغيرها كما عرفت. فتأمل لعلك قد عرفت من هذه الروايات ولا أقوال، عدم اليأس بجواز المعاملة مع غير البالغ المميز سيما بإذن الولي وعدم قوة دليل المانع، فافهم وتذكر ما قدمناه فيه، والاحتياط طريق سالم مع الامكان. قوله: " ولو أقر السفية بما له فعله الخ " دليل قبول اقرار السفية في ماله فعل ذلك - مثل الخلع والطلاق وعدمه فيما ليس له ذلك مثل التصرفات في الأموال - ظاهر مما تقدم.

ولكن في قبول اقراره بالسرقه في القطع دون المال تأمل، فإن القبول فيه مستلزم للحكم بأخذه مال الناس ظلما فيثبت في ذمته بحكم الشرع، وجعله بمنزلة اقرارين، لا يخلو عن بعد.

لعله مجمع عليه أو منصوص فتأمل، وإلا فمشكل، إذ ليس القطع إلا لقبول قوله: إنه سرق مالا من حرزه بحيث يوجب القطع، فقبول الفرع مع عدم قبول الأصل محل التأمل.

وإذا ثبت عدم قبول اقراره في المال، يلزم عدم القبول في القطع أيضا، ولا يكفي في ذلك مجرد عموم دليل القطع، بالسرقه ومنع السفية عن التصرفات المالية فتأمل.

(١) من كون أبي بصير مشتركا.

ولو أقر المملوك تبع به إن عتق.
وكل من يملك التصرف في شيء ينفذ اقراره فيه، كالعبد
المأذون له في التجارة إذا أقر بما يتعل بها، ويؤخذ مما في يده وإن كان
أكثر لم يضمه المولى.

وأیضا لا يمكن القول بالتبعيض، للتنافي إلا بنص أو إجماع، قال في
التذكرة: والتبعيض غير ضائر كما لو شهد رجل وامرأتان، يثبت المال دون القطع.
وفيه تأمل، لأنه إن كان مجمعا عليه أو منصوصا، وإلا يجيء فيه أيضا
النزاع، على أنه قد يفرق، لأنه قول بالأصل بدون الفرع، ويمنع كلية الفرع، يعني
كل سرقة، موجبة، للقطع، بل سرقة خاصة ثابتة بالشاهدين أو اقرار من يقبل
اقراره، هذا بحسب الظاهر.
أما بحسب نفس الأمر، فإن كان حقا فله أخذ المال على وجه شرعي،
وعلى السفية الايصال أيضا بوجه غير الممنوع فتأمل.
قوله: " ولو أقر المملوك الخ " قد علم وجهه أيضا.
قوله: " وكل من يملك التصرف الخ " هذا أيضا على إجماله علم في الجملة
إلا أنه ذكره لعدم التصريح، ولبعض الفروع، مثل قبول اقرار المملوك المأذون في
التجارة بما يتعلق بها، مثل أجرة الحمال والوزان والدواب.
ولكن في عدم ضمان المولى للزيادة عما في يده تأمل، لأن التاجر قد يخسر
بحيث يذهب رأس ماله ويلزمه الديون في ذلك، لأنه قد يكون ظن النفع للنقل من
بلد إلى آخر مثلا بأجرة، وظهر بعد النقل عدم حصول الأجرة، أو لوقوع سرقة، أو
ظلمة، أو حرق، أو غرق ونحوه كما إذا كان شخص وكيلا في مثله ووقع الدين
زيادة عما في يده فإنه على الموكل فتأمل.
والمراد بالإذن في التجارة كونه بحيث يشمل القرض لها والأعمال في
الذمة.

ويقبل اقرار المفلس، وفي مشاركة الغرماء نظر.
واقرار المريض مع انتفاء التهمة، ومعها تكون وصية.

وحينئذ، الظاهر سماع اقراره بأن عليه ديناً للصرف في التجارة كالوكيل.
وأما إذا لم يكن مأذوناً فيه، أو صرح بأنه في غير ذلك الوجه، يلزمه في ذمته
يتبع به يعني يؤخذ منه إذا عتق.
هذا واضح على تقدير عدم القول بالملكية، وكذا مع القول بها وكونه محجوراً
عليه في أمواله حال العبودية أيضاً، وإلا فيسمع منه ويؤخذ ماله من الأموال
بالفعل.

وقد علم من الشرائط التقدم كون العقل والقصد أيضاً شرطاً فلا يقبل
اقرار المجنون والنائم كالصبي، لرفع القلم عن الثلاثة، وكذا الساهي والغافل، كأنه
مجمع عليه كما يشعر به التذكرة.

ولكن الظاهر أنه إذا كان عاقلاً كاملاً لا يقبل منه دعوى السهو والغفلة
كعدم الاختيار من غير ظهور أثره، لأنه يلزمه سد باب الأقرار، ولعموم أدلة
قبولها (١)، ولأن الأصل عدمها، ولأن الظاهر من حال العاقل الكامل، عدم الاقرار
على نفسه بما يضره إلا بالقصد والاختيار، ولهذا لم يسمع منه تعقيبه بالمنافي عند
الفقهاء كما سيعلم.

قوله: " ويقبل إقرار المفلس الخ " وجه قبول اقراره إذا أقر بدين، ظاهر،
وقد مر وجه النظر وترجيح عدم المشاركة، واختاره هناك.
قوله: " واقرار المريض مع انتفاء التهمة الخ " وجه قبول اقرار المريض
مع عدمها ظاهر، وهو ما تقدم من عموم الأدلة، وكذا وجه عدمه معها، مثل أن علم

(١) كأنه إشارة إلى عموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز، عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣ و ج ٢ ص ٢٥٧
و ج ٣ ص ٤٤٢.

واقرار الصبي بالبلوغ إن بلغ الحد الذي يحتمله.
(الثاني): المقر له، وله شرطان:
الأول: أن يكون له أهلية التملك، فلو أقر للحمار لم يصح، ولو
قال بسببه فهو لمالكة على إشكال.

من حاله عدم توريث الورثة وأقر لغيرهم، ويكون عليه قرينة واضحة، وإلا فبمجرد
وهم ذلك واحتماله، مشكل لوجوب العمل باقراره بأدلته المتقدمة.
(ومع عدم القبول يكون وصية)، وجهه أنه قصد اعطائه إياه، والتهمة
منعته من القبول والاعطاء، لأنه حق للورثة، وليس له التصرف في حقهم، فإذا
كان وصية يزول ذلك.

ويحتمل البطلان بالكلية وعدم الوصية أيضا، فإنه اقرار غير مقبول، وليس
بوصية، فإنها تمليك مال لغيره بعد موته، وليس هنا كذلك، بل اقرار بأنه ملك له
وقد حكم بأنه ليس له فتأمل.

قوله: " واقرار الصبي الخ " المراد، بالاحتلام أو مطلقا، وقد مر شرحه.
قوله: " الثاني المقر له الخ " قال في التذكرة: (الثالث) تعيين المقر له،
لعل تركه هنا لقبوله في الجملة مع عدم التعيين كما ستعلم، فما هنا أولى.
ولعل الشروط الثلاثة في التذكرة على مذهب بعض العاملة حيث قال: إذا
أقر شخص بأن لانسان عندي كذا، لم يقبل وصرح المصنف هنا بالقبول في مثله
أيضا فتأمل.

(الأول) أهلية التملك أي قبوله للملك، فلو أقر للحمار لم يصح، لعدم
صلاحيته للتملك وهو ظاهر، ومثل للحائط والبيت.
أما لو قال: بسبب الحمار، فالاقرار حينئذ صحيح، ويكون المقر به لمالكة،
فكأنه بمنزلة الاقرار لمالكة، واققراره منزل على وجه صحيح بأن يكون ذلك في ذمته

ولو أقر العبد فهو لمولاه.
ولو أقر للحمل صح (يصح خ) إن أطلق أو ذكر المحتمل
كالإرث والوصية.
ولو ذكر غيره كالجناية عليه، فالأقرب الصحة، ولا تؤثر
الضميمة.

باعتبار الجناية عليه أو باعتبار استعماله ولزوم أجرته.
ويحتمل أن لا يكون لمالكه، إذ كونه بسببه، لا يستلزم أن يكون له،
لاحتمال أن لزمه بجنايته بسبب ركوبه عليه أو سوقه إياه، فكأنه بمنزلة اقرار لمجهول،
ولهذا استشكله المصنف مع إشارة ما إلى الأول (١) لأنه المتبادر.
ولعله لا خلاف في صحته عند الأصحاب حيث أسند في التذكرة الخلاف
إلى بعض الشافعية بأنه ذهب إلى عدم الصحة هنا أيضا مثل الأول، فهو لغو محض.
وجه الصحة صدق الاقرار مع ظهور عدم الفساد فإنه كلام له وجه
صحيح ظاهر فلا يحمل على غيره كسائر الأقارير، نعم قد يقال: يحتاج إلى بيان
المقر له، فإن لم يحصل يكون اقرارا لمجهول.
قوله: " لو أقر للعبد فهو لمولاه " مبناه ما تقدم من عدم ملكيته، وكون
ماله لمولاه، فما ثبت له، فهو لمولاه.
قوله: " ولو أقر للحمل الخ " وجه الصحة ما تقدم من صدق الأقارير،
وقابلية المقر له، فلا فرق بين الاطلاق وبيان السبب الصحيح كالإرث والوصية.
نعم لو صرح بسبب غير محتمل، بل محال - كقطع يده، والمعاملة معه مثل
البيع والقرض - فقال المصنف: الأقرب الصحة، لأنه مأخوذ بأول كلامه،
ولا يسمع الضميمة المنافية، وهي قوله: بسبب كذا كما في سائر الأقارير، فإن

(١) حيث قال: ولو قال: بسببه فهو لمالكه على اشكال.

فإن سقط حيا، لأقصى مدة الحمل ملكه.
وإن سقط ميتا وأسنده إلى الميراث رجع (يرجع خ) إلى الورثة.
وإلى الوصية يرجع إلى ورثة الموصى.

تعقيب الاقرار بما ينافي غير مسموع وهو مقرر عندهم وسيجئ وجه ذلك.
ويحتمل عدم الصحة، لأنه قد بين ما أقر به على وجه لا يمكن صحته،
فالضميمة وما يضم إليها شئ واحد، لأنه أقر ثم جاء بالمنافي، بل تكلم بكلام
لا يمكن وقوع متعلقه، فلا يكون إقرارا، فتأمل.
قوله: " فإن سقط حيا، الخ " يعني بعد أن صح الاقرار للحمل، فإن
جاء الحمل حيا قبل مضي أقصى مدة الحمل من حين الاقرار ملكه، وهو عشرة
أشهر عند المصنف رحمه الله كما يفهم من قوله: (لأكثر من عشرة).
وجه الملكية أن الظاهر وجوده حينئذ بناء على العادة واحتمال وجوده
وقت الاقرار فيكون الاقرار للموجود القابل للتملك حملا للاقرار على الصحة مهما
أمكن.
ولكن لا بد أن لا يكون الاقرار بحيث يلزم اثبات المال له قبل وجوده.
ونقل في التذكرة عدم صحة الاقرار إذا جاء لأقصى مدة الحمل، لعدم
العلم بوجوده حين التملك ورده بالحمل على الصحة، مهما أمكن.
ولا نزاع بما جاء دون أقل الحمل وهو ستة أشهر.
وأما إن سقط ميتا، فإن كان الاسناد إلى الإرث رجع إلى الورثة أي ورثة
المورث (١) للحمل، لأنه إنما يملك الإرث بعد الخروج حيا عندهم، فينبغي البيان
والعلم، ولو لم يعلم يشكل الأمر، فتأمل.
وإن كان الاسناد إلى الوصية للحمل يرجع إلى ورثة الموصى له، لبطلان

(١) يعني من كان وارثا للمورث للحمل لا لو ارث الحمل.

ولو أجمل طولب بالبيان.
ولو ولد لأكثر من عشرة لم يملك.
ولو كانا اثنين، تساويا، ولو سقط أحدهما ميتا فهو للآخر.

الوصية، فإنها موقوفة على ولادته حيا كالإرث، إذ لا حكم قبل الولادة للحمل، بل يوقف حتى يتبين.

وإن كان مطلقا - من غير اسناد إلى سبب أو كان سببا غير محتمل - فإنه حينئذ يرجع إلى الاطلاق الصحيح على الأقرب عنده فلا شيء للحمل وهو ظاهر. ولكن طولب المقر بالبيان في الأول، ويحتمل فيها، ويتبع البيان الصحيح، ولو لم يحصل يشكل الأمر كما تقدم. وينبغي التصالح إن أمكن، وإلا فالأمر مشكل ويكون مالا مجهول المالك.

ويحتمل تسليمه إلى الحاكم أو التصديق عن مالكة كما تقدم في أمثاله فتأمل.

ولو ولد لأكثر من أقصى مدة الحمل - وهو عشرة عنده، وسيجئ البحث في ذلك - لم يملك، سواء جاء حيا أو ميتا، لعدم وجوده حال التملك ويحتسب المدة من زمان التملك لا الاقرار مطلقا، فلا يمكن تملكه، فيكون الاقرار لمن لا يملك، فلا يصح.

قوله: " ولو كانا اثنين الخ " أي لو كان الحمل وما في البطن اثنين، لعل الحمل وما في البطن، يصح اطلاقه على التثنية، فيصح ارجاع الضمير المثني إليه وكون الخبر مثني.

هذا الحكم غير بعيد على تقدير الاسناد إلى الوصية. وأما على تقدير الاسناد إلى الإرث فلا، وهو ظاهر، لاحتمال كون أحدهما مذكورا والآخر مؤنثا، فيكون بينهما أثلاثا.

ولو أقر لميت وقال: لا وارث له سوى هذا ألزم التسليم.

ويحتمل في الاطلاق أو السبب الغير المحتمل، التساوي، لأن ظاهر الاقرار حينئذ هو الاشتراك على التساوي، فيلزم حينئذ الحكم بكونه عن غير الإرث، وهو الظاهر مع تعذر البيان، ومعه يتبع فتأمل فيه. ومنه يعلم التأمل في قوله: ولو سقط إلى آخره. قوله: " ولو أقر لميت الخ " أي لو أقر شخص لميت بعين أو دين ثم قال: لا وارث له غير هذا، فالحكم مع ثبوت وارث آخر فقط وثبوت عدمه، ظاهر فلا يبحث، بل يلزم بالاعطاء مطلقا في الثاني. وأما مع عدم ثبوت وارث آخر أصلا - وكأن المفروض - فالظاهر ما قاله المصنف مطلقا، وهو المشهور.

لكن فرق الشيخ علي والشيخ زين الدين (١) رحمهما الله، كما في القواعد، فأوجبوا البحث والتفتيش في العين لو ارث بحيث لو كان، يظهر، لأن إقراره: (لا وارث إلا هذا) اقرار في حق الغير، فلا يسمع، فإن ظهر، وإلا فيلزم بالتسليم إلى المقر له، وأما الدين فيلزم به.

وقال في شرح الشرايع: نعم لو سلم العين إليه لم يمنع، لعدم المنازع الآن وذلك مفهوم من كلام الشيخ علي (٢) أيضا في شرح القواعد، ومثل هذا القول قالوا في شخص إذا أقر بأن ما في يده لموكل شخص فألزموه بتسليمه الدين إلى وكيله الذي قائل بوكالته دون العين، فاطلاق المتن غير جيد. والظاهر الأول (٣)، إذ لا منازع الآن، والمقر به مخصوص بالمقر له باقراره واقرار المقر، والأصل عدم وارث آخر، وأن قوله: (إن هذا لميت ولا وارث له إلا

(١) يعني المحقق والشهيد الثانيين مع العلامة في القواعد.

(٢) يعني المحقق الثاني صاحب جامع المقاصد.

(٣) يعني ما ذكره المصنف والمشهور.

ولو أقر لمسجد أو لمقبرة، قبل إن أضاف إلى الوقف أو أطلق، أو ذكر سببا محالا على اشكال.

هذا)، بمنزلة هذا لهذا، فالظاهر أنه له فقط. ولا يمنع منه احتمال غير ذلك، إذ لو اعتبر أمثال هذه الاحتمالات لم يلزم اقرار غالبا، إذ يحتمل في قوله: هذا له، وجود شريك له فيه، ولأن أقوال المسلمين وأفعالهم محمول على الصحة، ولأن هذا الاقرار مضر به واقرار عليه، وإن احتمل كونه في حق الغير، لا أنه في حق الغير، لأنه يلزمه العوض والغرم لغيره، والعاقل لم يقر بمثل هذا الاقرار لا مع كونه حقا، ولسائر أدلة الاقرار. على أنه لا معنى لعدم المنع من تسليم العين إلى المقر له مع عدم الالتزام، فإن عدم الالتزام لاحتمال كون العين ملك الغير واقاراره في حق الغير، وكما يمنع ذلك عن الالتزام بالتسليم يمنع عن التسليم وتجويزه أيضا وهو ظاهر، فمع الالتزام يستلزم منع التسليم وعدم تجويزه.

وكذا جواز التسليم، مستلزم لعدم المنع، فإنه لعدم المنازع وكونه ملكا للمدعي فيجب التسليم.

وبالجملة ينبغي الحكم بالمشهور أو عدم تجويز التسليم في العين حتى يتحقق ولعل المشهور أولي، لما مر مؤيدا بالشهرة ويبعد غفلتهم عن مثل ما نبهنا عليه فتأمل.

قوله: " ولو أقر لمسجد الخ " وجه قبول الاقرار للمسجد والمقبرة والمدرسة ونحوها ظاهر، لأن المتبادر من الاقرار لها هو الاقرار باستحقاق صرفه في مصالحها بنذر أو وقف ونحوه، فلا فرق بين أن يقول: لها من وقفها، أو يقول: لها فقط. ومع بيان السبب الغير المحتمل يجئ البحث المتقدم في بيان سبب غير محتمل للحمل (١).

(١) عند شرح قول المصنف ره: ولو أقر للحمل الخ.

(الثاني) أن لا يكذب المقر له، فلو كذب لم يسلم إليه ويحفظه الحاكم أو يقيه عند (في يد خ) المقر أمانة. ولو رجع المقر له عن الإنكار سلم إليه. ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له، فالوجه عدم القبول لأنه أثبت الحق لغيره، بخلاف المقر له، فإنه اقتصر على الإنكار.

وقد قرب المصنف هناك الصحة وقال هنا: (على اشكال)، فلعل مراده بقوله: (على اشكال) مع احتمال عدمها على ضعف، فيكون مرجعه (فالأقرب الصحة) فوافق ما تقدم فتأمل.

قوله: " الثاني أن لا يكذب المقر له الخ " الثاني من شرطي المقر له أن لا يكذب المقر، فلو كذبه لم يسلم إليه، لأن اقراره أيضا على نفسه مقبول، فالمقر به منتف عنه أيضا.

وحيث يحفظه الحاكم حتى يعلم مالكة، ومع اليأس يحتمل صرف في المصالح، والتصديق مع الضمان كما مر في غير، وللحاكم أن يقيه في يد المقر أمانة حتى يظهر مالكة أو يفعل به ما يراه مما تقدم.

وجه ذلك أنه بمنزلة وكيل المالك مطلقا، فله ما يرى فيه المصلحة. ويظهر من التذكرة اشتراط عدالة المقر في الإبقاء بيده، وكذا من يسلم إليه الحاكم شيئا يحفظه للمالك حيث قال: إذا رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلا آخر، وبالجملة الحاكم هو المتولي لحفظ ما يضيع وهذا في حكم ما يضيع.

والظاهر أن ليس للمقر الامتناع من تسليمه إلى الحاكم، لأنه ليس له باقراره، ولا يدعي فيه يدا يستحق الإبقاء فتأمل. قوله: " ولو رجع المقر له الخ " تسليمه إلى المقر له بعد رجوعه عن

ولو قال: هذا لأحدهما ألزم البيان، فإن عين قبل، وللآخر احلافه.

الانكار، لأن أفعال المسلمين وأقوالهم محمولة على الصحة إذا احتملت، وهنا محتملة، لاحتمال نسيان كونه له أولاً ثم ذكره حال الرجوع أو انتقاله إليه الآن بأن يكون لمورثه فمات الآن أو ملكه مالكة بوجهه.
والظاهر عدم التجسس بل يحمل على الصحة، لما مر وعدم حسن التجسس، لاحتمال كذبه.

أما لو رجع المقر حال إنكار المقر له - وفائدة القيد (١) أنه لو رجع مع عدم الانكار فعدم قبوله ظاهر ويعلم من المذكور بالطريق الأولى - فالوجه عند المصنف عدم القبول، لأن اقراره متضمن لأمرين، النفي عن نفسه، واثباته لغيره المتعين بالتصريح، فلا يسمع الرجوع بخلاف اقرار المقر له بأنه ليس له، فإنه ما أثبتته للغير المعين ولا مطلقاً بالتصريح وإن لزم ضمناً لعدم الملك من غير مالك، ولأنه لا يجري فيه الاحتمالات المتقدمة لوجه صحة رجوع المقر له.

ويحتمل الصحة هنا أيضاً، لما تقدم من حمل كلام المسلم على الصحة مع الاحتمال وهنا محتمل، لاحتمال النسيان والاشتباه، فلو أظهر وجهها مقبولاً مع انكار المقر لا يبعد السماع فتأمل.

قوله: " ولو قال هذا لأحدهما الخ " وجه إلزامه بالبيان ثم قبول التعيين منه ظاهر، وكذا إحلاف الغير له لو ادعى علمه بذلك، وأنكر.
وكذا غرامته له لو أقر له أيضاً، لأنه باقراره، فوته عليه، سواء قال: ليس للأول بل للثاني، أم لا، إذ باقراره الأول صار للأول فلا يسمع رجوع عنه وكون ذلك لغيره، لأنه اقرار في حق الغير.

(١) يعني التقييد في عبارة المصنف ره بقوله: (في حال انكار المقر له).

ولو أقر للآخر (بعد اقراره للأول خ) غرم للثاني.
ولو قال: لا أعلم حلف لهما وكانا خصمين.
ولو أنكروا اقرار العبد، قال الشيخ عتق وليس بجيد.

نعم لو ادعى الثاني ذلك العين وأثبتته باقرار الأول أو البينة لم يغرم للثاني شيئاً، ولا للأول وهو ظاهر.

وكذا وجه إحلاف كل واحد له لو ادعى العلم بالتعيين وأنكره هو،
وقال: ما أعرف فصار المال بينهما وهما خارجان أو صاحباً يد، فإن حلفاً أو نكلاً فهو لهما بالمناصفة، ويحتمل القرعة وإلا فللحالف.

قوله: " ولو أنكروا اقرار العبد الخ " يعني لو أقر شخص لآخر بعبد في يده فأنكر المقر له ذلك، قال الشيخ: يكون العبد معتوقاً، إذ ليس سبب عبديته باقراره إلا ملكية المقر له وقد نفاه، فما بقي له سبب آخر، والأصل الحرية. ولأنه يحتمل أن يكون توهم ذلك أو ظن وقال بناء على ذلك. وأيضاً يحتمل كونه عبد المقر له وأعتقه، فلا منافاة بين اقراره ونفي المقر له في الجملة هذا مذهب الشيخ.

وقال المصنف: ليس بجيد، وجهه أنه قد ثبت كونه عبداً لأنه المفروض وبانكار المقر له انتفى عنه بقي رقا غير المعلوم المالك كالمال المقر به الذي أنكروا المقر له ملكيته يحفظه الحاكم حتى يظهر مالكة.

فلا فرق في الحكم بين سائر الأموال من ثوب وعبد ودار وغير ذلك. ويحتمل الفرق فإن الأصل في غير الإنسان الملكية، وفيه الحرية. وأيضاً فيه يحتمل الخروج عن الملكية بخلاف الغير، فمذهب الشيخ غير بعيد خصوصاً إذا ادعى المقر به الحرية.

ويؤيده أنه لو أقر أحد برقية شخص فأنكرها، يحكم بالحرية وقد سلم ذلك في التذكرة وغيرها في اللقيط، وقال في ذلك: لأن اللقيط يحكم بالحرية

(الثالث) الصيغة، وهي اللفظ الدال على الأخبار عن حق سابق مثل: له على أو عندي أو في ذمتي بالعربية أو غيرها.

لدار (١).

فتأمل، إذ قد يكون، لقيط دار الحرب، والمسألة أعم، وأيضا غير مسلم كونه رقا في نفس الأمر، نعم، الفرض كونه تحت يد شخص بطريق الرقية وذلك ليس بنص فيها بحيث لا يحتمل غيرها كسائر الأموال وهو ظاهر. ومع ذلك، إنما كان ذلك مفيدا لملكية خاصة، وهي ملكية المتصرف، وإذا زال باقراره ولم يثبت غيره مع أصل العدم لا تبقى رقية، وبالجملة عدم جيادة قول الشيخ غير ظاهر فتأمل.

قوله: " الثالث الصيغة الخ، ثالث أر كان الاقرار الصيغة، وليست هي غير الاقرار كما قاله في شرح الشرايع على الاقرار: هو الاخبار والتلفظ بها الذي هو مدلول لها كما قال المصنف هنا وفي التذكرة وغيرها.

نعم قد يطلق عليها أيضا الاقرار باعتبار تسمية الدال باسم المدلول. والمراد باللفظ مطلق ما يتلفظ به بأي لسان كان، قال في التذكرة يصح الاقرار بالعربية والعجمية من العربي والعجمي معا بالاجماع (٢). وعموم أدلته السابقة أيضا، يدل عليه، نعم يمكن عدم فهم معناه من كل واحد إذا أقر بغير لسانه إن كان ممن يمكن في حقه ذلك، ولا يلزم باقراره حينئذ، فإن صدقه المقر له، وإلا أحلفه على عدم المعرفة.

والظاهر أن المراد بالدلالة، الحقيقية، ويحتمل المجازية أيضا إذا كانت ظاهرة كنصب قرينة بحيث لا يمكن الفهم إلا المعنى المجازي، والمراد بالحق السابق، الأمر الثابت عنده سواء كان مالا عينا أو دينا، أو

(١) يعني لأجل كون الدار دار الاسلام فلقبطها محكوم بالاسلام.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

وشرطها التنجيز، فلو قال: لك علي كذا إن شئت أو إن قدم زيد أو إن شاء الله، أو إن شهد لم يلزم.

حقا آخر من حقوق الآدميين، مثل القصاص، والقذف، والاستطراق في دربه، واجراء ماء في نهره، واجراء ميزاب في ملكة وطرح خشب على حائطه قالها في التذكرة (١)، والشفعة، وألوية التحجير كما قاله في شرح الشرايع. وفيه إشارة إلى عدم زوالها بالأخذ قهرا فافهم. أو من (٢) حقوق الله (٣) من حد وتعزير. قوله: " وشرطها التنجيز الخ " كأنه لا خلاف فيه. ويمكن فهم دليله من تعريفه، فإنه إذا قيل: إنه إخبار عن حق ثابت سابق (سابقا خ) وقبل زمان الاقرار، لا يمكن تعليقه بشيء بعد ذلك، إذ لم يثبت المعلق على شيء إلا بعد وقوع ذلك الشيء، سواء كان متحقق الوقوع - وهو الوصف - أم لا، وهو الشرط. ولا بد في الاقرار من التحقق والثبوت محققا قبل زمانه إلا أن يكون تعليقا لعدمه (كعدم خ) كما سيحى، فلو علق على شيء يكون ذلك الاقرار لغوا لا اقرارا لعدم صدق التعريف عليه. فلا يمكن أن يقال: يؤخذ بأول كلامه ويلغى الشروط والتعليق، لأن الشرط والجزاء كلام واحد، فإن الشرط جزء كلام، وكذا الجزاء، إذ ليس فيهما حكم بالفعل، وإنما الحكم بالفعل بينهما لا في كل واحد هذا هو تحقيق المنطقيين

- (١) عبارة التذكرة: يشترط في المقر به أن يكون مستحقا أما بأن يكون مالا مملوكا أو بأن يكون حقا تصح المطالبة به كشفعة وحد قذف وقصاص وغير ذلك من الحقوق الشرعية كاستطراق في درب واجراء ماء في نهر واجراء ماء ميزاب إلى ملك وحق طرح خشب على حائط (انتهى).
- (٢) عطف على قوله قده: من حقوق الآدميين.
- (٣) في النسخة المطبوعة الحجرية: أو من حقوق الله بعلم الخ.

ولو قال: إن شهد فلان فهو صادق، لزمه في الحال وإن لم يشهد.

وأهل العقول وإن كان عند بعض أهل العربية أن الحكم في الجزاء فقط والشرط ظرف وذلك خلاف التحقيق.

وهذا هو الفرق بين الاقرار المعلق وسائر الأقارير التي تعقب بما ينافيه حيث يؤخذ بأول الكلام فيه دون المعلق هذا واضح.

ولكن في عدم كون الاقرار إلا بحق سابق تأمل، فإن ذلك غير منقول من الشارع، بل مجرد الاصطلاح الذي نجده في بعض كتب الأصحاب.

بل الذي يفهم من ظاهره، أعم من ذلك، ولهذا تراهم يطلقون على غير ذلك أيضا وهو ظاهر.

إلا أنه يمكن أن يقال: الأصل براءة الذمة وعدم لزومه شيء، والذي علم كونه اقرارا يلزم به، وغيره لم يعلم، بل ولا يظن بحيث يكون معتبرا ومخرجا للأصل عن أصله فيبقى تحت النفي، فتأمل.

فالمعلق بمنزلة وعد لزوم شيء له بشرط كذا، ولا دليل على لزومه، إذ لم يقل

الأصحاب بوجوب الايفاء بالوعد على ما يظهر وإن كان ظاهر بعض الآيات (١) والأخبار وجوب الوفاء إلا أن في كون ذلك وعدا صريحا أيضا تأملا.

ولو قال: (إن شهد فهو صادق لزمه في الحال وإن لم يشهد) أي لو قال شخص: إن شهد فلان لواحد بأن لك علي كذا فهو صادق - وينبغي (٢) أن يضم

(١) إشارة إلى الآيات التي دلت باطلاقها على الوفاء بالعهد وأما الأخبار فراجع الوسائل باب ١٠٩ من أبواب العشرة وغيره.

(٢) الظاهر أن المراد أنه ينبغي للمصنف ره أن يضم إليه قوله: إن شهد الخ ما بيناه من قولنا: (بأن لك علي كذا).

إليه مثل ذلك وهو ظاهر.

قال في التذكرة: لو ادعي عليه ألفا وقال: إن فلانا يشهد لي بها فقال المدعي عليه: إن شهد بها علي فلان، فهو صادق (١) وينبغي (لك) أيضا، ثم قال: (وحق) (٢) و (صحيح) مثل صادق فتأمل.

لزمه (٣) المدعي في الحال وإن لم يشهد الشاهد، المعلق على شهادته الصدق لأنه وإن كان الاقرار معلقا ومن شرطه التنجيز على ما مر إلا أن التعليق هنا لغو ووجوده كعدمه، لأنه قد أقر بأنه صادق إن شهد والصدق عبارة عن مطابقة الخبر للواقع، فلم يكن صادقا على تقدير شهادته إلا أن يكون لخبره خارج يطابقه الخبر إن وجد، فطابق (٤) (الخبر الصادق واقع في نفس الأمر موجود قبل صدور الخبر). فقوله: " (هو صادق فيما شهد علي)، بمنزلة قوله: (ما يشهد به علي)، أي الذي ادعي - على معنى كون الألف علي مثلا - واقع في نفس الأمر. ولأنه إذا صدق على تقدير الشهادة في نفس الأمر، يكون صادقا في نفس الأمر شهد أو لم يشهد، إذ لا دخل للشهادة في الصدق الذي هو مطابقة الخبر للواقع، لما عرفت من معنى الصدق فوقوع المشهود به الذي قد أقر بصدقه واقع سواء شهد به أو لم يشهد.

ولا يخفى أنه لا يجري في جميع التعليقات، مثل (إن جاء زيد فلك علي كذا)، فإن الفرق بنى محيئ زيد وصدقه فيما يشهد به، ظاهر.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني صاحب التذكرة ولكن عبارة التذكرة هكذا: ولو قال: إن شهد علي فلان فهو حق أو صحيح، فكقوله صادق.

(٣) جواب لقوله قده: أي لو قال شخص الخ.

(٤) يعني فطابق هذا الكلام، الكلام المعروف بينهم من أن الخبر الصادق واقع الخ.

فقول شرح الشرايع بعدم الفرق، غير ظاهر حيث قال: وما ذكر في توجيه
الاقرار هنا وارد في جميع التعليقات، فإنه يقال ثبوت الحق على تقدير وجود الشرط
يستلزم ثبوته الآن، إذ لا مدخل للشرط في ثبوته في نفس الأمر الخ ما قيل (١).
وفيه تأمل ظاهر وقد تقدم، وفي الدليل تأمل، فإن هذا القول قد يقوله من
لا يعرف هذا الاستلزام المذكور، وكذا من يعرفه، ويمكن أن يبالغ في الكلام في النفي
ويعلقه على المحال، لا اعتقاده بأن الفلان لا يشهد، فإن شهادته على غير الحق محال أو
أنه لم يعرف وجوده وعدمه فيقول: أنا أعرف صدق هذا الشخص، فإن شهد فهو
صادق وأنا أعطي المدعي.
وأيضاً يمكن لزومه عليه من غير شعور له مع شعور شاهديه بأن يعرف لزومه
عليه بجناية صادرة من غير اختياره أو بقرض وكيله وغير ذلك.
ويحتمل أيضاً أن يثبت في ذمته قبل شهادته ولم يكن حين الاقرار ثابتاً
فيكون الشهادة بعد ذلك صدقاً وحقاً، فلا يدل على ثبوت الحق قبل الاقرار، بل
قبل الشهادة، فإن الصدق يستدعي ثبوت ما يشهد به قبلها لأقبل الاقرار ويكون
اقراره بالصدق، لمعرفته بصدقه بعدهما لا بعلمه، بوقوع المخبر به في نفس الأمر.
وبالجملة الأصل براءة الذمة وعدم ثبوت حق في ذمته إلا بدليل مثبت
كالاقرار وذلك غير ثابت هنا لما تقدم من احتمال اللفظ غير ما يكون دليلاً.
ويؤيده اشتراطهم التنجيز وعدم التعليق ولا شك أن هذا تعليق وتقوية
واتمام الاقرار بدونه غير ظاهر.
ولهذا يصح أن يقال: مع عدم علمه بشيء أنه لو قال المعصوم عليه السلام
فهو صادق، فلا يلزم الاقرار والعلم بوقوع ما قاله قبل قوله، بل من قوله فقط، فلو لم يقل

(١) إلى هنا عبارة المسالك.

ولو قال: علي ألف إذا جاء رأس الشهر أو بالعكس صح إن قصد الأجل لا التعليق.

لم يلزمه القول به ولا قبله على تقدير القول، وهو ظاهر وبالجملة (والحاصل خ) قول المتأخرين غير بعيد وإن كان المصنف خالفه كقول أكثر المتقدمين كالشيخ على ما قيل.

ولكن قال المصنف في التذكرة - بعد المبالغة في كونه اقرارا في الحال (١): وإن قال فلان الشاهد المعلق صدقه بشهادته: لا أشهد أو أن المدعي كاذب أو أني أشهد ببراءته، وهو أصح وجهي الشافعي والثاني أنه لا يكون اقرارا بما فيها من التعليق، والأقرب أنه إن ادعى عدم علمه بما قال، وإن المقر لا يستحق في ذمته شيئا، وإنه توهم أن فلانا لا يشهد، فإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك قبل قوله وحمل على التعليق وكان (٢) لغوا (٣) فتأمل.

قوله: " ولو قال: علي ألف الخ " وجه صحته مع قصد الأجل دون التعليق صدق الاقرار، فإن حاصلة أن له علي ألفا مؤجلا إلى شهر أو له في ذمتي ألف ثابت إلا أنه إنما يجب تسليمه بعد الشهر مع المطالبة، فقد دل على ثبوت حق ثابت.

ووجه عدم صحته مع قصد التعليق ما تقدم، وأن الظاهر أن المرجع إليه فيتبع قصده بما قال، فلو تعذر بموت ونحوه لا شيء عليه للأصل وعدم صراحة لفظه في الاقرار فتأمل.

-
- (١) عبارة التذكرة هكذا: ولو قال فلان: لا أشهد أو أن المدعي كاذب أو أنا أشهد ببراء المقر، فكان عليه الأداء في الحال، لأنه حكم بصدقه على تقدير الشهادة، وإنما تتم هذه الملازمة ويصدق هذا الحكم لو كان الحق ثابتا في ذمته، لأنه لو لم يكن ثابتا لم يصدق هذا الحكم لو شهد فتكون الملازمة كاذبة، لكننا إنما نحكم بصدقها كغيره من الاقرار، وهو أصح وجهي الشافعية إلى آخر ما نقله الشارح قده.
- (٢) وكان كلامه لاغيا (التذكرة).
- (٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال المدعي: لي عليك ألف فقال: رددتها أو قضيتها أو نعم، أو أجل أو بلى أو صدقت أو لست منكر له أو أنا مقربة لزم (ألزم خ).

ولا فرق في الحكم بين تقديم الجزاء وتأخيرها كما ذكره رحمه الله. قوله: " ولو قال المدعي: لي عليك ألف الخ " وجه الالزام - لو قال في جواب المدعي " : لي عليك ألف بالمذكورات - إن كل واحدة منها متضمنة للاقرار كقوله: رددتها، فإن الاقرار برد الذي ادعي عليه بمنزلة قوله: (نعم كان علي ولكن رددتها) وكذا قضيتها.

ونعم، وبلى، وأجل صريحة في ذلك عرفا بل لغة، وكذا صدقت، وأما في (لست منكر له) تأمل، إذ نفي الانكار لا يستلزم الاقرار، لاحتمال كونه مترددا، ولهذا يصح أن يقال: ما أنا بمنكر له ولا بمقر به، بل ما أعرف فأثبت، ولو كان اقرارا لما صح هذا الحكم، بل يكون متناقضا إلا أن يدعي العرف في كون ذلك بمنزلة، أنا مقر لك به.

والأصل والاحتمال يقوي عدم الحكم إلا بالاقرار الصريح. ونقل (١) في شرح القواعد عن الدروس (٢) واحتمل، عدم الاقرار، فإن عدم الانكار أعم من الاقرار، ولهذا لو قال: أنا مقر له، لا يلزمه لاحتمال الاقرار بشئ آخر مثل بأن (لا إله إلا الله) أو ببطلان دعواه، بل ولو قال: (به) أيضا، لاحتمال أن يكون مقرا بالألف لغير المدعي، نفي الاقرار بقوله: (وأنا مقربة) أيضا تأمل فلا يبعد عدمه وقبول تأويله المذكور وإن كان خلاف الظاهر عرفا في الجملة،

(١) الظاهر أن الناقل هو المحقق الثاني صاحب جامع المقاصد.
(٢) في الدروس: ويتحقق بقوله: له عندي (إلى أن قال): وكذا صدقت أو برئت أو أنا مقر لك به أو بدعواك أو لست منكر ويحتمل عدم الاقرار لأن عدم الانكار أعم من الاقرار (انتهى).

ولو قال: زنها أو خذها أو انا مقر ولم يقل: به أو أنا أقر بها لم يكن اقرارا.
ولو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، فهو اقرار،.

للأصل وعدم ظهور الخروج عنه إلا بالدليل قال به في التذكرة حيث قال: وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله: (أنا مقربة) اقرار فيما إذا خاطبه وقال: أنا مقر لك به وإلا فيجوز الاقرار به لغيره.

ومنه يعلم وجه عدم الالتزام والاقرار بمثل قوله: (زنها، وخذها) لاحتمال قول مثله على سبيل الجحود والاستهزاء والمبالغة في الإنكار، وهو متعارف، وقد عرفت عدم الاقرار بأنه مقر مع عدم ذكر (به) بل معه أيضا.

ووجه عدم قبوله (وأنا أقر بها) أنه ليس باقرار بحق ثابت، بل ظاهره وعد بالاقرار، لأنه مضارع للاستقبال أي زمان بعد زمان التكلم، وهو ظاهر.

قوله: " ولو قال: أليس لي الخ " كون (بلى) اقرارا في جواب من قال: (أليس لي عليك كذا) ظاهر، وأنه قد تقرر في النحو واللغة بأنه في جواب النفي ظاهرا اثبات، مثل " أأست بربكم قالوا بلى " (١).

وأما (نعم) فاشكال لأن المشهور في النحو واللغة أنه في جواب النفي، نفي، ولهذا قيل (٢): لو قالوا: (نعم) بدل (بلى) في جواب (أأست) لكفروا، ولأنه في العرف صار استعماله مكان (بلى) شايعا، فيستعمل في جواب النفي بمعنى (بلى) عرفا وإن كان لغة خلاف ذلك.

ولما كان المصنف رحمه الله مترددا في ثبوت العرف وعدمه، قال: على اشكال.

ويحتمل أن رجح العرف وأراد من الاشكال، الاحتمال الضعيف كما

(١) الأعراف - ١٧٢.

(٢) القائل هو ابن عباس على ما في المغني لابن هشام.

وكذا (نعم) على إشكال.

مضى، ولهذا ما قال: (وفي نعم اشكال) بل قال: (وكذا نعم على اشكال) أي هو أيضا اقرار لكن فيه احتمال ضعيف، فتأمل.
والظاهر أنه ليس باقرار، لأصل عدم الاقرار، وعدم ثبوت شيء في الذمة، وعدم النقل، بعد ثبوت كونه في اللغة والنحو بمعنى النفي في النفي، فليس باقرار إلا مع تحققه (التحقق خ) (محقق خ)، بل قول المقر بذلك، فالظاهر عدم الاقرار إلا مع العلم.

قال في التذكرة. ولو سلم (ذلك خ)، لكنه لا ينفي الاحتمال وقاعدة الاقرار، الأخذ بالقطع، والبت، والحكم بالمتيقن، لأصالة براءة الذمة (١). أنظر في هذه المبالغة، واحفظ هذه القاعدة، واجعلها ضابطة فلا تنسها، فإنها تنفع كثيرا فيما تقدم وفيما سيأتي.

وأراهم يخرجون عنها كثيرا، مثل جزمهم بأن قولهم: (ولست منكرا له) اقرار مع الاحتمال المتقدم، واحتمال كون غير المطلوب والمدعى. ويؤيده ما قاله في التذكرة: ولو قال: لا أقر به ولا أنكر فهو كما لو سكت (٢). فافهم.

وأیضا قال في التذكرة: اللفظ قد يكون صريحا في التصديق، وتنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها، الأداء والابراء وتحريك اللسان الدال على شدة التعجب والانكار، فعلى هذا يحمل قوله: (صدقنا وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون اقرارا، فإن وجدت القرائن الدالة على الاقرار حكم به، وإن وجدت القرائن الدالة على غيره حكم بعدم الاقرار (٣). وفيه أيضا مبالغة، وينبغي الحكم بالاقرار في اللفظ بمجرد عدم قرينة

(١ و ٢ و ٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

صارفه كما هو ظاهر القواعد، وظاهر أول كلامه وعدم سماع دعواه إلا مع الظهور في الجملة، وإلا يشكل الحكم بالاقرار مطلقا، إذ ليس بأكثر من الصراحة، وقد جوز فيه ذلك مع عدم القرينة، وسمعت الدعوى. فتأمل، فإننا نجد الخروج عن هذه الضابطة في كثير من مسائل الوصايا والاقارات.

ثم اعلم أن الشيخ (علي خ) رحمه الله (١) - بعد أن قال: الأكثر على أن (نعم) في جواب قوله: أليس لي عليك كذا) ليس باقرار (قال ظ) - وجهه ما تقدم من كون (نعم) في اللغة العربية تصديقا للسؤال مطلقا، فإن كان نفيًا فهو تصديق للنفي فمعنى (نعم) هنا، (نعم ليس لك على كذا)، فليس باقرار، ولهذا نقل، عن ابن عباس أن لو قالوا: نعم لكفروا في الآية كما مر، وقال قوم بأنه يكون اقرارا. قال في التذكرة (٢) إن كل واحدة من (نعم) و (بلى) يقام مقام الآخر في العرف.

قال في المغني (٣): ونازع السهيلي وجماعة في المحكي عن ابن عباس وغيره في الآية متمسكين بأن الاستفهام التقريري غير (٥) موجب ولذلك امتنع سيبويه من جعل أم متصلة في قوله تعالى: " أفلا تبصرون أم أنا خير " (٦)، لأنها

-
- (١) يعني به الشيخ علي بن عبد العالي صاحب جامع المقاصد.
(٢) عبارة التذكرة هكذا: لو قال: أليس لي عليك ألف فقال بلى كان مقرا (إلى أن قال): ولو قال نعم فاحتمالان أحدهما أنه لا يكون مقرا (إلى أن قال): والثاني أنه يكون مقرا لأن كل واحد من (نعم) و (بلى) يقام مقام الآخر في العرف (انتهى).
(٣) هو لابن هشام جمال أبي محمد عبد الله بن يوسف المصري الحنبلي النحوي المتولد ٧٠٨ المتوفى ٧٦١.
(٤) هو عبد الرحمن بن الخطيب الأندلسي المالقي النحوي اللغوي المتولد ٥٠٨ المتوفى ٥٨١ صاحب شرح الجمل والاعلام.
(٥) خبر موجب (المغني).
(٦) الزخرف - ٥١.

لا تقع بعد الايجاب (١).

واستشكله (٢) بأن (بلى) لايجاب بها الايجاب اتفاقا.

وفي بحث (نعم) يحكي، عن سيويه (٣) وقوع (نعم) في جواب (الست) ثم قال: إن جماعة من المتقدمين والمتأخرين (٤) قالوا: إذا كان قبل النفي استفهام (تقريري)، فالأكثر أن يجاب به النفي رعا للفظ، ويجوز عند أمن اللبس أن يجاب به الايجاب رعا لمعناه (إلى قوله) (٥):

فحيث ظهر أن (بلى) و (نعم) يتواردان في جواب (أليس) مع أمن اللبس واقتضى العرف إقامة كل منهما مقام الآخر فقد تطابق العرف واللغة على أن (نعم) في مثل هذا اللفظ اقرار ك (بلى) لانتفاء اللبس، وهو الأصح واختاره شيخنا في الدروس.

ومما قررناه علم أن جعل (نعم) هنا اقرارا أولى من جعل (بلى) اقرارا في قوله: (لي عليك ألف) للاتفاق على أنه لايجاب به الايجاب (انتهى) (٦).

وفيه (٧) تأمل من وجوه (الأول) أنه ما فهم تطابق العرف واللغة بالاتفاق، نعم قد جوز بعض أهل اللغة ذلك، وكلامه المتقدم صريح في ذلك، فما

(١) إلى هنا عبارة المغني.

(٢) في المغني في حرف الباء: عقيب قوله: الايجاب هكذا: وإذا ثبت أنه ايجاب ف (نعم) بعد الايجاب تصديق له ويشكل عليهم بأن (بلى) لايجاب بها الايجاب وذلك متفق عليه (انتهى).

(٣) هو عمرو بن عثمان الفارسي البيضاوي العراقي البصري النحوي المتوفى حدود ١٨٠ وقيل ١٩٠.

(٤) في المغني - بعد قوله: والمتأخرين: منهم الشلويين إذا كان قبل النفي استفهام، فإن كان على حقيقته فجوابه كجواب النفي المجرد، وإن المراد به التقرير فالأكثر الخ.

(٥) يعني إلى قول صاحب جامع المقاصد شارح القواعد.

(٦) يعني انتهى كلام صاحب جامع المقاصد.

(٧) يعني فيما ذكره المحقق صاحب جامع المقاصد من أوله إلى هنا.

حصل التطابق المذكور.

(والثاني) أنه قد جوز البعض في غير محل اللبس، وهنا قد يقال بوجوده، فإنه غير معلوم كونه جوابا وتصديقا للسلب الذي هو صريح لفظه، وبذلك الاعتبار يقع (بلى) جوابا له، أو باعتبار المعنى والمال الذي لا اعتداد به على فنون العربية التي مدارها ملاحظة اللفظ، ولهذا لا يقع (بلى) جوابا كما أشير إليه فيما تقدم بقوله: واستشكله الخ.

(والثالث) أنه على تقدير التسليم، فكونه اقرارا محل التأمل، لأن الأصل براءة الذمة، ويكفي احتمال وقوعه جوابا للفظ لا المعنى ل (بلى) فيكون قاصدا للغة وقانون العربية المشهورة وإن جوز كونه جوابا باعتبار المعنى أيضا، ولكن هذا أرجح، للأصل وقبول الاحتمال البعيد في الأقارير، وكونها (نه) مبنيا على القطع. وقال في التذكرة: ولو (١) سلم، لكنه لا ينفي الاحتمال، وقاعدة الاقرار، الأخذ بالقطع والبت والحكم بالمتيقن، لأصالة براءة الذمة. وقال فيها أيضا: اللفظ قد يكون صريحا في التصديق وينضم (٢) إليه ما يصرفه عن موضعه إلى الاستهزاء والتكذيب ومن حملتها الأداء والابراء (ونحو ذلك (وخ) تحريك) اللسان الدال على شدة التعجب والانكار فعلى هذا يحمل قوله (صدقت) وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون اقرارا آه. وقال أيضا فيها: لأن الاحتمال ولو كان نادرا، ينفي لزوم الاقرار عملا بالاستصحاب.

وكأنك تعلم عدم المنافاة بين أقواله هذه وما نقله، لأنه بصدد توجيه

(١) ولو سلم لكنه لا ينبغي الاحتمال كذا في نسخة الشارح قده والصواب ما أثبتناه من التذكرة.
(٢) وتنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعة (التذكرة).

احتمال صحة الاقرار وهو ظاهر لمن نظر في التذكرة.
(والرابع) أن الفرق بين (بلى) في جواب (لي عليك كذا) و (نعم) في جواب (أليس) واضح، لأن (بلى) لايجاب بها الايجاب اتفاقا على ما تقدم في كلامه، وقد علم أن المراد، المنع لغة لا عرفاً، لما تقدم من جواز إقامة كل مقام الآخر عرفاً، فلو لم يحمل على الاقرار يصير خلاف العرف مع عدم احتمال آخر، فيصير لغوا وتركاً للعرف أيضاً بخلاف (نعم) في جواب (أليس) لما عرفت أنه يحتمل المعنى اللغوي على تقدير تجويز العرفي فيه أيضاً.
وأما مع عدم التجويز - كما هو المشهور والمنقول عن ابن عباس وغيره كما مر - فظاهر، فمختار الأكثر أولى لا مختار الدروس (١).
والعجب عنه، أنه قليلاً ما يخرج عن الأكثر، خرج هنا عنه وعن الأصل بمثل ما تقدم (٢).

على أن حمل (نعم) على عدم الاقرار في جواب (أليس) موافق لأصل البراءة والاستصحاب، واللغة والعرف بالاتفاق وحمله على الاقرار بمعنى كونه بمعنى (بلى) مختلف في اللغة بل ادعي عدمه في كتب اللغة.
نعم نقل عن البعض جوازه كما تقدم، والعرف غير ظاهر وإن ظهر وصار متفقاً عليه وراجحاً ليس باقرار كما مر من القاعدة.
وأعجب منه قول الشهيد الثاني رحمه الله (٣) في شرح الشرايع كونه اقراراً أقوى، وهو مذهب أكثر المتأخرين، وهو أعلم.

-
- (١) كما جعل المحقق الشيخ علي ره مختار الدروس هو الأصح.
(٢) من قوله رحمه الله: فحيث ظهر أن (بلى) إلى قوله: وهو الأصح فراجع.
(٣) قال في المسالك - بعد بيان أن (نعم) بعد الايجاب تصديق - ما لفظة: فإذا ورد ذلك لغة واستعمل عرفاً استعمالاً شائعاً، فالحكم بصحة الاقرار به قوي وعليه أكثر المتأخرين (انتهى).

ولو قال: اشتريت مني أو استوهبت؟ فقال: نعم، أو ملكت هذه الدار من فلان أو غصبتها منه فهو اقرار. بخلاف تملكها على يده.

قوله: " ولو قال: اشتريت مني الخ " كون (نعم) اقرارا في جواب من قال مستفهما: (اشتريت مني واستوهبت؟) ظاهر، فإن معناه نعم اشتريت منك واستوهبت منك، ولا شك أنه اقرار بأنه ما كان ملكا له، بل كان ملكا للمخاطب (١)، عليه يد متصرفة مشروعة، فهي ظاهرة في الملكية فيحتمل أن يكون اقرارا بالملكية للمخاطب.

وأن قلنا: إنه لم يكن اقرارا بملكه لم يجب تسليمه إليه، بل قبول ملكيته بعد دعواه فإنه متصرف قابل بأنه له من غير منازع، فلو لم يكن مجرد اليد مفيدا لذلك فلا شك في إفادته مع الدعوى.

قال في التذكرة: ولو قال: بعني هذا العبد فهو اقرار بعدم ملكية القائل له وهل هو اقرار للمخاطب بالملكية؟ اشكال، لاحتمال أن يكون وكيلا (٢). ويمكن أن يكون اقرارا بانضمام ما تقدم، وأن الأصل عدم التوكيل، فتأمل. وكذا قوله: ملكت هذه الدار من فلان، أو غصبتها منه، فإن معناه كانت في يده، بل كانت ملكه لما مر فتأمل فيه، فيجب التسليم كما تقدم. قال في التذكرة: ولو قال: ملكت هذه الدار من زيد فهو اقرار بالملكية لزيد على اشكال (٣).

بخلاف (٤) أن قال: تملكها على يده، فإنه ظاهر في أن ملكيته حصل بمدخله،

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) في النسخ المخطوطة عندنا وكذا المطبوعة الحجرية هكذا: بل كان ملكا للمخاطب عليه يدا متصرفة مشروعة والصواب ما أثبتناه.

(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٤) استدراك لبيان عبارة الماتن رحمه الله.

ولو قال: بعتك أباك، فإذا حلف الولد عتق المملوك ولا ثمن.

(الرابع) المقر به، وفيه بحثان:

(الأول) في الاقرار بالمال.

ولا يشترط كونه معلوما، فلو أقر بالمجهول صح. وإلا أن يكون مملوكا للمقر.

بأن كان وكيلا في الشراء ودلالا ونحوه، فليس باقرار له، لا بالملكية، ولا باليد المستلزمة لها.

قوله: " ولو قال: بعتك الخ، يعني إذا قال شخص: إن هذا كان عبدا لي، وأبوك وقد بعتك إياه فأنكر المخاطب الشراء، فهو منكر يتوجه إليه اليمين، بناء على الأصل المقرر، فيحلف على عدم الشراء، فما ثبت عليه بالبيع، فلا ثمن عليه، وينعتق العبد المذكور، لأن مالكة قد أقر بحريته حيث قال: إنه قد باعه على ابنه، لما ثبت عندهم أن البيع على الابن مستلزم للعتق.

قوله: " الرابع المقر به الخ " هذا هو الشروع في بيان الركن الرابع وهو المقر به، وهو إما مال أو غيره.

أما المال فلا يشترط كونه معلوما، نعم يشترط كونه مما يمكن العلم به وأخذه في الجملة ولو بالصلح على عوضه.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ويدل عليه عموم أدلة الاقرار أيضا مع عدم المانع.

