

مجمع الفائدة الجزء: ١٠

المحقق الأردبيلي

الكتاب: مجمع الفائدة
المؤلف: المحقق الأردبيلي
الجزء: ١٠
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: شعبان المعظم ١٤١٢
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
١٤٧(ش)	(٣) العمل
١٤٨(ش)	(٤) الجعل
٤٦٤(ش)	هل يجب رد العين إذا كانت أقل من الدرهم؟
٥٦٣(ش)	الهبة المقرونة بالقربة موجبة للشوب
٥	كتاب الإجارة المقصد الأول في الإجارة تعريف الإجارة ووجه ترك المصنف تعريفها وفيه مطلبان: الأول: شرائط الإجارة (١) الصيغة وكيفية وانها من العقود اللازمة
٩	لا يكفي ملكتك إلا أن يقول: ملكتك سكنها
١٠	اشترط جواز تصرف المتعاقدين
١١	(٢) ملكية المنفعة إما منفردة أو بالتبعية
١٢	(٣) العلم بالمنفعة إما تقديرا أو بالمدة
١٣	حكم عمل الأجير الخاص للغير
١٤	كفاية تعيين مبدأ المدة مطلقا
١٥	حكم ما لو لم يعين مبدأ المدة
١٦	تملك المنفعة بالعقد كالأجرة
١٧	حكم ما إذا سلم العين ومضي مدة يمكنه الاستيفاء أو زال ألم الضرس
١٨	حكم ما لو استأجر أرضا للزراعة مع عدم قطع الماء عنها
١٩	اشترط تعيين المحمول والسير ومنتهى السفر
١٩	يلزم على المؤجر كلما يتوقف انتفاع المستأجر
٢١	اشترط مشاهدة الصبي المرتضع
٢١	جواز استئجار الأرض لتعمل مسجدا
٢٢	جواز استئجار الدراهم والدنانير
٢٢	حكم ما لو زاد المحمول عن المقرر
٢٣	حكم ما لو قال: آجرتك كل شهر بكذا
٢٤	حكم ما لو قال: إن خطه فارسيا فدرهم و روميا فدرهمان
٢٥	(٤) العلم بالأجرة
٢٦	حكم ما لو اطلق الأجرة من حيث المدة
٢٧(ش)	حكم ما لو أطلق المنفعة
٣١	حكم ما لو وجد المستأجر بالعين عيبا
٣٢	هل يجوز أن تؤجر ما استأجره بأكثر؟
٤٣	هل يجوز أن يؤجر ما استأجره مع التساوي جنسا قبل احداث الحدث؟
٤٤	حكم ما لو شرط المستأجر أن لم يحمله إلى الموضع المعين في الوقت المعين
٤٧	يستحق الأجير الأجرة بالعمل
٤٩	كل موضع يبطل فيه العقد تثبت فيه اجرة المثل

٥٣	يكره استعمال الأجير قبل المقاطعة
٥٤	(٥) إباحة المنفعة
٥٨	(٦) قدرة المؤجر على تسليم المنفعة
٥٩	حكم ما لو منع المؤجر المستأجر من التسليم
٦٠	حكم ما لو منع المستأجر ظالم عن الانتفاع
٦٠	حكم ما لو انهدم المسكن قبل تمام المدة
٦٢	الثاني: في الأحكام الإجارة عقد لازم من الطرفين
٦٤	عدم بطلان الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر
٦٦	عدم بطلان إجارة العبد بعقده
٦٧	حكم ما لو آجر الولي الطفل ثم بلغ
٦٧	نصح إجارة كل ما تصح اعارته
٦٨	صحة اجارة المشاع
٦٨	المستأجر أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو... ألح
٦٩	هل يجوز اشتراط الضمان على المستأجر؟
٧٠	صحة خيار الشرط في الإجارة
٧٠	حكم ما لو وجد المستأجر عيبا في العين
٧١	لو أهمل المستأجر في سقي الدابة فتلفت ضمن
٧١	حكم ما لو اختلفا في قيمة العين التالفة
٧٢	يضمن الصانع إذا تلف أو نقص ما في يده
٧٦	لا يضمن الملاح المكاري إذا تلف ما بيده
٧٦	ما يفسده المملوك ضمانه على مولاه
٧٧	عدم ضمان صاحب الحمام المبتاع إلا بالتفريط
٧٩	نفقة الأجير المنفذ في الحوائج على المستأجر
٨٣	لا يضمن المستأجر لو تسلم العبد مطلقا
٨٤	حكم ما لو اختلف في أصل الإجارة
٨٤	حكم ما لو اختلف في قطعة قباء أو قميصا
٨٥	كلما يتوقف استيفاء المنفعة فعلى المؤجر
٨٦	عدم جواز عدول المستأجر عما شرط له
٨٨	انفساخ الإجارة لو تلفت العين المستأجرة
٨٩	جواز إركاب الغير إلا مع التخصيص
٩١	جواز اجارة المستأجر العين المستأجرة
٩٣	المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة وفيه مطلبان: الأول في المزارعة بيان ماهية المزارعة
(٩٤)ش	بيان الدليل على صحة عقد المزارعة
(٩٥)ش	بيان الدليل على لزوم عقد المزارعة
٩٦	كيفية عقد المزارعة
٩٩	عدم بطلان المزارعة إلا بالتفاسخ
٩٩	شرط المزارعة شياع النماء

١٠٠	عدم جواز إيجارة الأرض بحنطة منها
١٠٣	حكم ما لو مضت المدة والزرع باق
١٠٥	حكم ما لو شرط في العقد تأخير الزرع إن بقي بعدها
١٠٥	حكم ما لو زارع على مالا ماء له
١٠٧	حكم ما لو انقطع الماء في الأثناء
١٠٨	له زرع ما شاء مع الاطلاق
١٠٩	حكم ما لو زرع الاضر مما عين
١١٠	اشتراط تعيين كل من الزرع والغرس
١١٠	للعامل المشاركة وان يعامل غيره
١١١	لو شرط التخصيص لم يجز التعدي
١١١	حكم ما لو اختلفا في مقدار المدة
١١٢	حكم ما لو اختلف في العارية وعدمها
١١٣	حكم ما لو ادعى المالك الغصب
١١٣	الخراج على المالك
١١٤	للمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة
١١٤	حكم الخرص
١١٨	يكفي في صحة المزارعة كون أحد الأمور الأربعة من أحدهما والثاني من الآخر
١٢٠	الثاني: في المساقاة ١ - في الأركان بيان ماهية المساقاة
١٢٢	بيان صيغة المساقاة
١٢٣	دليل لزوم المساقاة
١٢٣	صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعده
١٢٤	بيان محل المساقاة
١٢٦	حكم ما لو ساقاه على ودي غير مغروس
١٢٧	بطلان المساقاة لو قدر العمل بمدة لا يثمر فيها
١٢٨	اشتراط تعيين المدة
١٢٩	اشتراط شياع الفائدة
١٢٩	جواز اختلاف الحصص من الأنواع
١٣٠	كراهة اشتراط ذهب أو فضة مع الحصص
١٣١	حكم ما لو اختلف فيما سقت السماء أو بالناضح
١٣٢	٢ - في الأحكام بيان مقتضى إطلاق العقد
١٣٥	لو شرط على العامل ما لا يلزم عليه لزم
١٣٥	لو شرط العمل كله على المالك بطل
١٣٥	لو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز
١٣٦	لو شرط العامل على المالك اجرة الاجراء
١٣٦	للعامل اجرة المثل مع فساد المساقاة
١٣٧	حكم ما لو ساقاه الاثنان واختلفا في النصيب
١٣٨	حكم ما لو ساقاه على بستان

- ١٤١ حكم ما لو اختلفا في الخيانة
- ١٤٢ ليس للعامل أن يساقي غيره
- ١٤٢ الخراج على المالك الا مع شرط الخلاف
- ١٤٣ تملك الفائدة بالظهور
- ١٤٣ المغارسة باطلة
- ١٤٥ المقصد الثالث في الجعالة صحة الجعالة على كل عمل مقصود محلل
- (١٤٦ش) أركان الجعالة أربعة (١ و ٢) الصيغة - العاقل
- ١٥١ حكم ما لو جهل الجعل
- ١٥٢ من شرائط العامل إمكان العمل منه
- ١٥٢ حكم المتبرع جاعلا وعاملا
- ١٥٣ استحقاق الجعل بتسليم العين
- ١٥٣ الجعالة عقد جائز
- ١٥٤ يعمل بالمتأخر من الجعالتين
- ١٥٥ لو حصلت الضالة في يده قبل الجعل
- (١٥٥ش) لزوم تسليم الأجرة بعد العمل
- (١٥٦ش) لو استدعى الرد مع عدم بذل اجرة فلا شيء
- ١٥٧ حكم ما لو جعل شيئا للراد فرده جماعة
- ١٥٨ حكم لو جعل لكل جعلا مخالفا للآخر
- ١٥٩ حكم ما لو تبرع أحد مع المجمعول له الأجرة
- ١٦٠ حكم ما لو اختلف الجاعل والمجمعول له
- ١٦٣ المقصد الرابع في السبقة والرماية صحة هذا العقد ثبت بالنص والاجماع
- (١٦٦ش) صحة المسابقة في جميع أقسام النشاب
- (١٦٨ش) حكم السبق بالاقدام والمصارعة وغيرهما
- ١٧١ هل يحتاج عقد المسابقة إلى القبول؟
- ١٧٣ شرائط المسابقة
- ١٧٧ شرائط عقد الرمي نفيا وإثباتا
- ١٨٠ صحة الرهانة على التواعد وبذل الأجنبي العوض
- ١٨١ جواز جعل العوض للسابق
- ١٨١ جملة من فروع السابقة
- ١٨٥ حكم ما لو شرطا المبادرة أو المحاطة
- ١٨٧ حكم ما لو فسد العقد أو خرج العوض مستحقا للغير
- ١٨٩ المقصد الخامس في الشركة ١ - الشركة عقد جائز من الطرفين بيان ماهية الشركة
- (١٩٠ش) الشركة من العقود الجائزة
- ١٩١ لو شرط الاجل يثمر المنع من التصرف إلا بإذن جديد
- ١٩١ بيان أقسام الشركة وحكم كل واحد
- ١٩٨ الربح والخسران على قدر رأس المال
- ٢٠٠ عدم جواز أحد الشريكين إلا بإذن شريكه

- ٢٠١ للشريك الرجوع في الاذن ومطالبة القسم
- ٢٠٢ ليس للشريك مطالبة الانضاض
- ٢٠٢ الشريك أمين لا يضمن بدون التعدي
- ٢٠٣ حكم ما لو دفع اثنان دابة وراوية على الشركة
- ٢٠٤ حكم المشاركة مع الكفار
- ٢٠٥ حكم ما لو باعا سلعة صفقة وقبض أحدهما نصيبه
- ٢١٠ ٢ - في القسمة بيان ماهية القسمة
- ٢١١ مطالبة القسمة انتفاء الضرر
- ٢١٣ لا يصح قسمة الوقف
- ٢١٤ هل يشترط وجوب قاسم من الحاكم؟
- ٢١٦ استحباب نصب قاسم عادل عارف بالحساب
- ٢١٧ اجرة القاسم من بيت المال
- ٢١٧(ش) كيفية القسمة في المثلي والقيمي
- ٢١٨ صحة القسمة المشتملة على الرد
- ٢١٩ كيفية قسمة الثياب والمساكن ونحوها
- ٢٢٣ حكم ما لو ادعى أحدهما الغلط
- ٢٢٤ حكم ما لو ظهر استحقاق البعض
- ٢٢٦(ش) المقصد السادس في المضاربة بيان ماهية المضاربة
- ٢٢٧(ش) دليل صحة المضاربة
- ٢٢٨(ش) أركان المضاربة خمسة (١) العقد
- ٢٣٠(ش) (٢) المتعاقدان
- ٢٣٤(ش) (٣) رأس المال
- ٢٣٥(ش) (٤) عمل العامل
- ٢٣٩(ش) (٥) الربح
- ٢٤٠ المضاربة من العقود الحائزة
- ٢٤١ عدم لزوم الاجل
- ٢٤١ عدم جواز تعدي العامل عما أذن له
- ٢٤٢ حكم ما إذا أطلق المالك الاذن
- ٢٤٥ حكم ما لو اشترى العامل في الذمة
- ٢٤٥ بطلان المضاربة بموت كل واحد منهما
- ٢٤٦ الانفاق من الأصل
- ٢٤٧ عدم صحتها إلا بالأثمان
- ٢٤٩ صحة المضاربة بالمال المغصوب لمالكه
- ٢٥٠ العامل أمين قوله في التلف
- ٢٥٠ اشتراط الشيعاء في الربح
- ٢٥١ لو شرط اخراج معين من الربح والباقي بالشركة بطل
- ٢٥١ اشتراط تعيين حصة العامل

٢٥١	حكم ما لو قال: الربح بيننا
٢٥٢	لو شرط حصة لعلامة صح
(٢٥٢)ش	حكم ما لو جعل حصة لغير مملوك العامل
٢٥٤	يملك العامل حصته بالظهور
٢٥٥	صحة عقد المضاربة من المريض في مرض موته
٢٥٦	حكم ما لو اختلفا في أصل القراض أو في خصوصيات المضاربة
٢٥٧	حكم ما لو اشترى العامل أب المالك
٢٥٨	حكم ما لو اشترى العامل زوج المالكة
٢٥٩	حكم ما لو اشترى العامل أب نفسه
٢٥٩	جواز وطء الجارية المشتركة للعامل
٢٦٢	جواز أخذ التالف من رأس المال من الربح
٢٦٤	حكم أخذ المالك جزء من رأس المال بعد الخسران
٢٦٥	حكم ما لو اشترى المالك بعين رأس المال فتلف الثمن
٢٦٦	حكم ما لو فسخ المالك عقد المضاربة
٢٦٩	صحة مضاربة العامل مع آخر بإذن المالك
٢٧٠	كل موضع تفسد المضاربة فالربح للمالك وعليه الأجرة
٢٧٢	المقصد السابع في الوديعة بيان ماهية الوديعة في عرف الفقهاء
(٢٧٤)ش	هل يستحب قبول الوديعة؟
(٢٧٦)ش	الوديعة من العقود الجائزة أو إذن خاص
٢٧٩	وجوب حفظ الوديعة على الودعي
٢٨٤	حكم ما لو طرحها عنده هل يجب حفظها؟
٢٨٥	وجوب سقي الدابة وعلفها إذا كانت وديعة
٢٩٤	حكم ما لو أهمل في الحفاظ
٢٩٥	وجوب الاقتصار على ما عينه المالك
٢٩٨	حكم النقل إلى الأحرز
٣٠٠	المستودع أمين لا يضمن بدون التفريط
٣٠٢	عدم صحة وديعة غير الرشيد
(٣٠٦)ش	حكم السفر بالوديعة
٣٠٨	حكم ما لو أنكر الوديعة
٣٠٩	بيرأ الودعي بالرد إلى المالك
٣١١	حكم ما لو أراد السفر فدفنها
٣١٣	حكم ما لو ادعى الودعي الاذن في الدفع إلى غير المالك
٣١٤	حكم إنكار أصل الوديعة
٣١٥	حكم ما لو سلمها إلى زوجته
٣١٥	حكم ما لو أخر دفع الوديعة مع المطالبة
٣١٧	حكم ما لو طرحها في غير الحرز
٣١٨	حكم ما لو سافر بها مع الامن أو الخوف

٣٢٣	حكم ما لو لبس الثوب أو ركب الدابة
٣٢٩	حكم ما لو خلطها بماله
٣٣٠	حكم ما لو حمل الدابة المستأجرة أثقل مما قزر
٣٣١	حكم ما لو فتح قفل المالك وأخذ
٣٣١	حكم ما لو مزجه
٣٣٤	وجوب الاشهاد على الوديعة لو خاف الموت
٣٣٩	حكم ما لو مات الودعي ولم توجد الوديعة
٣٤١	وجوب رد الوديعة على المالك لا الغاصب
٣٤٣	جواز الحلف على عدم وجود الوديعة عنده لو طلبها الغاصب
٣٤٤	حكم ما لو مات المودع المالك
(٣٤٧)ش	المقصد الثامن في العارية بيان ماهية العارية وانها جائزة
(٣٥٤)ش	أركان الوديعة أربعة (١) المعير
(٣٥٦)ش	(٢) المستعير
(٣٥٨)ش	(٣) المستعار
(٣٦٠)ش	(٤) الصيغة
٣٦٣	إنما تصح العارية من جائز التصرف
٣٦٣	صحة إعادة الطفل مع إذن الولي
٣٦٤	كل ما صح الانتفاع به مع بقائه صح اعارته
٣٦٤	يقتصر المستعير على المأذون
٣٦٦	يصح إعارة الشاة للحلب
٣٦٨	صحة إعارة الجارية للخدمة
٣٧٠	ينتفع المستعير بما جرت به العادة
٣٧١	حكم ما لو نقص عن العين بالاستعمال
(٣٧٤)ش	صحة شرط الضمان
٣٧٥	استعارة المحرم للصيد موجبة للضمان
٣٧٦	استعارة الذهب والفضة موجبة للضمان إلا أن يشترط سقوطه
٣٧٧	حكم ما لو استعار المحل صيدا من المحرم
٣٧٨	حكم ما لو رجع على المستعير من الغاصب جاهلا
٣٨٠	حكم ما لو رجع المعير على الغاصب
٣٨١	حكم ما لو أذن في الزرع أو الغرس
٣٨٢	لو أذن المعير في دفن الميت لم يكن له قلعه
٣٨٤	حكم ما لو أذن له في وضع الخشبة ثم رجع
٣٨٥	حكم ما لو انقلعت الشجرة في الأرض المستعارة
٣٨٦	ليس للمستعير الإعارة
٣٨٦	حكم ما لو تلفت العين المعارة
٣٨٧	إذا جحد المستعير هل يضمن؟
٣٨٧	حكم ما لو اختلفا في القيمة

٣٨٨	حكم ما لو اختلفا في الإعارة والإجارة
٣٩٢	المقصد التاسع في اللقطة وفيه مطلبان: الأول: المحل الملقوط بيان المراد من اللقطة
(٣٩٣)ش	بيان المراد من اللقيط
(٣٩٤)ش	يشترط الصغر في اللقيط
٣٩٥	انتفاء الأب أو الجد أو الملتقط
٣٩٧	اشتراط حرية الملتقط وبلوغه وعقله
٣٩٩	هل يشترط اسلام الملتقط للقيط
٤٠٠	هل تشترط عدالته؟
٤٠٢	لو أذن المولى لمملوكه الالتقاط صح
٤٠٢	لا فرق بين القروي والبدوي في المقام
٤٠٣	حكم أخذ المملوك المميز
(٤٠٣)ش	شرائط التقاط الحيوان
٤٠٧	عدم جواز التقاط ما يمنع عن نفسه
٤٠٨	لا يشترط في الآخذ سوى الاخذ
٤٠٨	اشتراط المالية في الملتقط وأهلية الاكتساب في الآخذ
٤٠٨	وجوب تولي التعريف على ولي الطفل والمجنون
٤٠٨	حكم ما لو التقط العبد
٤٠٩	الثاني: في الأحكام وجوب أخذ اللقيط على الكفاية:
٤٠٩	الحكم بحرية اللقيط واسلامه في غير بلاد الشرك
٤١٥	عاقلة العبد الملقوط الامام عليه السلام
٤١٦	يستعين الملتقط في النفقة بالسلطان
٤١٩	حكم ما لو تعذر الحاكم
٤٢١	حكم ما يوجد مع العبد الملقوط
٤٢٣	ليس للملتقط التصرف في مال اللقيط
٤٢٤	حكم ما لو قذف أحد اللقيط
٤٢٥	حكم ما لو ادعى بنوة اللقيط
٤٢٧	يصدق الملتقط في قدر الانفاق
٤٢٨	حكم ما لو تشاح ملتقطا الصبي
٤٢٩	حكم ما لو تداعيا بنوة صبي
٤٣١	يملك آخذ البعير إذا تركه صاحبه من جهد
٤٣٤	يتخير آخذ الشاة من الفلاة... الخ
٤٣٩	حكم ما لو أخذ الشاة في العمران
٤٤١	حكم ما أخذ الحيوان الغير الممتنع في الفلاة
٤٤٣	حكم ما لو انتفع الملتقط بمنافع الملقوط
٤٤٥	حكم لقطه غير الحرم
٤٤٥	عدم اشتراط المباشرة في التعريف
(٤٤٥)ش	حكم أخذ اللقطة بقصد الحفظ

- جواز أخذ ما دون الدرهم
هل يعتبر في التملك النية؟
حكم تملك لقطة الحرم
وجوب تعريف اللقطة في موضع وجوبه
كيفية التعريف
مكان التعريف مجمع الناس
حكم ما لو جاء صاحب اللقطة هل يجوز اعطاؤها بمجرد التوصيف؟
حكم تصدقها مع الضمان
حكم حفظها أمانة
حكم ما إذا التقط في غير الحرم مالا يبقى
كراهة اخذ اللقطة والضوال مطلقا
شدة الكراهة فيما تقل نفعه وتكثر فائدته
حكم المدفون في أرض لا مالك لها
حكم ما لو وجد شيئا في داره أو صندوقه
لا يملك اللقطة إلا بعد التعريف حولا
لو نوى التملك أو التعدي ضمن
الزيادة مطلقا للمالك
حكم وجوب رد العين بعد التملك إذا جاء صاحبها
عدم ضمان المولى بتفريط العبد
هل يجوز الدفع بالوصف؟
حكم ما لو تملك بعد الحول ثم دفع العين إلى المدعى
بعض فروع اللقطة
المقصد العاشر في الغصب بيان ماهية الغصب
حرمة الغصب بالكتاب والسنة والاجماع
وفيه مطلبان: الأول: أسباب الضمان (١) مباشرة الاتلاف
(٢) التسبب مع أمثله
حكم ما لو اتفق المباشرة والسبب
حكم ما لو ارسل في ملكه ماء أو أجاج نارا
(٣) الغصب أو وضع اليد
لو سكن الضعيف أو أسكن غيره فهو غصب
حكم ما لو مد بمقود الدابة
بيان المراد بمد مقود الدابة
حكم ما لو ساق الدابة ولا جماع
حكم ما لو جلس على خشب الغير فهل هو كركوب دابته؟
غصب الحامل غصب الحمل
لا يضمن الحر بالغصب ولو كان صغيرا
حكم ما لو تلف الصغير المغصوب بلدغ

- ٥١٣ حكم ما لو استخدم الحر
- ٥١٤ حكم ما لو استأجره لعمل فاعتقله
- ٥١٦ حكم تعاقب الأيادي في الغصب
- ٥٢٠ الثاني: في الأحكام وجوب رد العين ولو مع التعسر إلا ما استثني
- ٥٢١ عدم ضمان تفاوت السوق مع الرد
- ٥٢٢ ضمان المثل أو القيمة مع التلف وبيان تعريفهما
- ٥٢٧ إذ تعذر رد العين فقيمتها وقت الدفع
- ٥٢٩ يضمن الأصل والصنعة وان كان ربويا
- ٥٣٠ ضمان أعضاء الدابة بالأرش
- ٥٣٢ بهيمة القاضي كغيرها
- ٥٣٢ حكم ما لو تلف العبد أو الأمة
- ٥٣٢ حكم ما لو قتل العبد أجنبي
- ٥٣٣ حكم ما لو قتل العبد المغصوب
- ٥٣٤ مقدر الحر مقدر في العبد في الضمان
- ٥٣٥ حكم ما لو استوعبت قيمته بالتلف
- ٥٣٦ حكم ما لو زادت قيمة المغصوب بنحو الخصي
- ٥٣٧ لا يملك العين المغصوبة بتغيير الصفة
- ٥٣٨ يملك القيمة لو دفعها إليه بتعذر العين
- ٥٣٩ حكم ما لو غصب الخفين أو حدهما فتلف
- ٥٤٠ حكم ما لو أطمع الغاصب غيره ما غصبه
- ٥٤١ الغاصب ضامن للأجرة مدة غصبه
- ٥٤١ حكم نقص المائعات بالغصب
- ٥٤٢ حكم ما لو زادت العين بفعل الغاصب
- ٥٤٢ حكم ما لو صبغ المغصوب
- ٥٤٤ لو مزجه لمثل تشارك فحكم ما لو كان بالأجود
- ٥٤٥ النماء المتجدد مضمون
- ٥٤٦ حكم ما لو علم الغاصب المغصوب صنعة
- ٥٤٦ حكم ما لو وطأ الغاصب الأمة المغصوبة وحكم ولدها
- ٥٥١ لو سقط ولد الأمة المغصوبة ميتا فعلى الغاصب الأرش
- ٥٥١ حكم ما لو سقط الولد بجناية أجنبي
- ٥٥٣ حكم ما لو صار العصير المغصوب خمرا
- ٥٥٣ حكم ما لو غصب أرضا فغرسها
- ٥٥٣ حكم جنابة المغصوب
- ٥٥٤ وجوب إعادة المغصوب لو نقله
- ٥٥٤) حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (ش)
- ٥٥٧ حكم ما لو باع الغصب حال الغصب ثم انتقل إليه
- ٥٦٠ كتاب العطايا الهبة لها اطلاقان (١) العطية

(٢) الهدية

هل يعتبر في الهدية أن يكون بين المهدي والمهدي إليه رسول؟

الفرق بين الهبة بالمعنيين وبين الصدقة

استحباب الثلاثة

ذكر الاخبار الدالة على استحباب الهدية

في أن الصدقة أيضا لها إطلاقان

الهبة عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول

شرط الهبة القبض

(٥٦٠)ش

(٥٦٠)ش

(٥٦١)ش

(٥٦٢)ش

(٥٦٤)ش

٥٦٦

(٥٦٦)ش

٥٦٧

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 العاشر
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة
لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(١)

مجمع الفائدة والبرهان

(ج ١٠)

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: شعبان المعظم ١٤١٢ هـ. ق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

(٢)

(كتاب الإجارة)

وتوابعها

وفيه مقاصد: الأول في الإجارة، وفيه مطلبان: (الأول) في الشرائط.

(١) فإنه بعد تعريف الإجارة - بقوله: هي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم، مع بقاء الملك على أصله - قال ما لفظه هذا بيان حقيقة الإجارة شرعا، لكن يشكل على جعل الإجارة هي العقد (آجرتك) وهو الايجاب، فإنه لا يراد به العقد انشاء وإلا اخبارا، لأن القبول عن المستأجر.

(٥)

وهي ستة:
الأول: الصيغة والايجاب (فالايجاب خ ل) آجرتك، أو أكريتك
والقبول (و - خ) هو قبلت.

ولا يندفع بالتعريف الثاني (١)، إذ ما يقصد بلفظ آجرتك، تمليك المنفعة
المعينة في المدة المعلومة بعوض معين، - كما قاله في شرح القواعد أيضا.
وأن الهبة (٢) المعوضة بالمنفعة، والوصية كذلك، وعقد النكاح بمهر يكون
منفعة - دائما كان أو منقطعا - خارج عن التعريف، إذ المقصود أن جنس العقد من
حيث هو يقتضي ذلك، ويكون ثمرته، كما هو المتبادر، ولو لم يندفع به لم يندفع
بعقد شرعي، موضوع لنقل المنافع الخ.
فلا يرد ما أورده في شرح القواعد (٣) على أنه يرد الاشكال الأول (٤)
فتأمل.

قوله: وهي ستة الأول الصيغة، فالايجاب آجرتك، أو أكريتك،
والقبول، وهو قبلت.

(١) في بعض النسخ المخطوطة والمطبوعة (وأن الهبة المبينة المعوضة) والصواب ما أثبتناه.
(٢) فإنه قدس سره بعد نقض التعريف الأول: بالوصية والهبة والصداق، قال ما هذا لفظه: ولو قال:
عقد شرع (وضع - خ) لنقل المنافع الخ يسلم عن هذا.
(٣) قال بعد ما نقلناه منه، ما هذا لفظه: والعلم أنه يرد على التعريف، الوصية بالمنفعة في مقابل عوض
والهبة كذلك، وجعل المنفعة المعينة صداقا ولا يقال: إن العوض - وهو استحقاق الانتفاع بالبضع - غير معلوم،
لأننا

نقول: هو في المتعة معلوم.
وربما دفع ذلك بقوله: (ثمرته) لأن شيئا من العقود المذكورة ليس ثمرته هذا. وفيه نظر، لأن ذلك وإن
لم يكن ثمرة العقد الذي ه نفس المهمة، قارنه ثمرة بعض أنواعه، وهو العقد لا محالة، فيتحقق النقض به.
(٤) هو قوله قده: إذ ما يقصد لفظ آجرتك... الخ.

أراد بالشرائط هنا ما يعم الأجزاء التي هي الأركان، والشرايط الخارجة التي لا يتحقق العقد إلا بها.

أولها الصيغة المشتملة على الإيجاب والقبول الدالين صريحا بنقل المنفعة المعينة بعوض معين، فالإيجاب مثل آجرتك، وأكريتك، وما يؤدي معناهما، والقبول مثل قبلت، ورضيت، ونحوهما.

وقال في شرح الشرايع: لما كانت الإجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الألفاظ المنقولة شرعا، المعهودة لغة.

وقال في شرح القواعد: ويشترط فيه كلما يشترط في مثله من العقود اللازمة، على ما سبق، مثل العربية، ووقوع القبول على الفور الخ.

قد ادعى الاجماع على كونه من العقود اللازمة في شرح القواعد، (١) ويؤيده عدم وجدان الخلاف، وأن الأصل في العقود هو اللزوم، لمثل أوفوا بالعقود (٢)، والمسلمون عند شروطهم. (٣)

ولكن ما عرفت لزوم ما ادعى لزومه في العقود اللازمة، من العربية، حتى في الاعراب، والبناء، والمخرج، والمقارنة، والألفاظ الخاصة.

وكذا دعوى انحصار لفظه في المنقول شرعا (منها - خ) مع عدم وجود خبر في أمثال ذلك.

نعم قال الفقهاء (رض)، حيث وجدوا مناسبة (مناسبه - خ) لمعناه اللغوي، واصطلحوا على ذلك، من غير ذكر نقل في ذلك من الشارع، ولو كان لنقلوا، ولو نقل لوصل، وهو ظاهر.

(١) حيث قال: وهو (أي عقد الإجارة) لازم من الطرفين بالاجماع.

(٢) المائدة: ١.

(٣) الوسائل: باب ٤٠ من أبواب المهور (من كتاب النكاح) الرواية ٤.

ومجرد ذكرهم ذلك لا يدل على الحصر، ولزوم الشرايط، إذ ليس بدليل، إلا أن يكون مجعاً عليه، وقد عرفت ما فيه، ولهذا اختلفوا في مثل انعقاده في تقديم القبول، وفي انعقاد الايجاب بمثل ملكتك كذا، أو أعرتك كذا الخ. وتردد في الشرايع في مثل قوله: بعتك هذه الدار إذا قصد الإجارة، وإن قال في شرحه: ظاهر التذكرة الاجماع على عدمه، لأنه نسبه إلى علمائنا وغير ذلك. وبالجملة ما فهمت اشتراط الصيغة الخاصة في العقود اللازمة، أيضاً، غاية ما يمكن أن يقال: إنه علم اللزوم بها بالاجماع، ويبقى الباقي على عدم، والأصل عدم اللزوم، وعدم نقل ملك شخص إلى آخر. ولكن الاستدلال بمثله مشكل، إذ يلزم رد جميع المختلفات، مثل تقديم القبول، وكون الواحد طرفي العقد، وغير ذلك من الخلافات، في العقود وغيرها. مع أن المشتراط مثل المحقق الثاني لا يقول به. على أنه قد يدفع بأنه قد ورد الإذن بالإجارة (مثلاً - خ) من الكتاب والسنة والاجماع.

قال في التذكرة: هذا العقد جازي بالنص والاجماع، قال الله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن (١)، إلى قوله: وقال تعالى: يا أبت استأجره (٢) ونقل الآية، ونقل قصة الخضر وموسى عليهما السلام: فوجدا فيها جداراً الآية. (٣) والأخبار على ذلك كثيرة من العامة والخاصة، كما ستسمع بعضها. وأنه عقد، وكلما (فكلما - خ) صدق عليه عقد الإجارة يكون متبعاً. (٤) ولا شك في صدقة بتقديم القبول، ومع اتحاد الموجب والقابل، بل وعلى

(١) الطلاق: ٦.

(٢) القصص: ٢٦.

(٣) الكهف: ٧٧.

(٤) إلى هنا عبارة التذكرة (كتاب الإجارة ج ٢، ص ٢٩٠).

ولا يكفي ملكتك، إلا أن يقول: ملكتك سكنها سنة مثلا،
أو أعرتك، ولا ينعقد بلفظ البيع.

كل ما يفيد نقل الملك، ويدل عليه صريحا، بأي لفظ كان، على ما هو مقتضى
تعريفهم إياه، والأصل عدم اشتراط شيء آخر، مثل العربية والمقارنة، وفي العربية
الاعراب والبناء، وغير ذلك مما شرطوا، على أن ما اشترطوه الخ، ما ثبت بالدليل،
وخرج.

وأیضا الظاهر أنه لا ينعقد بالمعاطاة، كما تقدم في البيع، وقد مر هناك
ما إذا تؤمل لكفى، فتأمل.

قوله: ولا يكفي ملكتك، إلا أن يقول الخ. لما كان التملك مفيدا للملكية
فيما يضاف إليه، فلو أضيف إلى الدار مثلا، ما يفهم منه إلا تملك (تمليك خ)
العين، وليس ذلك بإجارة كما عرفت، فإذا أريد (١) الإجارة بمثله لا بد أن يضاف
إلى المنفعة، مثل أن يقول: ملكتك سكنى هذه الدار سنة بهذا.
ولا يصح أعرتك، سواء أضيف إلى العين أو إلى المنفعة، بل لا معنى
لإضافتها إلى المنفعة، لأن معنى العارية اعطاء عين لينتفع بها المعطى مجانا، فمعناه
(فمعناها - خ) ينافي معنى الإجارة، لأنه يقتضي العوض.
ولا يبعد اخراجها عن ظاهرها، بما يخرجها عنه صريحا، مثل أن يقول:
أعرتك هذه البنية (الدار - خ) بكذا، غاية ما يكون (٢) مجازا ظاهرا، لقريظة ظاهرة،
بل صريحة، بحيث لا يحتمل غير المجاز، ولا مانع (إذا لا مانع - خ) منه لغة ولا عرفا،
ولا شرعا، كما في لفظة ملكتك.
نعم لو ثبت كون صيغة الإجارة متلقاة من الشرع، وليس هذه منها، لصح

(١) قوله قدس سره: فإذا أريد الخ جواب لقوله: لما كان.

(٢) هكذا في جميع النسخ المخطوطة والمطبوعة، ومعناه أن غاية الأمر كونه مجازا بحسب الظاهر.

ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين، فلا تمضي إجارة المجنون

عدم الانعقاد بها، ولا يكفي مجرد كونه عقدا لازما. ودعوى أن التجوز بمثل هذا يخرج عن كونه لازما كما قاله في شرح الشرايع في شرح قوله: وكذا أعرتك، لتحقيق القصد إلى المنفعة، مشيرا إلى اتحاد وجه الصحة في الكل، وهو قصد نقل المنفعة مع صلاحية اللفظ في الجملة. (١)

والظاهر أن قوله: أو أعرتك عطف على قوله: ملكتك الخ (٢) وليس فيه استثناء (إلا أن يقول الخ) إذ لا يخرج إضافة أعرتك إلى سكنائها، من عدم الصحة، بل لا معنى لها.

وقد مر ما يفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع مثل بعثك هذه الدار، أو منفعتها سنة بكذا.

وأنه فهم الاجماع من التذكرة (٣) فإن: كان اجماعا، فلا كلام، ولكن فيه الكلام، وإلا فالظاهر أن لا مانع من الانعقاد إذا علم القصد، فإن الظاهر أنه يكفي مع صلاحية اللفظ في الجملة، وإن كان موضوعا ومتعارفا في الأصل لنقل الأعيان وهو وجه التردد في الشرايع فتأمل.

قوله: ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين (المتعاملين - خ) فلا

(١) قال في المسالك عند شرح هذه الجملة، ما لفظه: ووجه الصحة ما أشار إليه بقوله (لتحقق القصد إلى المنفعة) والمراد أن الإعارة لما كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين - وإنما تفيد تسليطه على المنفعة وملكه لاستيفائها - كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فيصح إقامتها مقام الإجارة، كما يصح ذلك للفظ الملك، والحق أن العارية إنما تقتضي إباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها، بخلاف التمليك فإنه يجمع العوض ولا يخفى أن التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولكن الظاهر زيادة كلمة (آه) كما لا يخفى: وفيه إشارة إلى رد كلام المسالك فراجع.

(٣) قال فيها: فلو قال في الإيجاب بعثك منفعة هذه الدار شهرا بكذا لم يصح عندنا إلى آخره (ج ١ ص ٢٩١).

والصبي المميز وغيره، وإن أجاز الولي ولا المحجور عليه للسفه والفلس،
ولا العبد إلا بإذن المولى.
(الثاني) ملكية المنفعة إما بانفرادها، أو بالتبعية للأصل، ولو
شرط استيفاء المنفعة بنفسه، لم يكن له أن يؤجر.

تمضي إجارة المجنون والصبي المميز وغيره، وإن أجاز الولي، ولا المحجور عليه
للسفه والفلس، ولا العبد إلا بإذن المولى.
وجهه ما تقدم غير مرة، فلا يصح إجارة المجنون حال جنونه، وهو ظاهر،
لعدم القصد، ولا الصبي الغير المميز، فإنه بمنزلة المجنون والبهائم، وكذا المميز، مع
عدم إجازة الولي، إن ثبت كونه محجورا عليه.
وأما مع الإذن فالظاهر الجواز، كما مر غير مرة، ويؤيده قبول وصيته
بالمعروف وغيرها كما ورد به الرواية (١) وقد تقدمت، ولا المحجور عليه للسفه، ولا
يبعد هنا أيضا الجواز، مع تجويز الولي، ولمجرد التكلم بالصيغة، لا تسليم المال والمنافع
إليه بالاستقلال.

وكذا المفلس بالنسبة إلى الأعيان التي حجر عليها.
ولا العبد إلا بإذن المولى، وإن قلنا إنه يملك، كما هو ظاهر الأدلة، كما مر
غير مرة، إن ثبت كونه مع ذلك محجورا عليه في ماله، كما هو ظاهر كلامهم،
بالتأمل (مع التأمل - خ) فيه.
قوله: الثاني ملكية المنفعة الخ. دليل اشتراط ملكية المنفعة للمؤجر إما
بالأصالة بأن يكون مستأجرة له من غير اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه بحيث يفهم
عدم الإجارة لغيره، فلو شرط الاستيفاء (استيفاء - خ) المنفعة بنفسه، أو عدم
الإجارة لغيره لا يجوز، للشرط، وأما بالتبعية بأن يكون مالكا للأصل، فيتبعه

(١) راجع الوسائل: باب ٤٤ من أبواب كتاب الوصية، ج ١٣، ص ٤٢٨.

ولو آجر غير الملك وقف على الإجازة.
(الثالث) العلم بها إما بتقدير العمل، كخياطة الثوب، أو
بالمدة كالخياطة يوماً.
ولو جمعهما بطل.

المنفعة ظاهر.

والظاهر أن المراد بالملكية تصرفه وسلطنته على المنفعة بوجه شرعي، بحيث
له التصرف بمثل الإجازة وغيرها، وإن لم يكن ملكاً، مثل أن يكون وفقاً مع القول
بعدم تملك الموقوف عليهم.
قوله: ولو آجر غير المالك وقف على الإجازة. معلوم توقف صحة هذا على
جريان الفضولي في الإجازة.

وفيه تأمل، إذ لا دليل عليه إلا رواية عروة (١) وهي في البيع والشراء.
قوله: العلم بها إما بتقدير العمل كخياطة الثوب الخ. أي الشرط
الثالث كون المنفعة التي يقع عليها العقد معلومة بين المتعاقدين (المتعاملين - خ)
بحيث ينتفي (ينفي - خ) الغرر، كما شرط في البيع ونحوه.
ولعل دليله ذلك، ولا يبعد الاجماع، وذلك إما بتقدير العمل المطلوب
والمنفعة المطلوبة، كخياطة الثوب المعلوم بخياطة معلومة، وحمل الدابة إلى موضع معين
مع
تعيين الحمل، أو بالمدة المعلومة، بحيث لا يزيد ولا ينقص، كالخياطة يوماً أو ليلة أو
شهرًا.

قوله: ولو جمعهما بطل. أي لو جمع بين تعيين العمل والمدة بحيث يكون
العمل يتم بتمام المدة، مثل أن يخيط هذا الثوب في هذا اليوم، بمعنى أنه لا يزيد
أحدهما على الآخر - بطل، لأنه غرر، ولأن استيفاء العمل في تلك المدة قد لا يتفق،

(١) راجع عوالي اللقائي: ج ٣، ص ٢٠٥ تحت رقم ٣٦ وما علق عليه.

وليس للأجير الخاص العمل للغير إلا بالإذن، ويجوز للمشارك.

بل اتفاقه نادر، فكأنه استأجره بما لا يقدر عادة، فتأمل. إلا أن يكون الغرض فعله في تلك المدة، وإن ذكر الانطباق للمبالغة، فلا يبعد الصحة، كما نقل عن المختلف لعدم المانع، ووجود المقتضي. قوله: وليس للأجير الخاص العمل للغير الخ. هو الذي يتعين عمله بالزمان الشخصي الذي يجب صرفه مضيقا في العمل الذي استأجر عليه، لأنه إذا وقعت الإجارة على عمله في مدة معينة صارت منفعة المطلوبة في تلك المدة للمستأجر، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه وصرف زمانه المستأجر فيه في فعل ينافي العمل الذي استأجر عليه لا مطلقا، فيجوز للخياط التعليم والتعلم مع الخياطة، وكذا العقد ونحوه مما لا ينافيه بوجه، وهو ظاهر. وليس هو كالتكلم مع عبد الغير بغير إذنه بالإذن الفحوى (١)، كما قاله الشهيد الثاني.

ولا يجوز لغيره أيضا استعماله فيما ينافيه، وهو ظاهر. ويمكن فهمه من بعض الأخبار مثل ما في صحيحة إسحاق بن عمار قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام، عن الرجل يستأجر الرجل، بأجر معلوم فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول اشتر بهذا كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك؟ فقال: إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس. (٢) فإنها تدل بمفهومها على البأس بدون الإذن، فيمكن حمله على التحريم، مع كونه أجيرا خاصا فتأمل.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، بإذن الفحوى.

(٢) الوسائل: باب ٩ من أبواب كتاب الإجارة الرواية ١.

فإن عين مبدأ المدة صح، وإن تأخر عن العقد.

بخلاف الأجير المشترك، والمراد به الذي استؤجر على أن يعمل عملاً معلوماً في زمان معين كلياً كيوم، إما مع تعيين المباشر أو مطلقاً، فإنه يجوز له العمل لغيره أيضاً، لأنه يجب عليه أن يعمل ذلك العمل بنفسه أو بغيره أي زمان أراد، فلا ينافيه عمل آخر لغيره، وما ملك المستأجر عمله ومنفعته، بل له عليه ذلك العمل مطلقاً.

إلا بأن تكون هناك قرينة دلت على كونه في زمان خاص، كما قيل في الحج فيصير أجيراً خاصاً، أو قلنا بوجوب العمل حين الفراغ من العقد بلا فصل مطلقاً، مع عدم تعيين الزمان أو مع القرينة، فيمكن عدم جواز عمل غيره هنا أيضاً، لأن الأمر مستلزم للنهي، ولكن لم تكن منفعته ملكاً للمستأجر في غير القرينة وعدم تعيين الزمان والمباشر، فإنهما يرجعان إلى الخاص، فلا تبطل الثانية، إلا أن تكون للعبادة، إن قيل بعدم الصحة للإجارة الثانية لمن اشتغل ذمته بها، والفرق - بين الأجير الخاص والمشارك، وبين الملك وعدمه، وبين العبادات وغيرها - ظاهر. والظاهر أن ما وقع للأجير الخاص من الإجارة بغير إذن المستأجر يكون باطلاً، إلا أن يقال بالفضولي وأنه مثله وأجاز، فصحت مع الشرايط، فلو عمل بغير إذنه يكون أجره مثله له.

ثم اعلم بأن الأجير الخاص لا يجوز له العمل لغيره، كأنه مما لا خلاف فيه.

وجهه أنه يجب العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه لغيره ومرجعه أن الأمر بالشئ يستلزم النهي عن ضده.

وأنت تعلم أنه الضد الخاص، فلا ينبغي منع ذلك من القائل به.

قوله: فإن عين مبدأ المدة صح الخ. يعني إذا استأجر على عمل في مدة معينة فإن عين مبدأها صح، ولزم الابتداء من المعين، وإن تأخر المبدأ عن وقت

وإلا اقتضى الاتصال.

الفراغ من العقد، ولم يكن العمل إلى تلك المدة جازيا للأجير، بأن يكون مشغولا ذمته لغيره.

وكذا لو كانت العين مشغولة بأن تكون مستأجرة.

ولعل دليله عموم أدلة جواز الإجارة وعدم المانع، إذ ليس إلا التأجير ولم يثبت كونه مانعا، لا عقلا ولا نقلا، والأصل عدمه، خصوصا إذا لم يكن العمل جازيا للأجير بعده.

نعم قد يتخيل لزوم الابتداء من حين الفراغ من العقد بناء على العرف، ولهذا ينصرف الاطلاق إليه، ولهذا اشترط في الوكيل (التوكيل - خ) جواز العمل للموكل حين الوكالة.

ولكن عموم الأدلة والأصل يدل على عدم الاشتراط، ولولا نقل الاجماع - وعدم القول بعدمه - لكان القول هناك أيضا متعينا.

وانصراف الاطلاق لا ينافي التأخير مع التعيين.

قوله: وإلا اقتضى الاتصال. أي وإن لم يعين مبدأ المدة اقتضى العقد كون ابتدائها متصلا بالعقد، فيكون أولها من آخر العقد، لأنه مقتضى العرف بحيث صار وضعها (عرفيا - خ) فكأنه قال: آجرتك شهرا يكون أوله من حين الفراغ من العقد، فلا يحتاج إلى التقييد حتى لو لم يفعل لبطل، كما هو مذهب البعض، كما يفهم من الشرايع ومختار شارحه (وشرحه - خ) وإن كان أحوط، خروجاً عن الخلاف.

ولا يبعد البطلان على تقدير الاطلاق وعدم العرف للجهالة.

ويحتمل الصحة والاختيار إلى العامل ما لم يؤد إلى التأخير المخل عرفا، مثل أن يستأجر للعمل من دون تعيين زمان. والأصل وعموم الأدلة دليله.

وتملك المنفعة بالعقد، كما تملك الأجرة به.

وكذا لا يبعد البطلان مع الاطلاق واقتضائه الاتصال أو القيد إذا كانت المنفعة بعد العقد مستحقة للغير، لأنه كالإجارة المستأجرة. ويحتمل في الاطلاق كون الابتداء بعد خروج (تلك - خ) المدة، خصوصاً مع جهل المؤجر، فينصرف كون أولها إلى المدة التي يجوز إجارته، عملاً بمقتضى عموم أدلة صحة الإجارة، وأصل عدم اشتراط كون أولها من حين العقد، وخرج ما إذا لم تكن المدة مستحقة باقتضاء العرف مع الامكان، وبقي الباقي، فتأمل. قوله: وتملك المنفعة بالعقد كما تملك الأجرة به. أي إذا تم العقد تصير المنفعة مملوكة للمستأجر، كما كانت مملوكة من قبل للمؤجر، يفعل بها ما يريد في المدة المعلومة، فيجب تسليمها بتسليم العين إلى مالكها مع الطلب، ولا يجوز منعه عنها كساير الملاك عن أملاكهم، كما تملك الأجرة بذلك، فيجب تسليمها كالعين المستأجرة، لعين ما تقدم. ويمكن جواز منع كل واحد عما في يد صاحبه الذي انتقل إليه، حتى يتسلم حقه، كما قيل في البيع والشراء. هذا في غير العمل مثل الخياطة، فإنه يجب عليه العمل، ولا يجب تسليم الأجرة إلا بعد كمال العمل. وقيل بعد تسليم الثوب إلى مالكة مطلقاً، وهو مختار الشهيد الثاني رحمه الله وقيل إن لم يكن في ملكه فإنه تحت يده. (١)

(١) توضيح هذه العبارة يتوقف على نقل عبارة الشرايع وشرحه ففي الشرايع ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه أو ملك المستأجر ومنهم من فرق انتهى. وقال الشهيد الثاني (في المسالك في شرحه): وما نقله من الفرق قول ثالث، فإنه إن كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه لأنه بيده تبعا للملك، ولأنه غير مسلك للأجير في الحقيقة وإنما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل، وإن كان في ملك الأجير توقف، وهو وسط وجه أوجه من اطلاق المصنف انتهى.

وإذا سلم العين ومضى (مضت خ) مدة يمكنه الاستيفاء، لزمه الأجرة، وإن لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرس.

والظاهر الوجوب مع الطلب واكمال العمل، لأنه ملك الأجرة بالعقد. كأنه لا خلاف فيه ولا مانع سوى اكمال العمل للطلب والاستحقاق، وقد حصل.

فالدليل والأصل يقتضي عدم مانع آخر وشرطية التسليم حتى قيل إنه لا يجوز تسليم الأجرة للوصي إلى الأجير في العبادات، إلا مع إذن الموصي صريحا أو فحوى، إلا أن يكون العمل موقوفا عليه كالحج، فلو امتنع يمكن فسخه للأجير بل انفساخه، وإن كان هو أيضا مالكا للأجرة، وتظهر الفائدة في النماء إن كانت عينا. والفرق بين العمل ومنفعة الأعيان كالدار، هو أن العمل مقدور، للعامل، فيعمل، ثم يأخذ حقه، بخلاف المنفعة فإنها إنما تستوفى باستعمال المستأجر مع مضي الزمان، وليس على الموجب إلا تسليم العين وقد فعل وليس عليه استعماله ومضى (امضاء - خ) الزمان، وهو ظاهر، فافهم، فكأنه لا خلاف فيه. قوله: وإذا سلم العين ومضت مدة يمكنه الاستيفاء، لزم الأجرة، وإن لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرس. وجه لزوم الأجرة بعد تسليم العين المستأجرة للانتفاع - مع عدم ما يمنع ذلك من جانب المؤجر ومضي مدة يمكن الاستيفاء وإن لم يستوف ولم ينتفع بها - ظاهر، بل اللزوم بمجرد العقد ورفع اليد، كما مر.

وكذا لزوم أجرة الآلة لو استأجرها لقلع الضرس، أو استأجر عبدا لذلك، ومضت مدة يمكن القلع، مع بقاء الموجب. ولكن لو تأخر مدة يسيرة، ويريد القلع بعدها، فإيجاب أجرة أخرى لذلك محل اشكال.

ولو زال الألم عقيب العقد بطلت، ولو تلفت العين قبل التسليم، أو عقيبية بطلت، ولو كان بعد مدة بطل في الباقي. ولو استأجر للزراعة، ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز، لعدم الانتفاع، ولو كان على التدرج لم يجز، لجهالة وقت الانتفاع.

وليس ببعيد إذا مضت مدة يكون لها الأجرة في مثل تلك المدة. هذا بخلاف ما إذا كان الأجير حراً، فإنه لا يلزم الأجرة حتى يعمل، لما تقرر عندهم أن منافع الحر لا تضمن إلا بالاستيفاء، بخلاف غيره، والأصل دليل (دليله - خ) مع عدم ظهور الخلاف، فتأمل، نعم لا بد من ذلك إذا ندم عن القلع بعدها.

قوله: ولو زال الألم عقيب العقد بطلت الخ. أي لو زال ألم الضرس بعد العقد، لكن قبل مضي زمان يمكن القلع فيه عادة لم يلزم أجرة الآلة، ولا العبد، لأن الأجرة موقوفة على الفعل، أو على مضي زمان يمكن الفعل، وصحة العقد في ذلك الزمان، وهنا ليس كذلك، فلو عرض البطلان على العقد، بطلت الأجرة ببطلانه، فلا يلزم شيء، وهو ظاهر، كما لو بطل العقد بتلف العين المستأجرة بعد العقد، وقبل مدة يمكن استيفاء منفعة ما عادة ولو كان بعد مدة يمكن الاستيفاء في الجملة بطل العقد في الباقي، ويلزم أجرة ما مضى من الزمان (بالنسبة - خ). قوله: ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء الخ. أي لو استأجر أرضاً للزراعة، ولا يمكن زراعتها لعدم حسر الماء، أي لعدم قطع الماء عن تلك الأرض بحيث يمكن زرعها المستأجر له، لم تجز تلك الإجارة، لعدم الانتفاع المطلوب، فكأنه استأجر ما لا نفع له، ومن جملة شرط العين المستأجرة أن تكون مما ينتفع بها، وهو (فهو - خ) غرر، بل أعظم، بل سفه، وتضييع للمال. ولو كانت مما ينقطع عنها الماء لكن بالتدرج شيئاً فشيئاً لم يجز أيضاً،

ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة، أو بالكيل، أو بالوزن (الوزن - خ)
والراكب، والمحمل، وقدر الزاد، وليس له البدل مع الفناء
(الغنى - خ) إلا بالشرط، ومشاهدة الدابة المركوبة وصفتها (أو
وصفها - خ).

ويلزم المؤجر آلات الركوب، كالقتب والحزام ورفع المحمل
وشدة وإعانة الراكب للركوب، والنزول في المهمات المتكررة، ومشاهدة

للجهالة الموجبة للغرر أيضا، إذا لم يعلم أي مقدار ينقطع عنها الماء، ويصلح للزراعة
ولو علم، واستأجر ذلك المقدار لصح مع الشرط (الشرايط - خ) بغير نزاع.
قوله: ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة أو الكيل أو الوزن الخ. دليل
وجوب العلم بالمحمول - إما بمشاهدته أو كيلاه أو وزنه - ظاهر، وكذا الراكب
والمحمل
الذي يجلس فيه الراكب، إلا أن يكون متعارفا معلوما لا تفاوت فيه، فينصرف
إليه، وكذا تعيين قدر الزاد الذي يحمله.
ومعلوم أن ليس له حمل بدل ما أكل وفنى من الزاد إلا مع الشرط، لأن
العادة في الزاد ذلك.

هذا في استئجار الدابة للحمل وكذا تعيين السير، إلا أن يكون معلوما،
عرفا وكذا تعيين منتهى السفر، وكذا تعيين الدابة الحاملة والمركوبة بالمشاهدة أو
الوصف الرافع للجهالة، إلا أن يكون المستأجر في الذمة بمعنى أنه استأجر لحمل هذا
مثلا على شيء إلى الموضع الفلاني، فلا يحتاج إلى وصف ومشاهدة، نعم يجب عليه
إلى محل الشرط على وجه لا يضربه أصلا فيضمن. (١)

(١) يعني يجب الحمل على المستأجر إلى محل الشرط على وجه لا يضر بالمحمول وإلا فيضمن.

الدولاب، والأرض المطلوب حرثها.
وتعيين وقت السير، مع عدم العادة.
ومشاهدة العقار أو وصفه بما يرفع الجهالة.
وتعيين أرض البئر، وقدر نزولها، وسعتها.
فلو انهارت لم يلزم الأجير إزالته.
ولو حفر البعض رجع بالنسبة من أجره المثل.

مؤجر الدابة آلات الركوب كالقرب أي رحل الجمل، والحزام أي ما يشد على الحمل، أو تحته لضبط الرحل ورفع الحمل وشده على الدابة وإعانة الراكب للركوب والنزول في المهمات. ولو تكررت، مثل الطهارة والصلاة وغير ذلك مما يقتضيه العرف، إلا أن يكون عرفاً يقتضي عدم ذلك، فيتبع، ومشاهدة الدولاب المستأجرة وبئرها ومحل دوران الدابة وغيرهما، مما لا بد ويتغير بها الأغراض.
وكذا مشاهدة الأرض المطلوب حرثها، والظاهر أن العلم بها يكفي، ولو بالمشاهدة.

وتعيين وقت السير مع عدم العادة كما في الحاج، ينبغي تقديم هذا في المتن فإنه من تنمة استيجار الدابة.

ويشترط مشاهدة العقار المستأجرة أو وصفه بما يرفع الجهالة.
وتعيين أرض البئر التي استؤجر لحفرها فيها، فإنها تتفاوت بالصلافة والليانة، وقدر نزول البئر وسعتها.
وجه الكل عدم الغرر على ما قالوه، فتأمل.
ولو حفر بعضها (بعضاً خ ل) ثم انهدم لم يجب على الأجير إزالة ما انهدم بل عليه الحفر المقرر منه (معه خ ل) وإزالة ترابه الخارج غير، وهو ظاهر.
قوله: ولو حفر البعض رجع بالنسبة من أجره المثل. أي لو حفر

ومشاهدة الصبي المرتضع، لا إذن الزوج، إلا مع منع حقه،
ولا يجب تقسيط المسمى على أجزاء المدة.
ويجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً.

بعض البئر ثم تعذر حفر الكل بانهدام ونحوه أو أبطل صاحبه ورضي الأجير،
فتفاسخا أو عجز الأجير، فالظاهر أنه يرجع في الكل إلى الأجرة بالنسبة إلى ما فعل
أي يأخذ من المسمى ما نسبته إليه كنسبة أجرة المثل المحفور إلى أجرة المثل، وهو
ظاهر، وقد مر مثله.

قوله: ومشاهدة الصبي المرتضع الخ. لا بد لعقد الرضاع من مشاهدة
الصبي المرتضع.

الظاهر أنه يكفي هنا الوصف أيضاً، وكذا المرضعة.

ولا يشترط إذن الزوج في انعقاد عقد الرضاع لزوجته إلا مع منع حقوق
الزوجية مثل المضاجعة، أو يحصل ما تنفر (يتنفر - خ) منه الطبع من كثرة الارضاع،
إذا كان مستلزماً لذلك خارجاً عن العادة.

قوله: ولا يجب تقسيط المسمى على أجزاء المدة. أي لا يجب أن يقسط
أجزاء الأجرة المعلومة على أجزاء المدة في العقد، بأن يقال نصفه لنصفها وعشره
لعشرها.

وتظهر الفائدة بأنه إن تعذر العمل وبطل بوجه، فإن قسط فلو كان الفئات
نصفاً يكون الساقط من الأجرة نصفاً، وإن كان بحسب النفع أدون أو أكثر،
بخلاف عدم التقسيط فيمكن بالنسبة، كما تقدم، فتأمل.

قوله: ويجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً. لا مانع منه وعموم أدلة
المسجد - والإجارة مع عدم ظهور مانع - يقتضيه فالمراد (والمراد - خ) بالملكية في
المسجد ونحوه هو ملكية المنفعة، ولكن في بعض قيود المحقق الشيخ علي، أنه لا تثبت
حرمة المسجد.

والدراهم والدنانير.
ولو زاد المحمول، فإن كان المعتبر المؤجر فلا ضمان، وعليه
الرد، وإن كان المستأجر ضمن الأجرة، ونصف الدابة، ويحتمل
الجميع، وكذا الأجنبي.

كأنه يريد أنه يصير مثل المسجد الذي يفعله الانسان في داره مع بقائه على
الملكية، فيحصل ثواب المسجد دون أحكامه، من عدم لبث الجنب، وادخال
النجاسة، وكونه وقفاً.

وهو محتمل، ولكن الظاهر هو الأول من كلامه، ولم نجد مانعاً إلا عدم
كون الأصل وقفاً، وما نعرف اشتراطه، وإن كان ظاهر العبارات ذلك، فتأمل.
قوله: والدراهم والدنانير. أي يجوز استيجارهما، لا شك في ذلك لو
حصل منهما نفع محلل مقصود للعقلاء شرعاً.

قوله: ولو زاد المحمول الخ. لو قرر المحمول بمقدار معين، فحمل على
حامله، فحصل عليه ضرر من الحمل، فإن لم يكن الحمل زائداً فلا ضمان ولا إثم
على صاحب الحمل، وإن كان خارجاً عن طاقته فالإثم على صاحبه والقادر على
منعه العالم به.

وإن كان زائداً، فإن كان المعتبر (له - خ) المؤجر الذي هو صاحب الحمل
فلا ضمان أيضاً، وعليه رد الزائد إلى صاحبه، بل في مكان (مكانه - خ) الذي
حمله عنه إن أراد مالكة.

وإن كان المعتبر هو المستأجر وصاحب الحمل، ضمن أجرة الزائد ونصف
الدابة، إن تلفت، ونصف أرش النقص والعيب إن حصل، ويحتمل ضمان
الجميع.

وجه الأول أنه حصل بالزائد والأصل، فيكون، مناصفة.

ولو قال: آجرتك كل شهر بكذا بطل على رأي، وصح في شهر على رأي.

ووجه الثاني أنه حصل بحسب التعدي، لاحتمال أنه لو لم يكن زائدا لم يحصل.

ولكن أصل عدم الضمان، وبرائة الذمة، وعدم الغرامة، ينفي هذا، إلا فيما تحقق، وليس بمحقق اسناده إلى الزائد، لاحتمال تأثير الأصل، بل الظاهر ذلك. ويحتمل ثالثا، وهو بالنسبة، فتأمل، والاحتياط هو الوسط وإن كان الأخير هو مقتضى ظاهر الدليل.

ويحتمل رابعا أن يقسط على الزائد على ما علم أنه لو كان الحمل ذلك فقط لم يحصل بها الضرر، ثم بالنسبة، فتأمل. وكذا الحكم لو كان المعبر هو الأجنبي.

هذا إن (إذا - خ) كان بغير إذنهما ظاهر، والظاهر أنه كذلك مع الآذن، واحتمال العدم فيكون على الآذن، وإن كان الإذن منهما فككونهما معتبرين معا حاضرين في الاعتبار، فيحتمل كونه كحضور (صاحب - خ) الدابة وكصاحب الحمل، والأصل يقتضي الأول، والاحتياط والعدل يقتضي الثاني، ويحتمل تقسيط الضمان بالزيادة عليهما، فتأمل.

قوله: ولو قال آجرتك كل شهر بكذا الخ. من غير تعيين مجموع المدة، بل قال مثلا كلما جلست في البيت فأجرة كل شهر كذا. قيل يبطل للجهالة بجميع الأجرة والمدة من حين العقد، ومعرفتهما شرط، ويلزم عليه أجرة مثل ما سكن.

وقيل صح في شهر وله في الزائد أجرة المثل إن سكن، وهو مختار الشرايع والشيخين، فإنه معلوم وقوع العقد عليه بثمن معلوم، وإنما الجهالة في الزيادة مدة وثمنا، فلا يمنع ذلك من صحته في شهر.

ولو قال: إن خطه فارسيا فدرهم، وروميا فدرهمان، أو إن عملته اليوم فدرهم وغدا درهمان، صح، على اشكال.

واشترط العلم المذكور في جميع المدد والأجرة يقوي الأول، ويضعف الثاني.

ولكن دليله غير ظاهر، والأصل وعموم أدلة الإجارة، وعدم المانع، وصحيفة أبي حمزة الآتية (١) - تدل على الصحة في الشهر الأول بل في الكل، - فتأمل.

وهنا احتمال ثالث، وهو الصحة في كل ما جلس، واشترط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم، ولا غرر ولا ضرر، إذ كلما جلس شهرا يعطي ذلك، ونصفه في نصفه، وعلى هذا.

قوله: ولو قال إن خطه فارسيا الخ. فسر الرومي بالدرزين والفارسي بالواحد، وهذه المسألة كسابقتها في دليل البطلان وغيره.

ويزيد (يؤيد - خ) احتمال كونها جعالة لا إجارة باطلة، مستلزمة للضمان وأجرة المثل، فإن الأصل ينفي ذلك، وأن التصرف إنما كان بالإذن، وإن بطلت الإجارة وقد رضى بالتصرف بالمقدار المقرر، فلا يلزم الضمان، ولا أكثر مما رضى، ولا أقل، فتأمل.

ونقل عن ابن إدريس أنه يصح جعالة، وقال المحقق الثاني: يعني إذا قصدا أكونه جعالة، وهو حسن، وما أعرف لقصده جعل دخلا مع الاحتمال، فتأمل، واحتط علما وعملا.

ومما يدل على الصحة في المسألتين الآية الشريفة في إجارة موسى (٢) على

(١) الوسائل: الباب ٨ من أبواب كتاب الإجارة الرواية ١.

(٢) القصص: ٢٦.

(الرابع) العلم بالأجرة إما بالكيل أو بالوزن، وتكفي المشاهدة فيهما، على اشكال، وفي غيرهما.

الظاهر، وما فسرت به (١)، فتأمل، وبعض الأخبار. (٢) وصحيحة أبي حمزة (كأنه الشمالي الثقة) عن أبي جعفر عليه الصلاة والسلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكتريتها منك إلى مكان كذا وكذا فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك قال: لا بأس به كله (٣) الدلالة واضحة، فافهم.

وقريب منها رواية منصور بن يونس (٤) وكلاهما في إجارة التهذيب، ومنصور واقفي عند الشيخ، وثقة عند النجاشي.

قوله: الرابع العلم بالأجرة الخ. لا شك في اشتراط العلم بالأجرة في الجملة، أما كيلها ووزنها ففيه خلاف.

والمصنف استشكل هنا في كفاية المشاهدة عنهما على اشكال، وعدم الاشتراط مستحسن الشرايع ومنقول عن المبسوط والاشتراط عن ابن إدريس، وأنه مفهوم النهاية.

والأصل - وعموم أدلة الإجارة وعدم دليل صالح للاشتراط - دليل الأول، إذ ليس إلا الغرر المنفي في البيع، على ما نقل عنه صلى الله عليه وآله (٥) فلو صح

(١) راجع تفسير مجمع البيان، ج ٢ ص ٢٥٠ وتفسير علي بن إبراهيم، ص ٤٨٧ وتفسير نور الثقلين، ج ٤ ص ١٢٣.

(٢) راجع الوسائل باب ٦٦ حديث ٢ من أبواب ما يكتسب به ج ١٢ ص ١٧٦.

(٣) الوسائل: الباب ٨ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١، ج ١٣، ص ٢٤٩.

(٤) الوسائل: الباب ١٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢.

(٥) مسند أحمد بن حنبل، ج ١، ص ١١٦ عن علي عليه السلام و ص ٣٠٢ منه وراجع ج ٢ ص ٢٤٨ من عوالي

الثالثي ولاحظ ذيله المنقول عن عيون أخبار الرضا عليه السلام.

ومع الاطلاق أو اشتراط التعجيل، فهي معجلة.

كان دليلا في البيع فقط.

إلا أن يعلم أن السبب هو الغرر فقط، من حيث هو وأنه الموجب للفساد، وأنه موجود فيما نحن فيه فكان دليلا على الثاني (على الاشتراط خ) أيضا. ولكن أنى اثبات ذلك كله، فإن المراد بالغرر المنفي غير واضح، وكذا عليته فقط، ووجوده فيما نحن فيه. إذ يعلم انتفائه في مشاهدة غير المكيل والموزون بالاتفاق.

فالظاهر أنه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون والمعدود والمذروع بالطريق الأولى.

ويؤيد بطلان القياس، وكون الإجارة غير بيع عندنا، وقال في الشرح، قلت: الحديث ورد في البيع، والإجارة محمولة عليه عند بعض العامة، لأنها بيع، وأما عندنا فلا يأتي إلا من طريق اتحاد المسألتين إلى آخره. وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتحاد بحيث لا يكون قياسا باطلا. وضمير (فيهما) و (غيرهما) راجع إلى المكيل والموزون المفهوم من الكيل والوزن. قوله: ومع الاطلاق أو اشتراط التعجيل فهي معجلة. الظاهر عدم الخلاف في أن الأجرة معجلة غير مؤجلة مع اطلاقها، ومع قيد التأجيل، كعدم الخلاف في التأجيل مع شرطه صرح في التذكرة (١) بعدم الخلاف في القيد (المقيدين - خ) وأن في المطلق يملكها المؤجر بنفس العقد، ويستحق استيفاءها، إذا سلم العين إلى المستأجر عند علمائنا. (٢)

(١) قال في التذكرة: الأجرة إن شرط تعجيلها في العقد كانت معجلة، وإن شرط تأجيلها إلى آخر المدة أو نجوما معينة كانت على الشرط لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم ولا نعلم في ذلك خلافا، وإن أطلق كانت معجلة وملكها المؤجر بنفس العقد إلى آخره.
(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

والتعجيل يفيد التأكيد ويمكن التسلط على الفسخ على تقدير التخلف، كما هو مقتضى الشرط المذكور في العقود اللازمة، على ما تقدم في البيع، واختاره الشهيد الثاني.

وقد مر البحث في أنه هل يتوقف على تسليم ما في يده مما يعمل فيه مثل الثوب، أو على اتمام العمل فقط، وذلك لا ينافي التعجيل المراد هنا، فإن المراد التعجيل (بالتعجل - خ) الذي هو مقتضى العقد وبعد ذلك من دون تأجيل بأجل.

ولعله لا خلاف في التعجيل حينئذ كما مر، وسنده اقتضاء العرف ذلك، وترك التأجيل، فإنه لو كان مؤجلا لذكر الأجل كما هو العادة، وأنه لو كان مؤجلا لزم الاجمال، ولأنه كضمن المبيع وعوض ساير العقود، فيجب التسليم مع الطلب بلا تأخير عرفي.

ويدل عليه الروايات أيضا مثل حسنة هشام بن الحكم (لإبراهيم) عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال والأجير قال: لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته. (١) ورواية أخرى عن شعيب (سعيد - يب) قال: تكارينا لأبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قوما يعملون في بستان له وكان أجلمهم إلى العصر قال فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم. (٢) ولا يضر أن في الطريق حنان وشعيب مشتركين. وأما تعجيل المنفعة في زمانها مع التعيين ومع الاطلاق، فلا شك في التعجيل إذا كان مثل منفعة دار أو عقار متصلا بما بعد العقد، لما تقدم من اقتضاء

(١) الوسائل: الباب ٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١، وفيه كما في التهذيب وفي بعض النسخ المخطوطة الجمال بدل الجمال.

(٢) الوسائل: الباب ٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢.

العرف ذلك، وإلا يلزم البطلان، إلا مع القرينة، فهي كالقيد، ويحتمل الصحة أيضا كما مر.

وبالجملة في جميع ما هو مقيد بزمان، يجب في أول ذلك الزمان، وقد عرفت أن أوله بعد العقد بلا فصل مع الاطلاق.

وأما إذا كان منفعة دابة لحمل مثلا فمع الاطلاق وعدم القرينة فهو كذلك، مع تعيين الزمان، وأما مع عدمه فيمكن أن يجب التسليم مع الطلب، كما تقدم.

وأما إذا كان عملا مثل بناء وخياطة وصوم وصلاة، فيمكن ذلك أيضا، مع عدم التعيين وأما معه فالظاهر الوجوب في أوله كما تقدم.

ونقل في شرح الشرايع أن الشهيد قال في بعض تحقیقاته: أن الاطلاق

يقتضي التعجيل في كل الإجازات إذا كانت متعلقة بشخص معين، محتجا بأن الاطلاق ينصرف إلى التعجيل، كما في الحج، حتى قاله إنه يصير كالأجير الخاص منهيًا عن عمل غيره، ويفسد ذلك العمل، وإن أوقع عقدا آخر فكذاك يبطل. ومنع ذلك في شرح الشرايع بأصل عدم الفورية، وأن الأمر المتوجه إليه بعد العقد لا يقتضي الفورية، كما هو مذهب المحققين في الأصول.

وعلى تقديره لا يلزم النهي، إلا أن يكون (كان - خ) الأمر مستلزما للنهي عن الضد الخاص، وإنما يستلزم الضد العام والأمر الكلي، لا الافراد الخاصة.

وعلى تقديره النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد. (١)

قلت: إن ثبت هناك عرف أو قرينة فلا كلام، وإلا فينبغي نفيه بأصل براءة الذمة، كما قاله في شرح الشرايع بل ذلك جار في منفعة الدار ونحوها، وعمل

(١) في بعض النسخ المخطوطة: لا يستلزم الفساد.

الدابة أيضا.

ولكن العرف يقتضي في المنفعة اتصال المدة وفي الدابة يمكن حوالة إلى العادة، فلا يجب التعجيل، ولا يجوز التأخير، بحيث يعد مهملًا ومضيعة. وعلى تقدير الاشتغال والشروع فالظاهر أنه يكفي كونه بحيث يعد شارعًا في الجملة، فلا يجب السعي التام والتعجيل، وإن كان أحوط، بل كاد أن يكون واجبًا في الجملة خصوصًا العبادات، فإن حصول براءة ذمة الميت والأجير أمر ضروري وقد يعرض الموت، ويشكل الأمر بانتقال الأمر إلى وصيته، أو وصي الميت الأول، وبطلان الإجارة وتحقيق الأمر مشكل، الله الموفق. (١)

ولهذا يوجب بعض المبادرة على الوصي ولا شك في الوجوب إذا كان ما يوصى به فورًا، مثل الزكاة والحج، أو دلت قرينة على إرادة الاستعجال، بل القرينة موجودة دائمًا، فإن مقصود الموصى فعل ما يوصى به مستعجلًا لينتفع به، وإن لا يهمل مثل ما أهمله، وإلا يتسلسل. (٢)

إلا أن التأخير في الجملة بحيث يقضي العرف بعدم نفيه لا بأس به، وحينئذ فالظاهر وجوب التعجيل على الوصي والعامل، فتأمل.

ثم اعلم أن الشهيد الثاني في شرح الشرايع اختار عدم وجوب اقتضاء الاطلاق التعجيل في تسليم المنفعة بل أبطل العقد مع الاطلاق وعدم القيد والقرينة، محتجًا بأن الاطلاق لا يقتضي معينًا، فيشترط ذكر المدة، ومع اقتضاء الأمر الفورية (الفور - خ) كما تقدم، ثم أوجب تعجيل الثمن في أول وقت التسليم وهو تمام العمل و (مع - خ) تسليم العين محتجًا بأنه يجب تسليم العوض عند تسليم

(١) في هامش بعض النسخ الخطية هكذا: ظاهر ع ل وز عدم الكلام في بطلان الإجارة إذا شرط أن يعمل الأجير بنفسه وظاهر أن العبادات كذلك وإن لم يصرحوا بالشرط، فتأمل.
(٢) في بعض النسخ المخطوطة: ولا يتسلسل.

المعوض كما هو مقتضى المعاوضة.

وفيه تأمل لما عرفت من اقتضاء العرف الاتصال بأول العقد، ويؤيده الأصل والشهرة والآية (١) والأخبار (٢) فإن الظاهر من عدم ذكر الابتداء فيها (فيها - خ) الصحة والاتصال، فإن (وإن - خ) الظاهر أنه يجب تسليم الأجرة باتمام العمل للملكية وعموم الرواية (٣) وقد مر، ويؤيده الوجوب في المنافع بمحض العقد مع الطلب، فتأمل.

ثم إن في قوله: لا يقتضي النهي عن ضده الخاص، ما قد عرفته مرارا من أنه يقتضيه.

وأن تسليمه في الأمر الكلي الذي هو الضد العام عنده، كما فسره، مستلزم للضد الخاص، وهو ظاهر.

وكذا في قوله: لا يدل على الفساد في غير العبادات، لأن النهي متوجه على عدم صلاحية الوقت لعقد آخر، فإنه ينصرف إلى زمان معين عنده، وهو المتصل بالعقد، كالحج، وقد سلمه، فلا معنى للمنع بعده.

نعم يمكن المنع أولا كما فعله فتأمل، وهو كما في الأجير الخاص عنده، وقد سلمه إلا أن يفرق، فتأمل فيه.

ولا شك أن ما ذكره الشهيد رحمه الله أحوط بل أنه المتبادر في أمثال هذه العقود، خصوصا للعبادة (للعبادات - خ) الفورية، إلا مع القرينة، وإن لم يكن الأمر

(١) لعلها إشارة إلى قوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن (الطلاق - ٦) أو إلى قوله تعالى: فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن الآية (النساء - ٢٤) فإن التفريع بالفاء ظاهر في الاتصال، إلى غير ذلك من الآيات.

(٢) راجع الوسائل الباب ٤ من أبواب كتاب الإجارة وغير ذلك، ج ١٣ ص ٢٤٦.

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب كتاب الإجارة الرواية ٢ وغيرها من روايات الباب.

وإلا بحسب الشرط إما في نجم أو أزيد بشرط العلم.
ولو وجد بها عيبا تخير بين الفسخ والعوض، إذا (إن خ) كانت
مطلقة، وبين الفسخ والأرش إن كانت معينة.

مطلقا للفور، فتأمل.

ولا شك في عدم التعجيل لو أجل، أو دلت القرينة على ذلك
(فتأمل - خ).

قوله: وإلا فبحسب الشرط الخ. إن لم يكن مطلقا ولا معجلا يكون
مؤجلا بحسب ما شرط من الأجل، فإن شرط أجلا واحدا للكل يلزم ذلك، وإن
تعدد الأجل يلزم بعد كل أجل معين ما عين له من الثمن.
قوله: ولو وجد بها عيبا تخير الخ. وجه التخيير - بين الفسخ والعوض إن
كانت الأجرة المطلقة معينة - أن المطلق يتعين بتعيين المالك، وقبض المستحق
كالزكاة، فحينئذ له الفسخ لكون المعينة معينة، وله الأبدال بالصحيح الذي هو مقتضى
العقد.

وهو غير واضح فإنه مطلق غير معين ولا يلزم التعيين بتعيين المالك
(بما ذكر - خ) مع كونه معييا، وهو ظاهر، ومقتضى الأصل، والاستصحاب، وإلا
كان ينبغي له الأرش أو الفسخ لا البديل.
فالظاهر أن في الإطلاق له العوض فقط، فإن تعذر ولو بفوت بعض المنافع
المطلوب عرفا بالتأخير يكون له الفسخ.
وإذا كانت معينة له الفسخ أو الأرش.

كأن دليله ظاهر مما تقدم في المبيع المعيب، ويمكن اختصاص المبيع
المعيب بالحكم، لدليله، ويكون هنا الفسخ فقط، بل ويمكن الانفساخ أيضا، لعدم
وقوع الرضا به، فيكون العقد كالعدم، فتأمل.

ويجوز أن يؤجر ما استأجره، أو بعضه بأكثر من مال الإجارة.

قوله: ويجوز أن يؤجر ما استأجره الخ. الظاهر عدم الخلاف في جواز استئجار الدار التي استأجرت مثلا، على تقدير عدم اشتراط استيفاء المنفعة بحيث يمنع ذلك (تلك خ ل) الإجارة، وعدم قرينة معينة لذلك، بل وقعت الإجارة بحيث صارت المنفعة ملكا للمستأجر كالمؤجر، فيفعل بها ما يريده، قال في التذكرة لو استأجر دارا أو دابة أو غيرها من الأعيان التي يصح استئجارها، جاز له أن يؤجرها من غيره عند علمائنا أجمع الخ. ولكن قيل: ولكن لا يسلم إلى المستأجر الثاني إلا بإذن المالك للعين، حتى لا يكون ضامنا لها، وما عرفت دليله، فتأمل. والظاهر عدم الاشتراط، وعدم الضمان بدونه، للأصل، وللإذن بالاستئجار فرضا، فيجوز له أن يؤجرها بأقل مما استأجر وبالمساوي، من غير نزاع وخلاف.

والأصل والقاعدة وأدلة جوازها، يقتضي جوازها بأكثر من الأجرة، وإن كان بجنسها أيضا، وإن لم يحدث حدثا من عمارة وشبهها. قال في التذكرة: وهو يجوز عند أكثر علمائنا، وحمل الرواية المانعة (١) على الكراهة قال في التذكرة قال الشيخ رحمه الله (تذنيب) لا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكثر مما استأجره، إلا أن يؤجر بغير جنس الأجرة، أو يحدث ما يقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن الأجرة والجنس واحد، ويجوز بأكثر لرواية الحلبي عن الصادق عليه الصلاة والسلام. (كأنها حسنة لإبراهيم) قال: لو أن رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم وسكن ثلثيها وأجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها

(١) راجع الوسائل الباب ٢١ و ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة، ج ١٣، ص ٢٦١... ص ٢٦٤.

به إلا أن يحدث فيها شيئا. (١)
ورواية أبي بصير (في الكافي) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام إنني لأكره
أن أستأجر رحي وحدها ثم أو أجرها بأكثر مما استأجرتها به إلا أن يحدث فيها
حدثا (حدث - خ) أو يغرم فيها غرامة. (٢)
ولا يخفى أنهما لا يدلان على تمام المطلوب، بل الأولى تدل على عدم
استيجار الدار بأكثر مما استأجر، إلا أن يحدث شيئا، بل بعد سكوت بيت منها،
فلا يدل على غيرها، وعلى كون الحدث يقابل التفاوت، بل سيحى أن أدنى
شيء، يكفي.
ولا على اختصاص المنع بالجنس إلا أن يؤخذ من الأكثر، فتأمل.
مع أنها ليست بصحيحة، لوجود إبراهيم (٣)، مع اشتراك حماد والحلي،
وإن كان الظاهر أنهما الثقتان، فتأمل.
والثانية غير صحيحة لوجود عثمان بن عيسى، عن زرعة عن سماعة (٤)
ولا صريحة، بل ليست دالة على مطلوب الشيخ، الذي ذكر سابقا، ولفظة (أكره)
مؤيدة للحمل على الكراهة، فهو غير بعيد.
وأما الذي يدل على التقبيل بأقل مما قبله مع عمل، فهو روايات كثيرة،

- (١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب كتاب الإجارة، هكذا في الوسائل كما في الكافي أيضا: ولكن في
التذكرة وبعض النسخ الخطية، والمطبوعة، هكذا: وسكن بيتا منها وأجر بيتا منها بعشرة دراهم إلى آخره.
وفي التهذيب: وأجر بيتا منها بعشرة دراهم لم يكن به بأس إلى آخره فراجع.
(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥.
(٣) سندها - كما في الكافي - هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن عمير، عن حماد، عن الحلبي
(باب الرجل يستأجر: الرواية ٤).
(٤) وسندها - في الكافي في الباب المذكور - هكذا: عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن عثمان بن
عيسى، سماعة، عن أبي بصير، ولا يخفى أنه ليس فيها: زرعة عن سماعة.

مثل صحيحة أبي حمزة عن الباقر عليه الصلاة والسلام قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل؟ قال: لا بأس قد عمل فيه. (١)

هكذا في شرح المتن والمختلف (٢) أيضا وأظنه غلطا، فإن صحيحة أبي حمزة على ما رأيتها في التهذيب، هكذا: عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يربح فيه قال: لا. (٣)

وفي التذكرة لا بأس به وجعلها دليلا على الجواز (٤)، ونقل هذا المتن بعينه، بسند صحيح، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام إلا أنه زاد بعد قوله: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا. (٥)

نعم ذلك مذكور بعينه، إلا بزيادة لفظ الخياط في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل، ويقطعه ويعطيه من يخيطه، ويستفضل؟ قال: لا بأس قد عمل فيه. (٦)

وهذا هو دليل الشيخ، ولكن دلالتها بالمفهوم.

وقريب منه رواية إسحاق بن عمار الآتية (٧) مع عدم الصحة بغياث بن كلوب البتري (٨) وغيرها.

-
- (١) راجع الوسائل: الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.
- (٢) راجع المختلف كتاب الإجارة، ج ٢، ص ٤.
- (٣) راجع الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.
- (٤) انتهى كلام العلامة قدس سره في التذكرة (ج ٢ ص ٢٩١).
- (٥) راجع الوسائل: الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.
- (٦) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥.
- (٧) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة ٢.
- (٨) وسندها - كما في التهذيب - هكذا: محمد بن الحسن الصفار، عن الحسن بن موسى الخشاب، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار.

مثل رواية حكم الخياط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل الثوب بدرهم وأسلمه بأقل (بأكثر - كما) من ذلك لا أزيد علي أن أشقه؟ قال لا بأس بذلك، ثم قال: لا بأس فيما تقبلت من عمل ثم استفضلت. (١)
ودلالاتها ظاهرة، ولكن حكم مشترك كأنه ابن أيمن لأنه قال النجاشي حكم بن أيمن الخياط وهو مذكور في الفهرست أيضا من غير توثيق، وغير مذكور في الخلاصة ورجال ابن داود.

إلا أن في التهذيب: الخياط، فلعل أراد في المختلف بقوله: في الصحيح عن حكم، كونه صحيحا إليه، فتأمل.

ورواية علي الصائغ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل العمل، ثم اقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين؟ فقال: لا يصلح ذلك، إلا أن تعالج معهم فيه (قال ثل) قلت: فإني أذيبه لهم؟ قال: فقال: ذلك عمل فلا بأس. (٢)
دلالاتها لا بأس بها، إلا أن علي الصائغ كأنه علي بن ميمون الصائغ، كما يفهم من حديث بعده في التهذيب، ومن الرجال، وقال ابن داود النجاشي الغضائري، حديثه يعرف وينكر.

وفي الطريق أيضا ابن مسكان (٣) وإن كان الظاهر أنه عبد الله، لنقل علي بن نعمان عنه.

وفي خبر مجمع، قال: قلت لأبي عبد الله عليه الصلاة والسلام أتقبل الثياب أخيطها، ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ فقال: أليس تعمل فيها؟ فقلت: اقطعها

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب الإجارة الرواية ٧.

(٣) وسندها - كما في التهذيب - هكذا: الحسين بن سعيد عن علي بن النعمان عن ابن مسكان، عن علي الصائغ.

واشترى لها الخيوط، قال لا بأس. (١)
وهذه الأخبار صريحة في أنه يكفي أدنى العمل، وما يصدق عليه لا الذي
نقل عن الشيخ في التذكرة من أحداث ما يقل (٢) التفاوت في إجارة المسكن.
وحسنة أبي المعز عن الصادق عليه السلام في الرجل: يستأجر
(يواجر - ئل) الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها، فقال: لا بأس إن هذا ليس
كالحانوت و (لا - خ) الأجير، إن فضل الحانوت والأجير حرام. (٣)
في دلالتها على تمام مطلوب الشيخ تأمل، بل يدل على الجواز في الجملة.
والظاهر عدم البأس مطلقا، إلا في الحانوت والأجير من غير عمل مطلقا،
لما مر، والجمع بين الأدلة، وعدم دليل صالح للمنع مطلقا، والتصرف في جميع
تلك الأدلة، وجواز تصرف المالك في ماله بما يريد، والأخبار. (٤)
ثم اعلم أن الشارح قال: واعلم أن روايات أصحابنا دالة على المنع في
البيت والخان والأجير، لا على المنع في غيرها، فينبغي الاقتصار على مورد المنع، وهو
ظاهر مذهب نجم الدين في الشرايع حيث عد الثلاثة خاصة.
وأنت قد عرفت أن المنع في الحانوت والرحى أيضا موجود بل في غيرهما
أيضا.

مثل موثقة إسحاق بن عمار (لغياث بن كلوب البتري الثقة على ما قيل)
عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن أباه كأن يقول: لا بأس بأن يستأجر الرجل الدار

-
- (١) الوسائل: الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٦.
(٢) عبارة التذكرة هكذا: تذييب، قال الشيخ رحمه الله: لا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الأجير
بأكثر مما استأجره إلا أن يؤجر بغير جنس الأجرة، أو يحدث ما يقابل التفاوت انتهى.
(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.
(٤) راجع الوسائل الباب ٢٠ و ٢١ من أبواب أحكام الإجارة.

والأرض أو السفينة، ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً. (١)
وغيرها أيضاً إلا أنها غير صحيحة ولا صريحة في المنع.
لكن الظاهر أن الشيخ قد يستدل بمثلها، ويجمع كما فعل (قيل - خ)،
فتأمل، وإن كانت بعض الروايات ظاهرة في اختصاص المنع بالأجير والحانوت،
كحسنة أبي المعز المتقدمة. (٢)

وإن المنع (٣) ليس في البيت، بل في الدار.
وقال في الشرايع: (المسكن)، كالشيخ (٤)، ويمكن أن يكون المراد، الدار.
وأيضاً أنه قال في الشرايع مثل ما نقل سابقاً عن الشيخ، من أن المنع
بالأكثر في الجنس، والروايات خالية عنه.
وقد عرفت أيضاً أن مفاد الروايات ما يصدق العمل والحدث، لا ما يقابل
التفاوت كما قاله الشيخ على ما نقل عنه سابقاً، إلا أن يكون المراد ما يقابله في
الحملة، لا بالمساواة، فتأمل.

وأيضاً قال: واعلم أن هذه المسألة مفروضة في الإجارة المطلقة أما إذا عين
العامل فلا بحث في المنع والضمان، لو سلم العين، ولا ضمان في المطلقة بالتسليم
لصحيحة علي بن جعفر عليه السلام الآتية (٥)، وابن إدريس (٦) أوجب الضمان
وابن الجنيد نفى الضمان إن سلم إلى أمين.

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢، وقد تقدم ذكر سندها آنفاً.

(٢) تقدم نقلها قبيل ذلك.

(٣) عطف على قوله إن الشيخ الخ.

(٤) يعني عبر في الشرايع ب (المسكن) كالشيخ.

(٥) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

(٦) زاد في هامش بعض النسخ المخطوطة - بعد قوله لصحيحة علي بن جعفر الآتية - ما هذا لفظه: في
عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير، وصورة النزاع أولى، وابن إدريس الخ.

وقد عرفت أنه يجوز التسليم بغير إذن المالك لثبوت المكية المقتضية له مع عدم المنع، والأصل، والإذن المسقط غالباً، كما هو المفروض. فإيجاب ابن إدريس بعيد، كقول الشيخ على ما يفهم من بعض حواشيه مع تجويزه التسليم، وهو الظاهر من الشرح أيضاً، وقول ابن الجنيد أقرب منه حيث استحسنته العقل، وفي بعض الروايات في بحث إجارة التهذيب إشارة ما إليه.

مثل صحيحة محمد بن الحسن الصفار قال كتبت إلى الفقيه عليه السلام: في رجل دفع ثوبا إلى القصار ليقصره فيدفعه (فدفعه - خ) القصار إلى غيره (إلى قصار غيره - ثل) ليقصره، فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره، وإن كان القصار، مأمونا؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له، إلا أن يكون ثقة مأمونا انشاء الله. (١)

ولكن ظاهرها أنها في الأجير المعين، ولا كلام في ضمانه مطلقا على ما مر فيمكن حملها على استحباب عدم تضمينه إن كان أمينا ثقة، للجمع بين الأدلة، وإن أمكن الجمع بحمل المطلق على المقيد، وهو واجب ومقدم، إلا أن الأول أولى، إن كان المراد الأجير الخاص، وإلا فالثاني، فتأمل.

وصحيحة علي بن جعفر عليهما السلام (هي المذكورة في إجارة التهذيب والكافي أيضا) عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت، فما (ما - ثل) عليه؟ قال: إن كان الشرط (شرط - ثل) أن لا يركبها غيره، فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء. (٢)

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١٨.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

قال في الشرح: يدل على المطلوب بالطريق الأولى.
كأن الأولوية لأنه إذا لم يثبت الضمان بالتلف في يد غير مالك المنفعة مع تسليمه إياه بغير الإذن فعدم الضمان مع تلفه في يد مالكها أولى، والفرض أنه استأجره الثاني، فيملك المنفعة، وهو ظاهر.
وإليه أشار في المختلف واختار عدم الضمان لما تقدم.
ويدل على جواز الدفع وعدم الضمان أيضا ما سيحجى في صحيحة محمد بن الحسن الصفار إلى الفقيه عليه السلام في شرح قوله: ولو تلف الخ. (١) ولا يخفى أن صحيحة علي بن جعفر عليه السلام تدل على جواز الاستيجار وتسليم المستأجرة إلى الغير بغير إذنه، وعدم الضمان، ما لم يصرح بالمنع، فإذا اكرت دابة للركوب يجوز له أن يركب غيره بالإجارة، وعدمها، كما مر، إلا أن تدل قرينة على أن المراد المنع، مثل أن يكون معلوما أن المراد ركوب المستأجر بنفسه، لصلاحه (لعلمه خ) وتقواه أو كونه أخف فيمكن حمل الأخف أو مثله، إن علم، وإلا فلا، فتأمل.

واعلم أيضا، أن عبارات الكتب مضطربة هنا، فإن رواية أبي حمزة الموجودة في التهذيب عن أبي جعفر عليه السلام (٢) نقلت في التذكرة دليلا على الجواز حيث كان فيه: (لا بأس) به مع أنه ليس في التهذيب إلا (لا) ونقلت بعينها في الكافي عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام وزاد بعد (لا): (إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا) ونقلت رواية محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (٣) الموجودة في التهذيب على ما مر بعينها عن أبي حمزة عن الباقر عليه السلام في شرح

-
- (١) في المتن عند قوله قدس سره المطلب الثاني في الأحكام.
(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.
(٣) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

المتن والمختلف.

وقال في شرح القواعد حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن إجارة المستأجر العين بأكثر مما استأجرها قال: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيه شيئا (١) ومثله عن أبي بصير وزاد (أو يعزم فيها غرامة). (٢) الحسنه ليست كذلك، بل هي، الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر الخ. (٣) وليس مثلها رواية أبي بصير، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إني لأكره أن استأجر رحي وحدها، ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن يحدث فيه حدثا، أو يغرم فيها غرامة. (٤)

وهذا دليل قوي على عدم الخروج عن الأصل والضابطة مهما أمكن، فهو مؤيد للحمل على الكراهة، كما اختاره العلامة قدس الله سره، ولولا هذا لكان القول بالتحريم - مع عدم الاحداث والعمل - أولى. وأيضا ما رأيت خبرا دالا على جواز الإجارة بأكثر من غير احداث والتقييل بالأقل من غير عمل صريحا، إلا رواية أبي حمزة على الوجه المنقول في التذكرة، وليست كذلك في الأصول. كما مر فقول شرح القواعد: الروايتان محمولتان على الكراهة جمعا بين الأخبار (٥) محل التأمل، ولو قال: بين الأدلة، لكان

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥.