ولا يشترط ملكية العين المقر بها حال اقراره بها، بل يشترط عدمها له حينئذ، لأنه لو كانت ملكا له حينئذ لا يمكن كونها قبله للمقر بها كما هو مقتضى الاقرار، فإنه اخبار بالملكية السابقة، لا مثبت لها، فيبطل الاقرار على هذا التقدير وهو ظاهر، ولكن بطلانه - فيما إذا كان ظاهر كلام المقر أنه ملكه ويحتمل عدمه، مثل

بل لو كان مملوكا له بطل، كما لو قال: داري لفلان أو مالي.

أن قال: داري لفلان، ومالي - محل التأمل.
إذ الأصل والظاهر يقتضي الصحة وعدم اللغوية وعدم البطلان، وكذا
حمل كلام العقلاء على الصحيح والظاهر المتبادر، ولا يحمل على الاحتمال البعيد
النادر.

وكذا جواز الإضافة لأدنى ملابس، مثل كون الدار مسكنه الآن، وفي
إجارته، والمال تحت يده، مع أن العادة اقتضت جواز الإضافة بمثل ذلك، فإنه
يقال: كنت في دار فلان، وبيت فلان مع كون الدار في إجارته وإعارته، باعتبار
الكون فيه الآن.

فالبطلان الذي قال المصنف محل التأمل إلا أن يحمل على فرض العلم
بأن المراد داري التي ملكي الآن ومالي كذلك ولا شك حينئذ في البطلان، لما مر
ويمكن حينئذ كونه محمولا على الوعد بالهبة ونحوها، وهذا المحامل بدون
فرض العلم بعيد.

ويبعد دفعه بأن القاعدة المتقدمة اقتضت البطلان، لاحتمال كون
الإضافة حقيقية وإن كان بعيدا، إذ لو لم يكن مثله اقرارا - لاحتمال إرادته الملك
الحقيقي والوعد بالهبة ونحوها - يشكل الحكم بصحة سائر الأقرار حتى قوله: (له
علي كذا) و (هذا له) فلا يكون اقرارا بأنه له الآن، لاحتمال إرادة كونه (كان له)
و (وعد بالقرض أو الهبة) للصدقة والأخوة وغير ذلك.

فقول (١) التذكرة بعد الحكم ببطلان الاقرار في مثل (داري) كما في المتن
محتجا بقوله: لما فيه من التناقض، والمفهوم منه، الوعد بالهبة، ولا يحتمل أن يقال:
إنه أضاف إلى نفسه، لما بينهما من الملابس (إلى قوله) (٢): فيحكم بصريح اقراره

(١) مبتدأ وقوله ره: يحتاج إلى التأمل خبره.

(٢) متعلق بقوله ره: أضاف.

ولو شهد الشاهد بأنه أقر له بدار كانت ملكه إلى حين لاقرار،
بطلت الشهادة.

ولو قال: هذه الدار لفلان وكانت ملكي إلى وقت الاقرار أخذ
بأول كلامه.

ويشترط كون المقر به تحت يده.

للغير، لأن الاحتمال ولو كان نادرا ينفي لزوم الاقرار عملا بالاستصحاب.
يحتاج إلى التأمل فتأمل.

وأما وجه بطلان الشهادة - لو شهد الشاهد بأنه أقر لفلان بدار كانت ملكه
إلى حين الاقرار - فظاهر مما تقدم، وهو المنافاة ولا يلتفت إلى التأويل المصحح
للشهادة.

قوله: " ولو قال هذه الدار لفلان الخ " في الأخذ بأول الاقرار - في مثل
قول (هذه الدار لفلان وكانت ملكي إلى أول وقت الاقرار) - هو المذكور في أكثر
الكتب.

ولي فيه تأمل بناء على ما تقدم من القاعدة خصوصا مع قول التذكرة فيما
تقدم حيث قال: ولا يحتمل أن يقال آه.

قوله: " ويشترط كون المقر به تحت يده " الظاهر أن المراد باشتراط
كون المقر به تحت يد المقر، كونه حال الاقرار وتصرفه فيه تصرفا ملكيا ليخرج نحو
اقرار المستعير ملكية العارفي ترتب جميع الأحكام، وإلا فترتب عليه بعض الأحكام
بدون الشرط كما سيأتي في اقراره بحرية عبد الغير، فإن اقراره هنا ليس بلغو لا حكم
له أصلا ولهذا لا يجوز له أن يأكل من كسبه بغير إذنه إن كان صادقا وإن أذن له
المولى ويمنعه الحاكم من ذلك وهو ظاهر.

قال في التذكرة: يشترط في القضاء والحكم بالاقرار بالملكية - لمن أقر له
كون المقر به تحت يد المقر وتصرفه فيه، فلو أقر بما ليس في يده، بل في يد الغير، كعبد

فلو أقر بحرية عبد غيره لم يقبل.
فلو اشتراه كان فداء من جهته وبيعا من جهة البايح.
فلا (ولا خ) يثبت فيه خيار الشرط والمجلس.

زيد، أقر به لغيره، لم يحكم بثبوت الملكية في العبد للمقر له بمجرد الاقرار، بل يكون دعوى أو شهادة، ولا يلغو الاقرار من كل وجه، بل لو حصل المقر به في يده بملكيته ظاهرة، أمر آه (١).

ويحتمل أن يكون كونه شرطا في ترتب الأحكام حال الحكم لا حال الاقرار بصحته، وهو بعيد ياباه.

قوله: " فلو أقر بحرية عبد غيره الخ " أي لو قال لمن هو عبد ظاهرا في يد شخص، أنه حر لا يقبل ذلك أي لا يصير حرا كما لو كان في يده وقال ذلك، بل هو شاهد واحد على ذلك، فلما لکه بيعه على غيره وعليه أيضا على الظاهر، إذ قد يوجد بشرائه ظاهرا غرض صحيح، مثل استنقاذه وتخليصه من العبودية، فليس بواضح كون الشراء ظاهرا له حراما حتى يكون معاونة على بيعه كما قيل في البيع لمن يجوز له لبيع بعد نداء يوم الجمعة على من لا يجوز له ذلك، وكما في تزويج شخص ممن يقر بتحريمها عليه لبنا أو رضاعا، ولو وجد في مثله أيضا وجه صحيح، مثل تخليصه من يد ظالم لا شك في جواز ايقاع صورة العقد إن لم يندفع إلا به، بل يحتمل وجوبه فتأمل. ثم لا شك أن ليس هنا شراء حقيقي بحسب ظاهر الشرع، ولو كان كاذبا في نفس الأمر يكون شراء بحسب نفس الأمر، وقالوا: فلا يترتب عليه حينئذ أحكام الشراء بالنسبة إليه، وكأن مرادهم بحسب ظاهر الشرع، وأما بحسب نفس الأمر فهو مكلف بمقتضاه.

فلا يثبت له خيار الشرط لو شرط، ولا خيار المجلس، ولا خيار الحيوان، إذ

(١) إلى هنا عبارة التذكرة ٢: ١٥٠.

ثم يحكم بالعتق على المشتري.

شراءه هنا استنقاذ الحر من العبودية الباطلة.
قال في التذكرة: هذا من جانبه إجماعاً (١)، فيحكم (٢) بحريته بعد شرائه،
والأمر يرفع يده عنه عملاً باقراره، ولا شك في ذلك بالنسبة إلى ما يفعل معه المقر
فليس له إعماله وأخذه كسب يده، بل يعامل معه معاملة الأحرار.
وأما الحكم بكونه حراً مثل الإقرار بالنسبة إلى غيره، فلا.
والحكم بأن ليس له أحكام الشراء مطلقاً، لا يخلو عن بعد، إذ ينبغي أن
يكون له ذلك بالنسبة إلى اقرار البالغ، فله أن يأخذ الأرش وخيار الغبن، وأخذ
ما غبن فيه، بل لو فسخ في المجلس ينبغي أن يقبل منه.
وكذا باقي الخيارات، فإن البايع والحاكم باعتقاد البيع وإن لم يكن
بالنسبة إليه بيعاً، بل افتراء واستنقاذاً.
والظاهر أنه ما وجب التزام أحكام البيع اللازم من جميع الوجوه عليه
باقراره الحرية والتزام الاستنقاذ والافتداء، فله أن يرجع عن الاستنقاذ، إذ هو غير
لازم فلا يمكن الحكم عليه بأكثر من أحكام الشراء اللازم بحسب ظاهر الشرع، نعم
ليس له بحسب اقراره تسليمه إليه ولك قد يؤخذ منه بعد أخذ ثمنه قهراً ويحكم
الحاكم بعد سماع الإقرار في حق الغير.
بل الظاهر وجوب رد الثمن من البايع على المشتري لو فسخ البيع بأحد
الوجوه الجائزة في البيع، بل لا يبعد للمشتري جواز أخذ ثمنه قهراً وسرقة وعلى أي
وجه اتفق دون رد المبيع إن لم يكن (٣) قصد التصديق والقربة في استنقاذ الحرية،

(١) عبارة التذكرة هكذا: إذا كان صورة اقراره أن عبد زيد حر الأصل، أو أنه أعتق قبل أن أشتريه
فإذا اشتراه فهو فداء من جهته إجماعاً (انتهى).

(٢) هذا التفريع من الشارح قده.

(٣) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوع: بدون الواو، ولعل الصواب: وإن لم يكن زيادة مع الواو ليكون
قوله قده أخذ الثمن منه جواباً له.

فإن مات العبد ولا وارث له وله كسب أخذ المشتري الثمن.
ولو قال: له في ميراث أبي أو من ميراث أبي أو في هذه الدار،
مأة، فهو اقرار.

أخذ الثمن منه.

ثم إن مات العبد وله مال، ملكه بعد الاستنقاذ والحكم بالحرية، فقال
المصنف وغيره: يأخذ المشتري ثمنه من ماله.
كأن وجهه أنه مال البايع بالولاء فيأخذ ثمنه اقتصاصا حيث تعذر العين
والعوض، هذا.

وفيه تأمل، إذ يحتمل كونه حر الأصل أو معتق (١) في كفارة ونحو ذلك.
فلا يكون ماله للبايع بل أما لورثته مع الوجود، ومع العدم للإمام عليه السلام.
نعم إن كان للبايع في غير الكفارة، بل تبرعا، غير مبرئ عن ضمان حرته
ولم يكن له وارث ويكون الاقرار على هذا الوجه، ولا يكون متبرعا في الافتداء
ومتقربا إلى الله في تخليص حر، فإنه حينئذ يكون الثمن بمنزلة التصديق حيث صرف
في البر لله لاستنقاذ حر عن العبودية، ويكون قصده الأخذ منه مهما أمكن وتعذر
ذلك بالكلية إلا عن هذا المال.

فليس ببعيد جواز أخذ الثمن، بناء على أن ماله للبايع، لأن الولاء له حينئذ
على ما قالوا، فيمكن حمله عليه، وفي هذا الحكم تأييد لبعض ما تقدم فافهم.
وهذا كله على تقدير صدقه.

وأما إن كان كاذبا فالمبيع عبد له يفعل به ما يجوز فعله بالعبد من
الاستخدام وغيره إن تمكن، وماله بعده، له، بناء على أن مال العبد لمولاه فتأمل.
قوله: " لو قال: له في ميراث أبي الخ " وجه كون قوله: (في ميراث

(١) ولعل الصواب بل الظاهر معتقا بالنصب.

بخلاف، له في ميراث (ثي خ) من أبي أو من ميراثي (من أبي خ)، أو في داري هذه، أو في مالي.

أبي، أو من ميراث أبي مائة) مثلا اقراراً، ظاهر، لأن هذا الكلام كالصريح في أن للمقر له دين على أبيه ومتعلق بتركته، وأن له استحقاقاً في ذلك ولا فرق بين أن يقول: (على أبي مائة) وبين ما تقدم.

بخلاف، (له في ميراثي من أبي أو من ميراثي من أبي أو في داري أو في مالي مائة) فإن ظاهره تناقض، لأن ظاهر (له) ملكية المقر له، وظاهر الإضافة ملكية المقر، فإذا حمل على الظاهر فلا حكم لهذا الكلام، فلا اقرار. وإن أردنا تصحيحه بالتأويل، لعدم حمل كلام العقلاء على اللغو والتناقض كما هو مقتضى القاعدة، يحتمل (١) أن تكون الإضافة لأدنى ملابسة فيكون المجاز في الإضافة وحينئذ يكون اقراراً. ويحتمل أن يقال: المجاز في (له) فإن المراد الانشاء والوعد بالتملك بالهبة ونحوها، والإضافة لتكون على أصلها، وحينئذ لا يكون اقراراً. وظاهر أولوية الثاني لأصل براءة الذمة والاستصحاب. قال في التذكرة (٢): ولا يحتمل أن يقال: إنه أضاف إلى نفسه لما بينهما من الملابسة (إلى قوله): لأن الاحتمال ولو كان نادراً، ينفي لزوم الاقرار عملاً بالاستصحاب.

وقال في موضع آخر (٣) منها قاعدة الاقرار، الأخذ بالقطع والبت والحكم بالمتيقن.

-
- (١) جواب لقوله قده: وإن أردنا.
(٢) في أواخر الفصل الثاني من كتاب الاقرار.
(٣) في أوائل الفصل الثاني من كتاب الاقرار.

ولو قال في هذه المسائل: بحق واجب أو بسبب صحيح ونحوه صح.

وفي موضع آخر منها اللفظ قد يكون صريحا في التصديق وينضم إليه قرائن تصرفه إلى الاستهزاء والتكذيب، ومن جملتها الأداء والابراء وتحريك اللسان الدال على شدة التعجب في الإنكار، فعلى هذا يحمل قوله: (صدقت) وما في معناه على هذه الحالة فلا يكون إقرارا، فإن وجدت القرائن الدالة على الإقرار حكم به آه (١). لأنه إن حمل على الظاهر فليس بإقرار، وإن حمل على غيره فهنا احتمالان، الإقرار، وعدمه فإن سلم تساويهما فترجح الثاني بالأصل والاستصحاب. وأما إذا انضم إلى جميع الصور التي قيل بعدم الإقرار فيها، مثل قوله: (بحق واجب أو بسبب صحيح) فقد أكد كونه إقرارا ودفع التناقض بإرادة المعنى المجازي الذي مستلزم للإقرار، لا المجازي الذي مستلزم لعدمه، كما هو عادة التأكيد فصار قرينة صريحة صارفة عن الحقيقة والمجاز اللذين يستلزمان عدم الإقرار، فصار كالصريح في الإقرار. وهذا تحرير هذه المسائل.

فلا يرد حينئذ ما أورده المحقق الثاني وغيره على هذه المسائل في كلامهم، مثل قوله (٢) في شرح القواعد: فإذا قال: داري لفلان لم يمتنع أن يكون المراد الدار التي هي بحسب الظاهر لي، ملك لفلان الخ. وقوله (٣): إلا أن يقال: المتبادر من قوله: (داري التي هي بحسب الواقع لي) (إلى قوله): ولا يضر ذلك لأنه إن سلم كونه متبادرا فشيوع الآخر في

-
- (١) وتتم العبارة: وإن وجدت القرائن الدالة على غيره حكم بعدم الإقرار (انتهى).
(٢) يعني المحقق الثاني في جامع المقاصد ج ١، ص ٥٣.
(٣) عطف على قوله قده: (قوله في شرح القواعد، وكذا قوله أيضا معترض الخ).

الاستعمال، أمر واضح.

وقوله - أيضا معترضا على الشيخ وابن إدريس حيث ذهبوا إلى عدم الاقرار في مثل (داري)، وإلى الاقرار بعد ضم الأمور المتقدمة: ولا ريب أن الإضافة بأدنى ملابسة مجاز إلا أنه لا يضر ذلك، لأنه استعمال شائع مشهور، والتناقض (١) الذي فر منه الشيخ وابن إدريس في الفرض لا يندفع بقوله: بأمر حق واجب الخ. وكذا قوله (٢): ولقائل أن يقول التناقض المدعى لزومه، في قوله: (داري لفلان)، لازم هنا لأن ما كان ميراثا لأب المقر فهو ملك له أو على حكم مال الميت مع الدين، وعلى كل تقدير فليس ملكا للمدين، وقد اقتضى الاقرار كونه ملكا له، (فإن قيل) المراد بقوله: (له في ميراث أبي) استحقاق ذلك (قلنا): هو خلاف الظاهر، فإنه خلاف الوضع اللغوي والشهير في الاستعمال العرفي، وإذا جاز ارتكاب مثل هذا هنا، ففيما سبق أولى.

وكذا قوله (٣): بعد ملاحظة ما قلنا، ولا يظهر فرق بين المسألتين (أي بميراث أبي) و (ميراث من أبي) والأقوى صحة الاقرار فيهما.

(١) في المبسوط: والفرق بين المسألتين أنه إذا قال في ميراثي من أبي فقد أضاف الميراث إلى نفسه وإذا جعل جزء (له) من ماله لم يكن ذلك إلا على وجه الهبة، وأما إذا أضيف إلى نفيه فما جعل له جزء من ماله، وإنما أقر له بدين في تركة أبيه (إلى أن قال): هذا كله إذا لم يقل بحق واجب، فسواء إضافة إلى نفسه إن لم يضيفه

فإنه يكون اقرارا ولا يكون هبة لأن الهبة لا تكون حقا واجبا (انتهى).

(٢) وفي السرائر: وإذا قال له علي من ميراث أبي ألف درهم لم يكن أيضا اقرارا، لأنه أضاف الميراث إلى نفسه ثم جعل له جزء ولا يكون له جزء من ماله إلا على وجه الهبة أو الصدقة، ولو قال: له من ميراث أبي ألف درهم كان ذلك اقرارا بدين في تركته، وهكذا لو قال: داري هذه لفلان لم يكن اقرارا لمثل ما قدمناه لأن هذا مناقضة (إلى أن قال): فأما إذا قال: هذه داري، أو لفلان بأمر حق ثابت كان اقرارا أيضا صحيحا (انتهى).

(٣) عند شرح قول المصنف في القواعد: ولو قال: له في ميراث أبي.. الخ.

ولو قال: لفلان علي شيء أو مال قبل تفسيره بأقل ما يتمول.
ولا يقبل بالحبة من الحنطة.

وكذا قوله (١): وقد قدمنا ما يدل على عدم الفرق في الحكم - أي (٢) بين قوله: (له من هذه الدار كذا) وبين (من داري) أو (مالي).
وكذا قوله (٣): وقد عرفت أن هذا القول - أي - بحق واجب أو سبب صحيح ونحوه -:

لا يدفع التناقض فيما قدمناه، بل يؤكده، فإن جعل دليلاً في العدول عن الظهور فبقوله: (داري) و (ملكي) فصحة الاقرار صالحة للدلالة على ذلك أيضاً وإن كانت مع هذا القول أكد.

قوله: " ولو قال: لفلان علي شيء الخ " قد عرفت أنه لا يشترط في الاقرار، المعلوماتية، بل يصح بالمجهول، فلو قال لزيد علي شيء لزمه ما صدق عليه شيء، فإن لم يفسر حسبه الحاكم حتى يفسره، فإن فسره بما يتمول عادة قبل ذلك من غير خلاف وإن كان أقل ما يتمول.

وإن فسر بما لا يتمول عادة، ولكن كان من جنس ما يتمول عادة كالحبة من الحنطة والسمس، فجزم المصنف هنا بعدم القبول، لأن المتبادر من (له علي شيء) ما يتمول عادة ويسمع دعواه، والحبة ليست كذلك.
ولكن قال في التذكرة: فالأقوى القبول (وهو أصح وجهي الشافعية) فإنه شيء يحرم أخذه، وعلى من أخذه رده (٤).
ويمنع عدم سماع الدعوى، ويؤيده أصل براءة الذمة وصدق اللفظ الذي

(١) في شرح قول المصنف ره: ويصح لو قال من هذه الدار الخ ص ٥٤٧.

(٢) تفسير من شارح هذا الكتاب قدس سره.

(٣) في شرح قول المصنف ره: ولو قال في ذلك كله بحق واجب أو سبب صحيح الخ.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولا بكلب الهراش، ولا السرجين.
وجلد الميتة والخمر والخنزير.

أقربه عليها في الجملة، والضابطة المتقدمة، والزبيبة والتمررة كذلك (١)،
وإن لم يكن من جنس ما يتمول - ولكن له منفعة يعتد بها عادة ويجوز اقتناؤه
كالسرجين الطاهر، وإن لم يكن له منفعة يعتد بها المقصودة ككلب الهراش - فحزم
المصنف بعدم القبول أيضا فيهما، كأنه لما مر.
قال في التذكرة: في الكلب المعلم والسرجين اشكال أقربه، القبول، لأنها
أشياء يثبت فيها الحق والاختصاص ويحرم أخذها ويجب ردها (٢).
كأنه الأولى لما تقدم، على أنه قد يقال: الكلب المعلم يتمول على العادة،
بل السرجين أيضا وكلب الهراش نجد أن الأصحاب يصرحون بعدم تملكه
والاعتداد بنفعه، ولا يبعد قبوله عند من كان يعتد بمثله.
وأما كلب الماشية والزرع والحائط والكلب القابل للتعليم، فملحق بالمعلم
صرح به في التذكرة (٣).
وأما إن فسره بما لا يجوز الانتفاع به واقتنائه، مثل جلد الميتة والخمر
والخنزير والكلب الذي لا منفعة له أصلا فلا تقبل عندنا قاله في التذكرة (٤)، كأنه
مجمع عليه.
ولا يبعد قبوله إذا كان القائل (القابل خ) ممن يعتقد جواز الانتفاع بها،

(١) يعني تفسير الشيء بالزبيبة والتمر، كتفسيره بالحبة في عدم القبول.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٣) حيث قال: وكلب الماشية والزرع والحائط ملحق بالمعلم (انتهى).

(٤) حيث قال: وإن لم يكن من جنس ما يتمول فأما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة أو لا (إلى أن قال) والثاني
كالخمر التي لا حرمة لها أو الخنزير وجلد الكلب والكلب الذي لا منفعة فيه، وهذا لا يقبل تفسيره به عندنا
(انتهى).

ولا رد السلام أو (و خ) العيادة، ولو لم يفسر حبس حتى يفسر.

سواء كان كافرا أو مسلما، مخالفا أو موافقا، جاهلا يمكن كونه جاهلا بمثله، فتأمل.

قال في التذكرة: لو قال: له علي شيء، وفسره بالخنزير والخمر قبل علي اشكال آه.

وأما التفسير برد اسلام والعبادة، ومثلهما تسميت العاطس، وجواب الكتاب، فجزم المصنف أيضا بعدم القبول، لأن المتبادر من مثل (له علي شيء) ثبوت مال في ذمته، والذي يسمع دعواه، المطالبة وهذه الأشياء تسقط بالفوات قاله في التذكرة (١).

ويحتمل عدم السقوط، فيجب الرد فيما هو واجب، ويستحب في المستحب مع بقاء محله ورأيت في كتاب النووي، أنه يصح أن يبرأ عن حق السلام، فيحتمل القبول لما تقدم، ولما سيأتي من قبول تفسير مال عظيم بأقل ما يتمول، لاحتمال إرادة عظيم خطره حيث يكفر مستحله.

ولا شك أن حمل (له علي شيء) على رد السلام ليس بأبعد منه، ولأنه لفظ صالح لذلك الحمل ويدعيه المقر، والأصل حمل كلام الغير على الصحة. قال في التذكرة: يحتمل القبول إذا أراد أن علي رد السلام إذا سلم وتسميته إذا عطس، لما روي في الخبر: للمسلم على المسلم ثلاثون حقا... يرد سلامه، ويسمى عطسته ويجب دعوته آه (٢).

(١) في التذكرة - بعد حكمه بعدم القبول - : ما هذه عبارته، لبعده عن الضم في معرض الاقرار، إذ لا مطالبة بهما، والاقرار في العادة بما يطلب المقر له ويدعيه، ولأنهما يسقطان لفواتهم ولا يثبتان في الذمة و. الاقرار

يدل على ثبوت الحق في الذمة، وكذا لو فسره بتسميت عطسته (انتهى).

(٢) الوسائل باب ١٢٢ قطعة من حديث ٢٤ من أبواب أحكام العشرة من كتاب الحج ج ٨ ص ٥٥٠ وفيه: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: للمسلم على أخيه ثلاثون حقا لا براءة له منها إلا بالأداء، أو العفو (إلى أن قال) ويجب دعوته (إلى أن قال) ويسمى عطسته ويرشد ضالته ويرشد ضالته ويرد سلامة الحديث.

ولو فسر بدرهم، فقال المدعي أردت العشر لم يقبل دعوى الإرادة.
بل له أن يدعي على العشرة فيقدم قول المفسر (المقر خ ل).

قال في التذكرة: أما لو قال: له علي حق، فإنه يقبل التفسير بالعبادة ورد السلام وقال بعض الشافعية: لا فرق بين أن يقول: له على شيء أو حق كيف والحق أخص من الشيء، فيبعد أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل تفسير الأعم فتأمل.

وأما الفرق بين الشيء والمال فظاهر، فإنه لا يقال لنحو رد السلام مال، ويقال: له شيء بلا شك فلا يقبل تفسيره وإن قبل تفسير الشيء به فالجمع بينهما في حكم واحد محل التأمل.

وقال في التذكرة: إذا قال: له علي مال يقبل تفسيره بأقل ما يتمول ولا يقبل تفسيره بما ليس بمال إجماعا كالكلب والخنزير وجلد الميتة، ويقبل بالتمر، الواحدة (إلى قوله): وكذا لو فسره بالحبة من الحنطة والشعير.
قوله: " ولو فسر بدرهم الخ " أي لو قال: له علي شيء أو مال ثم فسره بدرهم مثلا أو بمائة أو قال المقر: أردت بالشيء أكثر من درهم كالعشرة والمائتين، فإن صدقه فذلك، وإن كذبه، فقال المصنف لم يقبل دعواه يعني لا يسمع هذه الدعوى ولا يعمل بمقتضاه من البينة واليمين فإنه دعوى اطلاع على باطنه وذلك مما لا يمكن.

نعم له أن يدعي عليه عشرة فيكون هو مدعيا عليه البينة، فالقول قول المقر مع يمينه ويمكن أن يدعي إرادة ذلك لوجود قرائن تدل عليه فكأنه يكون حينئذ مدعيا لوجودها فتأمل.

ولو فسر بالمستولدة قبل.
ولو قال: مال عظيم أو نفيس أو كثير أو جليل، أو خطير، أو
مال أي مال قبل تفسيره بالأقل.

قال في التذكرة: وحلف (١) المقر على أنه ما أراد مائتين، وأنه ليس عليه إلا
مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وقال (٢) بعض الشافعية: لا بد من يمينين، والمشهور
الأول، فإن نكل المقر حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الإرادة
لعدم إمكان الاطلاع عليها (٣).

وهذا يشير بسماع الدعوى، ولكن لا يمكن الحلف عليه، لأنه لا بد فيه من
العلم، ويعد العلم على الإرادة، ويمكن كون المقصود هنا أيضا ذلك على أنه قد
يعلم الإرادة بالقرائن فيصح الحلف إن علم فتأمل.

ولهذا قال في التذكرة: يصح حلف الوارث بعد موت المقر بعدم إرادة
الزيادة إذا ادعاه المقر له وخصوصية الوارثية لا دخل لها وإن كانت الخلطة أكثر فتأمل.
ولا ينبغي النزاع في قبول تفسيره بأمر الولد، لأنها مملوكة، وشيء، ومال،
فيصح الاقرار بها.

قوله: " ولو قال: مال عظيم الخ " لعل دليل قبول التفسير في ذلك كله
بأقل ما يتمول، ما تقدم، وما قال في التذكرة: لو قال: له علي مال عظيم أو
جليل (٤) أو مال وأي مال، قبل تفسيره بأقل ما يتمول أيضا كما قال (٥) (مال)

-
- (١) صدره في التذكرة هكذا: وأن قال: أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين الخ.
(٢) في التذكرة: وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم لا بد الخ.
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة وزاد فيها بخلاف ما إذا مات وفسر الوارث وادعى المقر له زيادة فإن
الوارث يحلف على إرادة المورث لأنه قد يطلع من حال مورثه ما لا يطلع عليه غيره (انتهى).
(٤) في التذكرة بعد جليل: أو نفيس أو خطير أو غير تافة أو مال الخ.
(٥) في التذكرة: مال لم يزد عليه.

لأنه يحتمل أن يريد به عظم خطره، بكفر مستحله ووزر غاصبه والجائر فيه، ولأن أصل ما بيني عليه الاقرار، الأخذ بالمتيقن والترك لغيره، ولا يعتبر الغلبة (١) وقال في (٢) موضع آخر: والأصل في ذلك أنه ليس في العظيم حد في الشرع ولا في اللغة، ولا في العرف والناس مختلفون (يختلفون - التذكرة) في ذلك فبعضهم يستعظم القليل، وبعضهم لا يستعظم الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إليه، ولا في اللغة، ولا في العرف قانون يعول عليه فيرجع المقر إلى تفسيره وبيانه لأنه أعرف بمراده (٣). ثم نقل الخلاف عن الشيخ في الكثير (٤) بأنه لو قال: له علي مال كثير يلزمه ثمانون، بناء على الرواية التي تضمنت أن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين.

ولكن (٥) الرواية خلاف الأصل وما تقدم، ولم يثبت كون غزاة النبي صلى الله عليه وآله ثمانين، وإرادة ذلك بقوله (مواطن كثيرة)، وعلى تقديره لم يكن حجة لاحتمال كون ذلك اتفاقاً ثمانين لا أنه موضوع له، فلا يدل على عدم اطلاقه على أقل من ذلك.

ونقل أن العامة قالوا: إن مواطنه كانت اثنين وسبعين، ولا شك في صدق الكثير على أقل من ذلك. فقال: " كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة " (٦)، " واذكروا

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) المناسب أن يقول: (إلى قوله) الأصل الخ لأن هذه العبارة عقيب تلك العبارة بفصل أسطر في مسألة واحدة.

(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٤) في المبسوط: وإن قال له عندي مال كثير كان ذلك اقرار بثمانين على الرواية التي رويت فيمن أوصى بمال كثير أنه ثمانون (انتهى).

(٥) لم نعثر على هذه الرواية كما سينبه عليه الشارح قده أيضاً وإنما وردت في النذر فراجع باب ٣ من كتاب النذر من الوسائل ج ١٦ ص ١٨٦ فيه أربع روايات.

(٦) البقرة - ٢٤٩.

ولو قال أكثر من مال فلان (مما لفلان خ) ألزم بقدره وبزيادة (أو زيادة خ) ويرجع فيها إليه.

اسم الله كثيرا (١)، قال في التذكرة: وله أمثال كثيرة في القرآن إن اقتضت، وأصحابنا التجأوا في ذلك إلى الرواية وكانت المواطن عندهم ثمانين موطنًا، إذا عرفت هذا فنقول: تقصر الرواية على ما وردت عليه، ويبقى الباقي على الاجمال. وبالجملة ينبغي حفظ الضابط وعدم الخروج عنها إلا بدليل، فإن كانت الرواية صحيحة، أو العمل بها في موردها مجعما عليه، وإلا فيعمل فيه أيضا بالضابطة فتأمل.

إلا أن الرواية مرسلة والاجماع غير معلوم.

ثم اعلم أن الرواية وردت في نذر المتوكل (٣)، فالذي قدمناه من التذكرة أنها في الوصية محل التأمل، لعلها رواية أخرى وردت في الوصية، وعدم علمنا بها لا يضر بمثل المصنف قدس الله سره.

قوله: " ولو قال أكثر من مال فلان الخ " وجه الزامه بمثل مال فلان والزيادة، ظاهر، فإن مقتضى الاقرار ذلك.

وكذا كون الرجوع في تفسير الزيادة إليه فيقبل بما فسیره به فإنه بمنزلة (له

(١) الأحزاب - ٤١ والآية: يا أيها الذين آمنوا اذكروا الله ذكرا كثيرا.
(٢) الأولى نقل عبارة التذكرة وهي هكذا: وقال الليث بن سعد: يلزمه اثنان وسبعون درهما لأن الله قال: " لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته صلى الله عليه وآله وسراياه اثنين وسبعين. وهو غلط لأن ذلك ليس بحد لأقل الكثير، وإنما وصف ذلك بالكثرة ولا يمنع ذلك وقوع الاسم على ما دون ذلك وقد قال الله تعالى: " كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة "، وليس المراد ما ذكره، وكذا قوله تعالى: " اذكروا الله ذكرا كثيرا " ولم

ينصرف إلى ذلك وله أمثال كثيرة في القرآن وأصحابنا التجأوا في ذلك إلى الرواية وكانت المواطن ثمانين موطنًا إذا عرفت هذا (إلى آخر ما نقله الشارح قده).

(٣) قد أشرنا إلى أنها أربع روايات، نعم في اثنين منها قصة نذر المتوكل وفي اثنين منها لا تكون هذه القصة فلاحظ ج ١٦ من الوسائل ص ١٨٦ باب ٣ من كتاب النذر.

ويصدق لو ادعى ظن القلة.
أو ادعى إرادة أن الدين أكثر بقاء من العين، أو أن الحلال
أكثر بقاء من الحرام.
ولو قال: كذا درهما فعشرون:

عندي كذا) فعليه تفسيره فيجب القبول ولا يجوز الطلب بأكثر.
وكذا قبول قوله في (أنه ظن القلة) فيقبل مقدار ما قال به والزيادة، لأن
المال قد يخفي، وقد يظن غيره قلته فهو أمر ممكن ويدعيه المقر وليس الالتزام إلا بقوله
ويقول: هذا قولي وإرادتي، فيقبل لما تقدم.
وكذا دعواه إرادة أن الدين أكثر بقاء من العين والحلال أكثر بقاء من
الحرام ومال فلان عين أو حرام، والأصل في ذلك كله ما تقدم من الضابطة
فتذكرها.

قوله: " ولو قال: كذا درهما فعشرون " الاقرار ب (كذا) مثل الاقرار
ب (الشيء) المبهم، سواء كرره أم لا، ومع التكرار، يحمل على التأكيد سيحيى،
فلو لم يأت بتمييزه يقبل تفسيره بما أمكن، مثل تفسير الشيء، قاله في التذكرة.
وأما مع التمييز الدرهم المنصوب، فقال: يلزمه عشرون درهما، لأن أقل عدد
مفرد يكون تمييزه منصوبا، هو عشرون و (كذا) كناية عنه.
وفيه تأمل لأن (كذا) كلمة برأسها ويجوز كون تمييزها منصوبا مفردا ولزمه
درهم، ويؤيده ما تقدم من الضابطة، وينبغي القبول منه على تقدير دعواه وعدم
الالتزام بأكثر من ذلك أن لم يقبل أو لم يقبل أو لم يمكن الاستعلام.
قال في التذكرة: لو قال: كذا درهما لزمه درهم واحد وكان الدرهم
منصوبا على التمييز لا تفسير لما أبهم (أبهمه خ) (١)، وقال أبو حنيفة: يلزمه عشرون

(١) في التذكرة وقال بعض الكوفيين: إنه منصوب على القطع، كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة الخ.

ولو جر فمأة.
ولو رفع فدرهم.
ولو قال: كذا كذا درهما فأحد عشر.

درهم، لأنه أقل اسم عدد مفرد ينصب الدرهم المفسر عقبيه، وهو جيد إن كان المقر عارفا بالعربية، والأقرب الأول لأنه المتيقن (١)، وفيه تأمل لا يخفى.
ولو جره فقال هنا بلزوم المائة، وجهه إن أقل عدد مفرد يكون تمييزه مجرورا هو المائة، وقال في التذكرة: وإن جره لزمه بعض درهم وصار تقديره له علي جزء درهم أو بعض درهم ويرجع في تفسير قدره إليه، وتكون (كذا) (٢) كناية عن ذلك الجزء، وقال بعض أصحاب أبي حنيفة أنه يلزمه مائة درهم، لأنه أقل عدد يضاف اسم العدد إليه وينجز به وما ذكرناه أولي، لأنه المتيقن، ولا ينظر إلى الاعراب في تفسير الألفاظ المبهمة (٣).

ولا يحتاج إلى هذا التنزيل، لأنه قد يكون المراد ب (كذا) بعض الدرهم وجزء الدرهم فيكون تمييزه مجرورا، فالكناية مثل ما يكتفي عنه ويمكن صحة هذا وإن كان القائل من أهل العربية.
والوقف كالجر.

وإن رفعه، قال في التذكرة: لزمه درهم واحد إجماعا، والتقدير كذا هو درهم. قوله: " ولو قال: كذا كذا درهما فأحد عشر " وجه كونه أحد عشر إن أقل عدد مركب يكون تمييزه منصوبا، هو أحد عشر، هذا للعارف بالاعراب.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٢) في عدة نسخ (وكذا) تكون كناية الخ.
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

(ولو قال خ) كذا وكذا درهما أحد وعشرون إن عرف.

والظاهر، الدرهم الواحد مطلقا كما لو قال: درهم، فإنه يحتمل التأکید كما مر.

قال في التذكرة: لو قال له: له علي كذا كذا فهو بمنزلة من لم يكرر (١)، فإن نصبه لزمه درهم لا غير. وقال أبو حنيفة يلزم أحد عشر، لأنه أقل عدد مركب ينصب بعده التمييز إن كان عالما بالعربية، والأجود ما قلنا تنزيلا للاقرارات على المتيقن لا على المظنون (٢) ولو رفع كان لزمه واحد أيضا وتقديره كذا كذا هو درهم، ولا خلاف فيه ولو جر لزمه بعض درهم، لاحتمال أن يكون قد أضاف جزء إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فيصير كأنه قال: بعض بعض درهم، ويقبل تفسيره وكذا لو وقف (٣)، لاحتمال الجر.

ويحتمل في الوقف والجر كون كذا مضافا إلى درهم والثاني تأكيدا فاصلا وتقدير درهم آخر بينهما كما قيل في تيم، تيم عدي، والحكم ما تقدم. وأما وجه كونه أحدا وعشرين إذا قال: كذا وكذا بالعطف، أنه تمييز أقل عدد مركب بالعطف، إذ لا معنى للتأکید مع العطف، كذا لمن يعرف الاعراب، والظاهر هنا أيضا مطلق الواحد.

قال في التذكرة: لو كرر كذا مع العطف، فإن رفع الدرهم لزمه درهم واحد، لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما واحدا، فكأنه قال: درهما درهما، ولو نصب فالأقرب أن يلزمه درهم واحد أيضا، لأن كذا يحتمل أن يكون أقل من درهم، فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز، وقال الشافعي يلزمه

(١) في التذكرة بعد قوله: لم يكرر: يلزمه درهم واحد ثم التقدير أن تقول: إما أن ينتصب الدرهم أو يرفعه أن يجره أو يقف فإن نصب لزمه درهم لا غير (إلى أن قال): وقال أبو حنيفة: يلزمه أحد وعشرون درهما.
(٢) حيث أخرجت أصالة براءة الذمة عن أصلها ولو رفع الخ (التذكرة).
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

ويرجع الاطلاق إلى نقد البلد ووزنه وكيله، ومع التعدد إلى ما يفسره، ويقبل تفسيره بغيره.
ويحمل الجمع على أقله وهو الثلاثة وإن كان جمع كثرة.

درهمان (إلى قوله): ولو جر الدرهم لزمه درهم عند بعض الشافعية، والحق أنه يلزمه بعض الدرهم، والتقدير أنه يلزمه شيء وبعض درهم، وكلاهما بعض (١).
والظاهر أن حال الوقف مثل حال الجر لأنه أقل وقد مر، فاكتفي بذلك.
ثم قال: لو قال: كذا وكذا وكذا درهمما، فإن قلنا: إن كرر مرتين لزمه درهمان فهنا يلزمه ثلاثة وإن قلنا: يلزمه درهم فكذا هنا (٢)، والذي ينبغي العمل بالضابطة فتأمل.

قوله: " ويرجع الاطلاق إلى نقد البلد الخ " وجه رجوع الاقرار - إذا كان مطلقا - إلى نقد البلد إن كان نقدا، وإلى كيله ووزنه إن كان مكيلا أو موزونا مع الوحدة وعدم تفسير المقر به، ظاهر.
كالرجوع إلى تفسيره وقبول تفسيره بغير نقد البلد مع التعدد، ولا يبعد القول مع الوحدة أيضا، لأنه يمكن أن يراد غير المتعارف في البلد وإن كان خلاف الظاهر لما تقدم، فتأمل.

قال في التذكرة (٣): يقبل مع كون التفسير أجود من نقد البلد أو مساويا وإن كان ناقصا يحتمل القبول، وهو الأقوى.
قوله: " ويحمل الجمع على أقله الخ " ويحتمل القبول لو قال: أردت اثنين، لأن مذهب جماعة أنه الأقل أو مجازا والضابطة تقتضيه اختاره في التذكرة بل الواحد أيضا بتأويل، مثل كونه كثيرا (كثيرا خ) أو كثير النفع، فكأنه جمع، فتأمل.

(١) (٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) منقول بالمعنى على نحو التلخيص فراجع البحث الرابع من كتاب اقرار التذكرة.

ولو قال: من واحد إلى عشرة فتسعة.
ولو قال: درهم في عشرة ولم يرد الحساب فواحد.
والاقرار بالظرف ليس اقرارا بالمظروف وبالعكس.

قوله: " ولو قال من واحد إلى عشرة الخ " وجه كونه حينئذ تسعة،
خروج الابتداء عرفا دون الانتهاء أو العكس، ويحتمل عدم خروج شيء، فيكون
عشرة، فالظاهر خروجهما فتكون الثمانية للضابط، اختاره في التذكرة.
قوله: " ولو قال: درهم في عشرة الخ " وجه كونه حينئذ واحدا من
عشرة ظاهر، بل لو لم يعلم إرادة الضرب والحساب، فكذلك، نعم لو صرح
بالضرب والحساب وكان عالما بذلك ولم يدع الجهل والنسيان يكون عشرة، والكل
واضح بحمد الله.

ولو كان من أهل الحساب وقال ذلك، فإن قال: ما أردت مصطلح
الحساب بل ما تريد العامة من كونه في عشرة فيكون واحدا، أو مع العشرة فيكون
أحد عشر، يقبل منه لما تقدم قاله في التذكرة.
قوله: " والاقرار بالظرف ليس اقرارا بالمظروف وبالعكس " قال في
التذكرة: الاقرار بأحد الشئيين لا يستلزم الاقرار بالآخر، والظرف والمظروف شيان
متغايران، فلا يلزم من الاقرار بأحدهما الاقرار بالآخر، لأن الأصل، البناء على
اليقين (١)، فلو قال: له عندي ثوب في منديل أو تمر في جراب، أو لبن في كوز، أن
طعام في سفينة، أو دراهم في كيس، لم يدخل الظرف في الأقرار، لاحتمال أن
يريد: في جراب لي، أو منديل لي (٢)، ولا تناقض لو ضم هذه اللفظة إلى الاقرار (٣).

-
- (١) في التذكرة: فلا يلزم من الاقرار بالظرف بالمظروف ولا بالعكس فلو قال الخ.
(٢) في التذكرة: وإذا احتل ذلك لم يلزمه من اقراره، المحتمل ولا تناقض.
(٣) في التذكرة: ولو كان اللفظ المطلق يدل على الإضافة إلى المقر له لزم التناقض مع التصريح
بالإضافة إلى المقر وكذا لو قال الخ.

وكذا لو قال: غصبتة زيتا في جرة (١)، وثوبا في منديل لم يكن مقرا
إلا بغصب الزيت والثوب خاصة دون الجرة والمنديل (٢). وجهه ما تقدم.
ثم قال: ولو قال: له عندي غمد فيه سيف أو جرة فيها ماء (زيت - التذكرة)
أو جراب فيه تمر، فهو اقرار بالظرف خاصة (٣)، وكذا لو قال: غصبتة فرسا في
اصطبل (٤) أو غصبتة دابة عليها سرح أو زمام أو بغلة عليها برذعة (٥)، أما (٦) لو
قال: غصبتة عبدا على رأسه عمامة أو في وسطه منطقة أو في رجله خف فهو اقرار بها
مع العبد، لأن للعبد يدا على ملبوسه، وما في يده، فهو في يد سيده، فإذا (وإذا خ)
أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الفرس ونحوه، فإنه
لا يد لها على ما هو عليها (٧).
ويمكن أن يقال: لا تناقض لو قال: العمامة لي، فلو ادعى ذلك لا يبعد
قبوله (٨).

والتحقيق أنه يكون اقرارا بالعبد فقط، ويكون ما عليه تحت يد السيد
فيحكم له بظاهر اليد إن ثبت أن ما هو تحت يد العبد، تحت يد سيده فيصح للمقر دعواه

-
- (١) والجرة بالفتح إناء معروف من خزف (مجمع البحرين).
 - (٢) إلى هنا عبارة التذكرة.
 - (٣) في التذكرة: دون المظروف للتغاير الذي قلناه وعدم الاستلزام بين الاقرار بالشئ والاقرار بغيره،
ولصدق الإضافة إلى المقر في المظروف ولو قال: غصبتة الخ.
 - (٤) في التذكرة: فهو اقرار بالفرس خاصة، ولو قال غصبتة دابة الخ.
 - (٥) بالذال والذال، المجلس الذي يلقي تحت الرحل والجمع البراذع (مجمع البحرين).
 - (٦) في التذكرة: فهو اقرار بالدابة البغل خاصة دون السرح والزمام والبرذعة أما لو قال: غصبتة الخ.
 - (٧) إلى هنا عبارة التذكرة.
 - (٨) عبارة التذكرة، ولهذا لو جاءت بعبد وعليه عمامة وقال: وهذا العبد لزيد كانت العمامة له أيضا
(انتهى).

ولو قال: له هذه الجارية فجاء بها حاملا فالحمل له على اشكال.

ولو قال له: درهم درهم، أو درهم فوق درهم، أو مع درهم، أو تحت درهم، أو درهم فدرهم فواحد.

وإثباته، بخلاف العبد فلا يكون اقرارا بما عليه، فتأمل. هذا كله واضح إلا أنه وردت رواية في الوصية بالصندوق وفيه مال أنه مع المال لمن أوصى له (١). كأنها حسنة لعقبة بن خالد، وأخرى ضعيفة لمفضل بن صالح (٢)، فتأمل. قوله: " ولو قال: له هذه الجارية الخ " يحتمل أن الحمل للمقر له، ويحتمل للمقر أيضا كما يقتضيه سوق الكلام. وجه الاشكال، كون الحمل داخلا في (هذه الجارية) بمنزلة جزء لها، فيكون الحمل تابعا وكونه غير صريح في ذلك، والأصل، والضابطة المتقدمة، فيكون غير داخل، فيكون للمقر، وهو الأظهر. قوله: " ولو قال: له درهم درهم الخ " وجه لزوم الدرهم الواحد في الكل ظاهر مما تقدم إلا في الأخير، وهو (درهم فدرهم) فإنه ظاهر في الاثنين، لأن الفاء للعطف كالواو وثم، ولكن الضابطة تقتضي الوحدة فيه أيضا، لاحتمال عدم فهمه عدم جواز التأكيد بغير فاء، ومجئ فاء لغير العطف، وهو جار فيما تقدم من العطف فهناك أيضا كونه واحدا احتمال قوي، ولأنه يحتمل أن يكون المراد،

(١) راجع الوسائل باب ٥٨ من كتاب الوصايا.

(٢) سند الأولى - كما في الكافي - هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن علي بن عقبة، عن أبيه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام وسند الثانية كما فيه أيضا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن أبي جميلة - المفضل بن صالح - عن الرضا عليه السلام.

ولو قال: درهم ودرهم أو ثم درهم، فاثنان.
ولو قال: درهم، ودرهم، ودرهم فثلاثة.

فدرهم واجب علي بسبب اقراري ونحو ذلك.
قال في التذكرة: إن أراد العطف، فدرهمان، وإن لم يرد العطف لزمه
درهم واحد (إلى قوله): لأن الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ بالتعيين.
قوله: " ولو قال: درهم ودرهم الخ " وجه كونه اثنين حينئذ هو عدم
التأكيد مع الواو، وثم تدل على التكرار، ولكن قد علمت أن مقتضى الضابطة
الواحدة، لاحتمال عدم المعرفة، ولاحتمال أن ثم درهم لازم علي، فتأمل.
قوله: " ولو قال: درهم ودرهم أو ثم درهم الخ " وجه الثلاثة أن الواو
للعطف، ولا يكون للتأكيد فلا يكون إلا اقرارا فيلزم بكل لفظ، واحد، فلو كرره
مائة يكون المقر به مائة، كما أنه لو كرر بدون العطف مائة مرة يكون واحدا إلا أنه لو
قال: أردت بالثالث تأكيد الثاني يقبل قوله، فيكون اللازم درهمين، لاحتمال
التأكيد اللفظي، فيكون الثالث مع العطف تأكيدا لفظيا، وهو ظاهر.
وأما أنه لو قال: إنه تأكيد للأول فليس بمقبول، لعدم التأكيد اللفظي
ولا المعنوي، وهو ظاهر كعدم قبول كون الثاني تأكيدا للأول، فسبب عدم القبول
ليس وجود الفصل وعدم جواز التأكيد مع الفصل كما قاله بعض الشافعية نقله في
التذكرة ثم قال: وكذا لو كرر ب (ثم).
وأما لو قال: ودرهم غير درهم فهو ثلاثة قطعاً، لعدم جواز التأكيد اللفظي
مع المغايرة وظاهره انتفاء المعنوي.
واعلم أنه إذا كان قوله: (أردت به تأكيد الثاني) مقبولا ويلزمه حينئذ
درهمان، ينبغي أن لا يحكم بلزوم الثلاثة مطلقاً، بل الدرهمين، لاحتمال إرادة
تأكيد الثاني بالثالث فلا تعيين بلزوم الثلاثة، فالضابطة تقتضي الدرهمين في مثله،

ولو قال: أردت بالثالث تأكيد الثاني قبل، ولو قال: أردت تأكيد الأول لم يقبل.
ولو كرر الاقرار في وقتين فهما واحد إلا أن يضيف إلى سببين مختلفين.

وهو ظاهر بل درهما، لما مر.
نعم لو قال: أردت تأكيد الأول وكان من أهل المعرفة وما ادعى الجهل والنسيان، يمكن الزامه بالثلاثة وإلا فلا، فتأمل.
ثم في قول التذكرة أيضا: - وإن قال: أردت به تكرير الثاني وتأكيديه قبل ولزمه درهمان لا غير ويصدق باليمين - تأمل واضح، لأنه إذا قام الاحتمال المقبول - وهو أخبر بقصده - فمقتضى الضابطة وما تقديم في كلامه مرارا، يقتضي (١) عدم اليمين، بل يصدق بمجرد قوله، بل يحمل عليه بمجرد الاحتمال وإن كان نادرا بعيدا ولم يدعه كما تقدم غير مرة وقال هنا أيضا.
والحق الأول أي تصديقه لو قال: تأكيدا للثاني، لأنه يحمل على التأكيد، وهو أخبر بلفظه، ولا شك أن اللفظ محتمل للتأكيد والاقرار يثبت في ذمته بالتجويز والاحتمال ويحتمل أن يكون مراده اليمين مع دعوى المقر له عدم إرادته التأكيد للثاني بل للعطف، فتأمل.
قوله: " ولو كرر الاقرار في وقتين الخ " وجه كون الاقرارين المتفقين في المقر به والمختلفين في الزمان واحد ظاهر، وهو الأصل وعدم اليقين بالتعدد، فيكون تكراره لا قراره بشئ واحد مرتين، وهو غير بعيد.
إلا أن يضيف كل واحد إلى سبب مغاير لسبب الآخر، بأن يقول في الغداة: (له على درهم لثمن تمر) وفي المساء: (له على درهم لثمن ثوب) ونحو ذلك،

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطها ومطبوعها ولعل الصواب اسقاط لفظة (يقتضي) كما لا يخفي.

ولو أضاف أحدهما حمل المطلق عليه.
يدخل الأقل تحت الأكثر.
ولو قال: له عبد عليه عمامة فهو اقرار بهما بخلاف دابة عليها
سرج.

ولو قال: (له خ): ألف ودرهم رجع في تفسير الألف إليه.
ولو قال: خمسة عشر درهما.
أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهما، أو ألف ومائة درهم، أو
ألف وثلاثة دراهم فالجميع دراهم.

فإنه يلزمه الدرهمان للصرحة.
وأما لو أضاف إحدیهما فقط فقال في المساء: (له علي درهم) فيجوز إرادته
الدرهم الأول الذي لزمه بسبب شراء تمر، فيحمل عليه، لما مر، وهو ظاهر.
وكذا دخول الأقل تحت الأكثر بأن يقول: له علي عشرة دراهم، ثم قال:
له علي خمسة وبالعكس، لما تقدم من الأصل وجواز التداخل، فلا يتيقن التعدد.
قوله: " ولو قال: له عبد الخ " قد مر الفرق بين العبد والدابة فتذكر.
قوله: " ولو قال ألف ودرهم الخ " وجهه ظاهر، إذ ما علم من كلامه
هذا كون الألف، درهما ولا غيره، إذ يصح ضم أي شيء أريد بالألف، مثل ألف
ثوب ودرهم، ودابة وغير ذلك.
أما لو قال: خمسة عشر درهما فالظاهر أن كله دراهم، لأن خمسة عشر
مركب عددي، ودرهما مميّز (تمييز خ) المجموع، وهو المفهوم عرفا ولغة كما بين في
قواعد العربية.
وكذا لو قال: ألف مائة وخمسة وعشرون درهما، أو ألف ومائة درهم، أو
ألف وثلاثة دراهم، فإن الجميع يلزم أن يكون دراهم لما تقدم.

ولو قال درهم ونصف رجوع في تفسير النصف إليه.
ولو قال: له هذا الثوب أو (هذا خ) العبد، فإن عين قبل ولو
أنكر المقر له حلف وانتزع الحاكم ما أقر به أو جعله (في يد خ) أمانة.
ولو قال: له في هذه الدار مائة رجوع في تفسير المائة إليه (١).

هذا ظاهر كلامه، وفيه تأمل بجواز تمييز ألف ومائة وخمسة بغير درهم، ولهذا
يصح أن يقال: ألف ثوب، ومائة غنم، وخمسة عبيد وعشرون درهما، وكذا ألف
ثوب، ومائة دراهم، وألف ثوب وثلاثة دراهم فلا يظهر كون الكل دراهم، بل
الأخيرة فقط، نعم المتبادر ذلك.

ولكن قد مر أن الاحتمال البعيد النادر يصار إليه (مصار إليه خ)،
ومقبول، فلا يتعين، فتأمل.

ويؤيده قوله: أو قال (درهم ونصف رجوع في تفسير النصف إليه) مع أن
المتبادر أن المراد نصف درهم فتأمل.

قوله: " ولو قال: له هذا الثوب الخ " معلوم أن هذا اقرار مجمل لا يمكن
الحكم عليه فيلزم عليه التعيين، فإن أبي حبس حتى يعين، فإن عين وقبل المقر له،
فلا كلام، وإن أنكر وادعى الآخر، حلف المقر، بعدم قصده ذلك أو عدم
استحقاقه له، وانتزاع الحاكم ما أقر به عن يده لو جعله أمانة عنده كما تقدم.
قوله: " ولو قال: له في هذه الدار الخ " كون الرجوع إلى المقر في تفسير
المائة بأنه دينار أو درهم ظاهر قيل: وكذا في إرادة معنى ظرفية الدار التي في يده للمائة
بأي معنى كان وما فسر ويحتمله اللفظ.

(١) في النسخة المطبوعة بعد قوله (إليه): بأنه دينار أو درهم ولكن ليست هذه الجملة في النسخ
المخطوطة التي عندنا من الرشاد وهي ثلاث نسخ.

والاقرار بالولد ليس اقرارا بزوجية أمه (الأم خ).

" البحث الثاني في الاقرار بالنسب "

ويشترط فيه أهلية المقر.

وتصديق المقر له إن كان غير الابن أو كان ابنا بالغاً.

وأن لا يكذبه الحس، ولا الشرع ولا منازع له في الاقرار بالولد.

فلو أقر بمن هو أكبر سناً.

قوله: " والاقرار بالولد ليس اقرارا بزوجية أمه " وجه عدم كون الاقرار بالولد اقرارا بزوجية أمه، ظاهر، إذ قد يكون حاصلًا بالشبهة أو تكون أمة، أو حصل بإباحة المالك وكان ذكر هذه في الاقرار بالنسب أولى فتأمل.

" البحث الثاني في الاقرار بالنسب "

قوله: " ويشترط فيه أهلية المقر الخ، يشترط في صحة الاقرار بالنسب

كون المقر متصفاً بما مر في الاقرار بالمال حيث يكون هو أهلاً له.

ويزيد عليها اشتراط تصديق المقر له، المقر في اقراره إذا كان الاقرار بغير

الولد الغير البالغ، فإن كان طفلاً لا يحتاج إلى التصديق.

ولعل دليلاً، الاجماع وعموم أدلة الاقرار (١) مع عدم امكان اعتبار

تصديقه.

واشترط أن لا يكذبه العقل ولا الشرع، وأن لا يكون من تنازعه في ذلك

بأن يقول: ولدي.

فلو أقر بمن هو أكبر سناً منه أو مساوياً أو أقل، - ولكن لا يمكن كونه ولداً له

(١) الظاهر إرادة الأدلة التي قاله الشارح قده في أول كتاب الاقرار كتاباً وسنة وإجماعاً فراجع.

أو بمشهور النسب أو لم يصدقه البالغ أو نازعه آخر لم يقبل
(اقراره خ).

أو دعوى ولدية من كان بعيدا عنه بحيث لا يمكن فرض حصوله عنه، وغيره مما
يكذبه العقل والحسن - لا يقبل منه هذا الاقرار، بل يرد ويكذب.
وكذا إن أقر بولدية من حكم الشارع بكونه ولدا لغيره لشهرة نسبه أو
شهادة العدلين أو علم الحاكم به، أو يكون بالغا وكذبه، أو نازعه آخر في كونه ولدا
له - فلم يقبل في ذلك كله، بل ينفي عنه إلا في الأخيرين، فإنه يمكن أن يثبت
شرعا ولو بالقرعة في الأخير.
الظاهر عدم الفرق - في ذلك كله - بين الذكر والأنثى، محلقا كان، أو
كان محلقا به، ولا بين كونه رشيدا وعدمه، ومراهقا وعدمه، وبين تكذيب الأم بأن
تقول: ليس لك، بل لغيرك وعدمه ذكر في التذكرة.
وتنظر في القواعد في ثبوت النسب باقرار الأم.
وادعى الشيخ (الشارح خ) الاجماع في الأب وعدم الدليل في الأم فيبقى
على حاله، وهو عدم الثبوت بل الالزام (١) باقرارها، بالنسبة إليها فقط.
والعقل لم يجد الفرق، بل يحكم في الأم بالطريق الأولى فتأمل.
وأما اعتبار التصديق فيما اعتبر، فهو المشهور بحيث لا يعرف الخلاف، فكأنه
مجمع عليه والعقل يساعده، لأن الحكم على شخص باقرار آخر مع أهليته للتصديق
والتكذيب مع تصديقه، مخالف للعقل والنقل.
نعم يلزم المقر بمقتضى اقراره، لدليل الاقرار، فلو كان بنتا لا يجوز له
تزويجها وتملكها وغير ذلك.
ثم اعلم أن مقتضى كلامهم أنه إذا ثبت النسب بين المقر والطفل، ثبت

(١) يعني يثبت باقرار الأم الالزام بالنسب إليها فقط لا مطلقا.

ولو استلحق مجهولا بالغا وصدقه قبل.

نسبه مثل الفراش، فيكون أب المقر جدا، وأمه جدة وإخوته وأخواته أعماما وعمات، وولده إخوة وأخوات، فلو رجع لم يقبل ولا يسمع تكذيب الولد بعد البلوغ، ولا ينفع تكذيب أحد منهم ذلك.

قال في التذكرة: إذا أقر بالولد وحصلت الشرائط ثبت النسب بينه وبين الولد، وكذا بين الولد وكل من ثبت بينه وبين الولد المشهور.

ثم قال ولا يكفي (١) السكوت في الولد البالغ وعدم التكذيب، بل لا بد من التصديق.

وأنه (٢) لو رجعا بعده يحتمل بطلان النسب، - إذ ما ثبت إلا بالاقرار وقد رجعا - مثل ما مر في المال.

وعدمه، فإنه حكم بالنسب فصار الاقرار كالفراش فلا ينتفي بالنفي والاجتماع على ذلك، ولعله الأولى والأنسب وقربه في التذكرة.

وقال أيضا: لا اعتبار بتصديقه حالة الصغر فلو استلحق صغيرا فلما بلغ كذبه فالأقرب أنه لا اعتبار بالتكذيب ولا يندفع النسب (إلى قوله) وهو أظهر وجهي الشافع.

وعلى ما اخترناه لو أراد المقر به تحليفه ينبغي أن لا يمكن منه، لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو (٣) استلحق مجنونا فأفاق فأنكر، فالأقرب أنه كالصغير آه فتأمل.

قوله: " ولو استلحق مجهولا الخ " إشارة إلى اعتبار التصديق في الاقرار

(١) عبارة التذكرة هكذا: فلو أقر بينوة البالغ فسكت البالغ لم يثبت النسب ولم يكن كافيا في الالتحاق، بل يعتبر أن يصدقه (انتهى).

(٢) عطف على قوله قده: أنه إذا ثبت النسب الخ.

(٣) أما لو استلحق مجنونا الخ (التذكرة).

ولو كان صغيرا لحق في الحال، ولا يقبل إنكاره بعد بلوغه.
ولو أقر ببنوة الميت قبل، صغيرا كان أو كبيرا ولا يعتبر
التصديق وكذا لا يعتبر لو أقر ببنوة المجنون.
ولو أقر بغير الولد افتقر إلى البينة أو التصديق.

بالولد البالغ، وذلك يقبل مع الشرائط مثل كونهما بالغين عاقلين رشيدين وظاهر
حينئذ ثبوت النسب مطلقا فتأمل.
ويفهم التردد من شرح القواعد، ونقل عن الشيخ أنه يتعدى التوارث إلى
أولادهما فقط، وقال: في الفرق تأمل.
ولو كان المستلحق ولدا صغيرا الحق في الحال، ولا يتوقف إلى أن يبلغ
ويصدق، بل لا يقبل تكذيبه بعد البلوغ والرشد كما مر.
قوله: " ولو أقر ببنوة الميت الخ " لا يعتبر التصديق المعترف في البالغ الرشيد
فإنه إنما كان معتبرا مع الامكان وهنا ليس بممكن فصار كالطفل والمجنون البالغ.
وفي الكبير تأمل والاجماع نقل في الصغير وليس بمعلوم في الكبير الميت
خصوصا مع التهمة لوجود الإرث، ومع المنازع مثل أخ فتأمل.
قوله: " وكذا لا يعتبر لو أقر ببنوة المجنون الخ " إذ لا اعتبار بكلامه فكأنه
طفل.

قال في شرح القواعد: ولا خلاف في ذلك، وانكاره بعد الإفاقة كانكار
الصبي بعد البلوغ إن ثبت الاجماع فهو وإلا ففيه تأمل، وقال في حاشيته على
الكتاب: لو بلغ المجنون عاقلا ثم طرأ جنونه فعدم القبول فيه أرجح، وفي الفرق
تأمل.

قوله: " ولو أقر بغير الولد الخ " أي لا بد لثبوت النسب - بين المقر
والمقر به إذا لم يكن ولدا - من البينة الشرعية.

وإذا صدقه توارثا، ولا يتعدى التوارث.
ولو كان له ورثة مشهورون لم يقبل في النسب.

والظاهر أنه يكفي الشيعاء عنده أيضا على ما هو المشهور بينهم من غير ظهور
مخالف فاكتفى في مثل هذا المقام بالظهور، فيكون الحصر المفهوم هنا، وصريحا (١) في
غيره - مثل القواعد - إضافيا بالنسبة إلى رجل ويمين أو فاسقين وغير ذلك وأمثاله
كثيرة مثل أنهم يقولون - في بحث الصوم - لا يثبت الهلال إلا بعدلين، ويعدونه فيما
يثبت بالشيعاء.

وأجاب في شرح الشرايع: بأنه يمكن أن يثبت بالشيعاء مع عدم المنازعة
(المنازع خ)، ومعه بالعدلين فقط.

وهو غير واضح، فإن الشيعاء إن كان حجة يثبت بها دائما، وإلا فلا، ولو
كانت المسألة مجردة كان أجر العبارة هينا فتأمل.

ويكفي التصديق في ثبوت التوارث بينهما، ولا يفيد ثبوت النسب، بل
التوارث أيضا بينهما وبين غيرهما، وإليه أشار بقوله: (ولا يتعدى إلى آخر)، ومحصل
قوله: فلو كان له ورثة آه راجع إلى عدم تعدي التوارث، فهو تأكيد وزيادة بيان
لقوله: (ولا يتعدى) فتأمل.

فلو كان لهم ورثة مشهورون يعتبر في ثبوته بينهم أيضا التصديق من الطرفين
كالأولين، لأن حاصله تصديق الأولين في حقهم ولا يقبل إلا في حق أنفسهم، بل
القبول للتوارث أيضا في حق الغير في الجملة إلا أنه لزم من القبول حال حياتهم
بالنسبة إلى أنفسهم ولا يمكن رده بعده، فتأمل.

وهذا القول أيضا يشعر بثبوت التوارث والنسب في الولد البالغ الرشيد مع

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطها ومطبوعها ولعل الأولي: (والصريح) مع اللام عطفا على لفظة
(المفهوم).

ولو أقر ولد الميت بآخر، ثم أقر بثالث فأنكر الثالث الثاني،
فللثالث، النصف، وللثاني، السدس، وللأول، الثلث.
ولو مات الثالث عن ابن مقرر دفع السدس إلى الثاني.
ولو كان الأولان معلومي النسب لم يلتفت إلى انكار الثالث
وكان المال أثلاثا.
ولو أقرت الزوجة مع الإخوة بابن، فإن صدقتها الإخوة، فللولد
سبعة الأثمان، وإلا، الثمن.

التصديق، وكذا عدم قبول الرجوع، فتأمل.
ولا فرق في غير الولد بين الاقرار بالأب والأم والأخ وغيرهم.
قوله: " ولو أقر ولد الميت الخ " يعني إذا مات شخص وله ولد معلوم،
فأقر الولد بولد آخر للميت ثم أقر كلاهما بولد ثالث له، لا شك أنه يثبت الإرث
له، بل يثبت نسبه إن كانا عدلين، فإن لم ينكر هو أحدهما (في أنه ولد خ) بل
صدقهما في أنه ولد وهما أيضا كذلك يكون المال بينهم أثلاثا مع عدم وارث آخر وإلا
فللورثة، وإن كذبهما لا يسمع تكذيبه، الأول، لفرض ثبوت نسبه، فهو كانكار الثاني
له فللثالث، النصف، إذ لا وارث غيره، وغير الأول بالنسبة إليه، ويدفع الأول إلى
الثاني، السدس لثبوت وراثته بالنسبة إليه باقراره، فيدفع الفاضل إليه.
ويحتمل قسمة النصف بينهما، لأن بقراره، وهو متساويا (مساوخ) معه، فتأمل
ولو مات الثالث عن ابن - أو غيره من الوارث - مقرر بهما، يدفع السدس إلى
الثاني أو إليهما فيقسمان بينهما كالنصف.
ولو كان الثاني أيضا معلوم النسب الثابت كالأول لم يلتفت إلى انكار
الثالث له، بل يقسم المال بينهم أثلاثا، وهو واضح.
قوله: " ولو أقرت الزوجة بابن الخ " لو أقرت زوجة الميت - الذي له

وكل وارث أقر بأولى منه دفع ما في يده إليه.
وإن كان مثله دفع بنسبة نصيبه.
ولا يثبت النسب إلا بشهادة العدلين.
ولو شهد الإخوان بابن للميت وكانا عدلين يثبت (ثبت خ)
النسب والميراث ولا دور.

إخوة معلومة - بابن له، فإن صدقها إخوة الميت، فللولد سبعة أثمان مال الميت،
والثمن للزوجة كملا وهو ظاهر، وإن لم يصدقها، فثلاثة أرباع للإخوة والربع الآخر
للزوجة، لاقرار الإخوة بعدم الولد فنصفه - وهو الثمن - للولد لاقرارها، ونصفه الآخر
للزوجة.

ويحتمل أن يكون له سبعة أثمان الربع ولها ثمن الآخر، لأن باقرارها، لها
سبع ما للولد المقر به، إذ ما في يدها مال الميت وهو مشترك ولم يتعين لها ثمن جميع
المال منه بل ولم يتعين لها ثمن ما في يدها، هذا أيضا واضح.
قوله: " وكل وارث أقر الخ " وجه دفع جميع ما في يد المقر إلى من هو أولى
بالميت منه باقراره، ظاهر، وكذا بالنسبة إلى نصيبه لو أقر بمن هو مثله في كونه وارثا،
فلو كان المقر بنتا والمقر به ابنا للميت تدفع إليه ثلثي ما في يدها، لأنه قد ثبت
باقرارها أن كل ما هو للميت، بينهما، وبين أحيها أثلاث (أثلاثا خ) هذا إذا لم
يكن وارث آخر غيرهما.

وأما مع وجود بنت أخرى مثلا منكورة له فظاهر المتن أنه مثل الأول،
تعطي المقر نصف ما في يدها، وعلى الاحتمال الذي ذكرناه سابقا ثلثاه.
قوله: " ولا يثبت النسب إلا بشهادة العدلين " قد مر البحث فيه، وإن
المراد أن الحصر إضافي، لأنه سيصرح بثبوت النسب بالشياع، فالمراد لا يثبت
بالنساء، ولا برجل ويمين، ولا به وبامرأتين ونحو ذلك فتأمل.
قوله: " ولو شهد الإخوان الخ " لا شك في ثبوت نسب الابن بشهادة

ولو كانا فاسقين أخذ الميراث ولم يثبت النسب.
ولو أقر باثنين أولى منه دفعة فصدقه كل واحد عن نفسه لم
يثبت النسب ويثبت الميراث وإن تناكرا بينهما.

الأخوين العدلين، وثبوت الإرث له لدليل قبول شهادة العدلين، ومعلوم عدم الدور
هنا، إذ لا يتوقف قبول قولهما على كونهما أخا له ووارثا للميت، لأن قبول قولهما
للسهادة، لا للاقرار الموقوف على كونهما وارثين وشهادة العدلين مقبولة مطلقا وإن
توقف ثبوت بنوته ووراثته على شهادتهما.

بل وإن قلنا: إن قبول قولهما لاقرارهما وكونهما وارثين أيضا، لا دور لأن
الشرط كونهما وارثين ظاهر، ومع قطع النظر، عن اقرارهما، بل يكفي كونهما صاحبا
يد في الجملة على مال الميت وهو ظاهر.

فلا يرد أن قبول قولهما فرع كونهما وارثين، وقد يلزم عدمه لو قبل قولهما، فلو
قبل قولهما لزم عدم قبول قولهما وعدم كونهما وارثين، وهو المراد بالدور هنا، وهو
ظاهر.

والغرض الإشارة إلى ما توهم بعض العامة من الدور، وهو مدفوع بما تقدم.
ولهذا يثبت الميراث للولد لو كانا فاسقين، ولا يثبت النسب، فلو أقر
(ولا دور) لكان أولى فإن توهم الدورية حينئذ أظهر، لأن القبول لكونه اقرارا،
ووارثا فتأمل.

قوله: " ولو أقر باثنين أولى منه الخ " لو أقر وارث ظاهر باثنين أولى منه
دفعة واحدة - بأن كان أخا - وصدق بولدين للميت - وصدقه كل منهما عن نفسه
فقط، لم يثبت النسب لشاهد واحد ويثبت الميراث بينهما مع أنه لم يصدق أحدهما
الآخر، بل كذبه، لأنه يثبت الإرث لهما سواء، بقول وارث ظاهر وصاحب يد
ظاهرة ولا ترجيح لأحدهما على الآخر.

ولو أقر بوارث أولى منه، ثم بأولى منهما، فإن صدقه الأول دفع المال إلى الثاني وإلا إلى الأول وغرم للثاني، ولو أقر بمساو للأول، فإن صدقه تشاركا وإلا غرم للثاني نصف التركة.

قوله: " ولو أقر بوارث أولى منه الخ " مثل عم الميت أقر بأخ له ثم باين له، فإن صدقه المقر له الأول في الثاني دفع المال إليه ولا يثبت النسب ولا غرامة، وإن كذبه يدفع المال إلى الأول ويغرم للثاني، وإن أقر بأخ آخر مثلا فإن صدقه الأول شاركه وإلا غرم للثاني نصف المال بعد دفعه إلى الأول. وجه ذلك كله، الالتزام باقراره وعدم لزوم شيء على غيره باقراره. وفيه تأمل، إذ ليس قوله: (هذ أخ أو ابن) أن المال له وأنه الوارث فقط ولا وارث غيره مشاركا ومقدما، فالزامه مشكل، إذ قد يقول: إنه أخ ونعرف أن له آخر (أخ - خ) أو ابن وغير ذلك، فقوله: هذا أخ ليس بصريح في الاقرار بأن المال له فقط حتى يلزم باقراره.

وقد مر في الاقرار بالمال وذكروا في الوكالة أيضا مثله، أنه لو أقر بكون المال للميت وقال: لا وارث له غيره لم يلزم بتسليم العين لاحتمال وارث آخر فلا يلزمونه هناك وهنا ينبغي بالطريق الأولى.

على أنه قد يكون نسي أو لم يعلم، ثم ثبت عنده الآخر مشاركا، أو أولى. وبالجملة قاعدة الاقرار التي هي الأخذ باليقين دون الاحتمال والجواز، تؤيد الشبهة هنا، فتأمل.

نعم يمكن الغرم لو أقر وسلم المال خصوصا إذا قال لا وارث له غيره. ويمكن حمل عبارات الأصحاب عليه، قال في القواعد: ويغرم إن نفى وارثا غيره وإلا فاشكال، وللمحقق الشيخ علي هناك (١) تحقيق، ولنا أيضا تحقيق

(١) راجع جامع المقاصد ج ١ ص ٥٦٤ في ذيل شرح قول المصنف ره: لو أقر الوارث من قوله ره والتحقيق في المسألتين الخ والكلام طويل فلاحظ، وأما تحقيق الشارح قده فلم نعثر عليه.

ولو أقر بزواج لذات الولد أعطاه ربع نصيبه، وإلا النصف.
فإن أقر بآخر، لم يقبل.
ولو أكذب اقراره الأول أغرم للثاني.
ولو أقر بزوجة لذي الولد أعطاهما الثمن، وإلا الربع.
فإن أقر بثانية وكذبت الأولى غرم نصف السهم.
فإن أقر بثالثة غرم لها ثلث السهم.
فإن أقر برابعة غرم الربع.

فارجع إليه.

قوله: " ولو أقر بزواج لذات الولد الخ " أي لو أقر وارث الميت ذات
الولد بالفعل كالولد واحد الأبوين، بزواج لها أعطاه المقر، الزوج ربع نصيبه، وإن
أقر الوارث غير الولد بزواج لها ولم يكن لها ولد أعطاه نصف نصيبه.
فإن أقر بزواج آخر لم يقبل اقراره لعدم إمكان الزوجين الوارثين لزوجة واحدة.
ولو أكذب المقر اقراره الأول، وقال: إنما الزوج هو الثاني فيغرم للثاني
ما أعطاه الأول وهو ظاهر، ولو أقر بما تقرر عندهم من الأقارير، فتأمل.
ولو أقر وارث لميت ذي ولد أعطى المقر الزوجة ثمن ما في يده، وإن لم يكن
له ولد أعطاهما ربعه.

فإن أقر بزوجة ثانية له، فإن صدقته الأولى قسم الربع أو الثمن بينهما، وإن
كذبت غرم لها نصف السهم أي الثمن أو الربع، ولا اعتبار بتكذيب الثانية في
الاقرار الأول لسبقه.

فإذا أقر بثالثة وكذبت الثانية غرم لها ثلث الثمن أو الربع.
فإن أقر برابعة غرم ربع الثمن أو ربع الربع لها.

ولو أقر بهن دفعة أو صدقته كان السهم بينهما أرباعاً ولا غرم.
ولو أقر بخامسة لم يقبل.
ولو أنكر إحدى من أقر بها لم يلتفت وغرم لها ربع الحصة.
ولو ولدت أمته فأقر ببنته لحق به إن لم يكن لها زوج.
ولو أقر بابن إحدى أمته وعينه لحق به، فإن أرغت الأخرى
أن ولدها، المقر به حلف لها،
ولو مات قبل التعيين أو بعده واشتبه، فالوجه القرعة.

ولو أقر بهن دفعة واجدة من غير ترتيب أو صدقهن المقر كان الثمن (أو
الربع خ) بينهما أرباعاً ولا غرامة على المقر، وهو ظاهر، وفي الغرم، البحث المتقدم
فتذكر وتأمل.

ولو أقر بخامسة لم يقبل، كالزوج الثاني ويمكن أن يستفصل هنا
لاحتمال الامكان كما في نكاح المريض، فإن فسر به قبل زواله، وإلا فلا، فتأمل.
ولو أنكر إحدى من أقر بها أولاً وأثبت بدلها الخامسة، لم يلتفت إلى انكاره
ويغرم للخامسة ربع الربع أو ربع الثمن، لاقاراه.
قوله: " ولو ولدت أمته الخ " هذا مبني على أن ولد الأمة لم يلحق ما لم
يقر، فإذا ولدت أمته الحالية عمن يدخل عليها حلالاً فأقر بولدية من ولده - مع
امكان كونه منه - لحق به، لامكانه وعدم المانع الشرعي والعقلي، فيؤخذ باقراره
ويثبت النسب، فإنه ليس بأقل من اقراره بولدية طفل مجهول، ومعلوم عدم اللحق
مع انتفاء أحد القيود، فتأمل.

قوله: " ولو أقر بابن إحدى أمته الخ " المراد ما تقدم وذكره للاحتمال
وليتفرع عليه قوله: (فإن ادعت الأخرى أن ولدها، المقر به حلف لها) المولى.
ولو مات المولى بعد الاقرار بولدية ولد إحدى أمته مجملًا قبل إن يعين، أو

ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر استحق الجميع وافتقر المقر إلى البينة.
وإذا تعارف اثنان بما يوجب التوارث، توارثا مع الجهل بنسبهما ولم يكلف يكلفا البينة.

بعد أن عينه لكن اشتباه المعين بعد ذلك فالوجه أن يقرع، لأنه أمر مشكل، والكبرى ثابتة عندهم، ويحتمل شركتهما في حصة المقر به من الإرث وعدم ثبوت نسب واحد بعينه، والايقاف حتى يصطلحا، فتأمل.
قوله: " ولو أقر لشخص فأنكر الخ " أي لو أقر شخص لشخص بكونه وارثا لميت، فأنكر المقر له نصيب المقر استحق المقر له جميع تركة الميت وافتقر المقر إلى البينة وما ثبت به نسبه إليه حتى يأخذ المال ويثبت النسب.
هذا إذا لم يكن الأول معلوم النسب وثابتا نسبة إليه.
وهذا يدل على عدم الدور فيما تقدم حيث علم أن قبول الاقرار لم يتوقف على ثبوت نسب المقر، وكونه وارثا، بل تكفي اليد كما أشرنا إليه.
قوله: " وإذا تعارف اثنان الخ " أي لو عرف اثنان أن أحدهما أخ الآخر مثلا وتصادقا توارثا أي يرث أحدهما الآخر مع جهل الحاكم وسائر الناس بنسبهما، بل يثبت التوارث في أنسابهما أيضا لحملها على الصدق والصحيح مع الاحتمال وعدم ظهور الخلاف والمنازع فيقسم الحاكم مال أحدهما في الآخر وورثته ولم يكلف أحدهما بالبينة وهو أيضا ظاهر.
وكان ينبغي ذكر الاقرار بغير المال والنسب أيضا مثل الزنا وسائر الحدود، فكأنهم تركوه، لأنه يعلم من ذكر الاقرار بالمال وقد ذكر بعض أحكامه في أبوابه أيضا.

"المطلب الثاني في تعقيب الاقرار بالمنافي"
إذا قال: له علي ألف من ثمن خمر أو مبيع هلك قبل قبضه أو
ثمن مبيع فاسد أو ثمن مبيع لم أقبضه، أو لا يلزمني أو قضيته، لزمه.

قوله: "المطلب الثاني في تعقيب الاقرار بالمنافي الخ" تعقيب الاقرار
بالمنافي إن كان لم يطله بالكلية وكان متصلا به عرفا من غير فصل ولا سكوت
طويل فهو مقبول فيلزمه ما بقي بعد المنافي كالاستثناء المتصل عرفا وإن أبطله
بالكلية أو بعضه مع الفصل الخارج عن العرف فلا يقبل المنافي، بل يلزمه جميع
ما أقر به.

كأنه لا خلاف أيضا إلا في الاستثناء، بناء على ما روي، عن ابن عباس
تجويزه إلى شهر أو أربعين يوما (١).

على أنه قد أول ذلك على تقدير حجية قوله، فتأمل.

وكذا قوله صلى الله عليه وآله: (إن شاء الله) وإن أبطل كله مع عدم
الفصل المذكور. فظاهر كلامهم عدم القبول المنافي وإلزامه بجميع ما أقر به مطلقا
مثل قوله: (له علي ألف من ثمن خمر).

قال في التذكرة: إذا قال: (لفلان علي ألف من ثمن خمر أو خنزير أو
كلب) فإن فصل بين الاقرار - وهو قوله: (علي ألف) وبين الرفع، وهو قوله: (من
ثمن خمر أو خنزير) - بسكوت أو كلام آخر - لم يسمع منه ولزمه الألف إجماعا، لأن
وصفه بذلك رجوع عن الاقرار وإن كان موصولا بحيث لا يقع بين الاقرار ورافعه
سكون ولا كلام، لم يقبل أيضا ولزمه الألف، لما فيه من الرجوع ولا تناقض الخ (٢).

(١) لم نعثر على هذه الرواية في كتب الأحاديث من العامة والخاصة، ونعم نقله العلامة رحمه الله في التذكرة
في كتاب الاقرار اجمالا في فصل تعقيب الاقرار بما يرفعه ج ٢ ص ١٦٣.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ١٦٦.

فيه تأمل، لما تقدم من قاعدة الاقرار، قد ذكرها فيها مرارا، وهي أنه مبني على اليقين فكلما لم يتيقن لم يلزم بشئ ولا يخرج عنه بالظن وغيره ويسمع فيه الاحتمال وإن كان نادرا، ولا شك أنه هنا محل اعتقاده بلزوم الثمن بمتابعة هذه الأشياء كاعتقاده صحة ذلك مطلقا أو إذا كان الشراء من الكافر أو لزوم ذلك إذا كان في زمان الكفر ونحو ذلك.

وبالجملة - مع امكان احتمال لا يلزمه ولا يصير الكلام لغوا محضا ومتناقضا بحسب اعتقاده - يشكل الحكم باللزوم بمجرد ما تقدم، للأصل والقاعدة. ولهذا قال في التذكرة - نقلا عن بعض الشافعية - : لو قال: لفلان علي من ثمن الخمر ألف، لم يلزمه شئ بحال، ولم يرده إلا أن يكون لدليل من إجماع ونحوه، فتأمل.

ويؤيده نقل الإجماع في صورة الفصل الخارج عن العادة وعدمه مع الوصل.

وما نقل أيضا في التذكرة، عن الجويني (١): كنت أود، لو فصل بين أن يكون المقر جاهلا بأن ثمن الخمر لا يلزم وبين أن يكون عالما فيعذر الجاهل دون العالم، ولكن لم يصر إليه أحد من الشافعية (٢) فتأمل. وكذا الكلام في تعقيبه بسائر ما ينتظم الكلام، لكنه يبطل حكمه شرعا. قال في التذكرة: إذا وصل اقراره بما ينتظم لفظه عادة لكنه يبطل حكمه شرعا (٣)، فإذا قال: له علي ألف من ثمن مبيع مجهول أو بأجل مجهول أو بخيار

(١) في التذكرة: قال الجويني - بعد ذكر القولين: كنت أود الخ.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٣) المناسب أن يقول: (إلى أن قال) فإذا قال الخ لفصل قوله شرعا مع قوله: فإذا قال بثلاثة أسطر تقريبا.

مجهول، لم يقبل منه ولزمه الألف في الحال (١). وكذا لو قال: ضمنت لفلان بخيار أو كفلته بخيار وقلنا: إنه لا يدخل فيهما الخيار فيلزم الضمان والكفالة في الحال. وبالجملة أمثال ذلك عندي في غاية الاشكال، خصوصا في المقربة مع قوله: (من ثمن مبيع لم أقبضه) فإنه لا تناقض ولا تنافي بوجه، فإن الثمن يلزم بمجرد عقد البيع ولا يشترط قبض المبيع إلا أنه لا يكلف بالتسليم أولا بل له أن يمتنع حتى يقبض، وأنه لو تلف قبله يبطل العقد على ما قالوه ولهذا قال في التذكرة: إذ قال له علي ألف من ثمن عبد لم أقبضه إذا سلمه سلمت الألف، قال الشيخ: إن وصل الكلام كان القول قوله مع اليمين. وقال أيضا: لو قال له علي ألف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال بعد ذلك: (لم أقبضه) قبل قوله عنده رحمه الله أما لو قال: عندي (٢) ألف ثم سكت، ثم قال - بعد ذلك - : (من ثمن مبيع لم أقبضه) فإنه لا يقبل قوله، ويقدم قول المقر له مع يمينه الخ (٣).

ولو لم يكن إجماع في أمثاله يمكن القول بالقبول أيضا، بل في كل موضع يمكن الاحتمال وإن كان بعيدا وإن لم يكن متصلا، بل بين مراده بعد ذلك بكلام آخر أن ذلك لثمن مبيع لم أقبضه. ونحوه صرح به في التذكرة في غير هذا الموضع مرارا.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٢) في التذكرة: الثاني أن يقول: له عندي ألف ثم يسكت ثم قال الخ وليعلم أن العبارتين في التذكرة على خلاف ما نقله الشارح قده هنا، فإن فيها العبارة الأولى مؤخره والثانية مقدمة فراجع البحث الثاني من كتاب الاقرار ج ٢ ص ١٦٦ منها.
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال: مؤجلة أو ابتعت بخيار أو ضمنته خيار افتقر في الوصف إلى البينة.

نعم ينبغي الالتزام إذا قال: قضيته أو لا يلزمني فإنه متناقض إلا أن يؤول بأن لا يلزمني الآن دفعه فإنه مؤجل فتأمل في القبول حينئذ. قوله: " ولو قال: مؤجلة الخ " يعني لو قال: له علي ألف مؤجلة لزمه الألف ولم يقبل الضميمة هنا أيضا، نعم هو مدع حينئذ، يسمع دعواه مع البينة ولا يخفى أن قوله (١): (ومبيع لم أقبضه) مثله فكان ينبغي جعله مثل ذلك. وكذا قوله: (ابتعت بخيار) أي اشترت هذا بكذا وشرطت لنفسي الخيار أو ضمننت الألف الذي لك على فلان إلا أنني شرطت لي الخيار مع القول بدخول الخيار في الضمان فيحتاج فيهما في ثبوت الخيار إلى البينة. وفيه أيضا تأمل واضح خصوصا إذا كان ضمان الخيار مضبوطا بحيث يصح.

وقيل بثبوت الخيار في الضمان ويكون متصلا به فإنه لا تناقض ولا تنافي حينئذ وهو ظاهر.

ولهذا قال في التذكرة: لو قال: علي ألف مؤجلة إلى سنة فإن ذكر الأجل مفصولا بكلام غريب أو سكوت، لم يقبل التأجيل ويثبت الدين في الحال وإن ذكره بغير فصل من سكوت أو كلام (٢) فالأقرب عندي قبوله كما لو قال: له علي ألف طبرية أو موصلية، فإنه يقبل تفسيره (٣). كذا هنا (مؤجله خ) ولأنه ربما يكون الحق في ذمته ومؤجلا ولا شاهد له

(١) يعني في فرض المصنف قبيل هذا في عبارته المتقدمة.

(٢) ولا كلام البتة (التذكرة).

(٣) وإن اشتملت على عيب في المقر به كذا الخ (التذكرة).

ولو قال: ألف ناقصة رجع إليه في تفسير النقيصة، وكذا لو قال: معيبة.

بالتأجيل، فلو منع من الأخبار ولم يصدقه به تعذر عليه الاقرار بالحق وعدم تخليص ذمته بالاشهاد فوجب أن يسمع كلامه توصلاً إلى تحصيل هذه المصلحة (١). وما نقلناه عنها (٢) فيما سبق من قوله: (إذا وصل اقراره الخ) فإنه ظاهر في قبول قوله: إن قلنا بجواز الخيار في الضمان والكفالة، فإن الكلام هنا غير جيد، إلا أن يقال: المراد الخيار المجهول أو مع القول بعدم جوازه في الضمان فإنه مؤد إلى بطلان الشراء والضمان، ولكن ياباه قوله: (إلى البيئة) إلا أن يحمل على أنه أقر ثم ادعى أنني قلت: (بخيار) من غير تعيين وكان مجهولاً (أو قلت: ضمنت بخيار) تريد بطلان اقراره وحينئذ يحتاج إلى البيئة بذلك، فتأمل فيه. قوله: " ولو قال: ألف ناقصة الخ " وجه لزوم الألف الناقص والرجوع إليه في تفسير الناقص، أنه إنما أقر بذلك، والأصل براءة الذمة من غيره، وليس الناقص منافياً للاقرار بالألف وثبوتها في ذمته، بل يجمعها وهو ظاهر، وكذا في المعيب.

والظاهر إنه لا خلاف فيهما وهو موافق للقاعدة وإن خالف بحسب الظاهر بعض أحكامه في بعض المسائل فليس القصور فيه، بل تلك تحتاج لي دليل فإن وجد قبل بها لذلك ولا يتعدى إلى غيره من غير دليل خصوصاً مع دليل خلافه. وكذا إليه تفسير الألف وتعيين جنسها له، ولا بد أن يفسر الناقص والمعيب بحيث لا ينافي ثبوت الألف، بل (بأن خ) يكون النقص في الصفة، لا في العدد، وكذا العيب فتأمل.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني ما نقلناه عن التذكرة من قولنا: قال في التذكرة: إذا وصل اقراره الخ فراجع شرح قوله: في تعقيب الاقرار بالمنافي الخ.

ولو قال: له علي ألف ثم أحضرها وقال: هي وديعة قبل، لأن التعدي يصير الوديعة مضمونه.
وكذا لو قال: لك في ذمتي ألف وأحضرها، وقال: هي وديعة وهذه بدلها.
أما لو قال: لك في ذمتي ألف وأحضرها وقال: هذه الدار التي أقررت بها كانت وديعة لم يقبل.

قوله: " ولو قال: له علي ألف الخ " وجه قبول تفسير اقراره: أن له علي ألفا - بأنه كانت وديعة وأحضرها - ما أشار إليه المصنف رحمه الله من أنه لا ينافي ذلك، بل يجامعه، لأن الوديعة قد تصير مضمونة بالتعدي، فيمكن اطلاق أنه علي بهذا الاعتبار وإن كان مجازا، لما تقرر في الضابطة من قبول مثله، وباعتبار أن له مطالبته وإلزامه بها ونحو ذلك.

وكذا لو أحضرها، وقال: التي كانت في ذمتي وديعة وقد تلفت بالتفريط أو كانت مضمونة وهذه بدلها، إذ صح قوله حينئذ حقيقة (له في ذمتي ألف) ولا ينافي الاحضار قوله: كانت تلك وديعة وهذه بدلها وعوضها، وهو ظاهر. بخلاف ما إذا أحضرها، وقال: (هذه التي أقررت بأنها في ذمتي كانت وديعة)، لأن ما في الذمة لا يكون حاضرة ولا وديعة فلم يقبل قوله: (كانت وديعة) فكأنه يلزم بالعين ألف ما في الذمة، والألف الحاضرة بكونها وديعة باقراره هذا ظاهر العبارات.

وفيه تأمل لأنه قد مر أنه يصح اطلاق كونه (علي) على الوديعة، وهو مثل (في ذمتي) لأن ظاهر قوله: (له علي) ذلك وإن سلم الفرق وظهور كون (في ذمتي) في غير الوديعة فليس ببعيد اطلاقه عليها فيحمل عليه للضابطة المتقدمة، وكذا يصح اطلاق ما في الذمة على الحاضرة وهو متعارف أما بالمعنى المتقدم أي باعتبار ما يؤول

ولو قال: له قفيز حنطة، بل قفيز شعير، لزمه القفيزان.
ولو قال: له قفيز حنطة، بل قفيزان لزمه اثنان.
ولو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم لزمه الاثنان.

إليه بالتلف مع التفريط أو بغيره فينبغي القول هنا أيضا للضابطة فتأمل.
قول: " ولو قال: له قفيز حنطة الخ " وجه لزوم القفيزين حنطة وشعيرا
أن (بل) هنا مبطل للأول ويثبت للثاني فلم يسمع الابطال للمنافاة ويسمع
الاثبات، لأنه اقرار.

وفيه تأمل لأن (بل) قد تكون للاضراب، وهو محتمل، فينبغي القبول
لو ادعاه فلا يجزم إلا بقفيز الشعير فقط.

وأما وجه لزوم القفيزين فقط، فظاهر، إذ الأقل داخل تحت الأكثر مع
اتحاد الجنس فيصدق قوله: (له علي قفيز) إذا كان عليه قفيزان ويصدق أيضا أن
عليه قفيزان فيلزمه ذلك لا غير، للأصل، وهو ظاهر.

قوله: " ولو قال: له هذا الدرهم الخ " وجه لزوم الدرهمين حينئذ أنه قد
أقر بهما، لأنه قد أقر بالأول بقوله: (له هذا الدرهم) وبالأخر بقوله: (بل هذا
الدرهم) ولا تسمع دعوى اضرابه وابطاله الاقرار الأول، فإنه المنافي والمبطل بعد
اتمام الكلام المتعارف، غير مسموع عندهم إن كان فيه بعض التأمل، لما مر،
ولأن كون (بل) للأحزاب متعارف مشهور بين أهل العربية فهو اطلاق صحيح بحسب
القوانين، ولأنه قد يغلطه الانسان بسهو فيستدرك ب (بل) وهو ظاهر ولكن قد منعوا
ذلك لئلا يلزموا سد باب الاقرار غالبا، إذ يمكن أمثال ذلك في أكثر
الاقارات.

وفيه تأمل لأنه إن لزم - بناء على القوانين المقررة المتعارفة - مثل كون (بل)
للاضراب، فلا مانع منه ولا ضرر في تجويزه، وإلا فلا يسمع فتأمل.
ومراده بقوله: (بل هذا الدرهم) درهم آخر غير الأول، فلو أراد الدرهم

ولو قال: له درهم، بل درهم، لزمه درهم.
ولو قال: كان له علي ألف لزمه ولم يقبل دعوى السقوط.
ولو أقر بما في يده لزيد، ثم قال: بل لعمر، لم يقبل رجوعه
وغرم لعمر.
وكذا لو قال: غصبت من فلان، بل من فلان.
ولو قال: غصبت من فلان وهو لفلان دفع إلى المغصوب منه
ولا غرم.

الأول أو مطلقا فاللازم هو الدرهم الواحد للأصل وعدم صريح ما يدل على التعدد،
فيحمل على التأكيد أو غيره.

ولهذا قال: (لو قال: درهم بل درهم) لا يلزمه إلا درهم واحد ولكن
التأكيد ب (بل) غير معلوم الورد واللغوية بعيدة، وكلامهم في أمثاله يقتضي
العمل على درهم آخر للخروج عن اللغوية إلا أن الأصل والضابطة يقتضي ما هنا
وإن خالفوها في غير هذه المسألة، ويحتمل أن يراد: (بل درهم صغير) ونحوه حتى
لا يتوهم درهم عظيم فلا لغو، فتأمل.
قوله: " ولو قال: كان له علي الخ " وجه اللزوم أنه قد أقر بكونه كان
في ذمته ألف والأصل بقائها حتى يثبت الخلو، فلا يقبل دعوى سقوطه بالأداء
والإبراء ونحوهما إلا بالبينة، وهو ظاهر.
قوله: " ولو أقر بما في يده لزيد الخ " وجهه ظاهر مما تقدم، مع ما مر.
قوله: " ولو قال: غصبت من فلان وهو لفلان الخ " وجه لزوم دفعه إلى
المغصوب منه، اقراره بأنه غصبه منه، والغصب منه ظاهر في كونه ملكا له ولو لم
يكن كذلك فلا شك في كونه صريحا في أنه كان في يده، وظاهر اليد الملكية وكونه
على وجه شرعي إن لم تكن الملكية فلا بد من تسليمه إليه إلا أن يبين عدم

وكذا لو قال: هذا لزيد غصبته من عمرو، يسلم إلى زيد، ولا غرم.
ولو قال: له عندي وديعة وقد هلكت لم يقبل.
ولو أتى ب (كان) قبل. ولو قال: له علي عشرة، لا بل تسعة لزمه عشرة.

استحقاقه.

ووجه عدم الغرم لمن قال: إنه له، إنه أقر له بما هو ملك للغير أو في يده بوجه شرعي، وحاصله أن شرط قبول الاقرار كونه تحت يده متصرفا تصرف الملاك، نعم قد يؤخذ بالنسبة إلى نفسه بأن لا يجوز له التصرف فيه بإذن المغصوب منه ولا يملكه بوجه، بل إذا صار إليه يجب دفعه إلى الثاني المقر به كما في الاقرار بحرية عبد غيره ثم اشتراه، فتأمل وتذكر.

ومثل هذا الحكم في قوله: (هذا لزيد وغصبته من عمرو) بأن يكون المال لمن أقر له أولاً، ولا غرم للثاني كما تقدم، وإن كان المال هنا للأول ولا غرم للثاني عكس الأول، وهو المراد بقوله: وكذا هذا الخ.

وفيها تأمل ما، ولهذا قيل بالغرم للثاني فيهما ولكن الأصل يقتضي الأول. قوله: " ولو قال: له عندي وديعة الخ " وجه عدم القبول أنه قد أقر بكون الوديعة عنده لأنه المتبادر والظاهر من قوله: (عندي)، فهي موجودة فقوله: (وقد هلكت) مناف له وضد، فلا يقبل كما في سائره.

بخلاف أن قال: (كان له عندي) فإنه يقبل لعدم المنافاة لأن (كان) دلت على الوجود قبل هذا الزمان، ولا ينافيه الهلاك بعده وهو ظاهر، نعم يمكن له عليه يمين على الهلاك إن لم يصدقه، وفي الأول تأمل يعرف مما تقدم من أمثاله. قوله: " ولو قال: له على عشرة الخ " وجه لزوم العشرة دون التسعة ما تقدم، مع ما فيه، فتذكر.

ولو ادعى المواطاة في الاشهاد، فإن شهدت البينة بالقبض لم يلتفت إليه، وإلا كان، له الاحلاف.
ولو قال: له علي عشرة إلا درهما لزمه تسعة.
ولو رفع فعشرة.

قوله: " ولو ادعى المواطاة في الاشهاد الخ " أي لو أقر مثلاً ببيع شيء وقبض ثمنه ثم أنكر القبض وادعى أنه إنما أقر بذلك للاشهاد على ذلك، وأنه تواطأ مع المشتري بذلك لتحصيل الشهود المعتبرة على القبض لاحتمال عدم الشهود المعتبرة عند القبض فيلزم القبض بلا شهود وذلك غير مستحسن أو لغرض آخر مثل أن يكتب السجل، فإن شهدت البينة بالاقرار فقط - تقبل دعواه ذلك، لأن مثل هذا الفعل كثير شائع فيقبل لذلك ولما كان خلاف الأصل - بل خلاف الشرع أيضاً لأنه كذب إلا أن يفعل على وجه يخرج عن ذلك والأصل والضابطة يقتضيانه - كان له عليه الحلف فيقبل معه.
ولو (أن خ) شهدت بالقبض فلا يقبل دعواه ولا يلتفت إليه لأنه ثبت القبض بالبينة وهي حجة شرعية ولا راد لها.
وقيل: إن ادعى المواطاة في القبض أيضاً يقبل ذلك، لأنه أيضاً متعارف وهما يقتضيانه إلا أن ظاهر أحكامهم في مثله ينفيه فتأمل.
قوله: " ولو قال: له علي عشرة إلا درهما الخ " وجه لزوم التسعة على تقدير نصب ما بعد (إلا) ظاهر، وهو أنه استثناء صحيح، فإنه منصوب في كلام موجب، وإذا أخرج المستثنى (وهو الدرهم)، من المستثنى منه (وهو العشرة)، لا محالة يبقى تسعة.
وأما وجه لزوم العشرة تاماً على تقدير الرفع فهو أن الاستثناء باطل بقوانين العربية، فهو كعدمه فكأنه ما استثنى شيئاً.

ولو قال: ما له عندي عشرة إلا درهم، لزمه درهم.
ولو نصب لم يكن مقرا.

وفيه تأمل للضابطة، فإنه يحتمل أن يكون غالطا في ذلك أو لم يكن عارفا بالقوانين، أو نسي، فحمله مطلقا على اللغو أو على كونه منقطعا، وتقديره (لكن درهم ليس عندي ونحوه) بعيد جدا.

قوله: " ولو قال: ما له عندي عشرة إلا درهم الخ " أما وجه لزوم الدرهم الواحد على تقدير الرفع فظاهر، لأنه استثناء مرفوع في كلام غير موجب فهو صحيح، فإذا نفى العشرة إلا واحدا بقي الواحد، مثبتا، لأنه قد ثبت في الأصول أن الاستثناء عن (من خ) النفي ايجاب واثبات، فثبت (فيثبت خ) الدرهم الواحد، فإنه بمنزلة أن قال: له عندي درهم.

وأما عدم كونه اقرارا بشئ أصلا على تقدير النصف فغير ظاهر، فإنه استثناء صحيح، إذ يجوز النصب ويختار البدل في غير الموجب كما في قوله تعالى: " ما فعلوه إلا قليل منهم " (١)، فإنه قد قرئ قليلا أيضا، فكأنه مبني على الضابطة وأصل براءة الذمة فيحتمل أن يكون المراد نفي العشرة إلا درهم عن ذمته بأن يلاحظ أولا الاستثناء وأدخله في الكلام فصار، له علي عشرة إلا درهما ثم أدخل عليه النفي ونفاه عن نفسه وقال: ليس له علي عشرة إلا درهما، فكأنه قال: ليس له علي تسعة فإن لها عبارتان مفردة، مثل تسعة، ومركبة، مثل عشرة إلا واحدا، وهذا غاية الاهتمام بالضابطة وأصل البراءة.

ولا بأس به وإن كان خارجا عن ظاهر مقتضى الكلام ولكن من أفتى بمثله ينبغي أن يلاحظ مثله في غيره وقد عرفت ترك ذلك في بعض المواد فتأمل. ورأيت هذا التأويل في بعض القيود في حاشية على شرح الرضي (٢)، بعد

(١) النساء - ٦٦.

(٢) هو شرح الشافية للشيخ العلامة نجم الأئمة رضي الدين محمد بن الحسن الاسترآبادي النجفي المتوفى سنة ٦٨٦ وهو شرح جامع لطيف اعتراف السيوطي أنه من أحسن شروحيها، بل لم يكتب مثله (الذريعة إلى تصانيف الشيعة ج ١٣ ص ٣١٣).

ولو كرر الاستثناء، فإن كان بحرف العطف أو كان الثاني مساويا للأول أو زائدا رجعا إلى المستثنى منه وحكم عليه بما بعدهما.

أن أظهر عدم الفرق بين الرفع والنصب، بمثل ما ذكرناه حيث قال: إلا (١) أن الفقهاء قالوا: إذا قلت: ما له علي عشرة إلا تسعة بالنصب لم يكن مقرا بشيء، لأن المعنى ما له عشرة مستثنى منها تسعة أي ما له علي واحد، فإذا قلت: إلا تسعة، بالرفع على البديل يلزمك تسعة، لأن المعنى ما له علي إلا تسعة. وفي الفرق نظر، لأن البديل والنصب على الاستثناء كليهما استثناء ولا فرق بينهما اتفاقا في نحو جاءني القوم إلا زيد وزيدا (إلى قوله): وعلى الجملة، فلا أدري صحة ما قالوا.

قال في الحاشية: لعلمهم تخيلوا أن الأصل في الكلام هو الاثبات، والنفي طار عليه، فإذا قلت: إلا تسعة بالنصب كان الاستثناء راجعا إلى المثبت كأنك قلت: له علي عشرة إلا تسعة ويصير حاصله أن له عليك واحد، فإذا أدخلت عليه النفي كان المعنى، ليس له علي واحد، فلا يلزمه (فلا يلزمك خ) شيء كما صرحوا به، وأما إذا قلت بالرفع فلا يمكن أن يكون الاستثناء راجعا إلى الاثبات، والنفي داخلا بعده في الكلام، فوجب الحمل على الابدال من المنفى ويكون المعنى كما قالوا، ليس له علي إلا تسعة، والاستثناء من النفي إثبات عندهم، فيصح ما قالوا (منه رحمه الله).

هذا غاية توجيه ما قالوا كما قلناه، ولكن ينبغي ضم ما قلناه أيضا من أصل البراءة، وضابطة الاقرار، وهو يدل على القول بالأخذ بالاقرار إن لم يمكن عدمه. قوله: "ولو كرره الاستثناء الخ" يريد بيان أحكام تكرار الاستثناء،

(١) هكذا في النسخة المطبوعة لكن في نسخ عديدة مخطوطة (ان الفقها الخ) باسقاط لفظة (الا).

وإلا عاد الثاني إلى الأول ودخل تحت الاقرار.
فلو قال: له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية، وهكذا إلى واحد
لزمه خمسة.

فظهر حكم عدمه، فلو كرر الاستثناء، فإن كان بحرف العطف يكون المجموع
راجعا إلى المستثنى منه المذكور قبله مطلقا، سواء كان كل واحد أو البعض أو
المجموع ناقصا عنه أو مساويا أو زائدا.
وجهه ظاهر، وهو أن العطف يقتضي ذلك إلا أنه لا يسمع مع الاستغراق
فذلك شرط في مطلق الاستثناء واحدا كان أو مكررا.
وإن كان بغير عطف وامتنع ارجاعه إلى ما قبله من الاستثناء مطلقا لكونه
مساويا أو زائدا فهو أيضا راجع إلى المستثنى منه ما لم يستغرق وإلا بطل.
وإن لم يمتنع، بل أمكن ارجاعه إلى ما قبله في الجملة فراجع إليه أو يكون
ما بقي في ذلك المستثنى يخرج عن المستثنى منه ودخل ما خرج عنه تحت الاقرار
والمستثنى منه، ووجه هذا أيضا واضح.
قوله: " فلو قال: له علي عشرة الخ، تفريع على ما تقدم من القاعدة أي
لو قال: له علي عشرة إلا تسعة، إلا ثمانية، إلا سبعة، إلا ستة، إلا خمسة، إلا
أربعة، إلا ثلاثة، إلا اثنين، إلا واحدا، لزمه خمسة.
والضابط أنه يجمع المثبتات أي الأول، والثالث والخامس، والسابع،
والتاسع، وهي الأزواج فصار ثلاثين، وكذا المنفيات - وهي ما بقي - وهي الافراد
فصارت خمسة وعشرين، وإذا حذف الثانية من الأولى يبقى خمسة.
وجه الضابط أنه لا محالة في أن هذه المستثنيات منفي ومثبت، والأول
مثبت مقر به، والثاني منفي مخرج فيكون ما بعده مثبت مقر به، وما بعده منفي مخرج
وهكذا إلى الآخر فلا محالة يكون المثبتات مقرا بها، والمنفيات مخرجة عنها، غير
مقر بها.

فإذا جمعنا المجموع من كل واحد وأسقطنا المجموع من المجموع، يبقى ما يبقى وهو خمسة.

وبالجمله يسقط - باعتبار استثناء كل فرد بعد استثناء الزوج عنه - واحد من العشرة فيسقط خمسة ويبقى خمسة وهو مقتضى القاعدة وهو ظاهر. ولكن لو قال - بعد قوله: إلا واحد (١) -: إلا اثنين إلى التسعة لزمه واحد بناء على ما يفهم من القاعدة، فتجمع حينئذ، الأزواج الواقعة في صورتين، تصير خمسين لعدم عد عشرة إلا مرة واحدة، وتجمع الافراد فيهما فتصير تسعة وأربعين، لعدم عد الواحد إلا مرة واحدة فتحذف الثانية من الأولى يبقى واحدة هذا مقتضى سوق كلامهم.

ولكن قال في الدروس: ولو أنه لما وصل إلى الواحد، قال: إلا اثنين، إلا ثلاثة إلى التسعة لزمه واحد، لأننا نضم الأزواج إلى الأزواج تكون ثمانية وأربعين، والافراد إلى الافراد تكون تسعة وأربعين، فإذا سقط الأول من الثاني بقي واحد (٢). والظاهر أنه غلط من وجهين (الأول) أن الأول خمسون (٣) لما ذكرنا (والثاني) حذف الافراد من الأزواج لا العكس (٤) لما مر أيضا. قال المحقق الثاني في شرح القواعد: ولو عكس، فقال: له علي عشرة إلا واحدا إلا اثنين إلا ثلاثة إلى التسعة بقي واحد (٥).

(١) يعني لو رجع القهقري عقيب قوله: إلا واحد بأن قال: إلا اثنين، إلا ثلاثة، إلا أربعة وهكذا إلى قوله: إلا تسعة.

(٢) إلى هنا عبارة الدروس نقلناها منه فراجع كتاب الاقرار درس في الاضراب ص ٣٢١.

(٣) الظاهر أن النسخة التي كانت عند الشارح قد كانت مغلوطة وإلا فالعبارة التي نقلناه من الدروس متضمنة للخمسين.

(٤) هذا الاشكال أيضا كسابقه لأنه قال: أسقطت الأقل من الأكثر ولم يقل حذف الافراد من الأزواج.

(٥) إلى هنا عبارة شرح القواعد ج ١ ص ٣٥٤ سطر ٤٠.

(فإن قيل): الاستثناء الواقع بعد استثناء، إن كان مستغرقا يسقط، ولا شك أن الأربعة مستغرقة، فإنه إن كان مما يليه أو قبله من الاستثناءات فهي مستغرقة حتما، وكذا إن كان راجعا إلى العشرة، فإنه ما بقي منها إلا أربعة لرجوع كل الثلاثة إليها، لعدم صحة البعض عن البعض فيرجع إلى المستثنى منه كما هو مقتضى القاعدة.