(٥) قال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف: ويجوز أن يؤجر الخ والروايتان (أي روايتي الحلبي وأبي بصير) محمولتان على الكراهية جمعا بين الأخبار على أن في الثانية: (إني لأكره) وهو صريح في الكراهية وهو الأصح.

أولى. (١)

وكذا قوله: والأصح في ذلك كله الجواز (٢) مع ذكره دليل التحريم، مثل حسنة أبي المعز المتقدمة، وعدم ذكر دليل على الجواز أصلا، كأنه اكتفى بما ذكره أولا، بقوله: جمعا بين الأخبار، فتأمل.

وقال في شرح القواعد (وكذا لو سكن البعض، وآجر الباقي بالمثل أو الزائد) أي وكذا يجوز الإجارة هنا ولا ربا، ويجئ فيه خلاف الشيخ والجماعة، لأن الأجرة تنقسم على الاجزاء (الاجراء - خ) ولحسنة أبي المعز عن الصادق عليه السلام في حديث أن فضل أجرة الحانوت والأجير حرام (٣) فيه أيضا تأمل، لأن الخلاف مخالف للقواعد، والضابطة، والنص، فإن للانسان التصرف في ملكه عينا كانت أو منفعة بهما (مهما - خ) شاء، ما لم يمنعه عنه مانع، والنص الذي يصلح دليلا، هي حسنة الحلبي المتقدمة (٤)، وقد كانت مشتملة على جلوس بعض الدار وإجارة البعض بأصل ما استأجرها، لا بأزيد فكيف يجوز للشيخ أن يخالف فيه أيضا. وكأنه لذلك ما نقل عنه ذلك الخلاف.

ومعلوم بطلان الدليل الآخر، أي اشتماله على الربا وهو أضعف من أن يذكر، ولأن حسنة أبي المعز حسنة، وليست بصحيحة يمكن الاستدلال بها على التحريم.

(١) لعل وجه الأولوية إن الدليل في هذا المقام ليس منحصرًا بالأخبار بل الأصل والضابطة أيضا دليلا كما أشار إليه قدس سره.

(٢) عند شرح قول المصنف (لو تقبل عملا بشئ وقبله لغيره بأقل) أي يجوز ذلك على رأي والخلاف للشيخ والجماعة لرواية أبي المعز السابقة والأصح في ذلك كله الجواز انتهى.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة، الرواية ٤ ومتن الرواية هكذا: إن فضل الحانوت والأجير حرام.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٣.

(٤١)

على أنها مشتملة على الجواز في الأرض وعدم الجواز في الحانوت والأجير فقط، فكيف يستدل بها على التحريم في المسكن أيضا.
فقول المصنف: (ويجوز أن يؤجر ما استأجره الخ) لبيان جواز نفس إجارة ما استأجره، لرد توهم أنه لا يجوز.
ولكن ذلك مشروط بعدهم فهم استيفاء المنفعة على وجه ينفي الاستيجار، ودليله واضح عقلا ونقلا، وقد مرت الإشارة إليه، وقد سمعت الروايات فيه، وستسمع أيضا.
وأیضا مشروط بأن يؤجر بمثل ما استأجر أو بالأقل، وقد قيد في القواعد ومثله، بأنه يجوز أن يؤجر بمثله أو أقل ضررا.
والظاهر عدم حسن هذا القيد، لأن الفرض أن الإجارة (إن - خ) وقعت مطلقا، وصارت المنفعة ملكا له، والناس مسلطون على أموالهم (١) كما قال في الشرح، وإن كانت مقيدة، لا يجوز الاستيجار بوجه.
نعم لا يؤجرها بإجارة تضر عرفا ولا يؤجر مثلها بمثل هذه الإجارة عرفا، فكأنه المراد، فتأمل.
وقوله: (أو بعضه بأكثر) أي يجوز أن يؤجر بعض ما استأجره بأكثر مما كان أجره له بالحساب والتقسيم، أو بأكثر الإجارة بمعنى أن يؤجر نصفه مثل أن يستأجر دارا بعشرة، ثم يؤجر نصفها بستة، ويسكن نصفها، أو يؤجر ذلك أيضا بشيء، أو يسكن أحدا.
ويحتمل أن يكون (بأكثر) قييدا لما استأجره أيضا، كما هو الظاهر فمعناه

(١) قال في ويجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضررا الخ. ذكر هذا في الشرط الثاني من المطلب الثالث في المنفعة.

ولا يجوز بأكثر منه مع التساوي جنسا، إلا أن يحدث حدثا، أو تقبل (يقبل - خ) غيره بأنقص مما تقبل بعمله، إلا مع الحدث على رأي.

يجوز إجارة كل ما استأجره أو بعضه بأزيد من نصف مال الإجارة، ولكن فيه ركاكة معني، إذ يجوز بكل مال الإجارة، فتأمل.
قوله: ولا يجوز بأكثر منه مع التساوي جنسا إلا أن يحدث حدثا، اختار هنا مذهب الشيخ في المسألة الأولى بخلاف التذكرة والقواعد. وقد عرفت ما فيه وأن القيد بالجنس مشعر بأن دليله الربا، وهو ضعيف جدا.

قوله: أو يقبل غيره بأنقص مما تقبل بعمله إلا مع الحدث على رأي. كأنه بتقدير (أن) عطف على فاعل (لا يجوز) أي لا يجوز أن يقبل وفاعل (يقبل) ظاهر، وهو المستأجر كفاعل (يؤجر) وضمير (بعمله) راجع إليه أيضا، وهو مذكور معني.

ولكنه ينبغي بعمل (أ) حتى لا يتوهم كون عمله شرطا، أو كونه أجيرا خاصا، مع أنه معلوم أن الفرض في الأجير المشترك كما صرح به في الشرح. وهو إشارة إلى اختياره مذهبه في المسألة الثانية أيضا، بخلاف ما اختاره فيهما، كالأولى.

فقوله: (على رأي) إشارة إلى الخلاف فيهما، واطلاق الحدث يشعر بما قررناه من عمومته في الأخبار، فلا يحتاج كونه مما يتقابل بالزائد، كما قيد به في كلام الشيخ، إلا أن يكون المراد به ما يقابله في الجملة (الجملة - خ). وفيه أيضا إشارة إلى ما قررناه من وجود المنع في أكثر من الأمور الثلاثة التي

(أ) يعني ينبغي أن يكون التعبير (بعمل) لا (بعمله).

ولو شرط اسقاط البعض إن لم يحمله إلى الموضع المعين في الوقت المعين صح، ولو شرط اسقاط الجميع بطل.

قاله في شرح المتن، فتأمل.

قوله: ولو شرط اسقاط البعض الخ. أي لو شرط المستأجر - إن أوصله الأجير إلى المكان المعين في يوم معين يمكن وصوله إليه في ذلك الزمان عادة بشيء معين، وإن لم يوصله إليه في ذلك الوقت، فينقصه من أجرته المعلومة شيئاً معيناً - فالإجارة مع الشرط صحيحة.

ودليلها عموم أدلة جواز الإجارة، وجواز الشرط، ووجوب الوفاء به، مع الأصل، وعدم ظهور مانع، إذ ليس إلا جهالة ما يعقد عليه حين العقد في الجملة، وما يعرف كون العلم حينئذ - بحيث لا يحتمل غيره شرطاً ولا نعرف عليه دليلاً واضحاً.

ويدل عليه أيضاً الأخبار.

مثل صحيحة أبي حمزة (كأنه الشمالي الثقة) عن أبي جعفر عليه الصلاة والسلام قال: سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول: اكرتيتها منك إلى مكان كذا وكذا، فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك؟ قال: لا بأس به كله (١)، وهذه مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ذلك العلم، وعدم الضرر بمثل ذلك الجهل، فهي تدل على جواز ما نحن فيه.

ومثله إن خطته رومياً فلك كذا أو فارسياً (٢) فلك كذا، ومثل آجرتك كل شهر بكذا، كما أشرنا إليه ويدل أيضاً على صحة تقديم القبول. فقول شارح القواعد وغيره - باشتراط تقديم الايجاب في الإجارة بل في

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

(٢) وفي بعض النسخ المخطوطة: وإن خطته فارسياً الخ.

غيرها أيضا - غير واضح، وقد مر إليه الإشارة أيضا.
ورواية محمد الحلبي، قال كنت قاعدا إلى قاض وعنده أبو جعفر عليه الصلاة والسلام جالس فجاءه (فأتاه - خ) رجلان فقال أحدهما إنني تكاريت إبل هذا الرجل، ليحمل لي متاعا إلى بعض المعادن، فاشتريت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق وأخاف أن يفوتني، فإن احتسبت عن ذلك حطت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وأنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوما، فقال القاضي هذا شرط فاسد وله (وفه - ثل) كراه فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز، ما لم يحط بجميع كراه. (١)
وهذه صريحة، ولا يضر عدم صحتها باشتراك محمد بن إسماعيل، (٢)
ووجود منصور بن يونس، كأنه بزرج الذي قيل واقفي ثقة، لما تقدم.
وظاهر كلامهم عدم التوقف في توثيق محمد بن إسماعيل في مثل هذا السند، كأنهم يعرفون كونه ابن بزيع الثقة، وذلك غير بعيد، وكثيرا ما يصرح في الكافي بابن بزيع في مثل هذا السند، فهي موثقة كما قال في المختلف وشرح الشرايع.
وهذه صريحة في البطلان، مع شرط اسقاط الجميع، كما اختاره المصنف، لعله لا خلاف فيه، فإنه يلزم كون الأعمال بلا أجره بعمل ذي أجره باشتراط عدمها أصلا بشرط، فتأمل.

واستدل على صحة شرط اسقاط البعض وعلى عدم الجميع، بصحيفة محمد بن مسلم عن أي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول كنت جالسا عند قاض من قضاة المدينة، فأتاه رجلان، فقال أحدهما إنني تكاريت هذا يوافي بي السوق يوم

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢
(٢) وسندها - كما في الكافي - هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعيل، عن منصور بن يونس، عن محمد الحلبي، وفي الوسائل: محمد بن أحمد بدل أحمد بن محمد.

كذا وكذا، وأنه لم يفعل؟ قال فقال: ليس له كراء، قال: فدعوته، وقلت يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للآخر (للأجير - خ) ليس لك أن تأخذ كل الذي (لك - خ) عليه اصطلاحاً فترادا بينكما. (١)

وفي الدلالة ضعف، بل ليس الدلالة إلا على أنه إذا شرط أن يوافي به إلى موضع معين في يوم معين يصح ذلك، وإن لم يفعل لم يجب بعض شيء والصلح، ولا يدل على ثبوت أجره المثل أيضاً، فتأمل.

ويؤيد صحة الأول (٢) قول الأكثر حيث قال في شرح الشرايع وشرح القواعد: هذا قول أكثر الأصحاب.

فالعجب من الشيخ على رحمه الله أنه يراعي (راعى - خ) الشهرة والكثرة كما ترى، وهنا خالفها (٣) مع الأدلة السابقة من الكتاب والسنة، فإن عمومهما (عمومها - خ) يدل على لزوم العقود والشروط، والروايات المتقدمة على خصوص المطلوب، كما عرفت، وكذا الخبر الصحيح الذي سيحى، وقال بعدم الصحة، لاشتراط العلم الذي ما نعرف دليله. (٤)

على أنه قال مستند أكثر الأصحاب روايتان صحيحتان عن الحلبي عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام. (٥)

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

(٢) يعني بالأول شرط اسقاط البعض.

(٣) قال رحمه الله في جامع المقاصد ما هذا لفظه: القول بالصحة في الشق الأول هو قول أكثر الأصحاب ثم استدل على قول الأكثر، بصحيفة الحلبي ومحمد بن مسلم ثم قال: وإلا صح بطلانها (شرط اسقاط البعض وشرط اسقاط الجميع) ثم قال: لأن المستأجر عليه غير معلم إذ المستأجر عليه أحد الأمرين غير معين والأجرة على

كل واحد من التقديرين مقدار غير المقدار غير المقدار على التقدير الآخر ورواية محمد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية

الحلبي يمكن تنزيلها على إرادة الجعالة والقول بالبطلان هو المتجه انتهى.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة لاشتراط العلم الذي العرف دليله.

(٥) تقدم ذكر موضعها آنفاً.

ويستحق الأجير الأجرة بالعمل، وإن كان في ملكه، ولا يتوقف على التسليم.

وقال أيضا ورواية محمد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن تنزيلها على إرادة الجعالة. وقد عرفت أن لا دلالة في رواية محمد بن مسلم، بل الدلالة في صحيحة أبي حمزة المتقدمة وقد تركها هو وغيره مثل المختلف وشرح الشرايع واستدلوا برواية محمد بن مسلم والحلبي كأنه مأخوذ من التذكرة. وأن رواية الحلبي صريحة ولكن غير صحيحة لما عرفت، ولهذا قال في المختلف وشرح الشرايع: (موثقة الحلبي). كأنه أخذها من التذكرة فإنه قال فيها: صحيحة الحلبي كأنه أراد معنى آخر، فتأمل.

وأن التنزيل (١) بعيد من غير داع ولأنه حينئذ لا معنى لقوله عليه السلام: (ما لم يحط بجميع كراه) إذا الظاهر (٢) أنه يصح هذا الشرط في الجعالة، فتأمل. قوله: ويستحق الأجير الخ. قد مر دليل مختار هو مختار الشرايع وغيره، وهو استحقاق الأجير طلب أجرته بعد اتمام العمل، وإن لم يكن سلم العين إلى المستأجر، وكان العمل في غير ملك المستأجر، بل في بيت الأجير ولا يتوقف على تسليم العين.

نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب، مع عدم المانع الشرعي فلو منع منه، يكون غاصبا ضامنا.

والظاهر أنه لا يستحق المستأجر المنع منه حتى سلم، فلو منع يكون غاصبا ظالما.

(١) رد على قوله: يمكن تنزيلها الخ.

(٢) في النسخ المخطوطة: والظاهر.

وهو خلاف ما مضى، أنه يملك الأجرة بمجرد العقد، إذ قد قام الدليل العقلي والنقلي على عدم جواز منع المالك من ملكه، واستحقاقه الطلب، وقد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه، وبقي الباقي. ويؤيده وجوب أجرة العقارات قبل الاستيفاء وعموم وخصوص أدلة لزوم الوفاء بالعقود، والشروط، والأخبار.

مثل حسنة هشام بن الحكم عن إلي عبد الله عليه الصلاة والسلام في الجمال (الحمال - خ) والأجير قال: لا يجف عرقه حتى يعطيه أجرته (١) وقد مرت. واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقه إلا بعد تسليم العين، وإن كانت في ملك المستأجر، إلا أن يكون في يد المستأجر، لأنه لا يلزم العوض، ولم يستحق طلبه في المعاوضات إلا بالتسليم، وتسليم المنفعة إنما هو بتسليم العين، كما في البيع.

وفيه تأمل يعلم مما تقدم ولا نسلم الكلية، وما نعرف له دليلاً، خصوصاً إذا كان العوض منفعة، بعد ثبوت الملك، وفي البيع أيضاً إن كان دليل فهو متبع لذلك، وإلا يمنع هناك أيضاً، كما فيما نحن فيه.

على أنه قد يقال: إنه لما كانت بيد أجير فهو بمنزلة كونه بيد المستأجر، لأنه وكيل ومأذون في وضع اليد أو وديعة، فكأنه فعل العلم، والعين في يد المستأجر ولهذا لو عمل وهو في يد وكيله أو يد الودعي، فالظاهر أنه لا يحتاج إلى التسليم، فتأمل فيه.

وأنه إذا كان عملاً في أرض المستأجر، فإن الظاهر أنه حينئذ لا يحتاج إلى تسليم الأرض على نحو تسلم العقارات، بل يكفي العمل وإن غصبت الأرض، أو

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

وكل موضع يبطل فيه العقد يثبت فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها، زادت عن المسمى أو نقصت.

خربت العمارة التي عملها قبل تسليمها، فتأمل.
ومنه ظهر وجه من يشترط في الاستحقاق كونه في ملك المستأجر، ودفعه، فتأمل.

قوله: فكل موضع يبطل فيه العقد الخ. الظاهر، (وكل) كما هو في بعض السنخ، لعل دليل لزوم أجره المثل - مع بطلان الإجارة في كل موضع إلا ما استثنى، مثل أن يؤجر ويشترط عدم الأجره أو لم يذكر أجره - هو أن مع البطلان لا أثر للعقد، فيرجع كل إلى ماله، كما إذا بطل البيع يرجع البائع إلى مبيعه والمشتري إلى ثمنه، ولا يملك أحد مال آخر ومنافعه، ولما تعذر الرجوع في الإجارة إلى المنفعة، يرجع صاحبها إلى عوضها، كما إذا تلف أحد العينين.

وأيضاً لا شك ولا خلاف في أن الإجارة الباطلة ليست مؤثرة لملك عوض الإجارة ولا منفعتة، لأن معنى البطلان في غير العبادات عدم ترتب الأثر، فلا بد من ارجاع العين الذي هو العوض إلى مالكه، وحينئذ لو لم يلزم شيء للأجير، يلزم الظلم وهو ظاهر، فلا بد له من عوض منفعتة، وهو المراد بأجره المثل، سواء كانت مساوية للمسمى، أو زادت، أم نقصت.

ولأنه إنما حصل الرضا في استيفاء منفعة دار الغير ودابته مثلاً بالأجره (بأجره - خ) فلا يكون متبرعا، فلا بد له من عوض ولما لم يتعين يرجع إلى العرف، وكذا استعمال الأجير وعمله للمستأجر كما في ساير الأمور المرجوعة إلى العرف، وهو أجره المثل هنا.

وهذا ظاهر، مع جهلهما ببطلان العقد وأحكامه.

وأما مع العلم فلا، إذ يصير العالم كالمتبرع مثلاً إذا علم الأجير أن أعماله بالعوض الخاص إنما هو لهذا العقد الفاسد، فإذا عمل مع ذلك يكون متبرعا في

العمل، وكأنه فعله من غير أعمال من عمل له فلا أجره له، كمن يخيط ثوبا لشخص من غير إذنه بالأجرة وغير ذلك.
وكذا إذا علم المستأجر أن العامل لا يستحق بعمله هذا هذه الأجرة فسلمها إليه، فكأنه يوهبها له (١)، ويؤذن له في اتلافها، فيمكن أن لا يكون له الرجوع إلى عوضه بعد اتلافه بإذنه عالما.
نعم لو اعتقد أنه وإن لم يستحق الأجرة، ولكن له أجره المثل فيصير كالجاهل، فتأمل.

ثم إن الظاهر أن العالم كالغاصب، لا يجوز له التصرف، ولا يستحق شيئا لما مر، من أن الإذن إنما علم بالعقد لاعتقاد أنه صحيح ويلزم الطرف الآخر ما يلزمه، وقد بطل وهو عالم بالفرض فيبقى أصل المنع على حاله، كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضا.
ويمكن أن يقال بطلان العقد مستلزم لبطلان جميع الآثار المترتبة شرعا عليه (٢) بالنسبة إلى الإجارة، كما هو المفهوم من شرح الشرايع في هذه المسألة. قال: فإن قلت: أي فائدة في تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام وإقامته مقام العارية؟ قلت: فساده بالنسبة إلى الإجارة، بمعنى عدم ترتيب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الأجير ونحوه، لا مطلق الأثر. (٣)
وهذا مفهوم من مواضع آخر، مثل بطلان الإجارة بالتعليق وبقاء الإذن وقد فصله في شرح القواعد.
وقد عرفت ما فيه وبقاء الإذن مع بطلان الوكالة برد الوكيل، ذكره في

(١) هكذا في جميع النسخ، والظاهر أن المراد كان المستأجر يهب الأجرة له.
(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة وفي النسختين المخطوطين: لا بالنسبة الخ.
(٣) انتهى كلام شارح الشرايع.

شرح القواعد أيضا.

وكذا بطلان الإذن ببيع العبد دون وكالته (١) ولزوم أجرة المثل في المضاربة الباطلة وغيرها.

وفيه تأمل، إذ جميع الآثار والفوائد هو أثر العقد شرعا، فإذا علم بطلانه شرعا، وكون معناه بطلان عدم (٢) الأثر، فلا ينبغي بقاء أثر (الأثر - خ) له أصلا، فإنه علم سقوط اعتباره في نظر الشرع، فلا أثر له أصلا شرعا، وهو المفهوم من البطلان فتأمل.

والتحقيق أن يقال: الإذن الباقي ليس أثر العقد، والتصرف فيه ليس بسبب العقد، بل لما وقع عقد إجارة على عمل أو منفعة مثلا على وجه خاص، فقد تحقق هنا العقد الذي رتب عليه الشارع أحكاما كثيرة، وفعل (فعلت - خ) بقصد حصول تلك (الأحكام - خ) للطرفين.

وقد يعلم حينئذ في ضمن هذا، الإذن في التصرف في الجملة، بأن (أن - خ) علم أن صاحبه راض بالتصرف في هذا الأمر، وفعل هذا العمل بعوض نقص (أنقص - خ) من المقرر، وإن لم يكن لازما، وفي ضمن عقد لازم. فهذا الإذن والتصرف الجائز والجعل ليس أثرا للعقد الباطل، كما أنه إذا علم مقصود شخص من نقيض ما يلفظ به سوا، مثل أن يقول في مقام الإذن (لا يدخل)، مع قرينة صريحة في أنه يريد الدخول، أو تقدم الطعام ويكرم الضيف، ويأخذه يده، ويحظ على (إلى - خ) الطعام ويقول له: لا تأكل، ومعلوم أن هذا اللفظ غلط وباطل، ولا أثر له، إلا أنه لما علم المراد يجوز التصرف من تلك الجهة.

(١) لعل المراد أنه إذا أذن المولى لعبده لعمل مثلا ثم باعه بطل إذنه وأما إذا وكله ثم باعه لم تبطل وكالته.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والظاهر زيادة لفظة (عدم) كما لا يخفى.

ففي كل موضع يعلم ذلك، لا شك في بقاء الإذن، ولزوم العوض على ذلك الوجه المعلوم، وبدونه محل (فمحل - خ) الاشكال من احتمال بطلان أثره بالكلية، كما هو ظاهر البطلان، وبقاء الأثر في الجملة وعدم ترتب ما علم عدم ترتبه عليه بدليل، وبقاء الباقي تحت العقد، وهذا بالحقيقة راجع إلى عدم البطلان في الجملة.

فلا بد حينئذ من أن ينظر إلى الدليل الدال على البطلان وكيفية دلالاته، فإن كان يفيد العموم ولو بقرينة فهو المتبع، وإلا فالذي عليه الدليل فقط، كما أشرنا إليه في بطلان الوكالة المعلقة وبقاء الإذن في الفعل الموكل فيه كما هو مختار التذكرة حيث علم أن لا دليل على البطلان عندهم سوى الاجماع المنقول في التذكرة، ومع ذلك هو قائل ببقاء الإذن وقال: فائدة البطلان والفساد إنما تظهر في الجعالة.

فعلم أن لا دليل على البطلان بالمرة، وأصل الصحة وعموم أدلة العقد مفيد في الجملة، فتأمل.

ثم إن الاستثناء المذكور (١) منقول في شرح الشرايع عن الشهيد رحمه الله (٢) فالقسم الأول ظاهر، لأن مرجعة إلى التبرع فإن من قال: آجرتك نفسي لا عمل لك اليوم ولا أجره لي، معناه أعمل لك من غير أجره، فلا أثر لقبول المستأجر، بل ولا لإذنه وسؤاله، لو فرض وكأنه ما فهم (ما فهموا - خ ل) معنى آجرتك، أو

ما قصدوا معناه الحقيقي، بل المجازي، فكأنه ليس بعقد فاسد، بل إذن في العمل

(١) إشارة إلى قوله في صدر المسألة: إلا ما استثنى، مثل أن يؤجر ويشترط عدم الأجرة الخ.
(٢) قال في المسالك: واستثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد، أو متضمنا له، كما لو لم يذكر أجره، فإنه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجرة لدخول العامل على ذلك، وهو حسن (ج ١ ص ٣٢٢).

ويكره الاستعمال قبل المقاطعة.

(عمل - خ) بلا أجره، وإلا فلا معنى لهذا اللفظ، بل لا يتلفظ به عاقل رشيد عالم، إلا أن يقصد المعنى المجازي، وإلا فلا يجوز استعمال مثل هذا الشخص ومعاملته إلا أن يريد التدليس، حيث يثبت (ثبت - خ) له أجره المثل لا الأجر المسمى، حيث إن سمي لم يكن إلا يسيرا، فتأمل.

وأما القسم الثاني (فهو (وهو - خ) الذي ترك ذكر الأجر فيه)، فمحل التأمل، إذ عدم الذكر ليس يدل على الرضا على عدم الأجر بالكلية، إذ قد يكون لنسيان أو جهل واعتقاد أنه معلوم مقرر، أو أنه معلوم أن مع الاطلاق ينصرف إلى العرف.

وبالجملة، الظاهر أن العمل الذي ظاهر حالهما قصد الأجر به - وكذا أن الانتفاع بمنفعة خاصة إنما جوز بعوض -، لزوم العوض المعين المسمى مع الصحة، وأجره المثل مع البطلان، لما تقدم، حتى يعلم عدم العوض والتبرع، فتأمل. قوله: ويكره الاستعمال قبل المقاطعة. الظاهر عدم الخلاف في ذلك ويدل عليه الأخبار مثل رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلمه (يعلم - خ) ما أجره، ومن استأجر أجيرا ثم حبسه عن الجمعة يبوء بإثمه، وإن هو لم يحبسه اشتركا في الأجر. (١)

يعني ليس إثم الترك إلا على الحابس، ولغير الحابس أيضا أجر، مثل أجر العامل. ويدل على أن وقت الصلاة حتى الجمعة والجماعة مستثنى للعامل من يومه وغيره، فافهم.

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٢.

(الخامس) إباحة المنفعة، فلو استأجر المسكن لأحراز الخمر والدابة لحمله والدكان بيعه، بطل.

وصحيحة سليمان بن جعفر الجعفري الطويلة المشتملة على ضرب الرضا عليه السلام وغضبه غضبا شديدا لغلمانه الذين استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرا، وقال معتذرا عن فعله الضرب والغضب الشديد، فقال إني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة، واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة، ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعافه (أضعاف - ثل) على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، فإذا (وإذا - ثل) قاطعته أجرته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأي أنك قد زدته. (١)

وهذه تدل على جواز ضرب الغلام بعد المخالفة، لمثل ما تقدم، والغضب لذلك، وحسن الايفاء وكونه بحيث يعرف العامل ذلك، والاجتناب عما يقبح، وإن لم يكن مستحقا.

وفي كلاهما (٢) دلالة على جواز المبالغة والتأويل، إذا لظاهر أنهما محمولتان على الكراهة، لعدم ظهور القائل بالتحريم.

ويؤيده الأصل، وعموم أدلة الجواز، وعدم ظهور وجه التحريم، وعدم صحة الأولى (٣)، وكونها ظاهرة في المبالغة، والتأويل، إذ لا يخرج عن الايمان بما ذكره، وظهور الوجه الذي يستفاد من قوله عليه السلام (اعلم) وعدم منعه الأجير المذكور عن ذلك العمل، بل الظاهر أنه تركه يعمل، وإلا لنقل، ولا شك أن الأحوط هو الترك.

قوله: الخامس إباحة المنفعة الخ. الشرط الخامس من شروط صحة

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١. هكذا في جميع النسخ وفي الوسائل نقلا عن الكافي والتهذيب زاد بعد قوله عليه السلام: (غير مرة) أن يعمل معهم أحد (أجير - يب) حتى يقاطعوه على أجرته.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب وفي كليهما.

(٣) وذلك لعدم توثيق هارون ومسعدة.

الإجارة كون المنفعة مباحة فلو كانت محرمة فالظاهر أن إجارة عينها لاستيفاء تلك المنفعة حرام، والعقد أيضا باطل، فلو استأجر المسكن لأحراز الخمر لا لقصد التخليل - وكذا الدابة والآدمي والسفينة لحملها، لا لقصد التخليل، ولا للاهراق أو الدكان لبيعها فيه - بطل العقد، وفعل حراما.

وكذا جميع المحرمات مثل إجارة آلات اللهو والقمار وجعل الخشب ونحوه صنما دليل التحريم قوله تعالى: ولا تعاونوا على الإثم (١) ولا شك في كونه تعاوننا على الإثم في الجملة، والتعاون عليه مطلقا منهي وحرام، والعقل أيضا يساعده. ورواية جابر (صابر - خ) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته يباع فيه (فيها - خ) الخمر؟ قال: حرام أجره. (٢) وتحريم الأجر مستلزم لتحريم العقد وبطلانه.

ولا يضر عدم صحة السند (٣) باشتراك ابن سنان وجهل عبد المؤمن وجابر لأن الظاهر أن ابن سنان هو عبد الله الثقة، بقريئة رواية علي بن النعمان عنه، وأن عبد المؤمن ثقة، وجابر كأنه المكفوف الممدوح، ومع أنه مؤيد، فتأمل. ثم إن الظاهر هو بطلان العقد على تقدير التحريم كما فهم من الرواية، ولأن النهي فيه راجع إلى العين بمعنى عدم صلاحيتها للانتفاع والانتقال، كما في بيع المجهول، للغرر، وبيع الملاقح (٤)، ونحوها، وهو ظاهر، لأنه معلوم أن الفرض أن

(١) المائدة: ٢.

- (٢) الوسائل الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية ١ (ج ١٢ ص ١٢٥).
- (٣) وسند الرواية - كما في التهذيب - هكذا: أحمد بن محمد، عن محمد (علي) بن إسماعيل، عن علي بن النعمان عن ابن مسكان، عن عبد المؤمن، عن صابر (جابر - خ).
- (٤) قال في مجمع البحرين، وفي الخبر نهى عن بيع الملاقح والمضامين لأنه غرر، أراد بالملاقح - جمع ملقوح - وهو جنين الناقة وولدها ملقوح به فحذف الجار انتهى.

هذا الانتفاع غير محلل، فلا يصلح للأجرة والعقد، فلا ينتقل من مالكة، ولا يملكه المنتقل إليه، وهذا ظاهر.
إلا أن في دلالة الآية (١) تأملا ما، إذ يشكل تعميمها بحيث يشمل ما نحن فيه.

وأصل الجواز وعموم أدلة العقود، ويفيد الجواز والانعقاد.
وكذا مكاتبة ابن أذينة (الحسنة لإبراهيم) قال: كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر و (أو - خ) الخنازير؟ قال: (فقال - خ) لا بأس. (٢)
ولا يضر المكاتبة بعد اعتبار السند، خصوصا مع عدم وضوح سند ما يدل على المنع.

فيمكن أن يحمل ما يدل على المنع على أن يؤجره لذلك، ويعلم أنه يحمل عليه ذلك، ويستأجره لذلك، لا غير.

وظاهر كلام الأصحاب أيضا ذلك، ولا شك حينئذ في دلالة الآية والعقل على تحريم ذلك، فلا شك في التحريم والبطلان حينئذ.
وأما الإجارة ممن عمله ذلك فلا يكون حراما ويؤيده ما تقدم في بيع العنب لمن يعمل خمرا، والخشب لمن يعمل صنما وغير ذلك.
ومكاتبة عمر بن يزيد (الحسنة لإبراهيم) (٣) قال: كتبت إلى أبي عبد الله

(١) إشارة إلى قوله تعالى: ولا تعاونوا الآية.

(٢) الوسائل الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية ٢ (ج ١٢ ص ١٢٦)
وسندها - كما في الكافي - هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينة، قال: كتبت الخ

(٣) وسندها - كما في الكافي - علي بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينة، قال: كتبت الخ.

عليه السلام أسأله عن رجل (الرجل - خ) له كرم، أبيع العنب والتمر ممن يعلم أنه يجعله خمرا، أو سكرا؟ فقال: إنما باعه حلالا في إلا بان الذي يحل شربه وأكله، فلا بأس ببيعه (١) وغيرها.

ولا يبعد تنزيهه على أنه يعلم أنه يجعل العنب والتمر في الجملة خمرا، لا أنه يعلم جعل عنبه الذي يبيعه خمرا علما يقينيا، لا يحتمل النقيض، فإن ذلك حينئذ معاونة منهية، كما تقدم، فالظاهر تحريمه، فتأمل.

وجمع الشيخ رحمه الله بن رواية جابر ومكاتبة عمر في التهذيب بوجهين أحدهما جواز أن يكون الخبر الأول متوجها إلى من يعلم أنه يباع فيه الخمر، فلا يجوز له إجارة البيت لمن ذا صفته والثاني إنما يتوجه إلى من يواجر دابته أو سفينته وهو لا يعلم ما يحمل عليه (عليها - خ) ثم علم ذلك (٢) لم يكن عليه شيء. والوجه الآخر إنما حرم إجارة البيت لمن يبيع الخمر، لأن بيع الخمر حرام، وأجاز إجارة السفينة يحمل فيها الخمر، لأن حملها ليس بحرام، لأنه يجوز أن يحمل لأن يجعله (ليجعله - خ) خلا، وعلى هذا لا تنافي بين الخبرين. (٣)

ولا يخفى أن الوجه الثاني لا يتم لاشتماله على الخنزير، إلا أن يحمل حمل الخنزير أيضا على وجه لا يكون الانتفاع به حراما كالخمر للتخليل، أو الإراقة. وأن الوجه الأول ما أشرنا إليه، وأنه حين العلم لا يجوز له التسليم، بل يجب منعه عن ذلك الحمل، من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إن تحقق شرايطه، ومع ذلك يستحق الأجرة، وإن لم يستعملها المستأجر حتى مضت المدة.

(١) الوسائل الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية ٥ (ج ١٢ ص ١٦٩).
وقوله: سكرًا: السكر بالتحريك نبيذ التمر (مجمع البحرين).
(٢) وفي التهذيب: ثم حمل فيه ذلك الخ.
(٣) انتهى كلام التهذيب.

(السادس) القدرة على تسليمها، فلو آجر الآبق لم يصح.

وبالجملة الظاهر من العقل والنقل مثل الآية المتقدمة عدم الجواز وعدم صحة الإجارة للاستعمال في المحرم. و (أو - خ) علم ذلك علما يقينياً، وإلا فلا، وكذلك ينبغي في البيع، وبه يجمع بين الأدلة، فتأمل.
قوله: السادس القدرة على تسليمها الخ. من شرايط الإجارة قدرة المؤجر على تسليم العين المستأجرة إلى المستأجر.
ولا شك في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسليم في الجملة، ويمكن الانتفاع المطلوب منها، إذ استيجار الغير المقدورة التي لا يمكن الانتفاع المطلوب منها سفه وغرر، ولا يجوز.
والظاهر عدم الخلاف فيه، ويدل عليه العقل والنقل مثل استيجار الأخرس للتعليم والأعمى لحفظ متاع بالبصر.
وأما اشتراط كون تسليم المنفعة مقدوراً للمؤجر، فالظاهر، لا، بل يكفي إمكان التسليم، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة بأخذ العين من الغاصب بنفسه أو بمعاونة غيره، فالظاهر جواز استيجاره.
وكذا الظاهر جواز استيجار المغصوب من الغاصب للتسليم.
والظاهر أنه بمجرد العقد يخرج عن الضمان والغاصبية، ولا يشترط الأخذ ثم التسليم، ولا مضى زمان يمكن ذلك، ولا رضا الغاصب بالاعطاء، وترك الغصب، وإن كان واجبا عليه في صحة العقد والخروج عن الضمان، لعموم الأدلة والأصل، وانتقال الملك، فلا ضمان.
وكذا لو ادعى المستأجر القدرة على تسليم الآبق أو المؤجر على التسليم،

(١) راجع الوسائل الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجارة ج ١٢ ص ١٢٥ والباب ١ من كتاب الإجارة ج ١٣ ص ٢٤٢.

ولو منعه المؤجر سقطت، والأقرب جواز المطالبة، بالتفاوت.

سواء كان مقدورا عادة أم لا، ولا بعد في صحة الإجارة، لعموم الأدلة، وعدم ثبوت المانع.

ثم إن بذل الجهد ولم يمكن التسليم تبطل الإجارة، ولم يلزمه شيء، لأن لزوم الأجرة موقوف على إمكان التسليم والتسلم، إلا أن يقصر المستأجر مع القدرة، ويكون هو المدعي لها، فيلزم.

ولا يبعد أيضا صحة الإجارة مع انضمام شيء مقصود معه، بحيث يخرج عن السفه والغرر، كما مر في البيع، لعموم الأدلة، وعدم ثبوت ما فرض مانعا، لا (١) بالقياس إلى البيع وكونه أولى منه، فإن المسامحة في الإجارة أكثر فمنع (٢) القياس والأولية ولزوم الاقتصار على النص، فتأمل.

وبالحملة عموم أدلة الإجارة يفيد الجواز والصحة مطلقا، إلا ما علم خروجه مثل ما لم يكن مقدورا عليه أصلا منفردا، فإنه سفه وغرر ومجمع عليه، وأما غيره فلا، بل يصح ولزومها موقوف على التسليم، إلا أن يكون خارجا بدليل من اجماع ونحوه، فتأمل.

قوله: ولو منعه المؤجر الخ. أي لو منع المؤجر المستأجر من التسليم - بأن لا يسلم العين إليه عند المطالبة التي يجب معها التسليم - سقطت الأجرة، أي تبطل الإجارة، فليس للمؤجر مطالبة الأجرة منه، فإن التسليم وعدم المنع كان شرطا للاستحقاق بالاتفاق، فليس لأحد على الآخر شيء، وينفسخ العقد بنفسه، لأنه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم.

ولا يبعد أن يكون له الخيار وعدم البطلان إلا بفسخه، ويكون له الصبر

(١) في بعض النسخ المخطوطة: إلا بالقياس.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، لمنع القياس.

ولو منعه ظالم قبل القبض تخير في الفسخ والرجوع على الظالم، ولو كان بعده لم تبطل، وله الرجوع على الظالم خاصة. ولو انهدم المسكن فله الفسخ، فيرجع بنسبه المتخلف، إلا أن يعيده المالك.

والرضا بالعقد، وحينئذ إن فسخ يبطل، كما مر، وإن كانت أجره مثل العين زائدة على المسمى، يكون للمستأجر مطالبة المؤجر بها، أيضاً، لأن المنفعة مملوكة له، وقد منعه عنها، وهي مضمونة، كالأعيان، وكما إذا غصب العين غاصب، وإليه أشار بقوله: (والأقرب الخ) وليس ببعيد، فتأمل، والظاهر أنه له حينئذ الفسخ والرجوع إلى عين أجرته فقط.

قوله: ولو منعه ظالم الخ. أي لو منع المستأجر - قبل قبض العين المستأجرة عن انتفاعها - ظالم غير المؤجر، تخير المستأجر بين فسخ العقد وعدم مطالبة أحد إلا المؤجر في أخذ أجرته إن سلمها، فيطالب المالك الظالم بأجرة المثل كلاً أو بعضاً، وبين عدم الفسخ فيطالب الظالم بالعين المنتفع بها، ويأخذ أجره المثل في مدة المنع، ويأخذ منه المالك المسمى، لالتزامه بالعقد (العقد - خ).

وإن كان بعد القبض فليس له الإبطال ولا يبطل العقد، بل له الرجوع على الظالم خاصة، وعليه المسمى للمالك، والعين مضمونة له في يد الغاصب. ولا يخفى أن هذا إذا كانت المستأجرة غير الآدمي الحر أو (و- خ) استوفى المنفعة، بناء على ما تقرر عندهم من أن منافعه لا تضمن إلا بالاستيفاء، وإن لم يكن هذا غير معلوم لي.

وأنه لو غصب المؤجر بعد التسليم، فالظاهر أنه كالغاصب الأجنبي. قوله: ولو انهدم المسكن الخ. أي لو انهدم المسكن المستأجر بحيث لم يمكن الانتفاع به، أو انتقض ونقص نقصاناً لو كان قبل العقد لم يرغب في الإجارة

وليس له الالتزام بالعمارة.
ولا الانتزاع من الغاصب، وإن تمكن.

عرفا بالأجرة المقررة - لم يفسخ بل للمستأجر فسخ العقد، والرجوع إلى المالك بعد الفسخ بمقدار حصة الباقي من أجرة المدة، إلا أن يعيد المالك المسكن إلى أصله، بحيث فرض عدم فوت منفعة معتد بها قبل الإعادة، وضرر المستأجر في تلك المدة. وله أيضا الصبر وعدم الفسخ، فيلزم كل الأجرة، وهو ظاهر. ودليل جواز الفسخ ظاهر، على تقدير خروج المستأجر عن الانتفاع المطلوب عرفا، وعدم دخل للمستأجر في حصول الانهدام، وهو انتفاء (١) الضرر. وإن لزوم الأجرة مشروط ببقاء العين في يد المستأجر منتفعا بها، فإنها ليست إلا في مقابلة الانتفاع في الزمان المقرر، وهو ظاهر. وأما إذا كان غير ذلك - بأن كان مسكنا فاضلا، وليس لوجوده في هذا الانتفاع بالدار المستأجر أثر أو كان بحيث ما بقيت الدار على الحالة الأولى مرغوبة في الجملة، لا أنه صار بحيث لا يليق حينئذ بحال المستأجر بتلك الأجرة - فيحتمل عدم الفسخ بل نقص الأجرة المقابلة لبقائه غير منهدم، فتأمل. قوله: وليس له الالتزام بالعمارة الخ. أي ليس للمستأجر بعد انهدام المسكن تكليف المؤجر بعمارته، لأنه تكليف منفي بالأصل، وليس عليه إلا تسليم ما آجره، مع ما يتوقف عليه الانتفاع من الأبواب والمفاتيح وما يمنع الانتفاع من التراب والحجارة وغير ذلك، وأما التعمير بعد الخراب فلا. قوله: ولا الانتزاع من الغاصب الخ. أي ليس على المستأجر انتزاع العين المستأجرة من يد الغاصب، إذا كان قادرا على ذلك، وإعطاء الأجرة إن غصبها قبل القبض، بل له الفسخ حينئذ كما مر.

(١) في بعض النسخ المخطوطة والنسخة المطبوعة: وهو الضرر.

(المطلب الثاني في الأحكام)
الإجارة عقد لازم من الطرفين لا تبطل إلا بالتقاييل، أو أحد أسباب الفسخ، لا بالبيع، والعذر مع امكان الانتفاع.

فلو قدمه على قوله: (ولو انهدم) - وقال: (ليس عليه) لكان أظهر.
ويحتمل أن يكون المعنى، وليس للمستأجر الزام المؤجر، بانتزاع العين المستأجرة وتسليمها إياه إن غصبت قبل القبض، وإن تمكن من ذلك، للأصل، ولأن له خيارا حينئذ فلا ضرر عليه.
وهذا أنسب بالنسبة إلى سوق الكلام، إلا أن فيه تكلفا من حيث اللفظ لأن المناسب (ولا بالانتزاع)، وبحسب المعنى أيضا، إذ لا يبعد أن له الإلزام، لأن العقد لازم، وقد اقتضى وجوب التسليم على المؤجر، والفرض قدرته، ولهذا ليس له أن يحبس، ويقول لك الفسخ، فلا يتضرر، فالظاهر ذلك، لعموم الأدلة.
قوله: المطلب الثاني في الحاكم، الإجارة عقد لازم الخ. الظاهر أن لا خلاف عندنا في كون عقد الإجارة لازما لا يجوز لأحدهما فسخه بدون رضا الآخر، ولا يبطل إلا بالتقاييل، وما يعرض من أسباب الفسخ - مثل أن تعذر الانتفاع، بغصب (بنقص - خ) (بنقض - خ) العين، وانهدامها، وغير ذلك من أسباب الفسخ - لدليل.
والدليل عليه مثل أوفوا بالعقود (١) والمؤمنون عند شروطهم (٢).
ويدل عليه أيضا صحيحة علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر؟ قال: الكري لازم إلى

(١) المائدة: ١.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٠ حديث ٤ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

الوقت الذي اكتراه إليه، والخيار في أخذ الكري إلى ربها إن شاء أخذ وإن شاء ترك (١) ومثلها رواية محمد بن سهل عن أبيه. (٢)
ولا يضر عدم التصريح بتوثيق محمد.
والظاهر أن دليل الفسخ - بالتقاييل - الاجماع وخبر من أقال نادما (٣) الذي مر في البيع، وهو عام لا خصوصية له بالبيع، فافهم.
والباقي أسباب الفسخ دليل يخصه، وإذا لم يكن له دليل لم يثبت.
ولا يبطل بيع العين، إذ لا منافاة بينه وبينها، نعم يمكن أن يثبت الخيار للجاهل بذلك، ولو كانت المنافاة ثابتة لبطل البيع العارض عليها لا الإجارة. ويدل على الصحة حسنة حسين بن نعيم (الثقة في كتاب وقوف التهذيب)
عن أبي الحسن موسى عليه الصلاة والسلام - إلى (قوله: - قال أبو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع، الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه (تبيعه - ئل) على أن الذي يشتريه (اشتره - ئل) لا يملك ما اشتراه، حتى تنقضي السكنى على ما (كما - ئل) شرط وكذلك الإجارة (الحديث). (٤)
ومكاتبة يونس إلى الرضا عليه الصلاة والسلام قال كتبت إلى الرضا عليه السلام أسأله عن رجل تقبل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسماة، ثم إن المتقبل (المقبل - ئل) أراد بيع أرضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماة، هل

-
- (١) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ وفي التهذيب كما في الوسائل يتكرار من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك (أو أقل من ذلك - خ).
(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ بالسند الثالث.
(٣) راجع الوسائل الباب ٣ من أبواب آداب التجارة (من كتاب التجارة) وفيه من قال مسلماً الخ. (ج ١٢ ص ٢٨٦).
(٤) الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٣.

ولا بالموت من المؤجر والمستأجر، على رأي.

للمتقبل إن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذي تقبلها منه إليه، وما يلزم المتقبل له؟ قال: فكتب له أن يبيع إذا شرط على المشتري أن للمقبل من السنين ماله. (١) ولا يضر عدم صحة السند (٢)، لاشتراك يونس وعلي بن أحمد، لأنها مؤيدة.

وهذه تدل على الصحة مع بيان الحال والشرط، فيمكن فهم الصحة مع عدم ثبوت الفسخ، فافهم.

ويدل عليه مكاتبة إسحاق الراكاني قال: كتبت إلى رجل أي أبي الحسن الثالث عليه الصلاة والسلام رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤجر تلك الضيعة التي آجرها بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضرا له شاهدا عليه فمات المشتري وله ورثة أيرجع ذلك في الميراث أو يبقى في يد المستأجر إلى أن ينقضي إجارته؟ فكتب عليه السلام: إلى أن تنقضي إجارته. (٣) ولا دلالة فيها على البطلان، ولو كان بحضور المستأجر ورضاه. ولا يبطل بالعدر مع امكان استيفاء المنفعة، مثل أن ضعفت الدابة، أو خربت الدار في الجملة أو مرض العامل، أو مرض المستأجر، بحيث لا يقدر على السفر، مع كون الإجارة مطلقة، فإنه يمكن الانتفاع بأن يؤجر الدابة غيره، ونحو ذلك، فتأمل.

قوله: ولا بالموت من المؤجر الخ. الظاهر أن الأقوال ثلاثة البطلان

(١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.

(٢) وسندها - كما في الكافي باب من يواجر أرضا الخ - هكذا محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن علي بن محمد عن يونس.

(٣) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥، وفي الوسائل كما في الكافي أحمد بن إسحاق وفي الكافي (الرازي) بدل الراكاني والظاهر أنه هو الصحيح لعدم العثور على إسحاق الراكاني.

مطلقا، وبموت المستأجر فقط، وكأنه ما ذهب إلى عكسه أحد، وعدم البطلان مطلقا، إلا فيما استثني كما سيحى.
دليل الأخير أوضح وهو الاستصحاب، وعموم أدلة صحة العقد، ولزومه عموما وخصوصا، مثل صحيحة علي بن يقطين ومحمد بن سهل المتقدمين. (١)
وأنه لا شك أن بالعقد صارت المنفعة ملكا للمستأجر، والأجرة ملكا للمؤجر، فينقل إلى الورثة لأدلة الإرث.
وأن ملك شخص لا يزول عنه وعن ورثته، إلا بالدليل والمانع، ولا دليل هنا، وليس المانع فرضا إلا الموت، وهو لم يصلح، إذ لا منافاة بين الملكية والانتقال إلى الورثة بعد الموت.

ويدل عليه أيضا رواية إبراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن صلوات الله وسلامه عليه، وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجارة (الأجرة - خ) في كل سنة عند انقضائها، لا يقدم لها شيء من الإجارة (الأجرة - خ) ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها انفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب عليه السلام: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة، فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه، فتعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله. (٢)

ولا يضر عدم صحة سندها لأنها مؤيدة.
وهي تدل على جواز شرط تجزية الأجرة، وشرط تأخيرها عن العقد.
وبيان دلالتها على المطلوب، أنها تدل على عدم البطلان بموت المؤجر

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.
(٢) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب الإجارة الرواية ١ ج ١٣ ص ٢٦٨.

ولا بالعتق، ولا يرجع البعد بما بعد العتق، ونفقته على مولاه،
على اشكال.

صريحا وبموت المستأجر بالاجماع المركب.
وما نعرف دليلا على البطلان بموتها سوى ما نقل في الشرح من الاجماع،
وأنت تعلم ضعفه في مثله، وما يعرف على القول الفارق دليلا، وعدم الدليل دليل
العدم.

وأما استثناء أنه إذا كان شرط استيفاء المنفعة بنفس المستأجر والأجير،
فدليله ظاهر.

وكذا الموصى له بالمنفعة مدة حياته، مثل الإجارة، ولكن هو بالحقيقة تلف
أحد الأركان.

وكذا استثناء العين المستأجرة وقفا، بموت المؤجر، فإنه بمنزلة انقضاء المدة،
لأنه إنما هو له إلى حين موته.

ولكن استثنى من بطلان إجارة الوقف بموت المؤجر، ما إذا مات الناظر المؤجر
لمصلحة الوقف أو للبطون كلها، فإنها لا تبطل حينئذ بموت الناظر، لأنه حينئذ
بمنزلة الوكيل، فلا موت للمؤجر حقيقة وهو ظاهر، وذكره بعض الأصحاب،
فتأمل.

قوله: ولا بالعتق الخ. أي إذا آجر عبده ثم أعتقه لم تبطل الإجارة
بالعتق، لما تقدم، ولا يرجع العبد بأجرة ما بقي عليه من مدة الإجارة على السيد، ولا
على المستأجر، لأن الأجرة قد ملكها السيد في زمان كونه مالكا له، والمنفعة انتقلت
إلى المستأجر، فصارت مملوكة له أيضا بالعوض، فلا سبيل للعبد من الرجوع على أحد
منهما.

وأما لزوم نفقته تلك المدة على السيد ففيه اشكال، من أنه أخذ منافعه،
فما بقي له كسب ومنفعة، ونفقته من منفعتة، فيلزم من له المنفعة، ولأن العبد

وتبطل بالبلوغ.
وتصح إجارة كل ما تصح إعارته.

المسلوب منفعته للسيد بمنزلة عبده، وللاستصحاب.
ومن أن النفقة إنما كانت واجبة عليه لكونه ملكا له، وبعد العتق لا ملك.
ويحتمل كونها على بيت المال، والزكاة، ومع التعذر على الأغنياء كفاية،
كما قيل في العاجز (العاجزين - خ) عن الكسب والمرضى وغيرهم، ومعلوم أن
البحث مع تقدير عدم وجوبها على المستأجر.
قوله: وتبطل بالبلوغ. يعني يجوز للولي أبا كان أو جدا أو وصيا أو أمينه
إجارة الأطفال مع المصلحة، ولكن بحيث لا يكون زمان البلوغ بالسن داخلا في
المدة، فتبطل.

ويحتمل بطلان الزيادة فقط، وعلى القول بصحة الفضولي يحتمل توقفه على
إجازة الصبي بعد بلوغه ورشده، مع بقاء أصل الإجارة، بشرط بقاء شروطها.
وإذا بلغ بالاحتلام ونحوه ورشد تبطل الإجارة فيما بقي من المدة، إذ لا تسلط
لأحد عليه حينئذ لا قبل البلوغ ولا بعده، فيرجع المستأجر إلى الولي بالنسبة إلى أجرة
تلك المدة الباقية، وهو ظاهر.

ولكن يحتمل عدم البطلان، وكونه موقوفا على إجازته بعد البلوغ والرشد،
بناء على جواز الفضولي كما هو مذهب المصنف.

فيمكن أن يراد بالبطلان عدم اللزوم، وبطلان العقد باعتبار لزومه، وقال
في القواعد: هو مخير بين الامضاء والفسخ.

قوله: ويصح إجارة كل ما يصح الخ. أي كلما يصح إعارته من
الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عينا يصح إيجارتها أيضا، لأن الإجارة
تمليك المنفعة بعوض، والعارية بدون العوض، فلا فرق بينهما، فكل ما يصح فيه
أحدهما يصح فيه الآخر.

والمشاع.
والمستأجر أمين، لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدي، أو تسليم العين بغير إذن.

ووجه قيد (التي لا تكون عينا)، ظاهر فإنه قد نقل الاجماع في التذكرة وغيرها، على عدم صحة الإجارة عندنا إذا كان المنفعة المنتقلة عينا، مثل لبن الشاة وثمرة بستان، ونحوهما، ولهذا ترك القيد.
فلا يرد عليه أنه يجوز إعارة الشاة ونحوها ولا يجوز إيجارها، ولا يحتاج إلى الجواب بأن المراد، غالبا، كما قاله المحقق الثاني، فتأمل.
قوله: والمشاع. أي يصح إجارة المشاع المشترك بينه وبين الغير، لعموم أدلة الإجارة، مع عدم صلاحية الإشاعة والشركة للمنع، وللأصل وعدم المنافاة، إلا أنه لا يسلم العين المشتركة إلا بإذن الشريك، وإذا لم يأذن يرفع أمره إلى الحاكم، كما إذا نازع الشريكان.
وأیضا إذا لم يكن عالما يمكن ثبوت الخيار للمستأجر، فتأمل.
قوله: والمستأجر أمين الخ. يعني ليس يد المستأجر يد ضمان وغصب، يضمن بكل تلف، وعلى كل حال، بل يد أمانة مالكية، للأصل، ولأنه متصرف بإذن المالك، فلا يضمن المستأجرة أن تلفت إلا بالتفريط بترك ما يجب عليه فعله، مثل سقيها وعلفها وحفظها على سبيل جرى العادة، أو بالتعدي بفعل ما لا يجوز له، مثل أن يحملها أكثر مما استأجر له، أو تجاوز عن المسافة المشترطة، أو ضربها فوق العادة ونحوها.
وجه الضمان مع أحدهما (١) ظاهر، كوجه عدمه مع عدمهما.
ويضمن أيضا بتسليم العين المستأجرة إلى غيره بغير إذنه في صورة لا تجوز،

(١) أي التفريط أو التعدي.

وهو داخل في التعدي أيضا.

ويمكن أن يكون المراد الضمان مع تسليمه العين المستأجرة إلى المستأجر الثاني بغير إذن المؤجر، أو تسليمها للانتفاع إلى غيره، مع كون الإجارة لاستيفاء شخص معين، أو مطلقا، وإن قيل بجواز التسليم إلى الغير للانتفاع في المطلق، كما قيل بجواز إجارتها، وتسليمها إلى المستأجر الثاني، مع كونه ضامنا، وقد مر تفصيله، فتذكر، وتأمل.

قوله: لا بالتضمين. أي لا يضمن المستأجر بأن يشترط عليه المؤجر الضمان وإن لم يفرض لأنه شرط مخالف لما ثبت شرعا، وهو كون المستأجر أمينا لا يضمن إلا بالتفريط، فلا يصح هذا الشرط.

ويمكن أن يبطل ببطلانه المشروط أيضا، كما هو مقتضى الشرطية، ويحتمل بطلان الشرط فقط، والأول أوضح دليلا، إذ الرضا ما وقع إلا بالشرط، وما حصل، وبدونه ما حصل.

وبالجملة الظاهر بطلان المشروط لبطلان شرطه، إلا أن يكون دليل على الصحة بخصوصها.

وعلى تقدير بطلان الشرط عدم الضمان معلوم، وكذا مع بطلان العقد أيضا، للأصل، ولما تقرر عندهم من أن كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. ويمكن أن يقال أدلة صحة العقود والشروط تقتضي صحة هذا الشرط أيضا، وكونه شرطا مخالفا لما ثبت شرعا غير ظاهر، إذ عدم الضمان بدون الشرط إلا مع التفريط لا يستلزم كونه كذلك معه أيضا، فتأمل.

وفي رواية موسى بن بكر (دلالة على صحة الشرط والضمان) عن أبي الحسن عليه الصلاة والسلام قال: سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاما واشترط عليه إن نقص الطعام فعليه؟ قال: جاز، قلت: إنه ربما زاد

ويصح خيار الشرط فيها.
ولو وجد بالعين عيبا فسخ، أو رضي بالأجرة بكمالها، وإن
فاتت به بعض المنفعة.

الطعام؟ قال: فقال: يدعي الملاح أنه زاد فيه شيئا؟ قلت: لا، فقال هو
لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك. (١)
ويؤيده جواز هذا الشرط والضمان معه في العارية، مع (و- خ) عدمه
بدونه، فتأمل.

قوله: ويصح خيار الشرط فيها. دليله عموم أدلة صحة الإجارة
والشروط وعدم ظهور ما يمنع، فيدخله خيار الشرط، سواء اشترط لهما أو لأحدهما أو
لأجنبي، كما في البيع.

قوله: ولو وجد بالعين عيبا الخ. أي لو وجد المستأجر بعد الإجارة بالعين
المستأجرة عيبا يوجب الرد، وكان جاهلا به حين العقد، يجوز له الفسخ، للعيب
الموجب، ولعدم التكليف بالضرر جهلا، وللتدليس، ولأن العقد يقتضي
الصحيحة، فلا يلزم بدونها، فلو لم يلزم بطلانه فلا أقل أن لا يلزم.
ولأنه لو لم يكن الصحة في الجملة اتفاقية كان البطلان رأسا متوجها،
فيجب عدم لزومه.

وكذا له الالتزام بالعقد أيضا، فإنه ينقص حقه، وله ذلك مع مصلحته، كما
يفعل في غيره، ولما تقدم من عدم البطلان، فله الالتزام، وإن فات بالعيب الموجود
بعض منفعته، لأنه تصرف في ماله باختياره.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن في مستطرفات السرائر والوسائل نقلا منه هكذا: موسى عن العبد الصالح عليه
السلام، قال: سألته عن رجل استأجر ملاحا وحمله طعاما في سفينته واشترط عليه إن نقص فعليه،
(قال: إن نقص فعليه - ثل) قلت: فربما زاد؟ قال: يدعي أنه زاد فيه؟ قلت: لا، قال هو لك، راجع الوسائل
الباب ٢٧ من أبواب من أبواب الإجارة.

ويجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها، فلو أهمل ضمن.
والقول قوله في القيمة مع التفريط.

وليس له الرضا والالتزام به مع الأرش، كما قاله المحقق الثاني في البيع،
لعدم الدليل، وقياسها على البيع باطل بأصولنا، فتأمل.
قوله: ويجب على المستأجر الخ. قال في شرح الشرايع والقواعد إن المراد
من مال المستأجر ثم رجحا عدم كونه من ماله، والقرينة على ذلك موجودة في
القواعد حيث قال بعد ذلك: ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير
كان وجهها.

يعني إذا استأجر دابة ولم يكن صاحبها معها والدابة في يده يجب على
المستأجر سقيها وعلفها سواء شرطه عليه أم لا، لوجوب حفظ النفس، ومال الغير إذا
كان تحت يد الانسان.

ولكن ينبغي ثبوت الرجوع إلى المالك مع عدم الشرط المسقط، وعدم
تبرعه، فلو أمكن إذنه يستأذن، وإلا فالحاكم، وإلا استشهد، وإلا قصد الرجوع.
والظاهر أنه يقبل قوله في عدم التبرع، لأنه فعله، وللأصل، فلو أهمل في
ذلك ضمن بتلفها، بل بنقصها أيضا، لأنه مستند إلى تقصيره، فيضمن، فتأمل هذا.
ولكن في صورة شرط كون صاحبها معها، أو العادة، تقتضي ذلك، ايجاب
العلف والسقي على المستأجر والضمان مع الإهمال، خصوصا إذا كان شخصا ليس
من شأنه ذلك تأمل، والأصل دليل قوي، وكذا كون المالك مقصرا، فتأمل.
قوله: والقول قوله الخ. يعني المسموع قول المستأجر في مقدار قيمة العين
المستأجرة مع التلف بالتفريط، بل في جميع الصور التي يلزمه الضمان مع يمينه، لأنه
الغارم، وللأصل، وفي رواية أبي ولاد الطويلة الصحيحة (١) إشارة إليه، وإن كان

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ وفيها: قال: قلت له (يعني لأبي عبد الله
عليه السلام) أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب
البغل كسر أو دبرا أو غمز. فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه فقلت: من يعرف ذلك، قال:
أنت وهو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن رد اليمين عليك، فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي
صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا، فيلزمك الخ راجع تمام الحديث.

ويضمن الصانع كالقصار، بحرق الثوب أو بخرقه، والطبيب والختان والحجام وغيرهم، وإن كان حاذقا، واحتاط واجتهد، ولو تلف في يده من غير سببه (سبب - خ) فلا ضمان.

فيها ما يشعر بأن القول قول صاحب المال، والأصل دليل قوي، فتأمل. قوله: ويضمن الصائغ (خ - ل الصانع) الخ. أي يضمن الصائغ إذا تلف أو نقص ما في يده بسببه كحرق الثوب وخرقه في يد القصار (بعمله - خ) وتلف المريض بدواء الطبيب، وما يتلف بفعل الختان والحجام، وغيرهم، وإن كان كل واحد منهم حاذقا واحتاط واجتهد. والظاهر أنه يدخل في التلف بدواء الطبيب، ما إذا علم ترتب التلف بالسقي بأمره، وإن لم يباشر السقي بيده، لا مجرد وصفه أن الشيء الفلاني نافع لمرض كذا، أو المرض الحاضر، مع الاحتمال في الأخير، إذ بحسب الظاهر يقال إنه تلف بدوائه، والمتعارف من عمله ذلك، لا الإلزام أو السقي، بل تعيين المرض ووصف دواء نافع له، والأصل يقتضي العدم، حتى يتحقق بالدليل. والظاهر أن دليل الكل هو الاجماع المدعى في شرح القواعد وشرح الشرايع وأن الاتلاف الغير المأذون في الاتلاف موجب للضمان. والظاهر عدم صدقه في مادة الطبيب ونحوه (١)، ولا نعلم دعوى الاجماع فيه، إلا مع المباشرة، فيحتمل الضمان بها وبالأمر أيضا، لا غير، فتأمل. ويؤيد العدم في الطبيب ونحوه أنه قد يجب عليه الطبابة وكذا الختان، كما إذا

(١) لا يخفى أنه ليس في شرح الشرايع لفظ الطبيب.

كان واجبا على المختون، قيل فلا أجرة له حينئذ كما صرح به في القواعد، فإن التضمين مع الايجاب بعيد، وهو جار في كثير من الأمور، فتأمل. ويدل على ضمان الصائغ المفسد، الرواية، مثل حسنة الحلبي (لإبراهيم) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كل أجير يعطى الأجرة (الأجر - كايب) على أن يصلح فيفسد، فهو ضامن. (١) ويمكن ادخال الطبيب والبيطار الذين يريدان الأجر، ونحوهما فيها. وهي تدل على عدم الضمان على المتبرع، بالمفهوم، فتأمل. وكذا رواية السكوني وأبي الصباح وغيرهما. (٢) وقال في القواعد: ويضمن الصانع ما يجنيه وإن كان حاذقا، كالقصار بخرق الثوب، والحمال بسقط حمله عن (على - خ) رأسه، أو يتلف بعثرته، والجمال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حمله، والملاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة، قال في شرحه: للنص والاجماع في ذلك، فتأمل فيه.

وأما إذا تلف شيء في يد الصائغ ونحوه بغير فعله فلا يضمن، إلا مع التفريط كما مر، ودليله الأصل، وكونه أمينا.

ويدل عليه صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام

(١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ وسندها - كما في الكافي - في باب ضمان الصانع علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد، عن الحلبي.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٦ و ٨ وغيرهما من روايات الباب فراجع.

(٣) يقال: جدف الملاح السفينة ساق السفينة بالمجداف، المجداف بالذال المهملة وبالذال المعجمة خشبة طويلة مبسوطة أحد الطرفين تسير بها القورب القارب السفينة الصغيرة جمع قوارب (أقرب الموارد).

قال: سألته عن الصباغ (القصار - خ) والصائغ؟ فقال: ليس يضمنان. (١)
وقد حملها الشيخ (٢) على أنهما إذا كانا مأمونين، وأما مع التهمة
فيضمن.

ويدل عليه روايات كثيرة، مثل صحيحة الحلبي (على الظاهر) عن أبي
عبد الله عليه السلام قال في الصائغ والقصار ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه
على أمر بين أنه قد سرق فكل قليل له أو كثير فهو ضامن وإن فعل فليس عليه شيء
وإن لم يفعل ولم يقيم عليه البينة وزعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه إلا
أن يكون له على قوله البينة وعن رجل استأجر أجيرا فأقعه على متاعه فسرقه؟
قال: هو مؤتمن. (٣)

وصحيحة أبي بصير (على الظاهر) قال: سألته (عن أبي عبد الله
عليه السلام كا - ئل) عن قصار دفعت إليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه؟
قال: فعليه أن يقيم البينة أنه سرق من بين متاعه، وليس عليه شيء، وإن سرق
متاعه (كله - كا) فليس عليه شيء. (٤)
وصحيحة داود بن سرحان (الثقة) عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام في
رجل حمل متاعا على رأسه، فأصاب انسانا فمات أو انكسر منه شيء، فهو
ضامن. (٥)

-
- (١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١٤ وفي التهذيب والوسائل الصباغ والقصار.
(٢) يعني بعد نقل الرواية في التهذيب.
(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب الإجارة الرواية ٢ و ٣ نقلا من الكافي مع اختلاف في بعض
العبارات ولكن أثبتناه مطابق لما في التهذيب.
(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٥.
(٥) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١١.

فحمل المطلق على المقيد لوجود القيد في روايات كثيرة مثل رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين بالحديث. (١)

وصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس وكان أبو جعفر عليه السلام يفضل عليه إذا كان مأمونا. (٢)

وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه الصلاة والسلام قال: كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطا (لناس كا - ئل) وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأمونا. (٣)

وصحيحة محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوبا إلى القصار ليقصره فيدفعه (ودفعه - ئل) القصار إلى قصار غيره ليقصره فضع الثوب، هل يجب على القصار أن يرده إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأمونا إن شاء الله. (٤) (٥)

وهذا الجمع غير بعيد، وحاصله أنه يرجع إلى أنه إن ظهر التلف فلا يكونون ضمنا وإلا فيكونون ضمنا، ويشعر به رواية أبي بصير المتقدمة، ولا يبعد أيضا الجمع على الاستحباب، والاحتياط كما يشعر به بعض الروايات. (٦)

-
- (١) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١١.
(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١٢.
(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ٤.
(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١٨.
(٥) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: فيها دلالة على جواز الدفع وعدم الضمان (بخطه رحمه الله).
(٦) قد تقدم ذكره آنفا.

ولا يضمن الملاح والمكاري إلا بالتفريط.
وضمن ما يفسده المملوك على مولاه المؤجر.

قوله: ولا يضمن الملاح والمكاري إلا بالتفريط. يعني إذا تلف شيء في يد الملاح وسفينته أو المكاري - لا بسبب منهما، ولو بتقصير في أسبابهما، مثل قطع حبل

حمل الجمال، وكون وعائه مخروقا عتيقا، وكذا مثل كسر خشب السفينة لكونه عتيقا أو مكسورا، وعدم معرفة صاحبها أو قلة عمالها عادة، بحيث يعجز عن علاجها، ونحو ذلك مما يسند إليهما عادة، فيكون ذلك داخلا في التفريط، فيضمنان - لم يضمننا إلا مع التفريط.

وقد مر ما يمكن استفادة دليhle منه، فافهم.

قوله: وضمن ما يفسده الخ. أي يضمن المولى المؤجر عبده للطبابة والحجامة والختانة ونحوها، مما يتعلق برقبته، بمعنى أنه إن شاء فكه فداه بأقل من أرش جنايته وقيمته، وإن شاء سلمه إلى المجني عليه أو ورثته.

لعل وجهه واضح، حيث إنه فعل فعلا مضمونا بإذن مولاه، فيتعلق به الجناية، فإن أراد المولى دفعه لا يكلف بأكثر من ذلك، للأصل، وعدم ضمانه بنفسه، وإن دفع قيمته وإن كان أقل من أرش جنايته لا يكلف بأكثر من ذلك، إذ العبد لا يجني أكثر من قيمته، وهو مقرر عندهم.

وأما إذا كان قصارا، خرق الثوب ونحوه، مما لم يتعلق برقبته، فيمكن كونه مثل ما تقدم، لما تقدم.

ويحتمل كونه متعلقا بدمته يتبع به متى يعتق، فيؤخذ منه، كما اختاره في شرح القواعد.

والفرق غير واضح، على أنه يلزم الضرر على مالك الثوب، فإنه قد يتعمد العبد ذلك، وقد يفرط، فيسرق، فيفوت ماله، ولا يعتق أو يعتق بعد موته، أو يعتق ويكون فقيرا والمولى قد دلس حيث أقام عبده بإذنه، يفعل أمثال هذه

ولا يضمن صاحب الحمام إلا ما يودع ويفرط فيه.

الأمر، بحيث يشعر بأنه يترتب الضمان عليه بالفعل، خصوصا مع الجهل بأنه عبد، أو بالمسألة، إلا أن يقال إنه قصر في التفتيش، وحينئذ الفرق مشكل، وظاهر المتن عدم الفرق، فتأمل.

قوله: ولا يضمن صاحب الحمام الخ. عدم ضمان الحمامي إذا لم يودع ظاهر، فإن أحدا لا يضمن مال الغير بمجرد تلفه عنده، وإن ظن صاحبه أنه يحفظه، ما لم يودعه عنده، ويقبل ثم يفرط، بل ولا يضمن بمجرد قول صاحب الثياب إن هذه الثياب احفظها، ولم يرد الجواب، ما لم يقبل، للأصل، وكون السكوت أعم. وأما عدمه إذا قبل ولم يفرط، فلأنه أمين، وللأصل، ولما مر. ولما في رواية غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت ولم يضمنه وقال: إنما هو أمين. (١)

ظاهرها أن مطلق الحمامي أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدي، وأما الضمان مع القبول والتفريط فالتفريط فهو خائن فيضمن، كغيره، وفيما تقدم دلالة عليه أيضا.

ثم اعلم أنه قد استثنى في القواعد التلف بفعل الطيب والكحال، إذا أخذ البراءة من البالغ العاقل، وولي الطفل والمجنون.

لما روي عن علي عليه الصلاة والسلام من تطيب أو تبيط فليأخذ البراءة من صاحبه (وليه - ثل) وإلا فهو له ضامن. (٢)

وقال في شرحه وكذا الختان والحجام (خ)، وقال في التحرير: ولو لم يتجاوز

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ وفيه غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام الخ.

(٢) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب موجبات الضمان الرواية ١ (من كتاب الديات) (ج ١٩ ص ١٩٤).

محل القطع مع حذقهم في الصنعة، فاتفق التلف فإنهم لا يضمنون. وهذا صحيح، وإن لم يكن التلف مستندا إلى فعلهم. الاستثناء (١) غير بعيد، وإن لم تكن الرواية معلومة السند، بل وجودها في أصولنا، فتكون عامية لأنها مؤيدة للأصل والنص، والاجماع غير ظاهر، في صورة البراءة، ولأن في الضمان دائما سد باب العلاج، إذ لو علم ذلك طبيب مثلا، بعيد أن يرتكب ذلك، وإن كانت البراءة عما لم يجب. وأن الحق قد يكون متعلقا بغير الذي أبرأ الذمة. لكن غير بعيد تجويزه هنا للضرورة، وللرواية، وعدم القطع على عدم حصول البراءة، عما لم يجب، والعقل يجوز، وإن الضرر واقع بالفعل على المبرء فله الأبراء، والولي بمنزلته، فتأمل، واحتط.

وأیضا قول التحرير غير بعيد، وإن علم استناد التلف إلى فعلهم، إذا لفرض أنهم فعلوا فعلا جوز لهم ولم يتعدوا ولم يخطأوا أصلا بل فعلوا مجرد الفعل المجوز مع فرض عدم الخطأ والعمد بوجه، ولكن علم أن التلف يترتب على الفعل المجوز الغير المخطأ فيه، فكان فعلهم ذلك في الواقع سببا لذلك، وقد أذن فتضمنهم بعيد.

والاجماع والنص المدعى غير معلوم دلالتهما عليهما، فإنهما مجملان على تقديرهما، والأصل دليل قوي، فلا يبعد مثله في الطبيب ونحوه، بل الصائغ بأن فرض أنه ما فرط ولا تعدى في القصر والصبغ بوجه أصلا، إلا أنه كان الثوب بحيث لو لم يصبغ ولا يقصر لم يمزق فكان الثوب متهيأ لقبول ذلك، فصبغه وقصره بالإذن بمنزلة كونهما من المالك والوكيل، فالضمان هنا أيضا بعيد، كما مر.

(١) يعني استثناء التلف مع أخذ البراءة.

ونفقة الأجير المنفذ في الحوائج على المستأجر، إلا مع الشرط.

هذا مع ثبوت كونه كذلك إما بالشهود أو اقرار المالك، وحينئذ يبعد الضمان، إذا علم أن الثوب ليس بقابل لهما بل هناك فقط من غير فعل يفسدانه. نعم إذا لم يعلم أو علم استناده إليهما يحتمل الضمان لما تقدم، ويمكن حمل أدلة الضمان عليه وغيرها على عدمه، وهذا جمع لا بأس به، وغير بعيد عن الأدلة، وكلامهم.

قوله: ونفقة الأجير المنفذ الخ. الظاهر أنه لا خلاف بين المسلمين في جواز إجارة الآدمي حرا أو مملوكا مذكرا أو مؤنثا، إلا أن في المؤنث يحرم على المستأجر جميع ما يحرم عليه قبلها حتى النظر.

قال في شرح القواعد ولا فرق في جواز الإجارة بين الأمة والحرّة والعجوز والشابة وقبيح المنظر والحسنة.

ونقل تحريم الخلوة بها عن التذكرة، واستثنى هو من يريد العقد عليها، فيه تأمل.

وقد استثنى في متن القواعد والشرح النظر إلى الأمة بإذن المولى، وما فهمت دليل ذلك، فإنه ليس بعقد ولا ملك ولا تحليل، إلا أن يجعل الإذن تحليلا، أو من قبيل النظر لمريد النكاح والشراء فتأمل.

ولا شك في بقاء تحريم ما كان لأن عقد الإجارة ليست بمحللة، إلا الخدمة والعمل، لا تحليل ما حرم، فكلما كان محرما قبل العقد يبقى على حاله، وهو ظاهر. والظاهر أنه لا نزاع أيضا للانفاذ في حوائجه على الاجمال، فإنه ينصرف عرفا إلى ما هو المتعارف المقذور له واللائق بمثله من حوائج المستأجر، وعموم أدلة الإجارة يدل عليه، مع عدم ظهور مانع صالح، وإن كان ما يشترطون من العلم، ويدققون فيه، يقتضي عدم مثلها حتى يعين، فإنه قال في القواعد والتذكرة: لا يجوز الاستيجار بنفقته وطعامه ما لم يعين، إذا لم يكن على المستأجر وكذاها وبغيرها للجهالة.

ولم يكتفوا بالعرف في ذلك، بل قال فيها: ولا يجوز بأرطال من الخبز لعدم جواز السلم عند نافية، فلا يجوز الإجارة.
وقال: ولو استأجر أجيّرا بطعامه وكسوته إن قدرا ذلك وعلماه صح العقد، وإن لم يقدره بطل العقد (إلى قوله): ولا فرق بين أن يستأجره بالنفقة والكسوة ويطلقهما، وبين أن يجعلهما جزء من الأجرة وإذا استأجره بهما صح اجماعا، ووصفهما كما يوصف في السلم، وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة فنفته وكسوته على نفسه. (١)
فقد علم أنه لا بد من تعيينها بالكيل والوزن ونحوهما مع الوصف، إذا لم تكن حاضرة فيه، فتأمل.
وأیضا الظاهر أنه يجوز استيجاره بأن يكون جميع منافعه للمستأجر، لما تقدم، وللروايات المشعرة بالجواز، والانعقاد مع الكراهة.
مثل رواية المفضل بن عمر (في الكافي) قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول من آجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق. (٢)
ورواية عمار الساباطي (في الفقيه والكافي) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يتجر وإن (فإن - ثل) هو آجر نفسه أعطى أكثر مما يصيب في تجارته (٣) قال: لا يؤاجر نفسه، ولكن يسترزق الله عز وجل ويتجر، فإنه إن (إذا - ثل) آجر نفسه حظر على نفسه الرزق. (٤)

-
- (١) انتهى ما في التذكرة ملخصا.
(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١ والباب ٦٦ من أبواب ما يكتسب به الرواية ١ (من كتاب التجارة) ج ١٢ ص ١٧٥.
(٣) وفي الكافي والتهذيب أعطى ما يصيب في تجارته.
(٤) الوسائل الباب ٦٦ من أبواب ما يكتسب به الرواية ١.

ورواية محمد بن سنان (فيهما) عن أبي الحسن عليه الصلاة والسلام قال: سألته عن الإجارة؟ فقال صالح لا بأس به (بها - خ) إذا نصح قدر طاقته وقد آجر نفسه موسى بن عمران عليه السلام واشترط فقال: إن شئت ثمانية (ثمانيا - يب) وإن شئت عشرا، فانزال الله تعالى فيه: على أن تأجرني ثمانيا حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك. (١)

ولا يضر عدم صحة السند لأنها مؤيدة، ولوجودها في الفقيه المضمون. والأخيرة تدل على أن الجهالة في المدة أيضا في الجملة لا تضر، وأن معنى الآية ذلك، وأن حكمها باق في شريعتنا، بل حجيتها شرع من قبلنا في الجملة. والكل يدل على جواز الإجارة مطلقا، وحيازة المباحات، مثل الماء والكلاء والسمك، فتدل على عدم ملكيتها بمحض الحيازة كما تقدم، فتذكر، فتأمل.

ثم (إن - خ) الظاهر أن نفقة الأجير على نفسه كما اختاره المصنف في التذكرة بل في القواعد أيضا.

وجهه ظاهر فإن العقد إنما وقع على العمل، وأجرة معينة، فاقتضاء غيرهما يحتاج إلى دليل، ولا دليل.

نعم لو كان هناك عادة مستمرة أو قرينة صريحة في ذلك، أو شرطت، تلزم المستأجر، لذلك.

ويمكن حمل رواية سليمان بن سالم على ذلك (إن سلمت صحتها ودالاتها) رواها في الكافي عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد، عن العباس بن موسى، عن يونس، عن سليمان بن سالم، قال: سألت أبا الحسن عليه الصلاة والسلام عن رجل

(١) الوسائل الباب ٦٦ من أبواب ما يكتسب به الرواية ٢ والآية الشريفة في القصص: ٢٨.

استأجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة، على أن يبعثه إلى أرض، فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه فكافأه به الذي يدعوه فمن مال من تلك المكافأة؟ أمن مال الأجير أو من مال المستأجر؟ قال: إن كان في مصلحة المستأجر (١) فهو من ماله، وإلا فهو على الأجير، وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر (يعين - خ يب) شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر. (٢) وأنت تعلم ما في السند من اشتراك يونس، والظاهر أنه ابن عبد الرحمن، فإنه قيل في العباس بن موسى أنه من أصحاب يونس، كأنه الذي هو صاحب الأصحاب، ولأنه المشهور. ولجهالة سلمان فإني ما رأيت. وكذا ما في الدلالة فإنها صريحة فيما إذا استأجر بالنفقة، فهي فيما إذا اشترط على المستأجر. على أن هذه الرواية مشتملة على أمور لا يقول الأصحاب بها، مثل كون النفقة مجملة، وكون عوض ما أكل من مال من دعاه على المستأجر، إذا كان الذي دعاه وأطعمه في مصلحته، وإلا فمن مال الأجير. وإن غسل الثياب وأجرة الحمام داخل في النفقة وهم يشترطون تعيين النفقة، كما مر ويقولون إنها تلزم المستأجر على تقدير كونها شرطت، أو أجرة، سواء أكل الأجير من ماله أو غيره.

(١) في النسخ المخطوطة إن كان ينفق عليه في مصلحة الخ.
(٢) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الإجارة الرواية ١.

ولا يضمن الأجير لو تسلمه صغيرا أو كبيرا حرا أو عبدا.
ولو أمره بعمل له أجره بالعادة فعليه الأجرة، وإلا فلا.

وأنه لا مكافاة، لأنه متبرع، فإن كان المكافي يتبرع، فمن ماله.
وأن دخول أجره الغسل والحمام غير معلوم دخولها في النفقة المشترطة،
ولهذا يحصل التردد في وجوبها على الزوج ونحوه لمن وجب عليه نفقته.
ولا يبعد ذلك، فإن الظاهر أنهم يريدون بها ما يحتاج إليه الانسان غالبا،
ولهذا يجب الكسوة والمسكن، فتأمل.

فجعل هذه فقط - أو منضمما بقولهم إن الأجير إذا استوعب عمله المستأجر فما بقي له
زمان كسب النفقة، فيكون عليه دليلا على ايجابها على المستأجر، مع عدم الشرط، وعدم
كونها أجره، والفتوى به كما نقل عن جماعة من أصحابنا - محل التأمل، لما مر وجواز
كون نفقته من أجرته، وهو ظاهر، ولعل لهم دليلا غير هذا.

قوله: ولا يضمن الخ. أي لا يضمن المستأجر ومن يقوم مقامه لأجير
(الأخير - خ) إذا تسلمه وقبضه واستعمله في العمل الذي عليه، مطلقا حرا كان أو
مملوكا صغيرا كان أو كبيرا، وسواء كان برضا و (أو - خ) رضا وليه وعدمه.
ويمكن اشتراط إذن المولى والولي، والظاهر العدم بعد العقد ولزوم التسليم
والعمل، ودليله الأصل، وعدم الموجب.

قوله: ولو أمره بعمل له أجره الخ. هذا الحكم مشهور (و- خ) يحتمل أن يكون مجمعا
عليه.

ولعل سنده اقتضاء العرف فإنه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل
بالأجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا ولك علي الأجرة، فيكون جعالة
أو إجارة بطريق المعاطاة مع العلم بالأجرة، ولو كان من العادة مثل أجره
الحمالين، ويبعد كونها إجارة باطلة.

وينبغي تقييده بأن المأمور أيضا ممن يأخذ الأجرة، ويمكن ادخاله في

والقول قول منكر الإجارة، وزيادة المدة، والمستأجر والرد (١)
ومنكر زيادة الأجرة والتفريط.
وقول المالك لو ادعى قطعه قباء، وادعى الخياط قميصا.

العمل، فتأمل.

ولو لم يكن عرف يقتضي الأجرة لا أجرة له، وهو ظاهر.
ولا ينظر إلى أن الأصل عدم الأجرة والأمر أعم من كونه بالأجرة أم لا،
لما تقدم، والاحتياط أيضا يقتضيها.
قوله: والقول قول منكر الإجارة الخ. كأنه قد ثبت بالنص والاجماع بل
العقل أيضا أن القول قول المنكر.
ولكن لا بد من اليمين للأولين، وهذا واضح، في انكار أصل الإجارة،
وانكار الرد والتفريط، وكذا في زيادة المدة والأجرة، لأن الأقل داخل في الأكثر
فبعد بطلان الأكثر لا نزاع في ثبوت الأقل، ولأنه متفق عليه، ولأن دعوى الزيادة
بمنزلة دعوى الإجارة، فالقول بالتحالف - كما قال به المحقق الثاني بعيد.
والظاهر ما ذكره المصنف رحمه الله لما مر، وللأصل.
وأما في المستأجر فالظاهر فيه التحالف لأنه بانكار أحدهما وحلفه لم ينقطع
الدعوى والنزاع، إذ قد ينقلب المنكر الحالف، ويدعي الاستيجار في العين.
الآخر (٢)، فلا بد من سماع دعواه، ورده على وجه شرعي، وليس إلا بأن يكون
القول قول منكره مع اليمين.
وكذا هو الظاهر في دعوى قطعه قباء وقميصا.
ولعل المصنف لم يذكر التحالف، بناء على عدم دعوى الآخر.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: في الرد.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، الأخرى.

وكلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى المؤجر، كالخياط على الخياط، والمداد على الكاتب.
وعلى المؤجر تسليم المفتاح، فإن ضاع فلا ضمان، وليس على المؤجر ابداله.

وأما مع دعواه فالظاهر التحالف، فتأمل.
وبعد التحالف لا تثبت الأجرة للخياطة (للخياط - خ) بل يلزمه أرش نقص الثوب عما كان، وله فك ما خاطه مع ضمان النقص وأخذ خيوطه إن كان له، وإلا فيضمنه أيضا.
قوله: ولكما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى المؤجر الخ. الظاهر أن المرجع في هذه الأمور إلى العرف والعادة المستمرة إن كانت، وإلا فينبغي الشرط فإن العادة الآن أن الخياط على صاحب الثوب، كالكاغذ لصاحب الكتاب، بخلاف المداد والقلم، والإبرة فإنها على العامل.
ولعل كلام المصنف في كون الخياط على الخياط، بناء على عرف زمانه وبلده، ومعلوم أن المراد ب (كلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه على المؤجر) غير العين الذي يعمل فيه، وإن توقف العمل عليه أيضا، ومثل الكاغذ الذي يكتب عليه، والثوب الذي يخيطه.
قوله: وعلى المؤجر تسليم المفتاح الخ. وجه وجوب تسليم المفتاح - للغلق الذي منصوب على الباب وداخل في المستأجر، على المؤجر - ظاهر، لأنه من تنمة الانتفاع وكمال التسليم التام.
ولكن لو ضاع فلا ضمان على المستأجر بأن يعطي عوضه، بل عليه إن فرط أن يضمنه للمالك كأجزاء العين.
فلعل قوله: (فإن ضاع فلا ضمان) مقيد، بعدم تفريط المستأجر في الحفظ،

ولو عدل من الزرع إلى الغرس تعين أجره المثل، ولو عدل من
(حمل - خ) خمسين رطلاً إلى مائة تعين المسمى، وطلب أجره المثل
للزيادة.

حتى ضاع. ويحتمل أن يكون المراد نفي الضمان عن المؤجر، ولكن يصير قوله: (وليس
على المؤجر ابداله) مستدركا، ويكون عطفاً تفسيريًا.
قوله: ولو عدل من الزرع إلى الغرس الخ. يعني لا يجوز للمستأجر أن
يعدل عما شرط عليه، فإن آجر أرضاً للزرع فغرس فيها، فعل حراماً، وعليه أجره
المثل للغرس، لا المسمى للزرع، بل أرش نقص الأرض، وقلع الأشجار وطم الحفر
واستواء الأرض، كما كان.
ولو عدل من حمل خمسين إلى حمل مائة فيأثم، ولكن لا يلزمه أجره مثل المائة،
بل له المسمى للخمسين، وأجره مثل الزيادة وهي خمسون.
والفرق أنه هنا ما خرج عما شرط بالكلية بل عمل به، وتعدى، وزاد
عليه، فالذي فعل من المشروط ليس عليه إلا ما شرط له، ولا بد للزيادة الغير
المشروطة من أجره مثله، كما إذا استأجره إلى مكان فذهب، إليه، وتعدى منه، وكذا
في جميع الصور التي يكون الأصل جزءاً مما فعل.
ويحتمل هنا أيضاً أجره المثل لعدم اتيانه بما شرط لأنه الخمسين (١) فقط، وقد
يتفاوت، فإنه قد يكون لكن خمسين خمسين، أجره قليلة، ويكون للمائة أجره
أضعاف مضاعف أجرتهما، وهو ظاهر في الجزء القليل جداً، فإنه لا أجره لكل حب حب
في التغار ولجميع الحبوب فيه، أجره كثيرة.
ويحتمل الرجوع إلى الأكثر أجره، وجعل التخيير في ذلك إلى المؤجر.

(١) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب، الخمسون.

فمع تعيين كون المستأجر راكبا كيف له أن يركب غيره، مع أنهم قيدوا الجواز بعدم التخصيص، وهو تخصيص. لعلها مبنية على الجواز مع الوصف، ولكن مع عدم القيد بالوصف الذي يقوم مقام المشاهدة، فإن ذلك غير ممكن فيحمل كلامهم على المبالغة. ويحتمل أن يكون على تقدير الاكتفاء بوزن الراكب. ولكن ذكروا في دليل اشتراط المشاهدة اختلاف الناس بكثرة الحركات وشدتها وقتها وكثرة السكنات، وضبطها بالوصف والوزن بعيد بل لا يمكن، بل بالمشاهدة أيضا قد لا يعلم، فكأنهم يريدون المبالغة، أو أرادوا بالتخصيص ذكر أن لا يركب غيره، وهو أيضا بعيد، إذ (و- خ) الظاهر أن بعد تعيين الراكب لا يتعدى إلى غيره، وإن لم نقل ذلك، إذ قوله: تركب أنت مثلا، لا يقتضي إلا إياه. وإن كان هو ظاهر صحيحة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن موسى عليهم السلام قال سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره، فنفتت فما عليه؟ قال: إن كان اشترط (شرط - ثل) أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء. (١)

لكن الظاهر أن المراد ذلك، ويشعر به قوله عليه السلام: (وإن لم يسم) وهو ظاهر.

ثم إن ظاهر هذه الرواية عدم التفصيل بين الأثقل والمساوي والأخف، فمقتضاها جواز إلا ركاب وعدم الضمان مطلقا، إلا مع التعيين والشرط، فإن ترك الاستفصال دليل العموم، فهي بظاها تدل على عدم اشتراط المشاهدة، بل الوصف المذكور أيضا، بل العمل بظاهر الحال فإنه يستأجر لنفسه أو مثله تخميناً

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الإجارة الرواية ١.

ولو عدل من الأثقل ضررا إلى الأخف، لم يكن له الرجوع بالتفاوت.

ولو استأجر دابة معينة للركوب فتلفت، انفسخت، ولو استأجر

ويمكن حمل كلامهم - وبعض الروايات مثل صحيحة أبي ولاد (الحناط - خ) الطويلة (١) المشتملة على الأحكام الكثيرة، فيمن تعدى من المكان المشترك إلى مكان آخر، بلزوم المسمى وأجرة الزيادة - على الغالب والأكثر، فتأمل.

قوله: ولو عدل من الأثقل الخ. وجه أنه لم يكن للمستأجر حينئذ الرجوع - بالتفاوت بين ما استأجر عليه من الثقل وبين ما حمله من الخفيف - ظاهر، فإنه لو لم يحمل أصلا مع مضي المدة، لم يكن يرجع على شيء، بل كان عليه الأجرة تامة، فهنا بالطريق الأولى.

قوله: ولو استأجر دابة معينة للركوب الخ. دليل انفساخ العقد - بموت الدابة المعنية - واضح، وهو استحالة استيفاء تلك المنفعة من غيرها، بخلاف ما لو استأجر للركوب على دابة إلى محل من غير تعيينها في العقد، فإنه لا يضر فوت التي (٢) ركبها.

ولا يتعين المطلقة بالتسليم، أو التعيين، بحيث يكون منحصرة فيها، ولهذا يجوز للمالك تبديلها وهو أيضا ظاهر.

والظاهر أن تعذر استيفاء المنفعة المشتركة (المشروطة - خ) على الوجه المتعارف لنقص ومرض وضعف، بمنزلة الموت، ويحتمل الابدال (خصوصا مع التراخي فتأمل - خ).

والظاهر أنه لا خصوصية للدابة، ولا بالعين المستأجرة، فإن تلف الراكب

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجارة الرواية ١.

(٢) أي الدابة التي ركبها.

للكوب مطلقا، لم تبطل، وله أن يركب ويركب مثله، إلا مع التخصيص.

أو الحمل المعين فكتلفها، مثل فوت الصبي المرتضع. قوله: وله أن يركب ويركب مثله الخ. يعني إذا استأجر دابة مثلا للركوب من غير تخصيص أحد بكونه هو الراكب إلى موضع، له أن يركب بنفسه، وأن يركب غيره بدله، بشرط أن يكون الغير مثله في الثقل أو أخف، بغير إذن المالك.

والظاهر أنه يجوز التسليم (١) بغير إذنه، ولم يضمن، لما تقدم. ولا يجوز الأثقل إلا بالإذن، فلا يضمن (حينئذ - خ) وبدونه يأثم، ويضمن، وكذا إذا فعل مع التخصيص.