(قلنا): إنه استثناء، من المجموع المركبات من المستثنيات التي قبله وهي ستة فيصح اخراجه منها

قال: (١) وإذا تعذر الاستثناء مما يليه ومما قبله بانفراده وكذا عن المستثنى منه يرجع إلى المجموع المركب من المستثنيات، فبعد الإخراج ثبت الثمانية لأنه أربعة كانت باقية في العشرة وأربعة أخرى أخرجت من الستة المنفيات بقي الثمانية مثبتة (٢).

وضابطة المصنف (٣) تصح في هذه الصورة أيضا، فإن المثبتات ثمانية وعشرون، فإنها قد عرفت أنها الأزواج، هي ثلاثون وقد صار اثنين من المنفيات حيث أخرجت أيضا من العشرة فبقي ثمانية وعشرون وقد كانت المنفيات - وهي الافراد - خمسة وعشرين وضم إليها اثنان فصارت سبعة وعشرين وإذا حذفت الثانية، من الأولى يبقى واحده وهو ظاهر فتكون الضابطة - بخلاف المنفيات - مطردة، ولكنها

(١) يعني شارح القواعد المحقق الثاني ولكن عبارته هكذا: وإذا تعذر الاستثناء من الاستثناء السابق بلا فصل، قدر الاستثناء منه ومما قبله وحينئذ فيكون الأربعة المستثناءة مثبتة وقد بقي من العشرة أربعة وذلك ثمانية (انتهى).

(٢) إلى هنا عبارة القواعد نقلا بالمعنى كما سمعت عبارته بعينها.

(٣) يعني في القواعد حيث قال: والضابط اسقاط جملة المنفي من جملة المثبت بعد جمعهما فالمقر به، الباقي (إيضاح القواعد ج ٢ ص ٤٥٣ طبع قم).

المنفي الذي هو الثمانية فهي مستغرقة ولا يمكن جعلها مستثنى عن الاثني المثبتين بالطريق الأولى وهو ظاهر، وارجاعها إلى المركب من المثبت والمنفي - وهو عشرة - غير

معقول ولا منطبق على شئ من القواعد والأمر المتخيل، فارجاع استثناء واحد بعضه إلى منفي وبعضه إلى مثبت غير موجه على ما يفهم. فقول شارح القواعد (في بقاء واحد: لو قال: علي عشرة إلا واحدا إلا اثني إلا ثلاثة إلى التسعة):

وإذا تعذر الاستثناء من الاستثناء السابق بلا فصل قدر الاستثناء منه ومما قبله حينئذ فيكون الأربعة المستثناة مثبتة وقد بقي من العشرة أربعة وذلك ثمانية وبالإستثناء الخامس يبقى ثلاثة، بالسادس يصير تسعة على ما قررناه، وبالسابع يبقى اثنان، وبالثامن عشرة وبالتاسع واحد. ولو عدل إلى الواحد ثم إلى التاسع بقي واحد فطريق ذلك معلوم مما ذكر (إلى قوله): هو بحمد الله واضح (١). غير واضح لما مر. وعلى تقدير صحة ارجاعه إلى المجموع ليس بمعلوم اشتراط تعذر ارجاعه إلى المستثنى منه.

ويمكن عدم اشتراطه أيضا، إذ ليس صحة ما ذكر موقوفا عليه، إلا أن مقتضى قولهم: إذا تعذر الاستثناءات يرجع إلى المستثنى منه، كونه راجعا إليه بعد تعذر رجوعه إلى كل واحد، فإنه المتبادر، وذلك يقتضي عدم رجوعه إلى المركب مع امكان رجوعه إلى المستثنى منه. وكأنه - لعدم وضوح ذلك - ما ذكر هاتين الصورتين في المتن، ولا في القواعد وغيره.

(١) من قوله قده: وإذا تعذر إلى قوله قده: واضح من عبارة شارح القواعد وقوله قده غير واضح خبر لقوله: فقول شارح القواعد فلا تغفل.

وقال (١) فيه أيضا: بطلان الاستثناء الثالث، في مثل قوله: (له علي ثلاثة دراهم إلا درهما إلا درهما، إلا درهما).
ولو صح هذا لصح أن يقال: إن الثالث يحتمل مستثني عن مجموع الدرهمين فبقي واحد، وما ذكر في القاعدة أيضا كأنه لذلك.
قال الشيخ الرضي رحمه الله (٢) في حاشيته على شرحه، مكتوب في آخرها: (منه قدس سره) - بعد أن ذكر في الشرح بيان لزوم خمسة في المثال المفروض مما أشرنا إليه: من أنه إذا أخرجنا التسعة من العشرة بقي واحد وأدخلنا معه ثمانية صارت تسعة وأخرجنا منها سبعة بقي اثنان آه.
وذكر بعضهم طريقا آخر أشار إلى الضابطة المذكورة في القواعد من حذف المنفيات الافراد، عن المستثنيات الأزواج.
وهذا وإن كان طريقا حسنا في اظهار المطلوب، لكنه لم يعلم منه كون تلك الاستثناءات المتعاقبة واردة على مقتضى قواعد النحو من كون كل استثناء راجعا إلى ما قبله، وما ذكره الشارح واف باظهار المطلوب والجريان على القواعد ولم يلتفت إلى ما اشتهر من أن القائل بعد ما قال: إلا واحدا إذا قال: إلا اثنين إلا ثلاثة وهكذا إلى أن يقول: إلا تسعة لزمه واحد وذلك لعدم كونه جاريا على القواعد. أما إذا لم يؤول وجعل كل استثناء إلى ما يليه فظاهر، لكونه استثناء الأكثر من الأقل.
وأما إذا أول وقيل: أن قوله: إلا اثنين راجع إلى الخمسة المنفية عند قوله: إلا واحدا فلأنه يلزم الاستثناء المستغرق عند قوله: (إلا ثمانية)، فيكون باطلا

(١) يعني في القواعد لكن عبارة القواعد هكذا: ولو قال: له ثلاثة إلا درهما ودرهما ودرهما احتمل قويا بطلان الأخير، وضعيفا الجميع (انتهى) إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٤٥٥ ط ٢.
(٢) قد مر ذكر مؤلفه عند شرح قول الماتن ره: ولو قال ما له عندي عشرة الخ فلاحظ.

ولو قال: له هذه الدار، والبيت لي أو إلا البيت قبل.
والاستثناء من الجنس حقيقة ومن غيره مجاز.

ويكون الواجب اثنين، نعم يمكن بيان وجوب الواحد بذلك الطريق، وهو أن يجمع جميع المثبتات صعودا ونزولا، وذلك خمسون، ويجمع جميع المنفيات فيها وذلك تسعة وأربعون فإذا ألغى المنفيات من المثبتات بقي واحد.
وقد عرفت أن ذلك لم يعلم منه الجريان على القواعد ولا يكفي في إثبات المطلوب.

قوله: " ولو قال: له هذه الدار الخ " وجه قبول الاستثناء ظاهر،
(والبيت لي) بمنزلة الاستثناء، بل قوله: (هذه الدار) ليس بصريح في كون جميع البيوت للمقر له فيجوز إرادة اختصاص بعضه بعدم الإرادة في المقر به والضابطة المتقدمة تقتضيه

قوله: " والاستثناء من الجنس الخ " قال في القواعد: الاستثناء من الجنس جائز إجماعا ومن غيره على الأقوى (١).
اعلم أنه ظاهر أن مراده استعمال (إلا) - في موضع يكون المستثنى داخلا في المستثنى منه - جائز إجماعا على سبيل الحقيقة كما يدل عليه عبارة الكتاب، وأنه لا معنى للنزاع في جواز المنقطع ولو مجازا وحينئذ يكون المراد بجوازه (على الأقوى) أيضا كونه حقيقة.
ولكن فيه تأمل، لما سيأتي من قوله (٢): (فإن سوغنا المنفصل آه (٣)) فإنه يفهم منه عدم الجواز مجازا أيضا إلا أن يراد حقيقة فتأمل.

(١) إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٤٥٢.

(٢) يعني المصنف في القواعد.

(٣) تمامه طوّل بتفسير الألف وقبل إذا بقي بعد الاستثناء شيء.

ولأن الظاهر أنه ليس بحقيقة، إذ الظاهر المتبادر من معنى (إلا) واستعمالها كون ما بعدها من جنس ما قبلها أي دخول المستثنى في المستثنى منه فلا ينبغي أن يكون ذلك مذهبه فلعل مراده (١) جوازه مجازا (على الأقوى) فيكون إشارة إلى خلاف بعض العامة مثل أبي حنيفة، فإنه نقل عنه في التذكرة عدم جواز المنقطع إلا في المكيل والموزون وحكي عن محمد بن الحسن، وعن زفر، وعن أحمد بن حنبل، عدم جوازه مطلقا، وهو عادته في التذكرة والمنتهى. وحمل في شرح القواعد (٢) إشارته إلى الخلاف في صلاة الكسوف، على خلاف العامة. وحمل أيضا ذكر الشهيد الثاني في الذكرى، الخلاف في جواز العمل بقول الميت على خلاف العامة. وذكر في الجعفرية أيضا، الخلاف في ذلك، مع أنه في حاشيته على الشرايع يدعي اطباق العلماء على عدمه. فإن كان على ظاهره يكون محمولا على خلاف العامة، وإن ذكر في بعض جوابات ما يسئل عنه وجود الخلاف في ذلك عند علمائنا، ولكن قال من غير أجلاء الأصحاب فيريد اطباقهم، ويمكن الإشارة في الجعفرية إلى خلاف غير الأجلة، ونقل عن التفتازاني في شرح الشرح خلافا عن الآمدي أيضا في ذلك. وبالجملة ليس ببعيد، الإشارة إلى خلاف العامة، وهو أظهر من ارتكاب خلاف ما هو الظاهر من كونه مجازا فيلزم القصور في المعنى والمختار وعدم حسن قوله

(١) يعني المصنف في القواعد.

(٢) يعني أن المحقق الثاني في جامع المقاصد ج ١ حمل عنوان (الخلاف) في هذه المواضع على خلاف العامة لا الخاصة فليكن في المقام كذلك بمعنى أن الخلاف المفهوم: (على الأقوى) في مقابل بعض العامة لا الأصحاب.

فلو قال: له ألف إلا درهما فالجميع دراهم.

في مسألة (ولو قال: له ألف إلا درهما فالجميع دراهم آه) (١): فقول شرح القواعد: إلا أنه من أبعد البعيد أن يكون قول المصنف بجواز الاستثناء من غير الجنس على الأقوى، في مقابل خلاف أبي حنيفة وأحمد آه، بعيد فيكون معناه، الاستثناء من الجنس جائز حقيقة بالاجماع ومن غيره أيضا جائز في الجملة أو مجازا على الأقوى. وقيل: بعدم جوازه من العامة مجازا أيضا، وهو ضعيف ينفيه وجوده في الكتاب (٢) والسنة، وكلام الفصحاء، والتأويل بحيث يصير متصلا بعيد لا يصار إليه، على أنه يحتمل أن يكون معناه جائز، مجازا على الأقوى. وقيل حقيقة، وهو أيضا بعيد للتبادر الذي هو قرينة الحقيقة. ويؤيده أيضا ما نقل عنه في شرح القواعد قوله في نهج الأصول: (والحق أنه مجاز الخ). وبالجملة استعمال (إلا) فيما يكون ما بعده داخلا فيما قبله حقيقة، وفي غيره مجاز وهو مذهب المصنف والأكثر، والنزاع فيه غير معقول. قوله: " فلو قال: له ألف إلا درهما الخ " أي لما قلنا: إن استعمال حرف الاستثناء في المتصل حقيقة وفي المنفصل مجاز، فإذا قال: (له علي ألف إلا

(١) كما يأتي عن قريب.

(٢) يعجبنا أن ننقل ما نبه على ذلك فخر المحققين رحمه الله في إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٤٥٢ فإنه بعد نقل عبارة والده المعظم قدس سره من قوله: الاستثناء من الجنس جائز الخ قال: أقول لأنه استعمل فيه كثيرا كقوله تعالى: " فإنهم عدو لي إلا رب العالمين " (١)، " فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس " (٢)، " وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ " (٣)، " إلا أن تكون تجارة " (٤)، وما لهم به من علم إلا اتباع الظن " (٥)، لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما إلا قيلا سلا ما سلا ما " (٦)، " فلا صريخ لهم ولا هم ينقذون إلا رحمة منا " (٧)، " إنا أرسلناهم إلى قوم مجرمين إلا آل لوط " (٨).

(١) الشعراء - ٧٧.

(٢) الحجرات - ٢٠.

(٣) النساء - ٩٤.

(٤) النساء - ٣٣.

(٥) النساء - ١٥٦.

(٦) الواقعة - ٢٤.

(٧) يس - ٤٣ - ٤٤.

(٨) الحجر - ٥٨ - ٥٩.

ويصدق لو قال: لم أرد المتصل.
فيطالب بتفسير الألف ويقبل لو بقي بعد الاستثناء شيء.
ولو قال: ألف درهم إلا ثوبا طولب بتفسير القيمة وأسقطت،
ولو استوعب لم يسمع وطولب بالمحتمل.

درهما) فالألف المستثنى منه أيضا يلزم أن يكون دراهم وإلا يلزم الانفصال الذي هو خلاف الأصل والحقيقة، وهو مجاز ومما لا يصار إليه إلا مع تعذر الحقيقة. ولكن لما كان المجاز جائزا، فلو قال: أردت المجاز يقبل منه لما تقدم من الضابطة.

فيطالب بتفسير الألف، فإن فسرها بما يمكن اخراج الدرهم عنها ويبقى بعده شيء مقبول بعد الاستثناء، يقبل تفسيره، وإلا فيمكن بطلان الاستثناء فيؤخذ بتمام الألف المفسر، لأنه علم إرادته من الألف ولم يمكن الاخراج عنه فيبطل الاستثناء لاستغراقه ويبقى الكلام من غير استثناء، مثل ما ذكر استثناء مستغرقا.

ويحتمل بطلان التفسير، لأن الاستغراق إنما نشأ منه فيطالب بتفسير آخر حتى يصح كما هو ظاهر المتن، ذكرهما في القواعد، والظاهر من القواعد أيضا رجحان الثاني (١) لحفظ الأصل والضابطة في الجملة، هذا ظاهر كلامهم. وفيه اشكال من وجوه (الأول) أنهم مهدوا هذه القاعدة وفرعوا عليها مثل هذه الفروع بأنهم إن لم نقل بالمنفصل فالجميع دراهم وإن قلنا بجواز المنفصل

(١) قال في القواعد: ولو قال: له ألف إلا درهما، فإن سوغنا المنفصل طولب بتفسير الألف وقبل إذا بقي بعد الاستثناء، شيء ولو لم يبق احتمال بطلان التفسير أو الاستثناء وإلا فالجميع دراهم (انتهى) إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٤٥٣ طبع قم.

طولب بتفسير الألف فيخرج منه درهم، فإن بقي شيء سمع وإلا بطل. وأيضا قالوا: أن قال: (له علي ألف درهم إلا ثوبا) فإن منع المنفصل وجبت الألف، وإلا طولب بقيمة الثوب وإن فسر بما يخرج عن ألف درهم ويبقى شيء قبل، وإلا يبطل (بطل خ) بأحد المعنيين، وهذا مذكور في الكتب التي رأيناها، وهو غير منطبق بالقوانين، لأنهم صرحوا في النحو وكتب العربية والتفاسير والأصول أن (إلا) إذا كان منقطعا ومنفصلا فهو بمعنى (لكن) ولا اخراج حينئذ، إذ لا دخول لما بعده فيما قبله، وقوله: (له علي ألف درهم إلا ثوبا) معناه، (لكن ليس له علي ثوب) فيلزم تمام الألف حتى أنهم قالوا: إنما يقدر القيمة لو كان المستثنى متصلا.

قال في شرح العضدي (١): اعلم أن الحق أن المتصل أظهر فلا يكون مشتركا ولا للمشارك، بل حقيقة فيه ومجاز في المنقطع، فلذلك لم يحمل علماء الأمصار على المنفصل إلا عند تعذر المتصل حتى عدلوا عن الظاهر وخالفوه، ومن ثم قالوا في قوله: (له عندي مائة درهم إلا ثوبا) و (له علي إبل إلا شاة) معناه قيمة الثوب وقيمة الشاة فيرتكبون الاضمار، وهو خلاف الظاهر ليصير متصلا ولو كان في المنقطع ظاهرا، لم يرتكبوا مخالفة الظاهر حذرا عنه (انتهى خ).

وفيه مبالغة زائدة في كون (إلا) في الاتصال أولى وحقيقة ونقل الشيخ (٢) علي في شرح القواعد مثله عن المصنف أيضا.

فعلم أن الاخراج وتقدير القيمة إنما يفعلون على تقدير الاتصال فتأمل.

(١) هو القاضي عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الفارسي الشافعي الأصولي (إلى أن قال) له شرح مختصر ابن الحاجب وهو معروف بين العلماء وله المواقف في علم الكلام الذي شرحه المحقق الشريف (إلى أن قال) فمات مسجونا سنة ٧٥٦ (الكنى ج ٢ ص ٤٣١ طبع صيدا).

(٢) يعني الشيخ علي بن عبد العالي الكركي الملقب بالمحقق الثاني شارح قواعد المصنف.

ولو قال: ألفا إلا شيئا طوب بتفسيرهما ويقبل مع عدم الاستغراق.

(الرابع) أنه لا يصح المتصل بمجرد تقدير القيمة في المستثنى، بل لا بد من جعلها دراهم وتقدير القيمة في المستثنى أيضا في قوله: (له علي إبل إلا شاة) فيصير المقر به قيمة الإبل، تأمل.

والكل ظاهر، وهين إلا الأول (١) فإنه يلزم خفاء هذه القاعدة ومعنى (إلا) للمنفصل على قول العلماء، وهو بعيد جدا.

والذي يمكننا أن نقول: إنه على تقدير عدم جواز الانفصال فالحمل على القيمة والاخراج ظاهر، وأما إذا جوز المنفصل فينبغي أن يفعل ذلك أيضا للضابطة والأصل وإن صار متصلا مع كونه محتاجا إلى الاضمار المخالف للأصل لرجحان الحقيقة كما نقلنا عن العضدي، ونقل في شرح القواعد إن علماء الأمصار، قالوا: بتقدير القيمة وإن جاز الانفصال إلا أن يقول المقر: أردت الانفصال فلا يخرج شيء أصلا ويحتاج الألف إلى التفسير أو يقال: إن مرادهم أنه قال بالانفصال مع قوله بإرادة الاخراج تجوزا فتأمل.

وهذا غاية ما أمكنني، نسأل الله التوفيق على حل المشكلات والمشتبهات إنه ولي التوفيق.

ولعله (٢) فهم الكتاب إلى قوله: (ولو قال ألف، إلا شيئا آه). قد علم وجه الاستفسار وقبول قوله في الألف والشئ بشرط بقاء شئ صالح في الألف المفسر بعد اخراج الشئ المفسر عنه وبطلان التفسير أو الاستثناء على تقدير الاستغراق وهو ظاهر.

(١) كل هذه الاشكالات الأربعة هين يمكن الجواب عنها أو التزامها إلا الاشكال الأول وهو قوله: أنهم مهدوا هذه القاعدة الخ.

(٢) يعني لعله بالبيانات المتقدمة فهم عبارة الكتاب يعني المتن إلى قوله: ولو قال الخ.

ولو عقب الجملتين بالاستثناء رجوع إلى الأخيرة إلا أن يقصد عوده إليهما.

قوله: " ولو عقب الجملتين بالاستثناء الخ " هذه مسألة أصولية محررة هناك.

والتحقيق الذي اختاره الأكثر، رجوعه إلى الأخيرة لأصل عدم القيد وعدم اخراج ما تكلم به عن مقتضاه، وحمل اللفظ على ما يقتضيه ظاهر إلا مع تحقق ما يدل على الخروج عنه وقصد خلافه، ولما تحقق رجوعه إلى الأخيرة يقينا لعدم اللغو، وللاجتماع ما بقي غيرها على ظاهرها.

واعلم أن النزاع في الجمل ومع عدم قصد رجوعه إليها أو الأخيرة بنصب قرينة دالة على العموم والخصوص، وإليه أشار بقوله: إلا يقصد آه. ومع امكان رجوعه إلى الجميع.

وأن القائل الذي يقول برجوعه إلى الجميع إنما يقول برجوعه إلى كل واحد واحد، لا بمعنى جعل المجموع أو بعضها مركبا فيرجع إليه، لأن النزاع في رجوعه إلى كلام سابق مستقل بوجود يصح تعلق الاستثناء إليه لا جعل المجموع أمرا وكلاما باعتبار ثم الارجاع إليه وهو ظاهر ومصرح به في موضعه.

وأنه لا نزاع في رجوعه إلى الأخيرة فإنه متفق الكل، سواء قيل برجوعه إلى الجميع أي كونه حقيقة فيهما، وهو قول الشافعية أو الأخيرة فقط أي كونه حقيقة فيها فقط، ومجازا إن رجع إلى الجميع، وهو مذهب العلامة رحمه الله وأبي حنيفة أو بالاشتراك كالسيد المرتضى قدس سره أو القول بالوقف كالغزالي بمعنى ما يدري كونه حقيقة فيهما أو الأخيرة فقط ومجاز في الباقي فلا نزاع بين الكل في وجوب العمل والحكم برجوعه إلى الأخيرة.

لكن الشافعية والحنفية يقولون: مستعمل حقيقة، والأول يقول في الأولى أيضا وينفيه الثاني.

ولو قال: له درهم ودرهم إلا درهما بطل الاستثناء وإن رده إليهما.

والسيد والغزالي يقولان أيضا: إنه راجع إلى الأخيرة، ولكن أبو حنيفة يقول: غير راجع إلى الأولى حينئذ، لأنه ظاهر في الأخيرة فقط وظاهر في عدم رجوعه إلى الأول، وهما يقولان، لأنه غير ظاهر في عدم الرجوع إليهما ولا في الرجوع.

وأنت إذا تأملت ما ذكرته، عرفت حقيقة المسألة الأصولية والعمل بها وما يتفرع عليها من الفروع والحكم والنظر فيما فرعوا عليها بعض الفقهاء، مثل قولهم في مثل قوله: (وله علي درهم ودرهم إلا درهما) بطل الاستثناء وإن رده إليهما. وجهه ظاهر (أما) على القول برجوعه إلى الأخيرة فقط وكونه حقيقة فيها، فللاستغراق الواضح (وأما) إليهما فلما علمت أن مراد القائل به هو الرجوع إلى كل واحد، ولا شك أنه مستغرق لكل واحد واحد أو أنه لا بد لارجاع المستثنى إلى كل واحد بأن يأخذ من كل واحد شيئا، وهنا ليس كذلك إلا بالتأويل الذي ذكره الشهيد والشيخ علي (١)، وإليه أشار بقوله (٢): (وإن رده إليهما) وكذا بقوله في القواعد: لو قال: درهم ودرهم إلا درهما قيل: إن حكم بعوده إلى الأخيرة بطل وإلا صح وليس بمعتمد (٣).

والظاهر أن معناه باطل مطلقا فيلزم الدرهمان، واختاره في المختلف، إذ لا ينبغي الاستثناء من درهم ودرهم فإنه بمنزلة زيد وعمرو إلا عمرو. فتأمل فإن معناه أن قلنا: إنه راجع إليهما أو كان المقر قائلا به وعمل بمذهبه أو صرح به أو وضع قرينة دالة على أن مراده الرجوع إليهما إلا أن يصرح أن

(١) يعني به المحقق الثاني الشيخ علي بن عبد العالي الكركي شارح القواعد قده.

(٢) يعني المصنف ره هنا.

(٣) إلى هنا عبارة القواعد.

مراده الرجوع إليهما معا أو فهم ذلك وإن كان بعيدا، فالظاهر أنه حينئذ يكفي عدم ظهور قصد خلاف ما يصحح (يصحح خ) رجوعه إليهما معا لأبناء على هذه القاعدة بل بناء على ما مر من الضابطة والأصل والخروج عن اللغوية. واحتمال إرادة هذا المعنى وإن كان بعيدا أو خارجا عن قوانين العربية ظاهر لا يمكن ذلك وتصحيحه في الجملة بتأويل ما كما تقدم في أمثاله مثل (إلا أربعة) بعد قوله: (إلا واحد، إلا اثنين، إلا ثلاثة، إلا أربعة). ومثل ما قيل (١) من عدم الاقرار إذا قال: (ما له علي عشرة إلا تسعة) منصوبا، ولهذا قال ابن الحاجب برجوع الاستثناء إلى الجميع في مثله، وادعى العضدي الاتفاق عليه حيث قال: قالوا: خامسا، لو قال: علي خمسة وخمسة إلا ستة لكان الجميع اتفاقا. قال: الجواب (أولا) أنه غير محل النزاع، لأن كلامنا في الجمل وهذه مفردات. (وثانيا) أنه إنما رجع إلى الجميع ليستقيم، إذ لو رجع إلى الأخيرة لم يستقم. (وثالثا) مدعاكم الرجوع إلى كل واحد إلى الجميع. والحق أن النزاع فيما يصلح للجميع وللأخيرة، وهذا ليس منه (٢). وأنت تعلم ما فيها لأنها جمل، وأن قوله: (والحق) راجع إلى كلام المصنف وهو الذي فسره بقوله: (وثانيا) فما بقي له هنا كلام، وأن الاتفاق ممنوع، وكذا القياس فذلك أن صح لا ينافي قول المصنف رحمه الله، فإن الظاهر أن مراده، بناء على القوانين ومن تكلم عليها ومراده (برده إليهما) إلى كل واحد واحد كما هو محل النزاع، لما مر فتأمل.

(١) الظاهر أن المراد إن ما قيل وإن كان بعيدا أيضا لكنه ممكن ويمكن تصحيحه، والله العالم.
(٢) الظاهر كون هذا آخر كلام العضدي.

وأما أقول المحشي: ويمكن اطلاق اسم الدرهم على بعضه مجازا فيكون مراده من قوله: (درهم ودرهم) نصف كل منهما فيصح الاستثناء مطلقا ويعود إلى الجميع للقرينة كما يعود الاستثناء (المستثنى خ) الثاني إلى المستثنى منه إذا كان مستغرقا للاستثناء الأول وهذا هو الأصح.

فمحل التأمل لبعده اطلاق نصف الدرهم على الدرهم وفتح (أ)، مثله وسماعه أو شك أن يسد أبواب الاقرار.

على أنه ينبغي أن نقول: بكون رجوع الدرهم المستثنى إليهما واستثنائه منهما باعتبار النصف، فكأنه قال المقر: (إلا نصف درهم منهما) بأن يكون المستثنى مركبا من نصف استثنى من الأول ومن نصف استثنى من الثاني، فيلزم درهم واحد كما قاله في الدروس.

ويصح الاستثناء مطلقا، وسواء قلنا برجوعه إليهما حقيقة أو إلى الأخيرة فقط، لكن مع عدم القرينة وهنا قرينة فيكون راجعا إلى المجموع المركب لتعذر رجوعه إلى الأخيرة وإلى كل واحد واحد للأصل والضابطة وعدم الحمل على اللغو كما في الاستثناء المستغرق لما يليه ك (إلا واحدا إلا اثنين إلا ثلاثة)، وأن يرد عليه إن ذلك قاعدة مقررة، وليس هذا مثله، ولكن لا يضر، لأنه مؤيد، وغيره يكفي لما قدمناه فتأمل.

فما ذكره غير واضح، وكذا ما ذكر - أنه مبني على اعتبار العود إلى الجملتين أو الأخيرة، إذ قد عرفت ما فيه، من تحرير محل النزاع وكلام العضدي فتأمل. قوله: " ويبطل الاستثناء المستوعب " هذه القاعدة الثالثة المذكورة هنا

(١) يعني فتح باب مثل هذه الاحتمالات من اطلاق نصف الدرهم على الدرهم موجب لسد أبواب الاقرار.

" المقصد السابع في الوكالة "
وفيه مطلبان (الأول) في أركانها:

قوله: " المقصد السابع في الوكالة الخ "
ترك تعريف الوكالة لظهوره، قال في التذكرة: الوكالة عقد شرع للاستئابة
في التصرف، وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع، بل بالعقل أيضا (١).
(أما الأول) (٢) فمثل قوله تعالى: " فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة
الآية " (٣) (وأما الثاني) (٤) فكثير من طرقهم مثل رواية عروة بن سعيد البارقي

- (١) إلى هنا عين عبارة التذكرة وأما الأول إلى آخر حديث فالظاهر اقتباس الشارح قده من عبارة
التذكرة لاختلاف عبارته قده مع عبارة التذكرة (فراجع ج ٢ المقصد السادس في الوكالة).
(٢) في التذكرة: أما الكتاب فقوله تعالى: إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها "، فجوز
العمل وذلك بحكم النيابة عن المستحقين. وقوله تعالى: " فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها
أزكى طعاما فليأتكم برزق منه "، وهذه وكالة وقوله تعالى: " اذهبوا بقميصي هذا فالقوه على وجه أبي يأت
بصيرا " وهذه وكالة.
(٣) الكهف - ١٩.
(٤) في التذكرة: وأما السنة فما روى العامة عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت
النبي صلى الله عليه وآله وقلت له إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا
فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وروي أنه صلى الله عليه وآله وكل عمرو بن أمية الضميري في قول
نكاح أم حبيب بنت أبي سفيان ووكل أبا رافع في نكاح ميمونة وروي عروة بن الجعد البارقي، قال: عرض
للنبي صلى الله عليه وآله فأعطاني الخ.

قال عرض للنبي صلى الله عليه وآله جلب (١) فأعطاني دينارا، وقال: يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة قال: فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فسا ومني فبعث منه شاة بدينار وأتيت النبي صلى الله عليه وآله، فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم، وهذه شاتكم، وقال: وضعت كيف؟ فحدثته الحديث فقال: اللهم بارك في صفقة يمينه (٢). وهذه تدل على اشتراط صيغة خاصة وعدم القبول لفظا كما قاله الأصحاب، وقالوا أيضا: هذه تدل على جواز الفضولي بيعا وشراء. وفيه تأمل، لأن الفضولي خلاف الأصل وظاهر الآية والحديث من لزوم تجارة عن تراض.

وهذه غير صحيحة، لأنها منقولة من طرق العامة وليس بمعلوم صحته بذلك الطريق أيضا فكيف من طرفنا، ولا صريحة لجواز كون البارقي وكيلا على سبيل العموم وكله قبل هذا.

وأیضا یحتمل أن يكون فهم منه صلى الله عليه وآله الرضا بما فعل بيعا وشراء، وأنه إذا وكل بشراء واحد بدينار، فيلزم الرضاء بشراء الضعف بذلك، ولأنه قال: اشتر لنا شاتا وما قال: (واحدة) وقد فهم العروة الأعم، ولأنه إذا عرض على كل عاقل وكل في شراء شئ بشئ فشراءه ضعفه بذلك، رضي به إذا لم يظهر مانع،

(١) والجلب بفتحيتين من بلد إلى بلد (مجمع البحرين).

(٢) لم نعر عليه، بهذا التفصيل إلى الآن نعم نقله إجمالا في عوالي اللآلي ج ٣ ص ٢٥ فراجعه ولاحظ ما علق عليه، نعم نقله الشيخ أبو جعفر الطوسي عليه الرحمة في أواخر كتاب الوكالة من الخلاف مسألة ٢٢ مع اختلاف يسير في ألفاظه.

وهي أربعة (الأول) الموكل.

وكذا بيع نصف بعد الشراء بذلك الثمن وبالجملة لا يمكن القول بجواز الفضولي بهذه مع ما تقدم، وقد تقدم البحث في ذلك في التجارة، فتذكر.

ومن طرقنا أيضا كثيرة، مثل ما سيأتي في أحكام الوكالة في شرح قوله: (والوكالة جائزة من الطرفين آه)، مثل ما في صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث): إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة (يبلغه خ تل) أو مشافهة (يشافهه - يشافه تل) (بالعزل تل) عن الوكالة (١).

(وأما الثالث) فقال في التذكرة: فقد أجمعت الأمة في جميع الأعصار والأمصار على جواز الوكالة في الجملة.

(وأما الرابع) فلأن شدة الحاجة إلى الوكالة ظاهرة، إذ لا يمكن لكل أحد مباشرة جميع ما يحتاج إليه من الأفعال (٢)، وهو ظاهر.

"وأما أركانها الأربعة"

(فالأول) الموكل، وأشار إلى شروطه المعتبرة في صحة توكيله وصيرورته موكلا مع قطع النظر عن باقي الأركان بقوله: (وشروطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف آه).

قد ظهر مما تقدم وجه اشتراط تملك الموكل مباشرة ما يوكل فيه من الأفعال إما بحق الملكية كالمالك أو الولاية كالجد والأب والوصي أيضا إذا كان وصيا على

(١) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦.
(٢) وزاد في التذكرة: فدعت الضرورة إلى الاستنابة فكانت مشروعة (انتهى).

وشرطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية.

الأطفال، فإن له ولاية كولاية الموصي والأبوين، ولكن ذلك في الوصي في اخراج الحقوق أيضا، لأنه يحصل له ولاية أيضا كولاية الموصي، فإن معنى وصيته إليه في الاخراج، جعله كمنفسه في ذلك الأمر.

قال في التذكرة: يجوز للوصي أن يوكل وإن لم يفوض الموصي، إليه ذلك بالنصوصية لأنه يتصرف بالولاية كأب والجد لكن لو منعه الموصي من التوكيل وجب أن يتولى بنفسه، وليس له أن يوكل حينئذ لقوله تعالى: " فمن بدله الآية " (١) ويجوز للحاكم أن يوكل عن السفهاء والمجانين والصبيان من يتولى الحكومة عنهم ويستوفي حقوقهم ويبيع عنهم ويشترى لهم ولا نعلم فيه خلافا (٢). والظاهر أن مراده بالوصي وصي الأطفال، ويحتمل العموم فتأمل، بل في وكيل الوكيل أيضا إن جوز ذلك، سواء كان مفهوما من توكيله في الأمور الكثيرة التي لا يمكن فعلها له بنفسه أو من حيث توكيله في أمور لا بد فيها من أشياء لا تفعل ذلك عرفا إلا غيره، مثل الحمل والكيل والوزن أو صرح له بذلك. فقول التذكرة: (فإذا جعلناه وكيلا للوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملكية أو الولاية) محل التأمل، إذ بعد تجويز الوكيل للوكيل بأمر الموكل صار له ولاية ذلك كما للموكل. ويؤيده ما قال في موضع آخر منها: (ويخرج عنه توكيل الوكيل، لأنه ليس بمالك ولا ولي وإنما يتصرف بالإذن، نعم لو مكنه الموكل من التوكيل لفظا أو دلت عليه قرينة نفذ).

وكذا تأمل، في قوله: (والبعد المأذون ليس له أن يوكل فيما أذن له، لأنه إنما يتصرف بالإذن، وكذا العامل في المضاربة إنما يتصرف عن الإذن لا بحق الملك

(١) البقرة - ١٨١.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

فلا يصح توكيل الصبي، والمجنون، والمحجور عليه في المال والعبء.

ولا الولاية، فتأمل.

قوله: " فلا يصح توكيل الصبي الخ " وجه التفريع واضح، لأنه قد علم أن الصبي والمجنون حال صبوته وجنونه لا يمضي تصرفهما، ولا اعتبار به وتوكيلهما بالطريق الأولى، بل توكيلهما تصرف وقد ثبت عدم صحته، وكذا المحجور عليه في المال، والعبء إلا أن يأذن له المولى.

ولكن قد مر البحث في الصبي المميز واحتمال صحة تصرفه مع الإذن وفي المعروف، فلو جاز ذلك له، يجوز له التوكيل كما مضى في الاقرار أنه إذا كان له ذلك قبل اقراره فيه.

قال في التذكرة: فلا يصح للصبي، ولا للمجنون، ولا للنائم، ولا للمغمى عليه، ولا الساهي، ولا الغافل، أن يوكلوا، سواء كان الصبي مميزاً أولاً، وسواء كانت الوكالة في المعروف أولاً، وعلى الرواية المقتضية لجواز تصرف المميز (١) أو من بلغ خمسة أشبار (٢) في المعروف ووصيته، ينبغي القول بجواز توكيله، وكذا لو وكل المجنون حال جنونه، ولو وكل حال إفاقة صحته الوكالة لكن لو طرأ الجنون بطلت الوكالة (٣).

(١) لعله قدس سره ناظر إلى ما رواه سليمان بن حفص المروزي عن الرجل عليه السلام قال: إذا تم للغلام ثمان سنين فجاز أمره وقد وجبت عليه الفرائض والحدود وإذا تم للجارية تسع سنين فكذاك (الوسائل باب ٢٨ حديث ١٣ من أبواب حد السرقة ج ٨ ص ٥٢٦).

(٢) عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل وغلام اشتركا في قتل فقتلاه، فقال أمير المؤمنين: إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتص منه وإذا لم يكن يبلغ خمسة أشبار قضى بالدية - الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من كتاب القصاص ج ١٩ ص ٦٦.

(٣) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولو وكل العبد في الطلاق والمحجور عليه للفلس والسفه فيما لهما
فعله صح.

لعل دليل بطلانها بطريان الجنون والاعماء أو الحجر عما وكل فيه، أنه
حينئذ لا يصح منه بنفسه، فمن وكيله بالطريق الأولى كما في الموت، وقد مر أن من
شرائط الموكل تملكه فعل ما وكل فيه، ولا شك أنه حينئذ ليس بمالك له عقلا أو
نقلا إجماعا.

هذا مؤيد لما سيجيء من ثبوت العزل بمجرد عزله وإن لم يعلم الوكيل
فافهم، ولكنه (١) منقوض بالنوم، فكأن دليلهم الاجماع، وهو الفارق، وما أعرفه،
فتأمل.

قوله: " ولو وكل العبد في الطلاق الخ " قد علم أن سبب عدم صحة
توكيل العبد والمحجور عليه فيما حجر عليه، هو عدم صحة تصرفهما فيما وكلا فيه، فلو
وكلا فيما لهما التصرف فيه، فهو صحيح وماض، مثل أن يوكل العبد في طلاق امرأته
فإن له ذلك، إذ له أن يطلق بنفسه، سواء منعه المولى أم لا.
والظاهر أنه لا خلاف في ذلك، والأصل أيضا يقتضيه، وكذا رواية:
(الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٢). وإن كان للمولى جبره بالنكاح فلا منافاة، بل
يزوجه المولى بغير إذنه وإن أراد هو يطلق، وهكذا فتأمل.

وقال في التذكرة أيضا: وللمحجور عليه بالفلس والسفه أو الرق، أن يوكلوا
فيما لهم، الاستقلال حيث شاءوا من التصرفات، فيصح من العبد أن يوكل فيما
يملكه من دون إذن سيده كالطلاق والخلع وطلب القصاص، والمفلس، له التوكيل

(١) استدراك من قوله قده: لعل دليل بطلانها بطريان الجنون الخ فلا تغفل.

(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٣٤ رقم ١٣٧ ولاحظ ما علق عليه ولاحظ الوسائل باب ٤٢ ج ١٥ ص ٣٤٠
وباب ٣٦ حديث ٥ و ٦ ص ٣٣٧ من كتاب الطلاق تجد ما هو بمضمونه.

وللاب والجد له أن يوكله عن الصبي، وكذا الوصي. وليس للوكيل أن يوكل إلا بالإذن الصريح أو القرينة.

في الطلاق والخلع وطلب القصاص والنكاح والمعاملة بغير عين المال والتصرف في نفسه فإنه يملك ذلك، وأما ماله فلا يملك التصرف فيه. وأما ما لا يستقل أحدهم بالتصرف فيه فيجوز مع إذن الولي والمولى. وهو صريح في جواز التوكيل لهم بعد الإذن فينبغي ادخالهما في الولاية أو الملك بتصرف ما وهو ظاهر وحتى لا يرد عليه ما أورده علي توكيل الوكيل من قوله: (إذا جعلناه وكيلا للوكيل آه). كما نقلناه عنه فيما تقدم، وأيضا صريح في جواز توكيله (توكيل خ) السفينة مع إذن الولي وفيه تأمل فإنه بمنزلة المجنون والصبي وقد منعنا عنه، وما اعتبر بايقاعه بحصول الولي أيضا وبرضاه لعدم الاعتداد بعبارته وإن كان ذلك محل التأمل عندي كما تقدم.

قوله: " واللاب والجد له الخ " وقد مر بيانه، ولعله لا خلاف فيه، وكأنه يريد بالوصي، الوصي على الأولاد، لأن له ولاية كالأب والجد، ويحتمل العام فإن الوصي في الإخراج بعد موت الموصي مثله فيتصرف بالولاية لا بالإذن، إذ لا إذن بعد الموت، بل ولا وكالة، وبهذا يظهر الفرق بينه وبين الوكيل. قوله: " وليس للوكيل أن يوكل إلا بالإذن الصريح أو القرينة " سبب عدم امضاء توكيله، الأصل والاستصحاب فإن التصرف في الأمور المتعلقة بالغير لا يمكن إلا بإذنه عقلا ونقلا والإذن ما حصل له إلا بالفرض، ولأنه ما صدر من الموكل إلا ما يفهم منه الإذن له بالتصرف فقط وما فهم الإذن لغيره بالتصرف. نعم لو فهم ذلك ولو بالقرائن يجوز له ذلك، مثل ما أشرنا إليه بل ولو بالعلم بأن غرضه فعل هذا الأمر من أي مباشر كان، ولا غرض له بفعل الوكيل خاصة كما إذا قيل: بع في السوق الفلاني وعلم أن لا غرض له بالخصوص، بل إنما قيد

لظنه أنه لا يباع بما يريد إلا هناك، وإذا علم ذلك وحصل المشتري في غيره يبيعه.
وكذا لو قال: حج بالطريق الفلاني، بل حج الافراد مثلا وعلم أن غرضه
الأفضل إلا أنه تخيل أنه الأفضل فيجوز العدول عنه إلى التمتع، وإلى غير ذلك
الطريق وقد مر في كتاب الحج، فتذكر (١).

قال في التذكرة: إذا صرح له بالتوكيل يصح إجماعا، وإذا منع لا يصح
إجماعا، وإذا كان خاليا عنهما، فإن كان للتوكيل في أمر وعمل حال الوكيل مرتفع
عن مثله، مثل أن يوكل شريفا مرتفعا في البيع والشراء والفرص أنه مرتفع لم يتبدل
بالتصرف في الأسواق وكان عملا يعجز عنه لكونه لا يعلم ذلك ولا يقدر عليه لكثرتة
ولم تمكنه الكل لكثرتها.

فادعى الاجماع في الأول على جوازه حينئذ أيضا، قال في الأخير: ولا نعلم
فيه مخالفا وله أن يوكل فيما يزيد على قدر الامكان، وفي قدر الامكان اشكال أقربه
ذلك أيضا، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فيه فجازت في جميعه وقد يمنع ذلك،
لأن حصول الإذن في التوكيل هناك للعجز فلا يتعداه (٢) فتأمل.

وأما ما عدا ما تقدم - وهو ما أمكنه فعله بنفسه ولا يرتفع عنه عاداته - فلا يجوز
له أن يوكل فيه إلا بإذن الموكل، لأنه لم يأذن له ولا فهم منه إذنه، فلا يجوز كما لو
منعه.

ثم قال (٣): إذا وكله بتصرف، وقال له: افعل ما شئت لم يقتض ذلك،
الإذن في التوكيل، لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه وقوله: اصنع ما شئت

(١) إلى هنا عبارة التذكرة نقلا بالمعنى وقد لخص قدس سره عبارة التذكرة فلاحظ البحث الثاني من
التذكرة من قوله ر: مسألة، التوكيل على أقسام ثلاثة الخ.
(٢) يعني في التذكرة، وكذا ما ينقله بعده من قوله ثم قال، ثم قال...
(٣)

لا يقتضي التوكيل، بل يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه، وهو أصح قولي الشافعي، وفي الثاني، أن له التوكيل وبه قال أحمد واختاره الشيخ في الخلاف أنه أطلق الإذن بلفظ يقتضي العموم في جميع ما شاء فيدخل في عمومه، التوكيل وهو ممنوع (١).

وقول الشيخ ليس ببعيد، إذ جملة (ما شاء) هو التوكيل، وأيضا لو لم يشمل ذلك لم يفد شيئا، إذ بدون هذا القول يعمل ما يريد بقوله: (طلق امرأتي) فحصر (ما شئت) في فعلك بنفسك خروج عن عمومه إلا أن يكون اللفظ ظاهرا في ذلك. وبالجملة، إنما المعتبر ما يفهم من كلامه عرفا أو يكون عند الوكيل لمعاشرته به قرائن يعرف بها مقصودة فيفعل ما يفهم.

ثم قال: كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أمينا، لأنه لأنظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فينفذ جواز التوكيل فيما فيه الحظ والنظر، كما أن الإذن في البيع يقتضي الإذن بثمن المثل إلا أن يعين له الموكل فيجوز، سواء كان أمينا أو لم يكن، اقتصارا على ما نص عليه المالك (إلى قوله (٢)) ولو وكل أمينا فصار خائنا، فعليه عزله، لأن تركه يتصرف في المال مع خيانتته، تضييع وتفريط آه (٣).

وكأنه يريد ب (الأمين) العدل.

دليل الحصر غير ظاهر، وقوله: (لأنه آه) في مرتبة المدعي (٤)، على أنه قد

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) ولأن المالك قطع نظره بتعيينه ولو وكل الخ.

(٣) على المالك، والوكالة تقتضي استيمان أمين، وهذا ليس بأمين فوجب عزله وللشافعية وجهان في أنه هل له عزله؟ (انتهى).

(٤) مبني للمفعول يريد أن قوله: لأنه لا نظر لموكل في توكيل من ليس بأمين بيان عين المدعي وهو قوله ليس له أن يوكل إلا أمينا.

يكون ممن يوثق به من جهة الأمانة في المال وفيما وكل فيه بحيث يعلم عدم خيانتة فيه مع عدم العدالة والاستيمان المتعارف شرعا ونجد من (في خ) الناس أمثاله، بل في الكفار، على ما يحكمون الآن في الهند وغيره، ويفهم من قوله: " ومنهم من أن تأمنه بقنطار يؤده إليك " (١)، إلا أن يريد من الأمين ما قلناه. ولعل ترك ذكر العلامة والاكتفاء ب (الأمين) لذلك.

قيل: إن العدالة الموجودة في بعض العبارات بهذا المعنى، وإنه مسامحة، إذ لا دخل هنا لأكثر من الأمانة فيما وكل فيه ولا يضر عدم عدالته خصوصا إذا كان ترك (بترك خ) مروءة، مثل كشف رأسه في المجلس، فليس ببعيد اشتراط من يوثق بأنه لا يخون فيما وكل فيه، ولأنه قد يكون التوكيل في ايقاع صيغة فقط من غير تصرف له في شئ من المال.

كما أن الظاهر أن ذلك كاف في الوصي والاجراء في العبادات أيضا كما في بعض الروايات وعموم " ومن بدله بعد ما سمعه الآية " (٢)، فإنه يدل على عدم تغيير الوصي وإن كان غير عدل.

وأیضا ترك العدالة في الروايات - والإشارة إليها إلا بالتوثيق في بعضها مثل صحيحة طويلة مشتملة على وصيته أمير المؤمنين عليه السلام (٣) - يشعر بعدم اشتراط العدالة.

(١) آل عمران - ٥٧ والآية ومن أهل الكتاب من أن تأمنه الخ.

(٢) البقرة - ١٨١.

(٣) الظاهر كونه إشارة إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: بعث إلى أبو الحسن عليه السلام بوصية أمير المؤمنين وهي بسم الله الرحمن الرحيم (إلى أن قال): فإن وجد فيهم (يعني في بني علي) من يرضى بهداه

واسلامه وأمانته فإنه يجعله إليه إن شاء الحديث - الكافي ج ٢ ص ٢٤٩ كتاب الوصايا باب صدقات النبي وفاطمة الخ.

وكذا حكمهم باجراء الوصايا من غير استفسار أن الوصي كان عدلا أم لا، وكذا وكيل الوكيل هل هو عدل أم لا. ويؤيده (١) أيضا جواز التوكيل من غير اشتراط العدالة في ايصال زكاة ونحوها إلى المستحقين وما رأينا اشترط (شرط خ) ذلك إلا أنه يفهم ذلك من شرح القواعد في بحث الوكالة، ولا شك أنه أحوط. وما يدل على جواز التوكيل يفيد به عمومه وعدم استفساله. وكذا ما يدل على الاعتماد بمن يعد له عدد الطواف (٢) والأشواط وعدد ركعات الصلاة (٣) فإنه غير مقيد بالعدالة، وترك التفصيل دليله. وكذا رجوع الإمام إلى المأموم الواحد (٤) مع عدم اشتراط عدالته. وكذا سماع قول من بيده شيء: إنه وكيل (٥) للبيع وإنه اشتراه. والزوجة بأنه خلصت عدتها ومات زوجها أو طلقها (٦) على ما سيأتي. وقبول كرية الماء من الحمامي وتطهير الثياب ممن قال: طهرته وتكرار (تكرير خ) الماء (٧)، وغير ذلك ولأن قوله: (وكل) شخصا، أو من تريد، ظاهر في تفويض الأمر إلى التوكيل وليس ما يخرج من عمومه ويقيده بالعدل، فالتقييد

-
- (١) لاحظ الوسائل باب ٣٥ حديث ٢ - ٣ - ٤ - ٥ من أبواب المستحقين للزكاة ج ٦ ص ١٩٣ - ١٩٤ لكن في ١ و ٤ منه على اعتبار الوثوق فلاحظ.
- (٢) لاحظ الوسائل باب ٦٦ من أبواب الطواف ج ٩ ص ٤٧٦.
- (٣) لاحظ الوسائل باب ٣٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ج ٥ ص ٣٤٧.
- (٤) لاحظ الوسائل باب ٢٤ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ج ٥ ص ٣٣٨.
- (٥) يمكن استفادته بالمراجعة إلى أحاديث باب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم من الوسائل ج ١٨ ص ٢١٤.
- (٦) لاحظ الوسائل باب ٢٥ من أبواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢٢٧.
- (٧) لم نعثر عليه إلى الآن من الأخبار فنتبع.

خلاف الظاهر، بل لا يجوز إلا مع المقيّد، ومجرد ما ذكره لا يكفي.
ولا يقاس على اقتضاء التوكيل في البيع والشراء بضمن المثل، والصحيح،
والنقد إن سلم، للعرف أو الاجماع فإنهما دليلان وليسا بمعلوماتين فيما نحن فيه.
بل الظاهر خلاف حيث إن العدل الذي يتوكل نادر، ولأن الدليل في
بعض، عدم امكان الوكالة، فهو يفيد عدمه، وكذا في وصي الوصي على تقدير
جوازه.

فقياس اشتراط عدالة الوصي ووصيه، على وكيل الوكيل كما فعله
البعض (١) محل التأمل، والاحتياط واضح لا يترك ما أمكن.
وأيضاً الظاهر أنه يريد بقوله (٢): (فعلية عزله) أخذ ما صرفه فيه من - تحت
يده إن كان وعدم تصرفه إياه، وإلا فهو معزول بعد الخيانة مع شرط عدمها.
وأيضاً يريد بقوله: (فيجوز، سواء كان أميناً أو لم يكن) أنه إن لم يعلم أن
الموكل إنما عينه لاعتقاد أمانته فيه، فتأمل.
ثم قال: إذا أذن له أن يوكل فأقسامه ثلاثة (الأول) أن يقول له: وكل عن
نفسك ففعل كان الثاني وكيلاً للوكيل وينعزل بعزله (٣) لأنه نائبه وهو أحد قولي
الشافعي. (والثاني) لا ينعزل لأن التوكيل فيما يتعلق بحق الموكل، حق الموكل،
وإنما (٤) جعله وكيلاً (موكلاً خ) بالإذن فلا يرفعه إلا الإذن ويجري هذا الخلاف في
انعزاله بموت الأول وجنونه والأصح، الانعزال (٥).

- (١) قال الشهيد الثاني في الروضة في مقام الاستدلال على اعتبار العدالة في الوصي: ما هذا لفظه:
ولأنها (يعني الوكالة) استنابة إلى الغير فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل (انتهى) فلعله المراد من البعض.
(٢) يعني العلامة في التذكرة في العبارة المتقدمة وكذا بعيد ذلك يريد بقوله الخ.
(٣) بعزل الأول إياه (التذكرة).
(٤) وإنما حصله بالإذن الخ (التذكرة).
(٥) إلى هنا عبارة التذكرة.

والظاهر أنهما ينعزلان معا بخروج الموكل عن صلاحيته التوكيل بالموت والجنون والحجر وینعزل الثاني أيضا بخروج الأول عنها على الأول، وهو غير بعيد لأنه متيقن جواز فعله قبل عزل الأول له، بخلاف ما بعده، فلا يجوز تصرفه، ولأنه ما كان له التصرف إلا بإذنه وعلم هذا وما علم غيره، ولأن مقتضى العبارة كونه وكيلا للأول فينعزل بعزله (١)، وكونه بحقه لا ينافيه ولا يقتضي أن يكون (٢) وكيلا له بالمعنى المراد، ومع ذلك، القول الثاني لا يخلو عن وجه فتأمل.

ثم قال (٣): (الثاني) لو قال: وكل عني فوكل عن الموكل فالثاني وكيلا للموكل كما أن الأول وكيلا للموكل (٤). (الثالث) لو قال: وكلتك بكذا وأذنت لك في توكيل من شئت أو في أن توكل وكيلا أو في أن توكل فلانا ولم يقل (عني) ولا (عن نفسك) بل أطلق فللشافعية وجهان أحدهما أنه كالصورة الأولى (إلى قوله): وأصحهما عندهم أنه كالصورة الثانية، وهو أن يكون وكيلا للموكل لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل فيقع عنه، وإذا جوزنا للتوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه فينبغي له أن يوكل عن موكله ولو وكله عن نفسه فللشافعية وجهان آه.

ولم يصرح بفتواه في هذه الصورة، ولا يبعد كون عدم رد دعواهم الأصحية ودليلها إشارة إلى أن الثاني هو الأصح وهو الظاهر. ويؤيده ما تقدم من احتمال التوكيل عن الموكل ودليل في صورة إذا قال:

(١) في عدة نسخ بدل قوله ره: (فينعزل بعزله) فيكون ذلك.

(٢) في عدة نسخ: (أن لا يكون) بدل (أن يكون).

(٣) يعني في التذكرة.

(٤) وليس لأحدهما عزل الآخر ولا ينعزل أحدهما بموت الآخر ولا جنونه وإنما ينعزل أحدهما بعزل الموكل فأيهما عزل انعزل الثالث الخ ج ٢ ص ١١٦.

(٥) إلى هنا عبارة التذكرة وتامها: لأن القرينة المجوز لتوكيل كالإذن في مطلق التوكيل (انتهى).

ولو وكله في شراء نفسه من مولاه صح.

وكل عن نفسك.

وبالجملة الظاهر ذلك، لأن صاحب المال إذا أذن بتوكيل من يوكل في بيع ماله أنه يوكله عن نفسه، ولأنه ثبت بذلك توكيله وإذنه في فعل الثاني ذلك الموكل فيه فعزله ومنعه عن ذلك يحتاج إلى دليل، والأصل عدمه والاستصحاب يفيد.

فتأمل فيه فإنه لا يجري ذلك فيما تقدم، وأيضا، الظاهر أنه في كل صورة يجوز له أن يوكل، سواء كان مع تصريحه به أو سكوته مع فهم جوازه بالقرائن كما يشعر به قوله: (وإذا جوزناه آه) فتأمل.

قوله: " ولو وكله في شراء نفسه من مولاه صح " أي لو وكل شخص عبد غيره في شراء نفسه من مولاه صح الشراء.

دليله، العمومات مع عدم مانع، إذ ليس إلا كونه مبيعا ولا يصلح لذلك. وكأنهم أرادوا به رد قول بعض الشافعية بعدمه، وينبغي أن يكون بإذن السيد كأنه يفهم ذلك بصدور الإيجاب عن السيد مخاطبا إياه وكان ذلك كاف، وإذا كان القبول مقديما يمكن أن يكون رضا السيد وقبوله الدال على رضاه بالإيجاب والإذن كافيا.

على أنه قال في التذكرة: في توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده وجهان (إلى قوله): والحق ذلك (أي الجواز) إن لم يمنع شيئا من حقوق السيد وإنما لم يجر قبوله لنفسه لما يتعلق به من المهر ومؤن النكاح آه (١).

فكأنه لا يعتبر إذن السيد في أفعاله إلا فيما يضره فتأمل، والأصل دليل مع عدم الدليل وكذا تأمل في الاكتفاء بما ذكر فيما تقدم، لأنه قد يقع بعض الصيغة مع

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

وللحاضر أن يوكل في الطلاق كالغائب على رأي.

عدم العلم بالإذن فتأمل.
قوله: " وللحاضر أن يوكل في الطلاق كالغائب على رأي " الرأي
إشارة إلى خلاف الشيخ رحمه الله فإنه لم يجوز التوكيل في الطلاق إذا كان الزوج
حاضرا في بلد التوكيل وإيقاع الطلاق فيه.
ودليله الجمع بين الأخبار، مثل رواية زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام
قال: لا تجوز الوكالة في الطلاق (١) - مع ضعف سندها.
ومثل صحيحة سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل جعل
أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا أنني قد جعلت أمر فلانة إلى فلان فيطلقها أيجوز
ذلك للرجل؟ قال: نعم (٢).

وغيرها من الروايات، والرواية تمنع الوكالة مطلقة.
ونقل في الاستبصار قولاً عن ابن سماعة (٣) بعدم جواز التوكيل في الطلاق
مطلقاً، فلو كانت هذه الرواية (٤) حجة صحيحة معمولة فمذهبه هو الصحيح
ويخصص بها العمومات.
ورده الشيخ في الاستبصار وحمل رواية المنع على الحاضر وروايات الجواز
على الغائب لصحيحة (بصحيحة خ) محمد بن عيسى (لي قوله) (٥): وأمرني أن
أطلقها عنه وأمتعها بهذا المال وأمرني أن أشهد على طلاقها، صفوان بن يحيى وآخر

-
- (١) الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٤.
(٢) الوسائل باب ٣٩ حديث ١ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٣.
(٣) وقال ابن سماعة: إن العمل على الذي ذكر فيه أنه لا تجوز الوكالة ولم يفصل، وينبغي أن يكون
العمل على الأخبار كلها حسب ما قدمناه - الإستبصار ج ٣ باب ١٦٦ الوكالة ص ٢٧٩. وابن سماعة هذا يراد
الحسن بن محمد بن سماعة ويظهر من هذا النقل أنه كان - مضافاً إلى كونه محدثاً - ذا رأي أيضاً.
(٤) يعني رواية ابن سماعة وقوله قده: (فمذهبه) يعني مذهب ابن سماعة.
(٥) سينقل الشارح قده تمامها بعيد هذا.

نسي محمد بن عيسى اسمه والامر أبو الحسن عليه السلام وهو غائب وهذه جعلها الشيخ دليلا على الجمع ورد مذهب ابن سماعة (١)، وهو كما ترى. وهذه الرواية تدل على عدالة صفوان بل محمد بن عيسى أيضا. قال: بعث إلي أبو الحسن - الرضا - عليه السلام رزم ثيابا (٢) وغلمانا ودنانير، وحجة لي، وحجة لأخي موسى بن عبيد، وحجة ليونس بن عبد الرحمن وأمرنا أن نحج عنه وكانت بيننا مائة دينار أثلاثا فيما بيننا فلما إن أردت أن أعبي الثياب رأيت في اضعاف الثياب طينا فقلت للرسول ما هذا؟ فقال: ليس يوجه بمتاع إلا جعل فيه طينا من قبر الحسين عليه السلام ثم قال الرسول: قال أبو الحسن الرضا عليه السلام: هو أمان بإذن الله وأمر بالمال بأمر في صلة أهل بيته وقوم محاويع (لأبويه لهم (٣)) وأمر بدفع ثلاثمائة دينار إلى رحيمة (رحيم يب صا) امرأة كانت له وأمرني أن أطلقها عنه وأمتعها بهذا المال وأمرني أن أشهد على طلاقها صفوان بن يحيى وآخر نسي محمد بن عيسى اسمه (٤). وفي هذه الرواية فوائد (منها) استحباب جعل تربة الحسين عليه السلام في

- (١) فإن الشيخ أولا روايات جواز التوكيل ثم نقل رواية المنع وهي رواية زرارة المتقدمة ثم قال: فلا ينافي (يعني ما رواه زرارة) الأخبار الأولية (يعني الأخبار الدالة على الجواز) لأن هذا الخبر محمول على أنه إذا كان الرجل حاضرا في البلد لم يصح توكيله في الطلاق والأخبار الأولية نحملها على ذلك في حال الغيبة لئلا تتناقض الأخبار ثم قال وقال ابن سماعة الخ ما نقلناه آنفا - راجع الاستبصار ج ٣ باب الوكالة في الطلاق ص ٢٧٨.
- (٢) رزم ثياب - الإستبصار.
- (٣) ليست هذه الجملة في الاستبصار والوسائل نعم في التهذيب: (لا مؤنة لهم) بعنوان النسخة وهو الصواب يعني قوم محاويع الذين لا مؤنة لهم ينفقونها.
- (٤) الوسائل باب ٧٠ حديث ٦ من أبواب المزار ج ١٠ ص ٤١٠ وباب ٣٩ حديث ٦ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٤ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٩ حديث ٧ من باب الوكالة في الطلاق والتهذيب باب أحكام الطلاق ج ٢ ص ٢٦١.

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء.
ويكره لذوي المروات مباشرة الخصومة، بل يوكلون من يناع.

المتاع لحفظه وأنه أمان، واستحباب اخراج الحجة لمن كان حيا وتعددتها، وجواز الطلاق غائبا، وعدم اشتراط الخلو عن الحيض حينئذ حيث ترك، وجواز العمل بالخط مع الرسول، وتقسيم المال على مقتضى الكتابة والتصرف في مال الغير، بل عدم الاحتياج إلى صيغة للحجة (للحج خ) فيصح جعله، وعدالة الجماعة إن اشترط في الأجير للعبادات، العدالة.
ويشعر باشتراط العدالة في الطلاق وصلة الرحم بالمال وايصال المال إلى المحتاجين وتمتع المرأة.
والظاهر الاكتفاء بالطلاق بقوله، واشتراط الشاهدين في الطلاق.
والظاهر هو المذهب المشهور وهو مختار المتن لعموم أدلة الطلاق، فإنه يصدق على طلاق الموكل مع الحضور، وأنه طلاق، وأنه مما يقبل النيابة في الجملة. ولعموم أدلة جواز التوكيل المتقدمة فإنها عامة، مثل صحيحة سعيد الأعرج (١)، فإن ترك السؤال والتفصيل دليل العموم، على ما بين في موضعه، مع ضعف رواية المنع (٢) وندور القول بمضمونها، بل لا يبعد دعوى إجماع الأصحاب على ما تركه، وإنما الشيخ حملها على الحاضر، وهي أعم من ذلك والقرينة ضعيفة أيضا فتأمل.
قوله: " وللحاكم أن يوكل عن السفهاء " وقد مر، وكأن دليله الاجماع.
قوله: " ويكره لذوي المروات الخ " دليل الكراهة العقل والنقل، مثل ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: للخصومة قحما، وإن الشيطان

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث ١ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٣.
(٢) راجع الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٤.

(الثاني) الوكيل، ويعتبر فيه البلوغ والعقل.

ليحضرها وإنني أكره أن أحضرها (١).
والقحم بضم أولها وفتح ثانيها المهالك، ولكن الظاهر من الدليل كراهة
الخصومة مطلقا، لعل عدمها لغير ذوي المروات، لعدم اعتدادهم بالمكروهات وما
قيل فيهم وما يقولون ولعدم تضييع الحقوق إذا (إن خ) لم يكن أحد يخاصمه، ويمكن
أن يكون مكروها لهم أيضا إلا أنهم ما يبألون، فتأمل.
قوله: " الثاني الوكيل الخ " الركن الثاني هو الوكيل، لعل دليل اشتراط
بلوغه وعقله يفهم مما تقدم، وكذا البحث في الصبي المميز مع الرواية المسوغة
لتصرفاته في المعروف والوصية (٢).
وما نجد منه مانعا مع التميز والمعرفة التامة بأن يوقع عقدا بحضور الموكل، وأن
يكون وكيلا في إيصال الحقوق إلى أهلها.
ويؤيده ما ذكره في التذكرة: وقد استثنى في الصبي الإذن في الدخول إلى
دار الغير والملك وفي إيصال الهدية (٣).
فإنه إذا جاز التصرف في مال الغير واكله بمجرد قوله ويكون قوله في ذلك
معتبرا، ففي مثل ما قلناه بالطريق الأولى.
ثم قال: وفي اعتبار عبارته في هاتين الصورتين للشافعية وجهان (٤).
إلا أن يقال: هناك قرينة دالة على الإذن من غير قوله، فليس الاعتداد
بمجرد قوله، فكأنه من باب الخبر المحفوف بالقرائن ولكن تجوزهم عام غير مقيد بما
قلناه فتأمل.
ثم نقل عن أبي حنيفة جواز توكيل الصبي إن عقل بغير إذن الولي،

(١) لم نعثر عليه في كتب الحديث بهذه العبارة وإن كان مشهورا في الكتب الفقهية.
(٢) لاحظ الوسائل باب ٤٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٢٨.
(٣ و ٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

والاسلام إن كان الغريم مسلما.
ولا يشترط الاسلام إن كان الغريم كافرا.

وقال (١): إنه غلط لأنه غير مكلف فلا يصح تصرفه كالمجنون، فلعله إجماع عند الأصحاب وإلا فدليله غير ظاهر فتأمل.
قوله: " والاسلام إن كان الغريم مسلما " يعني يشترط كون الوكيل مسلما إذا كان وكيلا على المسلم، سواء كان الموكل مسلما أو كافرا، قال في التذكرة: عند علمائنا أجمع لقوله تعالى: " ولن جعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (٢).

هذا غير بعيد فيما يحصل التسلط والسلطنة، مثل أن يكون وكيلا على المسلم باستيفاء حق عنه أو مخاصمة ونحو ذلك وأما إذا كان وكيلا لأن يوقع عقدا لمسلم على آخر أو يعطيه ديناً ونحو ذلك، فما نجد مانعا منه إلا أن يكون هذا إجماعيا لأن لفظة (على المسلم) و (الغريم) من عبارات الأصحاب، وظاهر الآية لا يدل على ذلك فتأمل.

فالظاهر الجواز بناء على الأصل وعموم أدلة الوكالة وعدم الدليل على المنع.

قوله: " ولا يشترط الاسلام وإن كان الغريم كافرا " أي لا يشترط الاسلام في مطلق الوكالة أو يكون مقيدا بقوله: (إذا لم يكن الغريم مسلما)، ويؤيده (٣)، ما يوجد في بعض النسخ (إن كان الغريم كافرا).
قال في التذكرة: ويكره أن يتوكل المسلم للذمي عند علمائنا أجمع (٤)،

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) النساء - ١٤١.

(٣) الظاهر أن المراد أنه لم توجد هذه الجملة في النسخ وهذا يؤيد كون المراد أنه لا يشترط الاسلام في مطلق الوكالة فعلى هذا يحتمل أن تكون لفظة (ما) نافية، والله العالم.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

وينبغي أن يكون فاهما، عارفا باللغة.
ولا تبطل بارتداد الوكيل.
ولا يصح نيابة الوكيل المحرم في المحرم عليه كعقد النكاح
وشراء الصيد.

ويؤيده ما يجده العقل من النقص حيث يكون تابعا ومأمورا له باختياره وعدم ضرورته.
قوله: " وينبغي أن يكون فاهما عارفا باللغة " قال في التذكرة:
يستحب أن يكون تام البصيرة فيما وكل فيه، عارفا باللغة التي يحاور بها، وإليه أشار
هنا بقوله: (وينبغي) أي يستحب اختيار وكيل موصوف بهذه الصفة، أو يستحب
لمثل هذا الشخص أن يتوكل، ولعل وجهه ما يظهر، ولكن ليس بمعلوم كون
الاستحباب هنا بمعنى المتعارف المطلوب، منه الرجحان الأخروي فتأمل.
قوله: " ولا تبطل بارتداد الوكيل " وجهه ظاهر إذا كانت الوكالة فيما
يصح للكافر والمرتد ابتداء لأنه كما لا يضر ابتداء لا يضر حدوثه، وهو ظاهر.
وأما إذا كان فيما لا يصح له مثل أن يكون وكيلا على غريم مسلم، فيمكن
بطلانها حينئذ، كالاتداء ولو كان الارتداد عن فطرة، إذ ليس بواضح بطلانها
حينئذ، لأن عدم صلاحية المرتد الفطري لشيء، غير ظاهر وإن وجب قتله.
قال في التذكرة: لو وكل المسلم مسلما ثم ارتد الوكيل لم تبطل وكالته،
وقال في موضع آخر: ولو وكل مرتدا أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لأن الردة تنافي
تصرفه لنفسه لا لغيره. كأنه إشارة إلى أن الردة الفطرية لا تؤثر في صلاحية التصرف للغير،
بل
لنفسه فقط، فإنه يحجر عن ماله على ما قيل كما في الفلاس والسنفيه وما تقدم دليله
حتى يعلم البطلان.
وقوله: (لا يصح نيابة المحرم آه) كان ينبغي ذكر هذه في الركن الثالث

وللمرأة أن تتوكل حتى في نكاح نفسها وطلاقها.
وللعبد أن يتوكل بإذن المولى (وإن كان) (حتى خ) في عتق نفسه.

وللمحجور عليه للسفه، في المال وغيره.

ووجهه أنه لا يصح النيابة فيما لا يجوز فعله للنائب.
قوله: " وللمرأة أن تتوكل الخ " دليله عموم أدلة الوكالة مع عدم دليل مانع، وكأنه إجماعي أيضا عند علمائنا، قال في التذكرة: يجوز للمرأة أن تتوكل في عقد النكاح إيجابا وقبولا عندنا آه.

وكانه إشارة إلى رد مذهب الشافعية من عدم جواز توكلها في النكاح إيجابا وقبولا، قال في التذكرة: يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعة نفسها وتوكيل امرأة أخرى.

قوله: " وللعبد أن يتوكل الخ " قد مر مثله، ووجهه ظاهر، ولا مانع إلا كون ما وكل فيه متعلقا بالوكيل، ليس ذلك يصلح للمانعية، وهو ظاهر، وإنما البحث في اشتراط توكله بإذن المولى، والظاهر، العدم إلا أن يمنع بعض منافع السيد أو يكون في ضرر ما فتأمل.

قوله: " والمحجور عليه للسفه والفلس الخ " دليله أيضا عموم أدلة الوكالة مع عدم ما يصلح للمانعية، وهو كونهما محجورا عليهما في الجملة، إذ لا يستلزم منع التصرف في مال نفسه، منعه في مال غيره، إذ قد يلاحظ مال الناس دون مال نفسه، والأصل عدم الدليل، دليل حتى يثبت المنع.
وهذا مؤيد لاعتبار عبارة السفه وتصرفه، وأنه ليس بمسلوب القابلية كالمجنون والصبي.

وقد يقال: يمكن كون تسليم المال إليه سفها إذ قد يضيع ولا يمكن أخذ

" الثالث فيما تصح فيه الوكالة " وله شرطان، أن يكون مملوكا للموكل، وقبوله للنيابة.

البدل منه وإن قيل: يأخذه من ماله في الجملة على ما مر تفصيله، فيكون ذلك مستلزما إما بإضاعة ماله أو مال الوكيل فتأمل فإننا ما نجد قائلًا بالمنع. قوله: " الثالث فيما تصح فيه الوكالة الخ " هذا هو الركن الثالث، ذكر المصنف هنا له شرطين وزاد في التذكرة ثالثا، وهو أن يكون ما به التوكيل معلوما ولو إجمالا وهو ظاهر فكأنه لذلك تركه. (أما الأول) فهو كون ما وكل فيه مملوكا للموكل، الظاهر أن مرادهم بكون التصرف فيه مملوكا له، كونه مما يمكن له التصرف فيه عقلا وشرعا ولا يكون ذلك ممنوعا عنه لا عقلا، ولا شرعا.

ثم اعلم أن ظاهر عبارة التذكرة أن المراد به ثبوت ذلك للموكل من وقت التوكيل إلى وقت الفعل حيث قال بعد قوله: (يشترط فيما يتعلق به الوكالة أن يكون مملوكا للموكل (إلى قوله): وهو أصح وجهي الشافعية) الثاني أنه صحيح ويكتفي بحصول الملك عند التصرف، فإنه المقصود من التوكيل، وقال بعض الشافعية: الخلاف عائد إلى أن الاعتبار بحال التوكيل أم بحال التصرف. قال المحقق الثاني: فمن شرط صحة الوكالة، أن يكون التصرف مملوكا للموكل في وقت صدور عقد التوكيل، والظاهر أن ذلك متفق عندنا وللشافعية خلاف.

والظاهر أن مراده ما تقدم، ولكن هنا اشكال، لأن الظاهر أنهم يجوزون التوكيل للطلاق للموكل في طهر المواقعة وفي الحيض أيضا، وأيضا يجوزون التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها، قبله، وكذا في شراء عبد وعتقه من غير نزاع. قال في التذكرة: ولو وكله في شراء عبد وعتقه أو في تزويج امرأة وطلاقها

أو في استدانة دين وقضائه صح ذلك كله، لأن ذلك مملوك للموكل (١).
وأيضاً يجوزون التطبيق الثلاثة مع رجعتين بينهما، ومعلوم جواز عقد
القراض وهو مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد أخرى وليس بموجود
حال العقد.

وبالحملة، لا شك في جواز التوكيل في أمر لا يكون بالفعل للموكل فعله، بل
بعد فعل آخر كما مثلناه وجمع ذلك مع قولهم هذا الشرط، مشكل.
وأيضاً يلزم أن يكون الإذن في مال لم يكن مالكا له لا يصح فيشكل
الأكل والتصرف فيما جوز لوكيله وغيره، مثل أن يجوز له التصديق وإخراج الزكاة
وغير ذلك مما يدخل في ملكه بعد ذلك بنحو ما، وكذا فيمن أباح ماله، وما يمتلك
لشخص، وفي مثل أن يقول له شخص: (إنه كلما جئت ماء النهر، اشرب وتوضأ)
(وكل ما رأيت من أمواله) فيلزم عدم الصحة إلا في الموجود وذلك بعيد جداً، وجواز
القراض ونحوه صريح في منعه.

فهذا الشرط غير متحقق اعتباره لي، سواء قلنا: وقت التوكيل فقط أو
يستمر إلى وقت الفعل.

وكذا الإذن في مال، ليس بمالك الآن لا يصح، وأيضاً ما نجد فرقا بين قوله:
(أنت وكيل في طلاق امرأة سينكحها) وعتق عبد سيشتريه أو بيعه، وهو مصرح
بالمع في الكتب من التذكرة والقواعد، والشرايع، والمتن، وبين ما ذكرناه.
والفرق الذي ذكره في التذكرة يفهم من كلام المحقق الثاني (٢) في صحة
التوكيل بالرجوع - في ضمن قوله: طلق امرأتي ثلاثاً - لأنه محمول على الطلاق

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) الأولى أن يقول: الفرق الذي يفهم من التذكرة ذكره المحقق الثاني الخ.

الشرعي وهو لا يتم إلا بالرجعة (١).

ولو علم أن المقصود (مقصوده خ)، المفارقة بالكلية فيقوى القول بالاستلزام حيث أجاب عن قوله (٢): إن ذلك توكيل في تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعة إنما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح ذلك، بأنه ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل في مثل ذلك جائز، لأنه وقع تابعا لغيره ونحوه ما لو وكله في شراء شاتين وبيع أحدهما، أما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكله في طلاق زوجة سينكحها فإنه لا يصح، والفرق بين وقوع الشيء أصالة وتابعا كثير، لأن التابع واقع (وقع خ) مكملا بعدد الحكم بصحة الوكالة واستكمال (واستكمل خ) أركانها وقد وقع الايماء إلى ذلك في التذكرة (٣).

فكأن الخلاف الذي سبق، فيما إذا خصص بيع ما سيملكه مثلا بالتوكيل أما إذا جعله تابعا لأمواله الموجودة في الحال فيجوز هذا، كما أنه لو قال: وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز ولو قال: (على أولادي ومن سيولد جاز). وأنت تعلم أن كلام التذكرة والمحقق مشعر بعدم دليل لهم على ذلك، بل

(١) حاصله أنه لو وكله في التطليق بقوله: طلق امرأتي ثلاثا يفهم منه التوكيل في الرجعة، نظير أعتق عبدك عني، فإنه يصح الطلاق ثلاثا إلا بتخلل رجعتين فقوله قده لأنه محمول الخ بيان كلام التذكرة وقوله قده: حيث أجاب نقل لجواب المحقق الثاني ره بقوله: إن ذلك الخ.

(٢) من هنا إلى قوله قده في التذكرة عبارة المحقق الثاني في جامع المقاصد والأولى نقل أول كلامه ره إلى هنا وكذا نقل باقي عبارته قال - في ذيل عبارة القواعد وهي لو قال اشتر لي من مالك كر طعام الخ - : ما هذا

لفظه فرع لو قال: طلق زوجتي ثلاثا فهل يكون وكيلا في الرجعتين بينهما؟ لا أستبعد ذلك، نظرا إلى أن الموكل فيه، وهو الطلاق الشرعي ولا يتم إلا بالرجعة ولو علم منه أنه يريد بذلك البيونة فالحكم على ما قلنا حينئذ أقوى، لكن يرد عليه أن ذلك توكيل الخ.

(٣) وتمامه: وفي تخصيصات الموكل في آخر الكلام، على ما لو وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين وباع أحدهما (انتهى).

عدم الجزم عندهم عليه، فإنه مجرد الامكان والاحتمال.
على أن الفرق غير واضح، إذ جعل (١) الغير الحاضر تابعا للحاضر وفرعا
له، مع أنه قد يكون الحاضر قليلا جدا، وإنما المقصود هو غير الحاضر لاحتمال
التفصي عن الاشكال من غير دليل واضح بعيد.
على أن كلامهم ناقص، إذ الشرط غير موجود في الغائب فلا بد من
التصرف والتخصيص في عباراتهم في الشرط.
وأن قوله: (لأن التابع واقع (وقع خ) مكملا آه) لا ينفع، إذ كمال الوكالة
في شيء لا ينفع لو كالة شيء آخر، فإن تمام الوكالة في الطلاق لا يؤثر من الوكالة في
الرجوع، وكذا شراء شاتين في بيع أحدهما، وكذا التزويج في الطلاق وغير ذلك،
وهو ظاهر.
على أنه ليس بتام في رفع جميع الاشكالات المتقدمة.
على أنا ما نجد عليه دليلا أصلا من كلام المحقق سوى ما فهم من قوله:
(والظاهر أنه متفق عليه) فإن يشعر بالاجماع، وليس بواضح مع وجود ما يناقضه في
كلامهم كما مر.
وبالجملة، ما نجد دليلا على هذا الشرط على الوجه المذكور مع الاشكالات
المتقدمة، فلو كان دليلا عليه وعلى خلافه - مثل جواز التوكيل في الحيض - لأمكن
الجمع بالتخصيص لذلك، والقول به في الجملة.
ويدل على عدم الاشتراط حال التوكيل، الأصل وجواز مثله، مع عدم
الدليل، وعدم التصريح في أكثر الكتب - بأن المراد، الاشتراط وقت التوكيل لا وقت
الفعل، ووضوح دليل اشتراطه حال فعل الموكل فيه.

(١) الظاهر أن قوله: (إذ جعل الخ) مبتدأ وخبره قوله: (بعيد).

فلو وكله في طلاق زوجته سينكحها أو عتق عبد سيشتريه لم يصح.

وهو (١) أن الزوجية مثلا شرط للطلاق إذا طلق بنفسه، وكذا بوكيله، لأنه طلاق، ولأنه فرع وقائم مقامه وليس عدم جواز توكيل المحرم في النكاح والصيد دليلا على اعتباره حال التوكيل، لاحتمال كون ذلك لدليل خاص، مثل أنه استمتاع بالزوجية (الزوجة خ) في الجملة، أو أنه نص صريح في ذلك، أو أنه مجمع عليه، ولو لم يكن شئ منها لا ينبغي القول به أيضا وقد مر في بحث الحج (٢) تحقيق ذلك.

وكذا الكلام في الوقف على المعدوم وعليه وعلى الموجود والحاصل أن القول بغير دليل واضح في المسألة مشكل، وما ذكر من الفرق (٣)، يصلح بطريق المنع في جواب المعترض المستدل، والقول بأنه شرط في وقت الفعل فقط، وهو مقتضى الدليل.

واخراج (٤) ما لا يصلح (لا يصلح خ) مثل التوكيل على طلاق من سينكحها وعتق من سيشتريه، بدليل من اجماع ونحوه إن كان، ولكن القول به أيضا مع دعوى أنه متفق عليه، ظاهر وعدم صريح القول، بخلافه مشكل أيضا. فهي من المشكلات كسائرهما من هذا الوجه، وإلا فالظاهر هو الأول، ويؤيده عموم أدلة الوكالة. ويمكن اختيار وقت التوكيل أيضا واخراج ما تقدم بالاجماع ونحوه فتأمل.

(١) يعني دليل اشتراطه أن الخ.

(٢) راجع ج ٦ ص ٢٧٠ - ٢٧٤، و ج ٧ ص ٢٩ و ٣٠.

(٣) يعني المحقق الثاني في عبارته المتقدمة بقوله ره: والفرق بين وقوع الشئ الخ.

(٤) مبتدأ وخبره قوله قده، بدليل.

ولو وكله فيما يتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة كالنكاح،
والقسمة، والعبادات - مع القدرة - إلا في الحج المندوب وأداء الزكاة، لم
يصح، ولو وكله فيما لا يتعلق غرض الشارع بايقاعه بالمباشرة، صح
كالبيع.

قوله: " ولو وكله فيما يتعلق الخ " إشارة إلى تحقيق الشرط الثاني، وهو
قبول فعل الموكل فيه، للنيابة.

قال في التذكرة: الضابط فيما يصح النيابة فيه وما لا يصح أن نقول: كل
ما تعلق به غرض الشارع بايقاعه من المكلف مباشرة لم يصح فيه الوكالة، وأما
ما يتعلق غرض الشارع بحصوله من مكلف معين، بل غرضه حصوله مطلقاً فإنه يصح
فيه الوكالة آه.

هذا ظاهر إلا أنه في تحقيق ذلك الغرض تأمل، والظاهر أنه يعلم بالنص
الصريح، وما يفهم من ظاهره مثل العبادات كالطهارة الصلاة إلا أنه ورد النص
بجواز التولية و (في ظ) الطهارة (١) مع العجز والحج الواجب (٢) كذلك،
والمندوب (٣) مطلقاً.

وبالجملة، الظاهر من الخطاب التكليفي البدني المباشرة بنفسه حتى يعلم
جواز النيابة بدليل وأما غيره - مثل العقود كالأنكحة والمعاملات وبعض الايقاعات
كالطلاق - بخلاف البعض الآخر كالندور - فإن الظاهر منها (٤) بحسب التأمل

(١) لعل نظره قدس سره من جواز التولية في الطهارة هو قوله عليه السلام في رواية سليمان وعبد الله بن سليمان
(في حديث): فدعوت الغلظة فقلت لهم: احمولوني فاغسلوني الخ فراجع الوسائل باب ١٧ حديث ١ من
أبواب التيمم ج ٢ ص ٩٨٦.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٤ من أبواب وجوب الحج ج ٨ ص ٤٣.

(٣) راجع الوسائل باب ٢٥ من أبواب النيابة في الحج ج ٨ ص ١٣٨.

(٤) يعني من العقود الخ.

جواز التوكيل، ولهذا ورد النص (١) بالجواز أيضا. ويؤيده صدق العقود والايقاعات فيجب الوفاء به لعموم أدلتها، بخلاف النذور والغصب والايلاء والظهار وهو ظاهر. والحاصل أنه قد يعلم بالتأمل وبالنص، وإن لم يعلم فلا يجوز، وينبغي التأمل في ذلك في كل مادة بخصوصها. فالظاهر جواز التوكيل في أداء الماليات مثل اخراج الخمس والزكاة وايصالهما إلى أهلها، فإن الظاهر أن الغرض ايصالها إلى أهلها على وجهها ولا غرض بخصوص صاحب المال وقد ورد به الشرع أيضا وقد مر. فقوله (٢): (ولو كله فيما يتعلق به غرض الشارع بايقاعه مباشرة كالنكاح - أي الوطي - والقسمة - أي قسمة الليل بين الزوجات بأن يكون كل ليلة عند واحدة من الأربع مثلا - والعبادات - أي البدنية - مع القدرة - أي بخلاف العجز - فإنه قد يجوز فيه التوكيل، مثل الطهارة (٣) لا في مطلق العبادات شرط، جزائه (لم يصح) أي لم يصح الوكالة في الكل. وقوله: (إلا في الحج المندوب وأداء الزكاة) مستثنى منقطع (٤) من قوله: (فيما يتعلق أه) وقع بينه وبين حكمه، ويمكن جعله متصلا أيضا بتكلف ما أو يكون مستثنى من العبادات بشرط القدرة أي لا يصح التوكيل في العبادات مطلقا مع

(١) ورود النص في مثل عقود الأنكحة وسائر المعاملات لا يحتاج إلى ذكر مواضعها فإن كتب الحديث مشحونة.

(٢) يعني المصنف.

(٣) قد تقدم أنفا محل ذكرها.

(٤) يريد أن المستثنى منه وهو قوله في ما يتعلق غرض الشارع والمستثنى وهو الحج المندوب الخ وحيث لم يكن داخلا في المستثنى منه فيكون منقطعا.

وعقد النكاح والطلاق وإن كان الزوج حاضرا على رأي، أو كان الوكيل فيه الزوجة على رأي.

القدرة إلا في الحج المندوب وأداء الزكاة فإنه يصح فيهما مطلقا، فيكون العبادة أعم من البدنية والمالية.

هذا هو الظاهر من العبارة ولكن يبقى بعض الأفراد الآخر مثل أداء الخمس والندورات والكفارات، وكأنه أشار إلى البعض وترك الباقي للظهور. ويلزم أيضا كونها مما يتعلق الغرض بمباشرته بخصوصه مع جواز التوكيل، وهو خلاف الضابط (الضابطة - خ) فتأمل.

قال في التذكرة: وأما الزكاة فيجوز فيها النيابة في أدائها فيؤديها عنه غيره، وكذا كل ما تعلق بالمال من الصدقات الواجبة والمندوبة والخمس، فإنه يجوز التوكيل في قبض ذلك كله وتفريقه ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها وتفريقها ودفعتها إلى مستحقها، ويستنيب الفقراء والإمام أيضا في تسلمها من أربابها. قوله: " وعقد النكاح والطلاق الخ " أشار بقوله: (عقد النكاح) إلى أن المراد بالأول هو الوطاء، وقد مر البحث في الطلاق مفصلا، وكأنه أعاده للإشارة إلى أنه يمكن جعله من شرط الموكل كما تقدم (١)، ومن شرط الموكل فيه أيضا وأعاد صحة كون الزوجة وكيلا في طلاق نفسها، للإشارة إلى الخلاف بعدم الجواز وكان ينبغي ذكره في شرط الوكيل لما ذكر جواز كونها وكيلا في الطلاق. وكان الرأي إشارة إلى قول الشيخ، وابن إدريس بمنع صحة توكيلها (توكلها خ) في طلاق نفسها للمنع من اتحاد المطلق وما يتعلق به الطلاق، وما يفهم (٢) مانعيته وعموم أدلة الطلاق ينفيه.

(١) عند شرح قول المصنف: فلو وكله في طلاق زوجته الخ.

(٢) نافية يعني لا يفهم مانعية الاتحاد اطلاق أدلة الطلاق وعمومها ينفيها.

والمطالبة بالحقوق واستيفائها ولا يجوز في المعاصي كالسرقة والغصب والقتل، بل أحكامها تلزم المباشر. وفي صحة التوكيل باثبات اليد على المباحات كالأصطياد اشكال.

قوله: " والمطالبة بالحقوق الخ " وجه الصحة ظاهر مما تقدم، لعله لا خلاف فيه كعدمها في فعل سائر المعاصي التي هي حقوق الله أو حقوق الناس، مثل السرقة، فإن عقابها وعوضها، إنما يلزم المباشرة لا الموكل والأذن وإن كان له أيضا عقاب بالإذن (وهو ظاهر خ).

قوله: " وفي صحة التوكيل باثبات اليد الخ " وجه الاشكال، يمكن أن يكون الاشكال في أن المباحات تملك قهرا مع النية، فعلى الأول لا تصح الوكالة وهو ظاهر، وعلى الثاني تصح وهو ظاهر أيضا.

وأما تملك المباحات فالظاهر أنه تملك بالاحياء للأخبار الصحيحة (١) الصريحة في ذلك، والظاهر أن ذلك لا يمكن إلا عن قصد.

وكذا بالأصطياد والاحتشاش والحيارة مع القصد بمعنى صدوره واختيار مع عدم قصد التملك لغيره فلا يدخل في ملكه قهرا ومن غير اختياره قصد أم لا، بل قصد عدمه أيضا أو كان غافلا (٢) أو ساهيا أو نائما أو سكرانا وغير ذلك. فالظاهر أنه يكفي قصده الاحتطاب مثلا لنفسه لأن يبيع أو غيره. والذي يدل عليه أنه يبعد دخول مال في ملك أحد قهرا، فإن ذلك في موضع معين مثل الميراث، والأصل ينفيه أيضا ولا معنى لعدم الملكية أصلا فإن الله تعالى قال: " خلق لكم ما في الأرض جميعا " (٣) أي للانتفاع بما فيه ومنه التملك.

(١) راجع الوسائل باب ١ - ٢ - ٣ - ٤ من كتاب احياء الموات ج ١٧ ص ٣٢٦.

(٢) في عدة نسخ أو ساهيا الخ بالواو مكان (أو) والأصوب ما أثبتناه.

(٣) البقرة - ٢٩ والآية الشريفة هكذا: " وهو الذي خلق الخ ".

والظاهر أنه لا خلاف في جواز التصرف فيه بمجرد الحيازة، مثل تصرف الملاك، مثل البيع والهبة، وذلك لم يمكن إلا مع التملك ولا معنى لكون البيع مملكا ولا شئ قبله يصلح له إلا الحيازة، فذلك هو الملك ولأنه يحكم بالملكية بوجوده في اليد مع العلم بأخذه بالحيازة، لأن اليد دليل الملك شرعا مطلقا ما لم يعلم عدمه. ولهذا يصح الشهادة عليه بسبب وجوده في يده، فالشارع يحكم بأنه ملكه والفرض عدم سبب آخر له غير الحيازة فوجد حكم الشارع بأنه ملك بالحيازة. ولأن الحيازة مع القصد والنية مملك بالاجماع (قال في شرح الشرايع خ) على الظاهر فنخرج عن الأصل لذلك وبقي غيره تحته فتأمل.

والظاهر - وأصل أفعال المكلف العاقل الغير العاقل مع أن الأصل عدم الغفلة فيحكم بعدمه، مع عدم العلم - أنه لا يصدق إلا مع القصد. فلا يرد أن الأصل عدم التملك، والتصرف أعم منه، ولأنه قد يغفل أو يذهل فلا يكون مالكا أو يقال: إنه يكفي عدم قصده للغير فلا يحتاج إلى قصده لنفسه، للأصل ولبعد دخوله قهرا عليه في ملكه، وإن الظاهر (١) يكفيه قصد الاحتطاب لنفسه وكونه غير غافل فإن مرجعه الملك لما عرفت، إلا أن يقصد غير ذلك. والأصل عدمه، فيحكم - بظاهر الشرع - بالملك ويكون بينه وبين الله غير ذلك.

وأیضا الظاهر أنه يجوز له التملك بعد الحيازة ولو بقصد بفعل خ، لفعل خ) شئ موقوف عليه مثل البيع فتأمل.

والظاهر أن المميز المتمكن من القصد، مثل البالغ العاقل ولا حكم لفعل

(١) وحاصل مراده قده أن هنا عناوين ثلاثة (أحدها) قصد الاحتطاب مثلا مع قصد التملك (ثانيها) قصد الاحتطاب فقط (ثالثها) قصد عدم التملك فيحكم بالملك في الأولين دون الآخر فلو شككنا أنه قصد عدم الملك أم فالأصل عدم قصد هذا القصد فيحكم بالملك أيضا الله العالم.

وكذا الاشكال في التوكيل في الاقرار.

غيره مثل البهائم فتأمل فإن المسألة من المشكلات ولهذا اختلف فيه العلماء من العامة والخاصة (فبعض) قال بالتملك بمجرد الحيازة بالقهر، (وبعض) بها مع قصد التملك، (وبعض) بها (معها خ) مع عدم نية التملك للغير. ثم إن الظاهر حينئذ جواز التوكيل في الاضطهاد والاحتطاب والاحتشاش، وسقي الماء من البئر المباح وحيازة الماء من النهر والتحجير، بل الاحياء أيضا على تردد فيه، وكذا الإجارة والجعل والتبرع، لأنها أفعال تقبل النيابة، وإنما تقع للفاعل بالقصد وعدم قصد الغير، ولعموم أدلة الوكالة، والاحتياط واضح لا يترك. وأما الالتقاط فالظاهر أنه يحصل قهرا للملتقط فلا يدخله النيابة، ويؤيده عموم الأدلة الدالة على وجود أحكام الالتقاط في الملتقط المتصرف بالفعل فتأمل. قوله: " وكذا الاشكال في التوكيل الخ " وجه العدم أن الاقرار اخبار عن حق الغير في ذمة المقر، واقرار الغير على أن في ذمته شيء (١) لغيره شهادة عليه، وأن الأصل براءة الذمة ولم يعلم كون ذلك اقرارا مثبتا في الذمة شيئا. ووجه الصحة عموم أدلة الوكالة من غير وجود مانع، والظاهر أنه مما يدخله النيابة، ولا ينبغي أن يقال: وجهه إن فعل الوكيل فعل الموكل، لأنه دور ولا القياس إلى التوكيل في البيع لأنه قياس، ولا قوله تعالى: " فليملل وليه " (٢) لأنه غير ظاهر كونه وكيلا، بل الظاهر من الولي غير الوكيل. وأما تأييد (٣) ذلك بما قيل (٤): (ولهذا لو أنكر المولى عليه بعد زوال العذر

(١) هكذا في النسخ المخطوطة والمطبوعة والصواب (شيئا) بالنصب.

(٢) البقرة - ٢٨٢.

(٣) يعني تأييد إرادة الوكيل بأن انكار المولى عليه بعد كماله - بالبلوغ والعقل - ما عمله الولي غير موجب للمؤاخذة على الولي كما أن انكار الموكل عمل الوكيل بعد تحققه غير مفيد.

(٤) القائل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ص ٤٩٠ حيث قال: واملال الولي ليس اقرارا ولهذا لو أنكر المولى عليه الخ.

لم يؤخذ به) فغير ظاهر.

والظاهر هو الثاني وهو مذهب الشيخ والتذكرة، لأن أصل البراءة مندفع بالدليل، ولازم الاقرار هنا موجود، فإن قوله: (أقر بوكالتي) أو (وكلتك في أن تقر عن لساني أن لزيد على ألف دينار) مثلاً متضمن مثل قولك: (إن ذلك في ذمتي، فأخبره عني فإقرارك بمنزلة اقراراي) وإن كانت عبارة التوكيل انشاء، إذ لا معنى لقوله: (وكلتك في أن تقول: في ذمتي لزيد كذا) إلا أن ذلك حق، فإذا أخبرت أخبرت بما في ذمتي فقل أنت، وهو الظاهر، وشرطية كون المقر من في ذمته ممنوع، فإن وكيله مثله فتأمل.

وحينئذ، الظاهر أن هذا التوكيل اقرار، قال في التذكرة: صورته أن يقول: وكلتك لتقر عني لفلان، وقال أيضاً: قوله: أقر عني بكذا وقال: فإن قلنا بصحة التوكيل ينبغي أن يعين للوكيل جنس المقر به وقدره ولو قال: أقر عني بشئ لفلان طوبل الموكل بالتفسير (١).

يعني ظاهر أنه على تقدير صحة التوكيل كون هذا التوكيل اقراراً، لما عرفت، فإن سبب كونه صحيحاً أنه متضمن لاقرار على تقدير اقرار الوكيل بذلك، بل البحث حينئذ - أنه يصح التوكيل أم لا - عبث لا ثمرة فيه وهو ظاهر. فاندفع وجه طرف (٢) الاشكال الآخر، بأن الاقرار اخبار والتوكيل انشاء فلا يكون اقراراً، لوجود الفرق بينهما باللوازم وغيره، فإن الأول يحتمل الصدق والكذب، وله خارج بخلاف الثاني، لما عرفت أن التوكيل في الاقرار متضمن للخبر اللازم له فيؤخذ بذلك فتأمل.

(١) إلى هنا عبارات التذكرة قطعة قطعة فراجع أواخر النظر الثالث من البحث الرابع من كتاب الوكالة.

(٢) إشارة إلى رد الاشكال المذكور في وجه عدم بقوله: إن الاقرار اخبار الخ.

وظهر حينئذ وجه تفرّيع (١) القواعد بقوله: (فإن أبطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر).

لأنك قد عرفت أنه على تقدير صحة التوكيل والقول به ظاهر كونه اقرارا، لأن سبب الصحة كونه دالا على اقرار، وأنه إذن في الاقرار لغيره بما هو في ذمته، فإنه ما لم يسلم ذلك لم يمكن القول بالصحة.

ولهذا قال فخر المحققين في شرحه (٢): (ثم اختلف القائلون بعدم الصحة، فمهم من قال: يكون توكيله وإذنه له في الاقرار اقرارا منه، لأنه أخبر عن حق عليه لخصمه) وقال غيره: لا يكون ذلك اقرارا لأن التوكيل في الشيء لا يكون اثباتا لنفس ذلك الشيء كالتوكيل (٣) في البيع آه.

وقد عرفت دفع الوجه الثاني وأنه قياس - على البيع - مع الفارق. فقول المحقق الثاني - في شرح القواعد: (ولا يخفى أن عبارة المصنف لا تخلو عن مناقشة، لأن تفرّيع احتمال كونه مقرا بنفس التوكيل على القول ببطلان التوكيل، غير ظاهر، بل ذلك آت على تقدير البطلان والصحة فكان حقا أن يقول: وفي كونه مقرا بنفس التوكيل نظر كما صنع في الارشاد (٤) لا يخلو (٥) عن مناقشة، لما عرفت.

على أن ليس في عبارة القواعد ما يدل على أن احتمال كونه مقرا بنفس التوكيل متفرع على القول بالبطلان، بل النظر في وجه ذلك متفرع عليه، فقد يكون

(١) المفزع هو المصنف في القواعد حيث قال وفي التوكيل على الاقرار اشكال فإن أبطلناه الخ.
(٢) الظاهر أن المراد في شرح هذا التفرّيع، ويحتمل إرادة أن الفخر قال في الايضاح الذي هو شرح للقواعد والله العالم.

(٣) كما أن التوكيل في البيع لا يكون بيعا (الايضاح ج ٢ ص ٣٤٠ طبع قم).

(٤) إلى هنا عبارة جامع المقاصد.

(٥) خبر قوله قده: فقول المحقق الثاني.

ولا يقتضي ذلك اقرارا.
ولا يشترط في توكيل الخصومة رضا الغريم.

ذلك باعتبار عدم النظر " فأما أن لا يكون هناك احتمال كونه اقرارا أصلا كما فهمه أو باعتبار تعيين كونه اقرارا فلا يحتمل العدم فينبغي أن يقول (١): (لأن تفرغ النظر على القول ببطلان التوكيل غير ظاهر).
وأيا قد يكون مقصوده الإشارة إلى الخلاف، ولا خلاف إلا بين القائلين بالبطلان كما ظهر من الايضاح.

وأيا، كلامه يدل على أن في الارشاد، تنظر مطلقا وليس كذلك، بل أفتى بعدم كونه اقرارا ويحتمل أن يكون ذلك أيضا مبنيًا على القول بالبطلان كما مر، فلو قيد لكان أولى، لما عرفت، فعبارة القواعد (٢) أظهر من عبارة الارشاد (٣) وعكس ما قاله فتأمل.

ويحتمل أن يكون المراد في عبارة الارشاد، الإشارة إلى جريان الاحتمالين في تقديري الصحة والبطلان وإن كان الخلاف إنما وقع على التقدير الثاني أو أنه حينئذ أظهر وأشار في القواعد إلى الخلاف فتأمل.

على أن في الارشاد ما تنظر، بل جزم بعد كونه اقرارا بعد أن استشكل في صحة التوكيل فيكون التقدير: ولما كان اشكال (اشكالا خ) في صحة التوكيل وعدمه، فما ثبت صحته ولا يكون ذلك اقرارا، فجزم بعدم كونه اقرارا على تقدير عدم ثبوت صحة التوكيل، وهذا مضمون غير مضمون القواعد وخلافه في الحكم فتأمل.
قوله: " ولا يشترط الخ " كأنه إشارة إلى خلاف بعض العامة حيث اشترط رضا الغريم في صحة توكيل شخص للخصومة معه، وعموم أدلة التوكيل

(١) يعني أن يقول المحقق الثاني في مقام الاشكال على القواعد: (لأن تفرغ الخ).

(٢) عبارة القواعد: وفي التوكيل على الاقرار اشكال.

(٣) عبارة الارشاد: وكذا الاشكال في التوكيل في الاقرار ولا يقتضي ذلك اقرارا.

ولو وكله على كل قليل وكثير صح، ويعتبر المصلحة في فعل الوكيل.

وكونه مختارا يدفعه، ولعله لا خلاف عندنا. قوله: " ولو وكله على كل قليل الخ " إشارة إلى منع بعض الأصحاب من صحة التوكيل في كل مالي (أموالي خ) وفي كل ما يكون لي قليلا أو كثيرا، لأنه يتضمن ضررا عظيما، إذ قد يعتق عبده وإمائه ويبيع داره وجميع ما يملك ويزوجه بأربعة النساء بمهور كثيرة.

ودفع ذلك بأن فعل الوكيل مبني على المصلحة وإن كان التوكيل عموما كما كان خصوصا فإنه ليس له أن يبيع ما وكل فيه إذا كان شيئا واحدا لا بثمان المثل ونقد البلد نقدا وغير ذلك وكذا هنا، وإليه أشار بقوله: (ويعتبر المصلحة الخ). ودفعه في الشرايع (١) بأنه خارج عن محل الفرض، إذ الفرض أنه تفويض الأمر إليه بالكلية ويجعله كمنفسه.

ودفع ذلك في شرح الشرايع أنه ليس بخارج، لأن رعاية المصلحة لا بد منها.

والظاهر، مع الشرايع، فإن الفرض أنه فعل مع المصلحة بأنه باع جميع أمواله بشرط المصلحة التي وجدت في بيع كل واحد واحد منفردا وليس البيع بثمان المثل ونقد البلد ونقدا، خلاف المصلحة، وكذا عتق عبده للثواب كما لو صرح به، وكذا التزويج بمهر المثل وغير ذلك مع أنه قد يحصل له الضرر. ثم إن الظاهر صحة ذلك، كما أن له أن يفعل بنفسه، وإن تضرر، ولأن له أن يوكل في كل واحد خصوصا، فكذا عموما، وينبغي أن يقال بالصحة إلا أن

(١) قال في الشرايع: ولو وكل على كل قليل وكثير، قيل: لا يصح لما يتطرق من احتمال الضرر، وقيل: يجوز ويندفع باعتبار المصلحة، وهو بعيد عن موضع الفرق (انتهى).

ولو وكله في شراء عبد صح وإن لم يعينه.

يكون بحيث لا يجوز لنفسه، فلا يصح والفرض، الأول، فإن فرض في البعض دون البعض - لعدم المصلحة - فهو خارج عن الفرض كما قاله في الشرايع. والظاهر عدم الفرق بين عموم جميع ما يملك وخصوص واحد واحد في الجواز بعد المصلحة، وعدمه مع عدمها كما صرح به في التذكرة في جواب من قال: (لا يصح عاما) مثل الشيخ وبعض العامة للضرر وعدم المصلحة. والجواب إنا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحة فكل ما لا مصلحة فيه لم ينفذ تصرف الوكيل كما لو وكله في بيع شيء فأطلق، فإنه لا يبيع إلا نقدا بثمن المثل من نقد البلد، كذا في الوكالة العامة، وكذا يصح لو قال: اشتر لي ما شئت خلافا لبعض العامة آه (١).

وبالجملة، الوكالة مبنية على المسامحة وعدم اشتراط لفظ خاص وعقد بإيجاب وقبول خاصين، فكل ما يدل على الإذن في التصرف أي تصرف كان، يصح ويجوز مع عدم مانع شرعي، ومعه فلا، فاحفظه. قوله: "ولو وكله في شراء عبد الخ" هذا يدل على عدم اشتراط العلم في الجملة كما تركه في الأول أيضا إلا أن يقال: إنه ترك للظهور وهنا علم في الجملة فإن العبد أحص من الحيوان والمتاع والشئ. وأشار بقوله: (وإن لم يعينه) إلى خلاف بعض الأصحاب بأنه لا بد من تعيين بعض الأوصاف في الجملة بأن يقول: تركيا أو هنديا مثلا للغرر. وعموم الأدلة يدفعه، والغرر منتف بأنه إنما يشتري ما يسوي ذلك واطلاق الموكل يدل على أن غرضه متعلق بعبد ما ففي (في خ) شرائه مصلحة من دون خصوصية فيصح، وأيضا قد يكون الغرض ذلك فينبغي تجويز الوكيل في مثله، فتأمل.

(١) من قوله قده: والجواب إلى هنا عبارة التذكرة.

" الرابع الصيغة "

ولا بد من ايجاب مثل وكتلك، واستنتك، وبع، واعتق. وقبول إما لفظاً، أو فعلاً ويجوز تأخيره عن الايجاب.

قوله: " الرابع الصيغة الخ " هذا هو الركن الرابع، ولا شك أنه لا بد في تحقق الوكالة من ايجاب، أي ما يدل على الإذن مطلقاً بلفظ وإشارة وكتابة، بل إذا علم الرضا من دون ذلك لا يبعد جواز التصرف في ماله وكونه وكيلاً. وقبول أيضاً والظاهر، المراد به أيضاً أعم، بل لا يحتاج إلى شيء قبل فعل الموكل فيه، فإنه يكفي ذلك وهو مصرح به، والظاهر عدم الخلاف عندنا في ذلك. ولكن فيه تأمل، لأنه لا بد من صدور العقد من الوكيل، فلا بد من كونه وكيلاً قبل الشروع فيه، فكأنه مجرد الايجاب، والرضا الباطني الذي يعلم بالفعل، كاف والظاهر أن الأصل في ذلك كله، أن التصرف في مال الغير إنما يجوز برضاه، ولا ينتقل (١) إلى غيره إلا برضاهما، فيكفي ما يدل على ذلك من الطرفين، ولا يحتاج إلى أكثر من ذلك، للأصل، وعموم أدلة الوكالة فلا يتعين بشيء من أحد الجانبين، ولهذا نقل في وكالة البارقي أنه عليه السلام قال له: (اشتر) (٢) ولا يسمى مثل ذلك ايجاباً وصرح به في التذكرة، وكذا في حكاية أصحاب الكهف " فليأتكم برزق منه " (٣)، مع أنها غير صريحة في توكيل أحد بعينه، وإن محض الفعل كاف، وكذا الإشارة والكتابة، فتأمل.

قال في التذكرة: (الوكالة عقد شرع للاستنابة) والمراد أن يكون الغرض

(١) وينتقل إلى غيره برضاهما - في عدة نسخ مخطوطة.

(٢) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٠٥.

(٣) الكهف - ١٩.

من فعله النيابة فقط فلا ينتقض بالقراض والمشاركة والمزارعة والمساقاة والوصية وهو ظاهر ثم قال: ولما (١) كان عقدا يتعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع، والأصل فيه عصمة مال المسلم ومنع غيره من التصرف فيه إلا بإذنه لا بد من جهة الموكل، من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له، وهو كل لفظ دال (دل خ) على الإذن مثل أن يقول: وكلتك في كذا أو فوضته إليك واستنتك (٢) فيه وما أشبهه، ولو قال: وكلتني في كذا؟ فقال: نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب ولو قال: بع واعتق ونحوهما حصل الإذن، وهذا لا يكاد يسمى إيجابا (٣) (إلى قوله): وقوله: وأذنت لك في فعله ليس صريحا في الايجاب، بل إذن في الفعل (٤).

وعدم التسمية في الأول (٥) وعدم الصراحة في الأخير - لكونه ماضيا - غير ظاهر وما يفهم من الايجاب إلا ما يدل على الرضا بالتصرف وهو حاصل هنا. ثم قال: لا بد هنا من القبول إما لفظا وهو كل ما يدل على الرضا بالفعل أو فعلا ويجوز القبول بقوله: قبلت وما أشبهه من الألفاظ الدالة عليه، وبكل فعل دل على القبول نحو أن يأمره بالبيع فيبيع أو بالشراء فيشتري لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امثال أمره، ولأنه أذن في التصرف فجاز

(١) في التذكرة: الوكالة عقد يتعلق به حق كل واحد من المتعاقدين الخ.

(٢) وابنتك (التذكرة).

(٣) وتمامه: بل هو أمر وإذن، وإنما الايجاب قوله: وكلتك أو استنتك أو فوضت إليك وما أشبهه وقوله: أذنت الخ.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٥) هذه العبارة محملة غير معلومة المراد والمناسب أن يقول بدل (الأول): (الثاني) وهو قوله: ولو قال: وكلتني في كذا وهو المناسب للتعليل بقوله قده: لكونه ماضيا والله العالم.

القبول فيه بالفعل كأكل الطعام، والقبول يطلق على معنيين أحدهما الرضا والرغبة فيما فوضه إليه، ونقيضه، الرد، والثاني، اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى ولو رد وقال: لا أقبل أو لا أفعل بطلت الوكالة، ولو ندم وأراد أن يفعل أو يرجع (لم يكتف (١) بالإذن الأول) بل لا بد من استيناف إذن جديد مع علم الموكل لأن الوكالة جائزة من الطرفين ترتفع بالاستدامة بالفسخ فلأن ترتفع في الابتداء بالرد (كان تذكراً) أولى وأما بالمعنى الثاني وهو القبول اللفظي فالوجه عندنا أنه لا يشترط لأنه إباحة ورفع حجر فأشبهه إباحة الطعام (إلى قوله): فإن الوكيل إن شاء قبل بلفظه وإن شاء تصرف وكان ذلك قبولاً منه لأن الوكالة أمر له فيصير بالتصرف محصلاً للأمر بخلاف سائر العقود من البيع والإجارة والهبة والوصية، فإنها تضمن التملك فافتقرت إلى القبول بالقول والتوكيل جار مجرى الوديعة، والعارية لا تفتقر إلى القبول بالقول لأن ذلك أمر وإباحة.