والظاهر أن التناوب أيضا لا يجوز إلا بالإذن لأننا نرى أن المكارين (٢) أيضا يقولون في ذلك، ويقولون إن التناوب يضر بالدابة وإن كان بالمثل أو أخف، لكثرة النزول ولا ركوب، وكونها تارة أثقل وتارة أخف. واعلم أن أكثر العبارات - في بيان هذه المسألة - مثل الكتاب، ودليل الكل واضح، إلا أن لي في ذلك تأملا لأنه إذا كانت الإجارة للركوب قالوا: لا بد من تعيين الراكب.

قال في التذكرة: فيجب أن يعرف مؤجر الدابة راكبها بالمشاهدة، لاختلاف الأغراض في الراكب (إلى قوله:) وهو قول أكثر الشافعية، ومنهم من اكتفى بالأوصاف الرافعة للجهالة (أي قوله:) والأصل في ذلك أن يقول: إن أمكن الوصف التام القائم مقام المشاهدة كفى ذكره عنها، وإلا فلا. (٣)

(١) يعني تسليم الدابة إلى الغير تغير إذن المالك.

(٢) في بعض النسخ لأننا لا نرى الخ والصواب ما أثبتناه.

(٣) انتهى كلام العلامة في التذكرة.

والآدمي المتعارف الذي أكثر الأفراد على تلك الضخامة والطول والقصر من مستوى الخلقة.

ويحتمل حملها على ما ذكروه أيضا فتأمل.

ثم (١) تأمل في قول القواعد أيضا: ويجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضررا، قال في شرحه: أي أن يؤجر لركوب مثله مثلا، (أو - خ) وسكنى مثله، أو أن يؤجر لمثل عمل الذي استأجر لأجله، وكذا للأقل (الأقل - خ) ضررا، لأن المنفعة تصير ملكا له بالإجارة، والناس مسلطون على أموالهم. (٢) (٣) شرط في المسكن الإجارة بمثله، أو أقل ضررا مع الاطلاق، وعدم كون السكنى له خاصة.

والظاهر عدمه، إذ لو استأجر لينتفع بسكنائها مثلا، لم لا يجوز أن يسكنها لمن هو أكثر منه ضررا بكثرة الناس وأضياف والدواب وغير ذلك، فإنه مالك للمنفعة، فله ما يفعل، كما قاله في الشرح.

نعم لا يجوز أن يتجاوز في سكنائها عن المتعارف فلا يسكن في بيت الآدميين الدواب ونحو ذلك.

وبالجملة لا يتعدى عن المنفعة المتعارفة المطلوبة منها، فكأن ذلك المراد (٤)، والعبارة لا تخلو عن شيء.

وكذا كلام الشارح، الناس مسلطون الخ، فإنه لا يجوز لهم كلما يريدون وخصوصا عنده، فإنه يضمن بتسليمه بغير إذن المالك الأول، والمراد واضح، والأمر

(١) في بعض النسخ: ثم إن لي تأملا.

(٢) عوالي اللثالي ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

(٣) إلى هنا عبارة المحقق الثاني في جامع المقاصد (شرح القواعد).

(٤) يعني مراد العلامة قدس سره في القواعد.

ويجوز للمستأجر أن يؤجر المالك، ولو باع على المستأجر صح،
والأقرب بطلان الإجارة، على اشكال.

في ذلك هين.

قوله: ويجوز للمستأجر أن يؤجر المالك الخ. لا مانع من إجارة المستأجر
العين المستأجرة من مالك العين، والذي استأجرها منه، إذ ليس إلا كونه مالكا
للعين، وذلك لم يصلح للمانعية، للأصل، مع وجود المقتضى وهو تسلطهم على
أموالهم، وعموم أدلة صحة الإجارة.

وكذا لا مانع من بيع العين المستأجرة على مستأجرها، والتقريب مثل
ما تقدم.

وأما بطلان الإجارة حينئذ فقربه المصنف مع اشكال، لعل مقصوده من
إظهار الاشكال مع قوله: (الأقرب) عدم الأقربى بالكلية، وضعف الرجحان في
الجملة.

وجهه أن ملك المنفعة تابع لملك العين فإذا ملك العين يلزم ملكيتها تبعا
أيضا، فلو بقيت الإجارة يلزم أن تكون المنفعة ملكا بالإجارة والبيع أيضا، وهو
تحصيل الحاصل، وجمع العلتين على معلول واحد، ولأنه كبطلان العقد بملكية الزوجة.

ووجه عدم البطلان الأصل، والاستصحاب، وعدم ثبوت دليل على كون
البيع مبطلا للإجارة، فإن ذلك يحتاج إلى دليل، ولا دليل، إذ تابعة المنفعة لملك
العين مطلقا ممنوعة ولا دليل عليها، ولذا يصح بيع العين من الأجنبي مع بقاء
الإجارة، وقد مر دليله، ومسلم أيضا عند المصنف.

نعم ذلك مسلم إن لم تكن المنفعة منفكة عن العين بسبب شرعي إلى غير
البايع.

وعلى تقدير المنافاة والتابعة قد يقال: ينبغي عدم صحة البيع لعدم
حصول تابعه ترجيحا لا بقاء ما كان على ما كان، ومنع خروج الحادث من العدم

إلى الوجود، وبقائه (١) تحت العدم على ترجيح وجود الحادث وغلبته على العدم الأزلي، وإزالة البقاء عن الباقي واحداث عدمه، وهو أظهر. ولا شك أن هذا ليس بأرجح من الأول، بل أضعف من وجوهه، والقياس على النكاح باطل، لثبوت عدم بقاء الزوجية والنكاح على مملوكة الزوج، بالاجماع ونحوه، ولو لم يكن ذلك لقييل في ذلك أيضا مثل ما قلناه هنا. والظاهر عدم المنافاة بين بقاء الإجارة والبيع بل تكون المنفعة مملوكة بالإجارة مدتها. ثم بملكية العين، ولهذا اختار في القواعد عدم البطلان، وقربه من غير اشكال.

(١) الظاهر أنه عطف على قوله لا بقاء الخ.

(المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة)
وفيه مطلبان، الأول المزارعة عقد لازم من الطرفين.)

(المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة)

قوله: المقصد الثاني في المزارعة الخ. قال في القواعد وغيره هي معاملة
على الأرض بحصة من نمائها. (١)

ومعلوم خروج الإجارة منها والظاهر أن الأرض لا يجب أن يكون ملكاً
لأحد المزارعين، بل يكفي كون منفعتها ملكاً له، كما إذا كانت الأرض مستأجرة
ولا يبعد الاكتفاء بالأولوية الحاصلة في الأرض الخراجية والمباحة بالتحجير
وبالاحياء، وإن لم نقل بحصول الملك، لأن الظاهر أنه يكفي كون المنفعة له.
ويدل عليه ما يوجد في الأخبار من جواز تقبيل الأرض الخراجية للزراعة
مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) قال: سألته عن
مزارعة أهل الخراج بالربع والثلث والنصف؟ فقال: لا بأس به (الحديث). (٢)
وصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن

(١) قال في القواعد: المزارعة مفاعلة من الزرع وهي معاملة على الأرض بالزراعة بحصة من نمائها الخ.
(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة الرواية ٨.

الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس (١) وغيرهما.

ويؤيده ما يوجد في كلامهم: يجوز بيع الأرض الخراجية تبعا لآثارها. وإن لم يكن جيدا في نظري، إذ لا معنى لبيع مال الناس بواسطة مجاورة مال نفسه، نعم يجوز بيع آثارها وماله في الأرض المفروضة مع وجود شرايط البيع فيه، وهو ظاهر.

فقول شارح الشرايع: بأنه لا بد من كون الأرض ملكا لأحدهما، لأنه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها والتي يعقد عليها فلا يشرع في الأرض الخراجية إلا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية مثل جعل البذر منهما ثم قال فليحفظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على تسوية هذه المعاملة، لأنها متداولة في كثير من البلاد التي أرضها غير مملوكة، فيحتاج إلى وجه مجوز الخ. محل التأمل، سيما على ما هو مقتضى كلامه، فيما تقدم: أنه يجوز بيع الأرض تبعا لآثاره، فيبعد عدم تجويز المزارعة على أرض مع تجويز بيعها الذي هو فرع الملك اجماعا عقلا ونقلا.

ومعلوم أن ليس في العقد على الأرض وصيغة المزارعة وتعريفها ما يدل على عدم جواز المزارعة إلا مع الملك الطلق للعين. نعم يفهم أنه لا بد من كون المنفعة لأحدهما، فافهم. ثم إن الدليل على جواز هذا العقد، ومشروعيته هو الاجماع المنقول، قال في التذكرة هي جائزة عند علمائنا أجمع، والأخبار الكثيرة من العامة والخاصة، مثل

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب المزارعة الرواية ٢.

صحيحة محمد الحلبي، وعبيد الله الحلبي، عن الصادق عليه السلام، قال: لا بأس بالمزارة بالثلث والرابع والخمس. (١)

وما رواه محمد وعبيد الله جميعا عنه، (في الصحيح) أن أباه عليه السلام، حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله، أعطى خبير بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة، فقوم عليه قيمة، فقال لهم: إما أن تأخذه وتعطوني نصف الثمرة (الثلث - خ)، وإما أن أعطيكم نصف الثمرة وآخذه، فقالوا: بهذا أقامت السماوات والأرض (٢) ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب. (٣)

وهي تدل على جواز المساقاة أيضا، وجوازهما في الأرض الخراجية، وجواز التقبيل، وقبول الوكالة في التقبيل، وجوازه مطلقا من دون شرط، وكون القيم واحدا، بل غير عدل أيضا، إذ ما ثبت عدالة عبد الله بن رواحة، بل غير معدود في كتب الرجال، فتأمل.

وأما كونها لازمة من الطرفين فهو للاجماع أيضا، ولمثل أوفوا (٤)، والمسلمون عند شروطهم (٥)، وهو ظاهر، ويمكن جواز فسخه بالتقاييل، لما مر في غيرها من العقود اللازمة.

قال في التذكرة: ولا تبطل إلا بالتقاييل.

وأما استلزام كونه لازما، للايجاب اللفظي - والقبول كذلك والماضوية وتقديم الايجاب والعربية والمقارنة وسائر ما قيل في العقود اللازمة، كما ادعاه شارح

-
- (١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارة والمساقاة الرواية ٧.
- (٢) روى صدره في الباب ٨ من أبواب المزارة والمساقاة الرواية ٢ وروى تمام الحديث في الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار (من كتاب التجارة) الرواية ٢ (ج ١٣ ص ١٩).
- (٣) راجع الوسائل الباب ١٠ من أبواب المزارة والمساقاة الرواية ١.
- (٤) المائدة: ١.
- (٥) تقدم مأخذه.

والايجاب زارعتك، أو ازرع هذه، أو سلمتها إليك، أو ما شابهه،
مدة معينة بحصة معلومة من حاصلها، والقبول قبلت.

الشرايع (١) وغيره - . فغير ظاهر.
والأصل ينفيه، مع عدم الدليل، كما تقدم في البيع ونحوه، ولهذا جوز
هنا بالأمر، وصرح في القواعد بالاكتفاء بالقبول الفعلي، وهو ظاهر عبارة الشرايع.
وبالجملة الغرض حصول العلم بالرضا بالمعاملة بالعقد بأي شئ يحصل
المطلوب، ويلزم، لصدق العقد، فلا يبعد الصحة بغير العربية وغيرها، وجريان
المعاطاة فيها، وفي ساير العقود والأمور ما لم يكن دليل على اشتراط الأمور المشترطة
من اجماع ونحوه، فتأمل واحتط.
قوله: والايجاب زارعتك الخ. قال في التذكرة: مثل زارعتك إلى قوله:
أو خذ هذه الأرض على هذه المعاملة، وما أشبه ذلك، ولا ينحصر في لفظ معين، بل
كلما يؤدي إلى هذا المعنى.

ويعلم من جوازها بالأمر وغيره وعدم اشتراط القبول اللفظي كما في
القواعد عدم صحة الاستدلال بكونه عقدا لازما على اعتبار القبول اللفظي
والماضوية والعربية وغيرها، ولا بأنه متلقاة من الشرع كما قيل في مثله فتأمل.
والظاهر أن لا خلاف في الجواز بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه
ماضيا، والظاهر جوازها بالأمر أيضا.
قال المحقق الثاني: استشكل الايجاب في القواعد بلفظ الأمر، وبالجملة
رواية، والمعتمد عدم الجواز.
وفيه تأمل، إذ لا دليل على تعيين الماضي، غير كونه عقدا لازما، ولا دليل
على الكبرى غير ما قد أشاروا إليه، من أن غيره بعيد عن كونه لانشاء العقد، وهو

(١) في النسخة المطبوعة: في شرح الشرايع.

كما ترى، فعموم الأدلة - وعدم دليل مانع - دليل الجواز. ويدل عليه ما في صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يعطي أرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق من هذا الماء واعمره، ولك نصف ما خرج؟ قال: لا بأس وسألته عن الرجل يعطي الرجل الأرض فيقول: أعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله؟ قال: لا بأس (١) ويدل عليه الرواية التي أشار إليها المحقق الثاني. وصحيحة عبد الله بن سنان، أنه قال في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره، فيقول ثلث للبقرة وثلث للبذر وثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئاً من الحب والبقرة، ولكن يقول: ازرع فيها ولي فيها كذا وكذا، إن شئت نصفاً، وإن شئت ثلثاً. (٢)

وهي صريحة في جواز القبول بلفظ المضارع، فلا يبعد انعقاد الإيجاب بالأمر، بل ادعى الأولوية في الإيضاح، وفيه تأمل. ورواية الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه سئل عن رجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقرة؟ فقال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الأرض ازرع في أرضك، ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمى بذراً ولا بقراً وإنما يحرم الكلام. (٣) وسندها لا بأس به، وفيه خالد بن جرير، وهو ممدوح، وأبو الربيع.

-
- (١) الوسائل الباب ٩ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٢ بسند الشيخ راجع التهذيب وروى ذيلها في الوسائل الباب ١١ من تلك الأبواب الرواية ١.
(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٥.
(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ١٠.

واستدل في شرح المتن على توثيقه بأن الحسن بن محبوب ممن اجتمعت العصابة على تصحيح ما صح عنه.
ولكن فيه تأمل وكذا في متنها ودلالاتها، فطرح المحقق الثاني - الرواية الصحيحة ظاهرا الدالة باعتقاده على جواز انعقاد المزارعة بالأمر، مع عدم دليل يقتضي ذلك سوى ما قلناه وقوع الأصحاب في غير المزارعة - غير جيد.
وكذا قول الشهيد الثاني في شرح الشرايع: وأما قوله (١): ازرع هذه الأرض بصيغة الأمر، فإن مثل ذلك لا يجوزونه (يجوزونه - خ) في نظائره من العقود، لكن المصنف رحمه الله وجماعة أجازوه هنا، استنادا إلى رواية (روايتي - خ) أبي الربيع الشامي، والنضر بن سويد، عن أبي عبد الله عليه السلام (٢)، وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك. (٣)

وقد عرفت القصر عن الدلالة، لأنهما تدلان على المضارع لا الأمر.
ورواية النضر هي رواية عبد الله بن سنان المتقدمة (٤)، وما رواها النضر، عن أبي عبد الله عليه السلام، بل رواها عن عبد الله بن سنان مضمرا، على ما رأيت في التهذيب (٥) والكافي، فيمكن أن يكون غلطا، ولكن الظاهر عدمه، وحينئذ يكون مرسلا، حيث ما سمى الإمام عليه السلام، وإن كان الظاهر ذلك.
فالظاهر الجواز بالأمر أيضا لعدم القائل بالفرق على الظاهر، ولأن العمدة هي عموم الأدلة، مع عدم المانع، والروايتان مؤيدتان، ولصحة يعقوب بن

(١) أي قول المحقق في الشرايع.

(٢) تقدم ذكرهما آنفا.

(٣) انتهى كلام الشهيد الثاني في شرح الشرايع.

(٤) راجع الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٨.

(٥) في النسخة التي عندنا من التهذيب هكذا: عن أبي عبد الله عليه السلام (خ).

ولا تبطل إلا بالتفاسخ، لا بالموت والبيع.
وشرطها شياع (مشاع - خ ل) النماء، وتعيين المدة، وإمكان زرع الأرض.
شعيب المتقدمة. (١)

ثم إن ظاهر المتن اشتراط القبول اللفظي، وقواه في التذكرة، وفيه تأمل علم.

قوله: ولا تبطل إلا بالتفاسخ الخ. دليل البطلان بالتفاسخ، كأنه الاجماع، وما تقدم في البيع، فتأمل.
وأما عدم البطلان بالبيع وبالموت وغيرهما، فأدلة اللزوم، وعدم المنافاة بين البيع والموت وبقاء المزارعة، وهو ظاهر، والاستصحاب، وما تقدم في الإجارة، فتذكر، وتأمل.

قوله: وشرطها شياع النماء الخ. لعل دليله الاجماع، وأن المفهوم من الأخبار التي تدل عليها من فعله صلى الله عليه وآله وفعلهم عليهم السلام، كان على سبيل الاشتراك في الحصة، وأنه المفهوم من تعريفها.
ويدل عليه أيضا حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس. (٢)
ومعلوم أن عدم تعيين المدة موجب للغرر والجهل.
وأنه لو لم يمكن زراعة الأرض، لا تصح، فإن كون إمكان الانتفاع شرطا ظاهرا.

(١) تقدم ذكرها.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٣ وتماهه: لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس.

فلو شرط أحدهما النماء لنفسه - أو نوعا من الزرع، أو قدرا من الحاصل، والباقي بينهما - بطل.
ولو شرط أحدهما شيئا من غير الحاصل جاز، ولا يجوز إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير، مما يخرج منها.

قوله: فلو شرط أحدهما الخ. تفريعه على ما تقدم ظاهر، فإنه إذا كان الاشتراك في النماء شرطا. لم يصح تخصيص أحدهما به، سواء كان صاحب الأرض أو العامل.

وكذا لو شرط النوع الخاص من النماء، مثل ما حصل أولا فهو له، ويسمى ذلك الهرف (١)، وما يحصل آخرا فهو للآخر، ويسمى الأقل.
وكذا لو شرط قدرا معيناً لأحدهما، والباقي بينهما، والكل ظاهر.
قوله: ولو شرط أحدهما شيئا الخ. دليل جواز شرط شيء آخر معين من غير الحاصل ولزومه، هو عموم أدلة الاشتراط.

قوله: ولا يجوز إجارة الأرض للزراعة الخ. كان المناسب ذكر هذه المسألة في بحث الإجارة، وإنما ذكرت هنا لأن أكثر أدلتها مذكورة في باب المزارعة، وهي أخبار دالة على عدم جواز إجارة الأرض بجنس ما يزرع فيها.
مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا تستأجر الأرض بالحنطة، ثم تزرعها حنطة. (٢)

وكأن المصنف والأكثر حملوها على الحنطة التي تحصل منها، إذ لا مانع من الإجارة على القدر المعين من الحنطة وإن كانت زرعت فيها الحنطة - عقلا ونقلا، بل لا ينبغي الخلاف في ذلك، وعموم أدلة الإجارة مؤيدة.

(١) اهرفت النخلة عجلت اتاءها أي ثمرها.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٣.

نعم لا يبعد المنع إذا شرط كونها من ذلك الزرع، لاحتمال أن لا يحصل
 شيء أصلاً، وإن كانت الأرض واسعة. (١)
 ولرواية الفضيل بن يسار، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن إجارة
 الأرض بالطعام؟ قال: إن كان من طعامها فلا خير فيه. (٢)
 وكذا ما رواه الوشا (كأنه الحسن بن علي، في الصحيح) قال: سألت
 الرضا عليه السلام، عن الرجل اشترى من رجل (الرجل - خ) أرضاً جربانا معلومة
 بمائة كر على أن يعطيه من الأرض؟ فقال: حرام، قال: فقلت له: فما تقول جعلني
 الله فداك أن أشترى منه الأرض بكييل معلوم وحنطة من غيرها؟ قال: لا بأس. (٣)
 ورواية (ابن - خ) أبي بردة (في حديث)، قال: سألت أبا عبد الله
 عليه السلام (في حديث)، عن إجارة الأرض بالطعام؟ فقال: إن كان من طعامها
 فلا خير فيه. (٤)
 وصحيحة الحلبي (في الفقيه) عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال:
 لا تستأجر الأرض بالحنطة، ثم تزرعها حنطة. (٥) (٦)
 فلا قوة في قول ابن البراج النادر بالمنع مطلقاً، لصحيحة الحلبي المتقدمة، (٧)

- (١) إشارة إلى دفع ما قاله في الخلاف بأن الأرض إذا كانت واسعة يندر عدم الحصول فلا يضر، وليس
 بجيد، ويؤيده ما شرطوا في السلم من عدم جواز اشتراط كونه من قرية معينة (منه ر) هكذا في بعض
 النسخ المخطوطة).
- (٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٥.
- (٣) راجع التهذيب باب المزارعة الحديث ١١.
- (٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٩.
- (٥) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٣ بالطريق الثاني.
- (٦) في بعض النسخ المخطوطة عقيب قوله: حنطة هكذا ويحتمل أن يكون ساقطاً ولكن هذا رأيت في
 الفقيه الذي عندي.
- (٧) لاطلاقها.

كما قال في شرح الشرايع، لامكان حملها على المزارعة. ويؤيده (١) حسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يقبل الأرض بحنطة مسماة ولكن بالنصف الخ. (٢) وما في صحيحة أبي المعز عنه عليه السلام (في حديث)، أما إجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه، إلا أن تواجرها بالربع الخ (٣) وغيرهما، فتأمل.

والمناقشة في الصحيحة (٤)، لاشتراك ابن مسكان (٥)، وإن كان الظاهر أنه عبد الله الثقة، لنقل صفوان عنه، ونقله عن الحلبي. ولعموم الأدلة، وللدليل العقلي، واحتمال النهي للكراهة، مع المعارضة (وللجمع بين الأدلة - خ)، إذ ما نقلناه عن الفقيه ينافيها صريحا (٦)، ولروايتي الفضيل (وابن - خ) أبي بردة (٧) فإنهما ظاهرتان في الجواز فإن مفهوميهما، الشرطية التي هي حجة وجود الخير في الإجارة للزراعة بالطعام إن لم يكن من الطعام التي يزرع (زرع - خ) فيها، ولا خير في الحرام. وللجمع بين الأدلة لحمل المطلق مثل صحيحة الحلبي على المقيد، مثل

-
- (١) يعني يؤيد الحمل المذكور.
 - (٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ١.
 - (٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة الرواية ٧.
 - (٤) عطف على قوله: لامكان حملها والمراد من الصحيحة صحيحة الحلبي.
 - (٥) وسندها كما في الكافي هكذا: أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن ابن مسكان عن الحلبي (باب ما يجوز أن تواجر به الأرض).
 - (٦) يستفاد من هذا إن النسخة التي عند الشارح من الفقيه ليست فيه لفظ (لا) كما في بعض نسخ الكتاب أيضا.
 - (٧) راجع الوسائل الباب ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٥ و ٩.

ولو مضت المدة المشروطة والزرع باق فللمالك إزالته، سواء كان بتفريط من الزارع، أو بسببه تعالى كتغير الأهوية، وتأخر المياه، ويجوز التبقية مدة معلومة بالعووض.

رواية الفضيل، وغيرها.
فصح الاستدلال على نفي مذهب ابن البراج وأثبت الجواز مع عدم اشتراط كون الحنطة من زرع الأرض المستأجرة وعدمه معه.
فتنظر شرح الشرايع في ذلك الاستدلال - بقوله: وفيه نظر، لأن النهي مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله عليه إلى قوله: وبملاحظة ذلك يتخرج فساد كبير (كثير - خ) فيما قرروه في مثل هذا الباب إلى قوله: وقول ابن البراج رحمه الله بالمنع لا يخلو من قوة نظرا إلى الرواية الصحيحة، إلا أن المشهور خلافه - محل النظر.
فانظر، فإن التنظر ليس بواضح.

نعم لو قال: إن رواية المنع صحيحة، ورواية الفضيل (وابن - خ) أبي بردة غير صحيحة لكان واضحا، ولكن قد عرفت غيرهما أيضا، فتأمل. وأنه لا عموم للصحيحة، والقول: بأن قائل بالفرق، غير واضح.
وكذا قوله: إن المباح والمكروه أيضا ليسا بخير الخ لأنهما حسن وليسا بشر، فكيف لا يكونان خيرا.

قوله: ولو مضت المدة المشروطة الخ. يعني إذا شرط للمزارعة في الأرض، أو الإجارة أيضا مدة معلومة، ومضت المدة والزرع باق ولم يدرك بعد، يجوز لمالك الأرض إزالته، سواء كان عدم الادراك بسبب تأخير الزارع عن وقت الزرع، أم بسبب من الله تعالى بتغير الأهوية.
وكذا لو أخر بعد الادراك، ولا يجب عليه تبقيته.
وجهه ظاهر، وهو انقضاء المدة المشترطة، وعدم بقاء حق ابقاء في تلك

الأرض له، والناس مسلطون على أموالهم. (١)
إلا أنه ينبغي أولاً تكليف المالك للمزارع (٢)، فإن لم يفعل فاعلام
الحاكم، فإن لم يمكن (يكن - خ ل) فله أن يفعل بنفسه.
وظاهره أن لا أرش عليه حينئذ مع احتمال، خصوصاً إذا كان التأخير
بسبب من الله تعالى، كتغير الأهوية فيكون للمالك الإبقاء بغير عوض وبعوض،
مع رضا العامل، والقلع مع الأرش، وهو التفاوت ما بين كون الزرع مقلوعاً وباقياً
بالأجرة، لما تقدم، فالمقلوع مشترك بالحصص بينهما في المزارعة، ولا شيء على مالك
الأرض.

ولا يبعد إيجاب أجرة مثل مدة التأخير على مالك الأرض، لو كان التأخير
بسببه، وله المسمى في صورة الإجارة.
فالقول بعدم جواز الإزالة والقلع - لأن الزرع قد استحق الكون فيها بالعقد
فيثبت حقه ما دام لم يدرك، لأن مدة الزرع غير مضبوطة محققاً، لأنه قد يتخلف
بالتقدم، والتأخر، كما لو استأجر للزرع فانقضت، قبل ادراكه - .
ضعيف لما تقدم، ولأن دليلاً مثل المدعى، في عدم الثبوت، وما قلناه في
المزارعة بعينه جار في الإجارة، ولهذا عممنا، وكذا القول بالجواز مع الأرش، لما مر.
نعم لا يبعد المنع، إذا كان الزمان قليلاً جداً، لا اعتبار له عرفاً في الإجازات
والمزارعات، فلا ينبغي الإزالة حينئذ، بل لا ينبغي الإزالة مطلقاً، من باب
الاحسان.
ولا شك أن لهما التبقية إلى مدة معينة بأجرة وغيره، فإن أدرك، وإلا

(١) عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.
(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: (تكليف المزارع) بدل قوله رحمه الله (تكليف المالك للمزارع).

ولو شرطا في العقد تأخيرها أن بقي بعدها، بطل.
ولو أهمل الزراعة حتى خرجت المدة، لزمه أجره المثل.
ولو زارع على مالا ماء له بطل، إلا مع علمه.

فإلى مدة أخرى، وهكذا، وإلى مدة غير معينة أيضا بغير عوض بعوض، مثل أن يقول: لكل يوم بقي كذا، ونحو ذلك، لأن الحق لهما، ولا يعدوهما، فلهما أن يفعل ما أرادا مما لا تحريم فيه.

قوله: ولو شرطا في العقد الخ. يعني إذا عقد الإجارة أو المزارعة إلى مدة معينة وشرطا في متن العقد تأخير الزرع إلى أن يدرك أو إلى مدة أخرى، إن بقي الزرع بعد المدة المشتركة غير مدرك بطل العقد، لأنه يعود إلى الجهالة في المدة، فتأمل.

قوله: ولو أهمل الزراعة حتى خرجت المدة الخ. (يعني خ) لو أهمل المزارع بعد عقد المزارعة الزراعة حتى خرجت المدة، لزمه أجره مثل الأرض التي زارع عليها، فإنه فوت على المالك منفعتها فيضمنها، فلزمه الأجره، وهو ظاهر. كما أن في الإجارة إذا أهمل المستأجر، يلزمه الأجره المسماة.

قوله: ولو زارع على ما لا ماء له الخ. يعني لو زارع شخص على أرض لا ماء لها بطل هذا العقد، مع الجهل، لاشتراط إمكان الانتفاع لما زارع له، ومع عدمه لا إمكان.

هذا ظاهر، إلا أنه يلزم البطلان مع العلم أيضا، لعدم الشرط الذي هو إمكان الانتفاع، ولا فرق في ذلك بين العلم والجهل، والقول بالاشتراط مع عدم العلم وبعده معه بعيد.

وقال في القواعد: ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها، تخير العامل مع الجهل (الجهالة - القواعد) لامع العلم، لكن في الأجره يثبت المسمى.

وهو ظاهر في صحة (لزوم - خ) العقد مع العلم وعدمه مع عدمه، وفيه تأمل فإنه لا يحتمل ذلك مع امكان (شرط - خ) الانتفاع.
مع أنه صرح بالشرط في الإجارة والمزارعة فيه، فهو بعيد، وكيف يصح عقد (العقد - خ ل) مع عدم امكان العوض، بل لم يظهر لصحته أثر في المزارعة، وغاية ما يمكن أن يقال إنه رجع أو أنه شرط للزوم (١) وأنه يمكن الانتفاع بغير المزارعة التي تحتاج إلى الماء، ولا يتعين ذلك بل يجوز له زرع ما يساوي لما شرط أو أقل ضررا أو أنه يجوز المزارعة مطلقا من غير تعيين كما سيحى فيجوز له أن يزرع حينئذ ما لا يحتاج إلى الماء لعدم الماء لا يستلزم عدم امكان الانتفاع مع القول باشتراط امكان الانتفاع كالانتفاع بغير الزرع إذ لا تندر (٢) في الإجارة له.
وما أورده في شرح القواعد، من أن امكان الانتفاع شرط فتأمل. (٣)
ففي صورة العلم لا خيار له، بل يلزمه، حيث أقدم، مع امكان الانتفاع في الجملة، بخلاف صورة الجهل، فيكون له الخيار.
ولكن لا يمكن هنا فإنه ظاهر في أنه تبطل مع الجهل، وتصح مع العلم، إلا أن يريد عدم اللزوم مع الجهل واللزوم مع العلم، فيصير مثل عبارة القواعد، والاشكال الوارد عليه يرد هنا أيضا.
ويمكن أن يكون المراد ما لا ماء له غالبا، لا أنه لا ماء له أصلا.
قال في التذكرة: إذا لم يكن للأرض ماء يمكن زرعها به إلا نادرا، ففي جواز المزارعة عليها اشكال.

-
- (١) يعني غاية ما يمكن أن يقال في توجه كلام العلامة قدس سره أمران إما أنه قدس سره رجع عن فتواه أو أن العلم شرط للزوم العقد الخ.
(٢) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة: إذا تعذر.
(٣) في النسخة المطبوعة بعد قوله: فتأمل ما لفظه كالانتفاع بغير الزرع إذا تعذر في الإجارة له الخ.

ولو أنقطع في الأثناء تخير العامل.

ويكون رجح في القواعد عدم الصحة مع الخيار في صورة الجهل فلا منافاة، فتأمل.

ثم اعلم أنه قال في شرح القواعد: الذي يقتضيه النظر، هو بطلان العقد من رأس إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف (لا مع العلم) يريد به عدم بطلان المزارعة والإجارة للزرع مع العلم بأن الأرض لا ماء لها، وهو صحيح على القول بجواز التخطي إلى غير المنفعة المشروطة مما يكون متساويا أو أقل ضررا، وحينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة، لعدم إمكان الانتفاع الذي حصول الحصة المشترطة متوقف عليه، أما في الإجارة فيجب المسمى لصحة الإجارة، وعلى البطلان فلا يجب شيء (١)، فالبطلان رأسا محل التأمل، لعدم ظهور الاشتراط المذكور، خصوصا مع العلم وتجويز الانتفاع بوجه آخر، أو (و- خ) حملة على ما ذكره في التذكرة. (٢)

وأیضا یحتمل أن یرید المصنف بقوله: (لا مع العلم) عدم الخيار، بل البطلان. (٣)

وأیضا یبعد عدم لزوم شيء في المزارعة، مع أخذ الانتفاع، فإنه ما سلم المالك الأرض بلا عوض، فيمكن الحصة فيما زرع من المساوي أو الأقل أو أجرة المثل كالمسمى في الإجارة إلا أن یرید على تقدير عدم التخطي فحينئذ عدم شيء للمالك ظاهر، ولكن لزوم أجرة المثل في الإجارة غير ظاهر، فتأمل. قوله: ولو أنقطع في الأثناء تخير العامل. مجيء البطلان على القول به في الأول، فإن وجود الماء على تقدير كونه شرطا شرط ما دام الزرع احتاج إليه، بل

(١) إلى هنا كلام شارح القواعد.

(٢) يعني حملة على ما إذا لم يمكن زرعها بدون الماء إلا نادرا.

(٣) هذا مفاد ما ذكره في شرح القواعد فراجع.

فإن فسخ فعليه أجره ما سلف (بتلف - خ).
وله زرع ما شاء مع الاطلاق.

يمكن أن يكون هنا أول لعدم انتفاع آخر، هنا، فتأمل.
قوله: فإن فسخ فعليه أجره ما سلف. وجهه أنه فسخ العقد باختياره
فبطل العقد بفعله، وما حصلت الصحة، والأرض لا بد لها من الأجره فيعطي أجره
زمان كانت الأرض تحت تصرفه، والمالك كان ممنوعاً عنها.
وفي الأجره تأمل، إذا الفسخ بسبب انقطاع ما هو شرط للحصه، ولا أجره
لها سواها.

هذا إذا فسخ، وأما إذا لم يفسخ، فإن حصل شيء، وإلا لا شيء لأحدهما
على الآخر، وهو ظاهر.

والظاهر عدم الفرق بين المزارعة والإجارة هنا، فتأمل.
قوله: وله زرع ما شاء مع الاطلاق. المراد بالاطلاق هنا ترك التعيين،
سواء كان بما يدل على العموم وضعاً من الألفاظ الموضوعه له، أو ما يدل على الفرد
المنتشر وضعاً، وعلى التقديرين ظاهر جواز زرع ما شاء سواء كان آخر اضرام لا،
أما على الأول (١) فهو ظاهر، وأما على الثاني فلأن تجويز فرد منتشر تجويز لكل واحد
بدلاً عن الآخر، ولهذا الأمر بالكلية أمر بواحد أي واحد كان من أفراد الماهية بمعنى
تحقق براءة ذمة الاتيان بالمأمور به بأي فرد فعل، وإلا فيلزم الاجمال، والتكليف
بالمحال، ولهذا لو أراد فرداً معيناً يكون مجملاً يحتاج إلى البيان، ولا يجوز التكليف به
إلا مع البيان، وهو ظاهر.

بل المتبادر عرفاً من الاطلاق في مثل هذه الأمور، هو العموم، وهو ظاهر.
نعم يمكن المناقشة في عدم صحة مثل هذا العقد لاشتماله على الغرر كما

(١) يعني إذا كان بما يدل على العموم.

ولو عين فزرع الأضر (الآخر - خ ل) تخيير المالك في الفسخ،
فيأخذ أجره المثل، أو الامضاء، فيأخذ المسمى مع الأرش.

منع بعثك هذا بما تريد، أو بأي شيء تعطي، ونحو ذلك.
وقد يفرق بالنص والاجماع، وبأنه لا شك في جواز زراعة ما هو الأضر
للمالك، فله أن يعطيه لغيره أن يفعل ذلك له بأجرة وغيرها.
قوله: ولو عين فزرع الآخر الخ. لا شك في عدم جواز التعدي عما عين
إلى الأضر (الآخر - خ)، سواء كان في إجارة الأرض أم مزارعتها، ولا إلى المساوي
والأقل في المزارعة، إلا مع قبول الحصص المشتركة بالمثل تخميناً، ولا يكفي تخيل أنه
إذا كان أقل ضرراً أو مساوياً لما عين، يعلم الرضا به، إذ ليس الغرض منحصراً في
عدم ضرر الأرض، بل الحصص هي الغرض (الأصلي - خ)، ومعلوم أنها تتفاوت.
نعم يمكن ذلك في الإجارة، مع احتمال المنع في المساوي.
والمراد بالتعيين أعم من الشخصي والصنفي والنوعي والجنسي.
وفي أنه (١) يلزمه أجره المثل على تقدير التعدي، وينفسخ العقد، إلا أن يكون
مدة الانتفاع باقية، لأنه ضيع منفعة الغير بغير إذنه، فيلزمه عوضها، وهو أجره المثل
كما في غيرها (غيرهما - خ ل).
وقال المصنف: تخيير المالك، أي مالك الأرض في فسخ العقد - فيأخذ أجره
المثل - وعدمه، فيأخذ المسمى والأرش أيضاً إن نقص الأرض.
وفيه تأمل يعلم مما تقدم، على أن المسمى في المزارعة غير واضح، فإن
الشرط هو نصف من الحنطة مثلاً كيف يأخذه من الشعير.
ويحتمل أن يكون المراد الإجارة أو عوض الحصص أي مثلها، فتأمل.
ثم إن وجه التخيير أيضاً غير واضح، إذ الإجارة والمزارعة عقد لازم، وتعدى

(١) عطف على قوله قدس سره في عدم جواز الخ.

ولو شرط الزرع والغرس افتقر إلى تعيين كل منهما، وكذا
الزرعين متفاوتي الضرر.
وللعامل المشاركة، وأن يعامل من غير إذن.

العامل لا يقتضي جواز الفسخ، بل ينبغي أن يكون له إما أجرة المثل أو المسمى،
والمنع عن الأضر إن أمكن، وإلا فالمسمى مع الأرش في الإجارة، وفي المزارعة يمكن
عوض الحصة، المسمى مع الأرش، أو أجرة المثل، ويحتمل أكثر الأمرين منهما، وهو
الأولى، ولعامل المنفعة التي حصلت، فتأمل.

قوله: ولو شرط الزرع والغرس الخ. وجه لزوم الشرط عموم الأدلة،
ووجه احتياج تعيين الزرع والغرس هو اشتراط العلم وعدم الجهل والغرر، فلا بد من
تعيينهما، واشتراطهما في الإجارة ظاهر، وهو أن يؤاجر أرضاً للزراعة والغرس.
وأما في المزارعة فاشتراط الغرس بأن يكون شرط في (مع - خ) المزارعة
غرس أشجار له (الأشجار - خ)، قاله المحقق الثاني.
وكذا لا بد من تعيين كل واحد من الزرعين المتفاوتين في الضرر في الإجارة
والمزارعة، كالحنطة والشعير، بل غير المتفاوتين في الضرر أيضاً، خصوصاً في المزارعة
لما تقدم، من أن الحصة هي الغرض الأصلي.

ويحتمل الصحة مع الاطلاق، ويحكم على النصف، فحاصله تجويز انتفاع
شخص بأرض آخر بنوعين، فيحمل على الشركة والمناصفة، كما يحكم في مثلها،
لعدم الترجيح، وجواز المسامحة في المزارعة، حيث جوزت بالحصة الغير المعلومة في
الجملة، لاحتمال عدم حصول شيء أصلاً، وعلى تقدير الحصول، الحاصل غير
معلوم، والاحتياط واضح.

قوله: وللعامل المشاركة الخ. يعني لعامل المزارعة أن يعمل بنفسه وأن
يشارك غيره في العمل بالأجرة وغيرها، وأن يعامل الغير أي له أن يزارع غيره من
غير إذن مالك الأرض، إذا لم يكن شرط العمل بنفسه، لما تقدم في الإجارة، ولكن

ولو شرط التخصيص لم يجز التعدي.
والقول قول منكر زيادة المدة. وقول صاحب البذر في الحصة.

لا يسلم الأرض إليه إلا بإذن المالك، فيضمن عند من يقول به في الإجارة،
ولا يزارع بأقل مما أخذه من غير عمل عند من منع الأكثر في الإجارة وهو ظاهر.
واشترط البعض في هذا كون البذر من العامل، وبه يفرق بين المزارعة
والمساقاة حيث لا تجوز المساقاة من المساقى، ويجوز المزارعة من العامل، وعموم الأدلة
- وتسلط الناس على أموالهم، وتملك المنفعة والحصة مع العمل، وعدم ظهور مانع -
يفيد الجواز، ولو كان في المساقاة ما يمنع من اجماع ونحوه فهو، وإلا فينبغي القول به
فيها أيضا

ثم إنه قال (١): في شرح الشرايع: المراد بالمشاركة بيع العامل بعض حصته
المعلومة من الحصة التي له في الأرض، بعوض معين، وهو إنما يكون ببلوغ الزرع
أو أن البيع، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر.
وظاهر العبارات أعم من ذلك بل غير ذلك، فإننا نفهم أن المراد أن يشارك
غيره، بأن يعمل معه العمل المشترط بعوض وغيره وكون العوض جزء من حصته،
فكأنه يرجع إلى المزارعة في البعض أو إجارة شخص لعمل بعوض أو استعماله بغير
عوض، فتأمل.

قوله: ولو شرط التخصيص الخ. لا شك في أنه لا يجوز التعدي عما عين
المالك إلا إلى الأقل ضررا أو مساويا، وقد تقدم مع التأمل، ولا يبعد أن يكون المراد
عدم المشاركة، وعدم المزارعة، مع تخصيص العامل بذل، وهو الظاهر.
قوله: والقول قول منكر زيادة المدة. لا شك في كون القول قول المنكر
مع يمينه، ولكن ينبغي أن لا يكون مما يكذبه العرف.
قوله: وقول صاحب البذر الخ. يعني إذا تنازع مالك الأرض والعامل

(١) هكذا في بعض النسخ المخطوطة وفي سائر النسخ قيل بدل قال.

وقول المالك في عدم العارية، فيثبت الأجرة مع يمين الزارع على انتفاء الحصّة، والوجه الأقل، وللزارع التبقية.

في الحصّة، فالقول قول صاحب البذر مع يمينه، لأن الحصّة نماء ملكه، والأصل بقاءه على ملكه، حتى يتحقق الانتقال شرعا، فكان الحاصل في يد صاحب البذر، وثبت كونه له، والمنازع خارج يدعيه، فعليه البيّنة، فالقول قول صاحب البذر مع اليمين إذا عدمت، كما في المدة.

قوله: وقول المالك في عدم العارية الخ. يعني إذا ادعى مالك الأرض المزروعة المزارعة بحصّة معينة، والعامل منع ذلك، وقال: هي عارية عندي، فأنكره المالك، فالقول قول المالك (مع اليمين - خ) في عدم العارية، فيحلف، وتسقط دعوى العامل، ويبقى دعوى المالك، فالقول قول العامل في عدم المزارعة والحصّة، لأن الأصل عدمها كالعارية، ولأنه منكر كالمالك للعارية، وقد أخذ الانتفاع من أرض الغير، والأصل فيه الأجرة، ولما لم يتعين ثبت أجرة المثل لمالكها. ثم قال: الوجه الأقل، أي الوجه في هذه الدعوى ثبوت أقل الأمرين من الحصّة التي يدعيها المالك، وأجرة المثل التي لزمته بعد التحالف، لأن الزائد على الحصّة منفي على المالك باقراره، فللعامل تبقية زرعه في الأرض إلى أن يدرك، لأنه باتفاقهما زرع بحق، ثم اعطاء الأجرة.

ولو قلع المالك فليس له أجرة تلك المدة. ويمكن أن يقال: لا يجوز له أخذ شيء، لأنه ادعى الحصّة، وقد سقطت باليمين، فإن الحق وعوضه لا يمكن الأخذ في الدنيا بعد الحلف، كما هو مقرر عندهم، ولأنه لا يدعي عليه إلا الحصّة، وقد ثبت شرعا نفيها، ولا يدعي غيرها، بل قائل بعدمه، فكيف يكلف الشاعر العامل بشيء آخر، ويأخذه هو، فلا يحتاج إلى التحالف، بأن يحلف المالك بنفي العارية، إذ ليس للعامل عوض في تلك الدعوى، بل غرضه نفي الحصّة، وقد نفاها بيمينه.

ولو ادعى المالك الغصب طالب بالأجرة، والأرض، وطم الحفر، والإزالة.
والخراج على المالك إلا مع الشرط.

وبالجملة لا شك أن المدعي هنا هو المالك للحصة فقط، والعامل منكر، وإذا حلف سقطت، وليس للمالك دعوى أخرى، فإن كانت مسموعة عمل بمقتضاها، وليس للعامل غرض متعلق بدعوى العارية، بل غرضه نفي دعوى الحصة وقد حصل، فلا تحالف، فتأمل وسيجيئ مثله في دعوى الإجارة والعارية. واحتمل في القواعد فيهما ما قلناه هنا، وجعله أولى، فلا بأس به. قوله: ولو ادعى المالك الغصب الخ. يعني لو ادعى المالك غصبية الأرض في المسألة المفروضة مع معلومية كونها له، فله مطالبة العامل بأجرة المثل للأرض وأرش الأرض وطم الحفر وإزالة ما أوجده فيها من الأمور التي تمنع من الانتفاع، وللمالك أيضا قلع زرع العامل، لأنه غاصب، ولا يسقط ذلك كله بدعوى العارية. نعم له احلاف المالك، فإذا حلف المالك سقطت تلك الدعوى، بل ثبت حكم الغصبية.

قوله: والخراج من المالك إلا مع الشرط. معلوم أن الخراج على صاحب الأرض، لأنه أجرتها، ويدل عليه الرواية (١) أيضا، بل في الرواية أنه إن زاد (٢) الخراج - بعد الأجرة والتقبيل - ظلما، على أن يكون الخراج على العامل له حذف الأرض بأنه المنفور (النفور - خ) (٣)، لأنه ظلم على صاحبه.

(١) راجع الوسائل الباب ١٠ و ١٦ من أبواب المزارعة.

(٢) في بعض النسخ الخطية: إن أراد بدل (زاد).

(٣) هكذا في النسخ.

وللمالك أجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة.
ويجوز الخرص، ويستقر بالسلامة.

نعم إذا شرط كونه من البين لا شك في صحته، لعموم أدلة الاشتراط، (١)
وهو ظاهر.

قوله: وللمالك أجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة. يعني إذا بطل
المزارعة يثبت أجرة المثل لمالك الأرض في جميع صور البطلان، مع تصرف العامل
فيها بأخذ الانتفاع، مع كون البذر له، فيكون الحاصل له، وللمالك أجرة الأرض.
وجهه ظاهر، لأنه أخذ الانتفاع من مال شخص من غير تبرع وتعيين أجرة
شرعا، فيلزم العوض، وهو أجرة المثل، وله الحاصل لأنه نماء ملكه وهو البذر.
وأما إذا كان البذر من المالك يكون للمالك أجرة مثله، مع عدم علمه
البطلان، إذ لا تبرع حينئذ ويكون الحاصل للمالك.
وإذا كان البذر منهما فالحاصل لهما بالنسبة، ولكل واحد على الآخر
الأجرة.

ويمكن استثناء ما كان البطلان باسقاط الحصة للمالك، كما تقدم في
الإجارة، فإنه حينئذ يكون أرض المزارعة كالعارية، فتأمل.

قوله: ويجوز الخرص ويستقر بالسلامة. يعني يجوز أن يخرص العامل
ويتقبل الزرع بمقدار معلوم، وكذا للمالك أن يتقبل بأن يقول كل من يتقبل: (على
أن أعطيك مقدار كذا وكذا) ونحو ذلك، ورضي الآخر به.
والظاهر أنه لا يحتاج إلى القبول اللفظي المقارن، وسائر شرائط العقود
اللازمة، بل يكفي ما يدل على الرضا من الطرفين، وحينئذ يلزم ذلك.
ولكن استقرار اللزوم مشروط بالسلامة، بأن لا يحصل آفة من الله تعالى،

(١) عوالي اللئالي ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

وإذا حصل يسقط بالنسبة، وليس لأحدهما الرجوع على الآخر والظاهر أن لا اعتبار بالنقص بتقصير العامل، وأن الفاضل له مهما كان، وأنه يكفي تخمينهما أو أحدهما مع قبول الآخر، من غير اشتراط العدالة، فإن الحق لا يعدوهما، وللانسان التصرف في ماله بما يريد ما لم يمنعه مانع شرعي، وليس هنا ذلك.

والأصل في ذلك بعض الأخبار المتقدمة، فتذكر، مثل صحيحتي الحلبي و يعقوب بن شعيب المتقدمين (١) وغيرهما. ولكن ليس فيهما أن استقرار اللزوم مشروط بالسلامة، بل التقبيل بعد ادراك الثمرة. ولكن دليله ظاهر.

وكذا دليل كون الزيادة له والنقص عليه، وهو العمل بالشرط، وأنه كالمعاملة، وأن المقصود ذلك، (وعموهما أيضا يدل عليه - خ). ويدل عليه أيضا موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يمضي ما خرص عليه بالنخل (في النخل - خ ل) قال: نعم، قلت: رأيت إن كان أفضل مما خرص (يخرص - ثل) عليه الخارص أيجزيه ذلك؟ قال: نعم. (٢)

وما رواه محمد بن عيسى (في الصحيح) عن بعض أصحابه، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام أن لنا أكرة فنزارعهم (فيجئون - خ) فيقولون لنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصته

(١) راجع الوسائل الباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة الرواية ٢ والباب ١٨ منها الرواية ٣.
(٢) الوسائل الباب ١٤ من أبواب الحكام المزارعة والمساقاة الرواية ٣.

(حصتكم - خ ل) على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنه يجيء بعد ذلك، فيقول لنا إن الحرز لم يجيء كما حرزت، وقد نقص، قال: فإذا يزداد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص. (١)

ولا يضر عدم الصحة بجهالة البعض (٢) لأنه مؤيد.

واعلم أن محل التقبيل هو ادراك الغلة، كما هو المفهوم من الأخبار، وقد فسر بانعقاد الحب، فتأمل.

وأیضا قيل يتوقف صحته على ايقاع عقد بشرائطه كما في سائر العقود بلفظ الصلح أو التقبيل على ما ذكره الأصحاب، وقد أشرنا إلى أن الأدلة تدل على عدم ذلك كما في غيره، فتأمل واحتط.

ووجه توفقه على السلامة من الآفات السماوية والأرضية أنه بمنزلة معاملة مشروطة بقبض العوض، ووصوله إلى يد صاحبه الجديد، فلو لم يسلم، لم يحصل ذلك، كالمبيع إذا تلف قبل القبض، وأما إن أتلفه متلف فهو ضامن، كما أنه إذا تلف بتقصير من المتقبل، فهو مضمون على نفسه، فالحكم غير خال عن وجه، مع شهرته، بل كاد أن يكون اجماعا، إذ المخالف غير ظاهر، مع التتبع، غير ما نقل عن ابن إدريس من منع هذه المعاملة، وهو غير جيد، للنصوص المتقدمة، وعموم أدلة العقود والشروط.

نعم قد يحصل التردد في بعض اللوازم، مثل توفقه على السلامة، مع كونه لازما، على أن ذلك غير بعيد لما قدمناه من عدم الخلاف من القائلين به، فتأمل.

(١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الرواية ٤.

(٢) يعني (بعض أصحابه).

ولو كان الغرس يبقى بعد المدة فعلى المالك الابقاء، أو الأرش لو أزاله.

قوله: ولو كان الغرس يبقى الخ يعني إذا استأجر أرضاً للغرس مدة معلومة مع العلم ببقاء الغرس بعد تلك المدة، فيجب على مالك الأرض ابقاء الغرس بأجرته ما دام باقياً أو الأرش، لو قلعه، فليس له القلع مجاناً، وكذا الكلام في الإجارة للزراعة، بل في المزارعة والمساقاة أيضاً. وكان ينبغي ذكرها في الإجارة، ولعل وجه الحكم أنه لما علم المالك بقاءه وأقدم فهو إذن بالبقاء، ولكن لما لم يكن صريحاً، ولم يكن متبرعاً يلزم (له - خ) الأجرة، فإن قلع يلزمه الأرش، حيث غر المستأجر. ولكن قد يقال إن المستأجر لما أقدم على الإجارة بتلك المدة خاصة، فكأنه أقدم على أن لا استحقاق له بعدها، وأنه يجوز للمالك القلع. ويؤيده أن الناس مسلطون على أموالهم (١) وأنه لا يخرج المنفعة من يد المالك إلا برضاه، وما حصل. ونقل الخلاف في الشرايع، ورجح الأول، والشارح رجع الثاني، وهو غير بعيد، إلا أنه نقل عن فخر العلماء، أنه قال: لقد أجمع الأصوليون على اعتبار مفهوم حديث ليس لعرق ظالم حق (٢) وإن اختلفوا في مفهوم الوصف مطلقاً. وكأن هذا الحديث ثابت عند الكل، وهو موجود في التهذيب بسند غير صحيح في باب المزارعة، فهو دليل على الأول. لعل منشأ اعتبار المفهوم هنا هو ما ثبت بالعقل والنقل أن لعرق محق وغير ظالم

(١) عوالي اللثالي ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

(٢) رواها في التهذيب في باب المزارعة الرواية ٥٥ راجع ج ٧ من الطبع الحديث ص ٢٠٦ ورواها في الوسائل في كتاب الغصب الباب ٣ الرواية ١ ح ١٧ ص ٣١١ وفي عوالي اللثالي ج ٢ الحديث ٦ ص ٢٥٧.

ولو كان من أحدهما الأرض ومن الآخر البذر والعمل والعوامل، أو من أحدهما الأرض والبذر ومن الآخر العلم، أو من أحدهما الأرض والعمل ومن الآخر البذر، صح بلفظ المزارعة.

حق، وذلك كاف، ولا يحتاج إلى هذا المفهوم، فإن ذلك ظاهر، ولا شك أن العامل غير ظالم فلعرقه حق، أما بأن يخلي بالأجرة أو بقلع الغرس، وهو جمع بين المصلحتين أيضا، فإن لكل منهما دخلا في الابقاء وتقصير (تقصيرا - خ) ما، فمنع الاجماع غير جيد.

وكذا منع كونه بحق بأنه بعد المدة ظلم، كما فعله في شرح الشرايع، لأنه ثبت بحق، وإن كان المنع الثاني أولى. ووجه الثاني لا يخلو عن قوة، لما تقدم، إلا أن الأول أحوط، وبالنصف أقرب، فتأمل.

قوله: ولو كان من أحدهما الأرض الخ. الظاهر أن لا خفاء في جواز الاحتمالات الممكنة في هذه مع الاشتراك في الأمور الأربعة (١) كلا أو بعضا، ودليله عموم أدلة المزارعة وأدلة الإيفاء بالعقود والشروط، مع عدم منع ظاهر، وأيضا أن لا خصوصية بالاثنتين، فيجوز بين الثلاثة وما زاد، لما تقدم، وليست المعاملة مطلقا ولا هذه موقوفة على النص الخاص شرعا، بل يكفي العموم، ولهذا ليس في شيء من المعاملة بخصوصه دليل شرعي، كيف ولو احتاج إلى ذلك لا شكل الأمر، فإنه معلوم عدم ورود نصوص (نص - خ) في كل صنف صنف من كل معاملة مع العلم بالمغايرة بمثل هذه أي كون المتعاملين أكثر من اثنتين، وهو ظاهر، ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط، بأن يكون موجبا وقابلا معا مع وجوب الاحتياط في الفروج، وكذا يجوزون في الطلاق كون المطلق زوجة بالوكالة (٢) مع

(١) المشار إليها في المتن.
(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: وكذا يجوزون في طلاق زوجته بالوكالة.

ولو أجره بالحصة بطل.

عدم دليل بخصوصه، ومنع البعض الوكالة في الطلاق مع الحضور منع البعض وكالة النساء خصوصا المطلقة، وغيرهما، مع عدم نص، بل ورد نص (١) بعدم جواز الاتحاد في النكاح، وليس لهم دليل إلا عموم العقود، وصدق النكاح، مع عدم ثبوت المنع.

وبالجملة أمثاله كثيرة جدا، ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه، وأنه لو شرط لبطل أكثر ما ذكره.

فقول شارح الشرايع بعدم الصحة - إذا زاد على الاثنيين محتجا بأن القابل والموجب اثنان فيتم بهما، ولا يتعدى إلى الغير، وأن دليل المزارعة خير حكاية خير، وليس فيه غير الاثنيين، وكذا غيره من الأخبار عندنا، لما تقدم - غير ظاهر، على أنه ما يظهر من حكاية خير وغيرها كونها اثنيين فقط بل هو أعم. بل الظاهر أن أهل خير كانوا كثيرين، فوقع بينه صلى الله عليه وآله وسلم وبينهم، وبالجملة ما ذكره نجده بعيدا جدا وهو أعرف. والظاهر أنه يمنع المزارعة فيما إذا أعطى أحد الأرض والآخر البذر والآخر العوامل، ويكون العامل آخر لا اشتراك الاثنيين فقط في البذر والعمل فقط مثلا، فتأمل.

فإن دليله لو تم لدل على نفيه أيضا، إذ الفرق مشكل. قوله: ولو أجره بالحصة بطل. يعني لو أجر الأرض إجارة لا مزارعة، وجعل الأجرة الحصة لم يصح هذه الإجارة، لوجوب العلم بالعوض في الإجارة، وليس، وهو ظاهر، ومفهوم من بعض الأخبار أيضا. ويحتمل أن يكون المراد لا يصح المزارعة بلفظ الإجارة أي إذا أراد عقد

(١) راجع الوسائل باب ١٠ حديث ٤ من أبواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢١٧.

(المطلب الثاني في المساقاة)
وفيه مقامان الأول في الأركان وهي أربعة، العقد، والمحل،
والمدة، والفائدة.

مزارعة لا يصح بلفظ الإجارة وهو بعيد.
قال في الشرايع ولو كان بلفظ الإجارة لم تصح، وقال في شرحه: لا اشكال
في عدم وقوع المزارعة بلفظ الإجارة لاختلاف أحكامهما، فإن الإجارة تقتضي أجره
معينة الخ.

وفيه تأمل لأنه لا مانع من وقوع المزارعة بلفظ الإجارة مع القصد والقرينة
فإن غايته كونه مجازا معها ولا فساد فيه.

وأیضا يدل على صحة المزارعة بلفظ الإجارة - ظاهرا مع الاتيان بشرائها
من ذكر الحصة وغيرها أيضا - مثل ما في صحيحة أبي المعز عن أبي عبد الله
عليه السلام، أما إجارة الأرض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه إلا أن تؤجرها
بالربع الخ (١) وما في حسنة الحلبي عنه عليه السلام، قال: لا تقبل الأرض بحنطة
مسماة، ولكن بالنصف الخبر (٢) وغيرهما.

(المطلب الثاني في المساقاة)

وفيه مقامان الأول في الأركان الخ. المساقاة معاملة على أصول
ثابتة بحصة من ثمرها، وهو ظاهر، ولهذا تركه، كأكثر التعاريف.
ومعلوم أن (المعاملة) بمنزلة الجنس، وأن (على أصول) الخ بمنزلة الفصل،
يخرج به المزارعة، و (ثابتة) لاخراج ما لا ثبوت لأصله وعرقه، كالخضراوات،

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الرواية ٧ و ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الرواية ٧ و ١ .

والودي (١) التي لم تغرس، والمغروس الذي لم يثبت، ولم يستقر بعد، و (بحصة من ثمرها) يخرج الإجارة.

ويمكن أن يكون المراد بالثمرة هو نماء الشجرة المغروسة الثابتة، فيدخل في المساقاة المعاملة على ما يقصد ورده وورقه، مع ثبوت أصله، كالحناء والتوت. ويحتمل إرادة المعهود، فلا يصح المساقاة إلا على أصول لها ثمرة متعارفة، ويؤيده عدم صدق التعريف ظاهراً، وعدم شمول دليلها لها يقيناً، وعدم ثبوت نقل المساقاة في غيرها، فتأمل.

وأما دليل جواز هذه المعاملة فهو الاجماع المدعى في التذكرة (٢)، والأخبار من العامة والخاصة.

مثل ما في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، إن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خبير بالنصف أرضها ونخلها (الحديث). (٣) وصحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها الرمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق هذا من الماء (من هذا الماء) واعمره، ولك نصف ما خرج؟ قال: لا بأس (٤) وصدق العقد والمعاملة والشرطية، مع (و- خ) عدم المنع، فيشمئها عموم الأدلة، فتأمل. وأما كون أركانها، الأربعة المذكورة - العقد المركب من الايجاب والقبول الصادرين من أهلها، والمحل الذي يقع المساقاة عليه، وهو الأصل، والمدة المشترطة،

(١) الودي - صغار النخل.

(٢) قال في التذكرة: هذه المعاملة جائزة عند علمائنا أجمع انتهى ج ٢ ص ٣٤١.

(٣) الوسائل الباب ٩ الرواية ١ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ج ١٣ ص ٢٠١.

(٤) الوسائل الباب ٩ الرواية ٢ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ولاحظ التعليقة المرتبطة بهذه الرواية ج ١٣ ص ٢٠٢.

وصيغة الايجاب ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت
(أسلمت - خ) إليك، وشبهه.

والفائدة التي هي الثمرة، والحصّة - فهي (فهو - خ) بحسب الاصطلاح، فإنه قد يجعل
الأركان غير تلك، وقد يجعل إياها، والمقصود معلوم، ولا نزاع فيه، فتأمل.
قوله: وصيغة الايجاب ساقيتك الخ. قاعدتهم التي ذكروها مكررا - إن
كل عقد لازم يحتاج إلى صيغة ايجاب وقبول لفظي، مع الاعراب، والعربية،
والمقارنة، والماضوية، وعدم الاكتفاء - بغيرها تقتضي ذلك في هذا العقد أيضا.
وقد أشار إليه في التذكرة وغيرها.
ولكن قد عرفت التأمل في تلك القاعدة، وعدم ثبوتها، لعدم دليل عليها.
نعم لا بد من صدور ما يدل على الرضا الذي هو أمر باطني، وشرط بالعقل
والنقل.

ولعل في ترك المصنف والمحقق القبول هنا إشارة إلى ذلك، وكذا في تجويز
التذكرة الايجاب بكل لفظ.
قال في التذكرة: وبالجملة كل لفظ يؤدي هذا المعنى، كقوله: تعهدت نخلي
بكذا، أو اعمل فيه بكذا، ولكن قال: لا بد من القبول.
والظاهر أن كلما يصدق عليه العقد والمساقاة، فهو صحيح، والظاهر أنه
صادق على الأمر وغيره العقد والمساقاة.
ويدل عليه ما في الأخبار الصحيحة، مثل ما في صحيحة يعقوب بن
شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام، (في حديث) فيقول: اسق من هذا الماء،
واعمره، ولك نصف ما خرج. (١) (٢).

(١) الوسائل الباب ٩ من كتاب المزارعة الرواية ٢.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: فمنع ع ل و ز بعيد.

وهي لازمة، لا تبطل بالموت، ولا بالبيع، بل بالتقاييل. وتصح قبل ظهور الثمرة وبعدها، إن ظهر للعمل زيادة.

فالجواز غير بعيد، كما تقدم في المزارعة، ويؤيده تجويز أقسام العقود اللازمة، مع عدم دليل بخصوصه سوى العام، فلا يتم أنه لا بد من النقل، وليس، فلا يصح.

وكذا أنه لا بد من الاقتصار على اليقين، فلا يقين إذ عموم الأدلة مفيدة لليقين الشرعي الذي لا بد منه فتأمل.

والاحتياط أمر واضح. والظاهر صحة المعاملة أيضا كما مر في البيع وغيره، وإن منع في التذكرة المعاطاة فيه وفي البيع.

قوله: وهي لازمة الخ دليله ما تقدم في أمثاله، من أوفوا، والمسلمون عند شروطهم، فلا يبطل بموت أحد المتعاقدين، إلا أن يشترط العمل بنفس العامل، فيبطل بموته، ولا بالبيع كما تقدم، خصوصا في الإجارة والمزارعة، بل يبطل بالتقاييل.

لعل دليل البطلان بالتقاييل هو الاجماع، وما تقدم، فتأمل. ومعلوم أن المراد بالبطلان، بعد الصحة، وباختيار المتعاقدين، فلا يضر ثبوت؟ البطلان بغير التقاييل أيضا، مثل ظهور البطلان لعدم حصول شرط، ولا البطلان، لتعذر الانتفاع، مثل انقطاع الماء ونحوه، كما تقدم في المزارعة فتأمل. قوله: وتصح قبل ظهور الثمرة الخ. لا شك في صحة المساقاة، قبل ظهور الثمرة، لعموم الأدلة، وظهور تأثير العمل، فيستحق الحصة بالعمل، وكذا بعده، إن بقي للعمل أثر يستحق به الأجر والحصة، بأن تزيد به الثمرة عينا، أو كيفية، بحيث يزيد ثمنه، لظهور الأدلة، وظهور الأثر، وأما إذا لم يؤثر العمل أصلا، بل يكون لمجرد الحفظ مثلا، فالظاهر أنه لا يصح المساقاة لعدم تحقق مفهومها، ولعله لا خلاف فيه

وأما المحل فهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها، مع بقاءه، كالنخل والشجر.

أيضا.

قال في التذكرة: لا تصح المساقاة على ثمرة قد وجدت، وبدا صلاحها، واستغنت عن السقي، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد، اجماعا، لأنها - والحال هذه - قد ملكها رب البستان، ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار، والغرض بها تحصيل الثمار، أو جودة اتباعها، فإذا لم يحصل الغرض خلا العقد عن الفائدة، فيكون باطلا، وأما إذا كانت الثمار قد ظهرت ولم يبد (ولم يبد - التذكرة) صلاحها، فإن بقي للعامل ما فيه مستزاد الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة جازت المساقاة تحصيلاً لتلك الفائدة. (١)

قوله: وأما المحل فهو كل أصل الخ. يعني الثاني من الأركان هو المحل الذي يرد عليه عقد المساقاة، وهو كل أصل، أي شجر، وهو الذي له ساق، فلا يصح على مثل النبات الذي لا ساق له، كالبطيخ والقثاء وقصب السكر وغيرها، وكذا البقول التي لا تجز إلا مرة واحدة. قال في التذكرة: لا تثبت المساقاة عليها اجماعا، وأما ما يثبت في الأرض ويجز مرة بعد أخرى فكذلك إذا لم يسم شجرا (٢) إلى قوله: وهو أصح قولي الشافعي (٣)، فكأن هذا أيضا اجماعي عندنا. ولا بد أن يكون ذلك الأصل والشجر ثابتا له ثمرة ينتفع بها، مع بقاء

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٤٣.

(٢) قال في التذكرة: ونعني بالشجر ماله ساق، وهو مخصوص بذلك المساقى، قال الله تعالى: والنجم والشجر يسجدان، قيل في التفسير، النجم ما لا ساق له من النبات، والشجر ما له ساق (نقل ذلك في بعض

النسخة الخطية بخطه ره) ج ٢ ص ٣٤٢.

(٣) انتهى التذكرة ج ٢ ص ٣٤٢.

الأصل، كالنخل والشجر، فلا تصح على غرس المقلوع والودي. ولعله دليله اجماع، وعدم صدق المساقاة، على ما عرفت من تعريفها. وكذا على ما لا ثمرة له أصلاً، مثل الخلاف، أو له ثمرة غير منتفع بها مثل الصنوبر.

قوله: وفي التوت والحناء نظر. وجه النظر أنه ليس لهما ثمرة عادة، إذ لا يقال لما يحصل منهما الثمر من الورث أنه الثمر (١) فلا يصدق التعريف. وأنه ما كان فيما ثبت فيه المساقاة في زمانهم مثل الخبير، وأنه ثمرة بالنسبة إليهما، وأن المقصود الحاصل من الثمرة يحصل منهما، فيلحقان بما له ثمرة. الظاهر أن الخلاف في التوت الذكر، قال في التذكرة: أما التوت الأنثى، فإنه يجوز المساقاة عليه عندنا لأنه مثمر، وأما التوت الذكر وما أشبهه مما يقصد ورقه كالحناء وشبهه، ففي جواز المساقاة عليه خلاف، والأقرب جوازها، لأن الورق في معنى الثمرة، لكونه مما يتكرر في كل عام، ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكم غيره، وكذا شجر الخلاف لأغصانها التي تقصد كل سنة أو سنتين، والأقرب الجواز في التوت بنوعيه وكلما يقصد ورقه، أو ورده كالورد والنيلوفر والياسمين والآس وأشباه ذلك وكذا في فحول النخل، لأن لها طلعا يصلح كشاً للتلقيح، فأشبهه الثمرة. (٢)

ولا يبعد قرب ما قربه، لعموم أوفوا، والمسلمون عند شروطهم، ولأن الناس مسلطون على أموالهم فلهم ما يفعلون فيها إلا ما منع منه. ولأنه تصرف في مال الغير بإذنه، بل أكل مال بتجارة عن تراض، فيصح،

(١) في النسخة المطبوعة لما يحصل منهما من الورق أنه الثمر.

(٢) التذكرة: ج ٢ ص ٣٤٤.

وإنما تصح إذا كانت الأشجار، مرثية.
ولو ساقاه على ودي (١) غير مغروس ففسد.

ولما تقدم، ولأنه قد يحتاج الانسان إليها في أمثاله، فمنعها لا يناسب الشريعة
السمحة.

ولأن الظاهر أن بساتين الخبير، وأرضه ما كانت خالية عما لا ثمرة
يعتد بها، مثل فحول النخل، وغير معلوم أخذ التعريف من دليل، بحيث لا يجوز غيره،
إذ قد يكون ذكره لكونه متفقا عليه، أو أكثرها، وغير معلوم، عدم كون مثله في
الخبير، بل الظاهر وجوده فيها، وعدم وقوع مثله في زمانهم - على تقدير التسليم - لا
يدل

على العدم، كما في كثير من الفواكه التي ما كانت فيه، مع جواز المساقاة فيه اجماعا.
قال في شرح الشرايع: وفي بعض الأخبار، ما يدل على دخوله، أي دخول
مثل الحناء في المساقاة.

ما رأيت شيئا خاصا، إلا ما يدل على عموم الفواكه في الجملة.
لعله يريد العمومات، كما أشرنا إليه، لكنه موجود في الكتاب (٢) أيضا،
فتأمل.

ولولا نقل الاجماع المذكور - في شرح الشرايع في عدمها في غير المغروس ونحوه -
لكان القول بالجواز فيه أيضا متجها، لما تقدم.

قوله: وإنما تصح، الخ. كأنه يلزم ذلك من تعريفها، حيث قيل فيه:
لا بد أن يكون شجرا له أصل ثابت، ولا يكون كذلك، إلا إذا كانت مرثية، ولأنه
مع عدم الرؤية مجهول، فتأمل.

قوله: ولو ساقاه على ودي، الخ. ينبغي جعل هذا تفرع ما سبق.

(١) الودي بالياء المشددة هو صغار النخل قبل أن يحمل (مجمع البحرين).

(٢) الظاهر أن المراد منه القرآن.

ولو كان مغروسا وقدر العمل بمدة لا يثمر فيها قطعاً أو ظناً أو تساوي الاحتمالان بطل.
وتصح إلى مدة يحمل فيها غالباً، وإن لم يحمل.

قوله: ولو كان مغروسا وقدر بمدة الخ. يعني لو كان الودي مغروسا وظاهراً، كان مشتملاً على صحة شرطه من جهة المحل. ولكن وقع الخلل في شرط المدة، فإن شرط مدة معينة، لا تثمر في تلك المدة - مثل هذا الودي علماً يقيناً أو ظناً مأخوذاً من العرف والعادة، أو يكون الاحتمالان متساويين في حصول الثمر إلى تلك المدة وعدمه - مبطل لعقد المساقاة، لجهالة المدة وعدم الجزم بحصول الثمرة.

ولا يبعد تقييد ذلك بعدم الحصول، فإنه لو حصل الثمر في الأخيرين يحتمل صحة العقد ويأخذ الحصة، للاحتمال عند العقد، ومطابقتها للواقع وأصل عدم اشتراط شيء آخر، وصدق التعريف، عموم الأدلة.

وعدم تقدير البطلان لا يبعد عدم أجره المثل أيضاً للعامل مع علمه، فإنه متبرع، كمن غارس على أن لا يكون له شيء، واستأجر كذلك، كما تقدم. وأما مع الجهل فلا يبعد له أجره المثل، خصوصاً مع علم صاحب الأرض، بناء على قاعدتهم، إن كل ما بطل العقد يحصل للعامل أجره المثل، لأن الحاصل لصاحب الأرض خاصة، لبطلان العقد، فلا بد للعامل من عوض لعمله، حيث ما كان متبرعاً فتأمل.

قوله: ويصح إلى مدة الخ. أي يصح عقد المساقاة إلى مدة يحمل في تلك المدة غالباً، وإن اتفق على خلاف العادة، فلم يحمل، ففائدة الحكم بالصحة عدم استحقاق أجره المثل للعامل.

وأما تكليفه باتمام العمل طول المدة - مع حصول العلم بعدم حصول الحصة، كما في انفاذ المال في القراض مع الجزم بعدم الربح والحصة -، ففيه

ولو كانت الثمرة لا تتوقع إلا في آخر المدة صح.
ويشترط في المدة تقديرها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، وإن
تحصل الثمرة فيها غالبا.

اشكال، كما نقل عن التذكرة، والظاهر العدم، فإن الظاهر أنه كالمعاوضة، فمع
عدم العوض لا ينبغي التكليف، فإنه مثل تلف المبيع قبل القبض، ولو سلم في
القراض ما ذكر لدليل، فلا يقاس، وإلا يجئ المنع فيه أيضا، مع امكان الفرق،
فتأمل.

قوله: ولو كانت الثمرة الخ. يعني لا يشترط في صحة (حصول - خ) العقد
حصول الثمرة في أثناء جميع هذه المدة المشترطة، بحث يكون في أولها ووسطها أيضا،
أو بحيث يبقى بعد حصول الثمرة مدة كثيرة من تلك المدة، بل يكفي حصولها في تلك
المدة، وإن كان في آخرها، فلو ساقاه عشر سنين ولم يحصل الثمرة إلا في السنة
الأخيرة صح العقد.

ودليله عموم الأدلة، ويكون العمل كله في مقابلة حصة السنة الأخيرة،
فلا يضر خلو الباقي عن عوض معين.

قوله: ويشترط في المدة الخ. كأنه إشارة إلى الركن الثالث وبيانه،
ويكون ما تقدم من تنمة بيان المحل، وإن كان للمدة أيضا دخل فيه، ويحتمل أن
يكون من قوله: (ولو كانت الخ) في بيان المدة، وكلاهما غير جيد، ولكن الأمر هين.
وأما اشتراط تقدير المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلرفع الجهالة،
كما تقدم في المزارعة والإجارة وغيرهما.

وقد نقل عن ابن الجنيد الاكتفاء في التقدير بحصول الثمرة، وأنه مع الخلو
عن المدة مطلقا باطل، قول واحد.

وذلك غير بعيد، للضبط عادة في الجملة، وللأصل، وعموم الأدلة، فتأمل.
ولا بد أيضا من كون تلك المدة مما يحصل فيها الثمرة المطلوبة (غالبا - خ)،

ويشترط شياع الفائدة.
فلو اختص بها أحدهما - أو شرط مقدارا معيناً، لا بالجزء المشاع،
والباقي للآخر أولهما، أو شرط ثمرة نخلات بعينها، والباقي للآخر - لم
يصح.
ويجوز اختلاف الحصة من الأنواع، إذا علم العامل مقدار
الأنواع.

ولو ظنا مأخوذاً من العادة، لأن الغرض حصولها، فلو لم يكن العقد مشتملاً على
الغرض فلا يحصل، وقد أشار إليه المصنف، فيما قبل، فتأمل.
قوله: ويشترط شياع الفائدة. إشارة إلى الركن الرابع، وهي الثمرة
الحاصلة من الأشجار التي هي محل العقد، ولا شك في اشتراط كونها شائعة، ليكون
مساواة، فإنه لو لم يكن كذلك لم يكن مساواة، بل إجارة، إن كانت معينة،
وجوزت الإجارة بلفظ المساواة، وكان العقد بلفظها وإلا فالمساواة (مساواة - خ)
باطلة.

قوله: فلو اختص بها أحدهما الخ. تفريعها على شيوع الفائدة ظاهر، أي
إذا كان شيوع الفائدة شرطاً، فلو اختص الفائدة بأحد المتعاقدين - العامل وصاحب
الغرس، أو شرط مقدارا معيناً من الثمرة لا جزءاً مشاعاً لأحدهما وشرط الباقي للآخر
أو شرط الباقي لهما أو شرط ثمرة نخلات بعينها من البستان الذي وقع المساواة عليه
لأحدهما وجعل الباقي للآخر - لم يصح العقد، وهو ظاهر مع ثبوت أصله، فتأمل.
قوله: ويجوز اختلاف الحصة الخ. يعني إذا كان في البستان الذي ساقا
عليه أنواع مختلفة من الثمرة، واشترط الثلث من أحدهما والنصف من الآخر مثلاً
صح المساواة، بشرط علم العامل بمقدار كل نوع من تلك الأنواع.
ومفهوم الكلام يدل على عدم الصحة، لو لم يعلم، وجهه الجهالة، وكذا

ويكره اشتراط رب الأرض مع الحصّة شيئاً من الذهب والفضة
(ذهب وفضة - خ) ويجب الوفاء مع السلامة.

مفهومه الصحة لو لم يكن الحصّة مختلفة، بل إذا ساقاه على ذلك البستان بالنصف
مثلاً صح مطلقاً، سواء علم مقدار الأنواع أم لا.
وهو مشكل، فإن الجهالة واقعة، فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا
أيضاً، وكونه مفهوماً من الكلام غير واضح، فلا يبعد عدم الصحة، بناءً على اعتبار
العلم وعدم الجهالة، فتأمل.

قوله: ويكره اشتراط رب الأرض الخ. يعني يكره أن يشترط مالك
الأرض على العامل أن يأخذ منه مقدارا معيناً من الذهب أو الفضة، بل يكره له
أيضاً قبول ذلك، ولكن يجب الوفاء بما شرط، مع سلامة، ما ساقاه عليه، من الآفات
مطلقاً، وإن كان ما حصل له أقل مما أخذ منه، من الذهب أو الفضة مع حصول
التعب.

وأما دليل الجواز واللزوم فهو أدلة الشرط ولزومه، مثل أوفوا، والمسلمون
عند شروطهم.

وأما كونه مشروطاً بالسلامة فلحصول الغرر (الضرر - خ) إذ يذهب تعب،
ويحصل عليه ضرر آخر باعطاء الزائد من الذهب، والفضة، فلا يبعد دخوله تحت
أكل مال بالباطل.

ويحتمل أن يكون السلامة في الجملة، والسلامة عادة، بحيث لا ينقص من
الثمر المعاد شيء (أمر - خ) يعتاد به عرفاً.

والظاهر عدم الفرق بين كونهما أكثر من الحصّة وعدمه.
والظاهر أيضاً عدم الفرق بينهما وبين غيرهما من الأموال.

ولعل دليل الكراهة الاجماع على ما يفهم من شرح الشرايع، مع ما يتخيل
من احتمال الضرر، وأنه إذا كان زائداً، أو مثل ثمن الحصّة التي تحصل له تخميناً،

ولو شرط فيما سقت السماء النصف، وفيما سقي بالناضح الثلث،
أو شرط مع الحصة جزء من الأصل، بطل.

لا يبعد تحريمه، وعدم صحة العقد، فإنه ضرر منفي، بل يمكن خروج العامل بذلك
من (عن - خ) الرشد، إلا أن يعرض له نفع يعتد به.
وكأنه إلى ذلك نظر العامة، حيث حكموا بالحرمة، ولكنه أيضا على اطلاقه
غير ظاهر، فينبغي التفصيل.

والظاهر أن حكم الأصحاب على الكراهة مبني على عدم الضرر
والسفاهة، فإنه معتبر في جميع المعاملات، وتركوه للظهور والكراهة - لاحتمال
النقص والحصة فيستغرقها ما شرط، وينقصها مع حصول التعب بعيد. (١)
نعم لو شرط العامل على المالك شيئا غير الصحة، فلا يبعد عدم الكراهة،
والكراهة أيضا للاحتمال المتقدم، وجبر النقص بتعمير الأرض والشجر وعدم
اشتراطه بالسلامة لذلك، فتأمل.

قال في التذكرة: يكره أن يشترط أحدهما لنفسه شيئا من ذهب أو فضة،
وإن شرط ذلك وجب الوفاء به مع السلامة.

قوله: ولو شرط فيما سقت السماء الخ. ظاهر العبارة أن المراد إذا كان في
البستان ما يسقى بالسماء، أي لا يحتاج إلى السقي بنحو (بمثل - خ) الناضح، بل يحتاج
إلى عمل يسهل معه دخول الماء تحت الأشجار وغيره من العمل، وفيه ما يسقى بمثل
الناضح، وهو البعير الذي يسقى عليه من البئر، وشرط المالك لنفسه نصف الثمرة
مما يسقى بالسماء والثلث مما يسقى بالناضح، يبطل هذا العقد.
وسبب البطلان غير واضح، إلا أن يحمل على الجهل بمقدار كل واحد منهما
بالكلية، فيصح مع العلم في الجملة.

(١) ولعل الصواب بعيدة بدل بعيد.

(المقام الثاني في الأحكام)
واطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل عمل يتكرر في كل
سنة، وتحتاج الثمرة إليه من السقي والتقليب وتنقية الأجاجين (١) والأنهار

وهذه غير المسألة المذكورة في القواعد والشرايع: إن سقى بالسماء فله
النصف، وإن سقى بالناضح فله الثلث، يبطل للجهالة، فلا يمكن أن يقال: وعبرة
القواعد أجد من هذه، لأن المسألة مغايرة.
نعم إن كان المراد بهذه العبارة مراد عبارة القواعد، لا شك في ذلك،
ولكن لا يفهم ذلك من هذه أصلا، بل المفهوم ما ذكرنا.
مع امكان المناقشة، وفي عدم صحة ما ذكر في القواعد، ولذلك قال في
الشرايع: وفيه تردد، فإنه يمكن الصحة، كما مر في الإجارة، إن خطه فارسيا فلك
كذا وروميا فلك كذا، مع احتمال البطلان هناك أيضا، أو خروجه بدليل
خاص أيضا، وقد مر مفصلا، فتأمل.
وكذا يبطل لو شرط للعامل جزء من الأصل مع الحصة.
ولعل دليل البطلان أنه خارج عن مفهوم المساقاة، فإن مفهومها يقتضي
الاقتصار في الأجرة على الحصة من دون الاشتراك في الأصل.
وفيه تأمل إذ ما نجد مانعا من الصحة، وكونه مساقاة أيضا إلا أن يقال:
قد وقع الاجماع على عدم انعقاد مثله مساقاة وبلفظ المساقاة، فتأمل.
(المقام الثاني في الأحكام)
قوله: واطلاق العقد يقتضي الخ. إشارة إلى ما يجب على العامل

(١) الإجانة موضع الماء تحت الشجرة والجمع أجاجين ومنه يجب على العامل تنقية الأجاجين والمراد
ما يحوط حول الأشجار (مجمع البحرين).

وإزالة الحشيش المضر وتهذيب الجريد والتلقيح والتعديل واللقاط
وإصلاح موضع التشميس (الشمس - خ ل) ونقل الثمرة إليه وحفظها.

من العمل مع الاطلاق.

وأما مع الشرط فلا شك في لزومه، مع عدم كونه حراما ومنافيا لمقتضى
العقد، وهو ظاهر.

وأما دليل اقتضاء الاطلاق ما ذكر، فهو العرف والعادة، فإن العادة
تقتضي أن جميع ما يحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها عرفا من الأعمال، على
العامل، وكأن ضابطه ما يتكرر كل سنة، مما فيه صلاح الثمرة وتحتاج إليه حصولا
وزيادة وجودة، منه السقي وتقليب الأرض وحرثها المحتاج إليه عرفا وتنقية
الأجاجين وتهذيبها مما يمنع مكث الماء ووصوله إلى أصل الشجرة، وهي جمع إجانة
بالكسر والتشديد، والمراد بها هنا الحفرة التي تحت أصل الشجرة، يقف فيها الماء،
وكذا تنقية الأنهار وإزالة الحشيش المضر وتهذيب الجرائد، أي قطع ما يحتاج إلى
قطعه، كالأجزاء اليابسة، من كرم العنب والأغصان اليابسة، بل المصرة من
الأشجار، سواء كانت يابسة أو رطبة، وسواء كانت مصرة للأصل أو للثمرة، مع
اقتضاء العرف، وتلقيح الأنثى من الذكر على الوجه المعتبر، وتعديل الثمرة أي
اصلاحها بإزالة ما يضرها عنها من الأغصان والأوراق، ليصل إليها الهواء والشمس،
وما يحتاج إليها، وليسهل أخذها عند الإدراك، بل وإزالة بعض الثمرة أيضا، إذا كان
لها دخل في نمو الباقي وجودته على الوجه المعتبر عرفا، ووضع الحشيش أيضا ونحوه
عليها لمنعها عن الشمس المصرة ورفعها عن الأرض مع المصرة، إذا كانت على
الأرض، وغير ذلك مما يعلم، ويقضى به (عليه - خ) العرف.
ومنه اللقاط أيضا، قيل بفتح اللام وكسرهما، لقاط الثمرة أخذها في أوانها

وما لا يتكرر في كل (لكل - خ ل) سنة، ويعد من الأصول،
فهو على المالك، كحفر الآبار والأنهار وبناء الحائط ونصب الدولاب
والدالية والكش. (١)

عن محلها، بحسب العادة، فما يؤخذ عنبا أو رطبا، ففي وقتهما، وكذا ما يؤخذ للزبيب
أو التمر أو القصب في زمنها، وما يؤخذ للدبس ويعمل، فلا يؤخذ إلا آخرا بعد
صلاحيته لذلك ويحتمل إرادة أخذ ما يسقط (سقط - خ) من الشجر على الأرض.
ومنه أيضا اصلاح موضع التشميس أي الموضع الذي يجعل الثمرة هناك
إلى الشمس (التشميس - خ) لتيسر بها، إن كانت العادة فيه ذلك، ونقل الثمرة
إلى ذلك الموضع، وحفظ الثمرة إلى محل القسمة عادة، سواء كانت على أصولها أو في
موضع التشميس أو غير ذلك والنقل إلى البيوت عادة، وغير ذلك، وكل ذلك يعلم
من العرف وعادة كل بلد وكل الثمرة (ثمرة - خ).
قوله: وما لا يتكرر في كل سنة الخ. أي جميع ما لا يتكرر في كل سنة
- ويعد ذلك مما يتعلق بالأصول، أي يصل نفعه إلى الأصول بالذات، وإن حصل
للثمرة أيضا نفع - فهو على مالك الأصل دون العالم، وهو بحسب العادة كحفر
الآبار والأنهار التي منهما تسقى الأصول وبهما تبقى، وبناء الحائط.
قيل: لا فرق بين الجميع والبعض، حتى وضع الشوك على رأس الحائط،
كذا ذكره في شرح الشرايع والتذكرة، فتأمل.
ولا شك في ذلك بعد اقتضاء العرف، ونصب الدولاب والدالية والكش
وهو ما يلحق من الفحل على الأثنى، ولا بعد في ذلك، لأن الذي على العامل هو
العمل، يعني التلقيح مثلا، لا ما يحتاج إليه كالكاغذ والخيوط للكاتب والخياط.
نعم لو اقتضت العادة خلاف ذلك يتبع، وغير ذلك.

(١) الكش ما يلحق به النخل (المنجد).

ولو شرط على العامل لزم.
ولو شرط العامل العمل كله على المالك، بطل، ولو شرط
البعض لزم.
ولو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز ولو شرط عمله،
لخاصته، (لخاصة - خ).

وبالجملة أكثر هذه الأحكام مأخوذ من العرف، ومبني هذا العقد على
المساهلة، فلا يضر الجهل في الجملة، والغرر كذلك، فتأمل.
قوله: ولو شرط على العامل لزم. لا شك في لزوم ما شرط على العامل مما
هو غير لازم عليه، بل على المالك فقط، لدليل المسلمون، وأوفوا، مع عدم المانع،
وكذا العكس، مع ابقاء عمل تستزاد به الثمرة، وقد نقل المنع من هذا عن الشيخ،
في شرح الشرايع، والوجه غير ظاهر.
قوله: ولو شرط العامل العمل الخ. دليل بطلان المساقاة - على تقدير
شرط العامل العمل كله على مالك الأرض - ظاهر، وهو أنه يصير مساقاة من غير
عوض من جانب العامل، فهو كالبيع بلا عوض، والإجارة كذلك.
ولا شك في الصحة أيضا لو شرط على المالك بعض العمل، على تقدير
التعيين، بحيث لا يلزم الجهل المضر المبطل، لأن المسلمين عند شروطهم وأوفوا،
مع عدم المانع المخصص.
قوله: ولو شرط أن يعمل غلام المالك الخ. أي لو شرط العامل أن
يعمل عبد المالك معه الذي عمله ملك له، في البستان الذي محل المساقاة، مع
العامل، صح العقد والشرط.
دليله ما تقدم، وغاية ما يلزم أن يكون الحصة في مقابلة بعض العمل، ولا
محدور فيه، مع التراضي، وإن كان عمل العامل قليلا.

ويصح لو شرط عليه أجره الأجراء، أو خروج أجرتهم منها (منهما - خ).
وكل موضع يفسد فيه المساقاة، فللعامل الأجرة، والثمرة للمالك.

وكذا لو شرط العامل على المالك كون عمل غلامه لخاصه، أي في ملك العامل خاصة، بأن يكون له أرض مثلا، بشرط أن يعمل الغلام في تلك الأرض، وقد منع في شرح الشرايع أولا، ثم تردد، ثم رجح مطلقا، وهو غير جيد. نعم يمكن أن يقال لا ينبغي ذلك، إذا كان عمل الغلام مساويا لعمل العامل أو أكثر، لأنه يلزم كون الحصة بلا عوض، لأن عمل العامل في مقابلة عمل الغلام له وفي ملكه خاصة، فيصير عقد المساقاة بلا عوض من جانب العامل فيلزم البطلان.

ويمكن أن يقال: قد يكون عمل الغلام كله في مقابلة بعض عمل العامل، وإن كان عمل الغلام أضعاف ذلك، ولا مانع منه مع التراضي، فتبقى الحصة في مقابل (مقابلة - خ) العمل، وإن كان قليلا جدا والحصة كثيرة كذلك، لعدم المانع، وعموم أدلة الصحة من وجوب الإيفاء بالعقود والشروط، فالصحة مطلقا - كما في المتن - أرجح.

قوله: ويصح لو شرط عليه الخ. يصح الشرط والعقد لو شرط العامل على المالك أجره الأجراء، مع تعيين الأجرة والعمل.
وكذا لو شرط خروجها من البين ثم يقسم الحاصل.
دليله يعلم مما تقدم، ومعلوم أيضا أن المراد مع بقاء بعض العمل الذي يستزاد به الثمرة للعامل، وإنما ذكره، إشارة إلى رد منه الشيخ، كما نقل في شرح الشرايع، وهو غير ظاهر، وكذا منعه من اشتراط شيء مما على العامل على المالك.
قوله: وكل موضع يبطل (يفسد - خ) فيه المساقاة الخ. تحريرها

ولو ساقاه الاثنان واختلفا في النصيب صح، إن علم حصة كل منهما وإلا فلا.

ودليلها، والاستثناء، (١) يعلم مما تقدم في المزارعة وغيرها فتذكر. إلا أنه يمكن حصول أقل الأمرين في بعض الصور، مثل أن عين أجرة معينة، أو عين ثمرة نخلات لأحدهما والباقي لهما، أو للآخر، وبالجملة في جميع الصور التي ذكر له عوض، وبطل، له أقل الأمرين، لأن الأقل إن كان (٢) أجرة المثل فظاهر، وإن كان ما عين فلا يعطى أكثر منه، لأنه صار كالمتبرع. وأيضا يمكن أن يقال: ينبغي أن يقيد صورة الاستثناء بالعلم، بعدم استحقاقه شيئا، وإلا فمجرد عدم اشتراط الحصة، بل شرط عدمها أيضا لا يستلزم التبرع المستلزم لعدم الأجرة وكذا العلم بالفساد في جميع صور البطلان، فتأمل. قوله: ولو ساقاه الاثنان الخ. يعني لو كان بستان لمالكين، وقال أحدهما بوكالة الآخر أيضا لعامل واحد: - ساقيناك هذا البستان، بأن يكون لك من حصتي النصف ومن حصة شريكي الثلث مثلا - صحت. بشرط علم العامل بمقدار حصة كل واحد في البستان، ولا يكفيه العلم بالبستان فقط، لئلا يلزم الجهل في الحصة المضر بالصحة. فلو جهل بطلت المساقاة، فيلزم أجرة المثل له، والثمرة لهما مع الجهل بالمسألة، ولا شيء له مع العلم، فتأمل، فإنه يصير حينئذ متبرعا بالعمل فلا أجرة له. وتصح مع اتحاد الحصة، بأن له في كل البستان النصف مثلا، ولا يحتاج حينئذ إلى معرفة مقدار ما لكل واحد من الأشجار التي فيه، لعدم الجهل بالحصة

(١) يمكن أن يكون إشارة إلى ما تقدم في المزارعة - عند شرح قول المصنف: وللمالك أجرة المثل - من قوله: ويمكن استثناء ما كان البطلان باسقاط الحصة للمالك الخ.
(٢) في النسختين المخطوطتين: إن كان له.

ولو ساقاه على بستان على أن يساقه على الآخر صح. ولو هرب العالم ولا باذل جاز له الفسخ والاستيجار عنه بإذن الحاكم، وإن تعذر فبغير إذنه مع الأشهاد، لا بدونه.