ثم قال: ويجوز عندنا القبول على الفور والتراخي نحو أن يبلغه أن رجلاً وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول: قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة، لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وآله لو كآلته كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله إياهم، ولأن إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عنه. ثم قال: والأظهر ثبوت الوكالة وإن لم يعلم، فعلى هذا لو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم ظهر الحال خرج عن الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي فبان (فكان خ) ميتاً.

(١) هذه الجملة ليست في التذكرة ولا بد منها لقوله: ولو ندم.
(٢) في بعض النسخ ترتفع بالفسخ فلأن ترتد في الابتداء الخ والصواب ما نقله الشارح قده.

ثم قال: فإذا شرطنا القبول لم يكف الكتابة (لم يكتف بالكتابة خ) والرسالة كما لو كتب البيع وإن لم نشترط القبول كفت الكتابة والرسالة وكان مأذونا في التصرف، وهو الأقرب عندي، فإذا شرطنا القبول لم يكف الاستدعاء بأن يقول وكلني فيقول: وكلتك بل يشترط فيقول بعد ذلك: قبلت (١). اعلم أن مراده بالقبول القبول اللفظي المعهود في سائر العقود وحينئذ معلوم عدم جواز الاكتفاء في الإيجاب أيضا إلا باللفظ، فلا يجوز الكتابة والرسالة ونحوهما، وأنه لا بد من العلم بكون الكتابة بإذن الموكل، وأمنه من التزوير واحتمال غير المكتوب فيه وحينئذ، الظاهر القبول كما يقبل المكاتب من الروايات. وفي رواية محمد بن عيسى - المتقدمة - (٢) إشارة إلى ذلك حيث وكل في الطلاق بالكتابة على الظاهر والتصرف في الأموال على ما تقدم في جواز الوكالة في الطلاق.

ويؤيد الجواز، أن المقصود من لفظ الموكل فهم رضاه وإذنه في التصرف، فإذا علم كفي من أي شيء كان يكفي بل الظاهر أن الظن القوي - المتاحم للعلم بل هو علم عادة - كاف.

وإذا قلنا بقبوله في الوكالة، فكذا في سائر ما يشترط فيه الإذن فقط، مثل العارية والوديعة والتصرف في أمواله، بل الوصية أيضا وإن منعه في القواعد وغيره فتأمل واحتط.

وأیضا أنه إذا كان كافيا في الإيجاب، ففي القبول بالطريق الأولى. وأيضا ينبغي عدم الخلاف في صحة التصرفات التي فعلها الوكيل مع عدم

(١) إلى هنا عبارة التذكرة نقلهما مقطعة فراجع ج ٢ ص ١١٣ - ١١٤.

(٢) راجع الوسائل باب ٣٩ حديث ٦ من أبواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٣٤.

الاستصحاب الذي كاف في أمثال هذه الأمور بغير شك.
فإذا قبل بعد ذلك بقبول هو كاف ابتداء فعلا أو قولاً، يصح ولا يحتاج إلى
تجديد إذن.

ويؤيده أنها (أنه خ) إباحة ودفع حرج ولا شك في رفعه بإذنه، وعدم
القبول لا يستلزم رفعه ولا عود الحرج، وعدم الإذن بوجه من الدلالات وهو ظاهر،
ولهذا لو قال أحد: كل فقال: ما أكل ثم أكل فالظاهر الجواز.
ولأنه قد تقدم في كلام التذكرة مرارا أيضا أنها أمر فإذا امتثل المأمور،
المأمور به في وقت لم يرتفع عنه الأمر، بل في كل وقت فعل ذلك - إذا لم يكن موقتا
ومقيدا بوقت وحال - يكون ممثلا وهو ظاهر خصوصا عند من لا يقول إنه يقتضي
الفور كالمصنف وغيره.

ولأنه قال فيما تقدم: إنه إذن في التصرف، فالإذن باق ما لم يرجع عنه،
ومعلوم أن عدم القبول من الوكيل ليس برجوع ولا مستلزم له بوجه أصلا، إذ يجتمع
مع نقيضه وهو ظاهر مثل أن تقول: أذنت لك سواء تفعل أو ترد، ورد وهو باق
مع قبولك ذلك، وهو ظاهر بقول المصنف: (بطلت آه) مع المسامحة، بعيد، لما تقدم.
ولا دخل لعلم الموكل بالرد، فإنه لا يثمر رجوعه من رضاه، نعم ذلك يوهم
حيث كان حاضرا فإنه بمنزلة أن قال: رضيت بالرد أو رجعت أنا أيضا وأنه حينئذ
لا ضرر عليه، فإنه يفعله (مؤجله خ) بنفسه أو يوكل غيره ولهذا قيل بوجوب قبول
الوصية مع عدم إمكان الاخبار بعدم القبول، ولأنه لو عزل الموكل من دون اخبار
الوكيل لم ينعزل وكذا العكس.
ولعل المراد بحضوره علمه بذلك (١)، وأما إذا لم يكن حاضرا فلا ينبغي

(١) فكأنه بمنزلة أن قال: رجعت بالرد أو رجعت أنا أيضا (كذا في هامش بعض النسخ المخطوطة).

التأمل في عدم الاحتياج إلى إذن جديد بوجه، لما قد عرفت، وقوله: (لأن الوكالة آه) لا يدل على ذلك التجديد، لأن كونه عقدا جائزا يبطل بالفسخ بعد الالتزام وصحته، إن كان برجوعها معا، فمعلوم عدم استلزام ذلك هنا، لعدم رضا الوكيل بعد وجود رضا الموكل من غير رجوع، وإن كان بعزل الوكيل نفسه فقط مع بقاء رضا الموكل على حاله فيمتنع البطلان بالكلية هناك أيضا والاحتياج إلى إذن جديد، ولهذا قال في التذكرة: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل (إلى أن قال): إذا عرفت (١) هذا فإن عزل نفسه ثم تصرف كان فضوليا، سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا، ويحتمل مع الغيبة الصحة عملا بالإذن العام الذي تضمنته الوكالة وكذا مع الحضور وعدم الرضا بعزله (٢). وهذا وإن قاله بطريق الاحتمال إلا أنه احتمال جيد قوي، لما عرفت من دليله.

على أنه قد يفرق بين العزل بعد ثبوت القصد، وبين عدم الرضا حتى يحصل العقد إذ يحتمل أن العقد إذا وجد وحكم برفعه، يحتاج إلى تجديد الأركان، بخلاف حصوله ابتداء، فإنه إذا حصل أحدها فهو موجود حتى يحصل الآخر فيؤثر الجميع فليس عدم القبول إلا عدم وجود الركن بعد. وبالجملة لو كان هناك دليل فيقال به لذلك هنا، وليس هذا من باب مفهوم الموافقة، بل قياس مع الفارق فالظاهر عدم الاحتياج. ويؤيده عموم أدلة الوكالة، مثل ما في الروايات (٣): (الوكالة ثابتة حتى

(١) في النسخ التي عندنا من الشرح مطبوعة ومخطوطة هكذا: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي إذا عرفت هذا الخ والصواب ما أثبتناه نقلا من التذكرة.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٣) الوسائل باب ١ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٥ وصدرها، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: من وكل رجلا على امضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى الخ.

ويشترط التنجيز، فلو علقه بشرط بطل.
ولو نجزه وشرط تأخير التصرف جاز.

يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول).

وأيضاً، الموكل إذا عزله ثم رضي بها لم يحتج إلى قبول الوكيل، فكذا هنا.
وأيضاً سيحى أن الوكالة لو بطلت للتعليق ونحوه مثلاً، له أن يتصرف
بالإذن فتأمل.

وأبعد من كلام المصنف قول المحقق الثاني في شرح القواعد: (ولا خفاء في
أن جواز التصرف موقوف على تجديد الإذن، لكن كون ذلك مشروطاً بعلم الموكل
حتى لم يعلم كان له أن يجدد القبول ويتصرف محل خفاء آه).
لما تقدم إن ذلك هو محل التوهم، وإن الظاهر لا نزاع مع عدم العلم كما
يفهم من التذكرة فيما تقدم، وأنه لا ينبغي إيجاب التجديد في ذلك أيضاً، لما عرفت.
على أن في قوله: (كان له أن يجدد القبول ويتصرف) تأملاً، إذ التصرف قبول، فلو
لم يحتج إلى تجديد الإذن لم يحتج إلى تجديد القبول، بل ولو جدد الإذن لم يحتج إلى
(تجديد خ) القبول أيضاً وهو ظاهر.

قوله: " ويشترط التنجيز الخ " قال في التذكرة: لا يصح عقد الوكالة
معلقاً بشرط أو وصف فإن علق عليها بطلت، مثل أن يقول: إن قدم زيد أو إذا
جاء رأس الشهر فقد وكلتك، عند علمائنا وهو أظهر مذهبي الشافعي (١).
لعله يريد بالتعليق توقف حصول الوكالة بأمر، سواء كان شرطاً يمكن
حصوله وعدمه مثل قدوم زيد، أو وصفاً أي متحقق الوقوع، مثل مجيء رأس الشهر،
وسواء كان الدال عليه منوياً أو مقصوداً غير مذكور على الظاهر أو مذكوراً بأداة

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

ويؤيده أيضا جواز التعليق في العقود الجائزة، مثل القراض، بل هو وكالة بجعل والعارية وغيرهما.

والظاهر أن مراد من قال: يجب التنجيز نفي التعليق، والظاهر أن لا دليل لهم عليه إلا الاجماع المنقول في التذكرة كما تقدم، مع عدم ظهور خلافه وسيجيء ما في الاجماع فتأمل.

ويمكن أن يقال - مع التعليق - يؤول إلى التوكيل، وقد مر أن من شرطه قدرة الموكل عند التوكيل.

فتأمل فيه فإنه يرجع إلى الاجماع أو أن الأصل عدمها خرج المنجزة بالاجماع وبعض الأدلة، بقي المعلقة تحت العدم فتأمل فيه.

ثم اعلم أيضا أن المصنف احتمل في عدم جواز تصرفه فيما وكل فيه بعد حصول الشرط وقربه في التذكرة حيث قال: فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط فالأقرب صحة التصرف، لأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا، فقال: بع كذا علي أن لك العشر من ثمنه، تفسد (فسد خ) الوكالة، ولكن إن باع يصح وهو أحد وجهي الشافعية والثاني لا يصح لفساد العقد إذ لا اعتبار بالعقد الضمني في العقد الفاسد، ألا ترى أنه لو باع بيعا فاسدا وسلم إليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه وإن تضمن البيع والتسليم الإذن في التصرف والتسليم عليه، وليس بجيد لأن الإذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن إليه والملك إلى المشتري وشئ منهما ليس بحاصل، وإنما أذن له في التصرف لنفسه ليسلم إليه الثمن (ليسلم له - التذكرة) الثمن، وهنا إنما أذن له التصرف عن الإذن لا لنفسه (١).

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

ثم ذكر (١) فائدة القول بفساد عقد الوكالة، في جواب، إن قيل: إن فائدة حينئذ للفساد على تقدير صحة التصرف التي هي ثمرة صحة عقد الوكالة، فإذا وجدت مع القول بالفساد فلا ثمرة في القول بالبطلان، بل لا معنى للبطلان حينئذ، إذ البطلان في المعاملات عدم ترتب الأثر، وقد قيل هنا بالترتب مع الفساد.

حيث أجاب بأنها تحصل الفائدة في ترتب جميع الأثر، من جملته أنه لو كان الوكالة بجعل معين يبطل ذلك الجعل ويلزم أجره المثل كما إذا وكل بعوض مجهول مثل ما مر، ومثل ما بطل القراض فتبطل الحصة المعينة ويلزم أجره المثل وكذا إذا أفسد المهر المسمى يلزم مهر المثل.

وفيه تأمل لأن الإذن إنما علم على تقدير الشرط وقد حكم ببطلان ذلك الإذن والتوكيل للشرط، وليس هنا ما يدل على الإذن غير ما وجد من الموكل وهي العبارة التي حكم ببطلانها وعدم الاعتداد بها، ولأنه إنما يلزمه الأجرة لو فعل ما وكل فيه على ما أمر وقد بطل أمره فلزوم أجره المثل أيضا غير ظاهر. نعم لو كان مثل ذلك الفعل يحتاج إلى الأجرة - ويكون جاهلا بالفساد حكم بصحة أصل ما فعله وبطلان الجعل فقط كما في المضاربة إن سلم أو النكاح على ما نقل الاجماع على أن العقد صحيح، وإنما الفاسد هو المسمى - يصح ما ذكر. ولأنه قد لا يكون العقد المشروط مشتملا على جعل فلا تحصل الفائدة في الحكم بالبطلان، بل لا معنى له، ولأنه إذا حكم بفساد الوكالة حيث كان عدم التعليق شرطا لصحتها، فمعه يبطل، لعدم تحقق الشرط فكيف يصح التصرف

(١) لم نعثر في التذكرة ما نسبه الشارح قدس سره إليه من فائدة القول بفساد عقد الوكالة فراجع وتتبع ج ٢ ص ١١٤.

ويستحق الأجرة وتظهر الفائدة فيما ذكره، فإنه يرجع إلى القول بعدم اشتراط التنجيز والبطلان مع التعليق فإنها تصح إذا لم يكن جعل معه أيضا وإنما يبطل الجعل كالنكاح، على أن التصرف إنما هو بالوكالة الباطلة المثمرة لبطلان الإذن ومنع التصرف مطلقا وجعلها كعدمها، إذ الفرض عدم غيرها كما دل عليه عبارة الموكل صريحا وفهم الرضا منه ضمنا مع عدم الرجوع.

والذي يمكن أن يقال: إن الفرض أن الإذن بتصرفه بعد حصول الشرط معلوم، والمراد ببطلان الوكالة بطلان العقد الموجود المعلق على ذلك الشرط، ولا شك أنه توكيل وإذن خاص وقد يكون هذا العقد مشتملا على أمور غير مجرد الإذن في التصرف، مثل كونه شرطا في عقد لازم وجعل، وكونه منذورا بإيجاب وقبول صحيح صريح أو جعل لهما جعلًا أو فعلا توكيلا صحيحا بإيجاب وقبول صحيح صريح وغير ذلك مما لا يحصى من القيود المختصة فيبطل حينئذ ذلك ولا يترتب عليه جميع الأثر المطلوب منه.

وإن ذلك غير مستلزم لبطلان الإذن المفهوم ضمنا والغير المقصود بالذات الذي حكم بطلانه بأن يسلم فيبقى بعض الأثر ويبطل الباقي. أو يقال: لا يكون ذلك صحيحا لما مر ويكفي ذلك للحكم بالبطلان ولا يحتاج إلى بطلان جميع الأثر كما مضى (١) في المضاربة، وكذا في الإجارة (الإجارات خ) الفاسدة لأنه فهم من ذلك العقد وما علم إلا بطلان العقد بمعنى عدم ترتب جميع آثاره لا جميع ما فهم.

بل قد يقال: ذلك وكالة أيضا لأنه قد عرفت أن الوكالة تكفي فيها ما يدل على الإذن في الجملة، وأنه مثل الأمر والإذن بأكل الطعام ومعلوم عدم ضرر

(١) يعني في مثال المضاربة بقوله قده: ومثل ما بطل القراض الخ.

التعليق وعدم الاحتياج إلى عقد بإيجاب وقبول، بل المدار على العلم برضا الموكل وإن لم يوكل صريحا، بل ولا ضمنا على ما عرفت. على أنه لا دليل على البطلان مع التعليق سوى ما نقل من الاجماع في التذكرة، وقد فهم من اختياره صحة هذا الضمني، عدم الاجماع إلا في الصريح، فبقي غيره على مقتضى الأصل والأدلة، من الصحة. وبالجملة أن الفرض فهم الإذن في التصرف مع الدليل على جواز التصرف معه عقلا ونقلا مع عدم دليل على عدمه فجاز التصرف ولا ينافيه بطلان العقد.

والحاصل إن كانت الوكالة المعلقة مشتملة على أمر زائد سوى الإذن فعدم لزوم بطلان مطلق الإذن من بطلانها - على ما تقدم - غير بعيد وأما إذا لم يشتمل ففيه تأمل.

ولا يمكن توجيه اختيار جواز التصرف إلا بالقول بعدم اشتراط التنجيز في مطلق التوكيل، إذ لا دليل إلا الاجماع، ولا إجماع على ما فهم من اختيار التذكرة جواز التصرف وبقاء الإذن،

أو (١) بالفرق بين الضمني والصريح أو جعل الإذن أعم من التوكيل كما مر في العبد، فإنه قد يكون مأذونا لا وكيلا، فتأمل. ثم إن علم الوكيل بالفساد مع عدم ظهور ما يدل على ثبوت الأجرة له بهذا التصرف يكون متبرعا لا أجرة له ولا مسمى، وإن كان المسمى مذكورا في العقد، للأصل وعدم الموجب وبطلان القياس لو ثبت في مثله. وإن لم يعلم به وتصرف على الوجه الذي يجوز وظهر من الموكل ما يدل على

(١) عطف على قوله قده: بالقول بعدم الخ.

"المطلب الثاني في الأحكام"
الوكالة جائزة من الطرفين.

كان التشبيه (النسبة خ ل) (١) توهم ذلك بل ذكرنا، من أن العقد هنا يبطل، ولكن يفهم الإذن، وهو غير الإذن الذي كان العقد مقتضيا له وصريحا فيه ولهذا عبر عنه في التذكرة وغيرها بالضمي، بخلاف صورة النكاح. وأنت بعد ما تأملت ما ذكرناه، تجده جيدا بالنسبة في الجملة إن شاء الله، وعدم وضوح ما حققه المحقق الثاني في شرح القواعد (٢) والشهيد الثاني (٣) في شرح الشرايع فتأمل وأنصف.

قوله: "المطلب الثاني في الأحكام الخ"
الظاهر أنه لا خلاف في أن عقد الوكالة في أصله جائزة من الطرفين، وقد تجب بأن يشترط في عقد لازم، وهو ظاهر، وقد تقدم، فيجوز لكل واحد منهما العزل والفسخ.

وكأنه لا خلاف في جواز فسخ الوكيل نفسه بحضور الموكل وغيبته، بإذنه وعدمه، ووجهه ظاهر، وكأنه مجمع عليه.

وكذا الموكل في الجملة بأن يعزله ويفسخ العقد بحضور الوكيل.

وكذا ينعزل لو أخبره به بعد العزل وقبله ولو باخبار ثقة لا بصبي وفاسق وإن تعدد والظاهر أن الفسخ والعزل مع اخبار العدل أيضا لا يكون فيه خلاف على ما يظهر.

- (١) يعني تشبيه المقام بمسألة المهر في النكاح والحصة في القراض والأجرة في الإجارة.
(٢) راجع شرح القواعد ج ١ ص ٤٨٤ أوائل كتاب الوكالة في شرح قول المصنف: فإذا فسد العقد الخ.
(٣) راجع المسالك ج ٢ كتاب الوكالة عند شرح قول المصنف: ومن شرطها أن تقع منجزة الخ.

وأما إذا عزله ولم يعلمه حتى فعل ما هو وكييل فيه، فهل ينعزل بمجرد
ويبطل ما فعله بعده إلا أنه ما علم البطلان إلا بعد الاعلام، وما فعل الوكيل
حراما، ولا خلاف الشرع، كما أن فعل ذلك بعد موته مع عدم علمه بذلك، وكذا
بعد خروجه عن التصرف مثل الجنون والاعماء والحجر بفلس وسفه وكأنه لا خلاف
عندهم في ذلك في الموت والجنون والاعماء والحجر ونحوه وهو مذهب البعض مثل
المصنف في القواعد.

أم لا، بل لا بد من اشهاد العدلين على ذلك، على تقدير تعذر الاعلام وإلا
الاعلام، وذلك مذهب الشيخ في بعض كتبه وجماعة مثل ابن إدريس وغيره من المتقدمين،
أم ذلك أيضا لا يكفي، بل لا بد من الاعلام ولو باخبار الثقة فيبطل حينئذ
وإلا فيصح جميع ما فعل إلى وقت العلم، وهو مذهب الشيخ وجماعة من المتأخرين،
مثل المصنف في المتن وظاهر التذكرة.

دليل الأول (١)، الأصل، وإن الظاهر أنه لا شك في اشتراط رضا الموكل في
صحة فعل الوكيل، ويؤيده أن التجارة لا بد أن تكون عن تراض من الطرفين، وكذا
النكاح والطلاق لا يصح بدون إذنه ورضاه وقصده، ولا خلاف فيه، وهو معلوم
بالعقل والنقل، ومعلوم عدم بقاء الرضا بعد الفسخ والعزل، وثبوت عصمة النكاح
حتى يعلم المزيل.

ولزوم الحرج والضيق، فإنه قد يحصل له المصلحة في العزل ولا يمكنه
الاعلام ولا الاشهاد فيتضرر، ولأنه يلزم قلب الجائز لازما، وللرواية التي أشار إليها
الشيخ في النهاية على ما في المختلف (٢).

(١) وهو الانعزال بمجرد العزل بطلان ما فعله.

(٢) لم نعثر في المختلف على هذه النسبة نعم نقله في المختلف عن الخلاف حيث قال: وقال الشيخ في
الخلاف: إذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة في غيبته من الوكيل، لأصحابنا فيه روايتان (إحديهما) أنه ينعزل في
الحال وإن لم يعلم الوكيل وكل يصرف يتصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا وهو قول الشافعي الخ فالأولى
تبديل (النهاية) ب (الخلاف).

ودليل الثالث (١) الحرج، فإنه قد يفعل أمورا كثيرة ثم يعلم، فيشكل
تحصيل من عامل معه ذلك ورد الحقوق إلى أهله.
وهو معارض بمثله كما أشرنا إليه، ومنقوض بالموت ونحوه كما أشرنا إليه.
ويمكن دفعه أيضا بأنه إن تمكن من تحصيل المالك صالح وإلا فيأخذه
قصاصا وعوضا، وبأنه علم الرضا بالتعويض فتأمل.
وأیضا (٢)، العقل يحكم بأن غير العالم غير مكلف، فالوكيل الجاهل بعزله
غير مكلف بعد فعل ما وكل فيه، فلا يكون معزولا، بل معذورا.
وهو (٣) أيضا منقوض بما مر، وإن الجاهل لا يعذر إلا نادرا عندهم، والعلم
الذي هو شرط التكليف هو القدرة على الفهم عندهم كما بين في موضعه.
على أنه لا يقال: إنه معاقب ومكلف بعد فعل ما وكل فيه، بل معنى بطلانه
عدم ترتب الأثر المطلوب على فعله في نفس الأمر وظهور ذلك بعد العلم بالعزل،
ولا فساد فيه بوجه.

وعمدة أدلته، الروايات، عن أهل البيت عليهم السلام.
(منها) رواية هشام بن سالم - في التهذيب والفقیه - عن أبي عبد الله عليه
السلام عن رجل وكل آخر على وكالة في امضاء أمر من الأمور، وأشهد له بذلك
شاهدين، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلانا عن

(١) وهو عدم كفاية الاشهاد ولابدية الاعلام وأما بيان دليل الثاني فيأتي بقوله قده وأما دليل الثاني
فكأنه الجمع الخ.

(٢) دليل ثان للقول الثالث فلا تغفل.

(٣) هذا جواب أيضا من الشارح قده كما أن قوله قده قبيل هذا جواب للدليل الأول.

الوكالة. فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل إن يعزل (العزل يب) عن الوكالة، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي، قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر ماض على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو مشافهة بالعزل عن الوكالة (١).
قال في المختلف: هذا أصح ما بلغنا في هذا الباب.
ويفهم من التذكرة أنه رواه الشيخ في الصحيح (٢).
وقال في شرح القواعد: إنها صحيحة وكذا في شرح الشرايع.
ورواية جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: من وكل رجلاً على أمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها (٣).
وقال في التذكرة: في طريقها عمرو بن شمر وهو ضعيف (٤)، وأشار في المختلف وشرح القواعد أيضاً وغيره أيضاً إلى ضعفها.

- (١) الوسائل باب ٢ حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦ وحيث إن الشارح قدس سره نقله من التهذيب والوسائل من الفقيه فلا يقدر مخالفته قده مع ما في الوسائل فراجع التهذيب باب الوكالات حديث ٢ ج ٢ ص ٦٦ الطبع القديم.
(٢) حيث قال: وفي الصحيح عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام الخ.
(٣) الوسائل باب ١ حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٥.
(٤) فإن سندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن خالد الطيالسي، عن عمرو بن شمر، عن جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب.

ورواية علا (علي خ) بن سيابة صريحة في ذلك - وهي طويلة (١) مشتملة على قضاء أمير المؤمنين والصادق عليهم السلام - بالزوجية مع اشهادها الشاهدين على أخيها الوكيل قبل ايقاع النكاح إلا أنهما ما شهدا على حضور الوكيل واعلامه به. قال أمير المؤمنين للشهود: كيف تشهدون؟ قالوا: نشهد أنها قالت اشهدوا أنني قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا وأني مالكة لأمري من قبل أن يزوجني فلانا، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا " قال: أرى الوكالة ثابتة، والنكاح واقع أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها برك الله لك فيها فقالت: يا أمير المؤمنين: أحلف أنني لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح، قال:

(١) الأولى نقل صدرها أيضا مع طولها نقلها من التهذيب، عن العلا بن سيابة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلا بأن يزوجها من رجل فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجها بذلك ثم إنها أنكرت ذلك عن الوكيل وزعمت أنها عزلته عن الوكالة فأقامت منه شاهدين أنها عزلته قال: فما يقول من قبلكم في ذلك؟ قلت: يقولون،: ينظر في ذلك، فإن عزلته قبل أن يزوج فالوكالة باطلة والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ما تزوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكالة إذا (إن خ) لم يتعد شيئا مما أمرته به واشترطت عليه في الوكالة: قال فقال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولا يعلمه العزل؟ فقلت: نعم يزعمون أنها لو وكلت رجلا وأشهدت في الملاء وقالت في الملاء: اشهدوا أنني قد عزلته بطلت وكالته وإن لم يعلم العزل

وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه فقال سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده أن النكاح أجرى وأجرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد أن عليا عليه السلام أتته امرأة مستعدية على أخيها فقالت: يا أمير المؤمنين وكلت أخي هذا بأن يزوجني رجلا فأشهدت له ثم عزلته من ساعته ذلك فذهب وزوجني ولي بينة أنني قد عزلته قبل أن يزوجني فأقامت البينة، وقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنها وكلتني ولم تعلمني بأنها قد عزلتني عن الوكالة حتى زوجها كما أمرتني به فقال لها: فما تقولين؟ فقالت قد: أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لها:

لك بينة بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون أنني قد عزلته فقال أمير المؤمنين عليه السلام كيف تشهدون الخ.

وتحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين فحلف فأثبت وكالته وأجاز النكاح (١).
وفي رواية أخرى، عن أبي هلال الرازي قال: قلت لأبي عبد الله عليه
السلام: رجل وكل رجلا بطلاق امرأته إذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له،
فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به، وأنه قد بدا له في ذلك، قال: فليعلم أهله وليعلم
الوكيل (٢).

أقول: الروايات كلها في باب وكالة التهذيب، عن محمد بن علي بن
محبوب وما ثبت صحة طريقه إليه (٣) وإن قال ذلك في الخلاصة (٤) ورجال ابن
داود.

لوجود (٥) حسين بن عبيد الله وأحمد بن محمد بن يحيى العطار، وهما غير
موثقين، بل غير مذكورين في الخلاصة (٦) وقال ابن داود (أحمد المذكور مهملة).
على أن في طريق الأولى (٧) محمد بن عيسى بن عبيد، وقد ضعفوه وكثيرا
ما يردون الخبر لوجوده فيه خصوصا في شرح الشرايع، وكأنه لذلك ما صرح بالصحة

(١) الوسائل باب ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٨.

(٣) طريقه إليه في مشيخة التهذيب والاستبصار هكذا: وما ذكرته في هذا الكتاب، عن محمد بن
علي بن محبوب فقد رويته، عن الحسين بن عبيد الله، عن أحمد بن يحيى العطار عن أبيه محمد بن
يحيى، عن محمد بن علي بن محبوب (انتهى).

(٤) قال في الخلاصة في الفائدة الثامنة من الخاتمة عند ذكر طرق الشيخ: وإلى الحسين بن سعيد
صحيح وكذا عن محمد بن أحمد يحيى الأشعري، وكذا عن محمد بن علي بن محبوب الخ ص ١٣٦ طبع
طهران.

(٥) تعليل لقوله قده: وما ثبت صحة طريقة إليه.

(٦) يعني لا في القسم الأول المعد لنقل ما اعتمد عليه العلامة ولا في القسم الثاني المعد لنقل الضعفاء
ومن رد قوله أو توقف فيه.

(٧) فإن طريق الشيخ في خبر هشام كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن
عيسى بن عبيد، عن محمد بن أبي عمير، عن هشام بن سالم.

في المختلف والايضاح، بل قال (١): رواية هشام آه، وقوله (٢): أصح ما بلغناه كأنه أراد بالنسبة، فتأمل.
ولكن ظني أن محمد بن عيسى لا بأس به، ويمكن تصحيح طريقه إلى محمد بن علي بن محبوب من الفهرست (٣).
وأيضاً هذه الرواية موجودة في الفقيه، عن محمد بن أبي عمير، عن هشام بن سالم آه والطريق فيه إليه صحيح (٤).
ويمكن تصحيح طريقه من الفهرست، وما صححه في الخلاصة (٥) ورجال ابن داود وإن قال في رجال ابن داود إن طريقه إلى محمد بن أبي عمير، ومحمد بن علي بن محبوب، وأحمد بن عيسى واحد، والطريق (٦) إلى أحمد صحيح فيكون إليهما

- (١) يعني فخر المحققين صاحب الايضاح حيث قال: واحتج ابن الجنيد برواية هشام بن سالم الخ.
(٢) يعني العلامة في المختلف كما تقدم.
(٣) ذكر المحقق المتتبع الحاج ميرزا محمد الأردبيلي في الفائدة السابعة من فوائد خاتمة رجاله ج - ٢ عند ذكر طرق الشيخ أبي جعفر طوسي ره - (إلى أن قال): وإلى أحمد بن محمد بن عيسى صحيح في المشيخة والفهرست (انتهى) وطريقه إلى محمد بن علي بن محبوب كما في مشيخة التهذيب: وما ذكرته في هذا الكتاب عن محمد بن علي بن محبوب فقد أخبرني به الحسين بن عبيد الله عن أحمد بن محمد يحيى العطار، عن أبيه محمد يحيى عن محمد بن علي بن محبوب.
(٤) طريق الصدوق إلى محمد بن أبي عمير، كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه، عن محمد بن أبي عمير فقد رويته، عن أبي ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن سعد بن عبد الله والحميري جميعاً، عن أيوب بن نوح، وإبراهيم بن هاشم، ويعقوب بن يزيد، ومحمد بن عبد الجبار جميعاً، عن محمد بن أبي عمير.
(٥) في الخلاصة في الفائدة الثامنة عند ذكر طرق أبي جعفر بن بابويه في الفقيه هكذا: وعن محمد بن حكيم صحيح وكذا عن علي بن الحكم (إلى أن قال): عن سعيد النقاش ضعيف (إلى أن قال): وكذا عن محمد بن عيسى (الخلاصة ص ١٣٩).
(٦) طريق الصدوق إلى أحمد بن محمد بن عيسى كما في المشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه، عن أحمد بن محمد بن عيسى الأشعري رضي الله عنه فقد رويته عن أبي، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن سعد بن عبد الله وعبد الله بن جعفر الحميري جميعاً، عن أحمد بن محمد بن عيسى الأشعري.

أيضا صحيحا.

لكن فيه تأمل لعدم اتحاد الطريق (١) كما يفهم من كتابي الشيخ. وفي متنها أيضا بعض الشيء.

وأما رواية جابر وإن كانت ضعيفة من طريقه (٢) إلا أنها صحيحة من طريق معاوية بن وهب فإنها منقولة في الفقيه عنهما وقيل (قبل خ) في الخلاصة وابن داود: وإن طريقه إلى معاوية (٣) صحيح.

ولكن فيه أيضا تأمل، لأن صحة طريقه إليه موقوفة على توثيق محمد بن علي ماجيلويه وهو غير واضح.

وأما رواية علا بن سيابة، ففيها إن علا غير معلوم، مع أن فيه، الحسن بن موسى الخشاب وعلي بن حسان، (٤) وهما غير مصرح بتوثيقهما وإن كانا ممدوحين وفي الفقيه علي بن سيابة، وهو أيضا مجهول، كأنه غلط وهو علا بن سيابة كما في التهذيب وطريق الفقيه إليه (٥) صحيح.

(١) يعني إن الطريق إلى محمد بن أبي عمير ومحمد بن علي بن محبوب مع الطريق إلى محمد بن أحمد بن محمد بن

عيسى ليس متحدا كي يلزم من صحة الطريق إلى أحمد صحة الطريق إليهما.

(٢) يعني من طريق جابر، فإن طريق الصدوق - كما في مشيخة الفقيه - هكذا: وما كان فيه عن جابر بن عبد الله الأنصاري فقد رويته، عن علي بن أحمد بن موسى رضي الله عنه، عن محمد بن أبي عبد الله الكوفي، عن محمد

بن إسماعيل البرمكي، عن جعفر بن أحمد، عن عبد الله بن الفضل، عن المفضل بن عمر، عن جابر بن يزيد الجعفي، عن جابر بن عبد الله الأنصاري.

(٣) طريق الصدوق إلى معاوية - كما في مشيخة الفقيه - هكذا: وما كان فيه عن معاوية بن وهب، فقد رويته، عن محمد بن علي ماجيلويه رضي الله عنه، عن محمد بن يحيى العطار، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن

الحسن بن محبوب، عن أبي القاسم معاوية بن وهب البجلي الكوفي.

(٤) سند الشيخ إلى علا بن سيابة كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب عن الحسن بن موسى الخشاب، عن علي بن حسان، عن علي بن عقبة، عن موسى بن أكيل النميري عن العلا بن سيابة.

(٥) طريق الصدوق إلى علا بن سيابة - كما في مشيخة الفقيه - هكذا وما كان فيه عن العلا بن سيابة فقد رويته، عن أبي رضي الله عنه، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، عن أبان بن عثمان عن العلا بن سيابة.

ورواية أبي هلال غير صحيحة، لأن أبا هلال مجهول، وإن كان إليه في الفقيه في هذه الرواية صحيحا، لنقله عن عبد الله بن مسكان، وإليه صحيح (١) وموثقة وفي طريق التهذيب والاستبصار، الحسن بن علي بن فضال (٢). ولا دلالة فيها، وهو ظاهر.

وأما دليل الثاني (٣)، فكأنه الجمع بين الأدلة والأقوال في الجملة، والاعتبار بالشاهدين في نظر الشرع ورفع الحرج في الجملة. ولكن ظاهر رواية هشام عدم الاعتبار بهما، وكذا رواية علا بن سيابة. وبالجملة المسألة من المشكلات، لما علمت مما تقدم، ولهذا أفتى العلامة في القواعد بالعزل مطلقا إذا عزله، بل إذا فعل فعلا يشعر بالرغبة، مثل الوطء وغيره مما لا يجوز لغير الزوج مثل النظر واللمس وغيرهما أيضا، ونفى البأس - عن عدم الاعتبار بالشاهدين وعدم العزل إلا مع العلم - في التذكرة واحتمل العزل في الوطء بعد التوكيل وقواه حيث ذكر أدلته وما ردها واستشكل في غيره من المحرمات على غير الزوج.

وتوقف المحقق الثاني في شرح القواعد في الوطء وسائر المحرمات، وأفتى بالمذهب الثالث.

- (١) طريقه إلى عبد الله بن مسكان - كما في مشيخة الفقيه - هكذا: وما كان فيه عن عبد الله بن مسكان فقد رواه عن أبي، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما، عن محمد بن يحيى العطار، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن صفوان بن يحيى، عن عبد الله بن مسكان:
- (٢) سند خبر أبي هلال - كما في التهذيب - هكذا: محمد بن علي بن علي بن محبوب، عن يعقوب بن يزيد، عن ابن فضال، عن عبد الله بن مسكان، عن أبي هلال الرازي.
- (٣) وهو لابتدئة اشهاد العدلين على تقدير تعذر الاعلام.

وقال في المختلف: فالظاهر عدم عزل الوكيل إلا أن يعلمه (يعلم خ) العزل لهذه الرواية (أي رواية هشام بن سالم) ثم قال: والقول الآخر ليس بردي لأن الوكالة من العقود الجائزة، فللموكل، الفسخ وإن لم يعلم الوكيل، ثم قال: وقول الشيخ في النهاية لا بأس به، لأنه توسط بين الأقوال (١) إشارة إلى القول الثاني (٢). ويمكن إن قال: إن عقد النكاح عصمة ثابتة وفعل الوكيل مشروط برضا الموكل به، فحلّه ودفعه يحتاج إلى دليل قوي، والعمل بأمثال هذه الروايات في مثل هذا، فيه ما فيه.

ويؤيده أنه يجوز للموكل ابطال ما وكل فيه بأن يفعله بنفسه أو يخرجّه عن الصلاحية مثل أن يعتق العبد الموكل في بيعه، وأنه لو رضي بفعل ما يوكل فيه، ثم بدا له لم يلزمه الفعل إلا مع رضاه ثانياً به، وكذا وكيله. وتركها (٣) أيضاً بالكلية لا يخلو عن اشكال - مع صحة البعض - للموكل كما ظهر، وبعد التأويل.

على أنه قد يقال: يدل "أوفوا بالعقود" بإيجاب (٤) الوفاء بكل عقد، خرج منه الوكالة في غير صورة النزاع وبقي النزاع تحته، فتأمل. والشهرة أيضاً تؤيده، إذ الأكثر على (إلى خ) عدم العزل إلا بالاعلام كما هو مضمون الروايات ولم يعلم قول بالعزل مطلقاً إلا قول القواعد مع فتواه في غيره بالأول.

والاشهاد لا دليل له ظاهراً، مع أنه أيضاً ينفي بظاهر الرواية، وما تقدم في بعض الأدلة لهما يندفع بالنص عن أهل البيت عليهم السلام فيترك غيره فوجد

(١) إلى هنا عبارة المختلف.

(٢) وهو لابتداء الاشهاد على تقدير تعذر الاعلام.

(٣) يعني ترك الروايات مع صحة بعضها.

(٤) كذا في النسخ كلها والأولى على ايجاب.

دليل قوي لحل العصمة وعدم اعتبار الرضا حين الفعل فيخرج عن القاعدة به، وكذا غيره مما تقدم الإشارة إليه فتأمل.

وأما الوطاء (١) والفعل المحرم الدال على الرغبة، فإن كان مقرونا بالندامة عن الطلاق والتوكيل فهو مثل العزل، وإن كان مقرونا بعدمها، فيمكن أن لا يعزل، وإن كان مشتبهاً يستفصل ويقبل قوله في ذلك على الظاهر، ومع عدم الامكان (٢) فلا يبعد بقاء الوكالة، إذ هذا الفعل أعم من الرغبة في النكاح والعزل والامسك وعدمها، إذ يجوز أن يتخيل أنه وإن طلقها ولكن اعمل الآن ما أريد من الحظ واللذة

ولأن الرواية المتقدمة (٣) دلت على بقائها حتى يعلم العزل والظاهر عدم العلم وإن حصل الظن القوي من اقتضاء العرف بذلك فلا يبعد العزل، فتأمل.

ثم إن الظاهر أن فعل الموكل ذلك قصدا للعزل، فيكون ذلك عزلا، ويدل على ذلك كلام شارح القواعد وشارح الشرايع أيضا حيث اعترضوا على دليل القواعد (٤): (لأن الوطاء (٥) يدل عرفا على الرغبة واختيار امساکها، ولأنه لو وطأها بعد الطلاق الرجعي لكان رجعة ومبطلا لمقتضي الطلاق فلأن يرفع مقتضي وكالة الطلاق أولى، لأنها أضعف):

- (١) يعني أن الموكل بعد أن وكله في الطلاق وطأ زوجته أو قبلها أو لامسها ونحوها مما يحرم على غير الزوج.
- (٢) يعني مع عدم الاستفصال.
- (٣) هي ذيل رواية هشام بن سالم، من قوله عليه السلام، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل الخ.
- (٤) في القواعد: وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها، فإنه يدل عرفا على الرغبة واختيار الامسك وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج (انتهى) إيضاح الفوائد ج ٢ ص ٣٥٤ طبع قم.
- (٥) قوله قد: (لأن الوطاء (إلى قوله) أضعف من كلام شارح القواعد صاحب جامع المقاصد ره.

بأن (١) الوكالة قد ثبتت، ومنافاتها الوطاء غير معلومة، ودعوى الأولوية ممنوعة والفرق قائم، فإن الطلاق سبب قطع علاقة النكاح، فينافيه الوطاء الذي هو من توابعه بخلاف الوكالة، وأبعد منه فعل المحرم على غير الزوج (٢).
فإن هذا الاعتراض صريح في أنه لو كان منافيا لكان عزلا، فإذا كان مقرونا بالمنافي - وهو قصد الامساك - فلا شك في كونه عزلا عندهما أيضا، وهو ظاهر.

ولكن فيه تأمل، إذ منعا من العزل، إذا صرح بالعزل، فكيف يقولان هنا بذلك إلا أن يكون مرادهما أنه يثبت بذلك حينئذ أنه عزله وقد مر حكم العزل أو يكون عزلا مع علمه أو (إذخ) يكون العزل المفهوم من الوطاء المقارن لمزيل الوكالة صريحا أولى فينعزل به من دون الاعلام دون القول.
ويؤيده أن الوطاء يصير المحل غير قابل لطلاقه، كطلاقه وعتقه وبيعه فتأمل فهو غير بعيد ويكون قولهما موافقا للقواعد في ذلك بل لا يظهر فيه خلاف وإنما يكون النزاع في المطلق أو مقرونا بقصد عدم الامساك فتأمل.
واعلم أيضا أنه لا شك في أنه لو وقع الطلاق في الطهر الذي أوقع الوطاء فيه لم يصح الطلاق مطلقا، لما ثبت من إجماع المسلمين، على أن الطلاق لا يصح في طهر المواقعة ولا في الحيض عند الأكثر إلا ما استثني فكان المقصود والبحث مع عدم وقوع الطلاق فيهما وترك للظهور فتأمل.
وأنه (٣) قال في شرح القواعد: إن العلامة احتمال البطلان في الوطاء واستشكل في المحرمات في التذكرة ولم يفت بشيء، وللتوقف مجال.

(١) بيان للاعتراض الذي نقله الشارح قده بقوله: حيث اعتراض الخ عن المحقق الثاني.
(٢) إلى هنا عبارة شرح القواعد.
(٣) عطف على قوله قده: إنه لا شك.

وقال في شرح الشرايع: وتوقف في التذكرة في حكم الوطء والمقدمات
معا.

والذي يفهم من التذكرة هو الفتوى في الأول وإن قال بلفظ (احتمل)
والاستشكال في الثاني. قال في التذكرة (في عد (١) عبارات العزل والفسخ ويوجد من
أحدهما ما يقتضي فسخ الوكالة): فإذا وكله في طلاق زوجته ثم وطأها احتمل بطلان
الوكالة لدلالة وطئه لها على رغبة فيها واختياره وامساکها، وكذلك لو وطأها بعد
طلاقها رجعيًا كان ذلك ارتجاعا لها، فإذا اقتضي الوطء ارتجاعها (رجعتها خ) بعد
طلاقها فالأن يقتضي استبقائها على زوجيتها ومنع طلاقها أولى، وإن باشرها دون
الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟
اشكال ينشأ من حصول الرجعة به وعدمه (٢).

لأنه (٣) عده من عبارات العزل، ولأنه نقل الدليل وما رده، وما نقل - على
العدم - وجهها حتى يحصل التردد والوقف، وأيضا فرق بين الوطء وغير فلا يكون
متوقفا فيهما معا - ولأنه جعله أولى من الرجعة فكيف يتوقف مع عدم التردد في
الرجعة، وجعل وجه الاشكال في غير الوطء، الاشكال في الرجعة ويؤيده فتواه في
القواعد.

وهذه العبارة أيضا تدل على عدم النزاع في كونه عزلا وعدم الشبهة فيه مع
فرض كون الوطء منافيا، ولا شك في ذلك مع مقارنة قصد الامساک والزوجية.
ولكن يحتمل أن يكون مبنيًا على حصول العزل بمجرد العزل كما هو سوق

(١) يعني في مقام تعداد الألفاظ الدالة على العزل والفسخ وفي مقام يوجد من الموكل أو الوكيل قول أو
عمل يقتضي الفسخ قال: فإذا وكله الخ.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٣) تعليل لقوله قده: والذي يفهم الخ.

فلو عزله انعزل إن علم بالعزل وإلا فلا.

القواعد (١) فإنه ذكره بعد الفتوى بأنه ينعزل بالعزل، وإن كان ذكره مع ذكر تلف ما وكل فيه مثل عتق العبد وموته، يدل على عدمه. فالظاهر من القواعد وغيره أن مراده حصول العزل بالوطء ونحوه مثل حصول بطلاقه بنفسه وفعل مناف آخر، مثل بيع العبد الموكل في بيعه، وعتقه، ولا شك أنه مراد المصنف، فالظاهر منها (منهما خ) ذلك. ويؤيد العزل بمجرد الوطء مطلقا صحة عتق الأب وتزويجه، وكذا الأمة وبيع الموكل بنفسه ذلك قبل فعل الوكيل وسائر ما ينافيه فلا يؤثر فعل الوكيل بعده. بل هذا مؤيد لجواز عزله أيضا من غير اعلامه فإنه يدل على بقاء اختياره، فإنه لو كان لازما عليه فما كان ينبغي صحة تلك العقود بالكلية فوطؤه بمنزلة عتق الأمة وسلب صلاحية تطليقها الآن، ومقتضى لو كالة كان ذلك. وكأنه كانت الوكالة، بأن يطلقها قبل المواقعة فتأمل وبين بفعله عدم بقائها بعدها حيث أوجد المانع من الصحة باختياره، وهذا هو الفرق بين الوطء وغيره، فتأمل.

ثم إن الظاهر من التفريع (٢) في الكتاب، العزل مطلقا علم أم لم يعلم فالتقييد بقوله: (إن علم بالعزل) غير جيد، فالعبارة لا تخلو عن شيء وهو ظاهر. والعجب أنهما (٣) ما توجهها إلى ما ذكرناه من عدم صحة طلاق الوكيل لو

(١) قال في البحث الخامس: الوكالة عقد جائز من الطرفين (إلى أن قال): وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته، وبعزل الموكل له سواء أعلمه العزل أو لا على رأي وتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه (إلى أن قال): ويبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها مثل أن يوكله في طلاق زوجته
ثم يطأها الخ (إيضاح القواعد ج ٢ ص ٣٥٣ - ٣٥٤ طبع قم).
(٢) يعني تفريع المصنف انعزال الوكيل بالعزل، على كون الوكالة عقدا جائزا يدل على عدم دخالة علم المعزول في انعزاله فالتقييد حينئذ غير جيد.
(٣) يعني شارح القواعد وشارح الشرايع.

أوقع في ذلك الطهر، ولا إلى أنه لو علم المنافاة وثبت ذلك هل ينعزل أم لا، بل ظاهر كلامهما وكلام التذكرة عدم النزاع حينئذ كما في صورة العتق والموت والبيع والرجعة، فكأنهم تركوا للظهور عندهم وإن لم يكن ظاهرا عندنا. وبالجملة، الظاهر أن الوطاء المذكور، مثل البيع والعتق كما هو فتوى القواعد والتذكرة وظاهر كلامهما رحمهما الله على تقدير كونه دالا على الرغبة والامسك، فلا يؤثر فعل الوكيل بعده وإن لم يكن بلغ إليه ذلك كما في العتق والبيع.

وما تقدم دليلا على العزل، دليل عليه مع ظهور الشهرة، بل عدم (١) الصريح القائل بعدمه وعدم نصوصية شمول الرواية لعدم عزله بالوطء كما في العزل والشهود، فإنها وردت في عدم العزل بعزله والوكيل بمجرد القول والشهود، لا الفعل المنافي ولهذا لا يشمل البيع والعتق وفعل الموكل بنفسه ذلك، ولا خلاف ولا نزاع في أن ذلك عزل للوكيل وابطال لأثر فعله وهو ظاهر. فالحصر المستفاد من الرواية بقوله عليه السلام: (الوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه (يبيلغه خ) العزل) أو (حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها) (٢) إضافي بالنسبة إلى عزله لا مطلقا وإن كان مع الاشهاد أو مقيد ببقاء ما وكل به على أي حالة كانت الوكالة فيها ممضاة فتأمل. وأما غير الوطاء، فإن علم الرغبة والامسك يكون مثل العزل بالقول وإلا فلا يكون عزلا ويحتمل مطلقا فتأمل. ومما يؤيد ذلك أنه ينبغي أن يكون للموكل طريق إلى العزل كالوكيل،

(١) يحتمل أن يكون المراد عدم وجود القائل الصريح ويحتمل إرادة عدم تصريح القائل بعدمه.
(٢) الوسائل ذيل حديث ١ من باب ١ من كتاب الوكالة نقلا بالمعني ج ١٣ ص ٢٨٦.

ولو عزل نفسه بطلت.
وتبطل بموت أحدهما.
وخروجه عن التكليف ولو بالاغماء.

لأنه عقد جائز، ولا الشارع رغبه وخص على بقاء النكاح وكرهية الطلاق (وكره للطلاق خ)، ولهذا جوز الرجوع، وقال: لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا (١) وقد يتعذر الاعلام والرجعة فتأمل.

قوله: " ولو عزل نفسه بطلت " قد مر أن عقد الوكالة جائز من الطرفين بالاجماع فيجوز للوكيل عزل نفسه، سواء علم الموكل أم لا. وشرط بعض العامة حضور الموكل وهو منفي بالأصل وقد مر أيضا أن له فعل ذلك بعد عزل نفسه ما لم يعلم بعزل الموكل إياه كما هو مقتضى الروايات المتقدمة، مثل ما في صحيحة هشام: (الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل آه (٢))، والأدلة فتذكر وتأمل.

وضمير (عزل) راجع إلى الوكيل، وكذا (نفسه) وهو مذكور معنى كالوكيل والموكل لضميري (عزله) (٣) أي الموكل الوكيل وضمير (إن علم) أي الوكيل وهو ظاهر.

قوله: " وتبطل بموت أحدهما " بطلان الوكالة بموت الوكيل، ظاهر فلا ينتقل إلى الورثة (ورثته خ)، إذ الإذن غير ظاهر كغيره، وكذا بموت الموكل، فإن العقد كان جائزا منوطا برضاه ولا رضاه بعده، ولأنه لم يقدر على شيء فوكيله الذي فرعه ونائبه كذلك ولم يفعل في زمان قدرته ما يلزم معه، الوكالة (كإجارة البيت خ).

وكذا بخروج أحدهما عن التكليف أو استحقاق التصرف فيما وكل فيه

(١) الطلاق - ١.

(٢) الوسائل باب ٢ ذيل حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦.

(٣) يعني في العبارة السابقة عقيب قوله ره: الوكالة عقد ثابت الخ والمناسب ذكر هذا عقيب شرح تلك العبارة

وبفعل الموكل متعلق الوكالة وبتلفه.

وظاهر الدليل جوازه، ولهذا قيل بدخول الصيد الغائب، في ملك المحرم بعد رواه وما نحن فيه أولى.

وأيضاً الظاهر أن من وكل محلاً فصار محرماً لم يحتج إلى تجديد عقد الوكالة إذا صار محلاً فتأمل ففي إطلاق البطلان في هذه الصورة تأمل، ويحتمل تأويله بما قلناه فتأمل.

وأما بطلانها بفعل الموكل متعلق الوكالة، فظاهر، إذ لا شك في ثبوت ذلك له قبل الوكالة، ومعلوم عدم اقضاء الوكالة عدمه له، إذ لا منافاة بين التوكيل وجواز فعله لنفسه خصوصاً أن الوكالة جائزة، غاية الأمر أن يكون ذلك فسخاً وابطالاً للوكالة، ومعلوم أنه لم يبق ما وكل فيه بعد فعله إياه فلا تبقى الوكالة لعدم بقاء محلها فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه الذي أشار إليه بقوله: (بتلفه) أي تلف متعلق الوكالة مثل موت العبد أو الدابة.

أو يقال: إن عزمه على الفعل - مثل البيع والعتق فقط، أو هو مع الفعل - عزل وابطال للوكالة، والظاهر الأول (١).

ويتفرع عليه أنه لو فعل عقداً فاسداً هل تبطل الوكالة وينعزل الوكيل أولاً، فعلى الأول لا، وعلى الثاني، نعم.

ويؤيد الأول ما تقدم في الروايات أن الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل بثقة أو يشافهه (٢) فكأن المصنف يريد بفعل الموكل متعلق الوكالة الفعل الصحيح كما هو الظاهر أو أعم بقصد العزل، ويحتمل بدونه (٣) أيضاً وقد مر مثله في الوطاء وهو بعيد هنا.

(١) يعني أن الوجه في بطلانها عدم بقاء محلها لا أن عزمه على الفعل موجب لبطلانها.

(٢) لاحظ الوسائل ذيل حديث ١ من باب ٢ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٨٦.

(٣) يعني بدون قصد العزل أيضاً.

لا بالنوم المتطاوول، والتعدي.
وعتق العبد وبيعه وطلاق الزوجة.

ولا فرق في ذلك بين علم الوكيل وعدمه قبل فعله الموكل فيه، فلو باع أو أعتق الموكل قبله ثم فعل هو مع الجهل بذلك، فلا أثر له، وإنما المعتر فعل الموكل وهو ظاهر.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك، فإن الموكل ليس بأنقص من الوكيل، وقد مر أن فعله - مقدما على فعل الموكل مع العزل إذا لم يعلم - مقدم على فعله ولا تبطل بالنوم وإن كان طويلا للأصل والاستصحاب، وعدم الدليل على كون النوم مزيلا لها، وأنه لو كان كذلك لكان بقاء الوكالة مشكلا، إذ الخلو عنه متعسر، بل متعذر، فإنه ضروري.

ولا بتعدي الوكيل بأن فعل ما لا يجوز له في الموكل فيه مثل أن لبس الثوب وركب الدابة وسكن الدار وغير ذلك.

ودليله ما سبق، نعم لو كان ممن شرط عدالته في الفعل الموكل فيه، وفعل ما ينافيها سواء كان تعديا في الفعل الموكل فيه أو غيره - مثل من وكل لعدالته ووكيل الوكيل والوصي على ما قيل - لا يجوز له الفعل الموكل فيه ما دام كذلك فلو صار عدلا يمكن عود الوكالة لوجود الإذن السابق ورفع المانع مع احتمال العدم لعدم المقتضي فإن الأول قد ارتفع وعدم بقاء الاعتماد عليه فتأمل.