المانع، فيشملة عموم الأدلة.

ويمكن أن يقال: إن الناس قد يتفاوتون في المعاملة، ويحتمل أن يكون أحدهما ممن لا يرضى بمعاملته العامل، إن كانت حصته كثيرة، ويرضى مع القلة، فلا بد من المعرفة، ولكن الأصل ينفيه.

وكذا ترك العامل التفصيل مع علمه بالشركة، نعم ينبغي الإعلام بالشركة، فتأمل.

قوله: ولو ساقاه على بستان الخ. أي إذا قال: ساقيتك على هذا البستان على أن أساقيك على (١) بستان آخر صح العقد، ويجب عليه الوفاء بالشرط، بمعنى أنه يلزم ذلك للزوم العقد الأول، فلو لم يفعل يتسلط (٢) الآخر على الفسخ، مع احتمال حصول الإثم بترك الأمر بالوفاء بالعقد والشرط، وهذا الشرط مثل سائر الشروط، في البيع ونحوه.

فمنع الشيخ رحمه الله صحة هذا العقد - محتجا بأنه كالبيعين في بيع واحد، بأن يقول: بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعني عبدك، بمأة، وهو غير صحيح، فكذلك هذا، على ما نقله (نقل عنه - خ) في شرح الشرايع - غير واضح أصلا وفرعا، فإننا نجده شرطا غير مخالف للكتاب والسنة، وغير مناف لمقتضى العقد، فيصح كغيره، لعموم الأدلة.

قوله: ولو هرب العامل الخ. يعني إذا ساقاه ثم هرب العامل مع بقاء

(١) في بعض النسخ: على الآخر.

(٢) في النسختين: لم يتسلط الآخر ولعل الصحيح ما أثبتناه.

العمل، لم يفسخ بمجرد هربه، ولا يجوز له الفسخ أيضا بمجردده، للزومه، فيستصحب، حتى يثبت الفسخ، كما إذا امتنع مع حضوره عن العمل، بل له أن يطلبه ويكلفه العمل، فإن أبى أو تعذر، فإن بذل بدله العمل شخص آخر - ولو كان المالك بنفسه أو بمن يقوم مقامه - فهو كما فعله العامل، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، فيطلبه ويجبره، فإن تعذر يأخذ من ماله، ويستأجر للعمل، وإن لم يكن له مال فليستأجر بالدين عليه، وإن تعذر فيمكن أن يستأجر من بيت المال مع المصلحة، ثم يأخذ من حصته ذلك، ويحط في بيت المال، فإن تعذر الحاكم، ولو باعتبار عدم قدرته على أحد الأمور المذكورة لمانع - ولا يبعد كون المشقة مثل التعذر - فيستأجر المالك عنه بأجرة المثل، بالاشهاد، ثم يوفيه من الحصة، إن تعذر الاستيفاء من العامل.

ولا يبعد حينئذ أيضا بعد إذن الحاكم مع الامكان، وإن زادت (١) يرد عليه، وإن نقصت يؤخذ منه، وهو دين عليه يلزم به. وإن لم يكن الاشهاد يمكن ذلك أيضا، للضرر، ولزوم العقد، ولكن يقصد (بقصد - خ) الرجوع والاستيجار عنه، لا متبرعا. وظاهر المتن عدم ذلك إلا مع الاشهاد مطلقا، كما هو ظاهر البعض. ويمكن تقييده بالامكان، كما هو الظاهر، لما تقدم. وقيل بجواز الرجوع، بمحض القصد ونية الرجوع، وإن ترك الاشهاد، مع الامكان، وإنما الاشهاد للالزام والأخذ بالحكم، لا للثبوت في هذا الأمر، وإن منع ذلك يكون القول قوله مع اليمين على ذلك، فإن الاطلاع على قصده غير ممكن لكن

(١) يعني وإن زادت الحصة على أجرة المثل يرد المالك الزيادة على العامل وفي جانب النقصان يؤخذ من العامل.

التسلط على مال الناس، والاستيجار لهم محل التأمل. ثم اعلم أنه يمكن أن يقال: إن كان العقد يقتضي كون العمل من العامل لا غير، أو بحيث لا يوجد (يؤخذ - خ) الشرط من غيره، فينبغي جواز الفسخ للمالك، للزوم الحرج والضرر، لو لم يجوز ذلك، وإن وجد باذل متبرع وحاكم يعين بدله من يعمل.

وهو ظاهر، بل مع الاطلاق والاتيان بالعمل المشترط أيضا، خصوصا مع عدم الباذل، وتعذر الحاكم، بل مع الاحتياج إلى اعلامه. لأن ذلك تكليف منفي بالأصل، ولأن حقه ثابت في ذمة العامل، فله أن لا يقبل عن غيره، ولا يجب عليه تحصيله من غيره، وإن أمكنه. ولأن الحصة له بشرط العمل، وإذا أبا عنه أسقط هو حقه، كما قيل: إن لأحد طرفي البيع الامتناع من حق الآخر على تقدير امتناع الآخر، وكذا الإجارة. ولأن شرط العمل ليس بأقل من اشتراط شرط في العقود كلها، فإنهم صرحوا بأن فائدة الشرط فيها على تقدير عدم اتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر.

ولأنهم جوزوا للبايع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع، وإن جاء بعده بالثمن.

واعلم أيضا أن أصل هذا الحكم والبحوث التي ذكرناها يجري (يجيء - خ) في أكثر العقود، مع أنهم ما ذكروه، فتأمل. وإن الذي ذكرناه خصوصا: (ولأن شرط العمل الخ) (١) يجري حاصله في العقود التي يجوز فيها اشتراط شيء، ويلزم جواز الفسخ على تقدير الامتناع، مثل

(١) هذه الجملة بيان لقوله قدس سره: وإن الذي ذكرناه.

والقول قول العامل في عدم الخيانة، وعدم التفريط.
ولو ظهر الاستحقاق للأصل، فللعامل الأجرة على الأمر،
ويرجع المالك على كل منهما بنصيبه.

البيع، فافهم.

فلو امتنع أحدهما عن (من - خ) بذل العوض، ينبغي أن يكون للآخر
الفسخ، ولكن ثبوت المال للآخر بالدليل - مع عدم دليل صريح بجواز الفسخ، وإن
جاز في الشرط للدليل خاص، مثل اجماع ونحوه - منعهم عن ذلك احتياطاً.
فتأمل في كونه احتياطاً وحسناً، بعد تجويزهم ذلك للشرط، فإننا نفهم
كونه في مثل هذا العقد بالطريق الأولى.
ويؤيده قولهم بجواز الامتناع عن التسليم، حتى يتسلم العوض، مع وجود
الملكية والحق.

قوله: والقول قول العامل الخ. أي لو ادعى المالك على العامل خيانة أو
تفريطاً، فالقول قوله مع اليمين، لأنه منكر.

قوله: ولو ظهر استحقاق الأصل الخ. يعني لو كان الأصل الذي هو
محل عقد المساقاة مال الغير، وقد عومل بغير إذنه، فللعامل الأجرة المثل على الأمر، أي
الذي ساقاه. والظاهر أن المراد مع جهله بالحال، لأنه غره.
ويمكن هنا أقل الأمرين (١)، كما تقدم عن قريب، ويرجع المالك على
العامل، بنصيبه الذي أخذه، وكذا على الأمر، ويأخذ الأصل عمن كان بيده، لأن
له أخذ ماله ممن أخذ.

ولا يبعد بناء على قواعدهم - إن للمالك (٢) الرجوع على كل من وضع يده

(١) يعني أقل الأمرين من الأجرة والحصة.

(٢) بيان لقوله قدس سره: لقواعدهم.

وليس للعامل أن يساقي غيره.
والخراج على المالك، إلا من الشرط

على الغصب وتصرف فيه - الرجوع على كل واحد منهما بالجميع، مع تصرفهما في النماء الذي يوجب الضمان وتلف ذلك، حيث وضع يده عليه، وتصرف فيه، ولكن يرجع كل منهما (على الآخر - خ) بما حصل له وبالجملة حكمه حكم الغصب. ولا يرجع على تقدير عدم حصول الثمرة وتلفها بأفة من دون اختيارهما، وهو ظاهر، فتأمل في صورة التلف.

قوله: وليس للعامل أن يساقي غيره. هذا مع اشتغال العقد على كون العمل بنفس العامل ظاهر، لا غير، بل يمكن مع الاطلاق الشامل له ولغيره، المساقاة لغيره، كما في الإجارة والمزارعة، ولهذا يجوز له أن يستأجر حينئذ من يعمل له عوضا عنه، فإن حصلها استيجار العامل العمل في الذمة، فله أن يفعل بنفسه وبغيره.

ولكن لا يسلم الأصل إلا بإذن المالك، بناء على ما تقدم، وقد عرفت ما فيه، فتذكر.

والاستدلال على عدم جواز المساقاة للعامل - بأن المساقاة معاملة على أصول مملوكة للمساقي (للساقي - خ) وهنا ليس كذلك، فلا يجوز كما قيل مثل ذلك في المزارعة، كما تقدم - غير تام، فإنه غير مسلم، نعم لا بد من أصول مأذون في العمل بها، كما قلناه في أرض المزارعة، فتجوز بالنقص والمساوي، دون الزيادة والفرض وجود الإذن.

ويفهم من شرح الشرايع، جوازها بعد ظهور الثمرة، فعلم عدم الشرط. وبالجملة الجواز غير بعيد، لعموم الأدلة، وعدم المانع، إذا فهم الإذن من المالك بوجه، ولا يمكن الفرق بينهما (بينها - خ) وبين المزارعة فتأمل. قوله: والخراج على المالك إلا مع الشرط. أي خراج الأرض في الأرض

والفائدة تملك بالظهور.
والمغارسة باطلة. والغرس لصاحبه، وعليه أجره الأرض،
ولصاحبه أرش نقص القلع، ولو بذل أحدهما للآخر القيمة لم يجب القبول.

الخراجية عليه.

دليله أن الخراج أجره الأرض، فالمالك إنما يستحق الحصة بسبب ملكية
الأشجار، وكون منفعتها ملكا له، فالحصة لا تحصل له إلا بعد مؤنتهما وبالجملة
الأرض والأشجار وما عليهما وما يحتاجان إليهما في أصلهما فهو على المالك، والخراج
منه.

نعم إذا شرط ذلك على كونه من الحاصل يجوز بغير شبهة، ولا يضر عدم
امكان حصول شيء غيره، فيكون فيه غرر، لأن مثل هذا الغرر في هذا العقد
ليس بضائر، بالنص والاجماع، لأنه قد لا يحصل شيء أصلا مع عدم الشرط.
ولكن شرطه على العامل مشكل، إذ قد لا يحصل شيء أصلا، أو لم يمكن
(يكن - خ) ذلك المقدار، فهو ضرر عظيم وغرر كثير، إلا أن يجعل من حصته، مع
ظن أن الحصة أكثر، فتأمل.

قوله: والفائدة تملك بالظهور. دليله ظاهر، لأن ملكه هو الحصة من
الثمرة، فمع ظهورها يملكها كالمالك، وكالربح في المضاربة.
وقال في التذكرة: عليه علمائنا، فيدل على كونه اجماعيا عندنا، والمخالف
فيه بعض العامة، فلا يتوقف الملك عندنا بالحصول في يده.
وتظهر الفائدة في تعلق الزكاة، ومنع ابن حمزة وجوبها (١) - مع القول
بالتملك - بعيد، لعدم الدليل، مع شمول عموم أدلة الزكاة لها، فتأمل.
قوله: والمغارسة باطلة الخ. هي معاملة على أن يغرس شخص في أرض

(١) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة: في نسخة الظاهر ابن زهرة (ولعله الصواب).

الغير، الأشجار ويكون المغروس بينهما، فما يحصل منهما يكون بينما. دليل البطلان عدم الدليل على الجواز، مع الغرر والجهالة، بل الاجماع أيضا عندنا. ولولا ذلك لأمكن القول بالصحة، لبعض العمومات، فمع وقوع العقد الباطل، يكون الغرس لمالكه، وعليه أجرة الأرض مدة بقائه، إن استحق بها الأجرة، ولم يكن لصاحب الأرض، وله أرش نقص القلع، إن قلع صاحب الأرض المغروس، وعليه اصلاح الأرض وأرشها، ولأنه مغروس بالإذن، وليس بعرق ظالم. (١)

وقيل: المراد بالأرش هنا التفاوت ما بين كونها قائمة بالأجرة - وضم إليه الشهيد الثاني، ومستحقا للقلع بالأرش - ومقلوعة، فتأمل فيه. ولو كان الغرس لصاحب الأرض فللعامل عليه أجرة عمله، لأنه ليس بمتبرع، وكل ذلك مع الجهل غير بعيد، فتأمل. ولو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس، ويقول لصاحبه: بعه علي، لم يجب القبول، كما لا يجب عليه قبول أجرة أرضه ودليله أن الناس مسلطون على أموالهم فتأمل.

(١) هذا مضمون الرواية وقد تقدم نقلها سابقا.

(المقصد الثالث في الجعالة)
وهي تصح على كل عمل مقصود محلل، معلوما كان أو مجهولا.

(المقصد الثالث في الجعالة)

قوله: وهي تصح على كل عمل مقصود الخ. قال في التذكرة: الجعالة في اللغة ما يجعل للانسان على شئ بفعله، فكذلك الجعل والجعيلة، وأما في الشرع عبارة عن عقد دال على عوض في عمل محلل مقصود. وصيغتها كل لفظ دال على الإذن في العمل بعوض، مثل من رد عبدي فله كذا، ولا يحتاج إلى القبول اللفظي، ولهذا غير داخل في الصيغة والتعريف، وقد صرح به في التذكرة، كما في ساير العقود. ودليل جوازه هو النص والاجماع المفهوم من التذكرة، قال: ولا نعلم فيه خلافا، وأما النص فمثل قوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير والأخبار من طرق (١) العامة (٢) والخاصة، مثل ما رواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السلام، قال:

(١) سورة يوسف / ٧٢.

(٢) صحيح البخاري باب في الإجارة، باب ما يعطى فيه الرقية ومسند أحمد بن حنبل ج ٣ ص ٤٤ و ج ٥ ص ٢١١.

ويجب العلم بالعموض بالكيل أو الوزن أو المشاهدة أو العدد.

سألته عن جعل الآبق والضالة؟ فقال: لا بأس. (١)
وعن مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام، قال: إن النبي صلى
الله عليه وآله جعل في الآبق ديناراً إذ أخذ ووجد في مصره وإن أخذ في غير مصره
فأربعة دنائير. (٢)
ولا يضر عدم صحة السند (٣)، ولا دلالة الثانية على ثبوت جعل معين من
غير أمر المالك للآبق، لأنهما مؤيدتان.
ويمكن حملها على كون التعيين بأمر المالك مجملاً، بأن قال: من رد عبدي
فله أجر وعموض مثلاً، وكان العرف - بين أهل ذلك المصر كلهم في ذلك المصرفي
ذلك الزمان - ذلك.
ولا فرق في ذلك العمل بين كونه موجبا للأجرة عادة أم لا، مع تعيين
الأجرة، وأن يكون ذلك معلوماً، مثل من يرد عبدي من بغداد أم لا، مثل من يرد
عبدي، أو من وجد ضالتي، ونحو ذلك.
قوله: ويجب العلم بالعموض الخ. ذكر في التذكرة للجعالة أربعة أركان،
الأول الصيغة، وقد تقدمت، والثاني العاقد، وهو الأمر بالعمل، ويلتزم بالعموض،
ولا يشترط كونه مالكا للآبق مثلاً، وكون المنفعة له، فإنه يجوز الجعل على رد مال

- (١) الوسائل الباب ٢١ من كتاب اللقطة الرواية ١ ج ١٧ ص ٣٧١ وروى مثله في الباب ١ من كتاب
الجعالة الرواية ١ عن علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام، ج ١٦، ص ١١٢، ورواه أيضاً في الباب ٥ من
كتاب
العتق الرواية ١، عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام.
(٢) رواه في التهذيب في باب اللقطة آخر حديث الباب.
(٣) وسنده كما في التهذيب - هكذا: محمد بن يعقوب عن محمد بن علي عن أبي سعيد عن سهل بن زياد
عن محمد بن الحسن بن شمون البصري عن عبد الله بن عبد الرحمن الأصم عن مسمع بن عبد الملك قال في
الوافي
بعد نقل الحديث: بيان، هذا الحديث لم نجده في الكافي.

وأما المعلومية فما نرى عليه دليلا سوى أنه مذكور في كلام الأصحاب، فتأمل. وما نجد مانعا إذا رضيا بالمجهول في الجملة، بحيث لا يقع فيه نزاع، بأن يقول: من رد عبدي فله هذه الصبرة من الحنطة وهذه الفضة وهذا الذهب، ونحو ذلك، بل له عندي ثوب فيعطيه ما يصدق عليه الثوب، كما في الكفارات، فاشتراطها لا دليل عليه خصوصا بالتفصيل الذي ذكروه من اشتراط كونها بالكيل والوزن والعدد إن كان من جنسها، كما ذكروه في البيع وغيره، فلا يبعد الجواز كما في جهل العمل، ويؤيده أنه يجوز أن يقال من رد عبدي فله نصفه.

والفرق الذي ذكره في التذكرة غير ظاهر، قال: والفرق بينه وبين العمل حيث جاز أن يكون (هنا - خ) مجهولا دعوى الحاجة إلى كون العمل هنا مجهولا، فإن الغالب أنه لا يعلم موضع الآبق والضال، فلو شرطنا العلم لزم الحرج وعدم (١) دعوى الحاجة إلى كون العوض مجهولا.

وأیضا العمل في الجهالة (٢) لا يصير لازما، فلماذا لم يجب كونه معلوما، وليس كذلك العوض فإنه يصير بوجود العمل لازما فوجب كونه معلوما. وأيضا فإنه لا يكاد يرغب أحد في العمل، إذ لم يعلم الجعل، فلا يحصل مقصود العقد الخ. (٣)

وأنت تعلم أن الوجه الأول للفرق لم يتم، إلا أن (٤) كان دليل على اشتراط العلم، فيقال إنه خرج العمل بدليل، وليس بظاهر، وخروجه دليل على عدم كونه شرطا إلا بدليل يفيد ذلك.

(١) عطف على قوله قدس سره: دعوى الحاجة.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولكن الصواب الجعالة كما في التذكرة أيضا.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٨٧.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: إذا كان الخ.

ولو جهله مثل من رد عبدي فله ثوب أو دابة، فأجرة المثل.
وكون الجاعل جازي التصرف.

أولى، لقلة المناقشة، لعدم الدليل. (١)
قوله: ولو جهله، مثل من رد عبدي الخ. (نعم - خ) لو كانت المعلومية
شرطا يلزم بطلان عقد الجعل، فيلزم أجرة المثل للعمل، كما في ساير العقود الباطلة،
بناء على ما ثبت عندهم من كلية تلك المقدمة.
ويجئ هنا أيضا احتمال أقل الأمرين، لأننا لا نسلم أن كلما بطلت الأجرة
المعينة لبطلان العقد، ولم يكن العمل تبرعا يلزم أجرة المثل.
نعم هذه صحيحة إذا لم يكن هناك شيء يمكن تقويمه في الجملة، وأما معه
فلا، مثل إن خرج مستحقا أو رضى (العامل - خ) بكون الأجرة ذلك المعين، فهو
بالنسبة إلى الزائد على ذلك متبرع، ولما بطل المعين يستحق ما هو بمقداره فتأمل.
فإنه يجبر في أكثر المواضع التي حكموا فيها بأجرة المثل، وفي كلام
شارح الشرايع في بحث المساقاة، إشارة إليه، ولكن يلزم اعطاء الأكثر من أجرة المثل
على تقدير كون ذلك المعين أكثر.
والظاهر أن نظر الأصحاب إلى أنه لما بطلت الأجرة المعينة ما بقي للرضا
الحاصل بها أثر، سواء كان من جانب الأجير فلم يكن متبرعا في الزائد أو من
جانب المؤجر، فلا يكون باذلا للزيادة، بل صار بمنزلة عدم وقوع عقد على تعيين أمر
بعمل ذي أجرة فيتعين أجرة المثل.
ولكن يشكل استثنائهم فيما إذا شرط عدم أجرة، فإنهم يقولون إنه حينئذ
لا يلزم شيء أصلا، لأنه متبرع، إذ قد يقال أنه لا اعتبار بهذا الرضا، فتأمل.
قوله: وكون الجاعل جازي التصرف. إشارة إلى الركن الثاني بعد الإشارة

(١) تعليل لقوله قدس سره: ويحتمل الاكتفاء.

وإمكان العمل من العامل.
ويلزم المتبرع ما جعله عن غيره.
ولا يستحق المتبرع بالعمل، وإن جعل لغيره.

إلى الركن الأول والثالث، بقوله: كل عمل مقصود الخ. وإلى الرابع بقوله: ويجب العمل بال عوض الخ وقد عرفت الكل وشرايطه.
قوله: وإمكان العمل من العامل. كأنه إشارة إلى بيان شرايط العامل،
فيمكن أن يريد منه الامكان الشرعي، فهو كناية من كون العامل جاز
التصرف، فهو بعيد وخلاف الظاهر، فإنه إذا أمر صبيا مثلا برد عبده بعوض، فرد،
الظاهر أنه يلزمه العوض.
ويمكن أن يقال: نعم يلزمه العوض أي أجرة المثل لبطلان العقد، فتأمل. (١)
وأما حمله على الامكان العقلي والعرفي فبعيد، إذ ما يحتاج إلى الشرط، فإن
غير الممكن لا يمكن فعله، فلا يستحق به الأجرة، فلا يحتاج إلى القول به إلا لخروج
النادر.

ويمكن أن يكون المراد الامكان شرعا وصحته، فلو قال: من زار عالما أو
أعتق ونحوه مما يشترط فيه القربة وحصوله من المسلم أو المؤمن، فلا يستحق غيره
الأجرة بذلك، وهذا الشرط قد أهمل في التذكرة وغيرها، فتأمل.
قوله: ويلزم المتبرع ما جعله عن غيره. يعني إذا قال شخص تبرعا: من
رد عبد فلان فله كذا، يجب عليه ما شرط، وجعله عوضا عن رد عبد الغير وبدلا عنه،
ولا يرجع على مالك العبد، ولا يلزمه شيء، فإن الأمر متبرع.
قوله: ولا يستحق المتبرع بالعمل الخ. أي لا يستحق الجعل والعوض من

(١) هكذا في جميع النسخ المخطوطة: ولكن في النسخة المطبوعة هكذا: فالظاهر أنه يلزمه العوض أي
أجرة المثل، لبطلان العقد فتأمل.

ويستحق الجعل بالتسليم. وهي جائزة قبل التلبس، ومعه ليس للجاعل الفسخ، إلا مع بذل أجرة ما عمل.

تبرع بالعمل، من غير أن يقال له ما يدل على العوض لعلمه، وأن قال: وشرط الجعل لغيره، مثل أن قال لزيد: إن رددت عبدي فلك كذا، وسمع الغير ذلك ورد فهو حينئذ لم يستحق شيئاً، لأنه متبرع، حيث فعل من غير شرط عمل له لا عموماً ولا خصوصاً.

قوله: ويستحق الجعل بالتسليم. أي يستحق العامل طلب العوض وتملكه بعد تسليم العين التي عمل فيها، بأن كان عبداً فسلمه أو ثوباً مخيطاً فسلمه، وغير ذلك.

وأنت تعلم أنه إن كان العمل الذي شرط له مستلزماً للتسليم أو شرط فيه ذلك يلزم ذلك وإلا فلا، فلو قال من رد عبدي إلى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم للعوض، وكذا لو قال: من خاط لي هذا الثوب فله كذا. والظاهر أنه يستحق بالعمل، فإن العوض جعل في مقابلة العمل الذي هو الخياطة فقط دون التسليم، وقد مر مثله في بحث الإجارة، ولهذا قال في التذكرة: استحقاق العامل للجعل موقوف على تمام العمل، فتذكر وتأمل.

قوله: وهي جائزة قبل التلبس الخ. قال في التذكرة: الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعاً لكل منهما فسخها قبل التلبس بالعمل وبعده قبل تمامه، ولا معنى للفسخ بعد تمام العمل، وإذا فسخ العامل متى فسخ فلا شيء له، لأن شرط الأجرة تمام العمل، فلا أجرة له قبله، وقد فسخ بنفسه فأدخل النقص على نفسه. وأما إذا فسخ الجاعل بعد التلبس، فإن كان فعل ما يوجب أجراً فعلياً أجرة ما فعل بالنسبة، فإن كان بعد نصف العمل، فله نصف الأجرة، وعلى هذا الوجه، فإن كان بعده ولكن ما عمل ما يستحق الأجرة، فلا شيء له أصلاً،

ويعمل بالمتأخر من الجعالتين.

فإن العقد جاز، فيجوز الفسخ، وما عمل ما يستحق به شيئا، بخلاف ما عمل (وله أجره - خ) فإن فسخه ادخال نقص عليه، فلا يجوز بغير عوض، فإنه لو فتح هذا الباب يلزم أن لا يقدر انسان أن يكمل عمله لشيء وهو فساد وضرر. وكذا يفسخ بالموت، فهو بمنزلة الفسخ، فإن مات الجاعل قبل عمل يستحق به الأجره أو العامل كذلك فلا أجره، إلا أنه لو مات هنا العامل بعد عمل يستحق به الأجره، فالظاهر أن له أجره الفسخ ليس باختياره، وما أدخل النقص على نفسه فله أجره ما فعل بالنسبة.

أما لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرع، كما إذا فعل بعد فسخ الجاعل، والظاهر أنه له الأجره مع عدم العلم في الصورتين، خصوصا في الأول، حيث ما أعلمه الجاعل، وكذا في الثانية مع علم الوارث بالجعالة، فإن لزوم الأجره أوضح من صورة عدم العلم، والظاهر اللزوم لحصول عمل بأجره من غير تبرع من الجهل بفساده، على أنه لا يذهب على الوارث والمالك شيء، لأن لعمله عوضا غالبا، فتأمل.

قال في التذكرة: وظاهر أن الجعالة على العمل ليس كالإجارة أيضا، فلو قال: من خاط ثوبي فله درهم فخاط واحد بعضه، ثم أهمل، لم يستحق شيئا، مع احتمال استحقاقه، ولو مات، فالاحتمال أقوى.

ولا يخفى أن في قوله (١): - ومعه ليس للجاعل الفسخ إلا مع بذل أجره ما عمل - مسامحة، إذ ليس المراد عدم الجواز وعدم صحة الفسخ إلا مع البذل، بل لزوم أجره ما عمل مع الفسخ، فافهم.

قوله: ويعمل بالمتأخر من الجعالتين، يعني إذا قال مثلا: من رد عبدي

(١) يعني في قول الماتن قدس سره.

ولو حصلت الضالة في يده قبل الجعل فلا شيء، ووجب الرد.
وإذا عين سلم مع الرد وإن (فإن - خ ل) لم يعين فأجرة المثل،
إلا في البعير والآبق يردهما (بردهما - خ) من غير المصير فأربعة دنانير
قيمتها أربعون درهما ومن المصير دينار، وإن نقصت القيمة.

فله خمسة دراهم، ثم قال: من رد عبدي فله عشرة دراهم يؤخذ بالأخير ويعمل به
فمن رد العبد فله عشرة دراهم لا خمسة.
هذا واضح إن كان القول الثاني قبل العمل، وأما ما (إذا - خ) كان
بعد العمل فليس للعامل إلا الأول، وهو ظاهر.
قوله: ولو حصلت الضالة الخ. يعني لو قال شخص: من رد ضالتي فله
كذا، وقد حصلت هذه الضالة في يد شخص قبل صدور هذا القول من الجاعل،
فلا يستحق شيئا من الجعل، بل يجب عليه رد ما في يده إلى مالكه، فإن الرد
واجب، ولا جعل على الواجب، كما تقدم.
فيه أنه ينبغي أن يكون له العوض إذا كان الرد ذا عوض، وقد تقدم.
قوله: وإذا عين سلم مع الرد الخ. دليل وجوب تسليم الأجرة المعينة
- بعد العمل الذي هو رد الضالة مثلا - واضح وقد تقدم.
وكذا وجوب أجرة المثل مع عدم التعيين، بل قال: من رد عبدي أو ضالتي
فله أجرة وعوض على، فإنه عمل ذو أجرة، وما تبرع عليه فاعله، وما عين له الأجرة،
فليس إلا أجرة المثل، إذ لا وجه غيرها.
إلا في البعير والآبق، فإنه أن ردهما من غير المصير الذي هو فيه فله أربعة
دنانير قيمتها أربعون درهما ومن المصير دينار واحد، وإن نقصت قيمة البعير والآبق
عن أربعة دنانير والدينار.
ودليله رواية مسمع المتقدمة، مع عدم الصحة، ومخالفة القاعدة وقصر

ولو استدعي الرد ولم يبذل أجره، فلا شيء.

الدلالة على الآبق، فإنه ليس فيها إلا الآبق، فدليل البعير غير واضح، بل الآبق أيضا، إلا أن الحكم مشهور بين الأصحاب. وجعل الحكم في الشرايع مخصوصا بالآبق للرواية، ونقل عن الشيخ أنه قال في المبسوط إن هذا الحكم على الأفضل لا الوجوب، والعمل على الرواية أولى. وكذا في التذكرة أيضا، وزاد فيها، ولو نقصت قيمة العبد عن ذلك، ففي وجوب ذلك اشكال وقال بعض علمائنا: الحكم في البعير الشارد كذلك، إن رده من المصر كان عليه دينار، قيمته عشرة دراهم، وإن رده من غير مصره كان عليه أربعة دنانير وفيه نظر لعدم الظفر بدليل عليه الخ. فلا يناسب الحكم في البعير بوجه، بل في الآبق أيضا، إن لم يكن مجمعا عليه، لما مر من عدم الصحة، وعدم انطباقها على القاعدة، وأنه قد يكون الدينار أو أربعة دنانير أكثر من الآبق، وإمكان حملها على كون تلك الأجرة عادة في ذلك المصر، فليس بظاهر وجه أولوية العمل على الرواية، كما قاله المحقق والمصنف في التذكرة.

وأیضا لا وجه لتقدير الدنانير، لما (بما - خ) تقدم، فإنه غير موجود في هذه الرواية، وما رأيت في موضع آخر سوى المتن ونحوه مثل التذكرة. قوله: ولو استدعي الرد الخ. يعني لو قال: من رد عبدي، أو يرد عبدي أو ضالتي، وأمثال ذلك، ولم يذكر العوض وعدمه فلا شيء للراد، كما في صورة ذكره مجانا أو بلا أجره وعوض، للأصل، وعدم ثبوت حق للغير إلا في صورة دل الدليل، ولا دليل، فإن استدعاء الرد أعم، فإنه قد يكون بالعوض، وقد يكون بغيره فلا دلالة على الأول بخصوصه.

وهذا لا يخلو عن وجه، ولكن العادة في مثله يقتضي العوض، ويؤيده أنهم ذكروا - وقد تقدم أيضا - أن من أمر شخصا بفعل ذي أجره عادة يلزمه الأجرة.

ولو جعل للراد شيئاً فرده جماعة استحقوه، ويقسم بينهم ولو جعل ذلك للدخول فدخل جماعة، فلكل واحد ذلك الشيء.

وأيضاً قالوا: إن أمر بالشراء، وأدى ثمنه يلزمه العوض، وإن كان لي في ذلك تأمل، وقد مر، وهذا مؤيد لذلك.

قال في التذكرة: لو استدعي، فقال لغيره رد آبقي (١) استحق الجعل، لأنه عمل يستحق في مثله الأجرة، وكان عليه الجعل، كما لو استدعي رد اللقطة، وكان عليه أجرة المثل، وإن لم ينص له على الأجرة.

وكذا إذا أذن الرجل في رد عبده الآبق، ولم يشترط له عوضاً برده، فالأقوى استحقاق الجعل الخ. (٢)

وكلامها (٣) لا يخلو عن شيء، والأصل يقتضي العدم، فإن كان هناك عرف جار بلزوم الأجرة - بالاستعمال مع عدم ذكر العوض بحيث صار الذكر وعدمه سواء في ذلك - اقتضى الأجرة.

أو قرينة بأن كان العامل معلوماً أنه لم يعمل إلا بالأجرة، وكذا الأمر لم يأمر مثله بمثل هذا العمل إلا بالأجرة، فكذلك وإلا فلا، للأصل، فمن يثبت (ثبت - خ) الأجرة فعليه البيان.

ومن هذا علم ما تقدم لنا من التأمل في استحقاق العوض بالأمر بفعل يستحق الأجرة، وكذا العوض في الإذن بأداء الدين وبالضمان، فإن هذه الأمور أعم من العوض وعدمه، والعام لا دلالة له على الخاص، فتأمل. قوله: ولو جعل للراد شيئاً فرده جماعة الخ. يعني إذا قال من رد عبدي

(١) هكذا في التذكرة وجميع نسخ الكتاب، ويحتمل أن تكون العبارة رد ابني.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٨٦ (كتاب الجعالة).

(٣) يعني كلام التذكرة، ويحتمل أن تكون العبارة وكلاهما.

ولو جعل لكل (واحد خ) من الثلاثة جعلًا مخالفًا للآخر، فردوه، فلكل ثلث ما عينه (١) وكذا لو اتفقوا في الجعل، ولو جعل للبعض معينًا وللآخر مجهولًا، فلكل من المعين الثلث، وللمجهول ثلث أجره المثل.

فله درهم، فرده جماعة بأن أخذوه دفعة وردوه جميعًا، استحق الجميع الدرهم المجمعول لهم، فيقتسمون (فيقتسمون - خ) بينهم بالسوية، بخلاف أن قال: من دخل داري فله درهم فدخلها جماعة، وإن دخلوا دفعة، فإن لكل واحد درهم. والفرق واضح فإن الجعل لمن صدر عنه الرد مستقلاً وبانفراده واحداً كان أو متعدداً والذي صدر عنه الرد بالاستقلال إنما هو الجماعة لا فرد منهم، بخلاف الدخول فإنه جعل لمن صدر عنه الدخول مستقلاً ولا شك في حصوله عن كل واحد منهم فيكون لكل واحد ما شرط.

نعم إذا كان الجعل أمراً شخصياً لا يقبل التعدد، يكون للجميع إذا دخلوا جميعاً، ومع الترتيب، للأول فقط، لأنه أخذه الأول بفعله الدخول، ولا جعل للثاني. قوله: ولو جعل لكل واحد من الثلاثة جعلاً الخ. يعني إذا قال لواحد من الثلاثة: إن رددت أنت عبدي فلك تسعة دراهم، وإن رددت أنت فلك الثلاثة، وللآخر إن رددت أنت فلك ستة، فرده الجميع معاً - لقصد الجعل لنفسه لا متبرعاً للمالك، ولا إعانة للعامل، - فلكل واحد ثلث ما عين له، لأن كمل واحد فعل ثلث ما عين له من العمل، فيستحق ثلث الأجرة.

وكذا لو كانت أجرتهم متفقة لا مختلفة، سواء كان معيناً لكل أو غير معين، فيكون أجره المثل، أو معيناً للبعض دون البعض، فيكون له أجره المثل بالنسبة إلى عمله وهو ثلثها، وللمعين له ثلث أجره الذي عين له.

(١) وفي نسخة: كان لكل واحد ثلث ما عينه.

ولو تبرع واحد مع المجعول له، فلا شيء له، والمجعول له النصف.
ولو رد من البعض فله بالنسبة.

قوله: ولو تبرع واحد مع المجعول له الخ. يعني لو تبرع واحد، وأعان العامل في الرد لا شيء للمعين، وللعامل نصف ما عين أو نصف أجره المثل. هذا واضح إن كان متبرعا للمالك أو قصد أجره وأما لو كان معينا للعامل - بأن أراد فعل ما عين له فعله بمنزلة الوكالة والإعانة مع عدم شرط الفعل عليه بعينه - بمعنى أنه لا يفعل إلا بنفسه - فلا. بل الظاهر أنه يكون له أخذ تمام الأجرة، لأن فعل المعين فعله حينئذ والفرص جوازه بنفسه وبغيره، واستحقاقه الأجرة مطلقا، فإنه حينئذ لو حصل الضال ورده لا بفعله بل بأجرة أو تبرع كان مستحقا لتمام الأجرة لا محالة، فكذا هنا كما في الإجارة المطلقة والمزارعة، فتأمل. نعم لو قصد أجره لنفسه أو تبرع للمالك، فهو متبرع لعدم تعيين الجعل له. قوله: ولو رد من البعض فهو بالنسبة. يعني من قال: من رد عبدي من بغداد فله درهم، فرده شخص من نصف الطريق فله نصف درهم، فإن الدرهم ينقسم على الكل، فلكل جزء جزء منه. وفيه تأمل، إذ قد يقال: ما فعل ما جعل له: فإن الجعل إنما حصل للرد من بغداد، ولا يلزم منه جعل الجزء لبعض الطريق، وهو ظاهر، إذ قد يكون الغرض متعلقا بتحصيله من بغداد، فإنه هناك يكون صعبا، وأما في الطريق فلا، بل هو يكون يقدر أن يرده بنفسه وبغير أجره. فكما (١) لا يستحق الأجرة للزيادة إن رده من فوق بغداد.

(١) الظاهر أن مراده قدس سره: فهو كما لا يستحق الأجرة الخ.

والقول قول المالك في عدم الاشتراط، وفي حصول الضال في يد العامل قبل الجعل.

وفي كون المأتي به غير المقصود.

وفي قدر؟ الجعل وجنسه.

لكن يحلف على نفي ما ادعاه العامل.

بل يمكن هنا أيضا عدم الأجرة أصلا، لما تقدم.

إلا أن يكون هناك قرينة دالة على أن المطلوب الرد مع الأجرة، وإنما المعين للبعد، لا غير، فيستحق تمام الأجرة في الأبعد، وبالنسبة فيما دون بغداد.

قوله: والقول قول المالك الخ. يعني إذا قال العامل بعد رد الآبق مثلا:

قد جعلت أنت الجعل معينا أو غير معين، وأنكره المالك الجاعل، بل قال: أنت متبرع فأقول قوله مع يمينه، لأنه منكر، وعليه البينة، لأنه مدع للتعريف، ومع عدمها واليمين لا شئ للعامل.

وكذا لو قال العالم: إني حصلت الضالة بعد الجعل وأنكر المالك، وقال

بل وقعت الضالة في يدك قبل الجعل مع اتفاقهما على جعل للرد، لما تقدم.

وفيه تأمل، إذ الأصل عدم التبرع، وعدم وقوع الضالة بيد العامل حتى

يعلم، ومعلوم بعد الجعل لا قبله، إلا أن التعريف يقتضي ما ذكره المصنف، وهو ما تقدم.

وكذا القول قوله لو أنكروا كون المأتي به والمردود (عليه - خ) غير ما جعلت (جعل - خ) له الجعل، وهذا لا بأس به، لما تقدم.

وكذا القول قوله لو أنكروا زيادة الجعل أو جنس ما يدعيه العامل، إلا أنه في

صورة تخالف الجنس والقدر، وحلف المالك على نفي مدعاه يثبت للعامل أقل

الأميرين من أجرة المثل وما ادعاه العامل.

أما أن القول قوله مع اليمين، فلما تقدم، من التعريف والأصل، وكونه

وحينئذ يثبت أقل الأمرين من أجره المثل وما ادعاه العامل، إلا أن يزيد ما ادعاه الجاعل على الأجرة، فيثبت عليه ما ادعاه.

غارما، وعدم خروج مال عن مالكة (ملكه - خ) إلا برضاه، وهو غير ثابت. وأما ثبوت الأقل، فلأنه قد علم أنه عمل عملا بأجرة غير متبرع، وبطل ما عين باليمين، فبقي عمل موجب للأجرة، مع عدم تعيين الأجرة، فله أجره المثل، إلا أنه لو كان أجره المثل أكثر مما يدعيه لا يجوز له الطلب باقراره لاستحقاقه دون ذلك. وهذا في المقدار واضح، وفي الجنس ينظر إلى قيمته وأجره المثل، إلا أن يكون أجره المثل أقل مما ادعاه الجاعل أو مساويا مع كونه أقل مما يدعيه العامل، فيثبت ذلك له، ويجب على الجاعل اعطائه ولم يجز للعامل طلبه. وبالجملة الحكم بحسب الظاهر ظاهر وبالنسبة إلى نفس الأمر كل، مكلف بما هو معلوم عنده.

وقال البعض، وما ذكره المصنف صحيح بشرط التحالف، فيحلف العامل أيضا على نفي ما يدعيه الجاعل، لأنه بالحقيقة هنا دعويان فكل مدع ومنكر كما تقدم مثله، وبعده يثبت للعامل ما ذكره المصنف الخ.

والظاهر أن التحالف في المقدار محل التأمل، وفي التحالف في الجنس يمكن ذلك، لأنه بمجرد يمين الجاعل على نفي ما يدعيه العامل لا يثبت أجره المثل، إذ قد يكون الأجرة تلك المعينة التي ادعاها الجاعل، فلا بد من نفيها أيضا حتى تبطل الأجرة بالكلية، ويثبت أجره المثل، وهو ظاهر.

ولعل مراد المصنف ما ذكره المحشى، ولهذا قال: بأقل الأمرين، وتركه للظهور، ولأن العامل قد لا يدعيه والجاعل يبذله فكأنه تسامح الجاعل بترك جعله ورضى بأجره المثل.

وبالجملة الحق له فأسقط ورضي وقال إنا ما أحلفه (١)، فليس له إلا أجره

(١) في بعض النسخ المخطوطة بعد قوله قدس سره أنا ما أحلفه: وهو لا يدعي ما رددته باليمين.

(المقصد الرابع في السبق والرماية)
وإنما يصحان في السهم، والنشاب (١) والحراب، (٢) والسيف،
والإبل، والفيلة، والفرس، والحمار، والبغل، دون الطيور، والقدم،
والسفن، والمصارعة، وشبهها.

(المقصد الرابع في السبق والرماية)
قوله: المقصد الرابع في السبق والرماية الخ. قال في التذكرة: قد
ثبت جواز هذا العقد بالنص والاجماع، أما النص فالكتاب والسنة، قال الله تعالى:
يا أبانا إنا ذهبنا نستبق (٣) فأخبر الله تعالى بذلك، ولم يعقبه بانكار، فدل على
مشروعيته عندنا، وقال الله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط
الخيال (٤) وروى عقبه بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: ألا أن القوة

-
- (١) والنشاب - بالضم والتشديد - السهام، الواحدة النشابة (مجمع البحرين).
(٢) الحرابة كالرمح تجمع على ككلبة وكلاب (مجمع البحرين).
(٣) يوسف: ١٧.
(٤) الأنفال: ٦٠.

الرمي قاله ثلاثاً. (١)

وجه الاستدلال أن الله تعالى أمرنا باعداد الرمي ورباط الخيل للحرب ولقاء العدو، والاعداد لذلك إنما يحصل بالتعلم، والنهاية في التعلم المسابقة بذلك، الخ. (٢)

وأنت تعلم أن لا دلالة في الآية الأولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيته، فإن فعلهم لس بحجة، ومجرد عدم الإنكار لا يدل عليها، فإنه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الإنكار، وعلى تقديرها شرع من قبلنا ليس بحجة علينا. والآية الثانية أبعد، وهو ظاهر.

وأما السنة فما روي (فاروى - خ) عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر (٣)، والنصل يشمل النشاب، وهي للعجم، والسهم، وهو للعرب، والمزاريق (٤) وهي الردينيات (٥) والرماح والسيوف، كل ذلك من النصل واسمه صادق على الجميع. وأما الخف فالإبل والفيلة، وأما الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير (إلى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السلام

(١) سمع عقبة بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول وهو على المنبر: وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي. مسند أحمد ج ٤ ص ١٥٧

سطر ١

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٣ وتماهه: ليكد كل واحد نفسه في بلوغ النهاية والحدق فيه. انتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره.
(٣) عوالي اللثالي ج ٣ ص ٢٦٥ ولاحظ ذيله.
(٤) المرزاق: رمح قصير (القاموس).
(٥) الرديني: اسم (القاموس).

أن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل. (١)
وأما الاجماع فلا خلاف بين الأمة في جوازه على الجملة، وإن اختلفوا في
تفاصيله. (٢)

وقد عرفت عدم دلالة الكتاب، وأما السنة فالخبر الأولي عامي، وكذا غيره
مما نقله بعده فيها.

وإن قال في شرح الشرايع: إن الخبر الأول (٣) حسن، فيما رواه أصحابنا،
ولكن ما رأيت، وكلام التذكرة، يدل على كونه عاميا فقط، حيث قال بعده، وأما
من طريق الخاصة الخ.

والثاني أيضا غير معلوم صحة سنده، رواه في الفقيه في باب من يجب رد
شهادته، عن العلا بن سيابة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة من
يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس، إذا كان لا يعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا
يقولون: قال عمر هو شيطان، فقال: سبحان الله، أما علمت أن رسول الله صلى
الله عليه وآله قال: إن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما ضلا الحافر
والخف والريش والنصل، فإنها تحضره الملائكة الخ. (٤)

وقريب منه في باب بينات التهذيب قال بعد ذكر ما في الفقيه -: وبهذا
الاسناد سمعته يقول: أي أبو عبد الله عليه السلام، لا بأس بشهادة من (الذي - يب)
يلعب بالحمام، ولا بأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه، فإن رسول الله صلى

(١) الوسائل، ج ١٣ ص ٣٤٧، الباب ١ من كتاب السبق والرماية، ح ٦.

(٢) انتهى كلام التذكرة ص ٣٥٣.

(٣) يعني رواية عقبة بن خالد.

(٤) الوسائل الباب ٥٤ من كتاب الشهادات الرواية ٣ ج ١٨ ص ٣٠٥ وتمام الرواية: وقد سبق
رسول الله صلى الله عليه وآله بن زيد وأجرى الخيل والخبر الذي قبله، سنده هكذا: أحمد بن محمد بن
عيسى، عن محمد بن موسى، عن أحمد بن الحسن، عن أبيه عن علي بن عقبة، عن موسى بن النميري، عن العلا
بن سيابة قال:

الله عليه وآله قد أجرى الخيل وسابق، وكأن يقول: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش، وما سوى ذلك قمار حرام. (١)
فيهما دلالة على جواز الرهانة بالحمام، وإن من لا يعرف بفسق يقبل شهادته، مع اشتماله على ما لم يقل به الأصحاب من جواز القمار بالريش أي الطير. والعجب أنه غير موجود في الخبر العامي، مع قولهم به، وموجود في الخاصي مع عدم القول به، وحمل الريش على التقية - للاجماع وغيره - لا يخلو من بعد ولكن لا بد منه مع ثبوته.

ثم شمول النصل لجميع أقسام النشاب التي في رأسها الحديد غير بعيد، وكذا شموله للسيف والرمح، و (الثلاثة - خ) (٢) مجمع عليه، قاله في التذكرة وشرح الشرايع.

قال في القاموس: النصل والنصلان حديدة السهم والرمح والسيف ما لم يكن له مقبض، فيريد (فيزيد - خ) هنا ما فيه الحديدية. وأما شمول الخف للفيل فغير واضح، قال في القاموس: الخف لا يكون إلا للبعير والنعام.

والظاهر شمول الحافر للثلاثة المذكورة (٣)، كأنه لاجماع الأصحاب مع عدم الحرب بالحمار، ولكن جواز بالفيل مجمع الأصحاب قاله في التذكرة وشرح الشرايع، فليس هنا دليل واضح إلا الاجماع المستند إلى ما تقدم، والأصل. إلا أن تحريم القمار مطلقاً كأنه اجماعي، فما بقي الأصل، إلا أن المذكورات خرجت بالاجماع والنص المتقدم. ثم إن الظاهر أن لا خلاف في تحريم القمار بالعوض عند الأصحاب، وعليه

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب السبق والرماية، الرواية ٣.

(٢) أي الخف والنصل والحافر.

(٣) يعني الخيل والبغال والحمير.

ظاهر الكتاب (١) والسنة ومنها الخبران المتقدمان إن قرء السبق محركة، وهو العوض، قال في القاموس: هو الخطر، وقال فيه: هو السبق يتراهن عليه، وهو العوض، صرح به في التذكرة، قال في شرح الشرايع (٢): المشهور قرائه سبق بفتح الباء وهو العوض المبدول للعمل، وليس المراد نفي الماهية، بل أقرب المجازات، أي لا يصح بذل عوض في ملاءمة إلا في هذه الملاءمة بالثلاثة، وعلى هذا لا ينفي جواز غيرها بغير عوض، وربما رواه بعضهم بسكون الباء، أي لا يقع هذا الفعل إلا في ثلاثة، فيكون ما عداها غير جاز، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورفع الحجر والمصارعة، وبالآلات التي لا تشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز أم لا فعلى رواية الفتح يجوز وعلى السكون لا وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للأصل، خصوصا مع فرض غرض صحيح على تلك الأعمال. واعلم أن الأصل جواز كل شيء حتى يعلم تحريمه، فكان القمار أي الرهانة على تحريمه، كما مضى حتى لعب الصبيان بالجوز. وقد علم أيضا تحريم بعض اللهو بآلات القمار وإن لم يكن فيه رهن وعوض، مثل النرد والشطرنج.

(١) هو قوله تعالى: يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس. البقرة ٢١٩.
(٢) في المسالك: المشهور في الرواية فتح الباء من سبق وهو العوض المبدول للعمل، كما سيأتي وماهية المنفية غير مرادة بل المراد نفي حكم من أحكامها أو مجموعها بطريق المجاز كمنظائره وأقرب المجازات إليه نفي الصحة، والمراد أنه لا يصح بذل العوض في هذه المعاملة، إلا في هذه الثلاثة، وعلى هذا لا ينفي جواز غيرها بغير تعوض، وربما رواه بعضهم بسكون الباء، وهو المصدر، أي لا يقع هذا الفعل إلا في الثلاثة، فيكون ما عداها غير جاز، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورمي الحجر ورفع المصارعة وبالآلات التي يشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز أم لا فعلى زاوية الفتح يجوز وعلى السكون لا وفي الجواز قوة، مع شهرة روايته بين المحدثين، وموافقته للأصل، خصوصا مع ترتب غرض صحيح على تلك الأعمال. راجع المجلد الأول من المسالك في كتاب السبق والرماية.

وأما مثل السبق بالأقدام والمصارعة وغير ذلك، فالظاهر الجواز للأصل،
ويدل بعض الروايات على جواز المصارعة وفعل الحسنين عليهما السلام مشهور، وهو
موجود في الأمالي (١) وغيره.
ويؤيده وجوده بين المسلمين من غير منع، وإن فيه غرضاً صحيحاً غير ظاهر
القبح.

ولا دلالة في الخبر (٢) - على الوجهين - على التحريم أما على الأول فلما ذكر
ولأنه قد يقال معناه أن لا لزوم أو لا يملك للسبق والعوض إلا في هذه الثلاثة من بين
الأسباق والأفعال التي يسابق عليها، فلا يدل على ترحيم الفعل والملاعبة مع العوض
والرهانة أيضاً، بل لا يدل على تحريم العوض أيضاً، وهو ظاهر.
وأما على الثاني فلأنه يحتمل أن يكون معناه - حيث إن السبق بالسكون
مصدر سبق صرح به في التذكرة وعدمه - أن لا اعتداد لسبق في أمثال هذه الأمور إلا
في هذه الثلاثة، أو أنه لا يجوز الملاعبة بالسبق والمسابقة إلا في هذه الثلاثة، فلا يدل
على تحريم الفعل من غير رهانة وقمار، بل الأخير يدل على تحريم هذا إلا أن معناه أن
لا مشروعية والجواز للسبق إلا للسبق في هذه الأمور الثلاثة فإن هذه المعنى وإن كان
يمكن فهمه، ولكن ليس بنص فيه ولا ظاهر، فإنه يحتاج إلى تقدير، بل اخراج
السبق الذي هو مصدر سبقه يسبقه عن معناه، وجعله بمعنى فعل يمكن فيه، مع عدم
ظهور سندها.

ويحتمل أن يكون منشاء الخلاف غير ذلك.
ثم إن الذي يظهر من التذكرة الاجماع على جواز المسابقة على الأمور

(١) راجع الأمالي للصدوق رحمه الله، المجلس الثامن والستين ص ٢٦٧ من الطبعة العلمية بقم
(٢) يعني الخبر المشتمل على قوله: لا سبق الخ. بفتح الباء والسكون.

المذكورة، وهي في غير السيف والرمح ظاهرة، وأما فيهما فقال فيها: يجوز المسابقة بالسيوف والرماح على معنى الرد والتردد بهما. لعله يريد اللعب المتعارف بهما برد أحدهما ما لصاحبه وضربه وحفظ نفسه عنه.

وقال أيضا: ولا يجوز المسابقة على الأقدام إلى موضع، كجبل أو غيره لا بعوض ولا بغيره، لأنه نهى صلى الله عليه وآله عن السبق إلا في (الأشياء - خ) الثلاثة، ثم قال بعده: ولهم قول آخر لا يجوز المسابقة على الأقدام، فالمسابقة على السباحة أولى بالمنع (١) - إلى قوله - واعلم أن المسابقة بالأقدام ضربان أحدهما أن يتعاديا فأيهما سبق صاحبه فهو السابق و (٢) يكون المدى شيئا معلوما وكلاهما عندنا غير جاز، لا بعوض ولا بغير عوض. (٣) فهذه تدل على اجماعنا على ذلك، وقد عرفت أن لا نهى في قوله: ولا سبق. وقال أيضا: ولا يجوز المسابقة على المصارعة لا بعوض ولا بغير عوض عند علمائنا أجمع، لعموم النهي (٤) إلا في الثلاثة الخف والحافر والنصل الخ. وقد عرفت عدم النهي عنها، بل جوازها، نعم لو ثبت الاجماع ثبت التحريم.

- (١) الذي ذكره في التذكرة هكذا: قد بينا أنه لا يجوز المسابقة على الأقدام والمسابقة على السباحة أولى بالمنع وبه قال الشافعية، ولهم قول آخر تجوز المسابقة على الأقدام ففي جواز المسابقة على السباحة على هذا القول وجهان عندهم فالفرق أن المأثور في السباحة والأرض لا تؤثر في السعي والمشهور عندهم المنع واعلم أن المسابقة الخ.
- (٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب أو بدل الواو كما في التذكرة أيضا.
- (٣) انتهى كلام التذكرة: ج ٢ ص ٣٥٤.
- (٤) في التذكرة لعموم نهيه صلى الله عليه وآله.

وقال أيضا: لا يجوز المسابقة على رمي الحجارة باليد والمقلاع والمنجنيق، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا الخ. (١)

وقال لا تجوز المسابقة على إشالة الحجر باليد - إلى قوله - وأما مرامات (مداحاة - تذكرة) الحجر وهو أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه فلا يجوز عندنا، كما لا يجوز أن يرمي (يرامي - خ) كل واحد السهم إلى الآخر، وكذا لا يجوز أن يسابق على أن يدحرج (يدحو - تذكرة) حجرا أو (و- خ) يدفعه من مكان إلى مكان ليعرف به الأشد بعوض ولا بغير عوض، لأنه لا يقاتل بها وقال أيضا: لا يجوز المسابقة على الطيور من الحمامات وغيرها بالعوض، عند علمائنا، وهو أصح قولي الشافعية - إلى قوله - قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: فأما المسابقة بالطيور فإن كان بغير عوض، جاز عندهم (يعني العامة) وإن كان بعوض فعلى قولين، وعندنا لا يجوز للخبر (٢)، وهذا يقتضي المنع من المسابقة عليها بغير عوض، مع أن المشهور عندنا أنه يجوز اتخاذ الحمام للأنس وإنفاذ الكتب ويكره للتفرج والتطير، ولا خلاف في تحريك الرهانة عليها. (٣)

وأنت تعلم أن لا منافاة بين جواز اتخاذه للأنس وإنفاذ الكتب وبين عدم جواز المسابقة بغير عوض.

وقال أيضا: لا يجوز المسابقة على المراكب والسفن والطائرات والزمارات (٤) عند علمائنا.

-
- (١) قال في التذكرة (بعد ذلك): لأن ذلك ليس من آلات الحرب، وللخبر الدال على ائمنع من المسابقة في غير الثلاثة الخ.
- (٢) يحتمل أن يكون إشارة إلى الرواية الثالثة من الباب ٣ من كتاب السبق والرمية فراجع ج ٣ ص ٣٤٩.
- (٣) انتهى كلام التذكرة.
- (٤) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها الزنارات ويحتمل أن يكون الزياريق كما ذكره في المبسوط.

فإن اكتفينا بالايجاب فهو جائز، وإلا فلازم.

وقال أيضا: ولا يجوز المسابقة على مناطق الغنم (١)، وممارسة الديك بعوض ولا بغير عوض، وبه قال الشافعي، وكذا لا يجوز المسابقة على ما لا ينتفع في الحرب، كاللعب بالشطرنج، والنرد، والخاتم، والصولجان، ورمي البنادق، والجلاهق، والوقف على رجل واحدة، ومعرفة ما في اليد من الفرد والزوج، وأسير الملاعب، ولا اللبث في الماء، وجوزه بعض الشافعية، وليس بجيد.

وبالجملة أنه يفهم من التذكرة النهي عن جميع ما يمكن أن يسابق عليه بعوض وغير عوض، إلا الطائر، فإنه حرام بعوض فقط، وغير الثلاثة، وإن شئت ستثبت ما للحرب، فكل ما لم يكن له دخل في الحرب فهو حرام، ولهذا استدل على تحريم جميع الأمور المذكورة بأنه ليس للحرب.

وقال في القواعد: وإنما يصح على ما هو عدة للقتال الخ على أن للبعض مدخلا عظيما في الحرب، فالمدار على النص، وقد عرفت أنه أيضا غير صريح في النهي، والأصل دليل قوي، فما لم يوجد دليل أقوى منه لا يخرج عنه، والاعتماد على الاجماع الذي ادعاه في الأكثر مشكل، ولهذا وقع الخلاف عندنا.

وتنظر في القواعد في الطير، والأقدام، والسفن، والمصارعة، ورفع الأحجار، مع الخلو عن العوض، فلا يعتمد على مثل هذه الاجماع فتأمل.

قوله: فإن اكتفينا الخ. يعني إن قلنا إن المسابقة لا تحتاج إلى القبول اللفظي المقارن للايجاب، على الوجه المتعارف عندهم، وإلا فالقبول - بمعنى ما يدل على رضا الآخر - لا بد منه ليتحقق المسابقة وأشار إليه في التذكرة: يكون (٢) حينئذ من العقود الجائزة، فلا يلزم بمجرد الايجاب والرضا، فيكون مثل الجعالة قبل

(١) في التذكرة: ولا يجوز المسابقة على مفاتحة الغنم ومهارة الديكة الخ.
(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، فيكون.

العمل.

نعم يلزم السبق بعد العمل الموجب لذلك، كما في الجعالة. وجهه الأصل عدم اللزوم، وعدم تحقق دخولها حينئذ تحت العقود، حتى يلزم بمثل أوفوا بالعقود (٢) إذ لا يقال العقد إلا على الإيجاب والقبول معا، فتأمل فيه.

وأما الاكتفاء به على الوجه الذي قلنا، الظاهر القول به اللزوم بعد العمل، إذ الأصل الجواز وللإنسان أن يفعل في نفسه وماله بما يريد، إلا ما ثبت تحريمه، ولصدق السبق الموجود في المستند (٢)، ولقوله صلى الله عليه وآله: المسلمون عند شروطهم (٣) ونحو ذلك بل يمكن صدق العقد أيضا. ولكن ما قلنا باللزوم، للأصل وعدم التحقق، ولاحتمال أن يكون معنى (أوفوا)، إيجاب الإيفاء بمقتضى العقد إن كان جائزا فحائز وإن كان واجبا فواجب، وإن كان هذا لا يخلو من تأمل، فتأمل فيه. وأما إن لم يكتف بالإيجاب، بل يشترط القبول فهو لازم، لأن الظاهر أنه عقد، إذ هو مركب منهما على ما هو المقرر. وفيه منع، فإنه قد يكون كالجعالة، ولما مر، وبالجملة مع الاكتفاء غير معقول أن يكون عقدا لازما، ومع عدمه يكون كذلك لدخوله تحت العقود، والأصل فيه اللزوم، لأوفوا، ونحوه، وإن منع اللزوم مع عدم الاكتفاء، فإن المضاربة لا بد فيها من القبول، مع كونها جائزة، وكذا منع لزوم كل عقد كالمضاربة والوديعة والعارية، ولما تقدم من احتمال أن يكون معناه يجب الإيفاء بمقتضى العقد.

(١) المائدة ١.

(٢) إشارة إلى الخبر الدال على المسابقة وقد مر ذكره.

(٣) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٢.

(١٧٢)

وتفتقر المسابقة إلى تقدير المسافة.
وتقدير العوض، دينا كان أو عينا، من أحدهما أو أجنبي.

ويمكن أن يدفع بأنا ما نقول إن اللزوم لازم للايجاب والقبول (لاشترط
القبول - خ)، وعدم الاكتفاء بالايجاب من حيث هو، بل من حيث إنه حينئذ
يدخل تحت العقود جزما، فيلزم لدليل لزومها، فلا يضر عدم لزوم المضاربة ومنع
الكلية أيضا غير مناسب، لأن ظاهر الأمر هو الوجوب واللزوم، وخروج الوديعة
والعارية على تقدير كونهما عقدين بدليل، لا يضر كالمضاربة، والمعنى المذكور للآية
بعيد، إذ المتبادر أن العمل بمضمون العقد واجب، فإذا كان مضمون (أسابك)
إن سبقتك آخذ منك السبق، وإن سبقتني أعطيتك ذلك، يكون العمل به واجبا
ولازما، لأنه العقد لا غير، فتأمل.

قوله: ويفتقر المسابقة الخ. إشارة إلى شرائط المسابقة، وهي خمسة
(الأول) تعيين المسافة ابتداء وانتهاء أي الموضع الذي يتبدآن منه، والغاية
التي ينتهيان إليها.

ودليله أنه إنما وقع هكذا في زمانه صلى الله عليه وآله وأنه لو لم يعينا يقع
النزاع، وأنه قد يهلك الدابة.

ولعله لا خلاف فيه، بل هو اجماعي، وإلا فلا مانع أن يتسابقا حتى يقف
أحدهما، فيسبق الآخر فتأمل.

وأیضا ظاهرهم أنه يشترط كونهما متساويين في الموقف، فلو شرط لأحدهما
السبق المعين في الجملة لم يجز، صرح به في التذكرة، ودليله غير واضح، وذكر أن
الغرض هو العلم بجوده سير الفرس، وهو لم يحصل، وفيهما منع.
(الثاني) تعيين المال الذي يتسابقان عليه جنسا وقدرًا، لأنه عوض عن
فعل محلل، فلا بد من العلم به، كما في الإجارة وغيرها، ولئلا يحصل الغرر والنزاع.
والدليل غير واضح، إلا أن يكون اجماعًا، إذ لا مانع أن يقال: من سبق

وتعيين ما يسابق عليه.
واحتمال السبق.

فله ما يعين زيد أو هو أو أنا، كما في المهر أو فرس أو ثوب، ونحو ذلك، فيلزم ما صدق، أو العبد الآبق أو جزء منه، كما في الجعالة، ويجوز كونه عينا أو دينا. واعلم أن عقد المسابقة لا يلزمه مال، وإنما يلزم التعيين لو شرط، ولا فرق في ذلك المال بين كونه من أحد المتسابقين أو من الأجنبي.

(الثالث) تعيين ما يسابق عليه - من الدواب المذكورة التي يجوز المسابقة عليها - بالمشاهدة، لأن المقصود من المسابقة امتحان الفرس لتعرف شدة سيرها وتضمير الخيل (١) وتمرينها (تمرنها - خ) على العدو، وكل واحد يقتضي وجوب التعيين، فإن حضرت الأفراس مثلا، وعقد العقد على أعيانها، جاز اجماعا، وإن لم تحضر ووصفت وعقد العقد على الوصف، ثم أحضرت، فالأقرب المنع، لأن المعول في المسابقة على أعيان الخيل فلا يكفي الوصف، وهو أحد وجهي الشافعية والثاني الجواز لأن الوصف والاحضار بعده يقومان مقام التعيين في العقد في السلم، وفي عقود الربا، فكذا هنا، والفرق ظاهر، لأن في المسابقة الغرض متعلق بالشخص، وفي السلم وغيره بالكلي، فافترقا، هكذا في التذكرة. (٢)

وهو غير واضح وعموم الأدلة يقتضي الجواز مع الوصف، إذ لا مانع أصلا، والفرق الذي ادعي ظهوره هو محل النزاع فالظاهر عدمه.
(الرابع) احتمال ما يسابق عليه للسبق، بمعنى أنه يحتمل عند العقد أن يسبق كل واحد صاحبه، ولا يكون سبق أحدهما بعينه يقينا، ولا يشترط تساوي الاحتمالين، بل لو كان أحدهما ضعيفا والآخر قويا لا يضر، ما لم يعلم ويتعين

(١) في التذكرة: تضمير الخيل.

(٢) راجع التذكرة ج ٢ ص ٣٥٥.

وجعل العوض لهما، أو للمحلل، أو الأجنبي، (لأجنبي - خ ل) على اشكال.

سبق أحدهما، وكذا هذا شرط في فرس المحلل أيضا (١).
ووجهه ظاهر، فإن الغرض العلم بالسابق، فإذا كان قبله حاصلًا فلا معنى
لتحصيله، لأنه تحصيل الحاصل، فهو لهو وعبث.
(الخامس) جعل المال، سواء كان من المتسابقين أو من أحدهما فقط،
بمعنى أنه إن سبق ما يعطي شيئًا، ولا يأخذ، بل يحفظ ماله عن أن يأخذه أحد، أو من
أجنبي، إماما كان، أو غيره، لأحدهما أو المحلل.
والظاهر أن لا خلاف فيهما (٢) عند الأصحاب، وقد استشكل المصنف في
جواز كونه للأجنبي، وعموم الأدلة - من غير مانع ظاهر، لا شرعا ولا عقلا - يقتضي
الجواز، والمال ليس بشرط في عقد المسابقة، فشرط مال لغير الأسبق ليس بأدنى من
عدم مال، مثل أن يقول: إن سبقت أنت ما أعطيتك شيئًا، وإن سبقت أنا فاعط
درهما لزيد، وغير ذلك، ولأن تحصيل غرض (الغير - خ) يكون مقصودا للعقلاء،
للثواب وغيره.

اعلم أن قول المصنف: (وجعل العوض - إلى قوله - : على اشكال) لا يخلو
من شيء، فتأمل.

وزاد في التذكرة خمسة أخرى. (٣)

- ١ - عدم تضمن العقد شرطا فاسدا، وهو ظاهر، فترك للظهور.
- ٢ - أن يجعل المسافة بحيث يتحمل الفرسان قطعها، ولا ينقطعان دونها، وهو
ظاهر أيضا.

(١) انتهى مفاد ما في التذكرة فراجع.

(٢) يعني من المتسابقين أو من أحدهما.

(٣) حيث جعل الشرائط هنا عشر شرطا فراجع ج ٢ ص ٣٥٤.

٣ - أن يستبقا الدابتين (١) بالركوب. كأنه المفروض، ولهذا ترك، ودليله أيضا واضح، إلا أن يكون اجماعا.
٤ - ارسال الدابتين دفعة، هذا أيضا علم من شرط تعيين المسافة مع المساواة في الابتداء.

٥ - تساوي الدابتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الإبل والفيلة (٢) ولا بين الإبل والخيل، وهو أحد وجهي الشافعية، لأنه مناف للغرض من استعمال قوة الفرس، وتمرينها على السباق مع جنسها، والأقرب عدم اشتراط تساويهما صنفا، فيجوز المسابقة في الخيل بين العربي والبرذون، وفي الإبل بين البختي والعربي (٣)، لتناول اسم الجنس للصنفين، سواء تباعد الجنسان كالعتيق والهجين من الخيل والنجيب والبختي من الإبل أم لا، وهو قول أكثر الشافعية وقال بعضهم: إذا تباعد لم يحز، كالجنسين، وهو بعيد. (٤)
وجه جواز الصنفين مع التباعد هو عموم الأدلة، مع احتمال السبق في الجملة، وأصل عدم مانع آخر، وهذا جار في الجنسين أيضا، إلا أن يكون مجمعا عليه، فتأمل.

وباقى الزيادة في الشروط يرجع إلى ما ذكرنا في العوض.
واعلم أنه قال في التذكرة: لا يجوز التسابق لنساء لأن الغرض التأهب للقتال ولا قتال عليهن.
وأنه على تقدير اللزوم لا يجوز فسخه إلا بالتقاييل، كما في ساير العقود

(١) في التذكرة: على الدابتين.
(٢) في التذكرة: ولا بين الفيلة.
(٣) في التذكرة: والعرايبي.
(٤) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٦.

والرمي إلى عدد (عدده - خ)، وعدد الإصابة، وصفتها.
وقدر المسافة، والعض والغرض.
وتماثل جنس الآلة.

اللازمة.

ولا يجوز الزيادة في العوض والعمل إلا بفسخ العقد واستيناف عقد آخر،
وأما على تقدير جواز جازت الزيادة والنقصان في المسافة، وفي المال مع التراضي.
قوله: (والرمي إلى عدده الخ) عطف على المسابقة، أي يفتقر عقد الرمي أيضا إلى
شروط، وهي أيضا أمور عدد ما يرميه كل واحد وعدد الإصابة التي تحصل به
الغلبة، أي عدد ما يصيب الغرض كخمسة من عشرة مثلا، وكيفية الإصابة من
الخرق وغيره.

ودليله غير واضح، فإن الظاهر أن الإصابة معنى واضح، يكفي مجرد الصدق
على أي وجه كان.

قال في التذكرة: لا يشترط الاعلام بصفة الإصابة (إلى قوله): وإذا
أطلق (١) حمل على البرع (٢) (القرع - خ ل) وهو مجرد الإصابة، لأنه المتعارف، ولأنه
المطلق معنا فيحمل المطلق لفظا عليه. (٣)
نعم إن شرط نوعا خصا من الإصابة يتعين.

وقدر المسافة (٤) التي بين، الرامي والغرض، ويشترط كونها بحيث يمكن
الإصابة فيها وهو ظاهر ومذكور في التذكرة، وتعيين الغرض، أي ما يقصد إصابته
أي شيء كان، وتعيين العوض، وتماثل جنس الآلة، كمشاب ورمح، ووجهه
ما تقدم فيما يسابق عليه.

(١) في التذكرة وإذا أطلقا.

(٢) برع براعة وزان ضخمة ضخامة فاق أصحابه في العلم وغيره فهو بارع (مجمع البحرين).

(٣) انتهى كلام التذكرة.

(٤) عطف على قوله: وكيفية الإصابة.

ولا يشترط تعيين القوس ولا السهم.

وأما اتحاد نوع ما يرمى به، فالظاهر أنه لا يشترط عند أصحابنا، قال في التذكرة: أما اختلاف أنواع القسي والسهام، فإنه لا يضر، وذلك كالقسي العربية مع الفارسية والدودانية مع الهندية، وكالنبيل، وهو ما يرمى عن القوس العربية مع النشاب وهو ما يرمى به عن القوس الفارسية (إلى قوله): لأننا ذكرنا إن اختلاف نوع الإبل والفرس لا يضر، فاختلاف النوع في الآلة أولى، وقال بعض الشافعية: لا يجوز المناضلة على النبل والنشاب، لأنهما ينزلان منزل الخيل والبغال الخ. (١) ويؤيده عموم أدلة جواز هذا العقد، وعدم المانع عقلا وشرعا، بل لو لم يكن الاجماع في اشتراط الاتحاد جنسا، لأمكن القول بعدمه أيضا فمراده هنا بتمثال جنس الآلة الاتحاد في جنس الآلة، مثل الرمح والنشاب لا غير. قوله: ولا يشترط تعيين القوس الخ. أي لا يشترط في صحة هذا العقد تعيين الآلة بالشخص بالمشاهدة، كما يشترط فيما يسابق عليه، مثل هذا القوس، فلا يشترط أن يقال هذا القوس أو هذا النشاب، بل بالجنس والوصف أيضا، بأن يقال بالنشاب العربي والقوس العربي أو العجمي وغير ذلك، للأصل، وعموم الأدلة، ولأن الاختلاف بالنوع يجوز، ولأن التعويل على الرامي في الرمي، ولا عمل للآلة، فتأمل.

ولكن لا شك أنه لو شرط نوع الآلة، أو عينها، تعيين، لدليل الشرط، ولا يجوز العدول إلا برضا صاحبه، فلو شرط الرمي عن القوس العربي لا يجوز العدول إلى العجمي، إلا أن يتفقا على العدول، صرح به في التذكرة. هذا باعتبار العدول إلى الأجود، وجوز في التذكرة العدول إلى الأضعف والأردى، مثل إ ن شرط العربية، فعدل إلى الفارسية، وقال: هو أحد وجهي

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٦١.

ولا المبادرة (ولا - خ) المحاطة.
ولا تساوي الموقف.

الشافعية، والأظهر عندهم المنع هنا أيضا إلا بالرضا، كأنه الأظهر للشرط.
ثم قال: ولا يتعين السهم والقوس بالشخص، وإن عيناه بالشرط، فلو عينا
شخصا من نوعي القسي أو السهام لم يتعين، وجزاز ابداله بمثله من ذلك النوع فيه،
سواء تجدد فيه خلل يمنع من استعماله أو لم يتجدد - إلى قوله - وهو أظهر قولي الشافعية
والثاني أنه يصح الشرط، لا مكان تعلق الغرض بذلك المعين، وتفاوت القوس
الشديدة واللينية، قريب من تفاوت القوس العربية والعجمية (١) كأنه الأظهر
للشرط، فتأمل.

قوله: ولا المبادرة ولا المحاطة. المبادرة أن يبادر أحدهما إلى إصابة عدد
معين من مجموع الرشق مع التساوي في العدد، مثل عشرة من مائة، فمتى وجد
أحدهما عدد الإصابة المشترك من عدد معين - مثل عشرة من خمسين، وما حصل من
الآخر، ذلك العدد من الإصابة، مثل إن أصاب تسعة من خمسين - فقد نضل
الأول، واستحق المال، وليس بلازم أن يشترط ذلك.

ولا المحاطة، وهو اسقاط ما أصاب واحد بآخر، إلى أن يتم الرشق، فكل
من يكون عدد أصابته فاضلا على الآخر بواحد، يكون هو فاضلا.
ولكن يحمل المطلق من غير قيد على المحاطة، لأنه المتبادر فتأمل وكل
ما ذكر وقيد يعمل به من المبادرة والمحاطة وغيرهما.
دليل عدم الشرط واتباع الشرط مع الذكر هو عموم الأدلة، والأصل،
ودليل الشرط

قوله: ولا تساوي الموقف. أي لا يشترط أن يذكر أو يشترط التساوي في

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٦١.

وكما يصح الرهن على الإصابة، يصح على التباعد.
وأن يبذل العوض أجنبي، أو من بيت المال.

الموقف، فيجوز أن يشترط كون أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر، للأصل، وعموم الأدلة، مع عدم المانع عقلا وشرعا، ولأن الغرض اظهر الغلبة، وقد يحصل بالتأخر.

نعم مع عدم الاشتراط لا بد من التساوي، وهذا مؤيد لما قلناه من احتمال عدم اشتراط التساوي في الموقف في السابقة أيضا، فتذكر، وقد اشترط هناك التساوي في الموقف، فيبطل مع الشرط التأخر. وشرط في التذكرة أيضا تعيين المرابين وهو ظاهر، لأنهما المتعاقدان، ولأن الغرض ما يحصل بدونه، ولما ذكر في المركوب، فإنهما بمنزلة المركوب في المسابقة، فتأمل.

وأيا ذكر اشتراط ذكر من يتدئ، ومع الإهمال يحتمل البطلان، والقرعة، لأن الابتداء غرض مهم عند المرابين، (المرابين - خ) فإن الغرض يكون خاليا، والنفس مستقرة يكون أدخل للإصابة. وذلك غير واضح، فيحتمل الصحة مع الإهمال، والعمل بالقرعة تشاحا. قوله: وكما يصح الرهن الخ. أي كما يصح الرهانة وشرط أخذ مال على إصابة الغرض مع الشرائط المتقدمة، يجوز على التباعد بأن يرميا من موضع معين إلى صوب معين بأن من يبعد سهمه عن الآخر فله كذا وكذا من المال، ودليل جوازه عموم الأدلة، وكأنه مجمع عليه أيضا.

قوله: وأن يبذل العوض الخ. أي يجوز أن يكون البازل لمال عقد السبق مطلقا أجنبي، أي من لا يسبق ولا يرم، لأن فيه مصلحة المسلمين وتقويهم (يقويهم - خ) للقتل والقتال (للقاتال - خ) مثل الإمام ونائبه، ويجوز أن يبذل العوض من بيت المال، لأنه من المصالح، لأنه يحصل به معرفة القتل والقتال

وجعله للسابق أو للمحلل.
ولو جعل للسابق من خمسة فتساووا، فلا شيء. ولو سبق واحد
أو اثنان فلهما أوله.

والملكة، وهو أهم المصالح، ولا شك في جوازه من المتسابقين وأحدهما عندنا، وقد
أشرنا إليه فيما تقدم.

قوله: وجعله للسابق الخ. أي يجوز جعل العوض لمن غلب وسبق
صاحبه، سواء كان العض من الأجنبي أو من بيت المال أو الرفيق أيضا أو
للمحلل وهو الذي إن سبق أخذ وإن لم يسبق لم يغرم.
قوله: ولو جعل للسابق الخ. أي لو قيل هذا المال للسابق من أشخاص
خمسة مثلا، فتساووا أي ما سبق أحدهم، بل صار الكل متساويا، فلا شيء حينئذ
لأحدهم، ولو سبق واحد أو اثنان أو ثلاثة بل أربعة، فالسبق المعين لمن سبق، واحدا
كان أو أكثر بالسوية والسبق من بيت المال أو الأجنبي أو من المتسابقين.
وفي استحقاق المتعدد خصوصا ثلاثة أو أربعة تأمل، لأن المتبادر من قوله:
(هذا لمن سبق منكم، مثلا) هو الواحد عرفا، وإن كان لغة يصح إطلاقه على أكثر،
ولأن الغرض حصول عمل يستحق بذلك، وهو هنا سبقه على الكل، لا سبق الكل
على الواحد، فإن كان هنا قرينة معلومة يرجع إليها، وإلا يعمل بمقتضى العرف إن
كان، وإلا فاللغة، فتأمل.

قال في التذكرة: ولو قال: كل من سبق فله دينار، فسبق ثلاثة فالأقرب
أن لكل واحدا دينارا، ويحتمل في قوله من سبق فله دينار ذلك، أيضا حتى لو سبق
ثلاثة استحق كل واحد دينارا. (١)
فقوله: (فالأقرب) يحتمل أن يكون إشارة إلى كون الدينار الواحد للمتسابقين،

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٨.

وجعل السبق للسابق وإن تعدد، وجعل المصلي لمن يصلي
(صلى - خ ل) وإن تكثر، ولا شيء للأخير.

ويحتمل أن يكون إشارة إلى عدم استحقاق شيء مع التعدد أصلاً، إلا أن ذلك بدون (الكل) أقوى لتأكيد (كل) إفادة من سبق، وكذا في الثلاثة والأكثر لكثرة التعدد، ولكن ما ذكر أن المخاطبين الذين اشترط لهم كم هم؟ وقد يتفاوت الحكم على الظاهر بكثرتهم وقتهم، فتأمل.

وفي قوله (٢): فلهما أوله، لف ونشر غير مرتب.

قوله: وجعل لسبق للسابق الخ. فيكون السابقون مع تعيين المال متساويين فيه، ومع تعيين شيء على حده يكون ذلك لكل واحد واحد، فلو قال: كل من سبق فله هذا أو درهم، فمع تعدد السابق يقسمون الأول بالسوية، ويأخذ كل واحد درهما في الثاني.

وكذا يجوز جعل المصلي اسم المفعول أي ما يجعل من المال للمصلي اسم فاعل واحداً كان أو متكثراً، على الوجه الذي تقدم، ولا شيء للأخير، أي الذي تأخر على المصلي، فالسابق يأخذ ماله، وكذا الصلي، وإن تعدد فلا شيء لغيره. وجه الكل واضح، وليس فيه شيء إلا ما أشرنا إليه، فتذكر.

المصلي هو الذي يحادي رأسه صلوي السابق، والصلوان عظامان نابتان عن يمين الذنب وشماله، وقيل منه اشتق للصلاة التي هي العبادة، لأن المتعبد يرفع صلوه في الركوع.

والظاهر أن المراد أقل المرتبة التي يصدق عليه المصلي هو هذا، فلو تعدى عنه فهو أيضاً مصلي، فأخذ المصلي.

كما أن السابق هو الذي (أن - خ) يسبق ويتقدم بالعنق والكتد، وقيل

(١) يعني المصنف في المتن.

بالإذن، وهو المجلى والكتد وهو الكاهل، وهو العالي، ما يتواصل بالعنق والظهر، وهو من الخيل مكان سنام من البقر، وهو مجتمع الكتفين كذا في التذكرة. ومعلوم أن المراد هو أقل المراتب، فلو سبق بالأكثر هو سابق جزما. وقال في شرح الشرايع (١): والمشهور هذا الخبر، ورده بأن الخبر محمول على ضرب المثل، على حد قوله صلى الله عليه وآله: كمفحص قطة (٢)، المعنى بين الأصحاب وغيره، ونسب القول بأنه يكفي السبق بالإذن إلى ابن الجنيد، خبر ابن الجنيد، قال النبي صلى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه (٣) ثم استشكل القول به، وقال: للسابق معان كثيرة عند الفقهاء فتارة يعبرونه بالقوائم وأخرى بالعنق وثالثة بالكتد (بالكتف - خ) والرابعة

(١) وحيث إن نقله لعبارة المسالك في غاية الاجمال فلهذا نقلناه من المسالك، قال (عند قول الماتن فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق الخ) المشهور بين الأصحاب وغيرهم أن السابق هو المتقدم بعنق دابته وكتدها بفتح التاء وكسرهما وهو العالي بين أصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل، وذهب ابن الجنيد رحمه الله إلى الاكتفاء بالإذن لقول النبي صلى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه وأجيب بالحمل على المبالغة وإن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حد قوله صلى الله عليه وآله: من بنى مسجدا ولو كمفحص قطة بنى الله له بيتا في الجنة، مع امتناع بناء مسجد كذلك، وبأن أجد الفرسين قد يكون هو

السابق فيرفع رأسه فيقدم إذن الآخر عليه واعلم أن في كلا القولين اشكالا، لأن السبق معنى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف وله اعتبارات متعددة عند الفقهاء، وغيرهم فتارة يعتبرونه بالقوائم وأخرى بالعنق وثالثة برفع الكتد ورابعة بالإذن، فإذا أطلق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق، ففي حمله على بعض هذه المعاني دون بعض نظر بل في صحة اطلاق العقد كذلك، إلا أن يدل العرف على إرادة شيء منها فيحمل عليه ولا كلام، انتهى.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: من بنى مسجدا كمفحص قطة بنى الله له بيتا في الجنة الخ.

(٣) في كنز العمال: بعثت أنا والساعة كهاتين - وأشار بإصبعه والوسطى - كفرس رهان استبقا، فسبق أحدهما صاحبه بإذنه الخ ج ١٤ ص ٥٤٧ تحت رقم ٣٩٥٧١.

ولو أخرجنا وقالنا من سبق فهما له، وإن سبق أحدهما أو المحلل فهما له، وإن سبقا فلكل ماله، وإن سبق أحدهما والمحلل، فللسابق مال نفسه ونصفه الآخر، وللمحلل الباقي.

بالإذن، فإذا أطلق المتسابقان (أسبق) (١)، فحملة على بعضها دون بعض نظر، بل في صحة اطلاق العقد كذلك، إلا أن يدل القرينة على إرادة شيء منها فيحمل عليه، ولا كلام فيه. (٢)

ويمكن أن يقال كون السبق بهذا المعنى عرفيا في هذا المقام، وأن الظاهر أن (أنه - خ) لا خلاف في صدق السابق على السابق بالمعنى المشهور، فهو مجمع عليه، وما دونه غير معلوم.

وما ثبت العرف ولا اللغة في أن هذا الفرس سابق أو راكبه سابق إذا سبق دون ذلك، مثل الإذن، بل إذنه لا غير.

والأصل عدم السبق وعدم لزوم شيء، وبراءة الذمة، حتى يتحقق، وقد يتحقق بالمشهور لا بدونه، فلا اشكال، وعموم الأدلة يدل على صحة العقد، مع عدم تعيين السبق بالمعنى المعين.

وأما ما ذكره في رد مذهب ابن الجنيد فليس ببعيد، إذ غير معلوم كونه ضرب مثل، وعلى تقدير كونه فهو سابق فينبغي أن يقال: بعدم صحة الخبر، بل سنده غير واضح، وعلى تقدير التسليم هو لغة سبق في الجملة، ومقيد بالإذن، ولا يلزم من اطلاق السبق بالإذن أنه إذا ذكر السابق في عقد الرهان المقرر عند الفقهاء يكون المراد ذلك، وهو ظاهر، فتأمل.

قوله: ولو أخرجنا وقالنا الخ. أي لو أخرج المتسابقان مالا، وقالنا هذا لمن سبق منا ومن المحلل، فإن سبق أحدهما أو المحلل فلكل له، وإن سبقهما فلكل مال

(١) هكذا في جميع النسخ.

(٢) انتهى كلام المسالك.

ولو شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة فأصابا خمسة من عشرة، لم يجب الاكمال، ولو أصاب أحدهما خمسة منهما والآخر أربعة، نضل صاحب الخمسة.
ولو شرطا المحاطة فأصابا خمسة منها تحاطا، وأكملا، ولو

نفسه، فهو بمنزلة من لم يسبق أحدهما أصلا، وهو ظاهر، وإن سبق أحدهما والمحلل على الآخر، فللسابق مال نفسه، لأنه ما سبقه أحد حتى يأخذ ماله ونصف (١) مال المسبوق أيضا، لأنه سبقه مع المحلل، والمال لمن سبق والسابق اثنان، فيقسم بينهما بالسوية، فيكون النصف الآخر للمحلل.

قوله: ولو شرطا المبادرة الخ. قد عرفت معنى المبادرة، والرشق بالكسر هو عدد الرمي من النشاب، فلو أصاب كل واحد بالخمسة التي كانت إصابتها شرطا من العشرة، فلم يغلب أحدهما الآخر، ولم يجب اكمال العشرين، إذ لا فائدة بالحصول إلا الاتيان بالشرط الموجب للغلبة.
أما لو أصاب أحدهما خمسة من الشعرة والآخر أربعة منها نضل صاحبه وغلبه، فيأخذ العضو، لأنه قد شرط المبادرة، بمعنى (يعني - خ) كل من أصاب خمسة من عدد عشرين، وما أصاب صاحب الخمسة من تلك العدد من العشرين فهو نضل.

والظاهر أنه لا يجب حينئذ اكمال العشرين أيضا لحصول الغلبة، بل الشرط أيضا.

ونقل في التذكرة عن بعض العامة وجوب الاكمال لينتفع صاحبه بالعلم (٢) من راميته، ونحو ذلك، وفيه ما تقدم.
قوله: ولو شرطا المحاطة الخ. أي لو شرط المحاطة في عشرين رشقا وإصابة

(١) عطف على قوله قدس سره: مال نفسه.
(٢) في بعض النسخ: لتعلم، وفي بعضها بالتعلم.

أصاب أحدهما تسعة منها والآخر خمسة تحاطا، وأكتملا، ولو بادر أحدهما بعد المحاطة إلى اكتمال العدد مع انتهاء الرشق، فقد نضل صاحبه، وإن كان قبله وطلب المسبوق الاكتمال، أوجب مع الفائدة كرجاء الرجحان أو المساواة أو القصور عن العدد، وإن لم تكن فائدة لم يجب، كما لو رميا خمسة عشر فأصابها أحدهما والآخر خمسة، ويملك العوض بتمام النضال.

الخمسة، فأصاب كل منهما خمسة من عشرة تحاطا وأكتملا، فيجب الاكتمال على تقدير وجوب العقد، إلا مع التراضي بالفسخ، لظهور الفائدة، فهو بمنزلة ما لم يصيبا شيئا.

وكذا لو أصاب أحدهما تسعة من الشعرة والآخر خمسة تحاطا، وأكتملا العشرين، لاحتمال أن يخطأ صاحب التسعة في كل العشرة الباقية، ويصيب الكل صاحب الخمسة، فيغلب صاحبه.

ولو بادر أحدهما بعد المحاطة إلى اكتمال عدد الإصابة الذي هو شرط، يعني أصاب أحدهما فقط دون الآخر خمسة، مع انتهاء كل رشق منهما، وهو العشرون، فقد نضل صاحبه وهو ظاهر، وإن كان اكتمال العدد (١) قبل انتهاء رشق صاحبه المسبوق وطلب لنفسه اكتمال عدده، يجب إجابته مع الفائدة كرجاء الرجحان، مثل أن يرمي كل واحد عشرة، فيصيب أحدهما ستة والآخر واحدا، ويبقى من الرشق عشرة فيصيبها صاحب الواحد، فيكمل له أحد عشر، ويخطأها الآخر فيحاطان ستة بستة، فيبقى لصاحب أحد عشر خمسة أو المساواة (٢) مثل أن يرمي كل واحد خمسة عشر فيصيب أحدهما عشرة والآخر خمسة، فإذا أكتملا الرشق أصاب صاحب الخمسة وأخطأ الآخر، فيحصل الكل منهما عشرة.

(١) في بعض النسخ وإن كان اكتماله الخمسة الخ.

(٢) عطف على قوله: كرجاء الرجحان.

ولو فسد العقد فلا عوض، ولو خرج مستحقا فعلى باذله المثل أو القيمة.

أو القصور عن العدد مثل أن يرمي كل واحد خمسة عشر وأصاب أحدهما عشرة والآخر اثنين ثم يرميان خمسة فيصيب صاحب الاثنين ويخطي صاحب العشرة فيقصر.

وإن لم يكن فائدة لم تجب كما لو رميا خمسة عشر، فأصاب أحدهما خمسة عشر والآخر خمسة، ويملك العوض بتمام النضال لحصول شرط الملك حينئذ. قوله: ولو فسد العقد الخ. وجه عدم لزوم العوض المعين الذي شرط، مع فساد العقد، أن فساد العقد موجب للبطلان، فلا شيء حينئذ.

ويمكن أن يلزم أجره المثل، سواء قلنا إن العقد لازم كالإجارة أو جائز كالجعالة.

والظاهر أيضا أن المراد بالأجرة أجره المثل لمجموع ركض الفرس، لا مقدار السبق فقط، وكذا رمي السهام.

والظاهر أن هذا مع جهل الناظر والسابق لا مع العلم.

ولو كان الفساد بسبب كونه مستحقا للغير، فعلى باذله مثل ذلك أن كان مثليا، وإلا قيمته، فإنه رضى بذلك العوض فإذا تعذر يلزم العوض.

ويمكن حينئذ أيضا أجره المثل للفساد، وهو الحكم في غير المسابقة مع غصبية العوض، ويحتمل أقل الأمرين مع العوض بالمثل أو القيمة، ومن أجره المثل، لأنه قد رضى بالعوض المعين فمع التعذر تعين عوضه ولم يكن له الزيادة، فإنه أسقطها باختياره وعلمه، ومع كون الأجرة أكثر.

ويمكن أن يقال: الأصل عدم لزوم شيء، وقد فسد هذا العقد فلا يستحق أجره علمه، كما لو فسد (العقد - خ) لغير ذلك.

ويحتمل أن يكون المراد بقوله: (ولو خرج مستحقا) أنه ما فسد العقد

بخروجه مستحقا، بأن كان العوض في الذمة، فدفعه وخرج المدفوع مستحقا،
وحيثئذ يصح العقد ويلزم مثل ما دفع أو قيمته أعني ما ذمته، فتأمل.
ثم اعلم أنه على تقدير كونه جائزا كالجعالة يقوى عدم لزوم شيء في
صورة الفساد مطلقا، لعدم الدليل.

ويؤيده ما قال في التذكرة: إذا وقع عقد المناضلة والمسابقة في الصحة ودفع
المال في مرض الموت، فهو من رأس المال إن جعلناه إجارة وإن جعلناه جعالة فهو
من المتبرعات التي يخرج من الثلث، وللشافعية وجهان، ولو وقع العقد في المرض
احتمل احتسابه من الثلث، والتفصيل، فإن جعلناه جعالة فكذلك، وإلا فمن
الأصل. (١)

والتأييد ظاهر، ولكن في كلام التذكرة نظر، لأن الجعل إذا كان غير زائد
على أجرة المثل، فينبغي خروجه عن الأصل، سواء كان لازما أو جائزا، وأجرة
الإجارة، إن كانت زائدة فالزائد من الثلث والباقي من الأصل، ولا دخل للزوم
وعدمه في ذلك.

وبالجملة المال إذا كان سبب لزومه قبل المرض فهو من الأصل، سواء دفع
في المرض أم لا، وإن العقد إذا كان بأجرة المثل، كان الجعل من الأصل، وإلا
فالزائد من الثلث لازما كان أو جائزا، فتأمل في كلامها.

(١) انتهى كلام التذكرة: ج ٢ ص ٣٧١.

(المقصد الخامس في الشركة)
وفيه بحثان الأول الشركة عقد جائز من الطرفين.

(المقصد الخامس في الشركة)

قوله: المقصد الخامس في الشركة وفيه بحثان الخ. قال في التذكرة:
الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع الخ.
فكون الشركة مطلقا عقدا (١) محل التأمل، فإن سببها قد يكون إرثا، وقد
يكون مزجا، وقد يكون حيازة، بأن يقلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة.
نعم قد يكون عقدا، بأن اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخر فصارا
كلاهما مشتركين، وهما شريكان، وليس في شيء منهما الشركة التي هي عقد.
ففي كونها عقدا مسامحة، وهو ظاهر، فإن الشركة هي الاجتماع المتقدم،
فلا معنى لكونها عقدا وجائزا.
نعم البقاء على حكمه أمر جائز، بمعنى أنه لا يجب الصبر على الشركة، بل
يجوز دفعها، وابقائها، فكأنه يريد بالعقد معنى آخر للشركة غير ما تقدم، كما سيحى
ذلك، وبالجائز أنه إذا أذن للتجارة وغيرها لا يلزم ذلك، بل يجوز منعه بعد وطلب

(١) كما عرفه قدس سره في المتن.

القسمة.

قال في التذكرة: الشركة جائزة بالنص والاجماع، أما النص فالكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل الآية (١) أضاف الغنيمة إليهم، وجعل الخمس مشتركا بين الأصناف المذكورين، وقوله تعالى: فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث (٢) وأما السنة فنقل الروايات من العامة - إلى قوله ومن طريق - الخاصة ما رواه هشام بن سالم (في الصحيح) عن الصادق عليه الصلاة والسلام، قال: سألته عن الرجل يشارك الرجل في السلعة؟ قال: إن ربح فله، وإن وضع فعليه. (٣)

وعن الحسين بن المختار، أنه سأل الصادق عليه السلام، عن الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه (و- خ) قد أختان منه شيئا أله أن يأخذ منه مثل الذي أخذ من غير أن يبين ذلك (له - ثل يب)؟ فقال: شوه (٤) لهما، اشتركا بأمانة الله وإني لأحب له إن رأى شيئا من ذلك أن يستر عليه، وما أحب له أن يأخذ منه شيئا بغير علمه. (٥)
والأخبار في ذلك كثيرة من طرق العامة (٦) ومن طرق الخاصة، وأما

(١) الأنفال: ٤٠.

(٢) النساء: ١٢.

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الشركة الرواية ١ ج ١٣ ص ١٧٤ وفي التهذيب يشاركه الرجل بدل يشارك الرجل.

(٤) بمعنى التنكير والتقييح كما في الوافي.

(٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب الشركة الرواية ١ ورواها في التهذيب في باب الشركة والمضاربة تحت رقم ٣٥ ج ٧ ص ١٩٢. ونقل الرواية أيضا في آخر هذا الباب هكذا: وإني لا أحب له إن رأى منه شيئا من ذلك أن يشير عليه.

(٦) منها ما يستفاد من سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ و ص ٢٨٥.

ولا يصح شرط الأجل، لكن يثمر المنع من التصرف إلا بإذن جديد.

وتحقق بمزج المتساويين، وباستحقاق الاثنين الشيء، إما بالإرث أو الحيازة، أو بابتياح جزء من أحد المختلفين بجزء من الآخر. وإنما تصح بالأموال، دون الأبدان والوجوه والمفاوضة.

الاجماع، فإنه لا خلاف بين المسلمين على الجملة، وإن اختلفوا في أنواع منها. (١) كأنه يريد استدلال على حصول حكم الاشتراك، وإلا حصولها ضروري أو (و- خ) المعنى العرفي غير المعنى المتقدم، وهو عقد ثمرته جواز تصرف مالك في ماله ومال غيره، كما سيجيء تحقيقه، فتأمل. قوله: ولا يصح شرط الأجل الخ. أي لو شرط أجلا في نوع من الشركة المتقدمة بالمعنى في العقد لم يلزم ذلك الأجل، بمعنى أنه لم تنته بانتهاء الأجل، بل هي حاصلة بعده أيضا، ما لم تحصل القسمة.

لكن ثمرة شرط الأجل المنع للشريك من التصرف في المشترك حتى يحصل إذن جديد، فلو مزجا ماليهما، وقال أحدهما للآخر تصرف بالبيع ونحوه، ونحن نكون شركاء إلى سنة، فالشركة بعد السنة باقية، ولم يجز لأحدهما التصرف، إلا (إلى - خ) أن يعلم إذنه، فتأمل.

قوله: وتتحقق بمزج المتساويين الخ. وقد مر تحقيقه. قوله: وإنما تصح بالأموال الخ. قال في التذكرة: الشركة على أربعة أنواع، شركة العنان (من عن - خ) وهي أن يخرج كل مالا ويمزجاه، ويشترط (ويشترط - خ) العمل فيه بأبدانهما، ونقل الخلاف في سبب التسمية، واشتقاق

(١) انتهى ما في التذكرة ج ٢ ص ٢١٩ كتاب الشركة.

العنان من أين؟ - إلى أن قال - ولذلك وقع الاجماع من العلماء على صحتها، واختلفوا في غيرها، وأما شركة الأبدان فهي أن يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبان بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعلمون في متاعهم فما رزق الله فهو بينهم على التساوي أو التفاوت. (١)

والظاهر أن هذه الشركة أعم من ذلك فإنها تعم شركة الصانع في متاعه وغيره.

وشركة المفاوضة هي (فهي - خ) أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلزمان (٢) من غرم يحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر، من أرش جناية أو غصب أو قيمة متلف وغرامة لضمان أو كفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطه أو يكتسبه من (في - خ) تجارة بما له المختص به، قال صاحب اصلاح المنطق (٣): شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه، بينهما، وشركة الوجوه قد فسرت بمعان، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما، لبيتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعه ويؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما وقيل إن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل إن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل،

(١) قال في التذكرة: الشركة على أربعة أنواع، شركة العنان وشركة الأبدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه الخ ج ٢ ص ٢١٩.

(٢) في التذكرة: ويلتزمان.

(٣) لإمام اللغة والنحو أبي يوسف يعقوب بن إسحاق بن سكين الشهيد سنة ٢٤٣ قتل المتوكل في يوم الاثنين لخمس خلون من رجب ويحتمل أن يكون المؤلف هو أبو حنيفة أحمد بن داود الدينوري المتوفى سنة ٢٩٠ هو

تلميذ ابن السكيت (الذريعة ج ٢ ص ١٧٣ تحت رقم ٦٣٨).

ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما، وقيل إن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له - ثم قال - : لا يصح شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان، وقد بينا أن شركة العنان جائزة، وعليه اجماع العلماء في جميع الأعصار، وأما شركة الأبدان فعندنا أنها باطلة سواء اتفق عملهما أو اختلف، بأن يكون كل واحد منهما خياطاً، ويشتركان في فعل الخياطة، أو يكون أحدهما خياطاً والآخر نجاراً، أو يعمل كل واحد منهما في صنعته ويكون الحاصل بينهما، وسواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك، أو في تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش. (١)

ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع، فإن كان فهو، وإلا فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع، ولهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة، ونقل إن مذهب الشافعي كمذهب الأصحاب ثم قال: وشركة المفاوضة عندنا باطلة، وليس لها أصل، وبه قال الشافعي ومالك، ثم قال: وشركة الوجوه عندنا باطلة، وبه قال الشافعي ومالك. (٢)

والبحث فيهما مثل ما تقدم، فتأمل.
ثم قال: أركان الشركة ثلاثة الأول المتعاقدان ويشترط في كل منهما البلوغ والرشد والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرف، والضابط (الضابطة - خ) أهلية التوكيل والتوكل، لأن كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال، أما فيما يخصه فبحق الملك، وأما في مال غيره فبحق الإذن من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه بالتصرف في ماله.

(١) انتهى كلام التذكرة.

(٢) انتهى كلام التذكرة.

فلا يصح وكالة الصبي، لعدم اعتبار عبارته في نظر الشرع، ولا المجنون لذلك، ولا السفية، ولا المكره، ولا الساهي والغافل والنائم ولا المفلس المحجور عليه، لأنه ممنوع من جهلة الشرع من التصرف في أمواله.

ولا فرق في ذلك بين أن يأذن من له الولاية عليهم في ذلك أولاً، إلا المفلس، فإنه إذا أذن له الحاكم في التوكيل أو التوكيل جاز، وكذا السفية. (١)

- إلى قوله - الثاني الصيغة، وقد بينا أن الأصل عصمة الأموال على أربابها وحفظها لهم، فلا يصح التصرف فيها إلا بإذنها، وإنما يعلم الرضا والإذن باللفظ الدال عليه فاشترط اللفظ الدال على الإذن في التصرف والتجارة، فإذا (فإن - خ) إذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً، فلا خلاف في صحته، ولو قال كل منهما: اشتركتنا، واقتصرنا عليه مع قصدهما الشركة بذلك، فالأقرب الاكتفاء به في تسلطهما على التصرف به من الجانبين لفهم المقصود عرفاً، وهو أظهر وجهي (قولي - خ) الشافعية، وبه قال أبو حنيفة، والثاني أنه لا يكفي لقصور اللفظ عن الإذن.

- إلى قوله -: الثالث المال، يشترط في المال المعقود عليه الشركة أن يكون متساوي الجنس، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما، وحصل الاشتباه بينهما، سواء كان المال من الأثمان أو العروض، كما لو مزج ذهب بذهب مثله أو فضة بمثلها أو حنطة بمثلها، أو دخنا (٢) بمثله إلى غير ذلك، مما يرتفع فيه المايز بينهما. (٣)

وقد صرح مراراً أن الشركة لا بد لها من عدم امتياز المالكين، سواء كان مثلياً أو قيمياً، وأنه قد تكون اختيارية، وقد لا تكون اختيارية، وادعى اجماع علمائنا على أنها تجري في العروض والأثمان، وأنها لا تصح بدون مزج المالكين وقد

(١) راجع ص ٢٢١ من التذكرة ح ٢.

(٢) الدخنة ذرية تدخن بها البيوت والظاهر أنه دخن بالرفع لا دخنا بالنصب.

(٣) ص ٢٢١ من التذكرة.

عرفت أيضا فيما سبق.
وأنت تعرف أن تلك الشركة ما تحتاج إلى عقد ولا عاقد، ولعل مراده غير
تلك الشركة، بل هي باعتبار الأحكام المترتبة عليها من جواز التصرف والتجارة
وحصول الربح وغيرها.
وقال أيضا فيها المقصود في هذا المقصد، البحث عن الشركة الاختيارية
المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة، فيمكن أن يؤخذ تعريفا آخر للشركة،
ويكون هذه الأركان والأحكام لها دون ما عرفها بالتعريف المشهور.
فكان المراد بها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك في مال نفسه (١) وغيره،
وحيث يحتاج إلى عقد، وهو لفظ، بل أمر دال على الإذن في ذلك بأي وجه
كان، بحيث لا يحتمل غيره مجازا أو حقيقة، ولا يحتاج إلى قبول لفظي والمقارنة كما
في سائر العقود، لأنه توكيل وإذن في التصرف، ففي عده من العقود تسامح.
وأما اعتبار ما اعتبر في التذكرة في المتعاقدين، كما نقلنا عنه آنفا فجيد،
إلا أنه قال: (لأن كل واحد منهما متصرف الخ) وذلك غير معتبر في الشركة، بل
يكفي جواز التصرف من أحدهما.
وأيا قال: ولا فرق في ذلك بين أن يأذن له منه الولاية عليهم في ذلك
أولا، إلا المفلس، فإنه إذا أذن له الحاكم في التوكيل والتوكل جاز وكذا السفية.
وفي السفية اشكال، إذ ليس له أهلية التصرف والمعرفة بالمعاملة وكيفية
حفظ مال نفسه، فكيف يسلطه الحاكم على تصرفه في ماله أو تصريفه غيره فيه.
ولعل نظره إلى أن مجرد السفه غير مانع من التصرف، إلا مع حجر الحاكم
وأن الحجر على الحاكم ما دام سفيا غير واجب، والأول مذهبه في السفه العارض

(١) يعني كل في مال نفسه.

الغالب من أسبابها هو المزج، وقد صرح في التذكرة فيما سبق، إن ذلك أعم من أن يكون في الأثمان أو العروض التي من ذوات الأمثال، مثل الحنطة والدخن. نعم قد يتحقق ذلك في الإرث وشراء شيء بالاشتراك ونحو ذلك. وحينئذ فيما ذكره - في بيان المال الذي يجري في الشركة فمما تقدم في التذكرة - أيضا تأمل، حيث اشترط تساوي الجنسين في المال المشترك أثمانا وعروضا إذ يجري حينئذ بالمعنى المتقدم في غير المتجانسين أيضا، حيث ارتفع المايز. ويؤيده أن ليس إلا الاشتباه، وهو حاصل (مشترك - خ)، وأنه أيضا قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين أيضا، وهو واضح. وأيضا لا شك في تحقق الإذن في التصرف على وجه الشركة بالشراء بالعين المماثل وغيره، فيحصل فائدة الشركة، بل يحصل ذلك مع الامتياز أيضا، إلا أنه (أن - خ) يكون الشركة باعتبار القيمة، فلا مانع منها حينئذ. ولهذا قال في التذكرة بعد الركن الثالث: المال، بيان الشركة بعده - على ما نقلناه - تذييب (١)، إذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة، وكان المال بينهما، فإن علمت قيمة كل واحد منهما، كان الرجوع إلى نسبة تلك القيمة، وإلا تساويا، عملا بأصالة التساوي الخ. (٢) يعلم أن عقد الشركة والشركة بالمعنى الأول يتحقق في غير المتجانسين من العروض غير ذات الأمثال، بل تكون قيميات ومختلفات، فيمكن أن يحصل الربح، كما في غيرها بأن يأذن أحدهما لصاحبه في التجارة بها فاتجر وحصل الربح، كما صرح في التذييب، إلا أن في الحكم - مع عدم العلم بالقيمة بالتساوي للأصل -

(١) في التذكرة قال: مسألة إذا اشتركا الخ.
(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٢٢ (كتاب الشركة).

والربح والخسران على قدر رأس المالين (المال - خ) ما لم يشترطاً
الضد، على رأي.

محل التأمل، بل ينبغي هنا الصلح والتراضي فإن مساواة الأعراض بحسب القيمة
مع تخالف الجنس نادر، والأصل لا يقتضي ذلك.
نعم مع التشاح وعدم الرضا بالصلح بوجه، لا خلاص سوى ما ذكره
المصنف رحمه الله فيقسمان جميع المال متساوية مع عدم العلم بالتفاوت أصلاً، ومعه
ومع الاشتباه يمكن القرعة.
واعلم أيضاً أنه كان ينبغي أن يعرفوا رحمهم الله الشركة في هذا المقام بغير
التعريف المشهور، لأن غرضهم بيان الشركة التي هي مثل العقود، ويترتب عليها
الأحكام من ربح ونحوه، ويذكرون أنه عقد جاز، وله أركان، فليس المراد اجتماع
حقوق الملاك في مال واحد، لما بينا، بل التي يحصل معها التصرف في المال
المشترك، ومع ذلك لم يعرفوها بهذا التعريف، بل عرفوها في هذا المقام بالتعريف
الأول في كثير من الكتب مثل الشرايع والتذكرة، وكأنهم بنوا كلامهم على أن
المقصود واضح، وهو أن الشركة الحقيقية هو الاجتماع، وأما الأحكام فترتب
(فيترتب - خ) بالإذن في التصرف في المال المشترك وذلك عقد جاز وله أركان ثلاثة.
قوله: والربح والخسران على قدر رأس المالين الخ. يعني اطلاق عقد
الشركة يقتضي قسمة الربح بنسبة رأس المالين، مع تساوي العملين، بل مع تفاوت
العمل أيضاً، فيكون صاحب زيادة العمل متبرعا بها، ويحتمل أجرة المثل لزيادة
عمله، والأصل ينفىها، فمع تساوي المالين الربح يكون متساويا بينهما مطلقاً مع
الاطلاق ولا ربح والخسران على الضعف لو كان المالان كذلك، فلصاحب ضعفه
ضعف الربح والخسران، لأن الربح كالجزء من الأصل فيكون حكمه حكم
الأصل، والخسران نقص (١) من جزء رأس المال، فإذا كان مشتركاً على الضعف،

(١) في النسخة المطبوعة نقص جزء من رأس المال.

لا محالة يكون التالف من صاحب الضعف ضعف التالف من الآخر. أما لو شرط التفاوت مع تساوي المالين، فإن كان لصاحب الزيادة عمل زائد على عمل الآخر يقابل تلك الزيادة، فالظاهر أن لا خلاف في جواز هذا العقد ولزوم العمل بالشرط، في القسمة، وكذا مع تفاوتهما لو كان زيادة العمل تقابل زيادة المال.

وإنما الخلاف فيما شرط زيادة الربح لقاصر العمل أو للمساوي أو للزائد، مع وجود ما يقابلها في المال، وكذا إذا شرط التساوي مع تفاوت المالين، فنقل عن الشيخ في التذكرة بطلان الشركة ومقتضاها لبطلان شرطها، فإن من شرط صحة العقد عنده كون الربح والخسران على قدر المالين، وهو مذهب الشافعي ومالك، لأنه لو شرط التفاوت في الخسران مع التساوي لم يصح الشركة، بل يكون تفاوت التالف بالنسبة، بلا بحسب الشرط، والظاهر اللزوم، لأوفوا، والمسلمون عند شروطهم ولأنه شرط ليس فيه خلاف الكتاب والسنة، لأن لصاحب المال أن يفعل به ما يريد، إلا الممنوع منه شرعا، وليس هنا منع واضح، فيلزم كسائر الشروط في سائر العقود، ولأن هذا كالمضاربة، فكما يجوز التفاوت فيها مع الشرط، وبدونه محمول على التناصف كذلك هنا، فإن المال هنا بمنزلة العمل هناك. (١) وقد يقال كون ذلك شرطا ممنوع، بل هو المتنازع فيه، والقياس على الخسران لو صح فهو قياس، مع أنه فرق بينهما، لأن التالف عن المال المشترك الذي ضعفه لواحد ونصفه لآخر لا يمكن أن يكون منهما على التساوي، فالشرط هنا باطل، لأنه بمنزلة أن يشترط كون تلف مال نفسه الخاص من غيره، وذلك مما

(١) هذا ملخص ما قاله في التذكرة راجع ج ٢ ص ٢٢٥ مسألة، اطلاق الشركة يقتضي بسط الربح والخسران على قدر رؤس الأموال انتهى.

ولا يصح لأحدهما التصرف، إلا بإذن شريكه، ويقتصر على المأذون فيضمن لو خالف.

لا يمكن إلا بمعاملة وعقد.

قوله: ثم إن ظاهر ما هنا موافق للتذكرة، من قوله: (على قدر رأس المالك ما لم يشترط الضد)، أنه على تقدير شرط الضد رأي خلافه نسبة المالكين - لم يصح، سواء اشترط الزيادة لصاحب زيادة عمل أو ناقصة، مع المساواة في المال، أو نقصانه فيه أيضا.

ولكن يشعر بأن الخلاف يكون في الجملة، كما يشعر به قول الشيخ إن التساوي شرط، إلا أن ظاهر التذكرة عدم الخلاف فيما إذا كان لصاحب الزيادة زيادة عمل.

قال في التذكرة: لو اختص أحدهما لمزيد (بمزيد - خ) عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا.

ويحتمل أن يريد ب (عندنا) عند نفسه لا عند الشيخ أيضا، ويؤيده قوله: وهو ظاهر على أصلنا وأصل أبي حنيفة، وللشافعي قولان، فإن مذهب الشيخ كان مذهب الشافعي (مذهبا للشافعي - خ) فيحتمل أن يكون للشافعي هنا أيضا قول موافق للمساواة، لقول الشافعي، ولكن التفاوت موجود، ولهذا كان مذهب الشافعي - فيما إذا لم يكن لصاحب الزيادة عمل - عدم الصحة قولاً واحداً، لأن عبارة المصنف توهم أنه لو شرط زيادة الخسران على أحدهما يكون لازماً ومتبعاً كالربح أو جعلهما واحداً، وهو خلاف الظاهر بل الحق، لما (ما - خ) عرفت، فتأمل.

قوله: ولا يصح لأحدهما التصرف الخ. لما كان المال المشترك تعلق به حق كل من الشريكين، وقد ثبت بالعقل والنقل عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذن فلا يجوز لأحد الشركاء التصرف في المشترك إلا بإذن باقي الشركاء،

وله الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة متى شاء.

فإن أذن أحدهما الآخر (آخر - آخر - خ) اختص المأذون بالتصرف، ولا يجوز للآذن التصرف إلا بإذن المأذون، والإذن توكيل فلا يتعدى، فإن كان عاما يتصرف كذلك، وإن كان خاصا فكذلك.

وأنه تابع للمصلحة، إلا أن يصرح فلا يجوز البيع نسيئة، ولا بغير نقد البلد ولا يشتري ولا يبيع بالغبن الفاحش الذي ليس للوكيل إلا مع إذن الشريك، فإن خالف لزم في حصته، ويبطل في حصة الشريك، أو يكون موقوفا على تقدير جواز الفضولي، فمع البطلان يتخير المشتري مع الجهل، لتبعض الصفقة فإنه عيب موجب للخيار عند الأصحاب.

وبالجملة قد صرح في التذكرة مرارا إن إذن الشريك توكيل، فلا يجوز به إلى غير ما يجوز للوكيل، فلا بد أن يقتصر على ما أذن له فيه. ولو أطلق الإذن وعممه فله التصرف كيف شاء بحيث لا يخرج عن مقتضاه شرعا وإن عين جهة فتجاوزها كان ضامنا وآثما بل غاصبا. وليس لأحدهما السفر بمال الشركة، فلو أذن في التجارة في البلد فسافر به أو أذن به إلى جهة وسافر إلى أخرى، أو تعدى أثم وضمن وبالجملة لا يجوز التجاوز عن الإذن، والتصرف بغيره موجب لهما (للإثم والضمان - خ ل). قوله: وله الرجوع في الإذن الخ. لما عرفت أن الشركة عقد جائز، وأنه ليس من العقود اللازمة بالاجماع، قاله في التذكرة (١): فإذا أذن أحدهما الآخر في التصرف لا يلزمه المضي في ذلك فيجوز له الرجوع، فله فسخ الشركة والرجوع عن الإذن، ولأنه توكيل وتوكل، فيجوز الفسخ بالعزل والانعزال، فتبقى الشركة بالمعنى الأول، وتبطل بالمعنى الثاني أي العقد، فيصح العزل والرجوع بقوله: لا تتصرف

(١) في بعض النسخ: قال في التذكرة.

وليس له المطالبة بالانضاض.
والشريك أمين لا يضمن، بدون التعدي.

وعزلتك، ولا ينعزل العازل إلا بعزل صاحبه، ولو عزل نفسه ينعزل، والظاهر أنه لا يحتاج حينئذ إلى إذن جديد كما مر في الوكيل، فتذكر.
قال في التذكرة: ولو قال أحدهما: فسخت الشركة ارتفع العقد وانفسخ من تلك الحال وانعزلا جميعا عن التصرف لارتفاع العقد. (١)
وفيه تأمل لأن أحدهما تكلم فقط، فقوله: فسخت الشركة، يؤول إلى عدم إذنه للآخر بالتصرف وعزله وابطال وكالته لأنه قد مرارا أن هذا العقد توكيل وإذن (٢) وغاية ما يكون عزلا لنفسه (٣) أيضا، فإذا بدا له يجوز التصرف، إذا قلنا إن الوكيل لا ينعزل بمجرد عزله، ولا يحتاج إلى إذن جديد، إلا أن يعلم الآخر الموكل، بل يرضى بعزله، أو يعزله فتأمل.
وكذا تنفسخ بموت أحدهما (٤) وجنونه واغمائه وحجره، وبالجملة أنه كالتوكيل (كالوكيل - خ) بل تويل.
قوله: وليس له المطالبة الخ. ليس لأحد الشركاء مطالبة الشريك بأن ينقد المال حتى يقسم، فإنه تكليف يحتاج إلى دليل، ولا دليل، والأصل براءة الذمة، وهو ظاهر.

قوله: والشريك أمين الخ. قال في التذكرة: كل واحد من الشريكين أمين يده يد أمانة على ما تحت يده، كالمستودع والوكيل، يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين، كالمستودع إذا ادعى التلف، سواء أسند التلف إلى سبب ظاهر

(١) راجع التذكرة ج ٢ ص ٢٢٤.

(٢) في النسخ المخطوطة هكذا: إن هذا العقد والإذن، توكيل.

(٣) مراده قدس سره إن غاية ما يكون أنه يكون عزلا لنفسه.

(٤) سيأتي تعرض المتن لذلك.

ويقبل قوله في عدمه، وعدمه الخيانة، واختصاص الشراء واشترائه، ويبطل الإذن بالجنون والموت. ولو دفع إليه اثنان دابة ورواية على الشركة لم يصح، والحاصل للسقاء، وعليه أجرتهما، وقيل يقسم أثلاثا، ويرجع كل منهم على صاحب بثلث أجرته.

أو خفي. (١)

فلا يضمن إلا مع الإفراط والتفريط كالوكيل وللأصل. (٢) ويقبل قوله في عدم ما يوجب الضمان من التعدي وكذلك في عدم الخيانة أي أخذ (٣) بعض المال من المال المشترك والتصرف فيه، ونحو ذلك، ويقبل قوله أيضا في عدم الشراء بالمال المشترك بل بما يخصه، وكذا إذا ادعى الشراء بالمشترك. وقوله: (يبطل الإذن الخ) قد علم.

قوله: ولو دفع إليه اثنان الخ. أي لو أعطى لزيد اثنان أحدهما دابة والآخر رواية - ليستقي زيد عليها بالرواية، فيبيع الماء على الشركة، ويكون الحاصل بينهم مثلثا -، لم تصح الشركة، لما عرفت أن لا شركة في البدن، بل لا بد أن تكون في المال - الممتزج الذي لا امتياز له أصلا، وحيث لا امتزاج لا شركة، فيكون الحاصل للسقاء لأنه حايز للماء فيملكه، وعليه أجره الدابة وأجرة الرواية لصاحبهما ويحتمل الأقل من الأجرة والحصة: أي ثلث الحاصل، لما مر. وقيل يقسم الحاصل أثلاثا، فإن كانت أجره مثلهم متساوية فلا بحث، وإن كانت متفاضلة فيرجع كل واحد منهم على صاحبه بثلث أجره مثله.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٢٥.

(٢) يعني لأنه كالوكيل وللأصل، فهو عطف على المعنى.

(٣) هذا تفسير المضاف إليه (يعني الخيانة).

ويكره مشاركة الكفار.

مثلا كان الحاصل ستة دراهم، واقتسموا أثلاثا صار لكل واحد منهم درهمان، وكان أجره المثل للسقاء ثلاثة دراهم، ولصاحب الرواية، درهمان، ولصاحب الدابة درهم، فيرجع السقاء بثلاث أجرته على صاحب الرواية، وبثلثها على صاحب الدابة، فصار معه أربعة دراهم، ويرجع صاحب الرواية على كل منهما بثلاثي درهم، فصار معه درهمان وثلاث دراهم، ويرجع صاحب الدابة على كل منهما بثلاث دراهم، فصار معه درهم، فبقي عند كل واحد أجره مثله، وهي ثلاثة لسقاء واثنان لصاحب الرواية، وواحد لصاحب الدابة، وهي أجره مثلهم. قواعدهم تقتضي الأول، والثاني يقتضيه النظر في الجملة، والثالث لا وجه له، إلا أن يرجع إلى أجره المثل.

قوله: ويكره مشاركة الكفار. لأنه موجب لسلطنته على المسلم، ولأنه تستلزم المخالطة، ولأنه ظالم، ويكره معاملة الظلمة، ولأنه لا بد من الحكم بكونه أمينا، ولا أمانة له.

ويحتمل أمانته في المعاملة، وقد يكون أمينا حينئذ، ولهذا قال الله تعالى: من أن تأمنه بدينار يؤده إليك. (١)

وأكثر الوجوه يجري في الفاسق والظالم، خصوصا الذي لا يجتنب أموال الناس مطلقا، فتأمل.

وكأن وجه الاختصاص هو الرواية، مثل صحيحة ابن رثاب (أي علي الثقة) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام، لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يصفاه المودة. (٢) ورواية السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، أن أمير المؤمنين عليه السلام

(١) آل عمران: ٦٨.

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الشركة الرواية ١.

ولو باعا سلعة صفقة وقبض أحدهما نصيبه شاركه الآخر.

كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، إلا أن تكون تجارة حاضرة، لا يغيب عنها المسلم. (١)

كأنه استثناء منقطع والمدعى أعم مما في الرواية، فلا يتم، إلا أن يقال: يفهم الباقي بالطريق الأولي.

قوله: ولو باعا سلعة الخ. أي لو باع الشريكان سلعة مشتركة، صح البيع، وكان الثمن مشتركا بينهما، فكل ما قبض أحدهما منه كان بينهما، والباقي كذلك، وإن قال أحدهما للآخر: خذ أنت نصيبك منه.

وجهه أن ما في الذمم لم يختص بأحدهما، ولا يقبل القسمة ما دام كذلك، لعدم تعيين شيء يبين قبل الأخذ، فلا يختص به، لأنه فرع التعيين.

وكأنه لا خلاف عندهم إلا عن ابن إدريس في أن ما في الذمة مطلقا لا يقبل القسمة، فكل ما يأخذه أحدهما شاركه الآخر، سواء كان في ذمم متعددة أو في ذمة واحدة، والصورة المفروضة واحدة من تلك الصور.

قال في التذكرة: لا يصح قسمة ما في الذمم - إلى قوله: - فلو تقاسما، ثم توى بعض المال، يرجع من توى ماله على من لم يتو، وبه قال ابن سيرين (٢) الخ.

وقال أيضا فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد إما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئا، فلا آخر مشاركته فيه، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل - إلى قوله - ولأن تملك القابض ما قبضه يقتضي قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لهما، والباقي بينهما، ولغير القابض الرجوع على القابض

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الشركة الرواية ٢.

(٢) راجع التذكرة: ذيل مسألة لو كان لرجلين دين بسبب واحد إما عقد الخ، ص ٢٢٨.

بنصفه، سواء كان باقيا في يده أو أخرجه عنها، وله أن يرجع على الغريم، الحق ثابت في ذمته لهما على وجه سوى، فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر، فإن أخذ من الغريم، لم يرجع على الشريك بشئ لأن حقه ثابت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الغريم، بأن يقول: أنا أعطيك نصف ما قبضت، بل الخيرة له من أيهما شاء قبض، فإن قبض من شريكه شيئا رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض، تعين حقه فيه، ولم يضمه الشريك، لأنه قدر حقه فيما تعدى بالقبض، وإنما كان لشريكه مشاركته، لثبوته في الأصل مشتركا ولو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برأ، لأنه بمنزلة قبضه منه وليس للشريك (لشريكه - خ) الرجوع عليه بشئ، لأنه لم يقبض شيئا من حق الشريك. (١)

ولا يخفى ما في هذا الحكم من الاشكال، لأن الذي قبضه الشريك إن تعين كونه من الدين المشترك، فليس لشريكه الرجوع إلى الغريم في حصته منه، وأنه لو تلف في يده يكون التالف منهما، لأن الحق المشترك قد تعين في المأخوذ، فهو لهما، ولا يجوز حينئذ للشريك التصرف فيه بوجه، إلا أن يأذن شريكه، ولا يجب الأداء على المديون، بل لا يجوز.

وقد ادعى الاجماع على ذلك في شرح الشرايع، وإن هذا التعيين بغير إذنه مشكل، بل مع الإذن وقصد الآخذ قبضه لنفسه لا له أيضا لأنه ليس بأكثر من الوكيل إذا قصد بالأخذ غير الموكل فيه، ومع قصد الغريم أنه للقابض فقط أشكل، فتأمل.

وإن لم يتعين أصلا، يكون ملك الغريم، ولا يتعين حق (من - خ) القابض

(١) انتهى كلام التذكرة ص ٢٢٨.

في ذمة واحدة أم متعددة، بمعنى أنه على تقدير القسمة برضاهما، ما يحصل لكل منهما، وما يبقى ويتلف فهو لهما، فيرجع (فرجع - خ) حينئذ بحصته مما حصل، على الآخر.

ولا تدل الروايات أيضا على أكثر من ذلك، مثل رواية أبي حمزة، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام، عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقسما الذي بأيديهما، وأحال كل واحد منهما بنصيبه (من نصيبه الغائب - ثل) من الغائب، فاقضى (فاقبض - خ) أحدهما، ولم يقتض (يقبض - خ) الآخر؟ قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله. (١)

أي لا يأكل الآخر ماله الذي لم يقتض. وأبو حمزة كأنه الشمالي، ولكن في الطريق علي بن الحكم، عن بعضهم، إلا أنه لا يضر، لقبول الأصحاب ومثلها رواية محمد بن مسلم، عن أحدهما (٢)، مع ضعف السند.

ورواية معاوية بن عمار، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجلين إلى آخر ما نقلناه عن أبي حمزة بعينه. (٣) ورواية عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقسما العين والدين، فتوى (أي هلك وكلف) الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر، أيرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله. (٤)

-
- (١) الوسائل الباب ٦ من كتاب الشركة الرواية ١.
 - (٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الرواية ١ بالسند الثالث.
 - (٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الرواية ١ بالسند الرابع، إلا أن في هذه الرواية على ما في التهذيب: (فهو بينهما ما لم يذهب بماله).
 - (٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الرواية ٢.

ذلك الرضا، ما دام لم يلزمه بوجه شرعي. ويحتمل اللزوم بمجرد القول والرضا أولاً، كما في قسمة الأعيان، ويدل على الأول كلام التذكرة.

ولو أجل أحدهما نصيبه من الدين جاز فإنه لو أسقط حقه جاز، فتأخيره أولى، فإن قبض الشريك بعد ذلك لم يكن لشريك الرجوع عليه بشيء. هذا إذا أجله في عقد لازم، وإن لم يكن في عقد لازم كان له الرجوع، لأن الحال لا يتعجل بالتأجيل، فوجوده (المعجل - خ) كعدمه. فتأمل فيه، فإن المسألة من مشكلات الفن، فإن الحكم غير موافق لقاعدة العقل، ولا تدل عليه الروايات، مع ضعفها.

نعم تدل على عدم لزوم القسمة بعد تلف البعض، ولا اجماع في المسألة، حيث نقل عن ابن إدريس القول بصحة القسمة وتعيين (تعيين - خ) ما قبضه للقباض، لأن المشترك هو العين، وقد ذهب.

وفيه تأمل، ويمكن أن يقال كما مر في البحث مع التذكرة. وفي قوله طرح الروايات الكثيرة الصريحة المعمولة وترك الشهرة، بل كاد أن يكون ترك الاجماع، مع أن ما ذمته أمر مشترك مشاعاً بعينه فتعيين شيء لأحدهما تعيين لآخر.

(البحث الثاني في القسمة)

قوله: البحث الثاني في القسمة الخ. ترك تعريفها لظهور أنها تميز الحقوق كما قيل، وتعيينها أولى.

والظاهر أن لا خلاف من الأصحاب في أنها أمر برأسها مملك للشريك حصة الشريك بحصته، سواء كان فيه تقويم أو رد أم لا، فإذا حصلت القسمة مع

وكل من طلب القسمة مع انتفاء الضرر أجبر الممتنع.
ولو اتفق الشركاء مع الضرر لم تجز، ويحصل الضرر بنقص
القيمة.

شرائطها يحصل الملك بها.

وليست بيع ولا صلح ولا غيرهما، لعدم وجود خواص الغير فيها، مثل
(بمثل - خ) صيغة البيع وغيرها بالاتفاق، فقول بعض العامة أنها بيع بعيد، بل
باطل، فلا يجري فيها أحكام البيع وغيره.

وأیضا لا خلاف عندهم في أنه إذا طلب أحد الشركاء القسمة يجب على
الآخر إجابته، وعدم منعه، إذا لم يحصل له ضرر بالقسمة سواء كان في تركها ضرر
أم لا، وسواء كان أحدهما مضطرا إلى القسمة أم لا، لأنه يجب إيصال حق الغير
إليه، بمعنى تحريم ممانعته عن وصول حقه إليه وهو هنا بالقسمة فيجب القبول والالتزام
ما يلزم فيها من الحضور أو نصب وكيل ونحو ذلك.

وأیضا الظاهر أن لا خلاف في أنه مع الضرر بالنسبة إلى الكل مع عدم
ضرورة لا يجوز القسمة، لأنه تضييع مال، وهو سفه واسراف ممنوع، بل يلزم حجرهم
(حينئذ - خ) في سائر أموالهم.

ولكن في حقيقة الضرر الذي عدمه شرط للاجبار خلاف، فقليل نقصان
في المال عينا، أو قيمة نقصانا عرفيا لا يتسامح، ولا يرتكب مثله إلا مع الاحتياج
التام، فإذا انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك - وطلب الآخر القسمة، مع انتفائه
عنه أيضا -، يجب الإجابة، وهو ظاهر، وقد مر.

وأما عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو أيضا ظاهر، إلا مع تضرر الطالب
بعدم القسمة، فيرجح ما فيه مصلحتهما (مصلحتها - خ)، ويرتكب أقل ضررا.
ومع التساوي يشكل الأمر، فيحتمل القرعة، ومع وجوده بالنسبة إليه فقط
فعدمها مبني على أن الضرر مانع مطلقا، كما هو ظاهر المتن، حيث ذكر الضرر في

الموضعين، ثم فسره (١)، فلا يجوز له القسمة أيضا هنا، إلا مع الاحتياج، وللآخر الامتناع، بل يجب الامتناع حينئذ، لأنه سفه. ويمكن أن يحال الضرر والنقصان إلى العرف، فإن كان قليلا، ومما يتسامح، فمع وجوده في الشريك يجبر، وإلا لا يجبر، ومع وجوده في طالب القسمة، فإن لم يكن قادحا في رشده، ولا يعد ذلك سفها يقسم وإلا فلا. نعم إن كان الضرر هو الخروج عن الانتفاع - كما أشار إليه بقوله: (وقيل الخ) - صح منعهم عن القسمة، مع الاتفاق أيضا، لأنه سفه، ولكن الظاهر منه معنى (٢) الأول، فتأمل، وعلى تقديره لا بد أن يكون له غرض صحيح عند العقلاء، متعلق بارتكاب ذلك النقصان، ولو بالاحتمال وإن لم يظهر ويجب الحمل عليه، فيجبر الممتنع.

وأما إذا وجد في جانب الممتنع هذا الضرر، فمع وجود مثله في جانب الطالب وعدمه أيضا تجب الإجابة عند هذا القائل، كخلوه عن الضرر بالكلية، وأما عند القائل الأول فلا تجب، وذلك غير بعيد، وهو مذهب المصنف، وأشار إليه بقوله: (ويحصل الضرر بنقص القيمة).

والظاهر أن المراد المنع من القسمة مع الضرر مطلقا، أعم من أن يكون لهما أو لأحدهما، رضيا أم لا، حيث ذكره بعدهما، لاستصحاب الشركة.

ولأن الناس مسلطون على أموالهم. (٣)

ولأن التصرف في مال الغير بغير إذنه خلاف العقل والنقل.

ولأن التصرف في حصة الشريك - وتملكه بغير رضاه وتملك حصته له

(١) يعني بقوله قدس سره: ويحصل الضرر بنقص القيمة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب المعنى الأول.

(٣) عوالي اللثالي ج ١ ص ٤٥٧.

ولا يصح قسمة الوقف.

كذلك - خلاف العقل والنقل.

ولأن الضرر موجود بالنسبة إليه دونه، فيدل الخبر المشهور - لا ضرر ولا ضرار (١) - على نفيه.

وعلى تقدير الاجبار فالظاهر أن المجبر هو الحاكم بنفسه أو بأمينه، فيكلف بذلك من يقوم مقامه، كما في سائرهما، ومع تعذره فالظاهر أن له ارتكابها بنفسه بحضور عدول أو عدل، فتأمل.

وقيل المراد بعدم الانتفاع بعد القسمة، عدم انتفاع يعتد به، ويعد عرفاً عدم الانتفاع بالنسبة إلى ذلك الشيء، كما في كسر الجوهر الكبير الذي له ثمن كثير، وبعد الكسر (القسمة - خ ل) إما لا يسوى شيئاً أصلاً، أو يسوى شيئاً قليلاً. وقيل عدم الانتفاع به منفرداً انتفاعاً كان يحصل منه حال الاجتماع وعدم القسمة.

والظاهر أن الأول كاف (٢)، لما مر، واعتبار (٣) الثاني بعيد، والثالث أبعد.

ويمكن أن يقال: ينبغي أن يجبر الممتنع مطلقاً، إذا كان الشركة حاصلة من جانبه فقط، بأن مزج مال غيره بماله اختياراً.

قوله: ولا يصح قسمة الوقف الخ أي لا يصح أن يقسم الوقف بين أربابه، بأن يأخذ كل بعضاً منه، وينفر بالانتفاع منه، لأنهم ليسوا بمالكين فقط،

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات ج ١٧ ص ٣٤٠.

(٢) الظاهر أن المراد بالأول ما ذكره بقوله: والظاهر أن المراد المنع من القسمة مع الضرر مطلقاً، وبالثاني قوله: وقيل المراد بعدم الانتفاع بعد القسمة عدم انتفاع يعتد به الخ، وبالثالث ما ذكره من قوله: وقيل عدم الانتفاع به منفرداً الخ.

(٣) وفي النسختين المخطوطتين: وعدم اعتبار الثاني.

ويصح قسمته مع الطلق.
ولا يشترط القاسم (١)، ولا اسلامه، لو تراضى الخصمان به.
وتكفي القرعة في التعيين بعد التعديل.

لتعلقه بالبطون الأخر، ولأنه على خلاف وضع الواقف وتبديل.
نعم قد يتصور القسمة بحيث لا يحصل على أحد ضرر بأن وقف شخص على
زيد وذريته نصف داره وآخر نصف ذلك الدار على عمرو وذريته وحينئذ لو قسما
هذه الدار لم يحصل ضرر على أحد، ولكن الكلام في القسام فكأنه المتولي مع
المصلحة أو المالك، وهو بعيد فتأمل.
وأما قسمته مع المطلق بأن كان جزء شئ وقفاً وجزئه طلقاً، فيقسم ويميز
الوقف عن المطلق، فذلك جائز، ويكون الناظر بمنزلة الشريك فيقسم.
والظاهر أن لا نزاع فيه مع عدم اشتماله على الرد، قال في شرح الشرايع،
وكذا معه إن كان الرد من الموقوف عليهم، وأما العكس فلا، لأنه كالبيع، فتأمل.
قوله: ولا يشترط القاسم الخ. لا يشترط في كل قسمة قاسم من جانب
الحاكم، وعلى تقدير وجوده لا يشترط اسلامه، فلو تراضى الشريكان بقاسم كافر
جاز، فيجوز أن يقسمها بأنفسهما من دون قاسم، ومعه وإن كان كافراً، مع رضاهما
به.

قوله: وتكفي القرعة الخ. يعني إذا عدلت السهام على ما يقتضيه القسمة،
فلا بد من التعيين (للتعيين - خ)، بحيث يصير كل قسم ملكاً لكل واحد واحد منهم،
بحيث لا يجوز تغييره والأخذ منه إلا برضاه (من القرعة - خ) وبعد اخراجها بالقرعة
لا يحتاج إلى رضا الشريك مرة أخرى إذ يكفي الرضا الأول بأصل القسمة، وقد

(١) وفي بعض النسخ: ولا يشترط عدالة القاسم وفي بعض أخرى: ولا يشترط ايمان القاسم والصواب
ما أثبتناه كما يظهر من الشرح.

ويستحق للإمام نصب قاسم.
ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب.
ولا يكفي الواحد في قسمة الرد، إلا مع الرضا.

وعمل المسلمين على غير ذلك، بل على الملك فتأمل.
قوله: ويستحق للإمام عليه السلام نصب قاسم الخ. بل ينبغي ذلك
للحاكم مطلقا، لاحتياج الناس إليه، إذ قد لا يحصل الرضا في التعديل بقول
بعضهم بعضا، أو لا يعرفون ذلك خصوصا في قسمة الرد.
ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله، إذ لا وثوق بغيره، وكان هذا للحاكم،
وإلا فالإمام عليه السلام يعرف ما يحتاج إليه ويحتمل الذكر لمعرفتنا بأنه لم ينصب
إلا عدلا، كما قيل ذلك في بيان أكثر أحكام للإمام عليه السلام.
وأما معرفته للحساب فلا بد منها مقدار ما يحتاج إليه في القسمة.
قوله: ولا يكفي الواحد الخ. يعني إذا كانت القسمة قسمة رد بمعنى
قسمة يحتاج إلى التعديل بحسب القسمة حتى يتساوى الأقسام، يعني ما لم يقوم
الأمر المشتركة لم يحصل التعديل والتسوية بين الأقسام سواء تحقق حينئذ رد ثمن
وقيمة من أحد الجانبين إلى الآخر أم لا.
فكأنها سميت قسمة الرد لتحقيقه فيها في الجملة، أو رد قيمة من بعض
العروض وضمه إلى آخر، حتى يحصل التعديل، كما هو الغالب.
وبالجملة، المراد بقسمة الرد التعديل لا الرد الحقيقي، كما نقل عن
الدروس.

وأما دليله فهو قولهم إن التقويم لا بد له من مقومين عدلين فإنهما حجة
شرعية غالبا لا غير، ولأنه لم يحصل الوثوق في أمثال ذلك بحيث يلتزم، إلا بقول
عدلين، هذا إن لم يرضيا إلا بهما، وإلا فلهما أن يفعلا ما يريدان بأن يرضيا بأنفسهما
أو بفاسق أو عدل أو نحو ذلك.

والأجرة من بيت المال، فإن ضاق، فمنهما بالحصص.
ومتساوي الأجزاء يقسم قسمة اجبار، وغيره إن التمس المتضرر
القسمة (بالقسمة - خ)، أجبر غيره عليها.

قوله: والأجرة من بيت المال الخ. أي أجرة القسام من بيت المال لأن
القسمة من جملة مصالح العامة، ومؤنته من مصالح العامة، وهو بيت مال المسلمين،
فإن ضاق بيت مال المسلمين عن ذلك، ولم يكن فيه شيء يبذل له فمن مال
الشركاء لأنه لمصالحهم ولطلبهم فهو كالكيال والوزان لهما معا وينبغي أن يكون
ذلك بالحصص بينهم بأن يقسم أجرة المثل على الحصص فيعطى كل بالنسبة ماله.
قوله: ومتساوي الأجزاء الخ. المراد بمتساوي الأجزاء هو المثلي الذي
يصدق على قليله وكثيره اسم الكل - وأجزائه متساوية في ذلك، ولا تفاوت بينها
(بينهما - خ) غالبا، وقد مر تحقيقه، وسيجئ أيضا.
ولا يخلو عن اشكال وليس هذا محله. كالحبوب والأدهان - تقسم قسمة
اجبار، يعني لما لم يكن فيه ضرر بالقسمة، فيتحقق هنا قسمة الاجبار مطلقا، فإذا
(فإن - خ) رضيا، وإلا أجبر الممتنع دائما.
وفيه تأمل إذ قد يكون يسيرا بحيث لو قسم لا يبقى لكل قسم أو لبعضه قيمة
أصلا، أو ينقص نقصانا فاحشا، بخلاف ما لو بيع جميعا يحصل لكل واحد من
الشركاء من القيمة (من القسمة - خ) ما ينتفع به، وهو غير بعيد، وحينئذ قد يمنع
الكل من القسمة ومع اتفاقهما أيضا، للضرر، كما مر، فينبغي تخصيصه ويراد به
هنا ما لا يتضرر بقسمته، وهو بعيد، فتأمل.
فمع عدم الضرر يجبر الممتنع على القسمة مطلقا.
وأما غير المتساوي فإن كان هنا متضرر والتمس مع ذلك القسمة أجبر غير
المتضرر عليها.
والظاهر أن لا خلاف فيه إن لم يبلغ ضرره (إلى - خ) حد السفه، كما مر،

وتقسم ما اشتمل على الرد قسمة تراض.

ولم يكن ضرر على الممتنع أيضا، وإن كان عليه ضرر أقل، فلا يبعد رجحان الأول،
وأما مع التساوي أو الأكثر فلا جبر.

وأیضا يجبر مع عدم الضرر على الممتنع ولا على الملتمس كما مر، فالقيد
موهم (١)، فلا تتوهم، فلو قال: إن التمس الشريك، لم يتوهم شيء.
قوله: ويقسم ما اشتمل على الرد الخ. هذا صريح في أنه إنما يجبر الممتنع
على القسمة، إذا لم تكن القسمة قسمة رد.

والظاهر أن المراد هنا حقيقة أي اعطاء عوض إلى الشريك ليحصل له
القسم الذي أخرجته القرعة، فيخصص به كلامه من قبل مثل قوله: (وكل من
طلب الخ) - وإن كان ظاهرا في جبر الممتنع على القسمة مطلقا، وكذا قوله: (وغيره
إن التمس الخ)، فإنه دال على أن غير المتساوي الأجزاء الذي لا يقسم إلا بالتقويم
والتعديل يجوز قسمته قسمة اجبار أيضا، وهذا أيضا أعم من كونها مشتملة على الرد
أم لا، وهو ظاهر.

وكذا دليل الحكم بالجبر، فإنه دفع الضرر ومنع المالك عن التصرف في
ملكه، خصوصا إذا كان الممتنع مفرطا في حصول المزج بأن مزج مال غيره بماله
باختياره.

وهذا في غير قسمة الرد، وأما فيها فلا يجبر الممتنع، بل إنما يصح مع
التراضي، لأنها مشتملة على معاوضة، وبمنزلة بيع جزء من المال، فلا بد من الرضا
به، ولفظ دال عليه، كما قيل مثل ذلك دليلا على الاحتياج إلى الرضا بعد
التعديل، والقرعة إن لم يكن القاسم منصوب الإمام مع كون القسمة قسمة رد.
وقد عرفت ما فيه من أن القسمة عندنا أمر برأسه غير بيع.
وأنه لو كان كذلك لا فرق بين قسمة الرد وغيرها، فإن الأخير أيضا

(١) يعني بقوله قدس سره المتضرر.

وتقسم الثياب والعبيد بعد التعديل.
والعلو و (أو - خ) السفلى معا، لا بأن ينفرد أحدهما بواحد منهما، ولا

معاوضة وبيع جزء من المال ببعض آخر، ولا بد فيه من الرضا واللفظ.
ولأن العلة الموجبة هو دفع الضرر والخرج المنفيان بالعقل والنقل، كتابا
وسنة واجماعا.

والغرض أن لا ضرر على الممتنع بوجهه، بل يحصل له النفع بالقسمة بأن
يعطى مثلا بعض الدراهم وبعض الأمتعة أو يؤخذ منه بعض الثمن، ويعطى حصته من
المشترك التي يحصل منه النفع له أكثر.

وبالجمله الفرق بين قسمة الرد وغيرها مشكل، خصوصا إذا كانت
مشملة على التقويم مثل العبيد والثياب وجميع المقومات التي ليست (من - خ) متساوي
الأجزاء فإنهم جوزوا فيه القسمة الاجبارية دون ما يشتمل على الرد.

لعل دليله عدم جبر أحد على بيع ماله، وخرج القسمة الخالية عن الرد
بالاجماع، وبقي الرد تحته، والضرر غير مضبوط فتأمل، فإن الحكم لا يخلو عن
اشكال، فإن منع شخص عن التصرف في ملكه بعيد، خصوصا إذا كان متضررا
غير منتفع (مع كونه مشتركا - خ) فإن ذلك ضرر عظيم، إلا أن يخصص مثل هذا
الفرد بالجواز، يعني إذا كان الطالب متضررا بترك القسمة، والممتنع غير متضرر
بالقسمة، يجوز التقسيم، وإن كان مشتملا على الرد، ولكن عبارة المتن وغيره مثل
شرح الشرايع حال عن ذلك، الله يعلم.

قوله: ويقسم الثياب الخ. يعني لا بد في قسمة غير المتساوي من تقويم
وتعديل، كالثياب والعبيد، فإن حصل التساوي على وجه يقتضيه النظر من غير رد
فيقسم كذلك، ويجري فيه الاجبار، كما مر، وإلا ينضم إليه بعض الدراهم، وما
يقابل به القسم الآخر، فيقسم قسمة تراض قسمة الرد.

قوله: والعلو والسفلى الخ. يعني إذا أريد قسمة الدور المشتملة على

يقسم كل منهما على حدة.
والأرض المزروعة والزرع الظاهر، والقرحان (١) المتعددة كل واحد بانفراده، لا قسمتها بعضا في بعض.
والقراح الواحد وإن اختلف أشجار أقطاعه بعد التعديل،

البيوت علوا وسفلا، يجعل كل بيت علو مع بيت تحته قسما واحدا، ويستخرج بالقرعة بعد التعديل بالرد وعدمه.

ولا يقسم بأن يجعل العلو قسما والسفل قسما، لأنه يحصل التعب والمشقة، ولا بأن يقسم البيوت الفوقانية على حدة.

وكذا البيوت التحتانية، لاحتمال أن يقع الفوق لمن ليس له تحته، فيقع المحذور المتقدم، وهو واضح، ولا شك أنه أولى إن أمكن، وأما الوجوب فليس بمعلوم، إذ مدار التقسيم على الرضا، خصوصا في غير الاجبارية، فلهم أن يرضوا بما يريدون، وأيضا قد لا يمكن، وكأن المقصود بيان الأولى أو الوجوب في الاجبارية على تقدير الامكان.

قوله: والأرض المزروعة الخ. أي يقسم الأرض المزروعة بانفرادها حتى يصير بعضها لواحد وبعضها الآخر لآخر، وكذا أصل الزرع الظاهر على وجه الأرض المزروعة، وكذا القرحان المتعددة - وهو جمع قراح - وهي في الأصل الأرض الخالية من الماء والشجر يقسم كل قراح على حدة ليحصل لكل واحد شيئا منها، لا أن يقسم الأرض المزروعة والزرع بعضها في بعض بحيث يصير الأرض لبعض والزرع لآخر، وكذا لا يقسم القرحان بعضها في بعض حتى يصير بعضها بتمامه لشريك والبعض الآخر لآخر.

قوله: والقراح الواحد الخ. يقسم القراح الواحد - المراد به ما فيه الشجر

(١) القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر والجمع أقرحة ومنه الحديث انثر في القراح بذرك (مجمع البحرين).

والدكاكين المتجاوزة بعضها في بعض قسمة اجبار، ثم يخرج السهام على الأسماء، بأن يكتب كل سهم في رقعة، ويأمر الجاهل باخراج بعضها على اسم أحدهما أو على السهام بأن يكتب اسم كل واحد في رقعة ويأمر الجاهل باخراج بعضها على سهم منها. ويعدل السهام قيمة لا قدرا، ولو كانا متساويين وكان الثلث

وإن اختلفت أشجار اقطاعها بعضها في بعض - بعد التعديل. وكذا يقسم الدكاكين المتجاوزة بعضها في بعض، بحيث كان واحد لواحد والآخر لآخر، ويقسم كل ذلك قسمة اجبار، مع حصول شرطه، وعدم مانع فيه، مثل الرد بناء على ما ذكر. وهذا العموم أيضا يشعر بالجواز مطلقا، فيخصص، كما تقدم (بما تقدم - خ).

والظاهر أن هذا الطريق للتقسيم لأنه الأصلح والأأنفع غالبا، لا أنه واجب دائما، فلو رضى الشريكان فلهما أن يقسما كيف أرادا، إذا لم يكن مضرا وخارجا عن الرشد، بأن يكون تضييعا محضا وسرفا وسفها، وأنه إن رأى القسام - أن المصلحة في تقسيم الأرض المزروعة والزرع، الظاهر أن يقسم بعضها في بعض لأكل واحد لقلته وعدم انتفاع كل أو بعض بحصته - فعل (جاز - خ). قوله: ثم يخرج السهام الخ. اخراج السهام على الأسماء أن يكتب السهام مثل الجزء الشمالي أو القسم الذي فيه الشيء الفلاني سمي العلامة المختصة به، فيقال لجاهل أخرج واحدة من الرقاع باسم زيد واخراج الأسماء على السهام عكسه، فيكتب في الرقعة اسم زيد، ثم يقال له أخرج قرعة بهذا الاسم (الفلاني - خ) وهو ظاهر. قوله: ويعدل السهام الخ. معلوم أنه إذا كان المال غير متساوي

بإزاء الثلثين، جعل الثلث محاذيا للثلثين.
ولو تساوت قيمة لا قدرا، بأن كان لأحدهما النصف من
متساوي الأجزاء، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، سويت على
أقلهم، ويخرج على الأسماء، ويجعل للسهم أولا وثانيا وثالثا (١) فإن
خرج صاحب النصف فله الثلاثة الأول، فإن خرج صاحب الثلث فله
الأولان، وكذا في المرتبة الثانية.

الأجزاء، لا بد من تعديل السهام قيمة لا قدرا وزنا أو كيلا، فلو كان الشريكان
متساويين وكان ثلث أصل المال المشترك قدرا مساويا قيمة للثلثين قدرا مثلا،
يجعل الثلث قدرا سهما والثلثين قدرا، سهما آخر، وهو ظاهر.
قوله: ولو تساوت قيمة الخ. أي السهام كلها قيمة، وهي الأموال
المشتركة، بمعنى أن يكون قيمة الثلث المقداري في المال المشترك مثل الآخر، ولا
يكون قدر نصيب كل واحد مساويا لنصيب الآخر، بأن كان مثلا لأحدهم
النصف من متساوي الأجزاء وللآخر الثلث وللثالث السدس، سويت على أقل
السهم، وهو السدس في المثال المذكور، ويخرج على الأسماء وميزت السهام، ويجعل
للسهم أول وثان وثالث ورابع وخامس وسادس، وتكتب أسماء صاحبها مثل زيد
وعمر وبكر، فإن خرج صاحب السدس فله الأول وإن خرج صاحب النصف فله
الثلاثة الأول، وإن خرج صاحب الثلث فله الأولان، وكذا في المرتبة الثانية أي
أخرجت الباقية بعد أن أخذ الأول نصيبه ثانيا بين الباقيين مثلا فيخرج أحد
الاسمين على السهام، فإن خرج اسم من له السهمان كان له السهم الذي خرجت
عليه، والذي يليه، والباقي للباقي وبالعكس.

(١) في بعض النسخ: ويجعل للسهم أول وثان إلى آخرها.

ولو اختلفت قدرا وقيمة سويت على الأقل. (١)
وقسمة الرد تفتقر إلى الرضا.
ولو اتفقا عليه، وعدلت السهام، افتقر بعد القرعة إلى الرضا
ثانياً.
ولو ادعى الغلط كان عليه البينة، فتبطل، أو الاحلاف.

قوله: ولو اختلفت قدرا الخ. أي ولو اختلفت السهام كلها أي الأموال
المشتركة قدرا وقيمة، ميزت على الأقل إلى أن يتعين جميع الحصص.
ويمكن في القسمين الاخراج على السهام عكس المذكور، وهو ظاهر.
قوله: وقسمة الرد الخ. قد مر التصريح به أيضا فيما تقدم، وكأنه يريد
بالرضا الأول الرضا قبل القسمة، يعني أن قسمة الرد لا بد فيه من الرضا، ولا يمكن
بالجبر، وقد مر التأمل فيه.

وبالرضا الثاني الرضا بعد القسمة والتعديل واخراج القرعة، يعني الرضا
الأول معها لا يكفي، بل لا بد من الرضا مرة أخرى لما تقدم، أنه عوض ومعاملة،
فلا بد من الرضا به، كما قيل، وقد قيده البعض بكون القاسم غير نائب، وقد مر
تفصيله، والتأمل فيه، فتأمل.

قوله: ولو ادعى الغلط الخ. أي لو ادعى أحد الشركاء الغلط في
القسمة، وأنكره الآخرون، فعلى المدعي البينة على ذلك، كما هو المقرر، فإن
شهدت البينة له به تبطل القسمة، فتستأنف القسمة، أو يصطلحون، وللمدعي
احلاف الباقيين أيضا، مع عدم الاشهاد على عدم علمهم الغلط، إن ادعي عليهم
العلم بذلك، وهو ظاهر، ولا يحلفوا إلا مع العلم بعدم العلم (٢)، وهو أيضا ظاهر.

(١) في بعض النسخ: ميزت على الأقل.
(٢) في بعض النسخ المخطوطة: ولا يحلفوا إلا مع عدم تقدم العلم.

ولو ظهر استحقاق البعض، بطلت، إن كان معينا مع أحدهما
أو معهما، لا بالسوية أو مشاعا.
ولو كان معينا بالسوية لم تبطل.
ولو ظهر دين بعد قسمة الوارث (الورثة - خ) فإن دفعوه، وإلا
بطلت.

قوله: ولو ظهر استحقاق البعض الخ. أي ولو ظهر كون بعض المال
المقسوم مال الغير تبطل القسمة، ويعطى ذلك إلى مستحقه، وتستأنف القسمة، أو
يصطلحون.

هذا إن (إذا - خ) كان المال المستحق معينا مع أحد الشريكين فقط، أو
معهما - لكن لا بالسوية، بأن يكون مقدار منه قيمته أكثر مما عند الآخر بالنسبة إلى
سهامهما - وجهه ظاهر، أو يكون عندهما مشاعا:
وأما إن كان بالسوية أي قسم ذلك المستحق المعين بينهما على مقتضى
سهامهما، فلا تبطل القسمة، لأنه إذا أعطى كل مال الغير، يبقى الباقي متساوية
فلا فضل لأحدهما على الآخر.
وأیضا كان أصل المال منقسما على مقتضى السهام، فوجود المستحق مثل
عدمه.

ويحتمل البطلان مطلقا، لأنه قد علم أن ما حصل للكل، كان على غير
وجه شرعي.

ويحتمل الصحة أيضا مطلقا، فيرد على الآخر من عنده الزيادة إن أمكن.
قوله: ولو ظهر دين الخ. يعني إذا ظهر على الميت دين بعد قسمة الورثة
الميراث، فإن دفعوا الدين - وهو بالنسبة إلى السهام، فيعطى من أخذ نصف الإرث
نصف الدين وصاحب الثمن الثمن إلى أهله - صحت القسمة ولزمت، وإلا بطلت،

فيدفع الدين من أصل التركة، فيقسم الباقي، فلا يجوز التصرف قبل أداء الدين، ولا حكم لتلك القسمة حيث حكم بطلانها، فتأمل.
وهذا الكلام مشعر بأن تصرف الوارث في الميراث مع الدين - وإن كان فاضلا عنه - ماض ومتوقف لزومه على الأداء، لا أنه يبطل، ولا يصح، (١) والمسألة مشكلة، وسيجيء إن شاء الله تعالى.

(١) في النسخة المطبوعة: هكذا: إلا أنه يبطل وإلا يصح.

(٢٢٥)

قوله: المقصد السادس في المضاربة وهي جائزة من الطرفين الخ.
ترك هنا أيضا تعريفها، كأنه للظهور، ويقال للمضاربة القراض أيضا.
قال في التذكرة: القراض عقد شرع لتجارة الانسان بمال غيره بحصة من
الربح، فإذا دفع الانسان إلى غيره مالا ليتجر فيه، فلا يخلو إما أن يشترط قدر الربح
بينهما أو لا، فإن لم يشترط، فالربح بأجمعه لصاحب المال، وعليه أجره المثل للعامل،
وإن شرط، فإن جعل جميع الربح للعامل كان المال قرضا وديننا عليه، والربح
والخسارة عليه، وإن جعل الربح بأجمعه للمالك كان بضاعة، وإن جعل الربح بينهما
فهو القراض الذي عقد الباب لأجله، ويسمى المضاربة أيضا والقراض لغة أهل
الحجاز والمضاربة لغة أهل العراق، ثم ذكر وجه اشتقاقه من القراض والضرب، هكذا
ذكره في شرح الشرايع أيضا.

وقوله: وعليه أجره المثل للعامل محل التأمل، إذ الأصل عدم لزوم الأجرة،
وما ذكر من أنه إذا استعمل شخص بعمل له أجره عادة لمثل هذا الشخص يستحق
به أجره المثل حينئذ - إن ثبت ذلك، وكأنه ما نحن فيه من ذلك القبيل - يكون له
أجرة المثل.

وبالجملة، إذا كان هناك ما يفيد ذلك، - ويدل عليه بحيث يكون نصا ومفيدا لذلك عرفا غالبا - لزم أجره المثل، وإلا فهو متبرع لما مر. وكذا قوله (١) كان المال (قرضا ودينا) فإن القرض يحتاج إلى صيغة خاصة، وله أحكام خاصة، والقرض عدم وجودها من المالك (وقصده وكذا من العامل - خ) فكيف يحكم بوجوده وترتب أحكامه عليه، ولأن خروج المال عن ملك مالكة ودخوله في ملك آخر يحتاج إلى ناقل، وما وجد إلا نحو قوله: (اتجر فيه، ويكون الربح لك)، وغير معلوم كون هذا المقدار مملكا، باعتبار إن كون الربح له فرع كون المال له، فكأنه قال: المال لك بالعرض، فربحه لك، لأن الاكتفاء في خروج مال عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير ورود شرع به، مشكل. على أنه قد يكون العامل أو القابل (القائل - خ) جاهلا، لا يعلم أنه لا يمكن كون المال باقيا على ملكه، وكون الربح للعامل، إذ قد يكون مقصوده اعطاء الربح للعامل بعد أن كان له. وبالجملة، إن وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضا، وإلا فلا.

نعم لو تصرف يكون المال ديننا في ذمته. ويحتمل أن يكون المراد بقوله: (كان المال قرضا) هذا المقدار (٢) بقريئة قوله: (ودينا)، وهو بعيد، فتأمل. ثم إن الظاهر أن لا خلاف بين المسلمين في جواز المضاربة نقله في التذكرة.

وتدل عليه الروايات، مثل رواية الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام،

(١) يعني المصنف في التذكرة.

(٢) يعني ما قناه بقولنا: نعم لو تصرف الخ.

قال: المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال. (١)
قال في التذكرة: أنها صحيحة.
وفي الطريق محمد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن أبان، ويحيى. (٢)
وفي محمد بن عيسى كلام.
وهما مشتركان (٣)، والظاهر أن أبان هو ابن عثمان، وفيه أيضا كلام.
وصحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فيخرج به (فخرج - خ)؟ قال: يضمن المال، والربح بينهما. (٤)
وصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: هو ضامن والربح بينهما (٥)، والروايات الدالة عليه كثيرة جدا. (٦)
ثم قال في التذكرة: أركانه خمسة، الأول العقد، لا بد في هذه المعاملة من لفظ دال على الرضا من المتعاقدين، إذ الرضا من الأمور الباطنة التي لا يطلع عليها إلا الله تعالى، وهذه المعاملة مثل (و- خ) غيرها من المعاملات يعتبر فيها الرضا، للآية (٧)، فاللفظ الدال على الإيجاب أن يقول رب المال: ضاربتك أو قارضتك أو

- (١) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٤ (ج ١٣ ص ١٨١).
(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: أحمد بن محمد، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن أبي عمير، عن أبان ويحيى، عن أبي المعز، عن الحلبي.
(٣) يعني أبان ويحيى.
(٤) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ١.
(٥) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٥.
(٦) راجع روايات الباب ١.
(٧) قال الله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (النساء - ٣٤).

عاملتك على أن يكون الربح بيننا نصفين أو أثلاثا أو غير ذلك من الأجزاء، بشرط تعيين الأكثر لمن هو منهما، والأقل كذلك، والقبول أن يقول العامل: قبلت أو رضيت أو غيرهما من الألفاظ الدالة على الرضا بالقبول، وكذا الايجاب لا يختص لفظا، فلو قال: خذه واتجر به - على أن ما سهل (١) الله تعالى في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على السوية أو متفاوتا - جاز.

ولا بد من القبول على التواصل المعتبر في ساير العقود. وهل يعتبر اللفظ؟ الأقرب العدم، فلو قال خذ هذه الدراهم، واتجر بها، على أن الربح بيننا على كذا فأخذها واتجر، فالأقرب الاكتفاء به في صحة العقد، كالوكالة، ويكون قراضا - إلى قوله - : يجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة، مثل إذ دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه، لأن الأصل عصمة مال الغير. (٢)

ولا يخفى أن دليله لا يدل إلا على اعتبار ما يدل على الرضا، سواء كان لفظا أم لا، ولهذا جوز غير القول في القبول، مع أنه لا بد من رضا القابل أيضا، لأنه أحد الطرفين، وقد اشترط التراضي في الآية (٣)، وأنه لا يشترط المقارنة للأصل وحصول التراضي الدال على الجواز، للآية (٤)، وصدق المضاربة، فيجري فيه دليلها، ويدل عليه أيضا عدم اشتراط القول في القبول عنده.

فقوله: (على التواصل المعتبر في سائر العقود) محل التأمل، لعدم الدليل، ولأنه مناف لعدم اعتبار القبول، إلا أن يقول أنه لا بد من التواصل، سواء كان بين لفظ الايجاب ولفظ القبول، أو فعل دال على ذلك، مثل الأخذ بعد صيغة الايجاب

(١) في التذكرة: مهما سهل.

(٢) انتهى كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٢٩).

(٣) وهو قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (النساء: ٣٤).

(٤) وهو قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (النساء: ٣٤).

بلا فصل، وهو لا يخلو عن بعد، ويأبى عنه قوله: (المعتبر في ساير العقود)، وقوله: (كالوكالة).

وأيضاً دليله على اشتراط التنجيز لا يخلو عن شيء، إذ أدلة جواز هذا العقد يخرج المال عن عصمة صاحبه (مع التعليق أيضاً - خ)، فإنه يصدق عليه عقد المضاربة المعرفة، ويدل عليه ظاهر الآية، فإنه تجارة عن تراض، والدال على الرضا موجود، ولأنه يصدق على التجارة التي فعلها العامل بهذه المضاربة، مثل البيع والصلح، فيدل جوازهما على جوازه.

إلا أن يقال لا دليل على المضاربة إلا الاجماع، ولا اجماع هنا، ولكن ذلك ممنوع (لما مر من الأخبار - خ)، أو يقال: إنه اجماع على عدم جواز التعليق، لأنه كالوكالة، بل وكالة، ويؤيده ما سيجئ في الثاني، وهو أيضاً ممنوع، فتأمل. ثم قال: الثاني المتعاقدان، وشرط كل واحد منهما البلوغ - إلى قوله - والأصل فيه أن القراض توكيل وتوكل في شيء خاص، وهو التجارة، فيعتبر في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل، ولا نعلم فيه خلافاً. ثم قال: ولو قارض المريض في مرض موته صح، وكان للعامل ما شرطه له، سواء زاد عن أجره المثل (مثل عمله - خ) أو ساواه أو نقص، ولا يحتسب من الثلث لأن المحسوب من الثلث ما يفوته المريض من ماله والربح ليس بحاصل حتى يفوته، وإنما هو شيء متوقع حصوله وإذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه ولو قارض (١) المريض في مرض موته (الموت - خ) وزاد الحاصل من أجره المثل، فالأولى أن الزيادة عن أجره المثل يحسب من الثلث لأن للنماء وقتاً معلوماً ينتظر، وهي حاصلة من عين النخل من غير عمل، فكانت كالأشياء الحاصل، بخلاف أرباح

(١) وفي النسخ: ولو ساقى بدل ولو قارض، وهو الصحيح كما في التذكرة.

التجارات التي تحصل من عمل العامل، وهذا أظهر وجهي الشافعي (الشافعية - خ) والثاني أنه لا يحتسب من الثلث، لأن وقت العقد لم تكن ثمرة وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعهده. (١)

هذا مبني على كون منجزات المريض من الثلث، وهو ظاهر، ولا يبعد عدم اعتبار الثلث فيها، لأن الأصل امضاء تصرف المالك في ماله وعدم حجره إلا ما ثبت منعه، وما ثبت إلا في المال الموجود على تقديره. ويحتمل فيهما اعتباره أيضا، لأن التصرف في الحاصل منه هو التصرف في الموجود في الجملة، وأيضا تصرف فيه بالمنع عن الورثة، ولو كانت في أيديهم لأمكن أن يحصلوا بالتجارة أكثر مما حصله العامل.

ولأن فتح مثل هذا الباب قد ينجر إلى محرومية الورثة إذ قد يجعله مضاربة أو مساقاة ومزارعة بحصة كثيرة، بحيث لا يكون حصة الوارث إلا شئ قليل جدا، ويكون المال دائما تحت يد الغير ينتفع به دونهم، فهو بمنزلة العدم. وأنه لا يجوز أن يجعله في يد الغير بحيث لا ينتفعون به، فكذا هنا، لعدم الفرق معني.

ولا يمكن رد الأول بأن القراض عقد جائز فيجوز أن يبطله الورثة، أو أنه يبطل بموت المالك، إذ قد يكون واجبا (٢) بأن يكون شرطا في عقد لازم ونحوه. ولكن الظاهر أنه حينئذ أيضا (٣) يبطل بالموت، فلا ينافي المحذور في المضاربة، بل في غيرها، فهو مؤيد لاعتبار الثلث فيه، كما هو أظهر وجهي الشافعية، إلا أن يقال ببطلانه بالموت أيضا، فتأمل.

(١) إلى هنا كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٣٠).

(٢) يعني قد يكون القراض لازما باشرطه في عقد لازم.

(٣) يعني كون القراض واجبا باشرطه في عقد لازم.

ثم قال: يجوز تعدد المضارب (العامل - خ) ووحدة المالك، وبالعكس، واشتراط استقلالهما، ومراجعة كل إلى صاحبه أو أحدهما فقط، عملا بالشرط، وأنه لا يجوز للعامل أن يضارب غيره، إلا بإذن المال.

والظاهر أن المراد أنه حينئذ يكون المضارب هو الثاني مع المالك، والحصة بينهما، وكون المضارب (الأول - خ) وكيلا في عقد المضاربة، لا أنه يكون المضارب الأول مضاربا أيضا بأخذ بعض الحصة ويعطى الثاني بعض الحصة، لأن المضاربة لا بد فيها من كون الموجب مالكا للمال على ما قالوه، ولأن الحصة لم تحصل إلا بالعمل أو بأصل المال، ولا شيء له.

وقال أيضا: يشترط أن يكون الدافع مالكا أو مأذونا في الدفع، بأن يكون وكيلا، فإن هذا العقد يقبل الوكالة والنيابة، أو وليا لطفل أو مجنون، سواء كان حاكما أو أمينه أو الأب أو الجد منه أو الوصي، ولكن لا بد من المصلحة الراجحة على بقاء المال في يد الولي، ومع ذلك فلا يسلمه إلا إلى أمين، ودليله أنه منصوب لمصلحته فيفعل ما فيه المصلحة، وتدل عليه أيضا الآية، مثل ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن (١) وأحسنوا (٢) وما على المحسنين من سبيل (٣) ونحوها. واستدل المصنف في التذكرة عليه، بأنه يجوز للولي أن يوكل عنهما في أمورهما فكذا يجوز أن يعامل على أموالهما قراضا.

وأنت خبير بأن هذا قياس مع الفارق الظاهر، مع عدم ظهور الاتفاق في الأصل والدليل عليه، فتأمل.

وأما رواية بكر بن حبيب، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل دفع مال يتييم مضاربة، فقال: إن كان ربح فللتييم، وإن كان ضيعة فالذي أعطى

(١) الأنعام: ١٥٢، والإسراء: ٣٤.

(٢) البقرة ١٩٢.

(٣) التوبة: ٩١.

ضامن. (١)

فإنها تدل على عدم جواز المضاربة الحقيقية في مال اليتيم، وقد حملت على عدم كون الرجل الدافع وليا، وفيه بعدما بترك التفصيل، وهو يدل على العموم. على أن بكر بن حبيب غير معلوم الحال، لأنه غير مذكور، إلا أن يكون ابن محمد بن حبيب، فيكون صحيحا.

وأنه لا معنى حينئذ لكون الربح لليتيم، إلا أن يقال إن المدفوع عليه اشترى بالعين للطفل، وقد جوز الولي ذلك قبله وبعده على تقدير جواز الفضولي، فتأمل. قال في بحث الحجر، الضابط في تصرف المتولي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة.

وقال أيضا: وإذا اتجر لهم ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين وأجاب عن بضاعة عايشة مال أخيه محمد في البحر، بأنه قد يكون المراد ساحل البحر، أو أنها ضمنت الغرم على تقدير التلف. (٢)

وهذا يدل على جواز كون الوصي امرأة بل فاسقة، وجواز البضاعة في المواضع الغير الآمنة بشرط الضمان، وأنه لا يجوز في البحر، لأنه غير مأمون. وقال أيضا: ويستحب له ذلك، (أي للولي دفع مال الطفل والمجنون إلى من يضارب)، سواء كان الولي أبا أو جدًا له أو وصيا أو حاكما أو أمينه - إلى قوله - ولا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن الحسن البصري.

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب المضاربة الرواية ١ كذا في التهذيب ولكن في الوسائل عن أبي عبد الله عليه السلام، ج ١٣ ص ١٨٩.

(٢) قال في التذكرة: مسألة وإذا اتجر لهم ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله، وقد روى أن عايشة أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر ويحتمل أن يكون في موضع مأمون قريب من الساحل، أو أنها ضمنتته أن هلك غرمته هي الخ (ج ٢ ص ٨٠ كتاب الحجر).

قال: الثالث رأس المال، وله شروط، ثلاثة الأول أن يكون من النقد (١) دراهم ودنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا - إلى قوله - إذا ثبت هذا، فلو دفع إليه كرا من طعام مضاربة، فباعه واتجر بثمنه فإن القراض فاسد. وكان البيع والتجارة صحيحين بالإذن، والربح بأجمعه لصاحب المال، وعليه أجره المثل للعامل لأنه عمل على أن يكون شريكا في الربح ولم يثبت له ذلك للفساد (٢) فيكون له أجره المثل. وهذا صريح في أن الإذن معتبر، وإن كان في ضمن عقد فاسد، فاحفظه، وتأمل.

ثم قال: الثاني أن يكون معلوما، فلا يصح القراض على الجزاف، وكأنه لا خلاف فيه أيضا عند علمائنا، ولأنه لا بد من الرجوع إلى رأس المال ثم أخذ الربح، وحينئذ لا يمكن، وقال أبو حنيفة، القول قول العامل مع يمينه ترجيح بلا مرجح بل مرجوح.

ثم قال: الثالث أن يكون معيناً، فلو أحضر المالك العين، وقال للعامل: قارضتك على إحدى هاتين الألفين، أو على أيهما شئت لم تصح، لعدم التعيين - إلى قوله - نعم يصح القراض بالمال المشاع، فلو كان له نصف ألف مشاعاً، فقارض غيره على ذلك صح لأنه معين، وكذا لو كانت غائبة عنهما حال العقد، وأشار المالك إليها بما يميزها عن غيرها حالة العقد، صح أما لو قارضه على ألف وأطلق ثم أحضر إليه، ألفاً في المجلس وعينها، فإنه لا يصح الخ. كأن دليل اشتراط الحضور أيضا بالمعنى المذكور اجماعنا، فتأمل. قال في التذكرة: ولا يجوز القراض على الديون، ولا نعلم فيه خلافاً - إلى قوله - وعلى ما رواه السكوني في الموثق، عن الصادق عليه السلام قال: قال أمير

(١) في التذكرة: من النقدين.

(٢) في التذكرة: لفساد العقد ج ٢ ص ٢٣١.

المؤمنين عليه السلام، في رجل له على رجل مال، فيتقاضاه، ولا يكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه. (١)

وهي مروية في التهذيب، عن النوفلي، عن السكوني، وهما ليسا بموثقين قيل في الأول أنه غلا في آخر عمره، والثاني عامي وفي السند إبراهيم بن هاشم أيضا، (٢) فتأمل.

فلولا الاجماع في اشتراط كونه غير دين لأمكن القول بعدمه، وكذا في عدم التعيين، فيكون له أخذ إحدى الألفين أراد، وكذا في نحوهما فتأمل. ثم جوز الفراض على العارية والوديعة، بل المغصوب مع من تحت يده ومع غيره، بدليل استجماع الشرائط وعدم مانع.

ثم قال: الرابع عمل العامل وهو عوض ربح رأس المال، وشرطه أن يكون تجارة، فلا يصح على الأعمال، كالطبيخ والخبز، وغيرهما - إلى قوله - لو دفع إليه مالا على أن يقارضه عليه وشرطه أن يشتري مثلا حنطة ليطبخها (ليطحنها - خ) - إلى قوله - لم

يصح، لما تقدم من أن الاسترباح بالقراض إنما هو بالتجارة لا بالصناعة والحرفة. أما لو اشترى العامل هذه الأعيان، وعمل (فعل - خ) فيها هذه الصناعات من غير شرط، فإنه يصح، ولا يخرج الدقيق - ولا الخبز ولا المطبوخ ولا الثوب المنسوج أو المقصور أو المصبوغ - عن كونه رأس مال القراض الخ.

وليس الحكم باشتراط اختصاص الاسترباح بالتجارة فقط ظاهرا، إلا أن يكون اجماعيا، كما يفهم من كلامه، وليس بواضح، نعم الذي واضح أنه لا بد من التجارة، فشرط أمثال ذلك - ليحصل به الاسترباح بالتجارة - لا يخرج عن

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب المضاربة الرواية ١ (ج ١٣ ص ١٨٧).

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني.

التجارة، فكما أنه يصح بغير اشتراط، فيصح معه أيضا، فهو بمنزلة أن يشترط نوع خاص للاسترباح، فتأمل. (١)

ثم قال: إذا أذن المالك للعامل في التصرف وأطلق، اقتضى الاطلاق فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش على المشتري - إلى قوله - لو خصص (خص - خ) المالك الإذن يخصص، فلا يجوز للعامل التعدي، فإن خالف ضمن، ولا يبطل القراض بالتخصيص، فلو قال له: لا تشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها، أو لا تبع إلا على زيد أو لا تشتري إلا ثمرة بستان معين أو نخلة بعينها، أو لا تشتري إلا ثوبا بعينه جاز ولزم هذا الشرط وصح القراض، سواء كان وجود ما عينه عاما في الأصقاع والأزمان أو في أحدهما، وسواء قل وجوده وعز تحصيله وكان نادرا أو كثر، عند علمائنا. (٢)

مراده أن القراض كما يصح عاما يصح خاصا أيضا، ويلزم الشرط فلا يصح مخالفته، وإن فعل يكون ضامنا، والمعاملة صحيح بأصل الإذن، والربح بينهما، ويكون العامل ضامنا لرأس المال، فيكون عليه الخسران. ويدل عليه أخبار كثيرة، منها ما تقدم في أول الباب مثل صحيحتي الحلبي ومحمد بن مسلم (٣) وغيرهما.

مثل صحيحة جميل، عن أبي عبد الله عليه السلام، في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري (يشتري يب - ئل) به ضربا من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير

(١) وفي عدة نسخ مخطوطة هكذا: نعم الذي واضح أنه لا بد من دخل التجارة نقدا (فقد - خ) مثال ذلك لما يتوقف (فلا يتوقف - خ) عليه الاسترباح بالتجارة، فليس بمعلوم شرط نصفين، كما أنه يصح بغير اشتراط،

فهو بمنزلة أن يشترط نوع خاص للاسترباح (الاسترباح - خ) فتأمل.

(٢) إلى هنا كلام التذكرة (ج ٢ ص ٢٣٤).

(٤) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٤ - ١.

الذي أمره، قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرط (١) والروايات كثيرة، وهي أصحها، وكأن (كأنه - خ) لا خلاف فيه.

وفيه اشكال، لأنه قد مر مرارا أن القراض بمنزلة الوكالة، فإذا لم يكن (كان - خ) وكيلا في شراء عين معينة كيف يصح ذلك، وكذا في الشراء في جهة معينة أو عن شخص معين، وقد قال (قالوا - خ) في الوكالة لا يصح ذلك، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه، ولم يقارض عليه، ويكون آثما فيه ضامنا، فتأمل.

ويمكن تأويل الروايات، بأن يقال: المراد مع الرضا بما فعل (وتجويزه - خ) مقارضة على تقدير جواز الفضولي، أو محمولة على صورة يكون معلوما أن غرض المالك من الأمر إلى جهة والبيع على شخص أو شراء شيء معين والنهي عن غير ذلك - صحة البيع مع الوقوع وبقاء القراض - إلا أن ذلك كغير الأولى، وما ذكره أولى، أو (و- خ) أنه حينئذ يكون ضامنا، فكأنه قال: قارضتك على النصف مطلقا في جميع ما هو مصلحة القراض، ولكن لأمنع في السفر وعلى زيد مثلا، ولا يشتري المتاع الفلاني، بمعنى إني ما أنا براض على كونه قراضا مشروعاً بأصل الشرع، وهو الذي يقتضي عدم الضمان، وكون القابض المضارب أمينا مقبولا قوله مطلقا، بل مضاربا ضامنا هنا هذا مثل ما قيل إن الإجارة في الحج الافرادي مثلا يجوز معها العدول إلى غيره من التمتع، لاعتقاده أنه أفضل ولهذا عين، فتأمل.

وكان الأصحاب حملوا قول المالك، قارضتك إلى آخره، ولا تبع من زيد مثلا مطلقا محمولا (٢) على ما قلناه، كما هو ظاهر الروايات.

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٩.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب اسقاط كلمة (محمولا).

وكأنه غير بعيد، لأن ظاهر قارضتك جواز القراض مطلقا، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معين لا ينافي ذلك، لاحتمال كون النهي للضمان ولغرض آخر، مع صحة القراض على حاله، فإنه قد فهم جوازه وصحته مطلقا، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معين، مثلا لم يناف ذلك، بما مر، فيحكم بصحة العقد، مع العمل بالنهي، والأمر، بحيث لا يبقى منافاة أصلا، كما قيل: إن النهي في المعاملات لا يدل على الفساد، لعدم المنافاة، لاحتمال كون الغرض من النهي محض الإثم، لا عدم صحة المعاملة أيضا. وهذا غاية ما يمكن توجيهه كلام الأصحاب والروايات، فلو لم تكن كثرة الروايات الصحيحة مع عملهم بظاهرها (١)، لأمكن التصرف بغير هذا الوجه، بل بما تقدم، أو (يحمل - خ) على أن المراد بالربح في الروايات ربح إذا حصل فيما أمر، لا في المنهي عنه.

لكنه بعيد في كثير منها بل في بعضها لا يمكن.

مثل رواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة، وينهاه أن يخرج به إلى أرض أخرى، فعصاه، فقال: هو له ضامن، والربح بينهما، إذا خالف شرطه وعصاه. (٢)

وقريب منها ما في رواية الكناني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى الأرض، وينهى (نهي - خ) أن يخرج به إلى أرض غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح (وربح - خ) فالربح بينهما. (٣)

(١) وفي بعض النسخ بعد قوله: (الصحيحة) المحمولة على ما قالوهم بالاتفاق لأمكن الخ.

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ١٠.

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٦ وفيه بعد قوله عليه السلام (إلى أرض أخرى) فعطب المال؟

ولعل في الرواية (الروايات - خ) إشارة إلى ما قلناه إن المقصود صحة المضاربة عموماً أو (و- خ) الضمان في المخالفة. مثل صحيحة رفاعه بن موسى، قال: سمعته، يقول: المضارب يقول لصاحبه إن أنت أدنته (أدبته - خ) أو أكلته فأنت له ضامن قال: فهو ضامن (يضمن) إذا خالفه. (١)

فكأن المراد بمخالفته ما شرط مثل الأكل وغيره. وكذا يشعر به ساير الروايات، مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربه له من الربح، وليس عليه من الوضيعة شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال (صاحبه - خ) فإن العباس؟ كان كثير المال، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذا كبد رطبة، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به، فأنت ضامن المال (للمال - خ). (٢)

والاشعار غير خفي، وفي المتن شيء. وله الربح. قال: (الركن - خ) الخامس في الربح، قال في التذكرة: وشروطه أربعة الأول اختصاصه بالمتعاقدين، فلو شرط بعض الربح لغيرهما لم يصح، سواء كان قريباً أو بعيداً، كما لو قال على أن يكون لك ثلث الربح ولي الثلث ولزوجتي أو لابني الثلث الآخر أو للأجنبي (لأجنبي - خ) الثلث الآخر، ويطلق القراض، لأنه ليس بعامل ولا مالك للمال أما لو شرط عمل الثالث فإنه يصح ويكون في الحقيقة

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٨ وفيه: فهو له ضامن إذا خالف شرطه، ورواه في التهذيب كما في الوسائل أيضاً مسنداً عن رفعة عن أبي عبد الله عليه السلام.
(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ٧.

وهي جائزة من الطرفين، لكل منهما فسخه، وإن كان بالمال عروض.

هنا عاملان لواحد. (١)

كأنه لا خلاف في ذلك.

ثم قال: الشرط الثاني أن يكون الربح مشتركا بينهما، فلو شرط أن يكون جميع الربح للمالك، بأن يقول: قارضتك على أن يكون جميع الربح لي فسد القراض، وبه قال الشافعي لمنافاة الشرط مقتضى القراض، فإن مقتضاه الاشتراك في الربح لأن إسحاق بن عمار سأل الكاظم عليه السلام عن مال المضاربة قال: الربح بينهما والوضيعة على المال. (٢)

الثالث (٣) أن تكون الحصة لكل منهما معلومة.

والرابع أن يكون العلم به من حيث الجزئية المشاعة كالنصف أو الثلث والكل مما لا خلاف فيه، وجهه ظاهر، لأنه مقتضى القراض المقرر عندهم. قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. إذ قد عرفت أنه وكالة وبعد حصول الربح يصير شركة، وهما جازان.

والظاهر أن لا خلاف في عدم لزومها، فهي مختصة من بين العقود بالجواز فيخصص دليل لزومها بدليل جوازها، فلكل منهما فسخ العقد. وإن كان بالمال عروض، أي وإن كان المال الذي يضاربه عروضاً غير النقد المسكوك الذي وقع العقد عليه.

وليس لصاحب المال تكليف المضارب بانضاض المال أي صيرورته مثل النقد الذي كان وليس له أيضا أن يقول للمالك اصبر حتى ينض (٤) المال، وهو ظاهر.

(١) إلى هنا كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٣٥.

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب المضاربة الرواية ٥.

(٣) يعني الشرط الثالث.

(٤) في بعض النسخ: حتى أن ينض.

ولا يلزم الأجل، ويثمر المنع.
ولا يتعدى العامل المأذون، فيضمن لو خالف، أو أخذ ما يعجز
عنه، أو مزج المال بغيره بغير إذن.

قوله: ولا يلزم الأجل الخ. أي لو قال: ضاربتك سنة، لا يلزم هذا العقد
مدة الأجل، بل يصح فسخه قبله، كما في غير المؤجل.
وفائدة ذكر الأجل عدم جواز التصرف والعقد بعد الأجل، وهو فائدة ذكر
الأجل فيثمر الأجل في المنع، أي منع التصرف بعد المدة.
قوله: ولا يتعدى العامل الخ. يعني أن المضاربة بمنزلة الوكالة، فلا يجوز
التعدي عما عين المالك، وأذن فيه، فيضمن لو خالف، لأنه خرج عن الأمانة، بل
صار غاصبا، ويده يد عاد.
وكذا لو أخذ بالمضاربة مالا كثيرا يعجز عن أعماله ومضاربه وحفظه، على
ما هو مقتضى الشرع والعرف مع جهل المالك وأما مع علمه فكان مجوزا له التفويت،
فلا يكون القابض متعديا وضامنا.
وعلى تقدير الضمان يحتمل أن يكون ضامنا للجميع، كما هو ظاهر
العبارات، لأن وضع يده حينئذ على الجميع غير مشروع وقدر (١) الزيادة التي لم
يقدر على حفظه فقط.
والأصل يقتضي ذلك مع منع عدم مشروعية وضع اليد على الجميع وإن
عدم القدرة إنما هو على تلك فقط، فلا يتعدى المنع إلى غيرها.
ويمكن أن يقال: إن كان الكل بعقد واحد فلا فرق، لأن وضع اليد
حينئذ على الكل ممنوع، فيكون ضامنا له.
وإن كان بعقدين (بغيره - خ) فصاعدا، فيبطل العقد الآخر المشتمل على

(١) عطف على قوله: للجميع.

ولا يؤثر في الاستحقاق.
وإذا أطلق تولى ما يتولاه المالك، من عرض القماش ونشره
وطيه واحرازه وقبض الثمن.

الزيادة، إلا أن يمزج فيضمن الكل، من جهة المزج وعدم القدرة.
ولا فرق بين الأخذ بالتدريج وعدمه بعد اتحاد العقد، وإن وضع اليد على
الكل مع التعدد يوجب (١) ضمان الكل والترجيح لضمان الثاني ظاهر.
فقول الشهيد الثاني في شرح الشرايع محل التأمل. وكذا يضمن لو مزج مال
القراض بغيره من غير إذن المالك، وهو ظاهر.
قوله: ولا يؤثر في الاستحقاق الخ. لا يؤثر تعدي العامل عما شرع له
وجوز -، سواء كان بالتعدي عن المأذون، أو أخذ ما يعجز، أو المزج مطلقا -، في
استحقاق المالك الربح فقط، وعدم استحقاق المضارب الربح، بل يربح ويصير
ضامنا.