قوله: " وعتق العبد الخ " كأنه إشارة إلى قسم آخر من مبطلات الوكالة وفعل الموكل ما ينافيها ويبطلها، مثل أن يعتق العبد الذي وكل في بيعه وهو مثل فعله متعلق الوكالة، وكذا بيعه العبد الذي وكل في عتقه.

ويحتمل جعلها مثالا لفعله متعلق الوكالة كطلاق الزوجة التي وكل في طلاقها، فإنه مثال لذلك، ولكن العبارة غير جيدة، فإن عتق العبد وبيعه وطلاق الزوجة عطف على موت أحدهما أو على ما عطف عليه وكان الكل مندرجا في قوله:

أما لو أذن لعبده ثم باعه أو أعتقه بطل الإذن

(وبفعل الموكل) فلا يحسن العطف بعده وهذا المحذور واقع في قوله: (وطلاق الزوجة) وإن أمكن رفعه من غيره، لما تقدم من المعنى الأول. ويمكن أن يقال هنا أيضا: المراد، الزوجة التي وكل في الانفاق عليها والاسكان وغيرها من لوازم النكاح ثم طلقها قبلها، فإن ذلك مبطل للتوكيل، لكونه منافيا، مثل العتق.

والأولى أن يعطف الكل على قوله: (النوم) ليسلم من ذلك، وللقرب وعدم الفصل بالأجنبي، ولقوله: (أما الخ) ولا ينافيه البطلان بفعل ما ينافي الوكالة فإن معناه لا يبطل الوكالة إذا عتق أو باع عبده الذي وكل في أمره، وكذا إذا طلق زوجته الوكيلة، إذ لا منافاة بين هذه الأمور وبقاء الوكالة بوجه، فيحكم بحكم الاستصحاب على بقائها.

نعم إن قيل باشتراط إذن المولى في وكالة العبد مطلقا أو مع منعه من بعض منافعه وهنا كذلك، لا بد حينئذ عن (من خ) إذن المشتري، والظاهر العدم إلا أن يكون مانعا عن بعض منافعه ومضرا على المولى فلو لم يكن شئ من ذلك بوجه فلا مانع من ذلك، وهذا مختار شارح الشرايع ونقله عن التذكرة وظاهر أنه حينئذ لا يجوز مع المنع.

وعلى هذا فهو مشروط بعدم ظهور المنع والعمل بالقرائن كالاتضلال، بل مثل شرب الماء من ساقية الناس فتأمل.

بخلاف ما لو كان العبد مأذونا من حيث إنه خادم وتصرفه بالخدمة والإذن لا وكالة مستقلا، فإنه يبطل بالبيع والعتق، ويمكن مثل ذلك في الزوجة أيضا فتأمل.

والفرق بين الإذن والوكالة، إن الإذن من حيث التملك والخدمة عليه فكأنه يفعل، لأنه خادم والوكالة أمر مستقل من غير نظر إلى ذلك، بل جعل الأمر

والاطلاق يقتضي البيع بثمن المثل بنقد البلد حالا.

إليه مثل جعله إلى غيره من الأحرار وسائر الوكلاء.
وبالجملة إنما النظر إلى قصد الموكل لا لفظه.
فإن قصد معنى الوكالة التي في الأحرار فهي وكالة، وإن قصد الإذن التابع
لملكيته فهو مجرد إذن تابع لها فيؤخذ مع كل واحد أحكامها فمثله يمكن في غير العبد
مثل الزوجة فتأمل
قوله: " والاطلاق يقتضي الخ " وجه اقتضاء اطلاق الوكالة في البيع،
البيع بثمن المثل إذا لم يكن هناك باذل أزيد، ذكره في التذكرة فتأمل وكون الثمن
بنقد البلد وحالا.

هو أن المتبادر من الاطلاق ذلك عرفا وعادة فيحمل عليه، لأن المدار في
أمثال ذلك عليه.

وقد استثنى من ذلك نقصان القدر اليسير الذي لا يضايق بمثله، بل
يتسامح عادة به كدرهم ودرهمين في ألف وهو - مع العلم بذلك - غير بعيد، بل أزيد
أيضا وأما بدونه فمشكل، والناس متفاوت في ذلك، نعم ليس ببعيد ذلك مع
الجهل أيضا إذا كان يسيرا جدا، ويبني ذلك على العرف العام الغالب وإن لم يعلم
كون الموكل من الغالب خصوصا إذا كان ذلك القدر لا يوجد البازل به إلا مع
المشقة فتأمل واحتط.

وقيل: قال في التذكرة أيضا: إنما يجوز الاقتصار على ثمن المثل مع عدم
وجود باذل لأزيد من ذلك وإلا فلا يجوز، بل لا يصح البيع حينئذ، إذ يجب رعاية
المصلحة على الوكيل، وصحة فعله موقوفة عليها، ومعلوم عدم المصلحة، بل لو باع
بختيار له ثم وجد البازل زائدا في زمانه، يجب عليه الفسخ ويبيعه بالزائد بشرط
الوكالة في ذلك أيضا.

بل يمكن ذلك في ما عين الثمن أيضا، فإن الظاهر أن تعيينه إنما هو لظنه

وتسويغ البيع على ولده أو زوجته، لا على نفسه إلا مع الإذن فيجوز حينئذ أن يتولى طرفي العقد على رأي.

عدم الزيادة عليه، وهو المفهوم عرفاً، إذ المتعارف والغالب (١)، أن شخصاً لم يبيع بأنقص مع وجود الزائد، والأمور محمولة على الغالب والعرف. مع أن ذلك أيضاً منوط بالمصلحة ولا مصلحة في البيع بالناقص مع وجود الزائد.

نعم يمكن عدم الالتفات إذا كان الزائد إنما يحصل ممن لا اعتماد عليه بأن يحتمل أن يجيء ويطلب الفسخ بخيار أو حيلة أو جبر أو يكون في ثمنه شبهة تحترز عن مثله لموكله أو يكون ممن لا ينبغي المعاملة معه. وبالجملة تكون المصلحة في عدم معاملته أكثر مع كثرة ثمنه من المعاملة مع غيره مع قلته.

وأما نقد البلد - فإن كان واحداً - فمعلوم أنه يتعين فالوكالة، وفي البيع أيضاً، ومع التعدد ينصرف إلى الغالب النافع له، ومع التساوي فيهما مخير بين الكل وهو ظاهر.

قوله: " وتسويغ البيع على ولده الخ " يعني اطلاق الوكالة في البيع يقتضي جواز بيع الوكيل، الموكل فيه، على ولده، وكذا على زوجته. والظاهر أنه لا خلاف عندنا في جواز البيع على الولد الكبير والزوجة كما في غيرهما.

نعم لبعض العامة وجه في عدم الجواز لمظنة التهمة، وهو باطل لعموم أدلة التوكيل وعدم صلاحية مثل ذلك مانعاً.

(١) هكذا في النسخ كلها مخطوطة ومطبوعة والصواب في العبارة: إذ المتعارف والغالب هو أن شخصاً لا يبيع الخ.

ويؤيده أيضا بعض الروايات في المنع عن الشراء، لعدم الفرق وعدم القائل به على الظاهر، مثل رواية هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا قال لك الرجل: اشتر لي فلا تعطه من عندك وإن كان الذي عندك خيرا منه (١).

ورواية إسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له: ابتع لي ثوبا فيطلب له في السوق، فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، فقال: لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه، إن الله عز وجل يقول: "إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا" (٢)، وإن كان عنده خير، مما يجد له في السوق فلا يعطيه (يعطه خ) من عنده (٣). وقال بعض بالجواز مثل المصنف في المختلف والتذكرة، وأبي الصلاح، للأصل.

وفيه تأمل، ولعل المراد أنه بعد (أن خ) إذن له جاز البيع لأصل الجواز، إذ يفهم الوكالة والإذن من قوله: (بع) إذ لا شك أنه يصدق على بيعه على نفسه أنه بيع، لغة، والعرف المدعى والتبادر كذلك ممنوع لأصل عدم النقل والتخصيص والتبادر.

ويؤيده ما تقدم في بحث الحج أن للوصي أن يحج بنفسه عن الموصي، للرواية (٤)، وأنه لو وكله في تقسيم المال على قبيل هو منهم يجوز الأخذ لنفسه أيضا

-
- (١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من أبواب آداب التجارة ج ٢ / ١ ص ٢٨٨.
(٢) الأحزاب: ٧٢.
(٣) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من أبواب آداب التجارة.
(٤) لاحظ مجمع الفائدة ج ٦ ص ١٥٦ سطر ١٦.

للمرواية (١) وإن كان فيهما أيضا خلاف وتأمل إلا أن بعض من منع هنا قال به هناك، مع أن هناك أقرب، إذ أخرج (٢) أو قسم أظهر في الدلالة على الغير من (بع) والروايتان (٣) في الشراء.

وقد يفرق على أن ليستا صريحتين في المنع عن الشراء، بل عن الاعطاء مطلقا، وهو أعم، وأنه قد يكون المراد الأولى والأحسن أو مع ظن التهمة والتدليس كما هو ظاهر الرواية الثانية للآية (٤)، ولقوله عليه السلام: (لا يدنس) أن يكون المنع عن التدليس أو مع فهم المنع.

على أن في سندهما تأملا فإنهما مرويتان في كتاب المكاسب من التهذيب، في سند الأولى، (داود بن رزين) (٥) فهو أيضا غير معلوم التوثيق، فإنه مذكور في كتاب الشيخ والنجاشي والكشي بغير توثيق، بل مدح أيضا، نعم قال في الخلاصة: قال النجاشي: إنه ثقة وفي رجال ابن داود: والنجاشي ثقة (٦). ولكن ما رأيت في كتابه (ثقة) والتوثيق، والكتاب الذي عندي عليه أثر

(١) لاحظ مجمع الفائدة ج ٤ ص ٢٢٩ (الثاني الخ).

(٢) خرج في مثال الحج أو قسم في مثال تقسيم المال.

(٣) يعني بهما رواية هشام وإسحاق بن عمار.

(٤) يعني آية عرض الأمانة المذكورة في الرواية المتقدمة.

(٥) لم نثر على راو يسمى ب (داود بن رزين) في كتب الرجال وصاحب جامع الرواة لتبحره في التتبع استظهر في جامع الرواة كونه داود بن زربي قائلًا بعدم وجود داود بن رزين في كتب الرجال، ولم يذكره الكشي أيضا في كتابه نعم قد تعرض لداود بن زربي قال: وكان أخص الناس بالرشيد (الكشي ص ٢٠٠ طبع بمبئي) وقد تعرض أيضا العلامة في الخلاصة بعنوان داود بن زربي قال: وكان أخص الناس بالرشيد وأورد الكشي ما يشهد بسلامة عقيدته، وقال النجاشي: إنه ثقة ذكره ابن عقدة (الخلاصة ص ٣٤).

(٦) قال المحقق المتتبع الحاج الشيخ عبد الله المامقاني رحمه الله: قال ابن داود في الباب الأول من رجاله - بعد عنوان الرجل والتكلم في ضبطه بما مر نقله عنه -: ما لفظه: كان أخص الناس بالرشيد وكان معتقدا في أبي

عبد الله عليه السلام أهمله الشيخ ره ووثقه النجاشي (انتهى) (تنقيح المقال ج ١ ص ٤٠٩ سطر ٦).

ولو قدر له أجل النسيئة لم يتخطاه.

الصحة، بل عليه خط ابن داود على ما يظهر.
وبالجملة، الصحة غير معلوم، ولهذا ما صححت في كتب الاستدلال، مثل شرح المتن، وشرح الشرايع، ولكن في كتاب التجارة المذكورة بسند حسن وهو: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الفضل بن شاذان، عن ابن أبي عمير، عن هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال الخبر (١).
وفي الثانية (٢): الحسن بن علي - كأنه ابن الفضال على الظاهر - والوليد بن مدرك، وما رأيت، وإسحاق مشترك، بل الظاهر أنه ابن عمار الذي لهم فيه كلام ولا شك أن الأحوط الامتناع كما اقتضاه الرواية وإن كان دليل الجواز لا يخلو عن قوة فتأمل.

ثم (بل) الظاهر أنه لا فرق بين وكيله وعنده المأذون، ويمكن الفرق، إذ قد لا يجري دليل المنع في النفس (في نفس الأمر خ) فيهما وهو ظاهر.
ولم يفرق بعض العامة بين الوكيل والموكل في العقد لنفسه إذا وكلته الزوجة في التزويج لنفسه، لأن يد الوكيل يد الموكل وهو بمنزلته، وهو حينئذ بعيد، إذ لا وجه إلا الاتحاد ولا اتحاد حينئذ فتأمل.

قوله: " ولو قدر له أجل الخ " إشارة إلى عدم جواز التعدي عما عين له الموكل وهو ظاهر إلا أن يعلم عدم تعلق غرض بالذي عين، بل وقع اتفاق أو أنه لغرض اعتقده في ذلك مع تحققه بدونه أيضا، مثل أن عين سوقا، وعلم أن الغرض

(١) رواه الكليني ره أيضا - في باب آداب التجارة من كتاب المعيشة - عن علي بن إبراهيم، عن أبيه ومحمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان، جميعا، عن ابن أبي عمير، عن هشام بن سالم نقول: إن هذا السند صحيح أو حسن.

(٢) يعني رواية إسحاق وسندها - كما في التهذيب - هكذا الحسين بن سيعد، عن الحسن بن علي، عن علي بن النعمان وأبي المعز والوليد بن مدرك عن إسحاق.

وإن أطلق تقييد بالمصلحة عرفا.

جودة ثمن ذلك السوق، لا غير وهو حاصل في غيره فيجوز أن يبيع في غيره، ففي مثله يجوز التعدي، بل في الحقيقة ليس التعدي ونظيره مضى في النيابة في الحج (١).
وأما إذا لم يعلم الغرض أو لم يحصل مع عدم ذلك القيد فلا يتعدى عما يفهم من تقييده عرفا.

وجبه ظاهر، فإن التصرف إنما هو بالوكالة والإذن، وإذا لم يكن الإذن فلا يجوز التصرف، فإذا عين أن يبيع نسيئة وعين له أجلا معلوما مثل شهر، فلا يتعدى إلى أكثر، بل إلى النقد وأنقص (٢) أيضا، إذ قد يتعلق الغرض بذلك مثل حفظه عنده وغير ذلك إلا أن يعلم كما مر.

وإذا عين النسيئة ولم يعين الأجل بل أطلق، فالظاهر أنه يصح ويناط بالمصلحة في أمثاله، لعموم أدلة الوكالة، ولأن ظاهر كلامه أنه جعل ذلك لمصلحته (إلى مصلحته خ) والعرف، فهو بمنزلة من قال: بأي أجل شئت، ولأنه بمنزلة اطلاق البيع وعدم تعيين الثمن، ولأن الظاهر أنه لا قائل منا بعدم الصحة، ولهذا نقل في شرح الشرايع أنه قال في التذكرة: إذا وكله في البيع نسيئة ولم يعين صح عندنا، ولكن عبارة القواعد: (ولو أطلق احتمال البطلان للجهالة، والصحة لتقييده بالمصلحة) (٣) منافية (تنافيه خ) ويبعد أن يكون بمجرد ابداء الاحتمال فتأمل.
والذي رأيت في التذكرة: (مسألة: إذا وكل في البيع مؤجلا، فإن قدر الأجل صح وإن طلق، فالأقرب، الجواز ويرجع في ذلك إلى مصلحة الموكل والمتعارف الخ (٤) ولكن (٥) رأيت ما ذكره أيضا في موضع آخر من التذكرة.

(١) راجع مجمع الفائدة ج ٥ ص ١٣٨.

(٢) أي أنقص من شهر مثلا.

(٣) ايضاح القواعد ج ٢ ص ٣٤٤ ط ١٠.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٥) حاصل مراده أنه نسب شارح الشرايع إلى التذكرة أنه قال: (عندنا) ولكن الذي رأيت أنه قال في التذكرة الأقرب ولكن في موضع آخر من التذكرة ذكر مثل ما نسبه في شرح الشرايع بقوله: (عندنا) وحيث فلا منافاة بينه وبين ما ذكره في القواعد من احتمال البطلان.

ووكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن، وبعده لا يجوز له المنع ولا يملك قبض الثمن.

فالوجه أن يريد ب (عندنا) عندي فلا يرفع احتمال القواعد، ولا شك أن الترك حتى يصرح بشيء، أحوط.

قوله: " ووكيل البيع لا يملك الخ " وجهه أن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع ولا يشترط في ذلك فلا يكون وكيله مالكا إذا وكله في البيع (إذ ما وكله إلا في البيع خ).

وأما إذا أعطى الثمن إلى الموكل أو وكيله الجائز له قبضه أو أبرأه من الثمن، فلا يجوز منعه، لأنه صار ملكا للمشتري خالصا بحيث لا يجوز للموكل وغيره منعه، فيجب عليه التسليم كالموكل وإن لم يكن وكيلاً في التسليم صريحا.

وظاهر كلام التذكرة والقواعد، أن التوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع، فيمكن تقييدهما بما بعد توفية الثمن كما صرح في المتن وقيد في التذكرة في مسألة بعدها واستشكل في القواعد قبل احضار الثمن وقرب المنع.

فكأنه يريد بالاحضار التسليم، ويمكن أن يكون أعم كما يفهم من شرح القواعد، لأن المبيع لا شك أنه أخرجه عن ملك البائع فحبسه حبس مال الغير عن ملكه (مالكه خ) وهو غير جائز.

وفيه تأمل، إذ كونه له لا يستحق (١) وجوب التسليم في الحال، إذ قد يكون موقوفا على تسليم الثمن كما قالوا ذلك فيما إذا باع الموكل بنفسه، نعم لو ثبت وجوب التسليم على البائع أولا - لأن العرف يقتضي ذلك - فإن البائع أولا يسلم ثم يتسلم، ولأنه غالبا هو الأحوج.

(١) يعني أن صيرورة المبيع ملكا للمشتري لا يوجب استحقاقه للتسليم إليه.

ولكن في ذلك تتأمل، قد يدعي العكس إلا أن يكون هناك قرينة أو عرف يقتضي ذلك، يجب (١) وإلا فلا، فإن تسليط الغير بمجرد البيع الذي لا يعلم التسلط بمجردده، غير ظاهر، ولأنه يفعل ما فيه المصلحة ولا مصلحة في ذلك إلا أن يفرض فيه تلك المصلحة، فتأمل.

ولا يملك قبض الثمن أيضا، وتقريبه يفهم مما تقدم، نعم إن كان عرف، متبع مقرر أو قرينة تقتضي ذلك، مثل أن وكله للبيع في بلاد بعيدة مع عدم وكيل آخر للقبض وعدم امكان القبض للموكل عرفا، فإن الظاهر والمصلحة يقتضي القبض والوكالة فيه وصرح به في التذكرة، وقال أيضا: يضمن لو لم يقبض الثمن. وكأنه يريد وإن كان مأذونا في تسليم المبيع، فإنه لو لم يكن ذلك فقد علم الضمان من قبل، قال: لأنه يقال عرفا: إن من فعل ذلك فهو مضيع لمال الموكل، فإن دلت قرينة على المنع لا يجوز الأخذ إجماعا، وإن لم يكن هناك قرينة لم يملك القبض.

كأنه لا خلاف عندنا فلا يجوز له ذلك، ولا يكون وكيلا فيضمن، نعم لو أعطاه المشتري لأن يتسلم فيكون وكيلا له في التسليم إلى الموكل ولا يكون ضامنا لو تلف ويكون الثمن في ذمة المشتري حتى يسلم إلى البائع أو وكيله في ذلك وهو ظاهر.

واعلم أنه قال في التذكرة: اتفقوا - أي الشافعية - على أن الوكيل لعقد الصرف يملك القبض والاقباض لأنه شرط في صحة العقد، وكذا في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة عندهم وعندني في ذلك كله نظر، والوجه أنه لا يملك القبض بحال، لعل وجهه ما تقدم،

(١) يعني فحينئذ يجب.

ولكن نجد أن ما قالوه أوجه، لما تقدم من دليلهم، فتأمل.
قوله: " ووكيل الشراء الخ " وجهه غير ظاهر، إلا أن يدعى العرف في ذلك، ولهذا قيل: بالزام المشتري باعطاء الثمن أولاً، ولكنه غير ظاهر. والظاهر عدم الفرق بين وكيل البائع ووكيل المشتري في أنه ليس لهما قباض ما في أيديهما إلا بعد وصول عوضه إلى الموكل ولا قبض العوض إلا مع الإذن المعلوم صريحاً أو بالقرائن المفيدة لذلك كما مر في البيع وصرح به المصنف وغيره. قال في التذكرة: إذا اشترى ما وكل فيه، ملك تسليم ثمنه لأنه من تتمته وحقوقه، وهو كتسليم المبيع (١). فأراد بكونه مالكا للتسليم بعد وصول المبيع إلى الموكل بقرينة قوله: (كتسليم المبيع) مع تصريحه في المبيع بذلك. قال: قد بينا أنه ليس للوكيل أن يسلم المبيع إلى المشتري قبل إن يستوفي الموكل آه (٢).

وقال أيضاً: إذا وكله في البيع فقد قلنا: إنه لا يملك قبض الثمن، لكن يملك تسليم المبيع إذا كان في يده ثم قال: في مسألة الوكيل في البيع يملك تسليم المبيع بعد الايفاء على ما قلناه نحن ولا يملك قبض الثمن على ما اخترناه. وهذا الكلام يدل على عدم الخلاف في ذلك عندنا، وعلى عدم الفرق بين البيع والشراء، إذ قال: (إنه كالبيع) فالفرق المفهوم من المتن محل التأمل، وإن قيد الشراء بما ايفاء الموكل الثمن - كما في البيع - لم يبق فرق بينهما وتصير عبارة المتن غير جيدة.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ١٢٣.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

وقبض المبيع كقبض الثمن.
ولا يملك وكيل الحكومة والاثبات، الاستيفاء وبالعكس.
ولو اشترى معيبا بثمن مثله جاهلا بالعيب وقع عن الموكل، ولو
علم افتقر إلى الإجازة.

وقوله: (وقبض المبيع كقبض الثمن) معناه كما أنه ليس للوكيل في البيع
قبض الثمن إلا مع الإذن، كذا ليس لو كيل الشراء قبض المبيع إلا معه.
قوله: " ولا يملك وكيل الحكومة الخ " أي لو وكل شخص شخصا في
دعوى على شخص في أمر عند حاكم واثبات حقه عليه تثبت الوكالة فيما وكله فيه
ولا يتعدى في استيفاء ذلك الحق بعد اثباته فلا يملك الوكيل ذلك أي ليس له ذلك فإن
أخذ يكون ضامنا إذ ما وجد إلا التوكيل في الاثبات وذلك غير مستلزم للإذن في
الاستيفاء بوجه.

نعم لو علم الإذن ولو بالقرائن كما مر في البيع والشراء، يكون له ذلك،
وكذا الأمر في العكس أي إن كان وكيل في الاستيفاء لا يملك الحكومة والاثبات
عند الحاكم، ووجه ظاهر مفهوم مما تقدم.

قوله: " ولو اشترى معيبا الخ " دليل وقوع بيع المعيب عن الموكل - إذا
كان الوكيل جاهلا بالعيب وكان البيع بثمن المثل - أنه وكيل وفعل ما وكل فيه مع
المصلحة فيقع للموكل، لأنه غير مكلف إلا بعلمه، والفرض علمه بأنه غير معيب.
ودليل عدم وقوعه - مع علمه بالعيب أو مع كون الثمن زائدا على ثمن مثله
فيكون موقوفا على الإجازة على القول بالفضولي وإلا يكون باطلا - . ظاهر، لأن الفرض
علمه بالعيب وشراؤه زائدا على ثمن المثل مع كون التوكيل بشراء الصحيح وبثمن
المثل، فما فعل ما وكل فيه فلا يكون واقعا للموكل.
بخلاف ما لو اشترى بغبن، فإنه يقع باطلا على عدم القول بالإجازة وإلا

ولو كان بغبن فكذلك، عالما كان أو جاهلا.

فيتوقف عليها مطلقا، سواء كان عالما بالغبن أو جاهلا، صحيحا كان أو معيبا، وإليه أشار بقوله: (ولو كان بغبن الخ).

والفرق بين شرائه المعيب (شراء المعيب خ) وبالغبن، أن العيب قد يخفى فهو في شرائه معذور، والوكالة شاملة له، إذ ليس بمكلف إلا بالظاهر كما لو (إذا خ) اشترى بنفسه، بخلاف الغبن فإنه لا يخفى، بل يعلم بالاستفسار فإنه يقع الشراء بالغبن مع التقصير فليس الوكالة شاملة له، هذا.

ثم اعلم أنهم صرحوا بأن الوكالة في الشراء إنما تنصرف إلى الصحيح وبضمن المثل - قال في التذكرة: اقتضى ذلك شراء السليم دون المعيب عند علمائنا أجمع. الظاهر أنه كذلك في الانصراف إلى ثمن المثل دون الزائد، وهو أظهر وحينئذ كيف يقع شراء المعيب للموكل دون الزائد.

والظاهر منه هو الصحيح حقيقة، لا بحسب نظره وظنه كما في ثمن المثل، فإن كان المراد بحسب الظاهر فينبغي أن يكون في ثمن المثل كذلك كما هو كذلك في الشراء بنفسه.

والفرق بينهما - بجعل الأول بحسب الظاهر والثاني بحسب نفس الأمر، بناء على أن العيب قد يخفى ولم يخف ثمن المثل - غير ظاهر، إذ ثمن المثل أيضا قد يخفى ولم يعلم إلا مع بذل الجهد، والعيب أيضا قد يظهر ولا يكون موقوفا على بذل الجهد فاطلاق الحكم فيهما - على الوجه المتقدم - محل التأمل، بل ينبغي التقييد بأن لم يكن الوكيل في شراء المعيب مقصرا وكان في الشراء بالغبن مقصرا.

(ودعوى) أن المشتري بالغبن مقصر دائما دون المعيب (مشكلة). على أنه قد يدعي الموكل عدم الرضا بالمعيب أصلا ودعوى (١) صرفها إلى

(١) في عدة نسخ هكذا: إن كان ثمن المثل المعيب ولعل الصواب ما أثبتناه.

ثم إن ذكر الموكل في العقد لم يقع عنه ولا عن الموكل إلا
بالإجازة، وإلا وقع عن الوكيل.
وللوكيل الرد بالعيب مع حضور الموكل وغيبته.

الصحيح في الواقع.

وأنه إن كان شراء المعيب بثمن المثل إن كان بثمن مثل المعيب (١) فلا
أرش حينئذ، إذ يقول البائع إنما بعته بهذا العيب وظننت علم المشتري بذلك أو أنه
كان واضحا يعلمه كل أحد أو غير ذلك فالزامه بالأرش حينئذ مشكل وهذا
لا خصوصية له بالوكيل فتأمل.

هذا فيما إذا لم يعين الموكل شراء المعيب.

وأما معه فلا شك في صحته ويكون حكمه حكم شرائه بنفسه وهو ظاهر
وصرح به في التذكرة.

قوله: " ثم إن ذكر الموكل الخ " أي بعد أن قلنا: إنه لم يقع للموكل مع
الغبن إلا بالإجازة، فإن ذكر الوكيل الموكل في العقد لم يقع عن أحدهما، أما عن
الوكيل، فلذكر غيره، وأما عن الموكل، فلعدم الوكالة (به خ).
وإن لم يذكر يقع عن الوكيل بحسب ظاهر الشرع حيث اشترى شيئا وما
ذكر عن أحد فيقع له.

وأما بينه وبين الله وفي نفس الأمر فإن كان قصده لنفسه فهو له، وإن كان
للموكل لم يقع له أيضا، فينبغي حينئذ المصالحة، أو يقول للبائع: قل بعتك بكذا،
فإن لم يقبل فبالشرط بأن يقول: إن كان لي فقد بعتك، فإن لم يقبل، فإن أمكنه
الرد بوجه، مثل ثبوت خيار له بالغبن فيفعل ذلك بل يبغي فعل ذلك أولا.
قوله: " وللوكيل الرد الخ " ثبوت الرد للوكيل - إذا اشترى معيبا جاهلا

(١) الظاهر كونه عطفًا على قوله: (عدم الرضا) يعني يدعي الموكل صرف الوكالة إلى الصحيح في الواقع.

ولو رضي الموكل بطل رده.
وإذا (لو خ) قال له: افعل ما شئت أو وكله في مقدار يعجز عنه
اقتضى الإذن في التوكيل للأمين.

بعد الحكم بصحة العقد - ما نعرف له وجهها، ومعلوم عدم استلزام وكالة الشراء له
كما في تسليم المبيع والتمن وقبض المبيع.
ثم على تقدير جواز رده لا وجه للبطلان برضى الموكل، نعم للموكل الرد
والامساك بالأرش مع صحة العقد كما إذا باشر بنفسه، وهو ظاهر.
قال في التذكرة: وحيث قلنا: تقع عن الموكل وكان الوكيل جاهلا
بالغيب، فللموكل الرد إذا اطلع عليه، لأنه المالك، وهل يملك الوكيل الرد
بالغيب؟ أما عندنا فلا لأنه وكله في الشراء وهو مغاير للرد فلا يملكه وهو قول بعض
الشافعية وقال أكثرهم: إنه يملك الرد الخ (١).
ويمكن أن يكون مراده ثبوت الرد مع إذن الموكل وبقوله: (ولو رضي الموكل
بطل رده) سقوط جواز رده للوكيل قبل أن يختاره برضا الموكل بعد العلم بالغيب.
قال في التذكرة: لو كان الوكيل في الشراء وكيلا في رد المعيب فاشترى
معيبا جاهلا بعيبه كان له الرد، وللموكل أيضا الرد، لأن الملك له وإن حضر
الموكل قبل رد الوكيل ورضي بالمعيب لم يكن للوكيل رده، لأن الحق له بخلاف
عامل المضاربة الخ
قوله: " وإذا (لو - خ) قال له: افعل الخ " يعني لو وكل شخصا عموما أو
خصوصا، وقال له: افعل ما شئت فيما وكلتك فيه أو وكله في مقدار يعجز عنه الوكيل
بنفسه وحده، عرفا (عقلا خ) أو عادة، اقتضى ذلك، الإذن في أن يوكل الوكيل في
ذلك وكيلا أمينا كما إذا صرح بالتوكيل قيل (أي عدلا) (٢).

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٢) يعني قيل إن المراد من الوكيل الأمين هو العدل.

ولو قال له: بع من زيد، أو في زمان، أو في سوق له فيه غرض.

ولا يبعد أن يكون المراد من أو تمن فيما وكل فيه بعدم الخيانة والحفظ، بل يمكن تجويز من هو مثل الوكيل وإن كان فاسقا، لرضاه به وتفويضه إليه، بل الأعم لعموم التجويز من غير تخصيص خصوصا من لا يعرف أن شرط وكيل الوكيل أن يكون أمينا إلا من لا يكون في توكيله مصلحة، خرج بالاجماع عدم جواز توكيله فيبقى الباقي تحته خصوصا إذا لم يسلم إليه شيء أو يكون معه.

وقد مر البحث في ذلك، وأنه يجوز التوكيل فيما يقتضي العادة ذلك وفي أن الوكيل وكيل للموكل أو الوكيل، فتذكر.

ودليل اقتضاء ذلك، التوكيل، هو شمول اللفظ عرفا ولغة له فإن التوكيل من جملة، ما شاء، نعم لو قال: (بما شئت) أو (على من شئت) لم يشمل التوكيل، بل يعم المقدار، والنقد والمشتري.

قوله: " ولو قال له: بع من زيد الخ " إشارة إلى أنه يجب تتبع عبارة الموكل على ما يدل عليه، عرفا، فإن كانت عامة عمل بعمومها، وإن كانت مقيدة بقيد، لا يتعدى ذلك وهو ظاهر، مثل أن عين المشتري أو زمانا معنا أو سوقا كذلك إلا أن يعلم أن ليس له غرض يتعلق بتعيين هذا السوق مثلا أو علم، لكن حصل ذلك الغرض بل الأعلى في غيره، فيجوز التعدي إلى غيره وإلا اقتصر على لفظه وأن لم يعلم أن له غرضا صحيحا أم لا.

وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلامهم، مثل قوله في المتن: (له فيه غرض) فالظاهر أنه ليس بمخصوص بالسوق، بل جميع القيود كذلك إلا أن يقال: إن السوق يجوز التعدي عنه إلا إذا علم أن له فيه غرضا صحيحا، بخلاف سائر القيود، كما هو ظاهر أكثر العبارات، ولكن يرد عليه المطالبة بالفرق.

ويؤيد ما قلناه، ما قاله في التذكرة - بعد أن قيد السوق بأن كان له فيه غرض صحيح مثل كون الراغبين فيه أكثر وعدم التقييد في غيره مثل الزمان

أو صرح فيه بالنهاي عن غيره أو بحال لم يجز العدول.

والمشتري - : وإن لم يكن له فيه غرض فالأقرب جواز بيعه في غيره (أي غير ما عين من السوق) لأن التعيين في مثل ذلك يقع اتفاق من غير باعث إليه وهو (١) أحد وجهي الشافعي، والثاني لا يجوز التعدي، لجواز أن يكون له غرض صحيح لا يطلع عليه أحد وهو غير محل النزاع، لأننا نفرض الكلام فيما إذا (لو - التذكرة) انتفى الغرض بالكلية أما لو جوزنا حصول غرض صحيح، فإنه لا يجوز التعدي، ولو نهاه صريحا عن البيع في غير السوق الذي عينه له، لم يجز له التعدي إلى المنهي عنه إجماعا آه. هذا مؤيد لما مر، ولكن كلامهم وكلام التذكرة أولا في جواز التعدي عن السوق، ليس بجيد، وكذا عدمه في غيره، فتأمل.

فالظاهر عدم الخروج عن مقتضى لفظه إلا بالعلم برضاه، مع عدم إرادة القيد مطلقا، وقد يقوم الظن القوي - المتأخم للعلم المأخوذ للعلم من المعاشرة ومن ظاهر حاله ومن القرائن - مقام العلم المأخوذ من كلامه قال في التذكرة: فإن القرينة قد تقوى، فيترك لها اطلاق اللفظ فإنه إذا أمر بشراء الحمد لا يشتري في الشتاء الخ والأولى عدم التجاوز. وقوله: (أو صرح فيه بالنهاي عن غيره) كأنه عطف على (له فيه غرض) فهو صفة أيضا ل (سوق) وضمير (فيه) راجع إليه، وفيه تكلف. والمقصود التصريح في الكلام، ويمكن جعلهما قيذا للكل كما أشرنا إليه فتأمل.

وقوله: (أو بحال) عطف على (من زيد) وقوله: (لم يجز الخ) أي لم يجز العدول والتعدي من شيء من الأمور التي عينها إلى غيرها، وجهه ظاهر وتقدم.

(١) وإنما الغرض والمقصود تحصيل الثمن فإذا حصل في غيره جاز وهو أحد الخ (التذكرة).

ولو باع بأزيد أو باع حالا بمثل ما أذن له في النسبة أو اشترى
نسيئة بمثل ما أذن نقدا، صح إلا أن يصرح بالمنع.

قوله: " ولو باع بأزيد الخ " كأن وجه الجواز - في البيع بأزيد مما عين
نقدا، وكذا نقدا بمثل ما لو قال بعه نسيئة، وكذلك الشراء نسيئة بمثل ما أذن له بالشراء
نقدا مطلقا أو مع القيد بذلك - هو العرف القاضي بالرضا بأمثال ذلك، وإن هذه
التعيينات لوجود مصلحة وقد وجدت أولى منها في عدم القيد كما مر في جواز العدول
من الحج المعين إلى غيره إلا أن يصرح بالمنع فلا يجوز بوجه، لعدم الإذن، بل المنع.
قال في التذكرة: لو أمره بالبيع بمائة ونهاه عن البيع بالأزيد لم يكن له البيع
بالأزيد مطلقا قطعا، لاحتمال تعلق غرضه بذلك فلا يجوز التخطي (١).
وقال فيها: إذا قال: نعم بعه في بلد كذا احتمل أن يكون كقوله: بعه في
السوق الفلاني حتى لو باع في بلد آخر جاء التفصيل إن كان له غرض صحيح في
التخصيص، لم يجز التعدي وإلا جاز.
لكن يضمن الوكيل هنا بالنقل إلى غير المعين، وكذا الثمن يكون مضمونا في
يده، بل لو أطلق التوكيل في بلد يبيعه في ذلك البلد، فلو نقله صار ضامنا.
وفي التفصيل المذكور مناقشة كما تقدم في السوق، ويفهم منه عدم
الضمان في المخالفة في السوق بخلاف البدل، وهو محل التأمل، ويفهم منه أنه مع
جواز النقل والبيع في غير ما عين المالك يتحقق الضمان.
وفيه تأمل، إذ الجواز مبني على الإذن المفهوم من كلام الموكل فينبغي عدم
الضمان وإن لم يفهم ينبغي عدم الجواز حيث إنه تصرف في مال الغير من غير
الإذن.
وبالجملة إن لم يخرج عما فهم من كلامه صريحا أو بمفهوم معمول فلا

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

ولو قال: اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين به ثم باع أحدهما بالدينار صح، ولكن يفتقر في البيع إلى إجازته.

ضمان حينئذ وإلا فلا يجوز ويضمن ويشكل صحة البيع فتأمل. قوله: " ولو قال: اشتر شاة بدينار الخ " الظاهر أن المراد: اشترى شاتين بدينار مع قول الموكل: اشتر شاة بدينار إذا كان واحدة تسوى ديناراً، إذ قد يكون الغرض متعلقاً بأن الشاة مما تسوى ديناراً، ولا يضره الضميمة، بل مأذونا فيها عرفاً وعادة كما إذا وكله في بيع شيء بدينار يجوز بيعه بدينارين. قال في التذكرة: ولو باعه (أي) (لوخ) باع ما وكل في بيعه بمائة) بأكثر من مائة درهم، فإن كانت الكثرة من غير الجنس مثل أن يبيعه بمائة وثوب، جاز عند علمائنا، سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة وسواء كانت الزيادة من الأثمان أولاً (إلى قوله): ولو باعه بمائة دينار ولم يحز (١) (إلى قوله): ويحتمل عندي قويا جواز بيعه بأكثر من المائة ولو من غير الجنس إلا أن يكون له غرض صحيح في التخصيص بالدرهم خصوصاً إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لأنه مأذون فيه عرفاً، فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى ما إذا باعه بمائة درهم ودينار، بخلاف ما لو باعه بمائة ثوب لأنه من غير الجنس، ويحتمل عندي مع الزيادة الجواز الخ (٢).

وهذا الاحتمال لا يخلو عن بعد، ولو صح، فلا يحتاج تقييده الشاة بما تسوى درهماً، بل يكفي أن يسوى المجموع بأكثر منه. ولعل دليل الجواز هو الذي أشار إليه في التذكرة على ما عرفت، ولهذا ما قيد (٣) هنا جواز الشراء إلى الإجازة وقيد البيع بها، فإنه فضولي.

(١) في التذكرة هكذا: ولو باعه بمائة دينار أو بمائة ثوب أو بمائة دينار وعشرين أو بمهما كان غير ما عين له لم يحز (إلى أن قال) ويحتمل الخ.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.
(٣) يعني المصنف هنا.

وليس لوكيل الخصومة، الاقرار ولا الصلح ولا البراء.

ويمكن عدمه أيضا، لما مر إليه الإشارة، إذ قد علم أنه قد يكون أن عرضه حصول شاة تسوى درهما وحينئذ تحصل الزيادة وتحصل الشاة المأمور المأذون بشرائها، فلا يحتاج إلى الإجازة حملا على الظاهر والعرف. نعم لو ظهر خلاف ما هو المتعارف من عدم الرضا فيحتاج إلى الإجازة فليس في رواية البارقي (١) - التي جعلت دليل هذا الحكم وجعلت دليلا على جواز الفضولي في البيع بل الشراء أيضا - دلالة على ذلك. مع عدم ظهور سندها وكونها عامية، واحتمال كونه وكيلا مطلقا له صلى الله عليه وآله أو صريحا في مثل ذلك، ولهذا سلم الشاة إلى المشتري، ويمكن أن يتصرف فيها ببيع أو أكل أو غيرهما ولو كان فضوليا لم يجز ذلك وما كان صلى الله عليه وآله يقره على ذلك. وقال في التذكرة: لأنه إذا جاء بالمقصود، فلا فرق في الزيادة بين كونها شاة أو درهما (٢)، وقال أيضا يجوز أن يكون عروة البارقي وكيلا عاما الخ (٣). هذا مع المنع مطلقا عقلا ونقلا، كتابا وسنة وإجماعا، على عدم جواز التصرف في مال الغير وبيع ما لم يملك إلا برضا المالك فتأمل. قوله: " وليس لوكيل الخصومة الخ " قال في التذكرة (٤): ولا نعلم فيه خلافا.

-
- (١) عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٥ ولاحظ ما علق عليه أيضا.
(٢) في التذكرة هكذا: لأنه إذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكل فلا فرق فيما زاد بين أن يكون ذهباً أو غيره.
(٣) في التذكرة: وأيضا جاز أن يكون عروة وكيلا عاما في البيع والشراء.
(٤) عبارة التذكرة هكذا: الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ولا البراء منه ولا نعلم فيه خلافا، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك (انتهى).

ولو قال: صالح عن الدم الذي استحقه، بخمر ففعل حصل العفو بخلاف ما لو صالح على خنزير.

وذلك (١)، لأن الوكالة ما اقتضت شيئاً من ذلك وهو ظاهر، وعلم مما تقدم أيضاً مراراً مع الاشكال في جواز التوكيل في الاقرار عنده (وخ) لو وكل في ذلك صريحا.

وقال في هذا المقام في التذكرة: لا استبعاد فيه ويلزم الموكل ما أقر به، فإن كان معلوماً لزمه ذلك وإن كان مجهولاً رجع في تفسيره إلى الموكل دون الوكيل. وهو مؤيد لما قلناه هناك فتذكر.

وقال هنا أيضاً (٢): وكيل المدعي ملك الدعوى وإقامة البينة وتعديلها والتحليف وطلب الحكم على الغريم والقضاء عليه وبالجملة كلما وقع وسيلة إلى الاثبات (٣)، ووكيل المدعي عليه يملك الانكار والطعن في الشهود، وإقامة بينة الجرح ومطالبة الحاكم بسماعها والحكم بها وبالجملة عليه السعي في الدفع مهما أمكن.

قوله: " ولو قال: صالح عن الدم الخ " قال في التذكرة: لو وكله في الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه، لأن الصلح على الخمر وإن كان فاسداً فيما يتعلق بالعرض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح، لأننا نصحح التوكيل في العقد الفاسد، ولو وكله في الصلح عن القصاص على الخمر فصالح على خنزير فهو لغو

(١) من كلام الشارح قدس سره.

(٢) في التذكرة هكذا: الوكيل بالخصومة إما أن يتوكل عن المدعي أو عن المدعي عليه فإن كان وكيلاً عن المدعي ملك الدعوى الخ.

(٣) في التذكرة: وأما الوكيل عن المدعي عليه فيملك الانكار.

ويبقى القصاص مستحقا على ما كان عليه قبل الصلح لأنه مستبد بما فعل، غير موافق لأمر الموكل الخ (١).
فمراد المصنف بقوله: (بخلاف ما لو صلح) أي فيما إذا قال له: صلح عن الدم بخمر فصالح بالخنزير، فإنه لا يصح، ويبقى القصاص أما لو قيل: صلح عنه على خنزير وفعل فهو صحيح مثل ما فعل بالخنمر، وهو ظاهر.
لكن الحكم ودليله غير واضح، إذ ثبوت القصاص معلوم وما وقع العفو عنه إلا على وجه يثمر تملك الخمر أو الخنزير وما حصل ذلك، لعدم قابليته لذلك، فما (فيما خ) يحصل الغرض من العفو، وليس هنا شيء يقال: إنه صحيح في ذلك بالنسبة إليه، وإنما بطل بالنسبة إلى لزوم العوض كما مر مع وجود الأصل هنا. ولا يكفي مجرد أن مبني العفو على المسامحة والتغليب، لأنه يحتاج إلى دليل.
وقوله (٢) أيضا: (كما فعله الموكل بنفسه) غير واضح، إذ هو يحتاج إلى الدليل، وكذا قوله: (ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص) وكذا قوله: (لأننا نصحح التوكيل في العقد الفاسد) وكيف ذلك مع أنه لا يصح التوكيل في البيع الفاسد وقد صرحوا بذلك سيحى في الكتاب (بعده خ) بلا فصل، وأنه لا يصح للموكل فكيف له (٣)؟ بمعنى أنه لو أوقع، لا يترتب عليه أثره المطلوب، فتأمل.
ويمكن أن يقال هنا: لا شك أنه عفى عن الدم بأن يكون له الخمر فسقط الدم برضاه بأن يأخذ عوضه الخمر، فلما لم يكن جائزا له أخذه والاعطاء له شرعا، فوت على نفسه العوض وصار كالمتبرع بالعفو.
هذا إذا كان عالما لا بأس به فإنه بمنزلة أن قال: عفوت.

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٢) يعني العلامة ره في التذكرة في العبارة المتقدمة

(٣) يعني للوكيل.

ولو وكله في شيء، لم ينطلق في غيره، فلو وكله في شراء فاسد لم يملك الصحيح.
ولو وكله في الشراء بالعين فاشترى في الذمة، أو بالعكس لم يقع عن الموكل،.

وأما إذا كان جاهلا ففيه تأمل ولا يبعد العفو وحصول ثمنه عند مستحليه كما في غير هذه الصورة.
وبالجملة إذا كان الحكم المذكور، له دليل من إجماع ونحوه - وما عرفت غير ما ذكرت - فهو المتبع وإلا فينبغي الرجوع إلى القوانين والأدلة، فتأمل.
قوله: " ولو وكله في شيء لم ينطلق الخ " هذا في بيان عدم التجاوز عما عينه الموكل أي لو وكله في شيء، لم يتجاوز منه إلى غيره، ولو وكله في بيع فاسد. قال في التذكرة: إذا وكله في شراء فاسد أو عقد باطل مثل أن يقول: اشتر لي شيئا إلى مقدم الحاج أو مجيء الغلة، أو بع كذلك لم يملك هذا القدر، لأن الله تعالى لم يأذن له في الفاسد، ولأن الموكل لم يملك، فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح عندنا.

كأن الحكم إجماعي عندنا.
وجهه أيضا ظاهر، لأن الصحيح غير موكل فيهم والفساد لا يصح بالاتفاق لحكم الشارع وهو ظاهر ومؤيد لما تقدم من التأمل في قوله: (لأننا نصحح التوكيل الفاسد) فتذكر.
قوله: " ولو وكله في الشراء بالعين الخ " هذا أيضا من فروع القاعدة (١)، وهو ظاهر مع تعلق الأغراض الصحيحة بذلك نعم إن ظهر عدم الغرض في البيع نقدا بالعين يمكن جوازه في الذمة وبالعكس، والاقتصار، أولى كما مر.

(١) وهي عدم جواز التعدي للوكيل عما عين له مع احتمال تعلق الغرض.

فإن اشترى في الذمة ولم يصرح بالإضافة وقع عنه.
والوكيل أمين وإن كان بجعل ويقع الشراء للموكل لا له.

قوله: " فإن اشترى في الذمة " في صور، وكله في الشراء بالعين (فاشترى هو في الذمة) فإن أضاف إلى الموكل، لا يصح، لعدم الوكالة فرضاً، وإن لم يضيف، فإن أضاف إلى نفسه فهو له مع شرائط البيع، وإن لم يضيف إلى أحد فهو له بحسب الظاهر ونفس الأمر إن قصد نفسه، وإلا، فإن نوى الموكل فهو له بحسب الظاهر ولم يقع له ولا للموكل بحسب نفس الأمر فالمبيع للبايع، فينبغي استعمال ما يخرج من المحذور مهما أمكن وإن لم يمكن أخذه اقتصاصاً لثمنه وقد أشير إليه وسيجئ أيضاً.
قوله: " والوكيل أمين الخ " قال في شرح القواعد: يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام.

وقال في شرح الشرايع: في شرح قول: (ولو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل لأنه أمين وقد يتعذر إقامة البينة بالتلف غالباً الخ): وجه القبول - مع مخالفته الأصول - بعد الاجماع ما ذكره المصنف، ولا فرق بين أن يدعي تلفه بسبب ظاهر كالحرق والغرق، وخفي كالسرقة عندنا، وفي حكمه الأب والجد والحاكم وأمينه والوصي الخ (١).

والحكم لا يخلو عن إجمال واشكال، فإنه ليس بمعلوم أن المراد بكونه أميناً قبول قوله مع يمينه وعدم ضمنه في كل ما يدعيه من تلف المبيع والثلث بعد قبضه على وجه شرعي، ومن رده إلى الموكل وتسليمه إياه، ومن أنه فعل ما وكل فيه (به خ) وغير ذلك.

وهل هو مخصوص بما ليس بجعل أو أعم أو أنه مخصوص ببقاء الوكالة أو أعم أو مخصوص ببعض؟ وأن الاجماع المدعى، في الكل أو البعض، مع أنه

(١) إلى هنا عبارة المسالك.

خلاف الأصل، ولكنه يحتمل، لأنه لو ضمن لزم سد باب الوكالة (١)، إذ قد يتخيل تعذر الشهود المقبولة فلا يقبل، وكذا في غيره من الأماناء كما إشارة إليه في شرح الشرايع، وهو يؤيد الأول. ويؤيده أيضا أنه منكر على بعض تعريفات المدعي والمنكر، ونقل الاجماع إلا أن الأصل وبعض التعريفات الأخر مؤيد للعدم. مع ما في الاجماع وعدم ثبوته أيضا، فإنه قال في التذكرة: إذا وكله في بيع (بييع خ) أو هبة أو صلح أو طلاق أو عتق أو ابراء أو غير ذلك ثم اختلف الوكيل والموكل، فادعى الوكيل أنه تصرف كما أذن له فأنكر الموكل وقال: لم تتصرف البتة بعد، فإن جرى هذا النزاع بعد عزل الوكيل لم يقبل قوله إلا بينة، لأن الأصل، العدم وبقاء الحال كما كان الخ (٣). فتأمل في هذا الحكم خصوصا مع الفرق، فإنه يسهل حينئذ إزماءه بالبينة بالعزل ثم ذكر الخلاف في مسألة أخرى في دعوى الرد بين المسلمين، بل بين أصحابنا.

وقال (٤): فإن كان وكيلا بغير جعل احتمل تقديم الوكيل، لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله مع اليمين كالودعي. ويحتمل العدم، لأصالة عدم الرد، والحكم في الأصل ممنوع. وإن كان وكيلا بجعل، فالوجه أنه لا يقبل، قوله: لأنه قبض المال لنفع

-
- (١) في بعض النسخ هكذا: لأنه يتضمن.
(٢) معرفات المدعي على المعروف ثلاثة: ١ - إذا ترك الدعوى تركت الخصومة - ٢ إذا كان قوله مخالفا للأصل.
٣ - إذا كان قوله مخالفا للظاهر، والمنكر خلافه في الثلاثة.
(٣) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ١٣٧.
(٤) في التذكرة هكذا: مسألة إذا اختلفا فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فإن كان الخ.

مالكه نفس (إلى قوله): وجملة الأمانة على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكه لا غير كالمودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد عند بعض الفقهاء من علمائنا وغيرهم، لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول الأمانات فيلحق الناس الضرر. (والثاني) من ينتفع بقبض الأمانة كالوكيل بجعل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن، والوجه أنه لا يقبل (١).

وهذا التفصيل لا يخلو عن قوة، مع احتمال العمل بالأصل، ولكن يحصل الضرر كما أشار إليه، فمع تحققه ينبغي الخروج عنه.

وقال في مسألة: إذا ادعى الوكيل تلف المال الذي في يده للموكل أو تلف الثمن الذي قبضه عن متاعه في يده وأنكر المالك قدم قول الوكيل مع يمينه وعدم البينة، لأنه أمينه فكان كالمودع ولأنه قد يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك، ولا فرق بين أن يدعي التلف بسبب ظاهر كالحرق والنهب أو بسبب خفي كالسرقة والتلف، وكذا كل من في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالأب والوصي والحاكم وأمينه والودعي والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك لأنه لولا ذلك لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها، وقال بعض العامة: إذا ادعى التلف بأمر ظاهر كالحرق والنهب، كان عليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون قوله في طرفها بذلك وبه قال الشافعي أيضا لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ولا يتعذر إقامة البينة عليه (٢).

فما عرفت (عرفنا خ) دعوى الاجماع خصوصا إجماع المسلمين الذي ادعاه المحقق الثاني بقوله: ويلوح الخ (٣).

(١) إلى هنا عبارة التذكرة ج ٢ ص ١٣٧.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة أورده في البحث الثاني في المأذون ج ٢ ص ١٣٧.

(٣) الذي تقدم في أول هذا البحث.

وكل موضع يبطل الشراء للموكل، فإن أضاف في العقد لم يقع
عن أحدهما والأقضى على الوكيل.
وكذا لو أنكر الوكالة ولا بينة، فإن كان الوكيل كاذبا فالملك له

نعم قد يشم رائحة إجماع أصحابنا في أن القول قول الوكيل في دعوى
التلف مطلقا، مع احتمال تخصيصه بما إذا لم يكن بجعل كما فصله في التذكرة، وفيما
سبق، ولكن كان صريحا (١) في التلف، ولكن لا يبعد فهم العموم وإن كان أصل
المسألة في الرد كما هو مقتضى دليل الطرفين.

ويمكن العمل بالأصل لعدم تحقق الاجماع الذي لا شئ فيه وإمكان دفع
المحذور بشرط قبول قوله مع دعوى التلف ونحوه ثم يكون ذلك لازما، لعموم أدلة
العمل بالشرط أو بشرطه (شرطه خ) في أمر لازم أو بنذر وشبهه ولكنه بعيد وليس
بمعلوم القائل فالمحذور يشكل دفعه.

والأصل معارض بأصل براءة الذمة، وعدم الغرم وعدم كذب المسلم وحمل
أفعاله على الصحة مهما أمكن كما ورد في الرويات.

ويؤيده صدق بعض تعريفات المنكر وهو من إذا ترك لم يترك، فالقول
بالمساع - كما هو المشهور ومختار الكتاب خصوصا مع عدم الجهل وكون الدليل
أмина - غير بعيد فتأمل فإنها من المشكلات.

قوله: " وكل موضع يبطل الشراء للموكل الخ " قد مر وجه أنه إذا
أضاف في عقد ما وكله فيه - مثل الشراء إلى الموكل وأسنده إليه وقصده وبطل
العقد لا خلال شرطه، وصحة عقد الوكالة - لم يقع لأحدهما.

وأنه إذا لم يضاف قضي بكونه للوكيل ظاهرا، بل مضى الحكم أيضا.
إلا أنه أعاده لما بعده مثل أن أنكر الموكل الوكالة ولا بينة للوكيل وحلف

(١) في بعض النسخ ولكن ما كان صريحا في التلف.

ظاهرا وباطنا وإلا ظاهرا فيقول الموكل: إن كان لي (مالي خ) فقد بعته منه، ولو امتنع الموكل من البيع، استوفى الوكيل وما غرم ويرد الفاضل أو يرجع.