وهو إشارة إلى القصد وتفصيل ما قدمناه في بيان شرط العمل، فتأمل.
فإن القول بعدم جواز التعدي ولزوم الشرط وتحريم التجاوز عما (مما - خ)
عينه المالك وصورته مضاربة خاصة - كما صرح به في التذكرة وشرح الشرايع
وغيرهما - لا يجتمع مع صحة العقد في صورة التعدي المفهوم من كون الربح بينهما،
فهو مشكل جدا.
ولكن هو مفهوم الروايات الصحيحة الكثيرة، وغير معلوم الخلاف فيه
(عنه - خ) فلا بد من التأويل، وقد أولنا تأويلات، فتذكر وتأمل.
قوله: وإذا أطلق تولى الخ. قد عرفت أنها بمنزلة الوكالة المطلقة، فيعمل
بمقتضاها، ولا يخرج عن العرف.

(١) في بعض النسخ المخطوطة: هكذا: ومجرد وضع اليد على الكل مع التعدد لا يوجب ضمان الكل.

واستيجار ما جرت العادة له، ولو عمله بنفسه لم يستحق أجره.
كما أنه يضمن الأجرة لو استأجر للأول.
ويبتاع المعيب، ويرد به، ويأخذ الأرش مع الغبطة.
والاطلاق يقتضي البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد.

ولا شك أن اطلاق العقد يقتضي جواز عرض القماش ونشره وطيه (١)
وحفظه وقبض الثمن، فإنه هنا مخالف للوكالة في البيع فقط من غير قرينة، فإن كون
العقد قراضا قرينة على الإذن في القبض بل صريح في ذلك، كما أنه صريح في
البيع، لأن التجارة - من غير القبض والتسليم - غير ممكن عادة، وهو ظاهر.
قوله: واستيجار ما جرت العادة له الخ. (٢) دليله العادة، وصرف العقد
إليها، ولكن لو لم يستأجر وعمل بنفسه ماله أن يستأجر (له - خ) عادة لم يستحق
الأجرة، لأنه خلاف العرف والعادة، كما أنه لو استأجر للأموال التي جرت العادة
بفعله بنفسه التي ذكرت أولا، مثل عرض القماش، لم يكن من مال القراض، بل
يكون هو ضامنا للأجرة؟.

ويبتاع المعيب الخ. يعني يجوز له شراء المعيب، بخلاف الوكيل في
الشراء فقط، فإنه ينصرف إلى الصحيح عرفا، إذ الغرض تحصيل المبيع (البيع - خ)
غالبا (و- خ) على الظاهر، وفي المضاربة الغرض تحصيل الربح، وقد يكون الربح
(ذلك - خ ل) في شراء المعيب، وله أيضا أن يرد المعيب، أو يأخذ الأرش في صورة
جوازهما مع الغبطة في ذلك أي المصلحة.
وبالجملة، هو منصوب لمصلحة الربح، وهو مأذون في ذلك، مع مراعاة المصلحة.
قوله: والاطلاق يقتضي البيع الخ. إذا أطلق له العقد مضاربة، له أن

(١) في بعض النسخ المخطوطة: (وصده) بدل (طيه).

(٢) في بعض النسخ واستيجار ما جرت به العادة.

والشراء بالعين، فيقف على الإجازة لو خالف.

يبيع بالنقد، لا بالنسيئة، فإنه بمنزلة الوكالة، وأنه لا مصلحة في النسيئة لاحتمال حوادث الزمان وتلف المال، فما لم يصرح به لم يجز له وضع ماله في معرض التلف، وإن كان عدم كونه مثل الوكالة في جميع الأحكام، كما تقدم، وكون المقصود هنا هو الربح يقتضي جواز النسيئة، إذا كان الربح فيه مع المصلحة، إلا أنه لما كان في معرض التلف، قالوا لا مصلحة فيه، فتأمل فيه.

وكذا لا بد من كونه بثمن المثل وهو ظاهر، فإنه لا يجوز البيع بأقل من ثمنه، كما هو للوكيل أيضا.

ولكن يمكن إن كان مما يتسامح به، يجوز، خصوصا في المضاربة، إذا اقتضته المصلحة، بأن يباع ويشترى حينئذ ما يمكن أن يبيع بالربح الكثير. وقد يتخيل جواز بيعه بأقل من ثمن المثل زائدا على القدر الذي يتسامح عادة لتحصيل (ليحصل - خ) مثل هذا الغرض، للعلم بأن المقصود تحصيل الربح ورعاية المصلحة، وهو مع البيع كذلك فرضا، وكذا الكلام في نقد البلد الذي جاز البيع فيه.

وقد قوى في شرح الشرايع جواز العقد بغير نقد البلد مع المصلحة، وأظن مع النسيئة أيضا ينبغي، بل بغير ثمن المثل معها، لما مر، ولا يضر احتمال التلف في النسيئة، فتأمل.

وكذا الظاهر الجواز بالعروض قال في التذكرة: في الحقيقة إن المضاربة نوع وكالة، وإن كان له أن يتصرف في نوع مما ليس للوكيل التصرف فيه تحصيلاً للفائدة، فإن له أن يبيع بالعروض، كما له أن يبيع بالنقد، بخلاف الوكيل فإن تصرفه في البيع إنما هو بالنقد، وقربه أيضا في القواعد، بعد التردد، فتأمل. قوله: والشراء بالعين الخ. لأنها المال المضارب به، والموكل في المعاملة (المقابلة - خ) به، فإنه ليس بوكيل بأن يشتري له شيئا ويبيع، بل يشتري هذه

ولو اشترى في الذمة ولم يضيف، وقع له.
وتبطل بالموت منهما، والخروج عن أهلية التصرف.

الأعيان (١) وإن حصل ربح يشترك معه، فلو اشترى في ذمة المالك وقف على الإجازة، لأنه ليس بوكيل فيه، فيكون فضوليا، فعلى تقدير جواز الفضولي يكون موقوفا، وإلا يكون باطلا.

ويحتمل أنه لما صار في العرف أن يشترى شيئا، ويقصدوا الأداء من مال بعينه، فكأنه عقد المضاربة اقتضى تلك الوكالة أيضا، فإما أن يشترى بالعين، أو في الذمة بمعنى أن يقصد الآن أدائه من مال المضاربة، فتأمل.
إذ قد لا يفهم ويتلف قبل الأداء لمانع غير اختياري أو اختياري فيشغل ذمة المالك ويحصل عليه الضرر.

قوله: ولو اشترى في الذمة الخ. أي لو اشترى المضارب شيئا في الذمة، لا بالعين المضارب بها، ولم يضيف العقد لا إلى نفسه، ولا إلى المالك وقع الشراء له بحسب الظاهر، بل الباطن أيضا، إلا أن يكون قاصدا غير ذلك، فيعمل بمقتضاه بحسب نفس الأمر، وإن عمل معه بحسب الظاهر، وإن أضاف إلى نفسه فهو له، وإن أضاف إلى المالك، فيكون موقوفا على الفضولي وباطلا على (في - خ) غيره.
قوله: وتبطل بالموت الخ. يعني أنه قد علم أنه توكيل، فيبطل بموت كل منهما، كوكالة، ولأن بالموت يخرج المال عن ملك المال، ويصير للورثة، فلا يجوز التصرف بالإذن الذي كان من (في - خ) المورث، بل لا بد من إذن الوارث.
ولأن المأذون له (٢) كان المضارب لا وارثه، فلا يجوز التصرف لغيره إلا بإذن جديد، وهو معنى بطلان القراض، فيقتسمون الربح إن كان، ويتصرف من

(١) في عدة من النسخ، بل يبيع هذه الأعيان ولعل الصواب: بل يشترى بهذه الأعيان.
(٢) يعني عند موت المضارب.

وينفق في السفر كمال النفقة من الأصل، ويقسط لو ضم.

حصل له الإذن من المالك.

قوله: وينفق في السفر الخ. أي يخرج العامل جميع نفقة المحتاج إليها في السفر الذي يسافر فيه للتجارة، ما دام كونه في السفر (للتجارة - خ)، سواء كان مقيماً في بلد إقامة عشرة لها أم مسافراً لها في الطرق، وسواء كانت التجارة إلى سفر قريب دون المسافة ويكون سفرًا عرفياً أو لغوياً لا شرعياً (أو بعيداً - خ) وسواء كانت زائدة على نفقة حضره أو ناقصة أو مساوية وجميع ما يحتاج إليه من الأكل والشرب لنفسه ودوابه وعماله وآلة ملك حتى القرب والجواليق (لها - خ) داخلة فيها.

إلا أنه بعد انتهاء السفر يكون من المال، والنفقة تخرج من المال، فإن كانت (كان - خ) بغيرها شيئاً (١) من الربح يقسم وإلا فلا وسواء حصل ربح أم لا فيكون حينئذ كلها من (عن - خ) أصل رأس المال. ولكن مؤنة موته ومرضه تكون من نفس ماله، إذ لا دخل للسفر فيه، إلا أن يكون معلوماً أنه لو كان في بلده لم يكن يمرض أو مؤنة مرضه يكون في الحضر وبلده أو خص، فيمكن حينئذ احتساب الزيادة من مال المضاربة، وسواء شرط كون النفقة من الأصل أو أطلق، وفائدة الشرط حينئذ التأكيد والخروج من الخلاف، فإنه قيل نفقته مطلقاً منه خاصة. (٢)

وقيل الزائد على الحضر (٣) من رأس المال والمشارك على نفسه، لأن الزيادة هي الحاصلة بالسفر، إذ لو كان هو في بيته (نفسه - خ) لكان له نفقة ماله. والمشهور هو الأول، ويدل عليه صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب شيء بالضم لا بالفتح.

(٢) في بعض النسخ من خاصة نفسه.

(٣) هكذا في نسخة واحدة وفي أكثر النسخ (على السفر) والصواب ما أثبتناه.

ولا يصح إلا بالأثمان الموجودة المعلومة القدر المعينة.

عليهما السلام، قال المضارب (المضاربة - خ) ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه. (١)
وما للعموم فلا وجه للثاني، والثالث لا يخلو عن (٢) وجه لكن يرده الرواية، على أنه وإن كان له نفقة من ماله، إلا أنه حينئذ عمل للمالك، فكأنه كالأجير له، ونفقته على المستأجر، مع اقتضاء العادة، مع أنه لو لم يكن أجيرا له لكان نفقته في ماله.

وبالحملة ليس دليل (٣) خصوصا مع معارضته بالشهرة، والرواية المعمولة (قيل - خ) الصحيحة، مع عدم ظهور الخطأ.

نعم لو شرط سقوط النفقة وكونها (يكون - خ) لنفسه يتبع، للشرط، وتخصيص من الرواية، لدليل، ويسقط النفقة على المال الذي يسافر به. فإن كان بعضه له وبعضه لغيره على النصف، فالنفقة كذلك، وكذلك إن كان لاثنين غيره، وهكذا.

قوله: ولا يصح (٤) بالأثمان الموجودة الخ. قد مر هذا الشرط، وسائر الشروط مفصلا.

وقد يفهم اجماعنا في التذكرة على عدم جواز غير النقد المضروب حيث قال: الأول أن يكون من النقدين دراهم ودنانير مضروبة (مضبوطة - خ) ومنقوشة، عند علمائنا (٥) فإن كان مثل هذا صحيحا (كما هو - خ ل) فلا اشكال في النقرة

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب المضاربة الرواية ١.

(٢) في عدة من النسخ: ولا وجه للثالث والثاني لا يخلو عن وجه، والصواب ما أثبتناه.

(٣) في بعض النسخ: ليس ذلك دليلا.

(٤) هكذا في جميع النسخ، والصحيح، ولا يصح إلا بالأثمان الموجودة، كما في المتن.

(٥) إلى هنا كلام التذكرة.

ولو (وإن - خ ل) كانت مشاعة، فلو قارضه بأحد الألفين
أو بالعروض أو بالمشاهد المجهول

وإلا فاشكال. (١)

بل ينبغي عدم الاشكال في الجواز، لعموم أدلة القراض (مثل أوفوا،
والمسلمون عند شروطهم - خ) وتسلط الناس على أموالهم، ولا يضر عدم الاجماع،
وكون القراض على خلاف الأصل، إن سلم، فتأمل.
وكذا علم الجواز بالمال المشاع مع بقاء الشرائط، لعموم الأدلة، وحصول
الشرائط، وعدم المانع، سواء كان المضارب هو الشريك أو غيره.
ودليل (وإن - خ) عدم الجواز بأحد الألفين مثلا كأنه الاجماع والجهالة في
الجملة.

ولكن كونه مضرا غير ظاهر، وعموم الأدلة يفيد الجواز.
(وإن - خ) دليل عدم جوازه بالعروض، كأنه الاجماع المفهوم من عبارة
التذكرة المتقدمة. وأما دليل عدم الجواز بالمشاهد المجهول، كأنه الجهل (٢) ونقل عن
الشيخ قولاً بالجواز وأنه مع الاختلاف وعدم البينة القول قول العامل مع اليمين.
بل نقل (٣) عنه قولاً بالجواز في الجزاف، وإن لم يكن مشاهداً وأنه قواه في

(١) معنى العبارة فإن كان الاجماع المدعى في التذكرة صحيحاً، فلا اشكال في عدم صحة المضربة في
النقرة وإن لم يثبت الاجماع فاشكال، ووجه الاشكال ما ذكره في المسالك - عند قول المصنف: وفي القراض
بالنقرة تردد - وهذا لفظه: ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذين هما موضع الوفاق، ومن
مساواتهما

له في المعنى، حيث إنها من النقدين، وإنما فاتها النقش ونحوه، وانضباط قيمتها بهما، وأصالة الجواز انتهى.
(٢) وفي بعض النسخ هكذا: وشارح الشرايع يقل عن الشيخ قولاً بالجواز، وهذا النقل موجود في
المسالك، فراجع.

(٣) قال في المسالك، وحلى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف، من غير تقييد
بالمشاهدة، وقواه في المختلف.

أو بالفلوس أو بالنقرة (١) على اشكال، أو بالمغشوشة أو بالدين
وإن كان على العامل، أو بثمان ما يبيعه -، لم يصح.
ويصح بالمغصوب، ويرأ بالتسليم إلى البائع.

المختلف محتجا بالأصل، وبأن المؤمنين عند شروطهم. (٢)
فإذ لا اجماع ولا دليل واضحاً على المنع، فالقول به لعموم الأدلة غير بعيد،
وإن كان خلاف المشهور، والأحوط (العلم و- خ) التعيين.
وكأن دليل عدم الجواز بالفلوس هو الاجماع، فإنه عروض إذ المراد به
(بها - خ) غير النقدين المنقوشين المتقوم بهما.

قال في التذكرة: وأما الفلوس فلا يجوز القراض بها عندنا، جزم هنا بعدم
الجواز على النقرة، محتجا بأنها والتبر مقومان (٣) وفي الكبرى منع.
وأما المغشوشة فالظاهر أن لا مانع من الجواز فيها، لما تقدم، وعدم صلاحية
الغش للمانعية، إلا أن يكون غير معلوم، ولا يعامل بها وحينئذ لا يجوز لذلك.
وأما عدم الجواز بالدين فدليله، كأنه الاجماع.

قال في التذكرة: ولا يجوز القراض بالدين، ولا نعلم فيه خلافاً، ولا فرق في
ذلك بين كونه في ذمة العامل وغيره، لأنه غير متعين مملوكاً لصاحبه، لأن في ذمة
العامل أمر كلي غير متعين من أمواله (وقد مرت رواية السكوني (٤) الدالة على المنع
ما فيها فتذكر - خ)، ومنه يعلم عدم الجواز بثمان المبيع بالطريق الأولى، لجهالة الثمن
أيضاً.

قوله: ويصح بالمغصوب الخ. أي يصح القراض بالمال المغصوب لمالكه
على الغاصب وغيره، إذا كان موجوداً معيناً حاضراً، لحصول الشرايط، وعدم المانع

(١) أي القطعة المذابة من الذهب والفضة، كذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٠ من أبواب المهور حديث ٤ ج ١٥ ص ٣٠.

(٣) يعني يقومان النقرة والتبر بالنقدين.

(٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب المضاربة الرواية ١ (ج ١٣ ص ١٨٧).

والعامل أمين.
ويقبل (يقدم - خ) قوله في التلف، وعدم التفريط، والخسارة،
وقدر رأس المال، والربح، ولا يضمن إلا مع التفريط، وقول المالك في عدم
الرد والحصة.
ويشترط في الربح الشيعي.

فيجري فيه عموم الأدلة.
قال في التذكرة، صح عندنا لاستجماع شرائط الصحة، فيشعر بالاجماع.
ثم إن الظاهر أنه إن كان المضارب هو الغاصب، فيبرء ذمته من الغصب بالعقد.
ويحتمل أن يبرأ إلا بالتسليم إلى بايع المتاع، فتأمل.
رجح الأول في التذكرة بأن سبب الغصب والضمان هو التعدي، وقد زال
بالعقد، فتأمل.
واختار في المتن الثاني، للاستصحاب، وعلى اليد ما أخذت (١) وليس مجرد
العقد تسليماً، ويبرأ ذمته إذ لا منافاة، فتأمل.
وأما إذا كان غيره، فالتسليم إلى العامل بإذن المالك.
قوله: والعامل أمين الخ. قد مر تفسيره، ودليله واضح.
ويتفرع عليه جميع ما ذكره - إلى قوله - وقول المالك في عدم الرد والحصة،
لأن الأصل عدم الرد وبقائه بيد العامل، ولأن الحصة من الربح نماء مال المالك،
والأصل كونه له تابعا للأصل حتى يتحقق (خلافه - خ)، فالعامل مدع فعليه
البينة، فالقول قول المالك مع اليمين، وهو ظاهر.
قوله: ويشترط في الربح الشيعي. أي كون كل جزء جزء مشتركاً، وقد

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب في تضمين العارية ص ٢٩٦، العوالي ج ٣ ص ٢٤٦ و ٢٥١ وراجع حاشيتهما.

فلو شرط اخراج معين من الربح، والباقي للشركة، بطل.
وتعيين حصة العامل.
ولو قال: الربح بيننا فهو تنصيف.

مر دليله، وهو أن غير الشياخ خارج عن مقتضى المضاربة.
وكأنه لا خلاف في هذا الشرط، وكونه داخلا في مفهوم المضاربة.
ويتفرع عليه قوله: (فلو شرط الخ)، وهو ظاهر، ولأنه قد لا يحصل إلا ذلك،
فلا يبقى للآخر شيء، والاتفاق على البطلان حينئذ.
وكذا يبطل لو جعل الربح للعامل فقط، أي لم تكن مضاربة صحيحة، بل
مضاربة باطلة، فيكون له أجرة المثل، والربح للمالك، أو يكون قرضا فيكون الربح
له، فإن قصد شيئا منهما، وعلم يتبع، وإلا فإن قال: خذه قرضا والربح لك،
يحتمل أن يكون قرضا باطلاق وقرضا (١)، وإن قال: خذه والربح لك، بغير لفظ
قراض، يكون قرضا، هكذا يفهم من كلامهم.
والظاهر أنه لا ضمان، ولا يكون الربح له ولا للمالك بل يكون الشراء
فاسدا أو موقوفا، فتأمل.
وإن قال: والربح لي فهل يكون قرضا أو بضاعة؟ الظاهر أنه بضاعة
مطلقا، وليس للعامل أجرة، لأنه متبرع، وهو ظاهر، وقد فصل فيه التفصيل
المتقدم، فتأمل.
قوله: وتعيين حصة العامل الخ. قد مر دليله أيضا، وهو الجهل الموجب
للبطلان (لولا - خ) فكأنه لا خلاف فيه أيضا.
قوله: ولو قال: الربح بيننا الخ. كون مقتضى ذلك كون الربح على
النصف، هو الظاهر، لأن الظاهر أن معنى جميع ما ربح يكون بينا، فإذا كان كل

(١) يعني ويحتمل أن يكون قرضا.

ولو شرط حصه لغلّامه صح، وإن لم يعمل.
ويشترط في الأجنبي العمل، ولو قال: لكما نصف الربح
تساويا.

جزء بينهما، فيلزم المناصفة، وكان هذا مما لا خلاف فيه، كما قالوا في الوصية، إذا
قال الموصي: هذا لهما، ونحو ذلك.

قوله: ولو شرط حصه الخ. لو شرط المالك حصه من الربح له - وحصه
لغلّامه، وإن لم يعمل هو أصلا، بل العامل فقط، وحصه أخرى للمضارب مشاعا -
صح، ولزم، للأصل، وعموم أدلة هذا العقد، مثل المسلمون عند شروطهم (١) مع
عدم المانع، إذ ليس إلا كون الحصه لغلّامه مع عدم العمل، فيلزم أخذ حصه من
غير مال ولا عمل، وهو باطل اجماعا، ولهذا لم يصح جعل حصه لا جنبي بلا عمل،
ومع العمل يرجع إلى كون العامل اثنين.

وهو لا يصح للمانع، لأن حصه الغلام هو حصه للمالك أيضا، كأنه
جعل للمالك حصته وحصه غلامه (لغلّامه - خ)، والباقي للعامل، فإن ما لغلّامه
المملوك له.

وهذا - على تقدير القول بعدم تملك المملوك أصلا - ظاهر، وكذا مع جواز
تملكه في الجملة، فإنه لا يملك إلا مع تمليك، أو فاضل الضريبة ونحوهما
(نحوها - خ) وليس هذا منهما، وإن قيل إنه يملك بجميع أسبابه مثل الحر، فهو كالأجنبي
الخ إلا أن يكون مقصود المشترط كونه له لا للغلام، وإن تملك، ويشكل ملكية الغلام
الحصه مع كون عمله لمالكه وكون الحصه عوض العمل، فتأمل.
والظاهر أنه كذلك لو شرط حصه لغلّام العامل أيضا، لعين ما مر.
قوله: ويشترط في الأجنبي العمل الخ. يعني إذا جعل حصه لغير مملوك

(١) راجع الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٢.

المالك والعامل، لا بد من اشتراط عمل له حتى يستحق بذلك الحصة، إذ لا مال له.

ولا فرق في ذلك عندنا بين كونه قريبا مثل الزوجة والولد والوالد، أو بعيدا، ومع اشتراط العمل يكون راجعا إلى العاملين، فلا بد من تعيين العمل والحصة لهما.

ولو قال للعاملين: لكم (لكما - خ) النصف ولي النصف، يكون لكل واحد الربيع، وهو ظاهر، سواء تساويا في العمل أو تفاضلا.

ويجوز التفاضل مع تساوي العمل وتفاضل (وإن كان - خ) على عكس تفاضل الربح، للعموم، وعدم المانع، ولأنه يرجع إلى اشتراط حصة كثيرة لعمل قليل، وبالعكس، وهو جازم مع التراضي.

فلو لم يشترط عليه العمل، مع اشتراط الحصة له يكون قرضا باطلا.

ويحتمل الصحة و (١) عدم اشتراط العمل، بعموم الأدلة، ولا مانع في الشرع والعقل من أخذ (أحد - خ) حصة من الربح بلا عمل ومال، كما في أخذ الغلام مع القول بتملكه فإن عمله للمالك ويأخذ الصحة لنفسه ويحتمل أن يرجع إلى كونها أيضا للمالك، لأنه نماء ماله (وهو له - خ).

وهو خلاف الشرط، ولأنه قد لا يحصل إلا ذلك، فلا يبقى للآخر شيء.

وكذا يبطل (٢) لو جعل الربح للعامل فقط - أي لم يكن مضاربة باطلة -

فيكون له أجرة المثل والربح للمالك، أو يكون قرضا فيكون الربح له.

فإن قصد (٣) شيئا منهما، وعلم يتبع، وإلا فإن قال: خذه قرضا، والربح

(١) الواو بمعنى مع.

(٢) يعني يبطل شرط جعل الربح للعامل.

(٣) يعني قصد المالك.

ويملك العامل حصته بالظهور.

لك، ويحتمل أن يكون قراضا باطلا، و (١) قرضا. فإن قال: خذه، بغير لفظه (قراضا) يكون قرضا، هذا ظاهر كلامهم. والظاهر أنه لا ضمان، ويكون الربح له لا للمالك، بل يكون الشراء فاسدا وموقوفا، إلا أن قصد الإذن الشراء (بالشراء - خ) لنفسه، وما فهم عدم صيرورة الربح إذا قصد تصرفه، لنفسه، فتأمل.

وإن قال: والربح لي (٢) فهل يكون قراضا أو بضاعة؟ الظاهر أنه بضاعة مطلقا أيضا، وليس للعامل أجره، لأنه متبرع، وهو ظاهر، وقد فصلوا فيه التفصيل المتقدم (المقدم - خ) فتأمل.

قوله: ويملك العامل حصته بالظهور الخ. أي بظهور الربح، فإن المشروط (٣) له شيء من الربح، وقد ظهر، فملكه للشرط، من غير مانع، وهو مقتضى أدلة القراض، فتأمل.

إلا أن لزومه يكون موقوفا على سلامة رأس المال، حتى ينض (قبض - خ) المال و (أو - خ) يسلم إلى المالك.

كأنه إشارة إلى رد من قال: يملك بعد القسمة أو النض (٤)، والأول أولى، لعموم أدلة القراض، ولا يملك غير موجود، لأن ما قابل الربح من عين السلعة موجودة وحصته فيه (منه - خ) مملوك له، ويؤيده الشهرة.

قال في شرح الشرايع، هذا هو المشهور، بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا مخالفة (٦)

(١) يعني ويحتمل أن يكون قرضا.

(٢) يعني أن قال: خذه والربح لي.

(٣) ولعل الصواب، فإن للمشروط له شيء الخ.

(٤) وفي بعض النسخ، وبعد النض.

(٥) وفي بعض النسخ هكذا: لأن غير ما قابل رأس المال من السلعة موجود.

(٦) في المسالك، ما يخالفه بدل (مخالفة).

ولو شرط المريض للعامل ربحا صح، ولو أنكر القراض وادعى

ثم قال: ونقل الإمام فخر الدين عن والده، إن في هذه المسألة أربعة أقوال،
الرابع أن القسمة كاشفة عن ملك العامل الخ. (١) كأنه (يملك - خ) للظهور
(بالظهور - خ) ولكن لم يذكر للعامل يأخذ منها. (٢)
ويؤيده أيضا أنه يورث لو مات العامل بعد الظهور قبل الانضاض.
ويدل عليه صحيحة محمد بن قيس (في التهذيب) قال: قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه، وهو لا يعلم،
فقال: يقوم فإن (فإذا - خ) زاد درهما واحدا أعتق، واستسعى في مال الرجل. (٣)
كأن محمد بن قيس هو الثقة، لأنهما اثنان ثقتان، وهما مشهوران، ولهما
أصل ثابت، نقلهما عن الصادق عليه السلام، وواحد ممدوح غير معلوم نقله عنه
عليه السلام وعدمه، وعلى تقديره تكون حسنة، وواحد ضعيف.
قيل ما نقل عنه عليه السلام فالضعف عنه منتف ويحتمل محمد بن ميسر
الثقة، كما في الكافي (٤) وكأنه لذلك قال في شرح القواعد صحيحة محمد بن ميسر
بدل قيس، ولكن فيه: حسنته، لوجود إبراهيم بن هاشم، فتأمل.
قوله: ولو شرط المريض الخ. قد مر أيضا أنه يصح القراض عن المريض
في مرض موته، وإن كان الربح أكثر من أجرة المثل وفي المساقاة والمزارعة بحث، وفي
الفرق تأمل.
قوله: ولو أنكر القراض الخ. أي لو أنكر العامل القراض وادعاه

(١) انتهى كلام المسالك.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولكن لم يذكر القائل بأحد منها.

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب المضاربة الرواية ١ وفيه: عن محمد بن ميسر (قيس - خ) ونقلها في

التهذيب في الموضوعين الأول في كتاب المضاربة عن محمد بن قيس والثاني في كتاب العتق عن محمد بن ميسر.
(٤) وفي التهذيب أيضا في الموضوع الثاني كما نقلناه.

التلف بعد البيئنة، أو ادعى الغلط في الاخبار بالربح، أو بقدره، ضمن
أما لو قال: (ربحت - خ) ثم خسرت، أو تلف المال بعد الربح قبل.

المالك، وأثبتته بالبيئنة فقال العامل بعد ذلك أن المال قد تلف قبل الدعوى -،
ضمن المال لأنه خائن، فلا يقبل قوله في التلف حينئذ.
ويمكن أن يقبل قوله، ولم يضمن إذا أظهر لانكاره وجهها وقد مر مثله.
وكذا يضمن الربح بل الأصل أيضا، لأنه خائن لو أخبر بالربح مجملا أو
عين قدره أم لا، ثم قال: غلطت وما ربحت شيئا، أو غلطت في تعيين المقدار، فإنه
كان أقل من ذلك، فيؤخذ باقراره، ولا يسمع الرجوع لأدائه إلى بطلان الأقرارير
وعدم سماع الرجوع، كسائر الأقرارير، فلا فرق في ذلك بين اظهار وجه يمكن أم
لا بحسب الظاهر.

ويمكن اعتباره إذ قد يظن أن متاعه يباع بكذا وكذا، وهو اشترى بكذا و
كذا، فظهر خلاف ظنه ومثله كثير، سواء بنى في ذلك على سماعه من بعض
الناس وكان غلطا، أو ظن ذلك وغلط، أو كان كذلك وتغير السوق، ويكون
إخباره بالربح ومقداره باعتبار أنه إن باعه يحصل ذلك، فيكون من المجاز بالمشاركة.
فقول شرح الشرايع: ولا فرق بين أن يظهر لدعواه الكذب وجهها، كما لو
قال: كذبت لترك (١) المال في يدي أم لا، خلافا لبعض العامة، حيث قبل قوله
في الأول، لأن ذلك واقع من بعض العاملين (٢) فتأمل. (٣)
وأما لو ادعى الخسران بعد أن اعترف بالربح - أو تلف المال بعده، وأمکن
ذلك - قبل، لأنه أمين من غير ظهور خيانتته، وقال ما يمكن، فيقبل، كما في غير هذه
الصور (الصورة - خ) وسائر من كان أمينا.

(١) في المسالك: ليترك.

(٢) انتهى كلام شارح الشرايع.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والظاهر كون العبارة فيه تأمل بدل فتأمل.

ولو اشترى بالعين أب (أبا - خ) المالك بإذنه، فله الأجرة،
وعتق، وإلا فلا.

قوله: ولو اشترى بالعين أبا المالك الخ. أي لو اشترى العامل بإذن
المالك وعلمه أبا المالك، فلا شك في صحته بوجود الشرايط وعتقه على الأب كذلك،
لأنه اشتراه بماله بعلمه ووكيله (١)، فيعتق عليه، كما إذا اشترى بنفسه أو وكيله غير
العامل، ولما كان العامل له ربح في عمله، - وما كان متبرعا في العمل - يكون له
أجرة المثل (إن كان هنا ربح - خ) حيث امتنع أخذ الربح، هذا ظاهر المتن.
ويحتمل عدم شيء لأنه متبرع، إذ علم أنه لا يمكن أخذ الربح لعتقه،
ومع ذلك اشترى، فهو متبرع في العمل كالوكيل الذي ما اشترط أجرة ولا حصة،
ولأنه فاتت الحصة ورأس المال قبل القسمة والانضاض، بل قبل ظهور الربح،
فإنه انعتق بعد الشراء بلا فصل.

ويحتمل أن يكون له مقدار حصة (حصته - خ) من الربح، فيأخذ ذلك
المقدار من المالك، إن كان الأب ممن إذا بيع بعد الشراء كان ربعا (٢)، وإلا فلا
إذ إقدامه بشراء أب المالك الذي ينعق حصة المالك الذي هو الولد
(عليه - خ) (٣) لا ينافي تملك حصته من الربح، ولما حكم بعتقه - وعدم امكان
أخذ الحصة منه - ينتقل إلى عوضها.

بل يحتمل عدم شيء أصلا بناء على تملك الحصة بالانضاض والقسمة،
إن كان الشراء بجميع المال، وإلا يضمن المالك حصته بعد القسمة.
ويمكن تملك نفس الحصة، وبقائها على ملكه مع القول بتملكه بالظهور

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: لأنه اشتراه بما له ووكيله.

(٢) والصواب، كان له ربح.

(٣) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا وفي نسخة، إذ اقدمه بشراء المال الذي ينعق على المالك
الذي هو الولد لا ينافي الخ.

ولو اشترى زوج المالكة (بالعين - خ) بإذنها، بطل النكاح، وإلا بطل البيع.

على تقدير وجود الربح، فإن الربح حينئذ ظاهر، وهو مالك، ولم يعلم عتق الأب كله في مثل هذه الصورة.
إلا أن يقال بالسراية مع شرائطه، فيتوجه على المالك عوض الحصة، فتأمل.

هذا إذا اشترى بإذنه عالماً بأنه أبوه وينعتق عليه ويلزم (بلزوم - خ) العوض.

أما إذا اشترى بغير إذنه عالماً، فيمكن بطلان البيع، بناء على القول بعدم الفضولي، لأنه بمنزلة الوكيل، وفعله مشروط بمصلحة المالك، وليست هنا. ويحتمل الصحة والعتق، كما تقدم، لأنه أذن في القراض، وهو من أفرادها، خصوصاً إذا كان العامل جاهلاً.

وكأن الأول (١) أولى، لأن الأب لم يدخل في ملكه مطلقاً، ويكون موقوفاً على الإجازة، على القول بالفضولي، فمع الرضا والقول بالصحة يكون حكمه ما تقدم في صورة الإذن.

وحكم غير الأب حكمه ممن ينعتق عليه.

قوله: ولو اشترى زوج المالكة الخ. أي لو اشترى العامل بعين مال المالكة زوجها بإذنها عالمة، بطل نكاحها، لأن البيع صحيح بعموم الأدلة المقتضية، وعدم المانع.

وبغير إذنها بطل البيع وبقي النكاح، بناء على عدم جواز الفضولي، فقوله: بطل البيع، غير مناسب لمذهبه، لأن مذهبه جوازه فكأنه يريد بالبطلان عدم

(١) يعني بطلان البيع.

ولو اشترى أبا نفسه، عتق، ما يصيبه (نصيبه - خ) من الربح،
ويستسعى العبد بالباقي (في الباقي - خ).
ولو اشترى جارية جاز له وطئها، مع إذن المالك بعده، لا قبله،
على رأي.

الرجوع، ويحتمل الرجوع، فتأمل.
ويجئ احتمال الصحة حينئذ، لما تقدم، من غير توقف على رضاها، فإنها
أذنت للشراء للقراض مطلقا، مع مصلحة الربح، لما مر، وهو مذهب بعض، وهو
بعيد، إذ رضاها لا بد في البيع، فإنه لها فمعه عدمه قبل، وبعد، لا يصح.
قوله: ولو اشترى أبا نفسه الخ. أي لو اشترى العامل أباه صح البيع
مطلقا، للعموم، فإن كان فيه ربح يعتق ويستسعى الأب في الباقي للمالك.
ودليله الرواية المتقدمة (١) في مسألة يملك (تملك - خ) العامل الحصة
بالظهور وهي مع فتوى العلماء بل عدم الخلاف دليل تملكه بمجرد الظهور.
ويحتمل الاشتراط بعلم العامل، بل بإذن المالك وعلمه أيضا، إذ يحصل
هنا شيء ليس ذلك مقتضى رضاه بالقراض، وهو (أنه يلزم - خ) ثبوت المال في
عين أبي العامل، مع وجوب نفقته عليه حتى يسعى، ويحصل، وقد لا يحصل وعلى
تقديره يعطي ويبقى ماله بغير انتفاع، بل في معرض التلف بمؤنته ونفقته، مع كون
غرضه الانماء، وتحصيل النفع، ولكن الرواية والعبارة عامة، فتأمل.
قوله: ولو اشترى جارية الخ. قال في التذكرة: إذا اشترى
(العامل - التذكرة) جارية لم يجر له وطؤها، لأنها ملك لرب المال، إن لم يكن
هناك ربح، وإن كان (هناك - خ) ربح، فهي مشتركة على أحد القولين، إذ له
حق، وليس لأحد الشريكين وطء الجارية المشتركة.

(١) راجع الوسائل الباب ٨ من أبواب المضاربة الرواية ١.

فإن وطأها العامل، ولا ربح فيها وكان عالما، حد، ويؤخذ منه المهر بأسره، ويجعل في مال القراض لأنه ربما وقع خسران، فيحتاج حينئذ إلى الجبر، ولو كان هناك ربح يحط منه بقدر حقه، ويؤخذ بقدر نصيب المالك مع يساره، وقومت عليه إن حملت منه وثبت لها حكم الاستيلاء ودفع إلى المالك بحصته (نصيبه - التذكرة) منها ومن الولد، ولو كان جاهلا فلا حد عليه (١) (هذا إن قلنا بملكه بالظهور - خ). وجه كونها أم ولد لحق الولد بالوطئ، ولا يمكن التبويض، قاله في شرح القواعد، ثم قال: وبه رواية سبقت في البيع (٢) ثم قال (٣): ولا يجوز للمالك أن يطنها أيضا، سواء كان هناك ربح أولا، لأن حق العامل قد تعلق بها والوطء ينقصها - إلى قوله - : ولو لم يكن فيها ربح لم يكن للمالك أيضا وطؤها، لأن انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم، وإنما يتيقن الحال بالتنضيق للمال، أما لو تيقن عدم الربح، فالأقرب أنه يجوز له الوطاء - إلى قوله - : وعلى كل تقدير، لا يلزمه الحد، سواء ظهر ربح أم لا، أما مع عدم ظهور الربح فلأنها ملك له خاصة، وأما مع ظهوره فلأن الشبهة حاصلة، إذ جماعة يقولون بأنه ليس للعامل فيها شيء إلا بعد البيع وظهور الربح (والظهور - خ) والقسمة (٤)، فتأمل.

ثم إن ظاهر المتن أنه يجوز للعامل الوطاء بمجرد الإذن، بعد البيع، بأن يقول بعد البيع، وإن صارت ملكا له: أذنت لك أن تطأها أو بالوطئ ونحو ذلك. أما لو قال للشريك: إذا اشتريت جارية فأذنت لك وطئها (مواطئتها - خ) لا يصح ذلك.

-
- (١) انتهى كلام التذكرة، ج ٢ ص ٢٤٣.
(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من أبواب بيع الحيوان (ج ١٣ ص ٤٥).
(٣) يعني في التذكرة.
(٤) انتهى كلام التذكرة.

وجه الأول أنها جارية مشتركة أو مخصوصة، فيجوز وطؤها للشريك بإذن مالِكها.

وفيه تأمل إذ سبب الإباحة منحصر في العقد والملك وقد قال أكثر الأصحاب بالتحليل أيضا، وأرجعوه إلى أحدهما، وهذا ليس منهما، إذ التحليل لا بد له من إيجاب وقبول والفرض خلوه عنهما، إلا أن يحمل عليه. وأيضا على تقدير ظهور الربح وتملكه به يشكل الجواز بالتحليل، بسبب التبعض، وسيجيئ تحقيقه، فلا يجوز بمجرد الإذن، ولو كان بعده وكأنه (فكأنه - خ) الأصح والأحوط، لظاهر الآيات والأخبار، وملاحظة الاحتياط في الفروج، كما يدل عليه العقل والنقل ووجه الثاني (١) ما علم من الأول، ولأن الإذن قبل البيع لا يؤثر، لأنه إذن في المعدوم، والآذن لا بد أن يأذن في وقت يجوز له ذلك وإذا لم يجز الوطئ له فلغيره أولى.

وفيه تأمل، إذ يأذن لأكله وتصدقته وهبته، والبيع وغيرها بعد البيع والشراء، وهذه المسألة من المشكلات، وقد مرت في الوكالة، فتأمل. وكان قوله: (على رأي) إشارة إلى القول الآخر، وهو الجواز بالإذن قبل البيع، وهو قول الشيخ لرواية الكاهلي، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: قلت له رجل سألتني أن أسألك، إن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء فقال: اشتر جارية تكون معك والجارية إنما هي لصاحب المال، إن كان فيها وضیعة فعليه، وإن كان فيها ربح فله، (قلت - خ) للمضارب أن يطأها؟ قال: نعم. (٢)

(١) يعني لو قال للشريك الخ.

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب المضاربة الرواية ١.

والتالف بعد دورانه في التجارة، من الربح.

وهي ضعيفة لعدم صحة السند إلى الحسن بن محمد بن سماعة (١)، فإن فيه حميد بن زياد، والحسن هو أيضا واقفي، وغير واضح الدلالة وفي المتن أيضا شيء، فالعمل بها خصوصا في مثل هذه المسألة مشكل جدا. ويحتمل أن يكون إشارة إلى الخلاف فيما بعد أيضا، فإن جواز الوطاء بالإذن بعد البيع أيضا محل التأمل، خصوصا مع ظهور الربح، لما مر فتأمل. إلا أن يريد بالإذن التحليل، مع عدم ظهور الربح، ومع ذلك فيه تأمل، لأن القيمة في المتقومات غير مضبوطة، وقد يظهر الربح فيما بعد، ولهذا صرح في شرح القواعد فيما سبق أن ليس للمالك أيضا وطبها حينئذ. نعم ذلك صحيح بعد القسمة، مع أنه يجيء فيه خلاف التحليل. قوله: والتالف بعد دورانه الخ. الظاهر أنه لا خلاف في أن التالف مأخوذ من الربح بعد دوران رأس المال في التجارة، بمعنى أنه وقع بيع وشراء، لا مجرد السفر بقصده، كما هو المتبادر. قال في شرح القواعد وشرح الشرايع: المراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، ولا فرق في ذلك بين كون السفر واحدا أو متعددا وهو ظاهر. (٢)

و (أيضا قال في شرح الشرايع - خ): الظاهر عدم الفرق بين فوت (فوات - خ) المال بالسرقة والغصب وغيرهما (٣)، وما يتلف في يد من عليه الضمان أم لا، مثل أن

(١) والسند - كما في 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. (٢) في بعض النسخ زاد بعد قوله وهو ظاهر: قاله في شرح الشرايع. (٣) في بعض النسخ بعد قوله: وغيرهما: مثل أن يتلف بأفة سماوية من غير أن يكون مضمونا على أحد وبما يتلف في يد من عليه الضمان أم لا.

يتلف بأفة سماوية، من غير أن يكون مضمونا على أحد.
وكأن البعض خص بالقسم الثاني ولعل الدليل هو أن معنى القراض هو استعمال المال والانتفاع بربحه مشتركا بينه وبين العامل فالفرض (فالغرض - خ) أنه لا بد من ابقاء أصل المال وتقسيم الربح بعد اخراجه، فلا بد من ابقاء المال، ثم تقسيم الربح فيلزم كون التالف من الربح.
وأیضا الروایات الدالة على كون الربح بينهما تدل عليه مثل صحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يعطي المال مضاربة، وينهى عن يخرج به فيخرج (فخرج - خ)؟ قال: يضمن المال، والربح بينهما. (١)

فإن المتبادر من الربح هنا هو الزائد على أصل (رأس - خ) مال التجارة، فلا بد من اخراج كله، إلا أن الذي يكون في ذمة التالف يكون بينهما مثل الربح المشترك.

وأما إذا تلف قبل دورانه في التجارة، بالمعنى المتقدم، - بأن أخذه العامل فتلف قبل أن يشتري به من غير تفريط - ففيه تأمل، يحتمل اخراجه أيضا من الربح، لما تقدم، وعمده للأصل، وعدم الدليل خرج بعده بالاجماع، بقي الباقي، ولأن معنى كون الربح بينهما الذي هو الغرض من القراض بالنص والاجماع هو الحاصل من المال الذي عومل، واستعمل (يستعمل - خ) فرأس المال الذي يخرج أولا هو المستعمل في التجارة، وكونه مال تجارة، وهو حقيقة إنما يصدق بعد الدوران لا قبله، ولعموم ما تقدم من الأخبار، فإنه لو كان مطلق التالف (التالف - خ) داخلا ومأخوذا من الربح ينبغي أن نقول في الروايات مثل صحيحتي محمد بن مسلم

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب المضاربة الرواية ١.

ولو خسر من مائة عشرة، ثم أخذ المالك عشرة، ثم ربح
(عشرة - خ) فرأس المال تسعة وثمانون إلا تسعا.

والحلبي (١) (والربح بينهما) بعد أن يخرج ما تلف قبل المعاملات، تم الربح بينهما،
فإن الربح صادق من غير شك على جميع ما زاد على رأس مال المعاملة، بل (٢)
الذي استعمل بالفعل، بل (٣) على الزائد في كل معاملة معاملة، فيجعل المجموع
معاملة واحدة. وينسب الربح إليه، للاجماع، وإلا كان يمكن اخراج رأس كل
معاملة (٤) معاملة، وتقسيم ربحه، فلا شك حينئذ أنه يصدق على الزائد على ذلك
المال كله - وإن فات أضعاف مضاعفة قبل الاستعمال - أنه ربح، وأن التالف مثل
التالف في بيته قبل ذلك.

فالظاهر أنه حينئذ جميع الروايات هو دليل هذا، فتأمل.

ولأن العامل ملك الربح بالظهور، على ما تقدم، وأنه مشترك بينهما
بالاتفاق، والأصل براءة ذمته، وعدم خروج ماله عن ملكه، وهو ظاهر.
واعلم أنه لا يتصور هنا فوت (فوات - خ) الجميع مع بقاء القراض، فإنه
ينفسخ، إلا أن يشتري في ذمة المالك مع إذنه، كما سيحجى.
قوله: ولو خسر من المائة الخ. أي لو كان مال القراض مائة وخسر عشرة، ثم
أخذ المالك عشرة، وله ذلك، حيث إن القراض جائز، ثم ربح بثمانين، فرأس
المال الذي يخرج حينئذ هو تسعة وثمانون إلا تسعا ثم الباقي ربح يقسم بينهما على
ما شرط، لأن الخسران الذي كان يجب جبره من الربح هو عشرة، يجب جبران

(١) الأولى منهما تقدمت آنفاً، والثانية في الباب ١ من تلك الأبواب الرواية ٢. وفي هذه الرواية في

الوسائل: وإن ربح فهو بينهما.

(٢) يعني ما زاد على الذي استعمل بالفعل الخ.

(٣) يعني بل إن الربح صادق على الزائد الخ.

(٤) يعني رأس مال كل معاملة الخ.

ولو اشترى بالعين فتلف الثمن قبل الدفع بطل، وإن اشترى في الذمة بالإذن، ألزم صاحب المال عوض التالف، وهكذا دائماً، ويكون الجميع (من - خ) رأس المال، وإن كان بغير إذن بطل، مع الإضافة.

كله من ربح التسعين، لأنه الباقي بعده رأس مال، فإذا أخذ المالك عشرة، فقد أسقط جبر تلك العشرة، وهو أحد (واحد - خ) وتسع من واحد، فإن جبره عن (على - خ) التسعين، فعلى كل عشرة ذلك، فبقي حينئذ رأس المال تسعة وثمانون إلا تسعا، لأنه سقط جبر العشرة المأخوذة من التالف، وهو واحد وتسع، وبقي من العشرة تسعة إلا تسعا وإذا ضم إلى الثمانين الباقية تصير تسعة وثمانين إلا تسعا، وهو ظاهر.

قوله: ولو اشترى بالعين الخ. أي لو اشترى العامل بعين مال المضاربة فتلف العين قبل دفعه إلى المشتري كله، بطل البيع (العقد - خ) ولا ضمان عليه، مع عدم التفريط، لأن تلف أحد العوضين قبل القبض موجب لبطلان العقد بالاتفاق، وإذا لم يكن تفريط لا ضمان عليه كذلك.

وإذ (إن - خ) اشترى في ذمة المالك بإذنه صح البيع، ويلزم (لزمه - خ) العوض، فإن تلف الذي عند العامل والذي أراد العامل الوفاء منه، وهو مال المضارب به، لزمه عوض آخر، وهكذا، ويكون جميع ما تلف رأس المال، فيخرج من الربح ثم يقسم، على ما شرطاً. وإن كان بغير إذنه بطل العقد، بناء على عدم الفضولي، وإلا يكون موقوفاً على الإجازة، فلا يلزم.

هذا إن أضاف البيع إلى المالك أو قصده بالنية، وقبل ذلك منه. فقوله: (بطل مع الإضافة) محل التأمل، وإن أضاف إلى نفسه أو لم يضيف وقال: قصدت للمالك، لم يقبل منه ذلك، فبحسب الظاهر له، وينبغي أن يفعل

ولو فسخ المالك فللعامل أجرته إلى وقت الفسخ، وعليه جباية السلف، لا الانضاض.

ما يخلصه (عنده، وما - خ) في نفس الأمر.
قوله: ولو فسخ المالك الخ. لما كان عقد المضاربة جائزا، يجوز لكل واحد فسخه، فإذا فسخ المالك، بقوله: فسخت القراض أو (دفعته - خ) أو أبطلته، وما أدى هذا المعنى، - وبقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا، وقد أزلت يدك عنه، وبانتزاع المال من العامل بقصد رفع القراض، وكذا بيع المال بقصد ذلك، لا بقصد إعانة العامل - بطل العقد، فإن كان هناك ربح يقسم بعد اخراج رأس المال للمالك، وإن لم يكن ربح فعليه أجره عمل العامل إلى حين الفسخ، وعليه أيضا جمع الأموال المتفرقة عند المعاملين، ولا يجب عليه الانضاض، هذا مجمل المتن.

قال (وفصل - خ) في التذكرة: (وقال - خ) قد بينا أن القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالكو كالة والشركة، بل هو عينهما، فإنه وكالة في الابتداء، ثم يصير شركة في الأثناء، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه، والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه، لأن العامل يشتري ويبيع لرب المال بإذنه، فكان له فسخه كالكو كالة - إلى قوله - : إذا ثبت هذا، فإن فسحا العقد أو أحدهما، فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، ولم يكن للعامل أن يشتري بعده ولا شيء له وإن كان قد عمل، فإن كان المال ناضا، ولا ربح فيه، أخذه المالك أيضا، وكان للعامل أجره عمله إلى ذلك الوقت، وإن كان فيه ربح أخذ رأس ماله، وحصته من الربح، وأخذ العامل حصته منه، وإن لم يكن المال ناضا، فإن كان دينيا، فإن باع نسيئة بإذن المالك، فإن كان في المال ربح كان على المالك جبايته، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، وإن لم يكن هناك ربح، قال الشيخ

رحمه الله: يجب على العامل جبايته أيضا وبه قال الشافعي الخ. (١) لا يخفي أن الحكم بأجرة عمله على تقدير كون المال ناضا بلا ربح، مشكل، خصوصا إذا كان الفاسخ هو العامل باختياره، فإن ما تقرر لعمله هو الربح على تقدير وجوده، فإذا لم يوجد والعقد مما يجوز فسخه وفسخ، فلا وجه للأجرة له إن كان هو الفاسخ أصلا.

وكذا إن كان الفاسخ هو المالك، وإن لم يرض العامل، لأن العقد جائز، وإنما شرط له الربح، ولا ربح، ولا يجب عليه ابقاء (هذا - خ) المال دائما حتى يحصل الربح (هذا - خ) للضرر، إذ قد لا يحصل له الربح أصلا فلا يفسخ، فيبقى المال في يد العامل، وقد يتلف، وإن فسخ يلزمه الأجرة، وهو تكليف واخراج مال عن يد شخص بلا دليل.

نعم قد يتصور له الأجرة، إذ كان العقد مؤجلا بأجل، وفسخ المالك قبله، وكان مما يتوقع الربح ولو في آخر تلك المدة وأما وجوب الجباية على تقدير بيعه نسيئة بإذنه، فما نجد فرقا (الفرق - خ) بين وجود الربح وعدمه. نعم يمكن أن يقال: لو طلب هو الربح حينئذ كلف بالجباية، إذ قد لا يحصل جميع ما في أيدي الناس، فلا يتم له الربح، فإن أراد الربح، فلا بد له من الجباية، كالانضاض في صورة كونه عروضاً مع ظهور الربح، فالظاهر أن ليس له جبره على ذلك.

وكذا ليس للعامل جبره على بجايته وانضاضه بعد الفسخ، إلا أن يدعي حصول الربح، فجواز ذلك حينئذ غير بعيد. ولكن الظاهر أن للمالك تعيين الناظر معه، وإن كانت (٢) الوكالة مع

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٤٦.

(٢) وفي بعض النسخ، وأن يكون الوكالة.

بطلان القراض باقيا (١) إلا أن يقال له ملك (٢)، فعلى تقدير عدم جبايته يصير الربح المشترك مما يشكل قبضه، فهو مكلف بجمع المال، إلا أن يمكن أن يقال: إنه قد يسقط حقه بمعنى أن يوهبه من المالك، فيمكن أن يقال: لا يجب القبول، ولكن تكليفه بجمع ماله - مع اعراضه عنه ومال الغير لأن وجود ماله فيه - مشكل، فتأمل. ووجه التكليف (بالكلية - خ) أنه قد جعل مال المالك في أيدي الناس، فيجب أن يجعله بحيث يصل إلى أهله.

وفيه منع، خصوصا إذا كان الفاسخ هو المالك، لأنه عقد جائز، وينفسخ بالفسخ، والأصل براءة الذمة عن تكليف الجمع وغيره بعده.

ونعم يمكن أن يكلفه إما بالجمع أو جعل ذمة المتعاملين، بحيث يجب عليهم تسليم جميع المال إلى المالك بغير شركة، إما بابرائهم عن حصة الربح أو غيره وإما وجوب الانضاض إذا كانت الأموال عروضا، بمعنى كونه من غير جنس المال الذي أخذه، ولو كان أخذ النقدين والمال، النقد الآخر، أو كان صحيحا، والموجود مكسرا، بمعنى جعله من ذلك الجنس الذي أخذه، ولو كان بجعل المكسور صحيحا، وتغيير أحد النقدين بآخر.

ولو كان بالمال ربح فقضية جواز العقد، وأصل براءة الذمة، يقتضي العدم، خصوصا إذا كان الفسخ من جانب المالك.

ولكن ينبغي اسقاط الحصة بوجه شرعي إن كانت (٣) بصلح أو ابراء، ويمكن سقوطه بمحض الاسقاط أو الاعراض، كما في ساير الأموال المعرضة

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب باقية.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: إلا أن يقال له إنه قد يسقط حقه، بمعنى أن يوهبه من المالك، فيمكن أن يقال له ملك فعلى تقدير الخ.

(٣) أي إن كانت الحصة بصلح الخ.

ولو ضارب العامل بإذنه صح، والربح بين الثاني والمالك،
وبغير إذنه لا يصح، والريح بين المالك والأول، وعلى الأول الأجرة للثاني.

(عنها، - خ) فتأمل.

والظاهر أنه لا يجب على المالك أيضا تمكينه من الانضاض على تقدير
التماسه، إذ قد لا يأمنه حينئذ.

ولكن مع ظهور الربح أو دعواه ينبغي أن يكون له ذلك، مع انضمام أمين
إليه، كما أشرنا إليه، فتأمل.

قوله: ولو ضارب العامل الخ. أي لو ضارب عامل المضاربة شخصا
آخر بمال المضاربة فإن كان بإذن المالك صحت المضاربة الثانية، والربح يكون بين
المالك والمضارب الثاني إن جعل مجموع الحصة التي له، للثاني، والباقي للمالك،
كما كان معه.

وجهه أنه يصير وكيلا للمالك بايقاع عقد المضاربة، فبالحقيقة يكون فسخا
لعقد نفسه، وعقد بوكالة المالك لغيره، كما في صورة منع الموكل، أو وكيله الآخر
ما وكل فيه، بل مضاربتهما بعد مضاربتة، فتأمل.

فهو وكيل محض، وحينئذ لا بد أن يكون الايقاع بقصد كونه مضاربا
للمالك لا له، وهو ظاهر، وإلا لم يصح، لأن المضاربة لا بد أن تقع من مالك رأس
المال أو وكيله، وهو واضح من تعريف المضاربة، وإن كان بغير إذنه فلا يصح، وقد
عرفت وجهه أيضا.

ولكن قوله: - والربح بين المالك وبين الأول - محل التأمل، لأن
(الواقع - خ)، الشراء حينئذ من الثاني، وهو غير مأذون، فيقع العقد باطلا.
وعلى تقدير جواز الفضولي وإجازة المالك، فينبغي أن يكون الربح للمالك
فقط (فلا شيء له، ومع ذلك عليه أجرة عمل الثاني - خ) إن اشترى بعين ماله،
لأنه نماء ماله، ولا حصة للمضارب الأول، لأنه إنما يستحق الحصة بالعمل، ولا

ولو خسر بعد قسمة الربح رد العامل أقل الأمرين.
وكل موضع تفسد فيه المضاربة يكون الربح للمالك، وعليه
الأجرة.

عمل له فرضاً، فلا شيء له، ومع ذلك عليه أجرة عمل الثاني.
إلا أن يقال (١): إن الثاني وكيل الأول، فيكون الحصة له، بشرط كون
عقد المضاربة مشتملاً على تجوير المعاملة بالوكالة أيضاً، فتأمل، وعلى الأول أجرة
عمل الثاني، وإذا لم يكن عالماً بالفساد، وأما مع علمه بالفساد وعدم الاستحقاق،
فلا شيء له، فتأمل.

وأما إذا عين بعض الحصة له، فيكونان عاملين لمالك واحد، فلا بد من
جعل الأول وكيلاً للمالك، ويكون الحصة لكل واحد بعمله، فلو لم يكن وكيلاً،
وجعله شريكاً لنفسه، فالظاهر البطلان حينئذ أيضاً، فتأمل.
قوله: ولو خسر بعد قسمة الربح الخ. إشارة إلى كون الربح وقاية لرأس المال
وإن كان الخسران بعد القسمة، بأن حصل ربحه فقسم، ثم حصل في
معاملة أخرى خسران، فلا بد من جبره، فلو صبر المالك حتى ينجبر بأخرى وهكذا،
فبها، وإلا فله أن يرجع إلى العامل بأقل الأمرين من حصته من الربح التي أخذها
ومما فات، يعني ينظر (شطر - خ) الذي أخذ من الربح، والذي فات من رأس
المال، فإن كان ضعف حصته يؤخذ تمام حصته لأن يضيفه على حصة المالك
ويضيفه على حصته وإن كان أكثر لا يؤخذ إلا ذلك، إذ لا يكلف بأكثر من عين
الربح، وإن كان أقل فيؤخذ بالنسبة، فإن (فلو - خ) كان نصف الربح، فيؤخذ منه
نصف حصته، وهو ظاهر.

قوله: وكل موضع تفسد الخ. كون الربح للمالك، في صورة فساد عقد

(١) الظاهر أنه استثناء من قوله: ولا حصة للمضارب الأول.

(المقصد السابع في الوديعة)
وهي عقد جائز من الطرفين.

قوله: المقصد السابع في الوديعة وهي عقد جاز الخ. ترك التعريف لما مر قال في التذكرة، وهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستنابة في الحفظ، ثم قال: لا بد فيه من ايجاب وقبول، فالايجاب كل لفظ دال على الاستنابة بأي عبارة كانت، ولا ينحصر في لغة دون أخرى، ولا في عبارة دون أخرى، ولا يفتقر إلى التصريح، بل يكفي التلويح والإشارة والاستعطاء، والقبول قد يكون بالقول، وهو كل لفظ دال (دل - خ) (يدل - التذكرة) على الرضا بالنيابة في الحفظ، بأي عبارة كانت، وقد يكون بالفعل، وهل الوديعة عقد برأسه أو إذن مجرد؟ الأقرب الأول. (١) اعلم أنه لا يظهر عندي لهذا الخلاف ثمرة، ويفهم من شرح القواعد، إن الفائدة أنه إن كان عقدا لا بد من كون القبول باللفظ وإلا فلا، ومن التذكرة أيضا يفهم ذلك، ولكن نقل عن بعض الشافعية. وقد يمنع اشتراط اللفظ في القبول مع كونه عقدا، وقد فهم جواز كونه فعلا حينئذ عن التذكرة فيما سبق (أيضا - خ) ويجوز في الوكالة قبول الفعل مع كونها عقدا.

(١) انتهى كلام التذكرة: ج ٢ ص ١٩٦.

وأيضاً نقل عن بعض الشافعية أنه إن كان عقدا فولد المودوعة (١) وديعة كالأم وإن كان مجرد إذن فلا، بل لا بد من إذن جديد (٢) أو الرد، فإن الولد حينئذ أمانة شرعية (٣) وهو غير ظاهر.

وأيضاً قال: إن كان عقدا لم يضمن الصبي والمجنون المودعان، وإلا يضمنان، ولكن قال: الحق الضمان مع الاتلاف مطلقاً، مثل الأكل، وإلا فلا. فتأمل، فإن الأصل يقتضي عدمه، مع أن المالك سلط غير المكلف على الاتلاف مطلقاً.

ويمكن الفرق بالتمييز التام وعدمه مع الاعلام، بالضمان وعدمه، فتأمل. ويمكن أن يقال يجوز مع كونه عقداً، كون القبول بالفعل (العمل - خ)، كما يفهم من عبارة التذكرة المتقدمة، وكما في الوكالة والمضاربة. وأيضاً قد عرفت إن الإيجاب أيضاً ليس بلازم أن يكون بلفظ صريح، بل يكفي الإشارة والتلويح، وصرح به في شرح الشرايع أيضاً، ومع ذلك قال: مقتضى العقد كون الإيجاب والقبول بالقول.

والظاهر أنه يكفي ما يدل على الاستنابة وقبولها مطلقاً، وأنه مجرد إذن في النيابة، وأنه ما لم يقبض أو يقبل - بما يفيد القبول، بعد ما يدل على الإيجاب - لم يدخل في الضمان، ومعه يدخل مطلقاً.

فتأمل فيما قال في شرح الشرايع في شرح قوله: ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها، المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة، لأن القبول

(١) يعني ولد الجارية المودوعة وديعة كامها.

(٢) يعني بالنسبة إلى واد المودوعة.

(٣) عبارة التذكرة هكذا: وقال بعض الشافعية: إن جعلنا الوديعة عقدا فالولد كالأم تكون وديعة وإلا لم تكن وديعة بل أمانة شرعية مردودة في الحال الخ ج ٢ ص ١٩٧.

اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لا بد معه من الايجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح.

إذ الظاهر أن هنا ما يفيد ذلك مثل تسميته وديعة، فإنها لغة بل شرعاً أيضاً هو المال المودع، والغالب أنه أيضاً إن انضم هنا بالطرح ما يفيد الاستنابة، فمع القبول تحصل الوديعة، لما مر من عدم حصره في التصريح باللفظ، وإن لم يكن كذلك فلا، فكان ينبغي التفصيل، فتأمل.

ونقل أيضاً في التذكرة، عن بعض العامة إذا كان الايجاب بلفظ أودعتك وشبهه مما عليه صيغة (صيغ - خ) العقود وجب القبول لفظاً، وإن قال: احفظه ونحوه لم يفتقر إلى القبول اللفظي، كالوكالة ثم قال في شرح الشرايع وهو كلام موجه.

ما فهمت وجهه، بل الظاهر أنه لا فرق أصلاً، وأنه يحصل بكل ما يدل على الايجاب والقبول، لفظاً وغيره، للأصل وحصول المقصود، وهو الرضا بالاستنابة وقبولها، كما صرح به في التذكرة وغيرها.

ثم إنه قد نقض التعريف المذكور بالوكالة، وأجيب بأنه يجوز التزام كونها وكالة باعتبار النيابة في الحفظ دون الإذن في التصرف، وبأن (١) المراد كون المقصود هنا الحفظ فقط وليس في الوكالة ذلك، وإلا يكون وديعة. ثم إن العقل والنقل دل على جواز الاستنابة وقبولها، وأنه حسن، فإنه قضاء لحاجة المؤمن، وادخال السرور (٢) وقد ادعى الاجماع في التذكرة وغيرها على الجواز بمعنى عدم الحظر.

(١) عطف على قوله: بأنه يجوز الخ.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٢٢ من أبواب الحكام العشرة ج ٨ ص ٥٤٢ والباب ٣ من أبواب جهاد النفس ج ١١ ص ١٣١ وأبواب فعل المعروف الباب ٢٤ و ٢٥ من تلك الأبواب.

والظاهر أنه لا كلام في رجحان القبول، مع عدم المانع، من عدم استيثاق من نفسه، وعدم الاعتداد بحفظه كما هو.

قال في التذكرة: ولو كان قادرا على الحفظ واثقا بأمانة نفسه استحبه له القبول، لما فيه من المعونة على البر وقضاء حوائج الإخوان، ولو لم يكن هناك غيره، فالأقوى أنه يجب عليه القبول، لأنه من المصالح العامة وبالجملة فالقبول واجب على الكفاية. (١)

وفي كون القبول مطلقا معاونة على البر تأمل ثم في الوجوب، فإنه تكليف لا يخلو عن صعوبة واشكال، كما سيحى، فايحابه بمثل الدليل المذكور محل تأمل. وأيضا ايجاب حفظ مال شخص على آخر بلا أجره و عوض يحتاج إلى دليل قوي، وكونه من المصالح العامة بحيث يجب على الناس كلهم ذلك، غير ظاهر. نعم قد يضطر الانسان إلى الايداع فيمكن ايجاب مثله حينئذ بأجرة ليتم به المعاش، كما في ساير الأمور التي عدت من الوجوب الكفائي، ويشعر به كلام التذكرة، قال مستدلا على جوازها: ولأن الحكمة تقتضي تسويغها، فإن الحاجة قد تدعو إليها، لاحتياج الناس إلى حفظ أموالهم، وربما تعذر ذلك عليهم بأنفسهم إما لخوف أو سفر أو عدم حرز، فلو لم يشرع الاستيداع لزم الحرج المنفي بقوله تعالى: وما جعل عليكم في الدين من حرج. (٢) وهو الذي أشار إليه أولا أيضا بقوله: لأنه من المصالح العامة، ولكن في إفادته الوجوب بلا عوض دائما، تأمل فتأمل. ثم إنه يمكن وجود الأحكام الخمسة فيها. الوجوب مع الضرورة وعدم المعارض.

(١) انتهى ج ٢ ص ١٩٦.

(٢) انتهى كلام التذكرة والآية الشريفة: الحج: ٧٨.

والحرام مع الضرر لنفسه أو لغيره وعدم أمانته، وأخذها مع عدم قصد
(حصول - خ) الحفظ والأمانة.
والاستحباب مع عدم ما ذكر وما سيذكر.
والكراهة مع احتمال الخيانة والضرر البعيد، وبدون طلب المودع، مع
استيثاق في الجملة.
والإباحة لا مع ذلك كله بدون الطلب (١) فتأمل.
ثم أنه لا خلاف في كونه عقدا جائزا غير لازم، فيجوز لكل واحد فسخه،
بالاجماع.
وأنه يشترط في المتعاقدين التكليف فلا يصح الايداع إلا من مكلف، فلو
أودع الصبي أو المجنون يجب ردها إلى الولي، وكأنه يكون حكمها حكم الأمانة
الشرعية، فيضمن القابض مطلقا، فرط أو لم يفرط، فلا يخرج من الضمان إلا بالرد
إلى الناظر في أمرهما، فلو رده إليهما لا يخرج عنه، قاله في التذكرة.
وكذا لا يصح إلا عند مكلف، لأن غيره ليس من أهل الحفظ، فلو أودعا
مالا لم يضمننا، لأن المالك سلطه وعرض ماله للتلف.
قال في التذكرة: ولو أتلف الصبي أو المجنون، فالأقرب عندي أن عليهما
الضمان، لأنهما اتلفا مال الغير بالأكل أو غيره فضمناه كغيره (كغير
الوديعة - التذكرة). (٢)
ويؤيده على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٣) ولكن إن صح فأعم، ويخصص
للدليل.

(١) فإنه مع الطلب لكان مستحبا.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٧.

(٣) تقدم ذكره في ص ٢٥٠ من هذا الجزء، فراجع.

تبطل بالموت والجنون.

ويحتمل عدم الضمان مطلقا، لأن المالك سلطهما على اتلاف ماله، كما لو أقرضهما أو باعهما وأقبضاهما، فأتلفاه لم يكن عليه ضمان، والأصل براءة الذمة، ويحتمل التفصيل السابق، فتأمل.

وقال أيضا: لا بد من كونهما جازي التصرف، لا مثل السفية، ولكن قال: الأقرب عندي جواز استيداع المفلس.

وهو حسن، إذ له صلاحية الاستيداع، فإن الفرض ذلك، فإن الفلاس لا يخرجهم عن الأهلية، وهو ظاهر.

فلو أخذ الوديعة من السفية يجب ردها إلى الولي والناظر، كما في الصبي والمجنون.

ولو أودع يحتمل عدم ضمانه مطلقا، لأن المالك مفرط في تسليطه، والضمان مطلقا (١) لحديث، على اليد ما أخذت، ولأنه قابل للأمانة والحفظ، فإن عدم حفظه لماله لا يستلزم عدم حفظ مال الغير، والتفصيل الذي ذكره في الصبي والمجنون.

والظاهر أنه لا ينبغي هنا الحكم بالضمان مع الاتلاف، وقد مر في بحث الحجر، فتذكر.

ويجيب هذه البحوث في العبد مع عدم إذن السيد، والظاهر أن الضمان في صورته إنما يكون في رقبته يتبع به ولو كان مأذونا في الاستيداع، قاله في التذكرة، فتأمل.

قوله: تبطل بالموت الخ. وجه البطلان على تقدير كون الوديعة إذنا، واضح، وكذا على تقدير العقد أيضا، فإنه جائز اجماعا، ولأنه عقد وكالة خاصة، وقد

(١) يعني ويحتمل الضمان مطلقا.

ثبت بطلانه به، ولأن المال انتقل إلى غيره بالموت، فلا يصح التصرف إلا بإذن المالك، وهو الوارث.

وكذا بالمجنون فإنه خرج عن صلاحية الإذن والتصرف، فهو كالميت.

وكذا الاغماء، وجميع ما يبطل به العقود الجائزة.

وعلى تقدير (١) البطلان يصير المال أمانة شرعية في يد المستودع، إن كان الميت أو الخارج عن صلاحية الايداع هو المالك، فيمكن وجوب الرد إلى الوارث، والظاهر وجوبه أو جوازه إن لم يعلم الانحصار فيه، ولا يجوز مع الشك في وجود وارث آخر.

دليل الأول، الأصل عدم وارث آخر، مع العلم باستحقاق الموجود، ولا يعارض بأصل عدم استحقاقه للكل، لأن الاستحقاق واضح، ووجود (آخر - خ) مانع، غير ظاهر.

وظاهر كلام البعض عدم الوجوب، بل عدم الجواز، مع عدم العلم بالحصص (بالانحصار - خ)، وهو محل التأمل.

وأيضاً الظاهر أنه حينئذ يجوز الحمل (٢) للرد، فلو تلف، لم يضمن، إلا مع التفريط.

(واعلم أيضاً - خ) الظاهر أنه لم يجب، ويجوز له الاعلام، فإذا طلب وجب الرد، فإذا أعلم أيضاً، الظاهر أنه لم يجب إلا بالطلب، لأنه غير غاصب، ولكن لا يتصرف إلا للحفاظ فقط.

وقال في شرح الشرايع: يجب المبادرة إلى الرد، ولا فرق بين علم المالك

(١) في بعض النسخ المخطوطة: وبعد البطلان يصير الخ.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة: النقل، بدل الحمل، ومعناه نقل الوديعة إلى مالكيها.

ولا بد من ايجاب، وهو كل لفظ يدل على الاستنابة في الحفظ،
ولا يشترط القبول لفظا.
ويجب حفظها القبول، بما جرت عاداتها بالحفظ، ويختلف
الحرز كالصندوق للثوب، والنقد، والاصطبل للدابة، والمراح للشاة.

وعدمه، فيضمن بالتأخير مطلقا.
فتأمل إلا أن يكون (١) مجمعا عليه، والظاهر أنه ليس كذلك، كأنه أشار
إليه في كنز العرفان.
وإن كان (٢) المستودع وجب على وارثه دفعها إلى المودع، فيكون في يده
أمانة شرعية، فتأمل.
قوله: ولا بد من ايجاب (الايجاب - خ) الخ. بل كل ما دل على الاستنابة
في الحفظ، وقد مر تحقيقه، وعدم اشتراط اللفظ، فيه، وكذا في القبول بالطريق
الأولى.
ويجب حفظها (الحفظ - خ) الخ. الظاهر أنه لا خلاف في وجوب الحفظ
بعد القبول مطلقا، لأنه وفاء بالعقد، واتيان بالشرط، مع أن تركه مستلزم لتضييع
المال المنهي عنه.
والعقل أيضا يحكم به، لأنه استأمن شخصا (٣) (٤)، فقبل، فتركه
إضاعة مال الغير بعد القبول وهو قبيح.
وكذا الحفظ بما جرى الحفظ به عادة، فإن الأمور المطلقة الغير المعينة في

-
- (١) يعني يكون وجوب المبادرة مجمعا عليه كما يظهر من عبارة المسالك بقوله: ولا فرق في ذلك (أي في
وجوب الرد بين علم المالك بأنها (الوديعة) عنده وعدمه) عندنا.
(٢) عطف على قوله قبل أسطر: إن كان الميت أو الخارج عن صلاحية الايداع هو المالك.
(٣) في التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣ زاد بعدها: قال الله تعالى: وما على المحسنين من سبيل.
(٤) وفي بعض النسخ استأمنه شخص، وفي بعض آخر استأمن شخص.

الشرع يرجع فيها إلى العادة والعرف، فمع عدم تعيين كيفية الحفظ يجب أن يحفظها على ما يقتضي العرف حفظه مثل تلك الوديعة، بأن يحفظ الدراهم في الصندوق، وكذا الثياب، والدابة في الإصطبل أي البيت الذي هيأ لها، والمراح للشاة، أي الموضع الذي أعد لكونها فيه ليلاً، ونحو ذلك، فإن خالف إلى أدون (١) ما في العادة في الحرز أتم، وضمن، وفي المساوي أيضاً محتمل، بل في الأعلى أيضاً، فتأمل. ثم إن في بعض هذه الأمثلة تأملاً، إذ الدراهم لا تحفظ دائماً في الصندوق، ولا الثياب، وهو ظاهر.

وأما مع التعيين فيجب حفظها على ذلك الوجه. قال في التذكرة: ويجب على المستودع اعتماد ما أمره المالك في كيفية الحفظ، فإذا أمره بالحفظ على وجه مخصوص. فعدل عنه إلى وجه آخر وتلفت الوديعة، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها ضمن، وكانت المخالفة تقصيراً لأنه لو راعى الوجه المأمور به لم يتحقق التلف ولو حصل التلف بسبب آخر فلا ضمان، هذا إذا لم يتحقق المستودع التلف لو امتثل الأمر، أما إذا تحقق التلف بالامتنال فخالف للاحتياط في الحفظ، فاتفق التلف فلا ضمان لأنه محسن، فلا سبيل إليه للآية. (٢)

وحكم أيضاً، بأنه لو فعل ما هو إلا حرز، للاحتياط، لا يضمن بذلك، وإن كان مخالفاً لما عينه المالك، مثل إن قال: لا تخل (لا تحل - خ) الصندوق تحت رأسك، فوضعه، قال: فالأقرب عدم الضمان، ونقل عن بعض الشافعية وجهاً آخر بالضمان، وكذا عن مالك، لأن رقوده على الصندوق تنبيه على تعظيم لما فيه، وموهم للشارق بنفاسة ما فيه، فيقصده، قال: وهو غلط.

(١) في النسختين، من النسخ فإن خالف المأذون ما في العادة الخ.

(٢) التوبة: ٩٣.

ثم قال: وكذا الخلاف فيما لو قال: لا تقفل عليها فقفل، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلا واحدا فقفل قفلين، أو قال: لا تغلق الباب (باب البيت - خ)، فغلق (فأغلق - خ). (١)

لا خفاء في أن هذا الكلام يدل على أن مجرد المخالفة ليس بسبب للضمان بل هي مع التلف بسببها.

ويدل عليه أيضا، ما نقله عن التذكرة في شرح قوله: ويجب سقي الدابة. (٢) وهذا غير بعيد للأصل، وللآية (٣)، والأخبار الكثيرة الصحيحة المعتبرة الدالة على عدم الضمان عموما، كما سيحجى، وخرج ما تحقق التلف بسبب المخالفة لدليله، بقي الباقي تحته.

ولأنه ما تلف بسببه فلا معنى لتضمينه، ومجرد مخالفته التي لا تجوز - إذا لم تؤد إليه -، لم يصير سببا للضمان، للعقل، ولا نقل صريحا ينافيه.

ولكن يظهر من شرحي القواعد والشرايع، ومن التذكرة وغيرها أيضا خلاف ذلك، قال في التذكرة: إذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع - إما بنقل الوديعة و (أو - خ) اخراجها من الحرز أو باستعمالها، كركوب الدابة ولبس الثوب أو غيرها من أسباب الضمان، ثم إنه ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها وخلع الثوب - لم يبرأ بذلك عند علمائنا أجمع، ولم يزل عنه الضمان، ولم تعد أمانته، وبه قال الشافعي، لأنه ضمن الوديعة بعد وإن، فوجب أن يبطل الاستيمان، كما لو جحد الوديعة، ثم أقربها، وقال أبو حنيفة: يزول عنه الضمان الخ. (٤)

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣ و ٢٠٤.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولا يخفى ما في هذا الكلام من الاجمال، فتذكر.

(٣) مثل قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل (التوبة: ٩٣) وتسميته أمانة لما يحجى بخطه رحمه الله هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٤) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

فبين ظاهر هذين الكلامين تدافع ظاهر، إذ فهم من الأول (١) أن مخالفة المالك من حيث هو غير موجب للضمان، ومن الأخير (٢) يفهم أنها سبب للضمان (٣) وقد قال إنه تقصير وإنه سبب للضمان، حيث قال: إن السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير - إلى قوله - وهو سبعة الخامس المخالفة في الحفظ الخ. وقال أيضا: اعلم أن الوديعة تستتبع أمرين الضمان عند التلف، والرد عند البقاء، لكن الضمان لا يجب على الاطلاق، بل إنما يجب عند وجود أحد أسبابه، وينظمها شيء واحد، وهو التقصير ولو انتفى التقصير فلا ضمان، لأن الأصل في الوديعة أنها أمانة محضة، لا يضمن بدون التعدي أو التفريط، ثم نقل الأخبار من طريق العامة (٤) والخاصة منها حسنة زرارة أنه سئل الصادق عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة؟ قال فقال: كلما كان من وديعة، ولم تكن مضمونة فلا تلزم، (٥) وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام، قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (٦)، وغيرهما من الأخبار الكثيرة، ولأن الله تعالى سماها أمانة، والضمان ينافي الأمانة - إلى قوله - ولم يظهر لهم مخالف فكان اجماعا. (٧) وبالجملة ظاهر الأدلة يقتضي عدم الضمان إلا بالتلف، في صورة المخالفة أيضا بسببها، وأنها تعوذ أمانة، إذا عاد (عادت - خ) إلى ما أمر به (٨) إلا ما ثبت

- (١) في نسخة من النسخ المخطوطة بدل قوله: إذا فهم من الأول - إلى قوله - للضمان، هكذا: إذ مخالفة المالك في الحرز وترك سقي الدابة سبب للضمان، وقد قال إنه تقصير الخ.
(٢) يعني ما تقدم من قوله: وحكم أيضا أنه لو فعل ما هو إلا حرز الخ.
(٣) يعني ما قاله أخيرا: إذا صارت الوديعة الخ.
(٤) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ليس على المستودع ضمان. السنن الكبرى: ج ٦ ص ٦٨٩ حديث ٣ وفيه (ليس على المستودع المخل... الخ) وقال صلى الله عليه وآله: من أودع وديعة فلا ضمان عليه. المصدر، حديث ٢ وفيه (من استودع) وهو الصحيح.
(٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوديعة الرواية ٣ و ١.
(٦) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوديعة الرواية ٣ و ١.
(٧) التذكرة ج ٢ ص ١٩٧ و ص ١٩٨.
(٨) في النسخة المطبوعة: وأنه يعود أميننا إذا عاد إلى ما أمر به إلا ما ثبت الخ.

الخروج عنه، مثل الإنكار ثم الإقرار، ونحو ذلك، إلا أن يثبت الإجماع الذي ذكره، بحيث لا يكون بينه وبين غيره - مما نقلناه آنفاً ونقله أيضاً منافاة، فتأمل. (١)

بأن يقال: المقصود في الأول هو وضع اليد على غير وجه شرعي مثل الركوب واللبس، فإنه لا شك أنه (أن - خ) يصير هذا اليد غير شرعي، لأنه غير مأذون، فيكون ضامناً، حتى ثبت الأمان (الإذن - خ) من المالك، إما بوضعه على يده، ثم الأخذ بأمانة، أو القول بهذا والضمآن باليد ثانياً، واسقاط الضمان على الاحتمال القريب، بخلاف الصورة المخالفة للمالك في الحرز، فإنه تقصير في الحفظ، وليس بتصرف ووضع يد عدواناً، فتأمل فيه. وكذا التقصير بعدم السقي والعلف، فإنه ترك لا فعل وضع لليد. أو يقال (٢) مخالفة المالك وعدم حفظها من أسباب الضمان مطلقاً، والمقصود في الكلية ذلك، فتأمل فيه، ففيه ما فيه. ولا يدل على الكلية رواية محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره و (أو - خ) أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام، هو ضامن لها إن شاء الله. (٣)

(١) ويمكن أن يقال - في دفع المنافاة - أن النقل عن الحرز الذي عينه المالك مطلقاً ليس بتقصير ولا موجب للضمان بل إذا كان للمالك أو نهى عنه، وأما غيره فصريح في التذكرة - في بحث النقل - أنه يجوز حينئذ،

ولا ضمان، فيكون المراد بعدم الضمان هذا، وأيضاً مطلق ترك علف الدابة ليس كذلك، بل إذا كان مدة يجوز فيها الدابة فتأمل منه رحمه الله (هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة).

(٢) الظاهر أنه عطف على قوله: بأن يقال المقصود الخ.

(٣) الوسائل الباب ٥ من أبواب الوديعة الرواية ١ وزاد فيه - كما في الفقيه والتهذيب - بعد قوله وديعة: وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره.

ولا يجب الحفظ، لو طرحها عنده من غير قبول، أو أكره على القبض.

وهي صحيحة، لكنها مكاتبة، ولم تدل إلا على الضمان مع التلف في بيت جاره، مع مخالفته للمالك، وهو ظاهر وأيضاً يدل كلام التذكرة السابق على أن المخالفة إذا كانت للاحتياط على الوجه الأولي بزعم الوعدي، لا يكون سبباً للضمان مطلقاً.

وهو أيضاً محل التأمل، لأن المالك غير راض، بل نهى عن ذلك الفعل، فكيف لا يكون ضامناً، خصوصاً إذا كانت المخالفة مما يمكن أن يكون هو السبب، كما أشار إليه مالك، فتأمل.

وقال أيضاً في التذكرة: السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير، فلا بد من الإشارة إلى ما به يصير المستودع مقصراً، وهي سبعة ينظمها مباحث، يذكر لكل سبب بحثاً.

الأول الانتفاع بالوديعة، مثل لبس الثوب وركوب الدابة.

الثاني ايداعها من غير إذن.

الثالث نقل الوديعة كذلك.

الرابع التقصير في دفع مهلكات الوديعة.

الخامس المخالفة في كيفية الحفظ.

لعل السادس والسابع الإنكار والجحود والامتناع من الرد وتأخيرها.

وهذا الكلام صريح في كون المخالفة سبباً للتقصير، فيشكل التوجيه وتخصيصه بما إذا لم ير أنه أحوط وأحرز، كما يظهر من ظاهر كلامه بعده، كما نقلناه من مخالفة نهى المالك عن وضع الصندوق تحت الرأس، وغلق باب البيت ونحوهما.

قوله: ولا يجب الحفظ الخ. يعني لو وضع المودع الوديعة عند شخص، يريد ايداعها إياه، بحيث فهم كون مراده الايداع، وهو ظاهر في مثل هذا المقام،

ويجب سقي الدابة وعلفها بنفسه وبغلامه، ولا يخرجها من منزله
(منزلها - خ) للسقي، إلا مع الحاجة.

سيما الاتيان بلفظ (ها) (شئ - خ) الراجع إلى الوديعة، وما قبلها ذلك الشخص
لم يجب على ذلك الشخص حفظها، ولم يضر بذلك ودعيا، وإن لم يرده ولم يتكلم
ما لم يقبل قولاً أو فعلاً، وإذ قبل صار ودعياً، يجب عليه ما يجب على الودعي، سواء
وجد من المالك المودع لفظ صريح أو تلويح وإشارة مفهومة دالة على كونها وديعة، إذ
قد عرفت أن الايجاب والقبول ليسا بمنحصرين في اللفظ الصريح، بل يجوز
بالتلويح والإشارة والفعل، صرح به في التذكرة وشرح الشرايع أيضاً.
على أن الظاهر من القبول هو القبول القولي، فقول شرح الشرايع في شرح
هذه - المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة - لأن القبول اللفظي غير كاف في
تحقق الوديعة قطعاً، بل لا بد معه من الايجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح وأما
الفعل فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ، سواء تحققت به الوديعة أم لا نظراً إلى ثبوت
حكم اليد، وحيث يحصل القبول الفعلي هنا إنما يجب حفظها، لأنها وديعة شرعية
الخ - محل التأمل - لما مر.

وأيضاً إذا لم يكن وديعة يكون أمانة شرعية يجب ردها في الحال، وهو
ظاهر، إذ وضع اليد على مال الغير على وجه شرعي - بدون إذن المالك - هو الأمانة
الشرعية على ما عرفت (على ما عرفت به - خ)، وقد فرض الطرح بحيث ما فهم إن
مراده به، حفظه عن طرحه عنده وإن كان بعيد جداً، فإذا تصرف فيه بقصد الرد
والحفظ يجب حفظه، ويكون أمانة شرعية، فتأمل.

وكذا لا يجب الحفظ على من أكره على القبض، فإن الوديعة بل مطلق
وجوب حفظ مال الغير مقيد بما إذا وضع اليد عليه من غير اكراه، خصوصاً عن
المالك، وهو ظاهر، ففيه إشارة إلى اشتراط الرضا في القبول اللفظي والفعلي، فتأمل
قوله: ويجب سقي الدابة الخ. هذا من فروع السبب الرابع للضمان

الذي أشار إليه في التذكرة، قال: الرابع التقصير في دفع المهلكات يجب على المستودع دفع مهلكات الوديعة، وما يوجب نقص ماليتها، إذا لحفظ واجب، ولا يتم إلا بذلك، فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح بمجرد العادة لئلا يفسدها الدود، ولو لم يندفع الفساد إلا بأن يلبس وتعقب بها (١) رائحة الآدمي، وجب على المستودع لبسها، فإن لم يفعل، ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامنا، سواء أمره المالك، أو سكت عنه أما لو نهاه عن النشر وفعل ما يحتاج عاليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مكروها ولا ضمان عليه، وبه قال أكثر الشافعية، لهم وجه آخر (٢)، إن عليه الضمان. (٣) الظاهر أن مثل هذا الشخص الذي نهى عن فعل ما يحتاج إليه في الحفظ سفيه، إن كان عالما بالتلف، مع امتثال النهي (٤) فيجب حينئذ حفظ هذا المال، وفعل ما يحتاج إليه الحفظ، إلى أن يسلم المال إلى الناظر، ويجب مبادرة ذلك، كما (على ما - خ) يفهم من كلامهم، فإنه أمانة شرعية، في أمثال ذلك، إلا أن يشترط فيه حكم الحاكم، فيحجره معه لا بدونه، فيكون وديعة، وإن كان جاهلا، ينبغي اعلامه، وعلى تقدير عدم العلم والاعلام، وعلم الودعي (٥)، ينبغي وجوب الحفظ، وفعل ما يحتاج إليه، وإلا يلزم الضمان. العقب بالتحريك

(١) مصدر قولك عبق به الطيب من باب تعب عبقا، لزق به وظهرت ريحه بثوبه أو ببدنه فهو عبق (مجمع البحرين).

(٢) وفي جميع النسخ وجوه آخر، والصواب ما أثبتناه، كما في التذكرة أيضا.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٢.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة: مع الانتهاء بالنهي بدل قوله: مع امتثال النهي.

(٥) يعني وعلى تقدير عدم علم المالك بالتلف عند عدم نشر الثوب مثلا وعدم اعلام الودعي المالك وإن الودعي يعلم بأن عدم نشر الثوب موجب للتلف ينبغي وجوب الحفظ.

وينبغي أن يكون الوجود والضمان على الودعي، مع علمه وتقديره عمدا عالما، للأصل وعدم تكليف الغافل، وما تقدم من كونه أمينا غير ضامن بالآية والأخبار (١) إلا ما ثبت بالاجماع، أو بدليل غيره، وما نعرفه إلا فيما قلناه. ويحتمل ترتب الضمان على التلف بالترك مطلقا، فإنه سبب، فلا يحتاج إلى العلم، كما هو ظاهر بعض العبارات، فتأمل.

ثم إن قوله: (فسدت بترك اللبس الخ) أنه لو فسدت مع الترك، - لا بسبب الترك - بأن سرقت مثلا - لم يكن ضامنا، وهو أيضا خلاف ما سبق من الضابطة، فتأمل.

واعلم أنه قال في التذكرة، في بحث الانتفاع: أما لو نهاه المالك عن الاستعمال للحفظ، فامتنع حتى فسدت، لم يكن ضامنا - إلى قوله -: وهل يكون قد فعل حراما؟ اشكال، أقر به ذلك، لأن إضاعة المال منهي عنها، وعند الشافعي، أنه يكره. (٢)

وينبغي التحريك في ترك النشر أولى. (٣)

والظاهر عدمه مطلقا للأصل وعدم تمام دليله وهو ظاهر.

ثم قال: إذا كانت الوديعة دابة أو آدميا وجب على المستودع القيام بحراستها ومراعاتها وعلفها وسقيها، ثم لا يخلو إما أن يأمره المالك بالعلف والسقي أو نهاه (ينهاه - خ) عنهما أو يطلق الإيداع، فإن أمره بالعلف والسقي وجب عليه فعلهما ورعاية الأمور به، فإن امتنع المستودع من ذلك، حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر، إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت في ضمانه، وإن

(١) أما الآية فهي إشارة إلى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل التوبة: ٩٣ وأما الأخبار فراجع الوسائل الباب ٤ من كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢٢٧.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) يعني بطريق أولى.

نقصت ضمن النقصان، وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفا، فإن ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها، إن لم يكن بها جوع وعطش سابق، فإن كان وهو عالم ضمن، وكذا لو كان جاهلا، وللشافعية في الجاهل وجهان (١)، أظهرهما عندهم عدم الضمان، وعلى تقدير الضمان لهم وجهان هل يضمن الجميع أو بالقسط، كما لو استأجر دابة لحمل قدر فزاد عليه. (٢)

واعلم أن هذه الكلام أيضا صريح في أن التقصير مطلقا لا يوجب الضمان دائما، بل مع التلف به أيضا لم يضمن، إذ لم يكن التقصير متلفا ومهلكا عادة. هذا إذا لم يكن الحكم بعدم الضمان هناك لاحتمال الموت بغير هذا السبب، بل لكونه (نادرا - خ) غير مهلك، وإلا فلا، وقد مر ما يدل على خلافه مع وجه الجمع، وما فيه، فتأمل.

وأنة إن كان مهلكا غالبا ولم يهلك، هو موجب (٣) للضمان دائما، للتلف والنقصان، وإن الجوع (٤) السابق مع جهل المستودع به مثل العدم، فينبغي حينئذ عدم الضمان، كما إذا ماتت قبل مضي تلك المدة.

وبالجملة (لأنه - خ ل) إن جعل الضمان مرتبا على التقصير بأن يكون بعده - وإن كان لشيء آخر فيه دخل (أم لا - خ) فينبغي أن يحكم بالضمان أيضا مع التلف بالتقصير دون المدة المذكورة، مع عدم عطش سابق وجوع كذلك، وإلا فينبغي أن يكون ضامنا مع العلم لا بدونه، لأنه حينئذ يصير مثل المدة التي يعيش لم

(١) في التذكرة بعد قوله وجهان: كالوجهين فيما إذا حبس من به بعض الجوع، وهو لا يعلم حتى مات، وأظهرهما الخ.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٢.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، فهو موجب الخ.

(٤) هكذا في النسخ المطبوعة وفي جميع النسخ المخطوطة الرجوع بدل الجوع، والصواب ما أثبتناه.

يمت فيه عادة ويموت.

وبالجملة، أدلة عدم الضمان قوية حتى يثبت الناقل، وعلى تقدير الضمان ينبغي التقييد لأدلة عدم الضمان، ولأن الموجب هي (هما - خ) فتأمل. ثم قال: وإن نهاه المالك عن العلف أو السقي فتركهما، كان عاصيا، لما فيه من تضييع المال المنهي عنه شرعا، وهتك حرمة الروح، لأن الحيوان له حرمة في نفسه يجب احياؤه، ولحق الله عز وجل، وفي الضمان اشكال، أقر به العدم، وهو قول أكثر الشافعية، كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها، وأمره برمي قماشه في الحر، فرماه، أو أمره بقتل عبده فقتله، فإنه يآثم ولا ضمان عليه، كذا هنا. (١) دليل عدم الضمان ما تقدم غير مرة، ودليل الإثم مذکور، ولكن قد لا يسلم كون ترك علف دابة الغير، مع نهي صاحبه، تضييع مال منهي عنه. ولهذا قال في التذكرة: لو ترك النشر مع نهي المالك، لم يضمن، ولا يآثم، مع وجود التضييع مثل الحيوان، وكذا إذا قال: اطرح قماشني في البحر، فتأمل. نعم إن ثبت ذلك، فيدل على الإثم، وكذا قوله: (لأن الحيوان الخ). لعل دليله الاجماع والعقل في الجملة، ويمكن الفرق بين ما ذكره الشافعي من الرمي وغيره وبين ما نحن فيه، لأنه هناك فعل، وهنا ترك فعل، وعدم تصرف مال الغير.

ثم إن الظاهر أن المالك سفيه فيجئ فيه حكم ايداع السفیه، فيبطل إلا أن يقال: باشتراط حكم الحاكم في حجر السفیه ومنعه عن التصرفات مطلقا، ولم يحجره الحاكم بعده، وأنه يصح ايداعه بدونه، أو يكون جاهلا، أو أنه معذور بأن يكون النهي بسبب خاص من قبل (قبيل - خ) قولنج ونحوه، فتأمل.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣.

ثم إن الظاهر أن حكم الاطلاق، هو حكم الأمر بالعلف والسقي، لوجوبه عليه، فكأنه قال: وديعة عندك، واعلفها، واسقها، والأمر الضمني هنا موجود، وحكمه حكم الصريح، أشار إليه في التذكرة.

ثم قال: لا خلاف في أنه يجب على المستودع الانفاق على الدابة والآدمي من ماله، لأصالة البراءة والتضرر المنفي شرعا، لكن إن دفع إليه المالك النفقة فذاك، وإن لم يدفع إليه، فإن كان المالك قد أمره بعلفها وسقيها رجع به عليه، لأنه أمر باتلاف ماله فيما عاد نفعه إليه، فكان كما لو ضمن عنه مالا بأمره، وأداه عنه. فيه تأمل إذا الأمر بهما أعم من الرجوع، وفي الضمان أيضا ما أشرنا إليه، إلا أن يقال إنه اجماعي، فإن العادة اقتضت ذلك فتأمل. وأما إذا نهاه أو لم يأمره، ولا ينهاه، فإن أمكن الرجوع إليه وأخذ النفقة منه أو من وكيله فذاك، وإلا جعل أمره إلى الحاكم، يفعل ما يرى، وإن لم يمكن، يمكن أن يجب على ما قالوه من الوجوب مع النهي أيضا، فتأمل، والرجوع إليه مع قصد ذلك، بل ينبغي الاشهاد على ذلك لو أمكن، وينبغي الرجوع في صورة النهي أيضا مع قصد الرجوع، أو ايجاب الانفاق.

ولكن استشكل في التذكرة، قال: ولو ترك المستودع الانفاق، مع اطلاق الاستيداع، ولم يرجع (ولم يرفعه - خ) إلى الحاكم، ولم (ولا أنفق - خ) ينفق عليها، حتى تلف، ضمن، إن كانت تلفت من ترك ذلك، لأنه تعدى بتركه، وإن تلفت في زمان، لا يتلف في مثله لعدم العلف، لم يضمن، لأنها لم تتلف بذلك، ولو نهاه عن السقي والعلف، لم يضمن بترك ذلك، على ما تقدم من الخلاف وهل يرجع على المالك؟ اشكال، ينشأ من تبرعه بالانفاق وعدمه.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣.

وقد مر مثل هذه العبارة فيما تقدم، وقلنا إنها تدل على عدم الضمان بالتقصير مطلقا، بل إذا علم التلف به فقط، لا الاحتمال أيضا. والخلاف (١) إشارة إلى قول بعض بالضمان في هذه الصورة أيضا، والاشكال في الرجوع، مع وجوب الانفاق على المالك والمستودع بعيد، فينبغي الحزم بالرجوع على تقدير الايجاب، فتأمل.

ثم قال: إذا احتاج المستودع إلى اخراج الدابة لعلفها أو سقيها جاز له ذلك، لأن الحفظ متوقف (يتوقف - خ) عليه ولا ضمان، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق أمنا أو مخوفا، إذ خاف التلف بترك السقي، واضطر إلى اخراجها، وإن (ولو - خ) أخرجها من غير ضرورة للعلف، فإن كان الطريق أمنا لا خوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها، فالأقرب عدم الضمان، لا طراد العادة بذلك، وهو أظهر قولي الشافعية (٢) فمع عدمه بالطريق الأولى، فلو قال: (وإن أمكنه)، لكان أولى، ولكن ما كان (أقرب) جيدا، فكأنه لذلك شرط. (٣)

وكأنه يريد بقوله: (واضطر) أن خوف التلف بترك السقي أكثر من تلفه في الطريق لخوفه وأيضا إن خلاف الأقرب قول بعض الشافعية وإن كان الموجود في بعض ظاهر عبارات الأصحاب، مثل الكتاب أنه لا يخرجها من منزله للسقي، إلا مع الحاجة، يدل على عدم جواز الاخراج إلا مع الضرورة والحاجة فيضمن، فكأنه مقيد بما قاله هنا من عدم الأمن أو مع عدم العادة، بل كون العادة السقي في البيت أو خوف التبرد ونحو ذلك.

ثم قال: إذا تولى المستودع السقي والعلف بنفسه أو أمر به صاحبه أو غلامه، وكان حاضرا لم تنزل يده، فذاك، وإن بعثها على يده السقي (للسقي - خ) أو

(١) يعني في كلام العلامة قدس سره في التذكرة.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٣.

أمره بعلفها، واخراج (اخراج - خ) الدابة من يده، فإن لم يكن صاحبها (صاحبه - خ) أو غلامه أمينا ضمن، وإن كان أمينا، فالأقرب عدم الضمان، لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك، وهو أظهر وجهي الشافعي (الشافعية - خ) (١)، فينبغي أن لا يكون الخلاف في جواز السقي والعلف بالاخراج بيد الغلام والصاحب مع العادة، وكون المستودع ممن لا يتعاطى مثله بنفسه، لأن ايداع مثله تجويز لذلك، وينبغي كذلك في جميع صور الايداع، في جميع الأمور مثل حفظ المتاع بالليل وكنسه وبسطه ونشره إلى الهواء ونحو ذلك. وأنه إذا كان هو حاضرا بنفسه ناظرا إليه - بحيث يغيب عنه بحيث لا يمكن (٢) الخيانة -.

لا يكون فيه أيضا ضمان وإثم، للعادة، والعلة، وإن مجرد وضع علف أو ماء قدومه ليس تصرفا موجبا للضمان، بل المراد الاعطاء بيده، لذلك، كما يفهم من قوله: (أو أمره بعلفها واخراج الدابة من يده) وما قبله. والظاهر أنه يريد بالأمين هنا الذي يوثق بأنه لم يخن الوديعة، ولم يخالف ما أمر به غالبا وعادة، ويمكن إرادة العدل فيشكل الأمر. ولعل المراد بالصاحب كل من يصلح لذلك. والظاهر أنه لا يضر كون الوديعة في البيت محفوظا (محرزا - خ) مع وجود أهله وأولاده فيه بحيث يرونها، وإن كان في بعض الأوقات، وهم يكونون في بيت الوديعة فقط للعادة، بأن كان بساطا (فإن تساهلا - خ ل) مثلا إذا كانت الوديعة محفوظة في البيت الذي هو حرزه، وفي البيت أهل الانسان وأولاده، وقد يغيب

(١) يعني قال: فإن كان الطريق آمنا الخ.

(٢) في بعض النسخ: ولا يمكن الخيانة بدل بحيث لا يمكن الخيانة.

عنهم للصلاة وللزيارة والضيافة، بل قد يكون الليل غائبا عنها، فيمكن أن لا يضر مثله، للعادة، مع كون الأولاد والأهل أمينا، بالمعنى المتقدم، وعلى تقدير التلف لم يكن ضامنا، للعادة، وعدم تكليف أكثر من ذلك، فإن التكليف لحفظ أمر قليل - مثل بسط عتيق (عفيق - خ) بمثل هذا التكليف الخارج عن العادة بلا دليل واضح ونص - لا يخلو عن اشكال، وسد لقبول الوديعة التي هي (١) من المصالح العامة العظيمة.

وكذا القول لهم: افتح باب هذا البيت الذي فيه الوديعة بحضوره وغلقه وقفله، بل تسليم المفتاح إلى أمين للحفاظ، بل للشك أن لا يأخذ أمتعة نفسه (٢) من البيت من دون أن تباشر الوديعة (أن يباشر الوديعة - خ) وإن كان ظاهر بعض الأمور يقتضي عدم ذلك كله، للشك والاحتياط في ذلك أن أمكن، فتأمل في أمثال ما أشرنا إليه، مع أنه يمكن، ولا يبعد الضمان مع كونه جائزا، إن كان ذلك سببا فقط، للتلف، مع عدم ظهور إذن المالك بذلك، هذا.

وقال في شرح الشرائع: واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحرز، بل لا بد منه من كونه محرزا عن غيره، بأن لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق، يد أخرى مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوه، أو كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك، وكونه كبيرا لا ينقل عادة الخ.

وأنت تعلم أن الشريك مع حضور الودعي لا يضر، وأنه إذا كان الدار فيه تاس والبيت كذلك مع الصندوق، ويمكن فتح الباب وفتحه وكسره وأخذ ما فيه مما ذكره - مع أنه صعب - لم يكف.

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب هو، إذ الضمير يرجع إلى قبول الوديعة كما لا يخفى.
(٢) في بعض النسخ المخطوطة، بل لأخذ أمتعة نفسه بدل قوله: إن لا يأخذ أمتعة نفسه.

ولو أهمل ضمن إلا أن ينهائه المالك، فيزول الضمان،
لا التحريم.

ويمكن الاكتفاء بما قلناه للعادة، مع الأمانة، خصوصا إذا كان معلوم من
حال المودع الرضا عليه وعدم إرادة الضبط إلى هذا المقدار، وعدم معرفته، بأن مثل
هذا المقدار واجب، فتأمل.

ثم قال: لو نهاه عن العلف لعله تقتضي النهي، كقولنج، وشبهه، فعلقها
قبل زوال العلة فماتت، ضمن، لأنه مفرط.

هذا مع العلم بالعلة ظاهر، ويمكن مع الجهل، حيث قصر في التحقيق.

ثم قال العبد المودع، والأمة المودعة كالدابة في جميع الأحكام. (١)

يمكن عدم النزاع هنا في وجوب الانفاق مع النهي أيضا، لحرمة الآدمي
المسلم، إلا أن يكون كافرا، ففيه تأمل وإيجابهم الاطعام - وإن أريد قتله من الحربي
المسبي -، يدل على ذلك هنا، بالطريق الأولى.

ثم قال: لو أودعه نخلا، الأقرب أن سقيه واجب، كما قلناه في الدابة، وهو

أحد وجهي الشافعية، وفي الثاني أنه لا يضمن بترك السقي، إذ لم يأمره بالسقي.

فيدل على أنه يريد بالوجوب الأول الضمان أو معه الضمان.

ودليل الضمان مع الترك أنه ترك لحفظ الودعة، فإن حفظها بالسقي

كالدابة، أو الثوب الصوف من منع الدود، وتعريضه للريح ونحو ذلك مثل الكتب

وجميع ما يحتاج إلى المراعاة من السقي وغيره.

وإن الظاهر مع النهي عدم الوجوب لعدم الروح، كما مر وعدم الضمان

أيضا بالطريق الأولى.

قوله: ولو أهمل ضمن الخ. ظاهر أنه يصير بالتقصير ضامنا مطلقا، سواء

(١) في التذكرة، (ما تقدم) بدل (الأحكام).

ويقتصر على ما يعينه المالك من الحرز.

تلف بذلك التقصير أم غيره بعد مدة، فيكون التعدي موجبا لكونه غاصبا وضامنا، دائما ومطلقا، إلا أن ينهى عن العلف والسقي، فيأثم، ولا يضمن، وقد مر تفصيله وتحقيقه فتأمل.

قوله: ويقتصر على ما يعينه الخ. إشارة إلى الخامس الذي أشار إليه في التذكرة، بقوله: الخامس في المخالفة في كيفية الحفظ الخ.

قد مر أنه يجب حفظ الوديعة مع تعيين طريق له على حسب العادة، والذي أفهمه أن ذلك يختلف باختلاف المستودع والوديعة، إذا أودع بقرا أو غنما ممن ليس شأنه حفظهما بنفسه ولا بأهله، بل إنما يحفظهما، راعييهما فالعادة جارية بأن يسلمهما إلى الراعي، فطريق حفظهما أن يسلم إلى راع لم يكن ظاهرا خائنا، كما يسلم ماله إليه، فيكون الليل والنهار عنده.

وبالجملة كل مال يقتضي العادة تحفظه على نحو خاص لو استودع من شخص، لم يكن عليه حفظه أكثر من ذلك الطريق الذي يقتضي العادة مثله، بل الظاهر أنه لو أودع شيئا من شخص معين ليس من شأنه حفظه بنفسه، مثل السلطان، فيجوز له الحفظ بغلمانه ووكلائه وكذا بأهله وولده إن كانوا من أهله. ويؤيده ما قال في شرح القواعد، بعد أن نقل إن الأقرب أنه يجوز أنه يجوز الإخراج من يده للسقي بيد الغلام والصاحب مع الأمانة وما قربه قريب وربما قيل، إن الوجهين مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه، فأما غيره فلا ضمان قطعا، ولا يخلو عن وجه.

وهذا كلام حسن جدا وبالجملة ايجاب أكثر مما يقتضيه العادة والعرف مشكل بل زيادة على ما يحفظ العاقل الرشيد الضابط الغير المسامح في ماله بوجه. وحينئذ يسهل قبوله الوديعة في الجملة، وإلا على ما يفهم (١) من ظاهر

(١) يعني وإن لم نقل في كيفية حفظ الوديعة بما يقتضيه العادة والعرف فلا بد من المراجعة إلى ما يفهم من ظاهر كلام الأصحاب من جواز تسليمها الخ. وفي النسخة المطبوعة هكذا: وإلا يصعب على ما يفهم من ظاهر كلام الأصحاب الخ وعلى هذا لا يحتاج إلى ما كتبناه فتذكر.

كلام الأصحاب، من جواز تسليمها للعلف والسقي أيضا إلى الغلام والصاحب، إلا مع الأمانة أو كون الودعي معها، وإن كان بعض العبارات مثل عبارة الشرايع مطلقة غير مقيدة، ولكن قيدها الشارح.

وأیضا قال: أيضا، واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ، بل لا بد معه من كونه محرزا عن غيره، إلا بأن لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد أخرى، مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوه أو كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك، وكونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث لا يمكن سرقة كذلك مقفلا، وهكذا القول في الإصطبل والمراح وغيرها.

مع أنني ما فهمت كون الصندوق فقط محرزا للدراهم والثياب. وأيضا قال في التذكرة: لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه فدفعت الوديعة ليضع (فيضيع - خ) في الخزانة المشتركة، فالأقرب الضمان، إلا إذا علم المالك بالحال.

وقال أيضا: لا يجوز أن يضع الوديعة في مكان مشترك بينه وبين غيره، وأيضا يشترطون عدم التصرف وإمكان دخول أحد سوى الودعي على البيت الذي فيه الوديعة سواء في ذلك زوجته وولده والأجنبي، وأنه لا يجوز أن يكون لهم عليه يد، فلا يجوز أن يخلي ساعة واحدة عندهم، مع أن الانسان محتاج إلى الخروج من بيته للمعاش، وهو ظاهر.

والظاهر أنه لا كلام مع عدم كونهم أمناء أو مع عدم جواز الايداع، (١)

(١) في بعض النسخ: أو مع جواز الايداع.

الرمي قاله ثلاثاً (١) وجه الاستدلال أن الله تعالى أمرنا باعداد الرمي ورباط الخيل للحرب ولقاء العدو، والاعداد لذلك إنما يحصل بالتعلم، والنهاية في التعلم المسابقة بذلك الخ. (٢)

وأنت تعلم أن لا دلالة في الآية الأولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيتها، فإن فعلهم ليس بحجة، ومجرد عدم الإنكار لا يدل عليها، فإنه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الإنكار، وعلى تقديرها شرع من قبلنا ليس بحجة علينا. والآية الثانية، أبعد، وهو ظاهر.

وأما السنة فما روي (ما روي - خ) عن النبي صلى الله عليه وآله، أنه قال: لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر (٣)، والنصل يشمل النشاب، وهي للعجم، والسهم، وهو للعرب، والمزاريق (٤) وهي الردينيات (٥) والرماح والسيوف، كل ذلك من النصل واسمه صادق على الجميع وأما الخف فالإبل والفيلة، وأما الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير (إلى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السلام

(١) سمع عقبة بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول وهو على المنبر: وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي مسند أحمد ج ٤ ص ١٥٧ س ١.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٣٥٣ وتمامه: ليكد كل واحد نفسه في بلوغ النهاية والحذق فيه انتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره.

(٣) عوالي اللئالي ج ٣، ص ٢٦٥.

(٤) والمزراق من الرماح رمح قصير وهو أخف من العنزة وقد زرقة بالمزراق زرقاً إذا طعنه أو رماه به، لسان العرب ج ١٠ ص ١٣٩.

(٥) الردينية: اسم امرأة والرماح الردينية منسوبة إليها الجوهري: القناة الردينية والرمح الرديني زعموا أنه منسوب إلى امرأة السمهري تسمى ردينية وكانا يقومان القنا بخط حجر، الخ. لسان العرب ج ١٣ ص ١٧٨ لغة رذن.

فإن نقل ضمن، إلا مع الخوف، أو إلى أحرز، ولو قال:
لا تنقلها كيف كان ضمن إلا مع الخوف وإن قال: وإن تلفت.

كما يظهر من عدم جواز تسليم الوديعة إلى أهلها، ومع التعذر إلى الحاكم، ومع
التعذر إلى العدل، فيكون هو حينئذ ودعيا، وقد صرح بعدم جوازه عند الأهل والولد
والزوجة كالأجنبي، إلا عند تعذر المالك، والحاكم والحاجة، مع كونهم أمناء
كالأجنبي، وإن كان ظاهر كلامهم من جواز التسليم إلى الغلام للسقي والعلف
مشعرا بذلك.

وكيف لا يجوز ذلك، فإن عدمه يسد باب قبول الوديعة، فإن المال
الذي يحتاج إلى الرعي وحفظ الراعي كيف يكلف به السلطان أو رجل كبير
حاكم أو من أهل العلم أو العاجز عن الرعي، والحفظ في المراح، بهما، ولكن
الاحتياط هو طريق السلامة، والله الهادي.

وأما عدم جواز تغيير ما عينه المالك من الحرز فالظاهر عدم الجواز ولو إلى
الأحرز، وقوفا في التصرف في مال الغير بما هو مأذون فيه يقينا.
نعم لو علم بالقرائن أنه يجوز التغيير إلى المساوي بل الأدون أيضا، إن علم
أنه غرضه من التعيين أنه أحرز أو حرز أو أباح له التصرف في ماله مطلقا، وعلى أي
وجه أراد، فيجوز.

وكذا إذا علم التلف فيما عينه، وحينئذ ينقل، ولا يضمن لأنه محسن
ولا سبيل عليه (١) ولأنه أقرب إلى الحال التي هي أحسن، ويجوز بالآية بل بالعقل
أيضا في مال اليتيم أن الاهتمام به أكثر بالعقل والنقل. (٢)
قوله: فإن نقل ضمن، الخ. يعني إذا نقل الوديعة الودعي عن الحرز

(١) إشارة إلى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل التوبة: ٩٣.

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن. الأنعام: ١٥٤.

الذي عينه المالك يصير بذلك ضامنا مطلقا.
والظاهر يكون آثما أيضا، ولا يخلص عنه إلا بوضعه في يد المالك.
والظاهر أنه يكفي الاسقاط والإذن في التصرف بعده، أو الإعادة مرة
أخرى، لأن ذلك كله بمنزلة وضع يد المالك، ثم الاعطاء، وقيل لا بد من الأخذ ثم
الاعطاء لأن على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) على تقدير تسليم سنده وعمومه، فإن
ذلك بمنزلة الأداء.

إلا أن يكون النقل للخوف عن التلف لو لم ينقل، فإنه حينئذ لم يضمن
ولا يآثم، لأنه محسن.

هذا مع العلم بأنه يتلف لو لم ينقل، ظاهر، كعدمه مع الوهم والشك وأما
مع الظن، فالأظهر أنه كالعلم لاشتراك الدليل، ولأن الغالب أن حكمه حكمه.
وكذا لو نقل إلى الأحرز، وقد مر البحث فيه، وإن الظاهر الضمان حينئذ
أيضا، وهو مختار ابن إدريس بل الشيخ على أيضا.
هذا إذا لم ينه، وأما إذا نهى، وقال: لا تنقلها، ضمن كيف كان، أي
سواء نقل إلى الأحرز أم لا.

ولا يضمن حينئذ مع الخوف أيضا، فإنه لا يضمن حينئذ بوجه، وإن قال:
لا تنقل، وإن تلفت وإن حصل الخوف على تلفها، بل علم أنها تتلف مع عدم
النقل وسلامته بدونها لما مر.
ولكن الظاهر حينئذ الضمان بل الإثم أيضا، إلا مع العلم بالتلف مع
عدمه.

والظاهر أنه لم يجب النقل حينئذ للأصل، ولأن المالك قد يعرض عنه،

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب في تضمين العارية ص ٢٩٦.

والمستودع أمين لا يضمن بدون التفريط، ولا يأخذها منه قهرا. ويجوز الحلف للظالم ويوري.

ولا يجب على الغير حفظه والسعي في حفظه، فكذا هنا، إذ ليس بأقل من الاعراض، وهو مثل ترك النشر في الثوب واللبس الذي هما سببان لحفظ الوديعة بدونهما يتلف مع النهي، وقد مر من التذكرة، أنه مكروه في موضع، والاشكال، والأقرب أنه حرام في آخر.

قوله: والمستودع أمين الخ. قد مر أيضا ما يدل على أنه أمين، ولا يضمن إلا بفعل ما يجب تركه مثل الانتفاع بالوديعة، والايدياع بغير الإذن، أو بترك ما يجب فعله، مثل ترك الحفظ والمراعاة وترك السقي والعلف ونحوها.

ولا يضمن أيضا إذا أخذ من يده قهرا، وإذا لم يكن هو سببا لذلك، كما لو سعى إلى الظالم، وقال له (١)، ثم لم يقدر على منعه، حتى أخذه قهرا، لأنه مفطر في الحفظ، فهو ضامن للتفريط والتقصير، والظالم أيضا للأخذ، بخلاف ما لو كان الساعي غيره، فإن القبض يضمن فقط، دون الساعي.

وكذا لو أخبر السارق فسرقت، والظاهر أنه في صورة ليس له دخل وسبب في الضمان لا فرق في عدم ضمانه بين أخذ الظالم بيده من مكانه وبين أمره قهرا، بأن يسلمها الودعي إليه، فليس له إلا مطالبة الظالم، لا (٢) أنه مخير بين مطالبة أيهما شاء، إلا أن الودعي يرجع إلى الظالم، ويستقر الضمان على الظالم دونه، لأنه أمين ما ظهر منه سبب الضمان وخيانة بالفرض.

قوله: ويجوز الحلف للظالم ويوري الخ. يعني إذا احتاج إلى اليمين بأن ليس عنده مال فلان ليندفع الظالم بذلك يجوز هذا الحلف وليس بمحرم، بل قد يجب، لأنه سبب للحفظ، بل هو نفس الحفظ، وهو واجب، ولكن يوري في الحلف، وكذا

(١) يعني قال له: عندي أمانة.

(٢) في النسختين في النسخ إلا، بدل لا، والصواب ما أثبتناه.

في كل كذب، إذا الجيء إليه بما يخرج منه عن الكذب. وينبغي أن يقصد ما يمكن إطلاق اللفظ عليه بقرينة مجازا، إن عرف وعلم، وألا يأتي بالكذب ويحلف عليه. والظاهر أن لا خلاف فيه (في ذلك - خ) بين المسلمين، كالكذب واليمين المنقذين، لخلاص النبي عليه السلام (صلى الله عليه وآله - خ) عن القتل والأذى، بل المسلم الغير المستحق. ولا يكون حينئذ هذا الكذب قبيحا ولا مضرا، بل يصير واجبا ونفعا محضا، لا أنه قبيح وضرر، ولكن يجب ارتكاب أقل القبيحين وأخف الضررين، و (إذ - خ) لا قبح ولا ضرر حينئذ، وإلا يلزم اجتماع القبح والحسن والضرر والنفع في شئ واحد، فيلزم المدح والذم، بل الثواب والعقاب في شئ واحد شخصي، وهو محال. ويلزم العقاب على مثل انفاذه عليه السلام (صلى الله عليه وآله - خ) والالزام والايجاب ثم العقاب، وهو قبيح بديهية. ولعل من قال ذلك (١) يريد أنه باعتبار الأصل كان قبيحا، فالآن ارتكب أقل القبيحين بذلك، وهو بعيد، لا يحتاج إلى قول ذلك وارتكابه. على أنه ذكر ذلك في جواب اعتراض من قال: إن الكذب قبيح لذاته فلا يمكن حينئذ رده والمصير إلى أن الحسن والقبح لذاته أو لأمر لازم لهما، كما يريد المجيب. ومن هذا ظهر أن المذهب الحق في الحسن والقبح العقليين جواز استنادهما

(١) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: قاله سلطان المحققين خواجه نصير الملة والدين والشهيد الثاني (منه رحمه الله).

ولا يصح وديعة غير العاقل، فيضمن القابض، ولا يبرأ بالرد إليه، وإن كان مميزاً.
ولو أودع لم يضمن بالتفريط.
ويجوز السفر بها مع خوف الإقامة بها ولو ظهرت أمانة الخوف في السفر لم يجز.

إلى الوجوه والاعتبارات، كما قيل في لطم اليتيم، وإلا يلزم عدم جواز النسخ، (١)
وهو ظاهر، وتمام تحقيقه في الأصول.
قوله: ولا يصح وديعة غير العاقل الخ. بل غير الرشيد أيضاً، وقد مر تحقيقه، وأنه يجب حينئذ تسليم الوديعة إلى الولي، وأنه لا يصح وضع الوديعة أيضاً عند غير العاقل الرشيد، وأنه لو تلف عنده لم يضمن، إلا أن يكون مميزاً عاقلاً، وأتلف، فيمكن ضمانه، وهو مختار التذكرة والشيخ علي، فتأمل.
قوله: ولو أودع لم يضمن الخ. أي لو أودع غير العاقل لم يضمن بالتفريط، فقيده (بالتفريط) مشعر بأنه يضمن بالاتلاف، وصرح به في التذكرة، وقد مر تفصيله،
قوله: ويجوز السفر بها الخ. يعني يجوز للودعي السفر (مع خوف تلفها بالإقامة بها، وهو ظاهر، وبدونه أيضاً - خ)، للأصل، ولأن المنع ضرر منفي. والظاهر أنه غير مقيد بالضرورة والحاجة، لذلك. (٢)
ويحتمل التقييد بها وبعدم إمكان تسليمها إلى المالك ووكيله، (والحاكم بل الثقة - خ)، لأنه يستلزم إما السفر بها أو الأيداع مع تعذر التسليم، وكلاهما لا يجوز اختياراً بغير إذن المالك، صرح به في شرح القواعد، ولكن قال: (الحاجة) (٣)، لم

(١) في بعض النسخ المخطوطة القبح بدل النسخ.

(٢) أي للأصل.

(٣) سيأتي نقل عبارة شرح القواعد.

أجد أي شيء، يراد بها في كلامهم.

ويفهم من التذكرة، أن السفر بالوديعة ليست بحاجة، ويفهم من شرح القواعد، أنه حاجة.

ويمكن أن يحال إلى العرف كغيرها من الأمور التي لا تعيين لها في الشرع، فلو كان ضرورة وحاجة لا يرتكب منها عرفا للوديعة، يودع، وإلا فلا.

والسفر الواجب (١) بأصل الشرع للحج والنذر والنفقة وأداء الدين وتحصيل العلوم الواجب وهو ضروري ومحل حاجة.

وإذا أراد السفر فلا يجوز أن يسافر بها، فلا بد أن يسلمها إلى المالك أو وكيله، فإن تعذر فإلى الحاكم.

قال في التذكرة: يجب عليه قبوله، لأنه موضوع للمصالح.

قال في القواعد: والأقرب وجود القبض على الحاكم، قال في شرحه:

أي إذا جاء بالوديعة المستودع عند إرادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ووجه القرب أنه منصوب للمصالح، ولو لم يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من

نصبه، وهو الأصح ويحتمل ضعيفا لعدم تمسكا بأصالة البراءة. (٢)

الظاهر أنهم يريدون الوجوب العيني، وإلا فالكفائي على كل أحد، لا خصوصية له بالحاكم.

وفي كون الحاكم منصوبا لمثل هذه المصلحة منع، ودفعه (رفعه - خ)

بالدليل غير ظاهر. بل هو منصوب للحكم والقضاء، ويمكن لحفظ ما يتلف من مال الأطفال والغياب أيضا، إذا لم يوجد من يحفظه، وهنا يمكنه الحفظ بنفسه بعدم

(١) يمكن أن يكون عطفًا على قوله: أن يحال، يعني ويمكن أن يراد السفر الواجب بأصل الشرع.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٣٧ من الطبعة الحجرية.

السفر، لا أن يكون ضروريا، وبالايدياع عند ثقة.
نعم لو تعذر تعين عليه، كما لو تعذر غير ثقة وحده (واحدة - خ) يجب عليه
عندهم عينا، وإن لم يكن حاكما، فلا فرق، فكون الاحتمال ضعيفا، محل التأمل.
ثم قال في القواعد: وكذا المديون الغاصب إذا حملا الدين و (أو - خ)
الغصب إليه، قال الشارح. (١) ولا يتقيد هذا بإرادة السفر بالنسبة ولا لحصول
الحاجة بالنسبة إلى الغاصب، لأن يده يد عدوان، وينبغي أن يكون في المديون
ذلك، لأن براءة الذمة أمر مطلوب، والمراد بقوله: وكذا الخ، المساواة بينهما وبين
المستودع في وجوب القبول على الحاكم، إذا حملا المال إليه، ويحتمل عدم وجوب
القبول، نظرا إلى أن البقاء في يد الغاصب أعود على المالك، لكونه مضمونا في يده،
وكذا المديون، لأن الدين في ذمته. (٢)
ولا شك أنه أحوط، لو لم يكن معارضا (٣) والظاهر أن ليس المراد بوجوب
قبضه وقبوله، أعم من أن يقبض بنفسه ليصير (فيصير - خ) هو بنفسه الودعي، أو
يعين له أمينا يقبض بحكمه، لا بوكالته، فصار ذلك الأمين ودعيا، لا الحاكم، لأن
الحاكم لها (٤) مشاغل، وأمثال هذه الأمور كثيرة، فلا ينبغي تكليفه بنفسه، لأنه
قد يؤول إلى العجز وتعطيله عن سائر الأشغال، فتأمل، فإن تعذر الحاكم بوجه يودعه
من ثقة لا غير.

أما جواز الايداع فكأنه للاجماع ودفح الحرج في الجملة، وأما عدمه عند
غيره فكأنه للاجماع أيضا، وما رأيت فيهما خلافا، أو لأنه غير مأذون له من المالك،
ولا من الشارع لعدم الوثوق بالحفظ، فيصير المال في معرض التلف، وحينئذ يجوز له

-
- (١) في جميع النسخ (ولا يبعد) بدل، (ولا يتقيد) والصواب ما أثبتناه، كما في شرح القواعد أيضا.
(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٣٧.
(٣) وفي بعض النسخ، لو لم يكن له معارض.
(٤) هكذا في جميع النسخ، والصواب (له) بدل (لها).

أن يسافر بها، بل يجب مع أمن الطريق.
وكذا يجوز السفر بها مع خوف التلف في الإقامة بها، يعني إذا كان مع الإقامة بالوديعة خوف تلفها، يجوز السفر بها، ويمكن ايجابه حينئذ فإنه حفظ، والحفظ واجب، ويمكن عدمه، لأنه مشقة زائدة، الأصل عدمه وجوبها.
هذا إذا لم يكن في السر خوف، وأما إذا كان مشتركا مطلقا مع التساوي وعدمه، ويحتمل مع التساوي أو الرجحان لا يجوز السفر بها وإليه أشار بقوله: (ويجوز السفر الخ).

وقال في شرح القواعد، ثم الذي يراد بالسفر هنا لم أقف على تحديد، والمتبادر منه شرعا قصد المسافة، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافة، وهو مشكل، لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد في يده عرفا، يجب أن يقال إنه ضامن، لأنه أخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها فيضمن، وينبغي الحزم بأن تردده في البلد وحوله في المواضع التي لا يعد الخروج إليها في العادة خروجا عن البلد وانقطاعه عنه كالبساتين ونحوها، لا يجب معه رد الوديعة، وتعذر المالك والحاكم والثقة يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعد ذلك معها في العادة متعدرا، وإذا لم يجد واحدا من المالك والحاكم والثقة لم يجز له السفر بها، ولا تركها في غير يد الثقة.

لكن يلوح من عبارة التذكرة أنه إذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها حيث خيره بين أمرين إما تأخير السفر أو التزام الضمان.
هذا كله إذا لم يكن السفر ضروريا، ومع الضرورة وفقد الجميع يسافر بها ولا ضمان، إذ لا ضرر ولا ضرار.
ونقل في التذكرة على ذلك الاجماع. (١)

(١) إلى هنا كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٣٧.

واعلم أنه ليس في الآيات والأخبار ما يمنع السفر بالوديعة، ولا عدم السفر للودعي إلا بأن يسلمها إلى المالك أو الحاكم أو يودعه عند ثقة، حتى يجب علينا تحقيق السفر، بل هو كلام الفقهاء بل فقهاء العامة، ثم قاله الأصحاب أيضا. والذي علم، أنه يجب حفظها على ما يقتضيه العرف والعادة حفظ ذلك الشيء عن مثل هذا الشخص، كما أشرنا إليه، فيجوز له فعل كل شيء ما لم يكن تركا للحفظ عرفا، ولا يجب الكون عندها، بعد وضعها في الحرز. قال في التذكرة: لو كان الحرز خارجا عن داره التي يأوى إليها، وكان لا يلاحظه، فإن كان يشاركه غيره ضمن، وإلا فلا. فتأمل فيه، فإذا كان السفر والخروج من بلدها بحيث لا يقال عرفا أنه حافظ لها، فلا يجوز الخروج عنها إلى ذلك الحد، وإلا جاز وكذا كونها معه خارجا إلى الصحراء لا عمارة فيها، وفيها الانسان، ويحتمل وجود أحد فيه يأخذ الوديعة عنها عرفا، وقد يتفاوت ذلك في الوديعة والودعي والخروج والإقامة، فإن الظاهر أن الخروج من بلدها مع كونها محفوظا (١) في حرزها، مع عدم امكان دخول أحد في تلك الدار غير الشخص الذي يحفظ الدار مع امكان تلفه من جهته و (أو - خ) من غيره أيضا، لا مانع من الخروج، إلا أنه لا بد من الوصية والاعلام حتى أن مات لم يفت مال الناس ولم يصر إرثا، وكذا الخروج بها إلى موضع لا يمكن (٢) التلف فيه عادة فلا يصير إليه. وفي البلد والخارج أيضا مع الشرط المذكور وبدونه وكونه في معرض التلف مع كونه في حرز، بأن يجيء أحد يهتك الحرز، ويخرجه قهرا وجهرا أو سرا، إذا لم يكن الودعي، لا يجوز له الخروج إلى الخارج، إذا كان موجبا لذلك، وكذلك الأخذ

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب محفوظة.

(٢) في بعض النسخ يمكن التلف يمكن التلف فيه الخ.

ولو أنكر الوديعة - أو ادعى التلف، أو الرد على اشكال، أو عدم التفريط أو قدر القيمة - فالقول قوله مع اليمين. ولا يبرأ لو فرط بالرد إلى الحرز.

الذي دفن فيه الدراهم، بحيث يكون يده عليه وتعدر الحاكم والثقة معه بعد المالك، جاز من غير ضمان، لأنه كالايداع. وهذا دليل على كون الدفن حرزا، وهو ظاهر، ولكن ينبغي أن يكون شيئا لا يفسده الدفن، كالدراهم، وهو ظاهر. قوله: ولو أنكر الوديعة الخ. الظاهر أن لا اشكال في أن القول قوله، إذا أنكر الوديعة، لأنه منكر محض، وكذا القول قوله في التلف، سواء كان ادعى بسبب ظاهر أو خفي، لأنه أمين في الآية والأخبار بل الاجماع. (١) والظاهر أن لا خلاف فيه أيضا، - وإن كان خلاف الأصل - للآية والأخبار وسيجيء بعضها في العارية أيضا. ولأنه لو لم يكن كذلك ينسد باب قبول الوديعة، ففي ذلك حكمة بالغة. وإنما الاشكال المذكور في كون القول قوله في الرد، فإن الأصل العدم - مع عدم الاجماع هنا - دليل العدم، بل يكون عليه البيينة وعلى المالك اليمين بعدم الأخذ. ولكن الأكثر وظاهر الآية بأنه أمين، والأخبار كذلك، وبأنه ليس بضمان (٢) و (٣) يؤيد الأول فتأمل قوله: ولا يبرأ لو فرط الخ. أي لو فرط في الوديعة، بأن ترك ما يجب، ويوجب الضمان، أو فعل ما يحرم كذلك، ضمن وأثم، ومثل أن أخرج من الحرز

(١) لعله إشارة قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل. التوبة: ٩٣ وأما الأخبار فراجع الوسائل كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢٢١.
(٢) ولعل الصواب، ليس بضامن.
(٣) هكذا في جميع النسخ، والظاهر زيادة كلمة واو كما لا يخفى.

ويبرأ بالرد إلى المالك، أو وكيله أو الحاكم مع الحاجة، أو إلى ثقة معها، إذا فقد الحاكم. ولو دفعها إلى الثقة مع قدرته عليه، أو على المالك، ضمن.

الذي عينه المالك لا بسبب، بل عدوان أو بقصد الخيانة، لا يبرأ من ذلك إلا بالرد إلى الحرز التام الذي لا قصور فيه بوجه ما، لأنه ضمن، والأصل بقائه. وقد مر تفصيله، وأنه يبرأ بالتسليم إلى المالك أو الوكيل، ومع عدمهما إلى الحاكم، ومع عدمه إلى الثقة.

وقد مر أنه يبرأ بالاسقاط والايدياع ثانيا، والإذن في الحفظ، واختاره في التذكرة وفي القواعد وغيرهما، وأنه أحوط.

قوله: ويبرأ بالرد الخ. يحتمل أن يكون من تنمة ما سبقه، وأن يكون أول المسألة، وهو الأظهر، وقد مر تفصيله.

قوله: ولو دفعها إلى الثقة الخ. أي لو خالف الترتيب السابق، بأن أعطى الحاكم مع امكان المالك أو وكيله، ضمن مع الحاجة وعدمها، وكذا إلى الثقة، وكذا لو أعطاهم مع امكان الحاكم أو المالك أو الوكيل، ضمن، قد مر الكل. وهذا إشارة إلى السبب الثاني الموجب للضمان، وهو الايداع الذي ذكره في التذكرة.

قال: إذا أودع المستودع الوديعة غيره، فإن كان بإذن المالك فلا ضمان عليه اجماعا، لانتفاء العدوان، وإن لم يكن بإذن المالك، فلا يخلو أن يودع من غير عذر أو بعذر (لعذر - خ)، فإن أودع من غير عذر ضمن اجماعا، لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته، ولا فرق في ذلك الغير عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبيا عند علمائنا أجمع الخ. (١)

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٩.

وكأن السفر المطلق عذر مما يفهم من كلامهم أنهم (١) لا يشترطون في السفر الحاجة والضرورة، بل يجوزون السفر، فيودع حينئذ. وإن المراد إذا لم يدل لفظ أو قرينة على جواز وضعها عند غيره، بل يحفظها بنفسه فقط، كما دل عليه قوله: (لأن المالك لم يرض) فلو فهم رضاه بأي شيء كان، كما إذا أودع دواب عند امرأة غير برزة مستورة، فإنه ظاهر جواز حفظها بغيرها ممن ترضى تلك المرأة، فإن المرأة ما تقدر أن تحفظها وترعاها وتسقيها وتعلمها بنفسها، وهو ظاهر.

وأما الأيداع عند الغير بأن يقلع نفسه عن الوديعة بالكلية ويكون الغير، الودعي، فمعلوم أنه لا يجوز ما لم يأذن المالك، فتأمل. وأيضا إذا أودعه من الغير، فتلف، ضمن الدافع والمدفوع إليه، فله أن يرجع على أيهما شاء، ولكن لو رجع على الأول لم يرجع على الثاني، بخلاف العكس. وهذا مع جهل الثاني لا بأس به، ومع علمه كالغاصب، على أنه قد يناقش في الأول في الرجوع إلى الثاني مطلقا (٢)، فتأمل. وقال أيضا لو عزم الودعي على السفر كان له ذلك، ولم يلزم المقام لحفظ الوديعة، لأنه يتبرع (متبرع - خ) بامساكها الخ. كأنه يريد: مع إمكان الدفع إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة بالترتيب المتقدم. كأنه لا خلاف فيه، وإلا فيشكل السفر بها وبدونها. وأيضا قال: إنه يجب قبول الوديعة كفاءيا، فيكون متبرعا.

(١) لعل الصواب، فإنهم لا يشترطون.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة زاد بعد قوله: مطلقا: هكذا يفهم من ظواهر كلامهم.

ولو أراد السفر، فدفنها ضمن، إلا مع خوف المسارعة.

وكأنه لما كان كفائيا كان متبرعا، فتأمل.
وقال: إن سافر بها مع امكان دفعها إلى أحد المذكورين بالترتيب، ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفا أو أمنا (فتأمل - خ).
وقال أيضا: إذا سافر بها مع الاضطرار، بأن يضطر إلى السفر، وليس في البلد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، أو اتفق الجلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل، سافر بها، ولا ضمان عليه اجماعا.

قوله: ولو أراد السفر فدفنها الخ. قد مر شرحه، قال في التذكرة، لو عزم المستودع على السفر، فدفن الوديعة، ثم سافر ضمنها، إن كان قد دفن في غير حرز، وإن دفنها في منزله في حرز، ولم يعلم بها أحدا، ضمنها أيضا (١)، لأنه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها إليها، وإن أعلم بها غيره، فإن كان غير أمين ضمن أيضا، لأنه قد زادها تضيعا، وإن كان أمينا، فإن لم يكن ساكنا في الموضع ضمنها، لأنه لم يودعها عنده، وإن كان ساكنا في الموضع، فإن كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز، لأن الموضع وما فيه، في يد الأمين والاعلام (فالاعلام - خ) كالإيداع، وهو أظهر وجهي الشافعية، والثاني أنه يضمن، لأنه اعلام لا إيداع، وإن كان مع القدرة على صاحبها أو وكيله (٢) ضمن، وإن كان مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين. (٣)
والوجه الثاني للشافعي يرى أوجه، لأن الإيداع يستلزم إيجاب الحفظ والقبول، على ما قالوه، بخلاف الاعلام، إذ حينئذ غير معلوم وجوب الحفظ وقبوله،

(١) زاد في التذكرة بعد قوله: أيضا: لأنه غرر بها.

(٢) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وإن كان مع القدرة على المالك أو الوكيل الخ.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

إلا أن يدل قرينة على أن المراد من الاعلام الايداع، وفهم وقيل. (١)
أو (و- خ) قيل إن السكون في الحرز (٢) مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه،
فدخل في يده، فيجب، عليه الحفظ، مع أنه لا يحتاج إلى حفظ كثير، وحينئذ لا وجه
لثاني، فتأمل.

وأيضاً عبارة التذكرة هنا خالية عن استثناء خوف المسارعة، فلا فرق بين
صورة خوف معاجلة السراق إلى سرقتها أو معاجلة الرفقة (٣) إلى السفر، فيلزم كون
الودعي بلا رفيق، مع اضطراره إلى السفر وعدمها (عدمها - خ) وإن كانت عبارة
المصنف خالية عن الضرورة والحاجة إلى السفر.

إلا أن يقال في صورة الخوف إذا ترك الاعلام، أو كون الدفع في الحرز أو
مسكن الذي أعلمه لا يضمن، أو كان هناك مالك أو وكيله أو الحاكم أو
الأمين. (٤)

إلا أن يقال لخوف المعاجلة، ترك ذلك كله، ودفن، فلا يضمن حينئذ،
إلا أن يتمكن من اعلام وغيره مما شرط لعدم الضمان، ثم ترك، فيضمن، فتأمل.
قال في التذكرة بعد ما تقدم - وإذا دفن الوديعة في غير؟ حرز عند إرادة
السفر ضمن، على ما تقدم، إلا أن يخاف عليها المعاجلة، وكذا يضمن (٥) لو دفنها في
حرز ولم يعلم بها أمينا أو أعلم أمينا حيث لا يجوز الايداع عند الأمين. (٦)

-
- (١) يعني وفهم الثقة أن مراده من الاعلام هو الايداع وقبل الايداع.
 - (٢) إشارة إلى قوله في التذكرة: وإن كان ساكنا في الموضع ضمنها.
 - (٣) في بعض النسخ، الرجعة بدل الرفقة، والصواب ما أثبتناه.
 - (٤) يعني لو حصل أحد هذه الأمور لم يكن الآخر ضامنا.
 - (٥) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وكذا لم يضمن الخ والصواب ما أثبتناه.
 - (٦) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

ولو ادعى الإذن في الدفع إلى غير المالك.

ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة أن المراد بالمعاجلة معاجلة السراق عليها، كما فهم الشيخ علي، وإن المراد بقوله: (و كذا يضمن الخ) إلا من خوف المعاجلة، فتأمل.

ثم قال: كما يجوز ايداع الغير لعذر السفر، كذا يجوز لسائر الأعذار، كما وقع في البقعة حريق - إلى قوله - أو أشرف الحرز على الخراب، ولم يجد حرزا ينقلها إليه، ثم قال: لو أودعه حالة السفر فسافر بها، أو كان المستودع منتجعاً فانتجع بها، فلا ضمان، لأن المالك رضى به حيث أودعه، فكان له إدامة السفر والسير بالوديعة. (١)

قال في القاموس المنتجع المنزل في طلب الكلاء، ظاهرها يعم كل سفر، والدليل لا يدل إلا على السفر الذي سلمه (يسلمه - خ) فيه، فافهم. (٢) قوله: ولو ادعى الإذن في الدفع الخ. يعني إذا ادعى المستودع أن المالك أذن له في الايداع والتسليم إلى غيره، وأنكره المالك، فالقول قول المالك، وضمن المستودع.

وينبغي كون ذلك مع يمين المالك، للأصل، ولأن المالك منكر، والمستودع مدع، وقد ثبت على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين. ويحتمل كون القول قول المستودع بالأدلة السابقة الدالة على كونه أميناً، لكون القول قوله في الرد إليه وإلى وكيله، ومختار المصنف الأول الذي هو الأظهر. وهذا إشارة إلى أن أحد أسباب الضمان هو الايداع بغير إذنه، وقد مر تفصيله.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

(٢) يعني إن المستفاد من الدليل جواز السفر بالوديعة إذا أودعه حالة السفر، وأما جواز السفر بالوديعة فهو غير مستفاد من الدليل.

أو أنكرها فقامت عليه البينة، وادعى التلف.
أو أخرج الأحرار مع الممكنة.

قوله: أو أنكرها فقامت الخ. إشارة إلى أن أحد أسباب الضمان هو انكار الوديعة وجحودها، فإنه بذلك يصير خائنا فخرج عن الأمانة فصار ضامنا، فإذا ادعى عليه الوديعة، فأنكرها، ثم أثبت عليه بالبينة الشرعية، فادعى التلف، ضمن، لأنه خائن، فلا يسمع دعوى المستودع بالتلف مع البينة وعدمها. وكأنه نقل عن ابن الجنيد في شرح القواعد القول بقبول دعواه (دعواها - خ) بدون البينة أيضا، لاحتمال كون الانكار لنسيان وسهوه، ونحوه. وعن المصنف (١) القول بأنه إن طلب اليمين عن (على - خ) الغريم له ذلك، قيل لأنه إن لم يحلف ينفع المستودع، فيكلف به، ورضى به الشيخ علي أيضا. ولا يبعد السماع (٢)، للأصل والأمانة وعدم ثبوت الضمان والخيانة بالكلية، خصوصا إذا أظهر (ظهر - خ) وجهها (وجه - خ) لانكاره معقولا (معقول - خ) فتأمل.

هذا إذا كان الجحود بلفظ الانكار للوديعة، وأما إذا كان بمثل قوله: لا يلزمي رد شيء إليك، ثم أثبت (عليه - خ) الوديعة، فادعى التلف، يسمع قوله بلا بينة، وهو ظاهر.

قوله: أو أخرج الأحرار مع الممكنة الخ. هذا أيضا إشارة إلى سبب الضمان وهو التأخير في الأحرار مع الممكنة، أي إذا أخرج الأحرار مع القدرة على التعجيل. الظاهر أن المراد التأخير زائدا على المتعارف، وأما إذا كان تأخيرا قليلا في الجملة، على الوجه المتعارف، فليس بموجب للضمان، بخلاف التأخير الخارج عن

(١) في بعض المسخ هكذا: ونحوه عن المصنف، بدون لفظة (واو).
(٢) في النسختين المخطوطتين: ويبعد السماع.

أو سلم إلى زوجته.
أو أخر دفعها مع الطلب، والامكان.

العادة، فإنه موجب للضمان.
قوله: أو سلم إلى زوجته الخ. إشارة إلى أن الايداع بغير إذن المالك موجب للضمان، وإن كان قريب الودعي، مثل زوجته أو ولده.
إشارة إلى رد بعض العامة من أنه إذا كان قريب الانسان مثل الزوجة والولد وكان ثقة، فليس الايداع موجبا للضمان.
وقال في التذكرة: فإن أودع من غير عذر ضمن اجماعا، ولا فرق بين أن يكون ذلك الغير عبده أو زوجته أو ولده أو أجنبيا، عند علمائنا أجمع، وصرح في موضع آخر من التذكرة والقواعد أيضا بالايداع يضمن أيضا، إن دفعها إلى الحاكم والأمين (أيضا - خ) أي العدل من غير عذر.
وحيث علم أنه لا يجوز الايداع إلى ثقة عدل بغير عذر، وذلك موجب للضمان، وقد مر تفصيله أيضا.
قوله: أو أخر دفعها مع الطلب والامكان، أي كذا يضمن لو تأخر دفع الوديعة إلى المالك مع طلبها، وكذا إلى وكيله.
وقد احتمل الضمان لو أخر بعد أن قال: أعطه لو وكيل المالك من غير طلب الوكيل.
لعل دليل الوجوب أنه حق مضيق للآدمي، والآية (٢) والأخبار الدالة على وجوب رد الأمانة إلى أهلها (٣) والأمر للفور هنا، كأنه للاجماع، وكأنه هو دليل أصل الحكم أيضا.

- (١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، أنه بالايداع يضمن أيضا.
(٢) قال الله تعالى: إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، النساء: ٦٢.
(٣) راجع الوسائل الباب ١ و ٢ و ٣ من أبواب الوديعة.

وأما دليل الضمان فكأنه الاجماع، وإن التقصير موجب للضمان. ولعل مرادهم بالتأخير هو ما يصدق عليه ذلك، قال في القواعد: وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام أو على طعام عذرا قال شارحه: لأن أداء الأمانة واجب مضيق، فلا يجوز التشاغل عنه بمثل هذه الأشياء، ومن ذلك صلاة النافلة والفريضة، إذا لم يكن في أثائها، ولم يتضيق الوقت، وهو الذي اختاره في آخر كلامه في التذكرة، ويجب عليه الذهاب بمجرى العادة، وهذا كله إذا كان الأداء ممكنا، فمتى أخر حيث لا يجوز له التأخير، ضمن. (١) هذا صريح في أن المراد بالتأخير مطلق التأخير، ولو كان قليلا، فليس التأخير عرفيا، كما قيل في الشفعة وغيرها، فتأمل. وما رأيت ما ذكره في التذكرة، وكان في نسختي بياضا، فكأنه في ذلك البياض.

وفيه دلالة على اتمام الصلاة الفريضة، لو حصل الطلب بعد الشروع مطلقا، في سعة الوقت وضيقه، فإن قطع الفريضة حرام بالنص والاجماع. وكذا يدل على عدم تحريم الشروع فيها إذا كان الوقت مضيقا لا يسع أداء كلها في الوقت، إلا بترك الوديعة. ويدل أيضا على وجوب قطع النافلة مطلقا، فكأن كل ذلك للاجماع للجمع بين الحقين، الصلاة في الأداء ورد الوديعة، إذ لا وقت له أداء، فتأمل. ويدل على عدم جواز الشروع فيها في سعة الوقت، بل ساير العبادات المنافية لرد الوديعة، بل ساير الحقوق المضيقه الفورية، كما هو مذهب المصنف، فدل على أن الأمر بالشئ يدل على النهي عن ضده الخاص، فإن مع سعة الوقت يجب

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٤٠ من الطبعة الحجرية.

أو فرط بطرحها (فطرحها - خ) في غير الحرز، أو ترك سقي الدابة، أو نشر الثوب.

تقديم حق الآدمي مطلقا، وديعة أم لا، زمانية وغيرها، لفورية وجوب الجمع بين الحقين مهما أمكن، مع عدم خروج أحدهما عن وقته فمنع (١) وجوب رد الوديعة حين الشروع في الصلاة - وكذا منع وجوب سائر الحقوق الآدميين المضيق، كما فعله الشارح في كتاب الدين - بعيد، فتكون الصلاة حينئذ باطلة، لأن النهي في العبادة يدل على الفساد، كما ثبت في الأصول، فثبت بطلان الصلاة في سعة الوقت، مع حق الآدمي المضيق، كما هو رأي المصنف وجماعة، بل عند الشارح أيضا. فسقط (فيسقط - خ) قول الشارح بأن الأمر بالشئ لا يستلزم النهي عن ضده الخاص، بل ضده العام فقط (٢)، وبأنه لا يسلم وجوب الرد حينئذ، إذ الصلاة أيضا واجبة كالأداء، فيكون الأداء واجبا فوريا في غير وقت الصلاة مطلقا، وإن الصلاة مع السعة صحيحة، وكذا سائر العبادات مع المنافاة على هذا الوجه. فكأن الشارح هنا رجع عن قوله، وقال بقول المصنف، أو أن مراده بيان رأي المصنف لا رأيه، لكن ينبغي الإشارة إليه، لأنه يفهم منه فتواه، وقد مر البحث في هذه المسألة (في هذا الكتاب خ) مرارا (٣)، فتذكر وتأمل. قوله: أو فرط بطرحها الخ. إشارة إلى سبب آخر موجب للضمان، وهو التقصير في الحفظ، أما بترك وضعها في الحرز المقرر، بل وضعها في غيره، وقد مر تفصيله أيضا، وأما بترك دفع مهلكاته بمثل سقي الدابة وعلفها، ونشر الثوب إلى الهواء، لدفع ما يفسده من الدود ونحو ذلك. وقد مر تفصيل ذلك أيضا في التذكرة، وأنه يضمن بالترك ولو مرة مطلقا

(١) في جميع النسخ، فمع بدل (فمنع) والصواب ما أثبتناه. (٢) يعني بل يستلزم النهي عن ضده العام فقط. (٣) راجع كتاب الطهارة والطلاة من مجمع الفائدة.

أو سافر بها مع الأمن و (أو - خ) الخوف.

(أو بعض مرة - خ) سواء تلف أو لم يتلف، وعاد إلى فعل ما يجب عليه (أم لا - خ)، ولأن عدم (١) التقصير مطلقاً حرام وموجب للضمان بالاجماع، وإذا ضمن لم يسقط بالرجوع إلى الأمانة ما لم يؤدها إلى المالك أو وكيله أو أبراه أو أودعه مرة أخرى على الأصح.

وقد مر ما ينافي ذلك أيضاً، بأن قال: لو ترك السقي وعلفها مدة لا يموت الدابة في تلك المدة، فماتت، لم يضمناها إن لم يكن لها جوع وعطش سابق، وأنه يجب سقي الدابة وعلفها، وإن نهاه المالك، فلو ترك، فعل حراماً لما فيه من تضييع المال المنهى عنه.

وفيه منع ظاهر، ولهذا قال: قيل في مثل هذه المسألة بعينها: لو ترك نشر الثوب، فتلف، فعل مكروهاً.

نعم يتم قوله: وهتك حرمة الروح، لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى، أن ثبت ذلك بالاجماع ونحوه، ثم قال، في الضمان اشكال، والأقرب عدمه، وكذا لو ترك النشر واللبس المصلح الذي يتوقف عليه الحفظ فعل حراماً، وصار ضامناً، إلا أن ينهاه المالك، فاستشكل في الضمان وأفتى بالتحريم في بحث الانتفاع (وبالكراهة - خ) في دفع المهلكات. (٢) والظاهر الكراهة مع عدم الضمان، لعدم الدليل، والأصل، وقد مر مفصلاً.

قوله: أو سافر مع الأمن والخوف الخ. أي لو سافر بالوديعة ضمن وعصى، سواء كان في السفر خوف أم لا، بل يكون أمناً، فإن مجرد السفر بها تقصير

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب اسقاط لفظة (عدم) كما لا يخفى.
(٢) زاد في النسخة المطبوعة بعد قوله: في دفع المهلكات، كنشر الثوب.

في حفظها، لأن السفر محل الخطر.

كأنه لا خلاف (عندهم - خ) في ذلك، وفي التذكرة: في الحديث أن المسافر ومتاعه لعلى فلت: إلا ما وقى الله.

كأنه من طريق العامة. (١)

قال في التذكرة: ولا يجوز للمستودع إذا عزم على السفر أن يسافر بالوديعة، بل يجب دفعها إلى صاحبها أو وكيله الخاص في الاسترداد أو العام في الجميع، وإن لم يوجد، دفعها إلى الحاكم، فإن تعذر الحاكم دفعها إلى الأمين، فإن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف. (٢)

وقال فيها أيضاً، لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة، ولا يكلف تأخير السفر.

وقال في موضع آخر: كما يجوز الإيداع لعذر السفر، يجوز لسائر الأعذار. والظاهر أن ذلك مع وجود من يسلمها إليه من المالك ووكيله أو الحاكم أو الأمين، كما أشار إليه في التذكرة وستقلها، ثم ذكر دفعها إلى المالك أو غيره بالترتيب الذي تقدم.

وقال: لو خالف الترتيب ضمن، فيحتمل أن يكون المراد هنا أن يسافر وترك، وأودعها على غير ذلك الترتيب المتقدم الذي يجوز ويسقط (مسقط - خ) للضمان، سواء كان في بلد الإيداع الأمن أو الخوف، والظاهر الأول. نعم لو سافر بها مع الأمن في السفر والخوف في الحضر، أو سافر بها مع

(١) لم نقف عليه مع الفحص الشديد، ولعل عبارة الحديث هكذا: إن المسافر ومتاعه لعلى خطر الخ ويمكن أن تكون: لعلى فلت الخ.
(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

عدم من يجوز الايداع عنده - ممن تقدم، بل يوجد غير العدل الذي قد ذكره في التذكرة وغيرها: أنه لو أودع عنده، وسافر، يضمن بالاجماع، وكان مضطرا إلى السفر - لم يضمن أيضا. (١)

قال: لو اضطر المستودع إلى السفر بالوديعة - بأن يضطر إلى السفر، وليس في البلد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد، أو وقع حريق أو غارة أو نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا العدل - سافر بها، ولا ضمان عليه اجماعا لأن حفظها حينئذ في السفر بها، والحفظ واجب، فإذا لم يتم إلا بالسفر بها، كان السفر بها واجبا، ولا نعم فيه خلافا. (٢)

هذا فيما إذا كان السفر غير مخوف ظاهرا، أما مع الخوف ولا سيما مع الخوف الراجح على خوف البلد أو المساوي لوضعها في البلد إما بدفعها أو وضعها عند غير العدل، بحيث يكون له ديانة، بحيث يظن أو يعلم حفظه، إذ قد يوجب مثله كثيرا.

وبالجملة، إذا كان الدفن أحفظ، لا يسافر بها، وإذا وجد من كان الوثوق بحفظ الوديعة في يده أكثر من كونه في يد المستودع في السفر، لا يبعد حينئذ تجويز ايداعها، بل وجوبه في بعض الأحيان، خصوصا إذا كان المستودع أيضا غير عدل، وكون أمانة المستودع الثاني أكثر منه أو مساويا، أو رضى المودع بكونه في يد مثله، بل أقل أمانة، فالعمل بأمثال هذه القرائن، أو علم منه جواز الايداع بوجه غير بعيد بل الظاهر أنه متعين، ومقدم على السفر بها مع الخوف الغالب أو المساوي، بل مطلق الخوف، فتأمل.

(١) الظاهر أن قوله: لم يضمن جواب لقوله: لو سافر بها الخ وما في بعض النسخ المخطوطة: ولو كان مضطرا إلى السفر الخ، بزيادة لفظة (لو) غير صحيح، كما لا يخفى.
(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٠.

ثم قال: أما لو عزم على السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجز عن المالك ووكيله وعن الحاكم والأمين فسافر بها، فالأقرب الضمان، لأنه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر، أو يلتزم (ليلتزم - خ) خطر الضمان، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني أنه لا ضمان عليه، وإلا لزم أن ينقطع عن السفر، ويتعطل فيه مصالحه، وفيه تنفير عن قبول الودائع، وشرطوا لجواز السفر بها أمن الطريق، وإلا فيضمن، وأما عند وقوع الحريق ونحوه، فإننا نقول: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله أن يسافر بها. ولو كان الطريق أمنا فحدث خوف أقام، ولو هجم القطاع فألقى المال في مضيق (مضيقة - خ) اخفاء له، فضاء، فعليه الضمان. (١)

اعلم أنه قد علم مما تقدم من التذكرة، أنه يجوز من غير ضمان - الظاهر بلا خلاف - السفر للمستودع من غير ضرورة، إذا أمكنه رد الوديعة إلى أحد ممن تقدم.

وأنه لا يجوز الايداع بغير سفر إلا لعذر، ولكن العذر مجمل، كأنه المتعارف الذي يعده العرف عذرا.

وكذا عدم العدول من المالك ووكيله إلى الحاكم ومنه وأمينه إلى العدل مع التعذر والمشقة.

والظاهر أن ذلك أيضا عرفي.

وأنه إذا لم يمكنه ذلك، فالأقرب أنه يضمن بالسفر بها، إذا لم يكن السفر ضروريا.

وأنه لو التزم الضمان جاز سفره، فلا يكون عاصيا بسفره (لسفره - خ)

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٠٠.

الحصول الغرض، وهذا غير بعيد إذا لم يكن الوديعة مما يتعلق الغرض بعينها، وهو ظاهر.

وحينئذ يمكن أن يجوز الايداع وغيره من فعل أسباب الضمان مع ذلك، وإلا فالفرق غير ظاهر.

وأن الوجه الثاني للشافعية غير بعيد، على أنه لا صراحة في أخذ الوديعة بأنه يحفظها في الحضر فقط.

وأن في قوله: (وأما عند وقوع الحريق الخ) تنبيه لما قدمناه في قوله: (آنفأ): وبالجملة وقبله الخ.

وأن قوله: (أقام)، مقيد (بقيد - خ) بالامكان وعدم الضرر، وبما إذا كان محل الإقامة أكثر حفظاً أو مساوياً للسفر الذي حدث فيه الخوف.

وأعلم أيضاً أن المراد بالسفر الممنوع بالوديعة هو إلى البر والصحراء والمحل الذي ليس فيه عمارة وليس بمسكن للإنسان، كما يدل عليه عبارة التذكرة.

قال: إذا أودعه في قرية فنقلها المستودع إلى قرية أخرى، فإن اتصلت القريتان وكانت المنقول إليها أحرز أو ساوت الأولى في الأمن والخوف بينهما (١) فالأقرب عدم

الضمان، مع احتمال، لأن الظاهر من الايداع في قرية عدم رضا المالك بنقلها عنها، وإن لم يتصل القريتان، فالأقرب الضمان، سواء أن الطريق أمنا أو مخوفاً،

وهو أحد وجهي الشافعية، لأن حدوث (حصول - خ) الخوف في الصحراء غير بعيد، وأظهرهما عندهم عدم الضمان مع الأمن، وثبوته لا معه، كما لو لم يكن بينهما مسافة،

بل اتصلت القريتان (العمارتان - خ) وقال أكثر الشافعية إن كان بين القريتين مسافة يسمى (سمى - خ) المشي فيها سفراً، ضمن بالسفر بها إلى أن قال: وهو

(١) هكذا في جميع النسخ، وفي التذكرة: في الأمن ولا خوف بينهما.

أو لبس الثوب أو ركب الدابة.

يقتضي أن السفر بالوديعة إنما يوجب الضمان بشرط طول السفر، وهو بعيد عندهم، لأن خطر السفر لا يتعلق بالطول والقصر الخ. (١)
وظاهرها يدل على أن حد السفر في هذا المقام - سواء كان الذي سافر بها بالوديعة أو يسافر عن الوديعة - هو الخروج إلى الصحراء، لا غير.
ففيما قدمناه من كلام شارح القواعد - في شرح قوله (٢): ويجوز السفر بها الخ ثم ما الذي (٣) يراد بالسفر هنا، لم أقف له على تحديد، والمتبادر منه شرعا قصد المسافة (السفر - خ) محل - التأمل، إلا أن يريد السفر الذي يجوز أن يسافر عن الوديعة، ولا يجوز، ولكن قوله: (وينبغي الجزم بأن تردده في البلد، وحوله الخ) يدل على أن بحثه فيما يسافر عنها وبها أيضا، وهو على أنه قد مر أن لا نص على التعليق بعدم السفر عندنا، حتى نحققه (يتحقق - خ) بل هو في كلامهم.
فالضابط عندنا هو ما يخرج به عن كونه ودعيا، ومسلطا على الوديعة وحفظها، والخروج بها إلى الصحراء، ومحل التلف في البرية وعدم العمارة، بحيث يكون محل الخطر في الجملة، كما يفهم من قول التذكرة هنا، فهو مؤيد لما ذكرناه سابقا عند نقل كلام شارح القواعد، فتذكر، وتأمل.
قوله: أو لبس الثوب الخ. إشارة إلى سبب الضمان الذي هو الانتفاع

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

(٢) يعني عند قول المصنف هنا، لا في القواعد.

(٣) عبارة شرح القواعد هكذا: ثم ما الذي يراد بالسفر هنا؟ لم أقف له على تحديد والمتبادر منه شرعا قصد المسافة، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافة وهو مشكل لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعة

- على وجه لا يعد في يده عرفا - يجب أن يقال: إنه ضامن، لأنه أخرج الوديعة من يده وقصر في حفظها، فيضمن،

وينبغي الجزم بأن تردده في البلد وحوله في المواضع التي لا يعد الخروج إليها في العادة خروجا عن البلد وانقطاعه

عنه كالسائتين ونحوها، لا يجب معه رد الوديعة، وتعذر المالك، والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة الخ ج

ص ٣٣٧ من الطبعة الحجرية.

بالوديعة، من غير إذن المالك، ولا على وجه الحفظ أو مصلحة الوديعة.
قال في التذكرة: فلو استودع ثوبا، فلبسه، أو دابة فركبها أو جارية
فاستخدمها، أو كتابا فنظر فيه أو نسخ منه، أو خاتما فوضعه في إصبعه للتزين به
(للتزين به - خ) لا للحفظ، فكل ذلك وما أشبه خيانة توجب التضمين عند فقهاء
الاسلام، لا نعلم فيه خلافا. (١)

يفهم منه أن مجرد النظر والنسخ من كتاب الغير تصرف في الكتاب، وإن
لم يفتحه، ولم يضع يده عليه، بل فتحه المالك، فلا يبعد تحريم النظر إلى جارية الغير
في المرأة والماء وكذا الأجنبية الحرة، فتأمل، فيحتاج إلى الإذن، ولا يجوز بدونه، وأنه
ليس مثل الجلوس تحت ظل حائط الغير، والاستئذنة بضوئه، فتأمل.
ثم قال: هذا إذا انتفى السبب المبيح للاستعمال، أما إذا وجد السبب
المبيح للاستعمال، لم يجب الضمان، وذلك بأن يلبس الثوب الصوف الذي
يفسده الدود للحفظ، فإن مثله (٢) يجب على المستودع نشرها وتعريضها للريح، بل
يجب لبسها إذا لم يندفع إلا بأن يلبسها وتعقب (٣) بها رائحة الآدمي، ولو لم يفعل
ففسدت، كان عليه الضمان، سواء أذن المالك أو سكت لأن الحفظ واجب،
ولا يتم إلا بالاستعمال، فيكون الاستعمال واجبا، لأن ما لا يتم الواجب المطلق إلا
به، وكان مقدورا للمكلف، فإنه يكون واجبا، أما لو نهاه المالك عن الاستعمال
للحفظ، فامتنع، حتى فسدت لم يكن ضامنا، وهو أظهر قولي الشافعية، لهم قول
آخر أنه يكون ضامنا، والمعتمد الأول، وهل يكون قد فعل حراما؟ اشكال، أقرب به

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) في التذكرة: فإن مثل هذه الثياب يجب الخ.

(٣) العقب بالتحريك مصدر قولك: عقب به الطيب، من باب تعب، عبقا لزق به وظهرت ريحه بثوبه
أو ببدنه، فهو عقب (مجمع البحرين).

ذلك، لأن إضاعة المال منهي عنها، وعند الشافعي يكره. (١) وقد عرفت أنه قال في بحث دفع المهلكات أنه فعل مكروها، كما قال به الشافعي، وإن الظاهر ذلك، إذ ليس ترك حفظه مال الغير بنهيه إضاعة محرمة، وهو ظاهر.

ويحتمل بعيدا أن يكون المراد، هل المالك بالنهي فعل حراما؟ اشكال أقربه ذلك، وهو بعيد لفظ أو معنى، إلا أنه يرتفع به التنافي بين كلاميه. إلا أن يقال: الكراهة قول الشافعية، لا قوله، كما أشار إليه هناك، ولكنه بعيد، لا يحتمل كلامه ذلك، فارجع إليه، لأنه قال: ففسدت بترك اللبس أو تعريض الثوب للريح كان ضامنا، سواء أمره المالك، أو سكت عنه، ما لو نهاه عن النشر وفعل ما يحتاج إليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مكروها، ولا ضمان عليه وبه قال أكثر الشافعية، ولهم وجه آخر إن الضمان عليه. ثم قال: هذا إذا علم المستودع، أما لو لم يعلم، فإن كان في صندوق أو كيس مشدود ولم يعلم المالك به (٢) فلا ضمان على المستودع اجماعا. (٣) ويمكن أن يكون مع علمه بما في الصندوق، ولكن مع عدم علمه بأن مثل ذلك الشيء يحتاج إلى النشر والتعريض للهواء، بل مع علمه ونسيانه أيضا، كما مرت إليه الإشارة، للأصل، وعدم صدق الخيانة والاتلاف، إذ ترك الحفظ جاهلا أو ناسيا ليس بخيانة، ولا اتلاف، وهو ظاهر، فيسمع قوله فيه مع اليمين، وإلا تعذر قبول الوديعة، فتأمل.

ثم قال: ولو احتاج حفظ الدابة المودعة (المودوعة - خ) إلى أن يركبها

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) في التذكرة ولم يعلمه المالك به.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

المستودع إما أن يخرج بها إلى السقي أو الرعي، وكانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان لعدم التعدي والتفريط، ولو كانت الدابة تنقاد بغير ركوب، فركب ضمن إلا مع عجزه عن سقيها أو رعيها بدون ركوبها، فإنه يجوز ولا ضمان. (١)

وهذا صريح في جواز الإخراج للسقي والعلف، وينبغي أن يجوز الركوب مع عدم العجز أيضا، إن كان الموضع بعيدا بحيث العادة تقضي بأن مثل هذه المسافة لا تسقى الدابة ولا تعلق إلا بالركوب غالبا بل إذا كان المستودع ممن لا يتعارف عدم ركوبه في مثل هذه المسافة ينبغي أن يجوز له مع عدم الضمان، وقيل في موضع آخر أنه يجوز الركوب لإزالة جموحها للسقي. (٢)

وقال أيضا في التذكرة: إذا أخذ المستودع الدراهم المودعة عنده ليصرفها إلى حاجته أو أخذ الثوب ليلبسه، أو أخرج الدابة (من مكانها - خ) ليركبها، ثم لم يستعمل (٣) ضمن.

وكأنه ظاهر، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدوانا (٤) من غير أمانة، فيكون ضامنا.

أما لو نوى الأخذ خيانة، ولم يأخذ، أو نوى الاستعمال، ولم يستعمل، ففي الضمان اشكال، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلا وقولا، فلا (فلم - خ) يضمن، ومن أنه قصد الخيانة؟ فصار خائنا، ولا أمانة للخائن، فيكون خائنا

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) من جمع أي أسرع، يقال: جمع في أثره أي أسرع اسرعا لا يرده شيء، ومنه فرس جموح، للذي إذا ذهب في عدوه لم يرده شيء (مجمع البحرين).

(٣) هكذا في التذكرة (ج ٢ ص ١٩٨) وفي جميع النسخ (ثم استعمل ضمن) والصواب ما في التذكرة، كما أثبتناه.

(٤) هكذا في جميع النسخ والصواب عدوان بالضم.

ضامنا. (١)

والظاهر العدم، لما مر، والفرق بينها وبين اللقطة، حيث يضمن بقصد الخيانة أنه بمجرد قصده ونيته يصير أمينا، فبمجرد ذلك يصير خائنا، فتأمل. ثم قال: لو أخذ الوديعة من المالك بقصد (على قصد - خ) الخيانة، فالأقوى الضمان، لأنها لم يقبضها على سبيل الأمانة (٢).
فيده يد خيانة، لا أمانة، فلا يكون أمينا، بل خائنا ضامنا، فتأمل فيه.
والفرق بينه وبين الأخذ بقصد الأمانة بمجرد نية الأمانة ظاهر.
نعم قصده بمجرد الرد إلى المالك مع الطلب مثل الأول، فالظاهر عدم الضمان، بل هنا أولى، ألا أن يكون طولب وأخر فيجب الضمان (٣) فتأمل.

ثم قال أيضا: لو فتح رأس صندوق المالك ليأخذ ما فيه من الثوب والدرهم، ولم يكن عليه قفل، ولا ختم، فالأقرب عدم الضمان، وإن كسر القفل، وفض الختم من الكيس، فالأقوى الضمان لما فيه، فإن حرق الكيس، فإن كان

(١) هذا ملخص ما في التذكرة، وينبغي نقل ما في التذكرة قال: لو نوى الأخذ ولم يأخذ، أو نوى الاستعمال ولم يستعمل ففي الضمان اشكال، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة قولاً ولا فعلاً فلم يضمن، كما لو لم ينو وهو قول

أكثر الشافعية ومن أنه ممسك لها بحكم بيته، كما أن الملتقط إذا نوى امسك اللقطة لصاحبها كانت أمانة وإن نوى الامسك لنفسه كانت مضمونة، وهو قول ابن شريح من الشافعية وفرق المذكورون بين الوديعة واللقطة بأنه في الوديعة لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، وفي اللقطة أحدث الأخذ مع قصد الخيانة، ولأن سبب أمانته في اللقطة

مجرد نية، فضمن بمجرد النية بخلاف الوديعة.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) الظاهر أنه مأخوذ من التذكرة أيضا، فإن عبارتها هكذا: لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ففي الضمان للشافعية الوجهان، وعندني فيه التردد السابق، مع أولوية عدم الضمان هنا، إذا لم يطلب المالك وثبوتها إذا طلب انتهى (ج ٢ ص ١٩٨).

تحت الختم، فهو كفض الختم (١)، وإن كان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرقه. (٢)
الظاهر عدم الضمان في الموضوعين، لما من عدم التصرف فيه بخيانة،
وقاعدتهم إن أخذ جزء من المتصل موجب لضمان الكل، إن كان عمدا، كما
سيجيء.

قيل قوله (٣): ويجب أن يشهد الخ يقتضي ضمان تمام الخرق (الخرقة - خ)
فتأمل.

وقال أيضا: إن نبش المدفونة من غير تصرف فيها، مثل فض الخاتم.
وهو قريب، وكذا قريب قوله: لو حل (أحل - خ) الخيط الذي شد به رأس
الكيس أو ردمة الثياب (٤) لم يضمن ما في الكيس والردمة، ولو فعل ذلك للأخذ،
بخلاف فض الختم وفتح القفل، لأن القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به
الكتمان عنه. (٥)

والظاهر التساوي في عدم الضمان، لما مر، إلا أن يتصرف ما في الكيس أو
الردمة بقصد الخيانة، فتأمل.

واستشكل في الضمان لو عد المعدود أو وزنها أو ذرعها، والظاهر عدمه، لما

(١) وأصل الفض، الكسر، يقال فضضت الختم فضا، من باب قتل، كسر

(٢) انتهى ما نقله عن التذكرة، منقول بالمعنى راجع ج ١ ص ١٩٨ منها

(٣) يعني قول المصنف في المتن.

(٤) الردم باهمال الدال الساكنة، السد... وفي الحديث كانت العرب تحج البيت وكان ردما أي كان

لا حيطان له، كأنه من تروم الثوب، أي اخلق واسترفع (مجمع البحرين).

ويحتمل أن تكون هذه الكلمة رزم بالزاء المعجمة أخت الرء المهملة، ومعناها - كما في مجمع البحرين -
رزمت كذا وكذا، أي ربطته وشدته.

وفي لسان العرب الرزمة من الثياب ما شد في ثوب واحد (ج ١٢ ص ٢٣٩).

(٥) انتهى ما في التذكرة (ج ٢ ص ١٩٨).

أو خلطها بماله بحيث لا يتميز، أو مزج الكيسين،.

تقدم غير مرة.

وقال أيضا: لو قال المالك ابتداء: أو دعتك هذا (كذا - خ) (ابتداء - خ) فإن خنت (به - خ) ثم تركت الخيانة عدت أمينا (لي - خ) فخان وضمن، ثم ترك الخيانة، لم تزل الخيانة، ولم يعد أمينا، وبه قال الشافعي. لأنه اسقاط لما لم يكن، بخلاف إن خان (و- خ) صار ضامنا، و (لو - خ) قال: أسقطت ضمانك، أو أذنت لك في الحفظ، أو أودعتك، ونحو ذلك، ولأن الاستيمان الثاني معلق. (١)

وما نعرف عدم صحة الاستيمان المعلق، واسقاط ما لم يكن، فإنه إذن بالتصرف بعد الخيانة أيضا، وأدلة قبول الناس في أموالهم تعمه (٢) كما في العارية التي هي مضمونة مثل الدراهم والدنانير سقط ضمانه عندنا، فتأمل. وكذا القول قوله، لو قال: خذ هذا وديعة يوما وغير وديعة يوما، يكون وديعة أبدا، مع قوله: لو قال خذ هذه وديعة يوما وعارية يوما، فهو وديعة في الأول وعارية في اليوم الثاني.

قوله: أو خلطها بماله الخ. لعل لا خلاف عندنا فيه، قال في التذكرة: إذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجا لا يتميز أحدهما عن صاحبه - كدراهم مزجها بمثلها أو دنانير مزجها بمثلها، بحيث لا تمايز (مايز - خ) بين الوديعة ومال المستودع، أو مزج الحنطة بمثلها - صار ضامنا سواء كان المخلوط بها دونها أو مثلها أو أزيد منها، وبه قال الشافعي، لأنه قد تصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع، وعيبتها بالمزج فإن

(١) هذا مأخوذ من عبارة التذكرة راجع (ج ٢ ص ١٩٩ منها).

(٢) لعله إشارة إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله: الناس مسلطون على أموالهم وراجع الوسائل باب استحباب المضاربة باب ١١ من أبواب مقدمات التجارة وباب ٩٨ من أبواب ما يكتسب به وغيرهما لعلك تجد هذا المعنى فيها وأما ما دل على خصوص ما في المتن فلم نجد.

أو حملها أثقل من المأذون، أو أشق.

الشركة عيب، فكان عليه الضمان - إلى قوله وقال مالك: إن خلطها بمثلها أو أجود منها، لم يضمن، وإن خلطها بدونها ضمن الخ. (١)
وكذا لو كان عنده كيسان وديعة - ولو كان من شخص واحد - فمزج أحدهما بالآخر، صار ضامنا، لأنه تصرف غير مشروع فيده يد خيانة فيضمن حينئذ.

وأیضا قد يتعلق الأغراض بالتفرد بعدم المزج، ولهذا جعل في الكيسين، قاله في التذكرة.

ثم قال: وكذا لو أودعه كيسا، وكان في يده له كيس آخر أمانة مجردة، فإن وقع عليه (إليه - خ) اتفاقا، فمزج أحدهما بالآخر، كان ضامنا أيضا، وكذا لو كان الكيس الآخر في يده على سبيل الغصب من مالك الوديعة، وبالجملة على أي وجه كان. (٢)

وفيه تأمل، إذ ليس المزج بغير الاختيار أيضا تصرفا غير مشروع، ولا تقصير في الحفظ، فالضمان حينئذ محل التأمل، وسيجيء في مسألة أنه إذا أتلف المستودع من المودوعة (٣) جزء متصلا، أنه إن كان خطأ لم يضمن إلا المقطوع، فجعل الناسي والمخطئ (الخطأ - خ) معذورا، فتأمل.

قوله: أو حملها أثقل من المأذون الخ. يعني إذا أذن لشخص أن يحمل دابته شيئا معيناً، فحملها أثقل من ذلك الشيء، بأن زاد على مقداره، أو حملة أشق، ولو كان بحسب الوزن واحدا مثل من (من - خ) حديد ومن (من - خ) قطن، فإن القطن أثقل وأشق لدخول الهواء، أو يكون شيئا يصير به الدابة مجروحة

(١) التذكرة ج ٢ ص ١٩٩.

(٢) هكذا في التذكرة وفي جميع النسخ، دفع إليه، ولعل الصواب ما في التذكرة.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب المودوعة.

أو فتح قفل المالك وأخذ بعضها أولاً ضمن.
ولو أخذ البعض من تحت قفله، ضمن المأخوذ خاصة،
ولو أعاده ومزجه بحيث لا يتميز، لم يبرأ، ولا يضمن الباقي، ولو أعاد بدله،
ومزجه، ضمن الجميع.

مثل الجراح و (أو - خ) الحديد، وقد أذن للحنطة والشعير ونحو ذلك، فهو ضامن،
ولا شك في ذلك.

وهل يضمن الجميع؟ الظاهر ذلك، لأنه تعدى (تعد - خ) فلو تلف يأخذ منه
تمام القيمة، لا أن يقسط على المأذون وغيره.

ولو ذكر هذه في العارية لكان أولى، فإنها منها، لا من الوديعة، فتأمل.
قوله: أو فتح قفل المالك الخ. هذا إشارة إلى أن مجرد فتح قفل المالك
موجب لضمان ما في المقفول، سواء أخذ شيئاً أو لم يأخذ أصلاً، وقد مر فيه التأمل.
وأشار إلى الخلاف في التذكرة بقوله: والأقوى الضمان لما فيه من الثياب
والدراهم، وهو أصح وجهي الشافعية، لأنه هتك الحرز، والثاني للشافعية أنه
لا يضمن، لما في الصندوق والكيس، بل يضمن الختم الذي تصرفه فيه، وبه قال
أبو حنيفة.

تجد هذا أولى لما مر غير مرة من الأصل، وعدم تصرفه وتقصير في الحفظ،
وغير ثابت كون هتك الحرز موجبا للضمان، ولا بد له من دليل، فتأمل. قوله (١)
ضمن جواب لقوله: ولو ادعى الإذن، إلى هنا.

قوله: ولو أخذ البعض من تحت قفله الخ. لو أخذ الودعي بعضاً من
المودوعة - من تحت قفله بحيث ما هتك الحرز بالتصرف في القفل والختم، وكذا لو
أخذه من غير المقفول -، ضمن المأخوذ خاصة، لأنه تصرف فيه فقط بالخيانة،

(١) يعني قول المصنف في المتن.

فيكون ضامنا له فقط.
ولو عاده إلى الحرز لم يبرأ من ضمانه، لأن يده عليه يد خيانة، ولم يخرج عنها إلا بما تقدم.
ولا فرق في ذلك بين أن يمزجه مزجا لا يتميز عن غير المضمون الغير المتصرف فيه، أم لا.
ولكن في صورة المزج إذا لم يوجب التصرف في الباقي تصرفا غير مأذون، هل يضمن الباقي أيضا أم لا؟ ولا شك أنه يضمن بذلك التصرف.
قال في التذكرة: وإن امتزج بالباقي مزجا يرتفع (ارتفع - خ) معه الامتياز فالوجه أنه كذلك لا يضمن الباقي، بل الدراهم خاصة، لأن هذا المزج (الخلط - خ) كان حاصلًا قبل الأخذ، وهو أصح قولي الشافعية، والثاني عليه ضمان الباقي بخلطه (لخلطه - خ) المضمون بغير المضمون، فعلى ما اخترناه لو تلفت العشرة والحال أنه أخذ منها درهم واحد وردها وخرج بالعشرة والفرض إن الكل عشرة لم يلزمه إلا درهم واحد، ولو تلف منها خمسة لم يلزمه إلا نصف درهم. (١)
وفيه دلالة على أن المزج لو كان اختيارا ليس بموجب للتصرف في الممزوج.
فتأمل، وظاهره أن لا خلاف عندنا في عدم ضمان الباقي الغير المتصرف فيه، فتأمل.
وفي ضمان نصفه بعد أتلف نصف ما في الكيس الذي أخذ واحدا منه، محل التأمل، إذ الأصل عدم تلف المضمون، والأصل براءة الذمة، وعدم أخذ شيء من ماله إلا بإذنه، ومعلوم أن المضمون إما تلف بالكلية أو بقي بتمامه، فالحكم

(١) انتهى كلام التذكرة مع اختلاف فراجع.

بالتنصيف - لعدم الامتياز والعلم محل التأمل.
وأما لو أعاد بدل المضمون، ولم يمازجه مزجا يسلبه الامتياز وإن كان لوجود علامة، أو سكة لم تكن في المودوعة (١) ولم يفعل ما يوجب الضمان، فلم يضمن إلا ذلك الدرهم فقط، وإن مزجه ذلك المزج، فيضمن الكل، لأنه مزج مال الوديعة بماله من غير إذنه، وقد مر أنه تصرف موجب للضمان.

ثم قال في التذكرة: إذا تلف بعض الوديعة، فإن كان ذلك البعض منفصلا عن الباقي كالثوبين إذا أتلّف (تلف - خ) أحدهما، لم يضمن إلا المتلف، لأن العدوان إنما وقع فيه، فلا تعدى الضمان إلى غيره، وإن كان الايداع واحدا (أي دفعة واحدة) وإن كان متصلا كالثوب الواحد يخرقه (بخرقة - خ) أو يقطع (لقطع - خ) طرف العبد أو البهيمة، فإن كان عامدا في الاتلاف، فهو خائن (جان - خ) على الجميع، فيضمن الكل وإن كان مخطئا ضمن ما أتلّفه خاصه، ولم يضمن الباقي، وهو أصح وجهي الشافعية، لأنه لم يتعد في الوديعة، ولا خان فيها، وإنما ضمن المتلف لفواته وصدور الهلاك منه فيه مخطئا.
وفي الثاني لهم أنه يضمنه أيضا، ويستوي العمد والخطأ في ضمان الكل. (٢)

وأنت تعلم أن الظاهر ما اختاره، وأنه لا خلاف ظاهرا عندنا، وهو مؤيد لما قلنا أنه لو سهى ونسي حفظ شيء مثل النشر والتعريض للريح، ولم يكن ضامنا، فإنه جعل النسيان هنا عذرا، فتأمل.
وأیضا قد تقدم أنه إذا حرق فوق الختم لم يضمن إلا نقصان ما حرق. فهو ليس بجيد على اطلاقه بالنسبة إلى ما قال هنا من ضمان الكل

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب المودوعة.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٩.

ويجمع أن يشهد لو خاف الموت.

المتصل، إن كان الاتلاف عمدا، فتأمل، وتذكر.
قوله: ويجب أن يشهد لو خاف الموت. من أسباب الضمان ترك
الوصية الواجبة، وهي عند حضور الموت أو القتل، بمعنى ظهور علامات وحصول
ظن بمفارقة الروح، لخوف المرض ونحوه.
قال في التذكرة: إذا مرض المستودع مرضا مخوفا، أو حبس ليقتل، وجب
عليه الايصاء بالوديعة، وإن تمكن من صاحبها أو وكيله، وجب عليه ردها إليه،
وإن لم يقدر على صاحبها ووكيله ردها إلى الحاكم، ولو أودعه عند ثقة مع عدم
الحاكم، جاز وإن كان مع القدرة عليه ضمن، وللشافعية وجهان، ولو لم يوص بها،
لكن سكت عنها وتركها بحالها، حتى مات، من، لأنه غرر بها وعرضها للفوات،
فإن الورثة يقسمونها (يققسمونه - خ) ويعتمدن على ظاهر اليد، ولا يحتسبونها وديعة،
ويدعونها لأنفسهم، فكان ذلك تقصيرا منه موجبا للضمان. (١)
لعل دليل وجوب الايصاء هو وجوب حفظ الوديعة - مهما أمكن - من
الضياع، حتى تصل إلى أهلها، وذلك بالايصاء حينئذ وكذا أدلة وجوب الوصية
على المحتضر، لعله لا خلاف فيه.
وأما وجوب ردها على المالك من غير طلبه، إلى آخر ما ذكره، فكأنه لخوف
الفوت، والايصاء غير ظاهر أنه كاف، ويوصلها إلى أهلها لاحتمال عدم وصولها
إلى يد الوصي بسبب من الأسباب، وهلاكه في يده بتفريطه أو عدمه، ولا شك أنه
أحوط.
وأما الوجوب فغير ظاهر، والأصل ينفيه، مع عدم دليل واضح، وعدم إفادة
ما تقدم، الوجوب.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١ وفيها، يوجب الضمان بدل قوله: موجبا للضمان.

وكأنه لذلك رجع عنه في التذكرة بعد أسطر، وقال في فروع الايصاء
المبحوث عنه: الثالث الأقرب الاكتفاء بالوصية، وإن أمكنه الرد إلى المالك، لأنه
مستودع لا يدري متى يموت، فيستصحب الحكم، ويحتمل أنه يجب عليه الرد إلى
المالك أو وكيله عند المرض، فإن تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى إليه، كما إذا
عزم على السفر، وهو قول أكثر الشافعية. (١)
الظاهر أنه يريد بالمرض المرض المخوف الذي أشار إليه في أول المسألة، وإلا
فالظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض.
وأيضاً الظاهر أن يراد بعد تعذر الحاكم الايداع عند الثقة، ثم إن تعذر
فالايصاء كما ذكره، أولاً، وقد تقدم مرارا مثله، إذ ليس المراد بالايصاء هو
الايداع، كما صرح هو، حيث قال: توهم بعض الناس أن المراد من الوصية بها
تسليمها إلى الوصي ليدفعها إلى المالك، وهو الايداع بعينه، وليس كذلك، بل
المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، فإن كان والحال هذه مخير بين أن يودع
للحاجة وبين أن يقتصر على الاعلام والأمر بالرد، لأن وقت الموت غير معلوم، ويده
مستمرة على الوديعة ما دام حيا. (٢)
وهو أيضاً صريح في عدم وجوب الرد عينا، فكأنه يريد به هناك تخييراً،
وهو بعيد جداً.
ويمكن أن يراد بالايصاء بعد تعذر الحاكم هنا على سبيل التخيير، وهو
أيضاً بعيد، كما لا يخفى.
وكأنه يريد بقوله (٣): (كما إذا عزم على السفر) وجوب الايداع بالترتيب
المتقدم مرارا، والعبارة غير ظاهرة، بل ظاهرها التخيير بين الايداع عند الحاكم

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

(٣) يعني في كلامه المنقول من التذكرة آنفاً.