الموكل، لأن (١) القول قوله معه، فإن كان أضاف إليه ونواه لم يقع لأحدهما وألا يقع للوكيل ظاهرا.

ثم إن كان الوكيل كاذبا في دعوى الوكالة والشراء له ونوى لنفسه يكون له ظاهرا وباطنا وإلا فظاهرا فقط، فإن نوى للموكل مع الوكالة، ينبغي أن يكلف الموكل أن يقول: (إن كان لي فقد بعته منك بكذا وأبرأت ذمتك من الثمن) أو يقول: (وهبتك إياه) ويغتفر التعليق - على تقدير عدم جواز مثل هذا التعليق الذي هو لازم في نفس الأمر - للضرورة.

فإن لم يفعل، فيعطى الموكل الثمن من المبيع بأن يبيعه ويمكن أن يأخذه لنفسه عوضا عما غرم عنه للبايع.

فإن زاد ثمن مثله عن المسمى، يرده إلى المشتري ولو كان بوجه لا يشعر أنه من تلك الجهة.

وإن نقص فالظاهر أن له المقاصة.

فإن لم يكن نوى لأحد أو كان البيع للموكل باطلا على تقدير صحة الوكالة يستعمل مع البايع ما عمل مع الموكل كما أشرنا إليه في صورة الغبن وشراء المعيب. وكذا جميع الصور التي يكون البيع للموكل مع ثبوت الوكالة. وقوله: (أو يرجع) إشارة إلى ما ذكرناه من الرجوع إلى المالك الموكل على تقدير نقصان المبيع عما غرم (غرم خ) مع صحة العقد من غير يمين، فيكون التفاوت حاصلًا من تغيير السعر أو تغيير في المبيع بضعف وغيره.

(١) في بعض النسخ: كان القول بدل قوله: لأن القول.

وليس له التصرف بغير ذلك من وطء وانتفاع.
ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق، لم يكن لأحدهما
الانفراد ولا القسمة.

قوله: " وليس له التصرف الخ " أي ليس للوكيل - على تقدير كونه
للموكل مثلاً - التصرف في ذلك المبيع بغير وجه استيفاء ما غرم من بيع وما يتعلق
بحفظه، لا وطء لو كان قابلاً له والركوب وغير ذلك من الانتفاعات، لأنه ليس
ملكه، بل ملك الغير.

وبعد أن تأملت ما ذكرناه يظهر لك إجمال كلامهم في مثل هذا المقام
خصوصاً المتن فإن ما ذكره من قوله: (فيقول) (١) فإنه مخصوص بما إذا كان البطلان
للموكل بسبب انكار الوكالة لا بحسب مخالفته لما وكل فيه من الشراء نقلاً مع
التوكيل نسيئة والغبن وغير ذلك فتأمل.

قوله: " ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع الخ " لا شك في أنه إذا وكل
وصرح بالانفراد أن كل واحد منهما وكيل برأسه، وكذا في أنه لو صرح بالاجتماع،
أنهما معا وكيل، وليس لأحدهما الانفراد فيما وكل، ولا القسمة بينهما، فيتصرف كل
منهما على حدته في البعض، وهو ظاهر.

وأما دفع الاطلاق، فإن وجدت قرينة دالة على أن المراد الانفراد أو
الاجتماع فيتبع أيضاً مثل إن وكل أولاً في أمور وصرفه فيها ثم وكل الآخر فيها
وسلمه إياه مع غيبة الآخر فإنهما منفردان، وكذا لا كلام فيما إذا وجدت قرينة دالة
على أن المراد هو الاجتماع.

وإن لم يوجد قرينة مفيدة، فظاهر الأصحاب أنه لا كلام في كونهما وكيلين
مجتمعين لا منفردين كما شرط الاجتماع.

(١) كما تقدم من الماتن ره في قوله: فيقول الموكل إن كان لي فقد بعته الخ.

ولو مات أحدهما بطلت وليس للحاكم أن يضم إليه، ولو شرط الانفراد جاز.

ودليله أصل عدم الوكالة وعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه وقد تحقق فيهما ولم يتحقق في كل واحد، فيبقى على العدم ولأن قوله: (وكلتكما) صريح في كونهما وكيلين فهما وكيلان بمنزلة مخاطب واحد، فإن توجه الخطاب إليهما معا بالوكالة مثل توجهه إلى واحد فهما بمنزلة واحد وجعلهما اثنين منفردين، وتوجه الخطاب إلى كل واحد واحد على حدة غير ظاهر ولا مفهوم من العبارة فلا دال على الوكالة، وفي الوصية خبر (١) يدل على كونهما معا وكيلين لكل واحد مع الاطلاق، وسيجيء وقد مر.

ثم إن مات أحدهما بطل وكالتهما كما إذا ماتا معا أو كان وكيلا واحدا فمات وليس للحاكم ضم واحد آخر إليه وانفاذ أحكام الوكالة وإن كان المالك غائبا إلا أن يحتاج أموره إلى الوكيل وهو غائب، فلا يبعد الضم حينئذ حيث احتاج إلى الوكيل وكان للباقي دخلا، فجعل واحد آخر معه أولى من عزله بالكلية ونصب غيره وكيلا (وكيله خ) كما سيجيء إن للحاكم أن يضم إلى الآخر إن مات أحد الوصيين، ومعنى اجتماعهما صدور الموكل فيه ووجوده عن رأيهما معا، فإن كان عقدا ينبغي أن يأذن أحدهما الآخر فيوقع الصيغة ويحتمل ثالثا أيضا، إذ الظاهر جواز الإذن هنا في مثله، ويحتمل صدوره عن كل واحد فيوقع أحدهما مع المشتري أو الزوج ثم الآخر هكذا قال في شرح الشرايع. وفيه تأمل، إذ العقد الصحيح الغير المؤثر للمطلوب المترتب عليه بل يكون موقوفا على عقد آخر غير معهود في الشرع. وفي صدق تعريف العقد الصحيح عليه تأمل وتكلف فلا يبعد كون هذا

(١) راجع الوسائل باب ٥١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٣٩.

ولو قال: اقبض حقي من فلان فمات بطلت بخلاف اقبض حقي الذي عليه.
ولو وكل المديون في الشراء بالدين صح ويبرأ بالتسليم إلى البائع.

قرينة أيضا على جواز التوكيل، كما أنه إذا وكل أحدا في أمر لا يقدر عليه. والظاهر عدم الشبهة في جواز توكيل أحدهما الآخر إلا مع عجزهما فيوكلان ثالثا.

فأما في الوصيين فالتوكيل أظهر، إذ تصرفهما بالولاية كالموصي مثل الأب والجد كما مر إن له التوكيل فتأمل.

قوله: " ولو قال: اقبض حقي من فلان الخ " وجه بطلان الوكالة - على تقدير موت فلان الذي عليه الحق للموكل ووكل في أخذه عنه - ظاهر، لأنه يتعذر الأخذ منه بعد موته فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه، فلا يكون له الأخذ من ورثته، لعدم شمول الوكالة لهم، فإن الوكالة في أخذ الحق من فلان لا يستلزم الوكالة في الأخذ عن وارثه بإحدى الدلالات، بل له الأخذ منه ومن وكيله، لأن يده يده وصرح به في القواعد، نعم قد يفهم بقرينة فتتبع كما مر.

بخلاف ما لو وكل في استيفاء حقه على فلان، فإنه إن مات فلان لا تبطل الوكالة حينئذ فيجوز له الأخذ منه ومن وكيله وممن يؤديه عنه من الورثة وغيره لشمول الوكالة لهم إلا أن يعلم المراد بقرينة فلا يتعدى.

قوله: " ولو وكل المديون في الشراء الخ " أي لو وكل الدائن مديونه، بأن يشتري له بشيء بدين له في ذمته صح هذا التوكيل ويبرأ المديون عن الدين بتسليمه إلى البائع.

ولعل المراد بالشراء بالدين شراءه في ذمة الموكل، ثم اعطاء الدين إلى البائع

ولا تثبت (الوكالة خ) إلا بعدلين اتفقا، لا بشاهد وامرأتين،
ولا بشاهد ويمين.

ثمنا له، ولعله يحصل التعيين هنا للموكل بتعيين الوكيل، فكأنه وكيل في القبض له وإعطائه أيضا، ولا يصير كون الواحد قابضا ومقبضا، فتأمل.
ويفهم ذلك من التوكيل في الشراء به، فالظاهر أنه لا يحتاج إلى تعيين ذلك أولا وقصد القبض له وإن كان أولى، لأنه يحصل بمجرد نية الاعطاء معه أو يتعين بأخذ البائع.

والظاهر أنه لو عين الوكيل لم يتعين قبل (فعل خ) التسليم، فلو تلف حينئذ يكون من ماله لا مال الموكل فتأمل، وأما دليل المسألة فواضح.
قوله: " ولا تثبت الوكالة إلا بعدلين الخ " قال في التذكرة: تثبت الوكالة باقرار الموكل على نفسه أنه وكله، وبشهادة عدلين ذكرين، ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا بشهادة رجل ويمين عند علمائنا أجمع (١).
فدليل ثبوتها بالعدلين، الاجماع، وما دل على قبولهما، وكذا على قبول الاقرار.

وعلى عدم ثبوتها بالمذكورين، الاجماع، والأصل مع عدم الدليل، إذ الدليل على الثبوت بهما إنما هو في المال، والوكالة ولاية وإن كانت مشتملة على المال أيضا. ولهذا لم يثبت بهما الوصية مع ثبوت الوصية بالمال بهما على ما ذكره في شرح الشرايع.

وذكر أيضا أنه إذا كانت مشتملة على الجعل يمكن ثبوته بهما، دونها كما في السرقة فإنه يثبت المال دون القطع.
وفيه تأمل، إذ المال ما ثبت إلا بثبوت السرقة التي حكم الشارع بثبوتها،

(١) إلى هنا عبارة التذكرة.

فكيف لا يلزم القطع ويلزم المال إلا أن يخصص ثبوت الحد ويقال: ليس ثبوت الحد مع شرائط القطع المذكورة، من لوازم السرقة شرعا، بل مع ثبوتها بغيرهما، وكذا الكلام هنا، فتأمل فيه.

ثم اعلم أن الظاهر من كلامهم أنه لا بد في الاثبات بالشاهدين من ضم حكم الحاكم إلا ما استثنى، مثل الهلال.

قال في التذكرة هنا: لو قال (أي من شهد عدلان على وكالته): ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته، لقدحه في شهادتهما على اشكال أقربه ذلك أن طعن في الشهود، وإلا فلا لأن الاعتبار بالسماع عند الحاكم، وجهله (١) بالعدالة - مع علم الحاكم بها إما بنفسه أو بالتركية - لا يضر في ثبوت حقه (٢). ودليله غير واضح. وكذا الحكم، والمستثنى (٣)، فإنه غير مضبوط وقد اعترف به شرح الشرايع على ما مر، وفي ذلك (٤) حرج، وسيجئ تمام البحث فيه إن شاء الله. إلا أن الأمر في الوكالة أسهل، لأن الظاهر أنه إذا علم الوكيل وادعى ذلك وكان متصرفا من غير منازع يجوز المعاملة معه والأخذ منه والتصرف فيه، وكذا في الولي والوصي، بحمل أعمال المسلمين على الصحة، ولقبول قول امرأة طلقها زوجها: أنها تزوجت آخر وطلقها المحلل ودخل بها وخرجت عن العدة عند الأكثر. واشترط بعض كونها أمينة كما هو ظاهر الرواية الصحيحة (٥).

(١) يعني جهل الوكيل بعدالة الشاهدين.

(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

(٣) الظاهر أنه يريد من الحكم ما ذكره قده قبيل هذا بقوله: من ضم حكم الحاكم ومن المستثنى

ما ذكره بقوله: (إلا ما استثنى) والله العالم.

(٤) إن المراد من قوله قده: وفي ذلك هو حكم الحاكم والله العالم.

(٥) راجع الوسائل باب ١١ من أبواب أقسام الطلاق ج ١٥ ص ٣٧٠.

ولأنه لو لم يكن كذلك للزم الحرج والضيق.
ولأنه على ذلك عمل المسلمين.
ولأنه يعلم كل أحد أن الغنم مثلا ليس ملكا للقصاب ويبيع، وكذا أمتعة
البراز وفواكه البقال وأموال التجارة.
ولأنه ما نقل عن أهل البيت عليهم السلام، ولا عن العلماء، التوقف في
ذلك والاستفسار وكانوا يشترون الأشياء عن الوكلاء ويقبضون الهدايا والتحف
وغيرها من الوكلاء وممن في يده، بل قالوا بجواز الأخذ من الصبيان والعيبد وكانوا
يوكلون الناس ويبعثون إلى البلاد البعيدة وكان معلوما عدم الشهود معهم،
وبالجملة، الظاهر أن لا كلام فيه، الله يعلم.
وأیضا، الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة أيضا حيث قالوا:
لا يثبت إلا بعدلين وإن أمكن أن يكون الحصر إضافيا بالنسبة إلى رجل وامرأتين
ورجل ويمين ونحوهما من شهادة النساء، ورجل واحد، ولهذا قالوا: هذا الكلام فيما
صرحوا بثبوتها بالاستفاضة، مثل رؤية الهلال حيث ذكر ذلك في كتاب الصوم، ثم
عد مما يثبت بالاستفاضة في محله وفعل ذلك في القواعد والدروس.
وأیضا لا يجد العقل فرقا بين الأمور بحيث يثبت البعض بالاستفاضة دون
الغير، فإن كان عليه دليل، مثل كونه أقوى ظنا من الشاهدين فيثبت بالطريق
الأولى، فلا ينبغي التخصيص، بل يجري في الكل كما يفهم من شرح الشرايع.
ولكن في كون ذلك دليلا تأمل حيث يجب في الموافقة (١) العلم بالعلة
ووجودها فيه، وذلك غير واضح، إذ قد يكون الثبوت بالعدلين تعبدا محضا.
ولهذا لو فرض حصول مثل ذلك الظن، بل الأقوى بسبب القرائن، مثل

(١) يعني مفهوم الموافقة.

ولا بموافقة الغريم.
ولو اختلفا في تاريخ الايقاع أو في اللغة أو في العبارة، لم يقبل،
ولو كان ذلك في الاقرار قبل.

كون المدعي ورعا جدا وفي الغاية، وكذا شاهده مع الوحدة وقلة ما يدعيه جدا بحيث يقرب الجزم بعدم الكذب، لم يعمل به على الظاهر.
وكذا الظاهر أنه لا يعمل بها في الحد والرجم وإن كان الظن أقوى، بل القتل أيضا فإن الجرأة على أمثالها من غير نص وإجماع، مشكل جدا فكيف مع ظهور المنع من الأكثر بحيث كاد أن يكون إجماعا، فالتعميم مشكل.
وكذا التخصيص ببعض دون البعض إلا أن يكون بدليل خاص من إجماع ونحوه.

نعم يمكن ذلك في مثل الوكالة بقرائن بحيث يعلم أو يقرب من العلم بحيث ما يبقى إلا الاحتمال الذي باق في العلوم العادية، والاحتياط طريق السلامة لو أمكن فلا يترك وسيجيء إن شاء الله تمام البحث.

وقوله: (بعدين اتفقا) كأنه يريد به الاتفاق في تاريخ الايقاع والعبارة الدالة على انشائها كما ستعلم، قال في التذكرة: من شرط قبول الشهادة اتفاق (الشاهدين - خ) العدلين على الفعل الواحد، فلو شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه وكله يوم السبت لم يثبت البينة لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم يكمل شهادتهما على فعل واحد، فتأمل.
قوله: " ولا بموافقة الغريم " أي لا تثبت الوكالة باقرار من ادعي عليه أنه عنده مال لزيد مثلا بالوكالة وتصديقه إياه بمعنى أنه لا يترتب على جميع أحكام الوكالة، نعم له العمل بمقتضى اقراره، وقد مر البحث في أنه يؤمر بالتسليم أم لا؟ والفرق بين العين والدين.

قوله: " ولو اختلفا في تاريخ الايقاع الخ " حاصل دليلهم على اشتراط

الاتفاق في التاريخ واللغة والعبارة - إذا كان انشاء دون اقرار - أنه لا بد في ثبوت عقد الوكالة من النصاب الشرعي ولم يحصل مع الاختلاف فيها إذا كان المشهور انشاء وصدور العقد، فالمانع هو وجود الاختلاف في الانشاء والأصل عدمه في الاقرار لأن وجود الاتحاد شرط، فيمكن الاخبار عنه مرارا متعددة مع اتحاده وقد أقر مختلفا وأنه يمكن حصوله في الاقرار فإن له خارجا، إذ قد يكون الواقع العقد من الموكل متحدا، فلا يلزم من تعدد الاقرار تعدد الانشاء الذي هو المانع من القبول، فيكفي احتمال الاتحاد لأن الأصل عدم المانع، وهو التعدد، ويمكن اجراؤه على القول بالشرطية أيضا.

وفيه تأمل، فإن ظاهر قولهم: إن الاتفاق شرط (١) ومع ذلك إذا كان الاختلاف مانعا ينبغي العلم بزواله، ومجرد (٢) أن الأصل عدم الاختلاف والتعدد المانع مع صدور الاقرار مخالفا مما يشكل اعتباره في الشهادة. وأيضا إذا كان ذلك مانعا فما يكون الشاهد مثلا إذا سمع التوكيل، أن يقول: وكله، بل ينبغي تفصيله، لاحتمال أن يكون الاختلاف موجودا مع شاهد آخر خصوصا إذا لم يكن وقت السماع معه أحد، مع أنهم ما اشترطوا (ما شرطوا خ) في الشاهد بالوكالة ولا في الحكم، الاستفسار والتفصيل، بل يحكمون بمجرد قولهما إنه وكله، أو وكيله.

ولأنه ما نجد لهم دليلا على عدم اعتبار اتحاد الشاهد المقبول على كل عقد من العقل والنقل، بل نجده مجرد الدعوى، فلم لا يجوز الاكتفاء بشاهد واحد في كل عقد إذا كان مما يقبل التعدد ولا يضره، فإنه من الجائز أن يقول عند شاهد عدل

(١) يعني ظاهر قولهم اشترط الاتفاق لا مانعية الاختلاف.
(٢) مبتدأ وخبره قوله قده مما يشكل.

يوم الجمعة بالعربية: وكتك، وفي يوم السبت، عند آخر: (وکیل كردم شما را) لغرض من الأغراض مثل الاشهاد كما في الاقرار، فإن الشاهدين يشهدان بإذنه له في التصرف، ولا منافاة، إذ يجوز صدوره منه مرتين ومختلفين، وأمثاله كثيرة. وليس مثل الطلاق الذي يشترط فيه سماع الشاهدين معا، صيغة واحدة، فإن عليه دليلا خاصا.

وبالجملة، الظاهر من القوانين، القبول، وأنه لا إجماع على عدمه، وإن كان المصنف هنا وغيره على العدم، وكذا المحقق الثاني، وأنه المشهور كما قاله في شرح الشرايع.

وظاهر كلام المحقق في الشرايع ذلك قال: ولو (١) شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ منه والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما وكذا لو شهد أحدهما بأنه وكله بالعجمية والآخر العربية الخ.

وإن كان في ترده في - مثل قول أحدهما أن الموكل قال: وكتك والآخر استنتك - تأمل لأنه إن كان مع اتحاد وقت الوكالة ينبغي البطلان وعدم الثبوت للتنافي، وإن كان مع الاختلاف يصح مثل ما تقدم، وينبغي الاستفسار مع عدم التصريح، وكذا في صورة العربية والعجمية مع امكان العمل، بهما مع عدم التهمة للحمل على الصحة مع فرض العدالة والضبط كما في سائرهما. وبالجملة، الفرق بين استنتك ووكتك، وبين العربية والعجمية محل التأمل.

وكذا الفرق بين الاقرار والانشاء باشتراط الاتحاد وعدمه، بما مر، لأنه

(١) هذه عبارة الشرايع ولكن في الشرايع بعد قوله ره شهادتهما: نظرا إلى العادة في الاشهاد، إذ جمع الشهود لذلك في موضع الواحد قد يعسر وكذا الخ (الشرايع الخامس فيما ثبت به الوكالة).

ويجب التسليم مع المطالبة والقدرة، فإن آخر ضمن.

لا ينفع ثبوت خارج للاقرار، والأصل عدم التعدد، إذ الشهادة والحكم إنما وقع على الاقرار والفرض تعدد عقده، وعدم ثبوت المتعدد (التعدد ظ)، واشتراط عدم التعدد، واشتراط الوحدة، في المشهود به أو مانعية التعدد في الأمور المذكورة. وقال في شرح الشرايع: هذا (١) غاية ما يمكن أن يقال في الفرق، إشارة (٢) إلى ما قدمناه.

ويمكن أن يفرق بأن التعدد في الانشاء يضر دون الاقرار، لأن الشهادة على الانشاء في قوة قوله: (إلى حين ايقاع الانشاء ليس بوكيل مطلقا) فهو مكذب لشاهد آخر فلا يمكن توكيل الموكل وبيع المبيع وغير ذلك بخلاف الاقرار، فإنه لما كان خبرا عن أمر واقع، ومعلوم عدم جواز امتناع خبر بعد خبر، فلا يدل على عدم وجود أخبار آخر.

فتأمل، فإن فيه أيضا تأملا لأنه قد يمنع عدم جواز التعدد، والتنافي (٣)، لما أشرنا إليه بأنه قد يتعدد الانشاء لغرض من الأغراض، مثل الاشهاد ورفع شبهة وقعت في الأولى أو غير ذلك فتأمل.

قوله: "ويجب التسليم مع المطالبة الخ" الظاهر أنه لا خلاف في وجوب تسليم مال الغير إلى مالكة مع طلبه والقدرة على التسليم مطلقا وجوبا فوريا وكيفا كان أو غريما أو مستعيرا أو ودعيا. وكذا في خروج الأمين عن الأمانة فيصير ضامنا بالتأخير كالعاصب.

(١) عبارة شرح الشرايع (المسالك) هكذا: غاية ما يمكن توجيهه في الفرق الذي ادعوه (انتهى).
(٢) يعني قوله ر: هذا الخ إشارة إلى ما قدمناه من الفرق وقد بين في عبارته قبل هذا الكلام بما ذكرناه.

(٣) يعني أن الخلاف فيما إذا طالبه الغريم لم يدفع إليه وشرع في عبادة هل تصح هذه العبادة التي ينافي فورية الدفع أم لا؟.

وإنما الخلاف في بطلان ما ينافي الدفع، من العبادات، والقوانين الأصولية تقتضي البطلان على تقدير بقاء وجوب الفورية في الدفع وعدم استثناء وقت العبادة وعدم كون العبادات مضيقّة وهو ظاهر، بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل حيث نجد أن القائل بالعدم يقول به.

وكذا الحكم في كل الفوريات كالزكاة والخمس والمال الموصى به للفقراء، بل ما دفع للصرف إلى مصرف إلا أنه لا يشترط هنا المطالبة إذا كان للصرف عامًا، مثل الزكاة والخمس فإنه لا يتوقف على الطلب، إذ ليس له مطالب معين صرح به في الدروس، وكذا إذا كان خاصًا وما علم به، وكذا الواجب بالندب وشبهه والكفارات.

ولكن في الفورية هنا (١) تأمل، والأصل ينفيهما، وكذا عدم كون الأمر للفور وخرج منه ما عليه دليل ويبقى الباقي.

نعم قالوا: يجوز لكل من عليه حق، أن يمتنع من التسليم إلى أن يشهد وإن كان من عليه الحق أمينًا يقبل قوله باليمين، مثل الوكيل، حذرا عن اليمين، ومعلوم أن هذا إنما يكون في الحقوق الخاصة المتعلقة بالأشخاص التي تحتاج إلى اليمين، على الدفع أو الشهود ولا يقبل قوله.

فلا يرد اعتراض شارح الشرايع على كلامه، كل (٢) من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض آه بقوله: وقوله: كل من بيده أو في ذمته يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكاة فإنها (٣) حق في الذمة

أو في يده على تقدير عزلها وليس له التأخير إلى أن يشهد على عزلها (٤) (دفعها خ) وهو

(١) يعني في وجوب تسليم مال الغير فورًا إذا طالب الموكل.

(٢) في الشرايع (الرابعة): كل من بيده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع الخ.

(٣) متعلق بقوله اعتراض.

(٤) إلى هنا عبارة المسالك.

ظاهر.

ثم اعلم أن في فتح هذا (١) اشكالا، إذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصا في زماننا هذا وفي أكثر البلدان، فإن أهلها يمتنعون (يمنعون خ) عن الصلاة جماعة، بل صارت معدومة بالكلية، لعدم العدل مع سهولة الأمر في ذلك، وإن كانوا يرتكبون الطلاق مع صعوبة الأمر فيه بالنص والاجماع، وكذا في بعضها (٢) عن الطلاق أيضا لذلك، حتى أنه قال الشهيد الثاني، والسيد المعاصر (٣) تلميذه، أنه لو قيل بعدم جواز التقصير للعاصي بسفره، لم يجز لأحد التقصير إلا نادرا لتركهم الواجبة (٤) العينية وعدم إمكان تحصيلها في السفر فهو معصية وإن كان فيه بحوث قد مضت.

(منها) أنه مبني على كون الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضده الخاص وهو لا يقول به، فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر المستلزم لمنع صاحب المال، عن ماله الذي يدل العقل والنقل على قبحه خصوصا إذا استلزم فوت المصالح مع أنا ما نعرف دليلا واضحا على جواز ذلك المنع إلا ما أشير، وهو احتمال لزوم اليمين، وهو لا يعارض العقل والنقل.

على أنه قد لا يلزم، بل قد يعلم من حال صاحب المال انتفاء ذلك وأنه لا محذور فيه، وعلى تقديره ليس بأشد من منع المال عن مالكه، مع أنه قد لا يفيد في تكليفه أيضا بذلك لعدم حضور المال في ذلك البلد، والشهود إنما تنفع مع الحاكم

(١) يعني الحكم بوجود تسليم الحق إلى صاحبه بمجرد المطالبة موجب لفتح اشكال وهو أنه قد يتعذر الخ وحاصله أنه موجب لانعدام صلاة الجماعة رأسا وبطلان الطلاق أحيانا وذلك لعدم تحقق العادل حينئذ. (٢) في بعض البلدان.

(٣) لعل المراد السيد نور الدين والد صاحب المدارك أو ابن الصائغ صاحب كتاب شرح الشرائع.

(٤) يعني الواجبات التكليفية العينية.

ولو وكله في القضاء ولم يشهد به، ضمن.

على ما قالوا، وقد لا يكون هناك قد يسد أبواب المعاملة مثل الديون والعارية والإجارة وغيرها.

فالمنع عن مثله - لاحتمال بعيد للاعتقاد على أمر غير متحقق، إذ قد لا يكون الحاكم أو يموت الشهود أو يخرج عن شرط القبول - بعيد خصوصا ممن يقبل قوله، ولهذا خص البعض بما عليه البينة (أشار إليه في الشرايع) (١). وبالجملة، الحكم الكلي مشكل جدا إلا أن يكون عليه نص أو إجماع، الله يعلم.

ولكن لا إجماع، حيث قال في التذكرة: فلو قال من في يده المال أو عليه: لا أدفع المال إليه إلا بالاشهاد، فالأقرب (٢) أن له ذلك - بعد أن قال: يجب الرد كما في المتن - ويمكن تخصيص عباراتهم بما لا يستتضر صاحبه، فتأمل. وكذا قوله: (ولو وكله في القضاء الخ) أي لو وكله في قضاء دين عليه، فلا بد من الاشهاد المقبول عند القضاء، لأنه المبرئ للذمة، ظاهرا وباطنا، والذي هو مطلوب، الموكل، والموكل فيه، فلو ترك لم يأت بالموكل فيه، فيكون ضامنا وآثما أيضا على الظاهر حيث إنه ما كان مأذونا بالدفع.

وفيه أيضا ما تقدم في الجملة وفي فتح باب مثل هذا سد لباب قبول الوكالة إلا مع الجهل فيمكن أن يعذر، ولهذا تردد في الشرايع (٣). والظاهر، العدم، لعدم اقتضاء الوكالة، الاشهاد مع تركه، والأصل براءة الذمة، ولو لم يشهد وأنكر الغريم أداءه، يغرم هو للموكل، ولا يقبل قوله حيث فرط

-
- (١) في النسخة المطبوعة الحجرية: (في شرح الشرايع).
(٢) فإن هذا التعبير دال على أن المسألة خلافية كما لا يخفى.
(٣) قال: السادس في اللواحق (إلى أن قال): الخامسة في الايداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن وفيه تردد (انتهى).

بخلاف الايداع.
وللبايع مطالبة الوكيل مع جهل الوكالة.

إلا أن يكون الموكل مقرا به، فتأمل.
وأیضا قد يكون الموكل حاضرا أو علم الإذن من القرائن فليس ببعيد،
الجواز وعدم الضمان حينئذ، وكونه مستثنى أيضا من هذا الكلام.
ونحوه قوله: (بخلاف الايداع) أي بخلاف إن وكل في الايداع، فإنه
لا يلزمه الاشهاد ولو تركه لم يضمن.
لعل الفرق أن الودعي أمين وليس بضامن وقوله مقبول، فتأمل.
وقيل: إن الخفاء في الوديعة مطلوب بخلاف قضاء الدين.
وفيه تأمل، إذ قد يكون خفاء القضاء أيضا مطلوبًا كالوديعة.
ويمكن أن يقال: الأصل، العدم حيث حكم بالوكالة من دون الشرط
فيجوز من دون الاشهاد إلا فيما يثبت له دليل.
وما نعرف دليلا في القضاء أيضا، لعله لا إجماع حيث تردد في الشرايع،
والأصل يشمل الكل فيقتضي عدمه في شيء مما أمر به إلا إذا كان شرطا فيه
مثل الطلاق أو يكون عليه دليل.
والظاهر أن جميع الأمانات، مثل التسليم إلى المستعير والوكيل، مثل
الايداع، فتأمل.

قوله: " وللبايع مطالبة الوكيل مع جهل الوكالة " لا الموكل مع علمه أي
للبايع مطالبة الوكيل دون الموكل بثمن مبيعه إن كان جاهلا بوكالته في البيع.
وجهه ظاهر كوجه مطالبة الموكل فقط به مع علمه بالوكالة لا الوكيل، فإنه
واسطة في ايقاع العقد حتى أن ليس له قبض المبيع ولا تسليم الثمن على ما مر تفصيله
إلا مع القرينة.

نعم لو علم تسليم الثمن له والإذن في التسليم مع تسلمه المبيع، لا يبعد

وتقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه. ولو عزل قبلت في الجميع ما لم يكن أقام بها أو شرع في المنازعة.

مطالبته أيضا، وله حينئذ مطالبة الموكل أيضا على سبيل التخيير والبدل فيمكن تخصيص العبارات وهو ظاهر.

وأیضا، الظاهر أن المراد إذا كان في الذمة، وأما إذا كان عينا فلا يطلبه إلا عمن في يده، سواء كان الوكيل أو الموكل.

قال في شرح الشرايع: لا يتم هذا على إطلاقه لأن الثمن لو كان معينا لم يصح له مطالبة غير من هو في يده الخ.

فيه تأمل إذ لا يخفى أن هذا (ذلك خ) إن كان في يد الغاصب مثلا مع جهله بكونه غاصبا يمتنع من الأداء يمكن كون المالك مطالبا ومكلفا بالتسليم، فإنه يحصل الضرر مع العدم، بل مع العلم أيضا، إذ لا بد للاقباض من المالك فتأمل.

وقال أيضا: ولا يكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل بالوكالة لا مكان توأطئهما على اسقاط حق البائع عن مطالبة الوكيل.

هذا غير بعيد خصوصا إذا كان المقر قويا، ولا يمكن الأخذ منه والوكيل ضعيفا إلا أن فيه تأملا، إذ صاحب اليد مقر بأنه لغيره، وكذا من أقر له فينبغي القبول، إلا أن يقال: بعد العقد لا يقبل قوله، وحينئذ، الظاهر أن له مطالبة كل واحد على سبيل البدل قاله الشارح ونقله عن التذكرة أيضا.

قوله: "وتقبل شهادة الوكيل الخ" لا نزاع في قبول شهادة الوكيل بين المسلمين على الظاهر، على الموكل، لحصول الشرائط وعدم المانع، ولا في قبولها له فيما لا ولاية له عليه مطلقا، وأما فيما له ولاية ووكالة فيه فيقبل عند الأصحاب فيه أيضا إذا كانت الشهادة بعد العزل ما لم يكن أقام الشهادة حين الوكالة وردت لتهمة الوكالة، أو لم يكن عزله الموكل بعد شروعه في تلك المنازعة والمخاصمة فلا يقبل على

" مسائل النزاع "
لو أنكر المالك الإذن في البيع بذلك الثمن وادعى الأزيد،
فالقول قوله مع اليمين.
ثم تستعاد العين إن أمكن، وإلا المثل أو القيمة.

أحد هذين التقديرين.
أما وجه القبول مع عدمهما (مطلقا خ) فهو ما تقدم، وأما وجه العدم على
أحدهما فهو التهمة.
ووجه عدم القبول حين الوكالة فيما وكل فيه، التهمة وجز النفع.
وفيها تأمل، إذ قد لا يكون جر نفع، ولا نسلم كون مطلق الولاية والوكالة
نفعاً، بل قد يكون مضراً، وكذا التهمة، وكون مثلها مانعاً من قبول الشاهد المقبول
يحتاج إلى الدليل، بعد الدليل على قبول شهادة العدل المتصف بالشرائط، سوى
هذا المنازع (المتنازع خ)، فتأمل.

" مسائل النزاع "
قوله: " لو أنكر المالك الإذن في البيع الخ " أي لو أنكر الموكل - بعد
ثبوت كون البيع له - الإذن بالثمن الذي باعه - الوكيل وادعى أنه وكله بأزيد - فالقول
قوله مع يمينه، لأنه منكر، والأصل يقتضي عدم خروج مال عن ملك صاحبه
إلا برضاه وحينئذ له العين المبيعة فيستعيدها إن أمكن وإلا يأخذ مثلها إن أمكن
وإلا فقيمتها وقت الدفع إن كان مثلياً ووقت التلف إن كان قيمياً على الظاهر إلا
أن يكون عالماً بعدم الوكالة بذلك الثمن، فيكون غاصباً، فيجئ فيه احتمال
الأخذ بأشق الأحوال، وهو محتمل مع الأول.

فإن صدق المشتري الوكيل وتلفت السلعة في يده رجع المالك على من شاء.
فإن رجع على المشتري لم يرجع المشتري على الوكيل.

قوله: " فإن صدق المشتري الوكيل الخ " أي بعد أن لم يثبت البيع المذكور، بل بطل حيث علم الوكالة في الجملة وبطلانها، لأن الوكيل فعل ما لم يوكل فيه على ما أنكر الموكل وما كانت بينة وحلف فإن صدق المشتري - الوكيل في البيع الذي فعله وتلف المبيع في يد المشتري - فالمالك مخير بين الرجوع إليه، وإلى الوكيل لأن كلا منهما تصرف فيما ليس له التصرف فيدهما يد ضمان، فله أن يطالب من يريد وهو مقرر عندهم، كأنه لا خلاف في هذا الأصل عندهم.
وكأن سنده: (على اليد ما أخذت حتى يؤدي) (١) ولا شك في مطالبة المشتري حيث هلك في يده فتأمل.

فإن رجع على المشتري بعوض المبيع وأخذه منه لم يرجع المشتري على الوكيل بشيء حيث إن مخسره (٢) ومأخذه من ماله فلا ينافيه أخذ ثمن المبيع الذي سلمه إياه إن سلم.

ولعل الفرض (الغرض خ) عدم تسليم الثمن إياه، إذ الوكيل لا يملك أخذه كما مر وهو ظاهر.

ولكن ينبغي أن يعطي المشتري عين الثمن أن كان عينا، والزائد على القيمة إن كان الثمن زائدا، لأن الفرض (الغرض خ) صحة الشراء عنده وبزعمه، فينبغي أن يفعل ما يبرئ ذمته، وله أن لا يعطي المشتري مهما أمكن أو يأخذ من ماله

(١) عوالي اللئالي ج ١ ص ٢٤ و ٣٩٨ و ج ٢ ص ٣٤٥ و ج ٣ ص ٢٤٦ و ٢٥١ طبع قم مطبعة سيد الشهداء.

(٢) هكذا في بعض النسخ ولعل المراد أن خسارة مال المالك وما هو المأخذ من مال الوكيل لا الموكل وفي بعض النسخ الآخر بدل قوله: حيث إن مخسره الخ (حتى يجره ويأخذ من ماله) وفي بعضها الآخر: حتى ينجزه ويأخذه من ماله ولكل وجه وإن كان الأصوب ما أثبتناه.

وإن رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه وما غرمه (من قيمته خ).

عوضه إن تمكن لو سلم الثمن إلى الوكيل بإذن الموكل. وإن رجع على الوكيل وأخذ العوض عنه فله أن يرجع على المشتري بأقل الأمرين من الثمن الذي وقع العقد عليه وما غرمه (١). لأنه أما إن كان ما غرمه أكثر بأن كانت القيمة حال الأخذ أكثر مما وقع عليه العقد، وإن كان لا يسوى حال العقد إلا ما باع به فلأن اعتقاده وقراره أن المأخوذ ظلم، فلا يستحق أخذه إلا من الظالم فله الأخذ منه بوجه إن أمكنه كما مر فلا يرجع على أحد.

وأما إذا كان الثمن أكثر، فلأنه لا معنى للرجوع بأكثر مما غرمه، ولكن ينبغي أن يرد المشتري أو الوكيل الزائد من الثمن إلى الموكل لأنه ماله بزعمهما، وهو أيضا ظاهر.

هذا إذا كان التوكيل في الجملة ثابتا.

وأما إذا لم يكن ثابتا فلا بد للمالك من البيعة على أن البيع له ولا يكفي اقرار الوكيل البائع بعد البيع، فإن ثبت فذلك وإلا فيرجع على الوكيل فقط بالقيمة السوقية والوكيل يأخذ الثمن الذي وقع عليه العقد ثم يدفع الزائد وله أخذ ما أعطاه زائدا على الثمن كما مر.

هذا كله واضح إلا أنه قال المحقق الثاني في شرح القواعد في هذه المسألة: ما نفهم، (٢)، الحكم (٣) في هذه كالحكم في المسألة السابقة بغير تفاوت

(١) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة - بعد قوله قده: (العقد عليه) - هكذا: وإن كان لا يسوى ما غرمه لأنه الخ.

(٢) هكذا في النسخ ولعله سقط لفظة (لا) بعد لفظة (ما) يعني ذكر المحقق الثاني ما لا نفهمه.

(٣) الأولى نقل عبارة القواعد: قال ولو ادعى لا إذن في البيع بألف فقال: إنما أذنت بألفين حلف الموكل ثم استعيد ومع العين ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء إن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه وإن رجع على الوكيل عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه (انتهى) وقال في شرح القواعد: الحكم في هذه المسألة الخ.

وقول المصنف: (حلف الموكل ثم استعيد العين آه) إنما يستقيم بعد ثبوت أصل التوكيل مع حلفه على نفي ما يدعيه الوكيل وقوله: (فإن رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل إن صدقه) ليس بجيد، لأنه مع تصديقه إياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع إليه والموكل لا يدعيه وقد أغرم المشتري عوض العين فلا مصرف أولى به من هذا، نعم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجع بها وقوله: (وإن رجع على الوكيل رجع عليه بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه) لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا لم يثبت أصل التوكيل ورجع الوكيل إلى تصديق الموكل (١).

فليتأمل ذلك، لأن قوله: (إنما يستقيم الخ) حق إلا أنه المفروض كما يظهر لمن تأمل المتن ولأن قوله: (ليس بجيد) ليس بجيد، لما قلناه من معين قوله: (لم يرجع على الوكيل وهو ظاهر).

ولأن قوله: (لا يخفى تلخ) مخفي، إذ كون رجوع الوكيل على المشتري بالأقل - على تقدير رجوع الموكل عليه مبنياً على عدم ثبوت أصل التوكيل - غير ظاهر فإن الحكم المذكور على المشتري بأقل الأمرين المذكورين لما مر إلا أنه لو كان الثمن زائداً ينبغي أن يعطى إلى الموكل على ما قررناه، بل لا نفهم رجوعه بأقل الأمرين على المشتري على تقدير عدم ثبوته، إذ حينئذ يكون المال للوكيل على زعم المشتري فيرجع إليه بكل الثمن.

ولكن إذا كان زائداً على ما غرمه يعطى الزائد إلى الموكل كما مر. وإن كان ناقصاً لم يأخذه من المشتري وله أخذه من الموكل إن تمكن بينه

(١) من قوله قده: الحكم في هذه (إلى قوله): (تصديق الموكل) كلام شارح القواعد.

ولو قال: ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وكان الشراء بأزيد،
حلف ويغرم الوكيل الزائد إن أنكر البائع الوكالة وإلا اندفع الشراء.
ولو أنكر الغريم وكاله الغائب له فلا يمين ولو صدقه لم يؤمر
بالتسليم إليه.

وبين الله على أنه يصير المتن في غاية الركاكة ولعل في العبارة غلطا.
قوله: " ولو قال: ما أذنت إلا في الشراء الخ " وجهه يعلم مما سبق،
فإنه يحلف الموكل على عدم التوكيل بالشراء بما اشترى الوكيل وأنكر البائع الوكالة
مطلقا ولم يتمكن الوكيل من اثبات الوكالة فيحكم بكون الشراء للوكيل ظاهر
فيجب أن يعطي الثمن كله إلى البائع ويأخذ المبيع ويغرم للموكل ما أعطاه إياه.
وإن ثبتت الوكالة في الجملة أو على ما يدعيه الوكيل باقرار البائع، يحكم
ببطلان الشراء ظاهرا وكل منهم في هذه المسألة وغيرها، مكلف بما بينه وبين الله
فيعمل ما يخلصه عند الله بايصال حق ذي حقه إليه بأي وجه أمكنه... وهو ظاهر.
قوله: " ولو أنكر الغريم الخ " أي لو ادعى شخص وكالة غائب، بل
حاضر أيضا، على أخذ ماله من غريمه وأنكر الغريم وكالته، فلا يمين على الغريم، لأن
اليمين إنما يتوجه على من لو صدق يلزم بمقتضى تصديقه، ولو صدق الغريم وكالته لم
يؤمر بالتسليم كما يدل عليه قوله: (ولو صدقه لم يؤمر بالتسليم).
وقد مر تفصيل هذه المسألة، وأنه فرق في شرح القواعد وشرح الشرايع
مأخوذا من التذكرة والقواعد، بأنه إن كان عينا لم يؤمر بالتسليم، ولكن إن سلم لم
يمنعه الحاكم وإن كان ديناً، يؤمر به.
وحينئذ ينبغي توجه اليمين على عدم العلم بالوكالة إن أنكره إذا كان ديناً.
وقد مر أيضاً التأمل في دليل عدم ايجاب التسليم في العين.
ولكن جواز التسليم له، بل وجوبه بينه وبين الله تعالى لا بأس به بشرط

والقول قول منكر الوكالة.
وقول الوكيل في التلف وعدم التفريط.
والقيمة معه.
وايقاع الفعل.

علمه الشرعي بالوكالة لا بمجرد حسن الظن ونحوه، فتأمل.
ولعل فرض الغائب لعدم الاحتياج في الحاضر إلى البحث، فإنه قد يسأل
إلا أن يتعذر وحينئذ يمكن ادخاله فيه.
قوله: " والقول قول منكر الوكالة: أي لو باع شخص أو اشترى مثلا
فادعى شخص كونه وكيله في ذلك فأنكر الأول فالقول قوله، لأنه منكر وهو ظاهر،
وأما إذا قبله فلا يحتاج إلى البحث.
وكذا القول قول الوكيل في تلف ما في يده على المشهور وقد ادعى الاجماع
على ذلك في شرح الشرايع وشرح القواعد وقد مر فتذكر وتأمل.
وكذا القول قوله في عدم التفريط في الحفظ ونحوه، وهو ظاهر للأصل وحمل
المسلم على عدم ترك واجب وفعل حرام.
وكذا القول قوله في قيمة ما تلف ما في يده مع التفريط لأنه الغارم والأصل
براءة الذمة هذا كله مع اليمين وعدم البينة، وهو أيضا ظاهر.
وكذا قوله في ايقاع الفعل الموكل فيه، لأنه فعله وهو أعرف به، ولأنه منكر
أيضا على بعض التعريفات والوجوه ولحصول الضرر، ولأنه أمين.
ويحتمل العدم هنا، لأن الأصل عدم الفعل وبقاء الملك لمالكه، ولأنه
منكر ظاهرا.
وكأنه أظهر لما مر، والأمانة مطلقا ممنوعة، وكذا الضرر، ومعارض بضرره
والأعرافية ليست بحجة.

والابتياح له أو للموكل.
وقول الموكل في الرد وإن لم يكن بجعل على رأي.

ولكن يجب أن يعلم عدم الفعل حتى ينفيه ويدعيه ويحلف على عدمه، ولا يني، على أن الأصل، العدم والظن (١) ومعلوم عدم محالية العلم بأن يكون في مدة الوكالة معه، مع احتياج فعل الموكل فيه إلى المفارقة أو عمل الجوارح ونحو ذلك. وكذا البحث في الابتياح له أو للموكل فيما إذا ابتاع مع كونه وكيلا في الابتياح.

ولكن الظاهر هنا أو القول قول الوكيل إذا قال: اشتريت لنفسي، للأصل ولأنه فعله.

وأما إذا قال: فعلت لك ففيه تأمل كما تقدم فتأمل، وهنا فرض العلم يمكن بأن يكون حاضرا في الابتياح فذكر نفسه أو الموكل وسمع الموكل أو ثبت عنده بطريق شرعي باقراره عنده ونحوه.

وأما إذا سلم أنه أطلق، فالظاهر أن القول قول الوكيل بغير نزاع، فإنه أبصر بنيته ولا يمكن دعوى أنه قصد غير ما ادعى فلا يقبل قول مدعيه، ومعلوم أن المراد أن القول قوله في هذه المواضع كلها مع يمينه وعدم البينة.

قوله: " وقول الموكل في الرد الخ " وجهه ظاهر، لأنه منكر، ولأن الأصل عدم الرد وعلى اليد ما أخذت ولا يلزم سد باب قبول الوكالة، إذ الاشهاد على الرد ممكن، مع أنهم قالوا: له الامتناع حتى يشهد، بخلاف التلف، إذ قد يتلف في موضع لا يمكن الاشهاد بغير اختياره وسرا، مثل السرقة، ولأنه قد ادعي هنا الاجماع بخلافه هناك، فلا فرق بين كون الوكالة مجانا أو بجعل كما اختاره المصنف، وقال في الشرح أنه مذهب ابن إدريس والشرايع.

(١) يعني لا يني على الظن.

وفي قدر الثمن المشتري به على رأي. ولو أنكر وكالة التزويج حلف وألزم الوكيل بالمهر.

واختار في النافع، أنه إن كان بجعل، فالقول قول الموكل، وإلا فقول الوكيل فإن التصرف كان لمصلحة المالك فيكون كالمودع والحافظ الأمين، على تقدير تسليم الحكم في الأصل - لاجتماع ونحوه - نمنع الفرع لأنه قياس مع عدم ظهور العلة.

وكذا القول قوله في الثمن المشتري به، للأصل ولأنه منكر، ولأنه غارم. والفرق بين الشراء بالعين - فيكون القول قول الوكيل، وبين الشراء في الذمة فيكون القول قول الموكل كما نقله الشارح عن القواعد - غير ظاهر، والدليل يقتضي ما في الكتاب.

قوله: " ولو أنكر وكالة التزويج الخ " يعني لو زوج شخص امرأة الآخر - بادعاء وكالته فأنكر الزوج الوكالة في التزويج ولا بينة - فالظاهر أن لا يثبت التزويج كوكالة ويكون القول قول الزوج مع اليمين وألزم الوكيل بتمام المهر، وقيل بنصفه، وقيل بالبطلان، ولا شيء على الوكيل، ولا على الموكل، ولكن بينه وبين الله إن كان كاذبا يجب عليه الطلاق ونصف المهر، وجهه ظاهر.

وأما وجه تمام المهر على الوكيل - كما هو مذهب الشيخ وللمن تابعه فيه - فهو أنه عقد له عليها فلما أنكر الزوج لزم الوكيل، لأنه ضيع حقها وقصر بترك الاشهاد ولا ينتصف إلا بالطلاق ولا طلاق حيث لا قائل بالتزويج ونقل عن الشيخ مع ذلك جواز التزويج.

وهو بعيد (١)، إذ ما ثبت التزويج شرعا، ولهذا جاز لها التزويج بغير الزوج، ومجرد ايقاع العقد مع حكمه بالفساد، لا يوجب مهرا، وعلى تقدير ايجابه على الوكيل،

(١) يعني ثبوت أصل المهر بعيد.

وقيل بالنصف، وقيل بالبطلان ويجب على الموكل الطلاق مع كذبه ودفع نصف المهر وهو جيد.
ولو قال: قبضت الثمن وتلف في يدي، وكان ذلك بعد التسليم قدم قوله، إذ الموكل يطلب جعله خائناً بالتسليم قبل الاستيفاء.

بعيد فإنه ليس بزواج ولا ضامن للمهر خصوصا إذا ذكر كونه وكيلا.
وأما دليل النصف كما هو مذهب الشيخ أيضا ومن تابعه فهو الرواية (١)،
وكأنها - لضعفها ومخالفتها للأصول كما أشير إليها وإمكان تأويلها - ما قال بها
المصنف

ولعل البعض، مثل المحقق الثاني قال بلزوم تمام المهر مع ضمانه إلا مع الطلاق
فالنصف لتأويل الرواية.

وفيه أيضا تأمل، لما عرفت ما في الرواية، وإن الضمان على تقدير صحته
إنما يلزم مع تحقق الزوجية شرعا وليس.

ولهذا يجوز لها التزويج فكيف تأخذ مهرا (آخر خ) والأصل براءة الذمة.

إلا أن في صحيحة أبي عبيدة - في زيادات نكاح التهذيب -: إن على
الوكيل نصف المهر إذا أنكر الموكل الوكالة ولم يكن له بينه، وكذا عليه نصف المهر
أو كله إذا وكله أن يزوجه امرأة من البصرة فزوجه امرأة من الكوفة وعلى التقديرين
لا عدة ولا ميراث (٢).

وفيها تأمل وإن حملت على الضمان فتأمل.

قوله: " ولو قال: قبضت الثمن الخ " أي لو ادعي وكيل البيع أنه قبض
الثمن وتلف في يده فأنكر (وأنكر خ) الموكل القبض وكانت الدعوى بعد تسليم المبيع
وكونه في يد المشتري فالقول قول الوكيل بيمينه مع عدم البيينة، فإنه أمين والأصل

(١) راجع الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب الوكالة ج ١٣ ص ٢٧٨ الحديث هنا منقول بالمعنى.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٦ من أبواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢٢٨.

ولو كان قبل التسليم قدم قول الموكل، لأن الأصل بقاء حقه، وكل من عليه حق فله الامتناع من التسليم إلى المستحق ووكيله إلا بالاشهاد.

ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن فجدد فأقيم (فأقام خ) بينة القبض فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود، لم يقبل قوله، لخيانته ولا بينة لعدم سماع دعواه.

عدم الغرامة، ولأنه لو لم يقبل يلزم سد باب التوكيل، ولأن دعوى الموكل يلزم منها خيانته مع كونه أميناً والأصل عدم الخيانة لأنه لما كان الدعوى بعد تسليم المبيع فيلزم أن يكون سلم المبيع قبل تسليمه الثمن وهو خيانة، لما مر أنه لا يجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن، فتأمل.

وأما إذا كانت الدعوى قبل تسليم المبيع وكونه في يد الوكيل فالقول قول الموكل، لأن الأصل عدم الأخذ ولا يلزم الخيانة ولا يستلزم سد الباب وأصل عدم الغرامة يضمحل مع وجود الدليل عليه.

قوله: " ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن الخ " أي لو ادعى على وكيل البيع أنه قبض الثمن فأنكر ذلك وقال: ما قبضته فأقام الموكل البينة على أنه قبضه - ثم ادعى الوكيل أنه تلف عنده من غير تفريطه أو قال إنه رددته إليك - لم يقبل دعوى الوكيل ذلك حيث ظهر خيانته وأنه أكذب دعواه لقوله أولاً أنه ما قبضته وكل من أكذب دعواه لا تسمع دعواه ولا بينته لأنها مكذبة لدعواه، وسماع البينة فرع سماع الدعوى، هذا.

ولكن لو أظهر بجحوده وانكاره القبض أولاً وجهاً - مثل أن قال: كنت نسيته أو خفت أن لا تسمع دعواي التالف فيلزمني المال فأنكرت - هل تسمع ذلك أم لا؟ فيه تردد، (من) حيث أمكانه والحمل على الصحة وأنه أمين، (ومن) حيث إن

ولو ادعى بعد الجحود ردا سمعت دعواه ولا يصدق، لخيانته،
وتسمع بينته.
ولو ادعى التلف صدق ليبراً من العين، ولكنه خائن فيلزمه
الضمان.

فتح مثل هذا الباب يصير سببا لبطلان كثير من الحقوق فتأمل، ولعل الأول
قريب، وفي شرح القواعد بل في أيضا إشارة إلى مثله.
أما لو ادعى الرد بعد الجحود يعني قال: قبضت بعد ذلك الزمان الذي
أنكرت القبض، ورددته إليك وكان ذلك ممكنا عادة لا يصدق، يعني لا يقبل قوله،
ولكن تسمع بينته ودعواه، لأنه ممكن فرضا، وما صدر منه ما ينافيه ويكذبه فلا
مانع لسماع الدعوى والبينة.
ولكن لا يقبل قوله بمجرد دعواه لأنه خائن حيث ما قبض الثمن وقبض المبيع
فينبغي فرض تسليم المبيع في أول المسألة وإلا لم يظهر - لكونه خائنا - وجه.
وأما لو ادعى التلف بغير تفريط بعد الجحود فيصدق - أي يقبل قوله
بيمينه - ليبراً ذمته من رد عين الثمن ولكنه لما كان خائنا فيلزمه الضمان فيؤدي
المثل أو القيمة وإن كان قوله مقبولا في دعوى التلف.
لكن كان ذلك مع عدم ظهور خيانته، ومعه لا يقبل قوله كما هو مقتضى
الأصل والدليل، وكان قد خرج مع عدم ظهور الخيانة للأمانة وعدم لزوم السد وقد
انتفى.
ولكن مع اظهار الوجه الصحيح للانكار تردد كما مر فتأمل.

تم الجزء التاسع من كتاب " مجمع الفائدة والبرهان " في شرح " إرشاد الأذهان " حسب تجزئتنا، ويتلوه إن شاء الله تعالى الجزء العاشر منه من أول " كتاب الإجارة " والحمد لله أولاً وآخراً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين في ذي القعدة ١٤١١ من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف والثناء والتحية الحاج آغا مجتبي العراقي - الحاج الشيخ علي پناه الاشتهاردي الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني عفا الله عنهم بحق النبي وآله أئمتهم صلوات الله عليهم آمين

(٦١٢)