والايصاء إليه، وقد تقدم وجوب الايداع، فتأمل.
ولعل التقصير هنا يحصل بترك الوصية إلى أهلها، أي الذي يجوز جعله وصيا في مثل رد الوديعة إلى حين الموت وقبيله بحيث أيس عن الحياة، وما قدر على الوصية وإن لم يكن مات (فات - خ).
ولكن قال في التذكرة: التقصير هنا إنما يتحقق بترك الوصية إلى الموت، فلا يحصل التقصير إلا إذا مات، لكن يتبين عند الموت أنه كان مقصرا من أول ما مرض. في العبارة تأمل، على أن الكشف غير ظاهر، لما مر مرارا، وأنه على تقدير كونه من أول المرض محل التأمل، إذ الظاهر أن الوقت موسع إذا ظن البقاء مع المرض، قادرا على الوصية، كما في حال الصحة.
نعم قد يتضيق بالأمارات بعده، ولكن الضابط لا يخلو من اشكال، والاحتياط واضح.
ثم معنى كونه ضامنا بالترك، أنه يحكم بكونه مضمونا في يده، فلو تلف بغير تفريط في وقت الضمان - ولو قبل الموت - يكن مضمونا عليه، يؤخذ من ماله، كالدين وعوض الغصب، وكذا بعد الموت وإن لم يقصر الورثة في المبادرة إلى اعلام المالك والرد إليه، فتلف قبة بأفة أو باتلاف متلف أو بترديه في بئر ونحوه، ويكون آثما أيضا بترك الوصية إلى أهلها.
قال في التذكرة: يجب الايصاء إلى أمين، فإن أوصى إلى غير ثقة فهو كما لم يوص، ويجب عليه الضمان، لأنه غرر بالوديعة، ولا يجب أن يكون أجنبيا، بل يجوز أن يوصي بها إلى ورثته، ويشهد عليه، صونا لها عن الانكار، وكذا الايداع، حيث يجوز أن يودع أمينا. (١)

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

لعل المراد بضمير (عليه) الايصاء مطلقا، فيجب الاشهاد على الايصاء مطلقا، صونا لانكار الورثة، وعدم ثبوت الوصية. ثم الحكم على تقدير اشتراط العدالة في الوصي مطلقا ظاهرا، وهنا يكون الضمان من حين الوصية إلى غير العدل، وكما في ترك الاشهاد من حينه، إن كان هو شرطا، كما هو الظاهر من كلامه. ويحتمل أن يكون الضمان (من - خ) مثل الأول، لاحتمال أن يرجع ويوصي إلى العدل مع الاشهاد، وأما على تقدير عدم اشتراطها في الجميع، - كما يشعر به بعض الأخبار (١) وظاهر عدم تغيير الايصاء في قوله: (فمن بدله الآية (٢)) - فلا، ووجود من يتق بدينه وأمانته في بعضها (٣) يدل على اعتبار هذا المقدار، لعله أقل من مرتبة العدالة، فافهم. ويمكن أن يشترط هنا، لأنه كالإيداع، فإنه ما كان إلى غير العدل جائز، فكذا الايصاء، وذلك غير بعيد، فتأمل. وقال في التذكرة أيضا: إذا أوصى بالوديعة وجب أن يبينها ويميزها عن غيرها، بالإشارة إلى عينها أو بيان جنسها ووصفها، فلو لم يبين الجنس ولا أشار إليها، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لم يوص، ولو ذكر الجنس، فقال إن عندي: ثوب لفلان، ولم يصفه، فإن لم يوجد في تركته جنس الثوب، فأكثر علمائنا على أن المالك يضارب، فيضارب رب الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة، لتقصيره بترك (بتركه - خ) البيان. (٤)

- (١) راجع الوسائل الباب ٥٠ وباب ٥٣ من كتاب الوصية ج ١٣ ص ٤٤١ والباب ٦ و ٩ من كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢٣٠.
(٢) البقرة ١٨١.
(٣) راجع الوسائل الباب
(٤) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

لعل دليلهم ضعيفة النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن آبائه، عن علي عليهم السلام، أنه كأن يقول: من مات (يموت - خ) وعنده مال مضاربة، قال: إن سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له، وإن مات ولم يذكر، فهو أسوة الغرماء. (١)

ولا فرق بين مال المضاربة والوديعة في ذلك، وهو ظاهر، فتأمل فيه. ثم قال (٢): بعض الشافعية، وهو ظاهر مذهبهم أيضا، وقال بعضهم لا يضمن لأنها ربما تلفت قبل الموت، والوديعة أمانة، فلا يضمن بالشك، وإن وجد في تركته جنس الثوب فيما أن يوجد أثواب أو ثوب واحد، فإن وجد أثواب، ضمن، لأنه إذا لم يميز كان بمنزلة ما لو خلط الوديعة بغيرها، وذلك سبب موجب للضمان، فكذا ما ساواه، وهو عدم تنصيبه على التخصيص، وإن وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه اشكال، قال (بعض - خ) الشافعية أنه ينزل عليه، ويدفع إليه، ومنهم من أطلق القول بأنه إذا وجد جنس الثوب ضمن، ولا يدفع إليه عين الموجود، وأما الضمان فالتقصير بترك البيان، وأما أنه لا يدفع إليه عين الموجود فلا احتمال أن تكون الوديعة قد تلفت، والموجود غيرها، وهو جيد، ولهم وجه آخر، أنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان وذكر معه ما يقتضي الضمان أما إذا اقتصر عليه فلا ضمان. (٣)

هذا الكلام يحتاج إلى التأمل (٤) الخ فتأمل، الظاهر أنه إن عين ووجد فهو لمالكه، وإن لم يوجد، فالظاهر عدم الضمان، إذ قد يكون تلف بغير تفريط، إلا أن

-
- (١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب المضاربة الرواية ١ ج ٣ ص ١٩١.
(٢) هكذا في جميع النسخ، وفي التذكرة وهو قول بعض الشافعية الخ.
(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.
(٤) مراده إن هذا الكلام من العلامة قدس سره في التذكرة إلى آخره يحتاج إلى التأمل.

ولو مات ولم توجد، أخذت من التركة على اشكال.

يعلم منه كونه ضامنا له، أو قصر في هذا الوقت في عدم الإشارة إلى مكانه وكونه أين وإن علم وجوده، فالظاهر بقاءه، فينبغي المصالحة إن لم يعلم قيمته، وإلا القيمة، فتأمل في كلام التذكرة، وما ذكرناه.

قوله: ولو مات ولم توجد أخذت الخ. كأن المراد أنه عينها ولم توجد مع عدم العلم بوجودها حال الموت بل العلم بوجودها (١) في الجملة وقبله. وحينئذ يحتمل أن تؤخذ قيمتها التي ثبتت بوجه شرعي من التركة، لأصل البقاء وعدم التلف لا على وجه مضمون.

ويحتمل العدم لأصل عدم ضمان الوديعة حتى يثبت موجب الضمان، والأصل عدمه، والظاهر العدم لأصل براءة الذمة، ولأن الأمانة ثابتة فلم تثبت الخيانة، إلا بثبوت موجبها، والأصل عدمه، وصون المسلم عن التقصير في مال الوديعة بترك الوصية ونحوها، فتأمل.

قال في التذكرة: الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية الضمان.

وقال: لو مات ولم يذكر عنده وديعة، ولكن وجد في تركته كيس مختوم أو غير مختوم مكتوب عليه أنه وديعة فلان، أو وجد في جريدته أن لفلان عندي كذا وكذا وديعة، لم يجب على الوارث التسليم بهذا القدر، لأنه ربما كتبه عبثا ولهوا وتلفتا (تلقينا - خ) أو ربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحه، أو رد الوديعة بعد ما أثبت في الجريدة، ولم يمحه، وبالجملة إنما يثبت كونها وديعة، بأن يقر إن هذه وديعة، ثم يموت، ولا يكون متهما في اقراره عندنا، ومطلقا عند جماعة من علمائنا أو يقر الورثة بأنها وديعة أو تقوم البينة بذلك. (٢)

(١) ليس في النسختين المخطوطتين لفظة بل العلم بوجودها.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠١.

ولكن أنت تعلم أنه قد يعلم بذلك أنها وديعة، فإذا علم، يعمل به، فتأمل.

الظاهر عدم الاحتياج هنا إلى اليمين مع البيعة، وكذا مع اقراره، مع الاحتمال، للأصل وعدم الدليل، واختصاص الرواية (١) باليمين على تقدير قبولها، بالدين، وسيجئ تحقيق الأمر إن شاء الله. (٢)

وقال أيضا: إذا (إذا - خ) ثبت الوديعة بأحد هذه الوجوه، وجب على الورثة دفعها إلى مالكيها، فإن أخروا الدفع مع الامكان ضمنوا، ولو لم يعلم صاحبها بموت المستودع وجب على ورثته اعلامه ذلك، ولم يكن لهم امسك الوديعة إلى أن يطلبها المالك منهم، لأن المالك لم يأمنهم عليها، وذلك كما لو أطارت الريح ثوبا إلى دار انسان وعلم صاحبه، فإن اعلامه، فإن آخر ذلك مع امكانه ضمن. (٣)

والاعلام جيد، ولكن الضمان مع التأخير - من غير تصرف بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه - محل التأمل.

وكذا وجوب دفعه، بل جوازه، لأنه تصرف غير مأذون، فيمكن الضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير، وكذا في جميع الودائع والعواري.

إلا أن يقال ذلك مأذون شرعا، فإنه جوز رد المال إلى مالكيه بأن يؤدي إليه بنفسه أو وكيله وفيه تأمل، خصوصا مع عدم الأمانة، فإنه تسليط الغير على ملك الغير بغير إذن.

ويمكن جواز تسليمه إلى الذي أعطاه الدافع، ولعل العرف اقتضى أن المالك أذن بالبعث إليه، مع من كان، ولهذا، هو متداول بين المسلمين، من غير نكير، فتأمل. واحتط.

(١) راجع الوسائل الباب ٢٨ ذيل الرواية ١.

(٢) في كتاب الشهادات.

(٣) التذكرة: ج ٢ ص ٢٠١.

ويجب ردها على المالك، وإن كان كافرا لا غاصبا، بل يرد على المغصوب منه جهله تصدق، وضمن، أو أبقاها أمانة، ولا ضمان.

وقال أيضا جميع ما قلناه ثابت فيما إذا وجد فرصة للايداع و (أو - خ) الوصية، أما إذا لم يوجد بأن مات فجأة، أو قتل غيلة، فلا ضمان لأنه لم يقصر. ثم قال: إذا تبرم (١) المستودع بالوديعة فسلمها إلى القاضي ضمن المستودع، إلا مع الحاجة.

ويمكن القاضي (٢) أيضا لو كان عالما، ومذهبه عدم جواز الأخذ، ويمكن الضمان مع جهله، ويخرج عن العدالة أيضا، إلا أن يقال إنه صغيرة، ولم يستمر ويصر (٣)، فيبقي الضمان. وقال أيضا:

كبر السن ليس مثل المرض المخوف الموجب للوصية. وقال أيضا، لو أقر المريض بالوديعة، ولا تهمة، ثم مات في الحال، فالأقرب هنا على قول من منع من المحاصة (للحاصة - خ) هنا إن (إذ - خ) اقراره بأن عنده أو عليه وديعة، يقتضي حصوله في الحال، فإذا مات عقيبه لم يمكن فرض التلف قبل الايضاء.

والظاهر أنه كذلك مع التهمة أيضا، عند من لا يعتبر ذلك، وأنه يحتمل أن يكون قوله ذلك باعتبار ما كان بحكم الاستصحاب، فلا يضمن، ولا يحاص الغرماء، فتأمل.

قوله: ويجب ردها على المالك الخ. دليل وجوب الرد - وإن كان المالك

(١) أبرمته ابراما أي أحكمته (مجمع البحرين).

(٢) يعني ولم يستمر عليه حتى يصدق الاصرار على الصغيرة.

(٣) يعني ويمكن ضمان القاضي أيضا.

كافرا حربيا -، عموم الآيات والأخبار العامة. (١)
بل الخاصة أيضا مثل رواية المفضل (فضيل - خ) في رد ودیعة الخارجي (٢)
ورواية أخرى في رد ودیعة قاتل أمير المؤمنين عليه السلام. (٣)
وكأنه الاجماع أيضا، ولكن لم يرد المغصوب على الغاصب، بل المغصوب
منه إن علمه، وإن جهله وآيس من علمه، يمكن الحاقه باللقطة، كما فعله في
القواعد، لضعيفة حفص بن غياث، به وبغيره، قالت: سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، واللص مسلم،
هل يرد عليه؟ قال: لا يرد فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، وإلا كان في يده بمنزلة
لقطة يصيبها، فيعرفها حولا، فإن جاء (أصاب - يب) صاحبها ردها عليه، وإلا
تصدق بها، فإن جاء بعد ذلك، خيره بين الغرم والأجر، فإن اختار الأجر فله، فإن
اختار الغرم غرم له. (٤)
ويحتمل التصديق به، كما هو ظاهر المتن، على ما يدل عليه الأخبار الدالة
على فعل ذلك، في المال المجهول صاحبه (٥)، وقد تقدم، فتأمل وتذكر.

- (١) مثل قوله تعالى: إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها (النساء ٥٨) وراجع الوسائل الباب ١
و ٢ كتاب الودیعة ج ١٣ ص ٢١٨.
(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب الودیعة الرواية ٩، ولم يذكر الفضيل في الكافي واحد الموضوعين من
التهذيب ولكنه مذكور في باب الودیعة من التهذيب
(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب الودیعة الرواية ٢ و ٨ والكافي والتهذيب في باب المكاسب.
(٤) وتمامه: وكان الأجر له، الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية ١ (ج ١٧ ص ٣٦٨) وسندها
كما في التهذيب هكذا: محمد بن الحسن الصفار عن علي بن محمد بن شيريه عن القاسم بن محمد عن سليمان
بن داود (المنقري - ثل) عن حفص بن غياث.
(٥) راجع الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به ج ٦ ص ١٤٤ والباب ١٨ من كتاب اللقطة
ج ١٧ ص ٣٦٨ وغيرهما.

ويحلف لو طلبها الغاصب.
ولو مزجها الغاصب بماله بحيث لا يتميز رد الجميع إليه.

لكن تلك الأدلة خالية عن الضمان، بل ظاهرها عدمه.
وحكم المصنف بالتصدق مع الضمان أو ابقائه عنده أمانة دائما، مع عدم الضمان، إلا بما يوجبه من التقصيرات التي تقدمت.
والضمان ضرر، وكذا ابقائه كذلك، لأن حفظ الأمانة - كما عرفت بحيث لا يوجب الضمان والإثم - صعب ومشكل، خصوصا دائما، وهو ظاهر، فيحتمل بدون الضمان كما هو ظاهر تلك الأخبار، فتأمل.
ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى أنه لو وجد صاحبه حين حياة القابض، يجب رده عليه فقط أولا، بل ضمان مثل الديون والغصب فيجب عليه رده ثم الايضاء ثم على الورثة كذلك (١)، والأول أنسب إلى الأصل، فتأمل.
قوله: ويحلف لو طلقها الغاصب. أي لو طلب الغاصب الوديعة يحلف الودعي على عدم كونها عنده، ويورى وجوبا، وقد مر مثله.
قوله: ولو مزجه (مزجها - خ) الغاصب الخ. أي لو مزج الغاصب المال الذي غصبه، بمال نفسه مزجا لا يتميز بالكلية، وكان وديعة عند شخص وأخذه من الغاصب، قال المصنف: يجب عليه أي على الودعي أن يسلم الكل إلى الغاصب. ويحتمل إلى صاحب المال، فإنه يجب تسليم مال المالك إليه، ولا يمكن إلا بتسليم الكل، فيجب.
وفيه تأمل فإن الذي يقتضيه النظر إن المال مشترك بينهما، فتصريف أحدهما دون الآخر مشكل، وإن كان غاصبا ظالما، فإن الظلم لا يحل ماله لكونه ظالما، وهو ظاهر، فإن كان المزج بالأدنى بحيث ما بقي لمال المالك قيمة، يمكن

(١) يعني وجب على الورثة رده ثم الايضاء.

ولو مات المالك سلمت إلى وارثه، فإن تعدد، سلم إلى الجميع أو وكيلهم، ولو دفع إلى البعض، ضمن حصص الباقيين.

تسليمه إلى الغاصب، ويجب عليه رد مال المالك مثلا أو قيمة. ويمكن وجوب تسليمه إلى الحاكم حتى يقسمه، مع رد أرش النقص على وجه لا يلزم الربا، أو باعتبار القيمة، فتأمل، أو يعيه الغاصب ويضمنه كل المال مثلا أو قيمة.

وإن كان بالمساوي يكون شريكا، فيقسم بينهما، وكذا بالأعلى، ويحتمل جعله كالتالف، والالتزام بالعوض، فتأمل.

قال في التذكرة: فإن كان الظالم قد مزج الوديعة بما له مزجا لا يتميز لم يجز للمستودع حبسها، ويجب رد الجميع إلى الغاصب ويحتمل عندي، قدر (١) مال اللص إليه واحتفاظ الباقي لمالكه والقسمة هنا ضرورية.

وفيه تأمل، لأنه تقسيم بغير إذن المالكين، نعم لو فعل ذلك الحاكم لتخليص مال المالك لا بأس للضرورة، إن لم يكن المالك حاضرا ولم يرض الغاصب، وهذا في المساوي غير بعيد، لا غير، إلا أن يرضى الغاصب في الأعلى، فتأمل.

قوله: ولو مات المالك سلمت الخ. أي لو مات المودع يجب على المستودع أن يسلم الوديعة إلى وارثه، فإن كان واحدا سلمه إليه من غير حاجة إلى المطالبة، فوريا، أو يعلمه بالحال على ما قالوه، وقد مر مثله. مع التأمل فيه. وإن كان متعددا، سلم إلى الجميع، بأن يضع بأيديهم أو بيد وكيل الجميع، ولا يجوز دفعها بعينها إلى البعض، ولو فعل، ضمن حصص الباقيين، وأثم، فإن رضوا بذلك فهو، وإلا فيأخذون نصيبهم منه (حصتهم منه - خ)، ويسلمها إليهم.

(١) أي رد قدر مال اللص إليه.

ولو ادعاها اثنان، صدق في التخصيص، ولو ادعى الآخر علمه، أو ادعياه مع الاشتباه حلف.

وأما لو كان عوضها في ذمته يجوز له تسليم الكل إلى البعض، فإن رضوا، وإلا فليأخذوا نصيبهم منه، وهو يرجع إلى من سلم الكل إليه.
قوله: ولو ادعاها اثنان صدق الخ. أي لو ادعى كل الوديعه الواحدة اثنان وصدق المستودع في التخصيص أي تخصيص (يخصص - خ) أيهما فعل قبل منه وسمع، فإن ادعى الآخر الذي خصص المستودع الوديعه بغيره، علمه بأنه منه لا من المصدق حلف له بنفي العلم.
وكذا لو ادعى علمه بأنه له خاصة مع الاشتباه على المستودع حلف المستودع لهما بنفي العلم بذلك، وفي الصورة الأولى يصير الوديعه للمصدق، وللآخر أن يدعي على من بيده ويحلفه، وفي الصورة الثانية يقسم بينهما، كما قيل بمثل ذلك فيما تقدم، وسيجيء أيضا.
ويحتمل القرعة أيضا واحلاف من خرج اسمه بالقرعة، وإعطاء الوديعه. ولعل الأول أولى لعموم الخبر الدال على التقسيم (١) في مثله، فتذكر.
ويمكن انتزاعها من يد الودعي، لأنه باقراره أنه لأحدهما لا غير، - إلا أنه لم يعرف العين -، فيسلم إليهما جميعا.
ويمكن كون ذلك بأمر الحاكم، ويحتمل ابقائها بيده لاستصحاب ثبوت أمانته. ثم إن حكم (٢) بنكول يمينه في الصورتين، وكذا يمين أحدهما إن توجه إليه ذلك، وكذا بينته ظاهر كما علم في محله وسيجيء، فتأمل.
اعلم أنه إذا ضمن الوديعه بسبب موجب للضمان - فيحكم أنه إذا ضمن

(١)

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب أن الحكم بنكول يمينه الخ.

لم يتخلص منه إلا بالتسليم أو الايداع ثانيا، أو اسقاط الضمان على الاحتمال
تصير يده يد عدوان، فلا يجوز كون الوديعة عنده حينئذ بل يجب الرد أو الاعلام على
ما قالوا في الأمانات الشرعية.

وأنه إذا أودعه في السوق أو الطريق، وقال: احفظه في بيتك، وجب عليه
المبادرة إلى البيت، والاحراز فيه، فإن أخرج من غير عذر ضمن، ولو كان لعذر
فلا ضمان، قاله في التذكرة.

وقال أيضا: لو أودعها في البيت: وقال: احفظه (احفظ هذه الوديعة - خ)
في البيت (في بيتك - خ) فجعلها في ثيابه فخرج بها ضمن سواء ربطها وأحكم
شدها أو لا، ولو ربطها في كفه ولم يخرج بها مع امكان وضعها في الصندوق ونحوه
ضمن (١) فيلزمه حينئذ الاعلام أو الرد، فتأمل.

ثم قال ولو كان لعذر فتح (٢) قفل الصندوق، لم يضمن، ولو أودعه في
البيت ولم يقل له احفظه في البيت فخرج بها مربوطا في ثيابه احتمل عدم الضمان،
لأنه أحرز عليها بالربط والشد، وذلك حرز مثله (مثلها - خ) ولم ينص المودع على
حرز بعينه.

وفيه تأمل، لأنه قد قرر من قبل أن حرز الدراهم، الصندوق، فكأنه يريد
بذلك، إذا أمر بالحفظ في البيت فالصندوق هو حرزه فتأمل.

(١) نقلناها عن التذكرة، فإن في النسخ سقطا فراجع ج ٢ ص ٢٠٤.

(٢) في التذكرة: ولو كان ذلك لتعذر فتح قفل الصندوق الخ.

(المقصد الثامن في العارية) (١)
وهي جائزة من الطرفين.

المقصد الثامن في العارية

قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. قال في التذكرة: العارية بتشديد الياء عقد شرع لإباحة الانتفاع بعين من أعيان المال على جهة التبرع، وشددت الياء كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار، قاله (قال - خ) صاحب الصحاح، - إلى قوله -: وقال الخطابي في غريبه: إن لغة العالية (الغالبية - خ) العارية، وقد تخفف. (٢)

قال في القواعد: وهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين، مع بقائها، مطلقاً أو مدة معينة، وثمرته التبرع بالمنفعة.
قال في شرح القواعد: قيل عليه: إن كان قوله، وثمرته التبرع بالمنفعة جزء التعريف انتقص في عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك، وإلا انتقص في طرده بالإجارة.
ويمكن أن يجاب بكونه جزء ولا يرد ما ذكره، لأن هذا الفرد من العارية

(١) بتشديد الراء وتخفيفها.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

مقتضاها التبرع وإنما جاء العوض من أمر زائد على العقد، وهو الشرط، فإنه عقد مع شرط. (١)

ويمكن أن يقال إن أخذ اللفظ غير جيد، لأن العارية قد تحصل بغير اللفظ، وهو ظاهر.

وقال في التذكرة: وهي تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد الخ.

وقال أيضا: لما كان الأصل في الأموال العصمة لم يباح شيء منها على غير مالكتها إلا بالرضا منه، ولما كان الرضا من الأمور الباطنة الخفيفة تعذر التوصل إليه قطعاً، فاكتفى فيه بالظن المستفاد من العبارات والألفاظ وما يقوم مقامها.

وقال أيضا: (و- خ) الأقرب عندي أنه لا تفتقر العارية إلى لفظ، بل يكفي قرينة الإذن من غير لفظ دال على الإعارة والاستعارة لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً، فدفع إليه قميصاً، فلبسه، ثبتت العارية، وكذا لو فرض لضيغه فراشا، - أو بساطاً أو مصلى أو حصيراً، أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها، أو مخدة فاتكئ عليها -، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوط (الفرش المبسوط - خ)، لأنه لم يقصد به انتفاع شخص بعينه الخ. (٢) يعني لم يقصد انتفاع الضيف الداخل، فليس بالنسبة إليه عارية. وأن في الجواب المذكور (٣) تأملاً، إذ لا شك أن هذا الفرد (٤) ليس فيه التبرع، وهو فرد العارية، وقد سلمه المجيب أيضاً، فلا يكون عارية.

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج ١ ص ٣٤٢ من الطبعة الحجرية

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١.

(٣) يعني جواب الشرط في قوله: ويمكن أن يجاب.

(٤) يعني قوله: أعرتك حماري الخ.

وأيضاً إذا كان مقتضاه التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه، فإن الشرط الذي ضد مقتضى العقد غير جايـز ولازم، وكيف يجتمع ويخرج عن مقتضاه. وكأنه لذلك قال في التذكرة: لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي إجارة فاسدة، وعلى كل واحد منهما أجره مثل دابة الآخر. كأنه نقله وأمثاله عن بعض الشافعية، ثم رجح كون عارية صحيحة مشروطة.

فيمكن أن يجاب عن السؤال بأنه غير داخل، ولا ترد الإجارة (١) لأن معنى التعريف كما هو الظاهر كون تسويغ الانتفاع هو ثمرته، والمقصود منه، ومعلوم أن الإجارة ليست كذلك، بل ثمرتها تمليك المنفعة بعوض معلوم، وهو ظاهر. وكذا لا ينقض بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، ولا يحتاج في الرد (٢) إلى ما لا يندفع بدونه، وهو زيادة بقاء الجواز بحاله. ولا يرد عليه (٣) أيضاً أن التسويغ ثمرة الإيجاب فقط لا ثمرتهما (٤) معاً أيضاً.

نعم يرد على التعريف أنه يلزم أن يكون محض الإيجاب عقداً، ويمكن التزامه فتأمل.

أو يقال إن المراد كون جنس هذا، ذلك (مثلاً - خ)، فلا يضر العوض في الجملة في بعض أفراده اتفاقاً، كما قيل مثل ذلك في مواضع مثل الهبة، والبحث في

(١) يعني لا يرد طرد التعريف بالإجارة.

(٢) إشارة إلى رد ما في جامع المقاصد بقوله: والأولى أن يراد به التعريف مع بقاء الجواز انتهى.

(٣) أي على تعريف القواعد.

(٤) يعني ثمرة الإيجاب والقبول.

(٥) فإنه قال في القواعد - وهو أي العقد - كل لفظ دل على تسريع الانتفاع الخ.

أمثاله خارج عن المقصود وعمما مهدناه، إلا أنني قد تركت ذلك للمتابعة، وبيان الحق فتأمل.

وينبغي أن يقال في المثال المذكور ونحوه إن قصد بذلك الإجارة فهي إجارة فاسدة، وإن قصد العارية فهي عارية صحيحة، وصرح في التذكرة بأنها عارية صحيحة، في آخر هذه المسألة، وكأن قوله: إجارة فاسدة مذهب العامة، حيث صرح به، ويمكن أن يكون على قصد الإجارة.

ثم هنا تحقيق في شرح القواعد (١) ما عرفته تحقيقاً، بل التحقيق ما ذكرته، فتأمل، ولا تقلد.

ثم إن هذا العقد مشروع بالنص والاجماع، أما النص فالكتاب قوله تعالى: وتعاونوا على البر والتقوى (٢) تأمل في الدلالة.

والسنة فالرواية من العامة والخاصة، وهي كثيرة وسيجيء.

أما الاجماع فلا خلاف بين علماء الأمصار في جوازها والترغيب فيها.

ثم قال في التذكرة: والعارية مستحبة مندوب إليها مرغوب فيها، لأن

اقتران منع الماعون في الآية (٣) - مع المرائي في صلاته. يدل على شدة الترهيب (التزهيد - خ) في منعها (٤) والترغيب في فعلها.

ولأنها من البر، وقد أمر الله تعالى فيها بالمعاونة فيه (٥) وليست واجبة في

(١) راجع شرح القواعد عند قول المصنف: ولو قال: أعرتك الدابة بعلفها فهي إجارة فاسدة الخ ج ١ ص ٣٤٣.

(٢) المائة: ٢.

(٣) قال الله تعالى الذين يراؤن ويمنعون الماعون - الماعون: ٧.

(٤) في التذكرة يدل على شدة الحث عليها والتزهيد في منعها.

(٥) إشارة إلى قوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى - المائة: ٢).

قول أكثر أهل العلم للأصل.

ولمثل قوله (ولقول النبي - خ) صلى الله عليه وآله: إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك. (١)

وقال عليه السلام: ليس في المال حق سوى الزكاة. (٢)
وسأله الأعرابي، فقال: ماذا فرض (افترض - خ) الله علي من الصدقة؟
قال: الزكاة، قال: هل علي غيرها؟ قال: لا، أن تتطوع. (٣)
وقيل: إنها واجبة للآية (٤) ولما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها، الحديث (إلى أن قال - خ) قيل: يا رسول الله وما حقها؟ قال: إعارة ولدها، واطراق فحولها، ومنحة لبنها يوم ورودها. (٥)

فدم الله تعالى مانع العارية، وتوعده رسول الله بما ذكره في خبره.
والجواب المراد زيادة الترغيب، علي أن قول علي عليه السلام حجة في تفسيره، الماعون الزكاة (٦) ولا ريب في وجوبها، ولو حملناها على العارية، فالتوعد إنما وقع على الثلاث، قال عكرمة: إذا جمع الثلاث (ثلاثتها - خ) فله الويل إذا سهى

(١) سنن ابن ماجة ج ٣ باب ما أدى زكاته ليس بكنز ج ١ ص ٥٧٠ الحديث ١٧٨٨.

(٢) سنن ابن ماجة ج ٣ باب ما أدى زكاته ليس بكنز ج ١ ص ٥٧٠ الحديث ١٧٨٩.

(٣) سنن النسائي ج ٨ ص ١١٨ (الزكاة) وفيه ذكر له رسول الله صلى الله عليه وآله (والله) الزكاة فقال هل علي غيرها؟ قال: إلا أن تطوع، الحديث.

(٤) الماعون: ٧.

(٥) سنن الدارمي ج ١ باب من لم يؤد زكاة الإبل الخ ص ٣٨٠ وفيه ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها - إلى أن قال - رجل يا رسول الله ما حق الإبل الخ قال: حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها ومنحتها الخ

(٦) الدر المنثور في تفسير سورة الماعون، ومتن الحديث، هكذا: أخرج الغرياني - إلى أن قال - والبيهقي في سننه عن علي بن أبي طالب (عليه السلام) قال: الماعون الزكاة المفروضة يراؤن بصلاتهم، ويمنعون زكاتهم.

عن الصلاة ورائي ومنع الماعون. (١)
الظاهر أن الخلاف من علماء العامة (٢) غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن أن يستدل عليه باجماعنا، وإلا فالأخبار المذكورة غير صحيحة وعلى تقدير صحتها يمكن تخصيصها، لدليل الوجوب، مثل ما تقدم، لوجوب حمل العام على الخاص، ولهذا منصوصة (٣)، بالخمس والكفارات والندور والديون.
وحمل دليل الوجوب على الترغيب فقط بعيد ومجاز، والتخصيص أولى.
ويبعد أيضا حمل التواعد على الثلاث (٤) بحيث لا يكون لمنع الماعون مثلا دخلا (٥) في الكون في الويل، بل محال، مثل ذلك في كلامه تعالى، كما قيل مثله في جواب رد استدلال - بقوله تعالى: ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية (٦) وبقوله تعالى: (ومن يفعل ذلك يلق آثاما (٧) - على (٨) كون الكفار مكلفا (٩) بالفروع أن السلوك وملافاة الإثم قد يكون للمجموع من حيث المجموع،

- (١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.
(٢) في النسخة المطبوعة هكذا: الظاهر أن الخلاف من علماء العامة، إذ الخلاف غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن الخ.
(٣) الظاهر أن مراده أن الآية وهو قوله تعالى: (ويمنعون الماعون تختص بالخمس والكفارات والندور والديون.
(٤) أراد بها الثلاث المتقدمة في كلام عكرمة.
(٥) هكذا في جميع النسخ، والصواب دخل بالرفع.
(٦) بعدها قوله تعالى: ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع الخائضين وكنا نكذب بيوم الدين - المدثر: ٤١ إلى ٤٦.
(٧) ما قبلها قوله تعالى: والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق آثاما - الآية، الآية، الفرقان: ٦٨.
(٨) قوله قدس سره: على كون الكفار الخ متعلق بالاستدلال، وقوله: إن السلوك بيان لرد الاستدلال، وقوله: بأنه لو لم يكن الخ بيان لجواب الرد.
(٩) هكذا في جميع النسخ، والصواب مكلفين.

فلا يلزم كون كل واحد واحد حراما، بأنه لو لم يكن كذلك لزم كون ضم ما ليس بحرام عبثا.

وقول عكرمة (١) إن كان مراده ذلك ليس بحجة.

نعم يمكن أن يقال: الأصل براءة الذمة، والخبر المذكور (٢) ليس بصحيح

ولا صريح في الوجوب والآية (٣) ليست بصريحة في المعنى المبحوث عنه، إذ قد

اختلف في تفسيرها، كما هو مذكور في محله، ويكفي النقل عن أمير المؤمنين

عليه السلام أن المراد هو الزكاة، ولو ثبت لم يبق للاستدلال بها وجه أصلا.

قال: ولوجود معان كثيرة له في اللغة، في القاموس، الماعون المعروف،

والمطر (الدائم - خ) والمأكل، وكل ما انتفعت به كالمعير (كالمعين - خ) وكل ما

يستعار

من فأس وقدم وقدر ونحوها، والانقياد، والطاعة، والزكاة وما يمنع (عن

الطالب - خ) وما لم يمنع (ضدا - خ). (٤)

فلا يمكن الاستدلال بوجوب مثلها بمثلها.

ويؤيده أنه أمر خاص، فإنه غير صريح في المنع عن عارية الماعون، بل قد

يكون عن إجارتها وبيعها ونحو ذلك (٥)، فتأمل.

ويؤيده (٦) أيضا أن العقل والنقل دل على عدم جبر المالك على ملكه.

وأیضا أنه ضرر، وأنه قد يكون صاحبه يحتاج ولم يكن حاضرا عنده،

(١) وقول عكرمة يعني فيما تقدم من قوله: قال عكرمة: إذا جمع الخ.

(٢) يعني ما رواه أبو هريرة المتقدم نقله.

(٣) الماعون: ٧.

(٤) انتهى ما في القاموس، مع اختلاف يسير.

(٥) يعني أن الآية الشريفة غير صريحة في خصوص منع العارية إذ يمكن أن يكون المراد المنع عن الإجارة

والبيع ونحوهما.

(٦) يعني يؤيد عدم الوجوب.

ويصعب تحصيل المستعير، أو يكون حينئذ مشغولا به.
وأیضا غير مضبوط في أي شيء؟ وإلى متى؟
فالظاهر عدم الوجوب، والاحتياط واضح، لا يترك.
ويؤيده أنه قضاء الحاجة، وادخال السرور، خصوصا بالنسبة إلى الجار،
والقريب (الغريب - خ)، فلا ينبغي الترك مهما أمكن، وكذا كل إحسان، والدليل
على ترغيبه وحسنه أكثر من أن يحصى، كتابا وسنة (١) واجماعا وعقلا، فتأمل.
قال في التذكرة: أما الاجماع فلا خلاف بين علماء الأمصار في جميع
الأعصار في جوازها والترغيب في فعلها، ولأن هذا العقد جائز.
كأنه بالاجماع، قال في التذكرة: عقد العارية جاز من الطرفين بالاجماع لكل
منهما فسخه. (٢)
فإذا جاز فسخه وأخذ المعار بعد العقد، مطلقا، بالاجماع، ففي الابتداء
بالطريق الأولى.
إلا أن يقال: إن القائل بالوجوب ابتداء لم يقل بالجواز من جانب المعير،
فقد عرفت الاجماع على كون هذا العقد جائزا، فلكل منهما الفسخ، إلا في مواضع،
فإنه قد يلزمه بخصوصه، مثل القبر والدفن وغير ذلك.
ثم أشار (٣) إلى أركانه، وقال: (و- خ) هي أربعة، (الأول - خ) المعير وله
شرطان ملكية المنفعة، وأهلية التصرف التبرعية، فلا يصح إعارة الغاصب (في
العين)، لأنه منهي عن التصرف في الغصب - إلى قوله -: ولا يشترط ملكية العين في
المعير، بل يكفي ملكية المنفعة، فلو استأجر عينا جاز له أن يعيرها لغيره، إلا أن

(١) راجع أبواب فعل المعروف من كتاب الأمر بالمعروف الوسائل ج ١١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١.

(٣) يعني العلامة قدس سره في التذكرة.

يشترط المالك مباشرة الانتفاع من نفسه (بنفسه - خ) فيحرم حينئذ الإعارة، ولو لم يشترطه جاز له، لأنه مالك للمنفعة، ولهذا يجوز أخذ العوض عنها بعقد الإجارة، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لهما أن يعيرا هما قاله في التذكرة. (١) ويمكن أن يقال يكفي جواز الانتفاع وإن لم يكن المنفعة مملوكة كالموقوف له، إن قلنا به، وكذا المعارة، فيجوز مع إذن المالك. ويحتمل أن يكون المعير بالحقيقة هو المالك.

ومنع إعارة المستعير في التذكرة، وقال: لا يجوز للضيف أن يبيع الطعام لغيره، لأنه غير مالك للمنفعة، بل مجرد الإباحة، ثم قال: ولكن يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه، وبوكيله، ولا يكون ذلك إعارة الوكيل، إذ لم تعد المنفعة إليه.

كأنه موقوف على عدم اشتراط أخذ المنفعة لنفسه، إذ معلوم أنه معه - ولو كان بالقرينة الظاهرة - لا يجوز.

وفيه من أنه لا بد أن تكون المنفعة عائدة إلى المستعير، لا الوكيل، فإن عادت إليه، لا يجوز، ولا تصح الوكالة، بل يصير إعارة منه، كما إذا أعار الدار للسكنى، فيعطى غيره ليسكن فيه، وكذا ركوب الدابة وحملها، إلا أن يكون الحمل له (٢)، ويكون هو وكيلا في بيعه، وايصاله إلى موضع. وفي الركوب أيضا يحتمل إذا كان ذهابه إلى ذلك الموضع لغرض المعير، وكالكتاب والقلم والدواة للعارية، فيجوز اعطائها لو كيلاه ليكتب له لا لغيره. والكل ينبغي، إذا لم يعلم الاختصاص، بل يكون ظاهرا أن غرضه هو انتفاع المستعير مطلقا، سواء كان بنفسه أو بغيره، فإن أكثر المذكورات إنما تعار

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.
(٢) أي يكون الحمل للمستعير.

للمستعير لانتفاعه بنفسه مع عدم القرينة.

وقال أيضا: وشرطنا في المعير جواز التصرف، فلا بد وأن يكون بالغاً عاقلاً جازئ التصرف، فلا يصح إعارة الصبي، لأنه ممنوع من التصرف التي من جملتها الإعارة، ولا إعارة المجنون، ولا المحجور عليه للسفه أو الفلوس، لأنهم ممنوعون من التبرعات (عن التصرفات - خ) والإعارة تبرع، وكذا ليس للمحرم إعارة الصيد، لأنه ممنوع من التصرف، بل وليس بمالك عند الأكثر، ولو أسلم عبد الكافر تحت يده وجب بيعه من المسلمين، فيجوز للكافر إعارته للمسلم، مدة المساومة، وكذا لو ورث أو ملك، إن قلنا بصحة البيع مصحفاً. (١) (٢)

وقد مر البحث في الصبي وقلنا: لا مانع عن بعض هذه الأمور، مع إذن الولي، ويؤيده ما سيجيء في الكتاب تجويز ذلك.

وقد مر البحث في عدم استقرار ملكية الكافر على المسلم، وفي السفية كان مراده مع الحجر، بناء على مذهبه، فتأمل.

ثم قال في التذكرة: الركن الثاني المستعير، وشرطه أن يكون معيناً وأهلاً للتبرع عليه، فلو أعار أحد هذين أو أحد هؤلاء، لم يصح، لعدم التعيين، وكل واحد لا يتعين للإعارة لصلاحيته الآخر واستباحة منافع الغير، ولا يكون إلا بوجه شرعي، لأن الأصل تحريم منافع الغير على غيره إلا بإذنه، ولم يثبت.

ولو عمم المستعير جاز، سواء كان التعميم في عدد محصول، كقوله: أعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة أو في عدد غير محصور، كقوله: لكل الناس، ولأي أحد من أشخاص الناس، أو لمن دخل الدار، وبالجملة الكلي معين، وإن لم يكن عاماً

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) أي لو ورث أو ملك مصحفاً، إن قلنا بصحة البيع.

كأي رجل أو أي داخل، واحد الشخصين مجهول. (١)
وأنت تعلم أنه إن كان القصد بأحد الشخصين أحدهما وأيهما كان بحيث
جوز لواحد منهما، بمعنى أنه ليس لهما بل لأحدهما، فأيهما كان متصرفا ومنتفعا به فهو
جائز، ولا فرق بينه وبين العام المحصور في إفادة التعيين.
وأريد (٢) به ما يصدق عليه أحد من غير تعيين وتخصيص، فيكون حينئذ عاما
محصورا.

نعم لو قصد أحدا معينا في نفسه وممتازا عنده - وما عينه في العبارة مثل زيد
لا عمرو ثم قال أحدهما ولم يعلم ذلك - لم يصح، ويصير مثل المطلق الذي أطلق
وأريد معينا، ولم ينصب قرينة معينة، فيكون مجملا.
وإن لم يعلم شيئا، فالظاهر هو المعنى الأول، للتبادر، ولئلا يلزم الاجمال
الذي الأصل عدمه وعدم الفائدة، وحمل كلام العاقل على اللغو.
ثم ذكر عدم جواز استعارة الكفار العبد المسلم والأمة المسلمة، واستشكل،
بناء على جواز إجارتهم ونفي التسليط، بالآية. (٣)
فتأمل في دلالتها، وكذا في جواز إجارتهم، وكأنه لذلك قال: والأقرب
الكراهة ونفي (٤) إعارة المصحب إياهم، لتعظيمه، فوجب عدم وضعه عند من
لا يرى له حرمة وتعظيما.
وبنى إعارة كتب الأحاديث إياهم على جواز بيعها عليهم وعدمه.

-
- (١) التذكرة ج ٢ ص ٢٠٩.
(٢) في النسختين المخطوطتين: (أو وكيفا مطلقا وأريد الخ) والصواب ما أثبتناه.
(٣) وهو قوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا.
(٤) حيث قال: وكذا لا يجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيره تكريما للكتاب العزيز وصيانة
عمن لا يرى له حرمة.

ثم حكم بضمنان المستعير المحرم الصيد ووجوب ارساله من يده، ومع التلف الضمان للمالك، والجزاء لله أيضا يشكل ذلك (و- خ) مع علم المالك (١) بأن الصيد إذا وقع بيد المحرم يجب ارساله مطلقا، فيمكن عدمه لأنه مفوت لماله عالما، وأما مع الجهل، فينبغي الضمان على تقدير ارسال، سيما مع علمه، ولكن وجوب ارسال محل التأمل، فإنه ملك الغير، فتأمل.

ثم الظاهر عندهم أن غير البالغ العاقل كما لم يصح (يصلح - خ) للإعارة لم يصح (يصلح - خ) للاستعارة أيضا لما تقدم، وأنه لا ضمان على المجنون والصبي غير المميز، والمميز أيضا، مع التلف على الاحتمال، لعدم وجوب الحفظ عليه، وكأن المالك أتلف مال نفسه، ومع الاتلاف يمكن الضمان، كما مر فتأمل. والظاهر أن المحجور عليه للفلس، بل للسفه أيضا قابل للاستعارة.

ثم قال: الركن الثالث المستعار، وله شرطان، كونه منتفعا به مع بقاء عينه، وإباحة المنفعة، فكل ما ينتفع به انتفاعا محلا مع بقاء عينه تصح إعارته كالعقارات والدواب والعييد والثياب والأقمشة والأمتعة والصفرة والحلي، والفحل للضراب والكلاب (الكلب - خ) للصيد، والحفظ واشتباه ذلك بلا خلاف - إلى قوله - والإعارة أوسع من الإجارة، فيجوز (لأنه يجوز - خ) إعارة الفحل للضراب، ومنع كثير من إجارته لذلك، والكلب يجوز إعارته، ولا يجوز إجارته، على أحد وجهي الشافعية. (٢)

وقال أيضا: ولا بد وأن تكون المنفعة مباحة التحريم الإعانة على المحرم، فلو استعار آنية الذهب والفضة للأكل والشرب، لم يجوز أي إعارتها، ولو استعار كلب الصيد لهوا وبطرا لم يجوز أي إعارته، وإن كان للقوت أو التجارة، جاز، وكذا يجوز

(١) في النسخة المطبوعة: ويشكل ذلك مع علم المالك.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

إعارة كلب الماشية والحائط والزرع لإباحة هذه المنافع منها، وكل عين يفرض لها منفعة مباحة ومحرمة، فإنه يجوز إعارتها، لاستيفاء المنفعة المباحة، دون المحرمة، فإن استعارها لاستيفاء المحرمة، لم تصح الإعارة، ولا يستباح بها المنفعة المحللة، والاطلاق ينصرف إلى المباح منها، ولو لم يفرض لها منفعة مباحة محللة البتة، فلا يجوز (حرم استعارتها - خ) إعارتها. (١)

وهذا الكلام يشعر بأن الإجارة للانتفاع بالمحرم حرام، وأنه لا يجوز الانتفاع به ولا بالانتفاع المحلل، إذا استعاره للمحرم، إلا أن يحمل هنا على الشرط، وقد مر البحث في ذلك، فتأمل وتذكر.

ثم قال: لا يشترط تعيين العين المستعارة عند الإعارة، فلو قال: أعرنني دابتك أو دابة، فقال: ادخل الإصطبل وخذ ما شئت، صحت الإعارة، بخلاف الإجارة، لأن فيها عوضاً، فلا يدخلها الغرر الذي لا يتحمل في المعاوضة (لا يتحمل المعاوضة - خ). (٢)

ولا يخفى أن هذا تمام، وقد مر في بحث المستعير أن في العام تعييناً، ولو قال بصحتها، إذا قال: أعرتك إحدى هاتين الدابتين لعلم عدم اشتراط التعيين فيه نعم إن قيل بجوازه بالمعنى الثاني الذي فسرناه هناك (٣) وحينئذ يظهر الفرق بين المستعير والمستعار في جواز عدم التعيين في الثاني دون الأول. ولكن عدم الجواز هناك، لما مر من الاجمال وأنه قصد أمراً معيناً عنده، ومشتبهاً عند المخاطب مع علمه بقصد التعيين، فكيف يجوز له أن يتصرف بأيهما أراد، والظاهر أنه لا يجوز فتأمل.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) والظاهر أن جواب الشرط كلمة (صح) وحذفه لدلالة المقام عليه.

(الركن الرابع) الصيغة، قال فيها (١) لما كان الأصل في الأموال، الصمة، لم ييح شيء منها على غير مالكها إلا بالرضا منه، ولما كان الرضا من الأمور الباطنة الخفية، تعذر الوصول إليه قطعاً، فاكتفى فيه بالظن المستفاد من العبارات والألفاظ وما يقوم مقامها، ولا يختص لفظ (لفظاً - خ) بعينه، بل المعتد به في هذا الباب كل لفظ يد على الانتفاع مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة كقوله: أعرتك وأذنت لك، و (أو - خ) انتفع به، و (أو - خ) خذه لتنتفع به، وما أشبه ذلك.

ولا يشترط القبول نطقاً، فلو قال: أعرتك، جاز له الانتفاع، وإن لم يتلفظ بالقبول، لأنه عقد ضعيف، لأن ثمرته إباحة الانتفاع، وهي تحصل بغير عقد، كما لو حصل ظنه بصديقه كفى في الانتفاع (بالانتفاع - خ) عن العقد، وكما في الضيف، بخلاف العقود اللازمة، فإنها موقوفة على الألفاظ (ألفاظ - خ) خاصة اعتبرها الشارع (الشرع - خ). (٢)

وقال أيضاً: والأقرب عندي أنه لا يفتقر إلى لفظ، بل يكفي قرينة الإذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعارة والاستعارة، لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير اهـ. (٣)

واعلم أن هذا صريح في أن العارية تتحقق بغير اللفظ وبغير القبول، بل بغير العقد، فإنه عبارة عن إيجاب وقبول.

وقد عرفت عدم اشتراطهما في العارية، وأن العقد المثمر هنا هو مجرد ما يدل على جواز الانتفاع، والانتفاع الذي يحصل بفعل المستعير ليس بقبول، وهو جزء للعقد، إذا المجوز للتصرف الذي هو ثمرة العقد متحقق بغيره، وإلا لم يحز التصرف

(١) أي في التذكرة.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

قبله، وكذلك الوكالة والوديعة وأكثر العقود الجائزة، فتسميتها عقود ليس بسديد. وكذا جعل الجعل لفعل الوكيل ما وكل فيه، وحفظ الوديعة، فإنه لا بد من تحقق العقد المثمر قبل الثمرة، وهو جواز التصرف، والحال أنه حاصل قبله، إذ يجوز لوكيل البيع بيع ما وكل فيه، قبل القبول وبعد الإيجاب. وكذا الانتفاع في العارية، فلو كان عقدا حاصلًا بهذا القبول، لما جاز ذلك وهو ظاهر ففي كلامه مسامحة ومساهلة، فتأمل. فلعل تعريفها وجعلها من العقود، وتعريفها بأنه عقد كذا أو باللفظ الدال، باعتبار الأغلب والأكثر. ويمكن تعريف المصنف بقوله: (وهو لفظ دال آه) إشارة إلى أن العقد هنا مجرد الإيجاب، فلا يرد ما أورده الشارح. (١) تأمل وأن (٢) الدليل على اعتبار اللفظ في العقود الخاصة، بأنه لا بد من الرضا، ولا يطلع عليه إلا من طرف اللفظ، كما يستدلون به غير تام. إذ يمكن الاطلاع عن غيره، كما في الصديق وسائر ما تضمنه الآية (٣) فإنه إذا جوز الشارع اتلاف وتضييع أنفس أموال شخص بالأكل، فجواز عارية مثل كتابه بخطه في بيته والجلوس في داره ونحو ذلك - بل البيع، بعوض كثير في أمور قليلة جدا، بحيث يجزم العقل تجويز مثله بذلك العوض مع العلم بأنه يريد بيعه - بالطريق الأولى. (٤)

- (١) يمكن أن يكون إشارة إلى ما قاله الشهيد الثاني في المسالك في شرح قول المصنف: وهو عقد، من قوله: واعلم أن جعلها عقدا يقتضي اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين، لأن ذلك هو المفهوم من العقد وإن لم ينحصر في لفظ الخ راجع كلام المسالك.
- (٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، فإن الخ.
- (٣) النور: ٦١.
- (٤) خبر لقوله قدس سره: فجواز عارية مثل كتابه الخ.

وبالجملة ينبغي أن يكون العلم متبعاً في الكل، بل الظن الغالب القائم مقامه، بحيث لا يكون دلالاته أضعف من اللفظ المحتمل عدم إرادة معنى له أصلاً أو معنى مجازياً ونحو ذلك.

نعم إن ثبت أن شيئاً من العقود موقوف (موقوفة - خ) على اعتبار الشرع اللفظ، المعتبر فيه، فهو متبع، وإلا فالأمر كما تقدم، فتأمل.
ثم نقل في التذكرة الخلاف عن بعض الشافعية في اعتبار اللفظ من جانب المعير لا من المستعير، واعتبر فيه القبول، إما باللفظ أو (وإما - خ) بالفعل فقط، ومن البعض أنه لا بد من اللفظ من أحد الطرفين من المعير أو المستعير، والفعل من الآخر، ثم قال: فالأقرب ما تقدم.
إشارة إلى عدم الاعتبار باللفظ في طرف أصلاً، بل يكفي ما يدل على الإذن بالانتفاع.

وقال أيضاً: وقد جرت العادة بالانتفاع بزرف الهدية المبعوث إليه واستعماله كالكل الطعام من القصعة المبعوث (إليه - خ)، فإنه يكون عارية، لأنه انتفاع (منتفع - خ) بملك الغير بإذنه، وإن لم يوجد لفظ يدل عليه: بل شاهد الحال. (١)

والظاهر استعمال القصعة في أكل الطعام الذي فيه مأذون صريحاً إذا كان مطبوخاً، فإن العادة ذلك، بل ربما يرض المالك بالصب منه والأكل في موضع آخر، لحصول تغيير في طعامه في الجملة وعدم بقاءه على حسن حاله الذي كان مقصوداً بقاءه عليه، بل السفرة التي فيها الطعام، فإنه قد يكون المنظور نشرها ووضع الطعام فيها، لأنه أحسن.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢١١.

وإنما تصح من جائز التصرف.
ولو أذن الولي للطفل، صح أن يعير مع المصلحة.

نعم قد يكون معه ما يدل على عدمه، وذلك يعرف بالقرائن.
وأما استعماله في غير الطعام الذي فيه فذلك قد يكون معلوماً من باب
الصدقة من الصحبة المتكررة، وإلا فلا ينبغي الاستعمال.
وأما بعث الطعام فيه إلى الغير، بل بعثه من الخادم والغلام إلى أهله، وكل
شخص غير عدل بل العدل أيضاً فإن علم الإذن مع القرينة على ما وجهنا فجاز
(مجاز - خ)، وإلا فالظاهر هو الامتناع من ذلك كله، لأنه تصرف وتسلط على مال
الغير بغير الإذن.

نعم قد يؤخذ جواز ذلك من العرف والعادة، خصوصاً خادم صاحب
المال، ولكن فيه تأمل، خصوصاً إذا كان طفلاً فلا ينبغي تسليطه، وتعريفه
(تعريفه - خ) بالاستقلال، إلا مع العلم، فتأمل واحتط.
قوله: وإنما تصح من جائز التصرف الخ. يعني لا يجوز ولا يصح الإعارة
إلا من جائز التصرف أو ممن يجوز له ذلك، مثل الطفل إذا جوز له الولي، فلو أذن
الولي للطفل أن يعير ماله مع المصلحة جاز، فإن عبارته معتبرة في الجملة، مع أن
العقد الجائز لا يشترط فيه اللفظ، فإن الغرض ما يدل على رضا المعير، فإذا فهم إذنه
في ذلك للصبي، وقال الصبي: أعرتك، لا مانع من المصلحة، إذا علم منه رضاه
بذلك من قوله: أعرتك هذا، ولا بعد في ذلك.
وكذا يفهم من فعله بغير لفظ، فإنهم قد صرحوا بجواز أخذ الهدايا والتحف
من الصبي المميز.

وكذا أن قولهم مسموع وكاف في الإذن بدخول البيت بخبرهم
(لخبرهم - خ) بإذن صاحب البيت، مثل أبيهم.
وفي مثل ذلك إشارة إلى أنهم غير معزولين بالكلية.

وكل ما صح الانتفاع به مع بقاءه صح إعارته.
ويقتصر المستعير على المأذون، فيضمن الأجرة والعين لو
خالف.

فلا بعد في جواز الاعتبار بأقوالهم ولفظهم بعد أن أذن الولي في العقود
اللازمة أيضا، فتأمل. (١)

ثم لا يخفى أن قوله: (مع المصلحة) يدل على أن المستعار هو مال الصبي، إذ
لو كان مال الولي فلا يحتاج إليها، كما في صورة يعيره هو بنفسه وبوكيله وغير الصبي.
والمصلحة مثل إن لم يعره يأخذه الظالم ونحوه، فتأمل.

واعلم أن قول المصنف: (وأما يصح الخ) لا يخلو عن تأمل، من جهة
الحضر ثم التجويز مع اعتبار المصلحة، وإن كان عبارة الصبي من دون فهم الإذن
من الولي لا اعتداد به، ومعه يكون المعتمد هو كلام الصبي، فكأنه هو الدال مع
القرينة، لأنه مميز، والعقد ضعيف، فيكفيه مثله.

قوله: وكما صح الانتفاع الخ. إشارة إلى شرط المعار، والمراد بالانتفاع
هو الانتفاع الشرعي وهو ظاهر، وقد مر.

قوله: ويقتصر المستعير على المأذون الخ. يعني لا يجوز للمستعير أن
يتجاوز عن المأذون له من الانتفاع بالعين المستعارة، إلا أن يكون مساويا في الضرر أو
أنقص، إلا أن ينهي عن التجاوز عن المعين الخاص، فلا يجوز التخطي بوجه، ذكر
الأقل ضررا (له - خ) ولا مساوي في التذكرة وغيرها.

وفيه تأمل، خصوصا في المساوي، والجواز غير بعيد، مع القرينة بان
المقصود غير متعلق بالمستعير والمعير، والقرينة المقيدة متبعة، ومع عدمها يحتمل
الجواز، لعدم غرض يتعلق بالمعين غالبا، ولأن العرف يقتضي عدم المضايقة في مثل

(١) لعله إشارة إلى ما تقدم منه قدس سره في كتاب التجارة فراجع ص ١٥١ - ١٥٣ من ج ٨.

ويصح إعاره الشاة للحلب.

العارية، والأقرب أن له أن يرهن مع التعميم، دون الاطلاق.
والظاهر أن ذلك مع التعارف، وإلا فهو انتفاع خاص، لا يتباد، فإن
الرهن لا يفهم منه الانتفاع والعارية له، إلا مع مع القرائن أو التصريح أو تعميم مع
مبالغة، ما فيه، حتى يفهم، فتأمل.
قوله: وتصح إعاره الشاة للحلب. كأنه لا خلاف فيها عندنا (و- خ) لأنه
لا مانع منه عقلا ونقلا، والأصل الجواز، وتسلبت المالك على ملكه، فله أن يسلب
غيره بالانتفاع بها ولأنه بمنزلة وكالة في الانتفاع، ولأنه قد يوجد (وجد - خ) جميع
شرائط صحتها، فيوجد ضرورة، ولأنه قد يحتاج إليها، فشرعها يناسب الشريعة
السمحة والحكمة، ولعموم أدلة هذه العقود.
قال في التذكرة: يجوز إعاره الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها - إلى قوله - وقد
روي عن النبي صلى الله عليه وآله: أنه قال: العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين
مقضي والغريم غارم (١) المنحة هي الشاة.
ومن طريق الخاصة ما رواه الحلبي في الحسن، عن الصادق عليه السلام في
الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمنًا شيئًا معلومًا أو دراهم معلومة من كل شاة
كذا وكذا، قال: لا بأس بالدراهم، ولست أحب أن يكون بالسمن. (٢)
وصحيحة عبد الله بن سنان أنه سأل الصادق عليه السلام، عن رجل دفع
إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر؟ قال:
لا بأس بالدراهم، فأما السمن فلا أحب ذلك إلا أن تكون حوالب فلا بأس (٣) وإذا

-
- (١) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٢٥٢ حديث نقلا عن سند أحمد بن حنبل مع اختلاف يسير.
(٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد البيع الرواية ١ وفيه سنة بدل سمنًا ج ١٢ ص ٢٦٠.
(٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد البيع الرواية ٤ وفيه كما في الكافي أيضا سألت أبا عبد الله
عليه السلام.

جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى. (١)
كلاهما حسنة في الكافي، لإبراهيم بن هاشم (٢)، وما رأيت في غيره.
ولعل مراده أنه إذا جاز جعل اللبن عوضا لعمل الراعي وهو حفظه الغنم
ورعيه ومراعاته، فأعطاه بلا عوض يكون جائزا بالطريق الأولى.
وبالجملة ما نجده مانعا من ذلك إلا ما قيل إن الإعارة لا بد أن تكون لأخذ
المنفعة واللبن والصوف مثلا عين، فلا يجوز.
والظاهر أن لا خلاف في الغنم للحلب فعلم أن ليس ذلك مانعا عقلا،
وليس في الشرع أيضا مانع، وهو ظاهر، إلا قول بعض الأصحاب أنه عقد فائدته
التبرع بالانتفاع بالعين مع بقاء العين مطلقا أو مدة معينة ونحوه، وذلك غير صريح
في كون الانتفاع غير أخذ عين، فإن الانتفاع من العين قد يكون بأخذ عين أخرى
منه من نمائها وثمرتها، وقد يكون مجرد الانتفاع بمنفعتها، وهو ظاهر.
فإن المنفعة من بستان نخل، الثمرة وكذا الشجرة، ومن الغنم الناقة الولد
والصوف والوبر والشعر واللبن وغير ذلك، وهو ظاهر والحاصل أنه على تقدير
اشتراط الانتفاع بالنص، لا دليل على عدم اطلاق المنفعة على الأعيان الحاصلة من
الأعيان المعارة في العقل. والنقل.
نعم لا بد أن يكون منفعة لعين مع بقائها في الجملة، ولا يدل على
ذلك اجماعهم على عدم الإجارة بمثلها، لأن الشرط هو تمليك المنفعة، لا العين واللبن
ونحوه
عين، لأننا لا نسلم ذلك أيضا، فإنه لا نص على ذلك أيضا، إلا أنه قد ادعى
الاجماع، ولكن في الاجماع ما فيه، ولا يحتاج إلى البيان.

(١) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.
(٢) سند الأولى هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي وسند الثانية
هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان.

وعلى تقدير التسليم لا يلزم كون ذلك في العارية أيضا - لأنه قياس - للاجماع ولا تلازم بينهما، إلا ترى أنه يجوز إعاره الشاة للحلب بالاجماع، ولا يجوز إعارتها لذلك، فلا يبعد جواز إعارتها للانتفاع بصوفها، وكذا إعاره غيرها من النعم للانتفاع ببعض الأعيان الحاصلة منها، كما صرح به في القواعد وغيره فتأمل. قوله: والأمة للخدمة للأجنبي. أي يجوز إعاره الأمة للخدمة، وإن كان المستعار له أجنبيا غير محرم (لها - خ) بوجه، فيقتصر على الانتفاع بخدمتها، ما لم يجوز غيرها، فإن أجاز النظر إلى الأمة - وإن لم يكن يريد شرائها أو نكاحها مع حصول شرائطه مثل عدم التلذذ وخوف الفتنة - فله ذلك أيضا، وكذا الخلوة بها على الظاهر، وإن قلنا بتحريم الخلوة بالأجنبية مطلقا في الحرة، إذ لا دليل في الحرة إلا بعض الأخبار من العامة (١) والخاصة أيضا (٢) ولكن غير صحيحة ولا صريحة، ولا عامة، وإن قلنا في الأمة أيضا بتحريم الخلوة بها، فيمكن فهم تجويزها هنا من تحليل الخدمة، فإن الغالب أنه لا ينفك عنها خصوصها إذا كان وحده في بيت، فهي تخدمه.

وكذا يمكن جواز سماع صوتها على تقدير القول بتحريم ذلك في الحرة والأمة.

على أنه لا دليل عليه، بل جواز الرؤية أيضا، فإنه قد يفهم تجويز ذلك من عموم تجويز الخدمة ليلا ونهارا، فيكون مستفادا من عموم تجويز الانتفاعات إن قلنا

(١) في صحيح مسلم باب تحريم الخلوة بالأجنبية والدخول عليها، عن جابر قال: رسول الله صلى الله على (وآله): إلا لا يبيتن رجل عند امرأة ثيب إلا أن يكون ناكحا أو ذا محرم. ونقله في كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٠ و ص ٣٢٣ أيضا إلا أنه نقل بلفظة: عند امرأة في بيت إلا أن نكون الخ. وفي المجلد السادس عشر: لا تنحن ولا تعقدن مع الرجال في خلاء (تحت رقم ٤٥١٠٨). (٢) الوسائل الباب ٩٩ من أبواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ١٣٣.

يجوز ذلك بمجرد تجويز المالك وإذنه مطلقا، من غير اشتراط صيغة خاصة دالة على التحليل.

على أن في التحليل مطلقا مع الصراحة أيضا تأملا وخلافا. وفي تحليل بعض الأمور دون بعض بالطريق الأولى، فإنه قد يؤول إلى تجويز رؤية أمة على وجه شرعي بعقد تحليل لأناس كثيرة، فيمكن التلذذ به، بل اللمس والتقيل أيضا، وتجويز مثل ذلك غير معلوم، إلا أن لا يجوز والتعدد، فيه، كما لم يجوز في إباحة الوطئ، والاحتياط لا يترك.

قال في التذكرة: لا يجوز إعارة (استعارة - خ) الجواري للاستمتاع على الأشهر، لعموم قوله تعالى: والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانكم. (١) والبضع لا يستباح إلا بأحد الأسباب الآتية، الزوجية، والملكية، والإباحة بلفظها، أو بلفظ التحليل، دون العارية والتملك وشبهه. (٢) كأنه خلاف في الجواز (٣)، لعله عند العامة، وإلا فقد ادعى الاجماع في الشرائع عندنا على عدم جواز إعارتها له، وهو أيضا بعيد، لأن عندهم لا يجوز التحليل، لأنه خارج عن الحصر (٤) وأصحابنا جوزوا، لرواياتهم (٥) وتكلفوا بادخاله في العقد المنقطع أو الملك، فإن ملك المنفعة أيضا ملك يمين، فتأمل. وأما إجارتها للخدمة فالظاهر أنه لا خلاف فيها عندنا مطلقا.

(١) المؤمنون - ٥ - ٦.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) يعني يستفاد من كلام العلامة قدس سره: (على الأشهر) إن في جواز استمتاع الجواري بلفظ العارية، خلاف.

(٤) يعني الحصر في الآية الشريفة.

(٥) راجع الوسائل الباب ٣١ إلى ٣٧ من أبواب نكاح البعيد والإماء، ج ١٤ ص ٥٣١.

وينتفع المستعير بما جرت العادة.

ويدل عليه الرواية الصحيحة، عن محمد بن قيس (الثقة - خ) عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعار جارية فهلكت من عنده ولم يبعها غايلة، فقضى أن لا يغرمها المعار، ولا يغرم على الرجل الدابة ما لم يكرهها أو يبعها غايلة. (١)

وعند العامة أيضا، قال في التذكرة: يجوز استعارتها للخدمة، سواء كان المستعير رجلا أو امرأة، وسواء كانت الجارية شابة أو عجوزا، وسواء كانت قبيحة المنظر أو حسنة، لكن يشتد كراهة إعارة الشابة لمن لا يوثق به، ومنع (ومنع - خ) الشافعية خوف الفتنة، ولو أعارها من المحرم، أو كانت صغيرة لا تشتهي أو قبيحة المنظر (كذلك - خ) أو كبيرة، كذلك، فلا كراهة، وللشافعية وجهان أحدهما التحريم والثاني الكراهية، ويكره استعارة أحد الأبوين للخدمة، لأن استخدامهما مكروه، لمنافاة التعظيم لهما والتوقير، وتستحب استعارتهما للترفة. (٢)

قوله: وينتفع المستعير بما جرت به العادة. قد مر تفصيله، وإن مرجع ذلك في قدر الانتفاع زمانا هو العرف المعلوم، وكذا وصف الانتفاع، فلو أعار بساطا وفرشا اقتضى العادة فرشته (فراشه - خ) وقت الجلوس عليه ونحوه من الوجوه المعتادة. ولا يبعد جواز التدثر به أيضا، لأنه أقل ضررا، ويعلم ذلك من تجويز الافتراش، بخلاف أن لو استعار لحافا للالتحاف أو مطلقا، لا يجوز افتراشه، إلا أن يعار بما يدل على ذلك، ونحو ذلك.

قال في التذكرة: إن لم يكن للعين إلا منفعة واحدة، كالدرهم للزينة فهو متعين، وإن تعددت فإن عين نوعا تعين، وإن لم يتعين فإن عمم جاز الانتفاع

(١) التهذيب باب العارية من كتاب حديث ٣ ج ٧ ص ١٨٢.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢١١٠.

فإن نقص عن العين شيء (شيئا - خ) بالاستعمال أو تلف (تلفت - خ) به من غير تفريط لم يضمن.

بجميع الوجوه، وإن أطلق، فالأقوى أنه كذلك، وقد مر تفصيله أيضا. قوله: فإن نقص من العين الخ. يعني إذا استعمل المستعير العين المعارة فنقص بالاستعمال منها شيء أو تلفت من غير تعد عما حد له، فما ترك واجبا ولا فعل حراما، لم يضمن المستعير ذلك النقص والتلف، إلا أن يشترط الضمان في العارية، بأن أعارها واشترط عليها ضمان نقصها وتلفها مطلقا، وحينئذ يضمن النقص والتلف مطلقا، سواء كان بالاستعمال أو بغيره، بأن تسرق أو تحرق من غير اختياره.

أما عدم الضمان المذكور فوجهه ظاهر، لأنه سلطه على ما يقتضي ذلك بلا عوض، فلا معنى للالتزام بالعوض، فإن مقتضى اطلاق هذا العقد عدم الضمان، والفرض هو الاطلاق، فلو لبس التوب حتى يبلى أو ينقطع فيذهب بالكلية، وكذا الشمعة بالاشتعال، إن جوز إعارتها فلا ضمان، وهو ظاهر. ويدل عليه الروايات الصحيحة أيضا، ولكن في بعضها قيد، بأنه إن كان أميناً لم يضمن.

مثل صحيحة ابن سنان له كأنه عبد الله لرواية النضر عنه، ولرواية عن أبي عبد الله عليه السلام، ولتصريحه به في الكافي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العارية؟ قال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت، إن (إذا - ثل) كان مأمونا. (١)

لعله محمول على أنه لم يتعد ولم يفرط، فإن المتعدي والمفرط غير مأمون

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب العارية الرواية ٣ وفي الكافي عن عبد الله بن سنان والسند كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد عن النضر عن بن سنان.

(مأمونين - خ) وتاركه مأمون (مأمونين - خ).
ووجه ضمان المفرد والمتعدي ظاهر، لأن يده حينئذ يد غضب وضمن،
فيكون ضامنا، لا يخلص منه إلا بالتسليم سالما أو بالبراء أو الاسقاط، أو الإعارة
الجديدة، فلو تلفت بغير الاستعمال وبأي وجه كأن يكون ضامنا على ما مر في
الوديعة مع ما فيه من احتمال الاختصاص إذا تلف بذلك، إلا أن (١) يكون التلف
بحيث يكون وجوده وعدمه سواء في التلف، فتأمل.
وأما إن شرط فالظاهر أنه شرط جائز لا مخالفة في العقل والنقل.
وقولهم: مقتضى العارية التبرع، يريدون به مع الاطلاق، وبدون الشرط،
لا مطلقا.

فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد، ولا مانع منه، فيكون جائزا، فيلزم
الوفاء، لأن المسلمين عند شروطهم. (٢)
ويدل عليه الأخبار الصحيحة أيضا، خصوصا في العارية، مثل ما في
صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه
 وآله: بل عارية مضمونة. (٣)
وفي الصحيح، عن ابن مسكان (سنن - خ) قال: قال أبو عبد الله
 عليه السلام: لا يضمن العارية، إلا أن يكون اشترط فيها ضمانا، إلا الدنانير فإنها

-
- (١) لا أن يكون في مطبوع.
(٢) راجع الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الرواية ١ و ٢ و ٥ وغيرها من الأبواب المتفرقة في كتاب
التجارة والنكاح.
(٣) متن الرواية هكذا: عن أبي بصير (يعني المرادي) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول:
بعث رسول الله صلى الله عليه وآله إلى صفوان بن أمية فستعار منه سبعين درعا باطراقها (بأطرافها - خ) فقال:
أغصبا يا محمد الخ فقال النبي صلى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة الوسائل الباب ١ من كتاب العارية
الرواية ٤.

مضمونة، وإن لم يشترط فيها ضمانا. (١)
وحسنة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: صاحب الوديعة
والبضاعة مؤتمنان، وقال: إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه، إلا أن يكون
قد اشترط عليه. (٢)

وحسنة زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟
(قال - خ) فقال: جميع ما استعرتَه فتوى (٣) فلا يلزمك تواه، إلا الذهب والفضة
فإنهما يلزمان، إلا أن يشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع
ما استعرت واشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط
عليك. (٤)
واعلم أن هذه تدل على كون الذهب والفضة مضمونين مطلقا، مسكوكين
أم لا.

وكذا رواية إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله و (٥) أبي إبراهيم
عليهما السلام، قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب وفضة
فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا، وقال: إذا استعرت عارية بغير إذن صاحبها،
فهلكت، فالمستعير ضامن. (٦)

-
- (١) الوسائل الباب ٣ من كتاب العارية الرواية ١.
(٢) أورد صدره في الوسائل في الباب ٤ من أبواب الوديعة الرواية ١ وذيله في الباب ١ من أبواب العارية
الرواية ١.
(٣) التوى مقصورا ويمد هلاك المال.
(٤) الوسائل الباب ٣ من أبواب العارية الرواية ٢.
(٥) في جميع النسخ والتهديب بالواو وفي الوسائل والفقهاء أو بدل واو.
(٦) الوسائل الباب ٣ من أبواب العارية الرواية ٤ وأورد ذيله في الباب ٤ من تلك الأبواب الرواية.

إلا أن يشترط المعير.

صريحة فيه، وهي صحيحة في الفقيه إلى إسحاق (١)، وهو لا بأس به، ولا يضر كونه فيه، وكون علي بن سندي في التهذيب. (٢)
فالظاهر الحكم عام.

ولا يضر وجود الدنانير في صحيحة ابن مسكان، إذ لا منافاة، لاهتمال كون (أن يكون - خ) المراد بها أعم، مع أن في صحتها تأملاً (٣) والحصص في الدنانير (٤) ويمكن حملها على الذهب مطلقاً، واستشكل في التذكرة، لما مر. ويؤيد العدم الأصل، وعدم الضمان في العارية، وعدم صحة خبرهما. ومنه علم أن من العارية ما لا يضمن إلا مع الشرط أو التفريط، وهو غير الذهب والفضة، ومنها ما يضمن ما لم يشترط عدمه، وهي الذهب والفضة، مطلقاً، وغيرهما مع التفريط، فإن شرط عدم الضمان، فالظاهر أنه لا ضمان حينئذ، ويصيران هما كسائرهما، وقد مر دليله. وفيه دليل على جواز إسقاط ضمان ما لم يلزم وقد أشرنا إليه في الوديعة، فتذكر، وتأمل.

قال في التذكرة: لو شرط سقوط الضمان في العارية المضمونة، كالذهب والفضة وغيرهما مما فيه الضمان على مذهبننا، فالأولى السقوط، عملاً بالشرط، وقد سبق، وكذا لو شرط الضمان في العارية صح، فإذا أسقط (أسقطه - خ) بعد ذلك

(١) وسندها - كما في مشيخة الفقيه - هكذا: وما كان فيه عن إسحاق بن عمار فقد رواه عن أبي رضي الله عنه عن عبد الله بن جعفر الحميري عن علي بن إسماعيل عن صفوان بن يحيى عن إسحاق بن عمار. (٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب. عن علي بن السندي عن صفوان، عن إسحاق بن عمار.

(٣) في بعض النسخ: وفي صحتها تأمل.

(٤) يعني ولا يضر الحصر في الدنانير في صحيحة ابن مسكان.

أو يستعير المحرم صيدا
أو من الغاصب
أو يستعير ذهباً أو فضة.

سقط. (١)

وكذا مر دليل ضمانها (ضمانهما - خ) بدون الشرط، ولعله لا خلاف عندنا في ذلك، وكذا (٢) دليل عد ما لضمان فيما لا ضمان فهي إلا مع التفريط والشرط، والضمان بدونهما.

قوله: أو يستعير المحرم صيدا الخ. فيضمن لأنه ليس له امساكه، فيجب ارساله، وضمانه لمالكه، ولو تلف قبله يضمن الكفارة لله، والقيمة للمالك، ولو كان المالك الذي أعاره عالماً لم يبعد عدم ضمانه له، مع وجوب ارساله على المحرم المستعير، ومع جهله في وجوب ارساله الصيد حينئذ تأمل، بل ينبغي الضمان عليه لله وتسليمه للمالك، وقد مر البحث فيه (٣) فتذكر.

قوله: أو من الغاصب. أي إذا استعار من الغاصب العين المغصوبة ضمنها المستعير أيضاً كالغاصب.

لا شك في ذلك مع علم المستعير بالغصب، وأما مع جهله فيمكن أن يكون مثل الأمانة الشرعية بعد حصول العلم به فيعلم صاحبها أو يردّها إليه فيضمن بالتأخير على ما قالوه فيها.

قوله: أو يستعير ذهباً الخ. لا ينبغي الاشكال والخلاف في جواز استعارة الذهب والفضة، لأنّ لهما منفعة يمكن استعارتهما (استفادها - خ) مع البقاء، مثل

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢١٤.

(٢) يعني مر.

(٣) راجع مجمع الفائدة ج ٦ ص ٤٠٤ - ٤٠٥ كتاب الحج.

إلا أن يشترط سقوط الضمان.
وكذا البحث لو تلفت بغير الاستعمال.
ولو فرط ضمن.

الارتهان والضرب بالطبع والتزيين نعم لو استعيرا لغير منفعة لا يصح كغيرها.
وقد مر في الأخبار (١) ما يدل على صحة عاريتهما وأنهما مضمونان مطلقا إلا
مع شرط سقوط ضمانهما.
قال في القواعد: والأقرب استعارة الدراهم (٢) والدنانير، أن فرضت لهما
منفعة حكومية كالتزيين (بها - عد) والضرب على طبعها.
وجه خلاف الأقرب غير ظاهر، إلا أن يكون النزاع في كون مثل تلك
المنفعة مقصودة للعقلاء وتجاوز العارية لذلك، وهو بعيد، والروايات المعتبرة الكثيرة
صريحة (٣) في جوازها، وقد مرت.
قوله: وكذا البحث لو تلف بغير الاستعمال. أي كذا لا يضمن المستعير،
المعارة لو تلفت عنده بغير الاستعمال والتفريط، إلا أن يشترط المعير عليه الضمان
مطلقا.

قوله: ولو فرط ضمن. أي لو قصر المستعير في حق العارية - إما بفعل
ما لا يجوز له مثل التجاوز عن المأذون له من الانتفاع، أو يترك ما يجب عليه من
الحفظ، من السرقة والحر والبرد وغيره - ضمن دائما، سواء تلف بالاستعمال
أو بسبب ذلك التقصير أم لا، بل بأفة سماوية، لأنه بالتقصير صار يده يد ضمان
وغصب، فإن المالك حينئذ لا يرضى بذلك، فصار حكمه حكم الغصب، وقد مر

(١) راجع الوسائل الباب ٣ من كتاب العارية ج ١٣ ص ٢٣٩.
(٢) في القواعد: والأقرب جواز إعارة الدراهم كتاب العارية.
(٣) راجع الباب ٢ و ٣ من أبواب العارية.

ولو استعار المحل صيدا من المحرم جاز، لزوال ملكه عنه.

مثله مرارا في الغصب (في الوديعة - خ).
ونقل الاجماع في التذكرة على ذلك في الوديعة، مع التأمل، فإنه لم يجزم في
التقصير بلا ضمان بمثل ترك العلف بمدة لا يموت في مثلها، ولا بال ضمان لو خالف
المالك في الحراز الذي عينه وتلف بغير ذلك، صرح بهما في التذكرة، وقد نقلناهما في
بحث الوديعة (١)، فتأمل وتذكر.

نعم لو كان ذلك بمثل وضع اليد على غير وجه شرعي لا يبعد الضمان، إلا
أن عدم رضا المالك بوضع اليد بعد ذلك على الوجه اللائق غير ظاهر، ولكن رضاه
أيضا غير ظاهر، لأنه ارتفع بوضع اليد (٢) إلى الغير المجوز والمرضي، فيكفي ذلك
للضمان بل يحكم بعدمه بحكم الاستصحاب فتأمل.

قوله: ولو استعار المحل صيدا الخ. أي لو استعار المحل صيدا كان ملكا
للمحرم، من يده أو من يد وكيله، إن كان حاضرا أو غائبا أيضا، إن قلنا بخروج
الصيد الغائب عن ملكه لا عن ملك الغير الذي كان محلا، وإن كان بإذن مالكه،
إلا أن يكون عالما باحرامه، فيمكن كون حكمه ملكه - جازت الاستعارة. (٣)
ذكر الضمير (٤) لرجوعه إلى المصدر.

لزوال ملكية المحرم عن الصيد، فلا يضر الأخذ من يده.
والظاهر أن في العبارة مسامحة، إذ لم يصر حينئذ استعارة، لأن في
الاستعارة لا بد أن تكون ملكا للمعير، ويجوز تسليم المالك المستعير إياه، وقد علل

(١) راجع ص ٢٨١ - ٢٨٤ من هذا الجزء.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: لأنه ارتفع بوضع اليد بعد، وأنه على وجه اللائق إلى الغير المجوز
والمرضي فيكفي آه.

(٣) جواب لقوله: لو استعار.

(٤) يعني في قوله جاز.

ولو رجع على المستعير من الغاصب جاهلا، رجع بأجرة المنفعة

(علله - خ) بخروجه عن ملكه قبل الإعارة. (١)
فلعل مراده أنه يجوز الأخذ للمحل من يده، فيصير ملكا له يفعل به ما يريد.
ويمكن أنه لا يجوز للمحرم تسليمه والرضا بأخذه، لأنه يجب عليه إرساله
بحيث لا يقع بيد أحد يقبضه، فهو ضامن للقيمة كفارة حينئذ إن أعطاه باختيار
منه، بل في جواز أخذه للمحل أيضا تأمل، إذ صار بحيث لا يجوز امساكه، فكأنه
صار مثل صيد المحرم، ولأنه إعانة على الإثم.
هذا إذا كان باختياره (و- خ) على أن فيه تأملا، وقد مر مثله، فتأمل.
نعم لو خرج من يده، ولم يكن في الحرم، يجوز له أخذه، ولا شئ عليه،
ففي هذه العبارة مساهلة لفظا ومعنى، وهي موجودة في الكتب.
ويمكن أن يكون المراد، إذا استعار المحل صيدا كان للمحرم، فيكون (من
محرم) صفة لصيد أو حالا، لأصيلة الاستعارة، فيمكن أن يكون في غير الحرم،
ويكون كونه له باعتبار ما كان، أو كان جاهلا، أو كان غائبا عنه، أو محبوسا في
ملكه (٢) أو غيره أو في يد وكيله، ولم يعلم الوكيل، فقال المحل، أعزني، يعني أعطني
انتفع به فأخذه وسماها استعارة أو عارية، للاشتراك في الفائدة وكأنه لذلك قال:
(جاء) وما فعل المحرم حراما، إذ ما أعار صيدا أو ما فعل هو أيضا حراما، لعدم
الإعانة على الإثم، فصح الحكم، وبقي المناقشة في اللفظة فقط، وهو هين، إلا أنه
يبقى الدليل الأول الذي أشرنا إليه، فتأمل في جواز أخذ المحل له في صورة كونه
محبوسا أو في يد الوكيل، فتأمل.

قوله: ولو رجع على المستعير من الغاصب الخ. أي إذا استعار شخص

(١) يعني المصنف في قوله: لزوال ملكه عنه.

(٢) في النسخة المطبوعة: أو كان غائبا عنه محبوسا في ملكه.

أو بالعين التالفة على الغاصب، لا عالما (أو - خ) ومفرطا.

من الغاصب، العين المغصوبة، فقد مر أنه ضامن، وكذا الغاصب، فللمالك الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع على المستعير - على تقدير تلفها بها أو بنقصها على تقديره وبأجرة المنفعة التي انتفع بها المستعير أو التي فاتت ولم ينتفع بها - رجع المستعير على الغاصب بالجميع، إن كان المستعير جاهلا غير مفرط ومقصر، وإن كان عالما أو مفرطا فلا يرجع، ويستعر الضمان عليه.

دليله أن تعدد اليد (الأيدي - خ) على الغصب موجود للضمان عينا ومنفعة، ولو كانت أجرة المدة التي كانت مغصوبة، واستقرار الضمان على من تلف في يده عالما بالغصب عندهم.

ينبغي أن يكون المراد النقص وأجرة المنفعة في مدة كانت العين في يد المستعير وحصولا حينئذ لا غير.

والظاهر أنه يرجع المستعير على الغاصب بما أخذ منه، ولو كان في مقابلة النفع الذي انتفع به أيضا، مثل عوض اللبن الذي شربه، إن جاز العارية له أجرة ركوبها (٢)، ولكن يرد ما بقي من عين اللبن والصوف، وكذا ثمنها بعد إجازة المبيع (البيع - خ) الفضولي، لأنه غره، ولأنه لو لم يقل له إنه عارية لم يشرب اللبن، ولا يركب المركوب، ونحو ذلك.

وأیضا الظاهر أنه لم يكن (٣) للمالك الرجوع على المستعير إذا علم وبادر إلى الاعلام، فتلف أو نقص مع الجهل وعدم التفريط، ويرجع المالك على الغاصب فقط.

وإذا علم وقصر أو فرط في الاعلام فهو ضامن، فللمالك الرجوع عليه، فلا

(١) في بعض النسخ، وإن جاز العارية.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولعل الصواب: وأجرة ركوبها.

(٣) وفي النسختين المخطوطتين، الظاهر أنه لو لم يكن الخ، والصواب ما أثبتناه.

ولو رجع على الغاصب، رجع على المستعير العالم.

يرجع هو على الغاصب، فلا ينبغي الرجوع حينئذ للمالك على الغاصب، لأن في الأول ما قصر أصلا، فالأخذ منه ظلم ظاهرا (١)، إلا أن يكون نصا أو اجماعا (٢)، والظاهر (في الاعلام - خ) عدمهما ولذا قال في شرح الشرائع - بعد الحكم المذكور - والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب. والمراد تلفه أو نقصه عنده مع جهله أيضا وحينئذ معلوم أن الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الأغلب، وإلا يرجع الغاصب عليه جزما. وفي الصورة الثانية غاصب عندهم وضامن. والظاهر أن مرادهم مع بقاء الجهل إلى حين النقص أو التلف، وهو ظاهر.

والظاهر أنه أشار بقوله (مفرطا) إلى ما أشرنا إليه من أنه إن كان جاهلا غير مفرط لم يرجع، لا جهلا مطلقا، مفرطا كان أم لا، إذ قد عرفت أن المستعير المفرط ضامن، فلا يرجع على أحد، فلا بد لعدم الرجوع من انتفاء سبب الضمان عنه بالكلية، وفي الضمان والرجوع يكفي أحد الأسباب من العلم أو الإفراط فتأمل.

ولو أغرم الغاصب فمقتضى قاعدتهم المشهورة من أن ترتب الأيدي على الغصب موجب للضمان، ويستقر الضمان على من تلف في يده، أنه يرجع الغاصب إلى المستعير.

فتأمل فيه، فإنه يتخيل لولا الاجماع عدم رجوع، لأنه غاصب عالم استحق الأخذ منه، والأصل ينفي الرجوع للغاصب الأول الذي غصب وصرفه آخر، إلا أن

(١) في بعض النسخ المخطوطة، ظلم ظاهر.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، نص أو اجماع.

ولو أذن في الزرع أو الغرس، جاز له الرجوع بالأرث.

يتلف بتقصير من في يده، فيمكن الرجوع، فتأمل.
قوله: ولو أذن في الزرع الخ. قد علم أن العارية جائزة دائما إلا ما استثني، فلو أذن للزرع أو الغرس مثلا فزرع أو غرس، يجوز لمالك الأرض حينئذ الرجوع عنها، ولكن إذا رجع يلزم الاضرار على المستعير، فإنه يتلف عليه ما زرع، وهو ضرر منفي عقلا وشرعا كتابا وسنة (١) واجماعا، فقال (٢): يجوز الرجوع والقلع مع الأرث. الظاهر أن المراد بالأرث هو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعا وبين ما يدرك.

هذا إن فرض للمقلوع قيمة، وإلا فيحتمل جميع قيمة ما إذا أدرك، وفي الغرس تفاوت ما بين كونه مقلوعا وباقيا منتفعا به إلى مدة العارية، إن عين لها مدة منقطعا، أو مدة بقائها إن كان ذلك.

ويحتمل عدم الأرث أيضا، لأنه كان يعرف إن هذا عقد جائز، فكأنه ارتكب الضرر لنفسه عالما، فلا ضمان على أحد. والأول هو المسطور في الكتب، فكأنه مما لا خلاف فيه، وله وجه أيضا، وهو الجمع بين الحقين مهما أمكن.

وعلى تقدير الأرث ليس للمالك تكليفه بالقلع حتى يسلم الأرث كما هو مقتضى كلام التذكرة والشرائع، إذ قد يقلع، ولم يعطه شيئا، فيتضرر، بخلاف إن أخذ ولم يقلع، فإنه وإن كان ضررا أيضا، ولكن يجعل الأمر إلى الحاكم، فيجره إن

(١) أما الكتاب فيمكن أن يكون إشارة إلى قوله تعالى: ولا يضار كاتب ولا شهيد (البقرة ٢٨٢) وراجع أيضا (٢٣٤) والطلاق ٧ والنساء ١٢ وغيرها من الآيات.
وأما السنة فهي لا ضرر ولا ضرار راجع الوسائل الباب ١٢ من أبواب احياء الأموات الرواية ٣ و ٤ ج ١٧ ص ٣٤١.
(٢) يعني المصنف في المتن في قوله: جاز.

وليس له قلع الميت بعد الإذن في الدفن.

أمكن، وإلا يقلعه بنفسه وعدم التمكن منه لكونه ظالما (عالما - خ) قادرا على المنع ليس من جهة تقديم الأرش.

والظاهر أن ليس عليه (حينئذ - خ) تسوية الأرض وطم الحفر، بخلاف ما كان متعديا، بأن غرس مع حصر الإذن في الزرع، فإنه لا أرش له وعليه طم الحفر والتسوية كالغاصب.

وقال في التذكرة: إذا أعاره للرهن فرهنه كان للمالك مطالبة المستعير يفك الرهن في الحال، سواء كان بدين حال أو مؤجل، فإن (لأن - خ) العارية عقد جائز من الطرفين، فللمالك الرجوع فيها متى شاء، وإذا حل الدين أو كان حالا، فلم يفكه الراهن، جاز بيعه في الدين، لأن ذلك مقتضى الرهن. كأنه يريد مع تعيين الوكيل أو الحاكم مع عدمه.

ثم أنه ظهر (يظهر - خ) منه أن له البيع مع كونه جائزا، ومع عدم رضا المالك، وأنه ليس للمالك فك رهنه، بل له مطالبة الراهن الذي هو المستعير. وفيه بعد إذا لم يثمر حينئذ الجواز، فلعل مراده أنه يجوز له أيضا ذلك، فتأمل، وقد قيل: ادعى الاجماع في جواز العارية للرهن.

قوله: وليس له قلع الميت الخ. من صور الاستثناء عدم جواز الرجوع عن الإذن والإعارة للدفن، بمعنى عدم ترتب أثر عليه فلا يجوز له قلع الميت بعد الدفن. قال في التذكرة: لو رجع قبل أن يعلم المستعير، فالأقرب أنه كذلك لا عوض له، ولو رجع وعليه المستعير برجوعه ثم استعمل فهو غاصب ما عليه الأجرة، إلا إذا أعار لدفن ميت مسلم، ثم رجع بعد الدفن، لم يصح رجوعه ولا قلع الميت ولا نبش القبر إلا أن يندرس الميت لما فيه من هتك حرمة الميت، ولا نعلم فيه خلافا.

أما لو رجع قبل الحفر أو بعده، قبل وضع الميت، فإنه يصح رجوعه، ويحرم

دفنه، ولو رجع بعد وضع الميت في القبر، وقبل إن يواريه بالتراب، فالأقرب أن له الرجوع أيضا، ومؤنة الحفر - إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن - لازمة لولي الميت، ولا يلزم ولي الميت الطم، لأن الحفر مأذون.

دليل جواز الرجوع في جمع ما تقدم أنه عقد جائز، فيجوز الرجوع عنه، إلا ما ثبت بالدليل عدمه، وهو موجود فيما بعد الدفن، وهو الاجماع وتحريم النيش، وبقي الباقي تحته، وغير معلوم صدق النيش بعد الوضع وقبل الطم، فإنه ليس بنيش القبر ظاهرا لغة ولا عرفا عاما.

إلا أن يدعي عرفا شرعيا، ويقال إنه مستلزم لهتك حرمة الميت المسلم، ولهذا لا يجوزون اخراج الميت بعد الوضع يغسل نجاسة كفته، بل يقصون إن لم يمكن الغسل فيه: وكذا لا يجوزون نقله (لا يجوز - خ) إلى قبر آخر، بل إلى المشاهد أيضا على الظاهر فيهما.

وإن كان دليل ع ل على تحريم نقله بعد الدفن يشعر بجوازه بعد النيش وقبل الطم، حيث قال: لأن النقل مستلزم للنيش. (١) لكن هذا الدليل فيه ما فيه كما ترى.

وأما لزوم مؤنة الحفر على ولي الميت من مال نفسه، كما هو الظاهر، لا من مال الميت، فلأنه تعرض للحفر في موضع يجوز لصاحبه الرجوع، فيذهب المؤنة، ويحتاج إلى أخرى، فكأنه فعل المؤنة في معرض التلف، خصوصا إذا أمكن الدفن في

(١) الظاهر أن مراده الشيخ علي محقق الكركي، وعبارة جامع المقاصد - (في كتاب العارية) - هكذا: لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز لأنه لا يستلزم النيش المحرم الخ. وقال في كتاب الطهارة - (في أحكام الدفن) - عند قول المصنف قده: ويحرم نيش القبر ما هذا لفظه: تحريم النيش في الجملة اجماعي، واستثنى مواضع - إلى أن قال: ولو استعير للدفن جاز الرجوع قبل الطم لا بعده،

لأن النيش محرم، انتهى موضع الحاجة من كلامه وأما العبارة المنقولة في المتن فلم نعثر عليها.

ولا قلع الخشبة إذا كان طرفها الآخر في ملكه.

غير أرض الإعارة، ومع العلم بحقيقتها. ويحتمل على المالك، لأنه أذن للوضع، ثم منع، فهو مثل أرش الرجوع، وليس على الولي طم الحفر، لأنه مأذون فيه. ثم قال: إذا نبت شجرة في القبر يجوز لمالك الأرض سقيها، إلا أن يقتضي السقي إلى ظهور شيء من الميت، فيحرم، لأنه نبش في الحقيقة. وقال أيضا: إن الدفن من جملة منافع الأرض، ولكن إذا أعار الأرض للانتفاع لا يدخل الدفن فيها، إلا بالنصوصية، لأن مثل هذه المنفعة لا يكفي فيها إطلاق العارية، بل يجب ذكرها بالنصوصية، بخلاف سائر المنافع. وقال أيضا: إذا أعار الأرض للزرع أو الغرس له الدخول في الأرض والاستغلال فبطل بنائه وكلما لا يضر بمنفعة المستعير. قوله: ولا قلع الخشبة الخ. يعني إذا استعار حائط لوضع الخشبة فهو جائز، ولم يجر للمعير أيضا هنا الفسخ كما في صورة القبر، فهو من المستثنى أيضا، إذا كان طرفها الآخر على حائط المستعير، بحيث لو أزيل الخشب (لو أزيل الخشبة - خ) لخرب الحائط (حائطه - خ)، للزوم الضرر، وقد جوزه المعير، فيكون هو سببا للضرر والفساد، وهو منهي. ويمكن جوازه مع الأرش، كما في الغرس ومشابهته به أكثر من القبر، فتأمل. وقال في التذكرة: لا يجوز للمعير الرجوع في العارية إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، فلو أعار لوحا يرقع به السفينة ثم لحج في البحر، لم يجر للمعير هنا الرجوع. ويحتمل أن له الرجوع، ويثبت له المثل أو القيمة مع تعذره للجمع بين الحقين.

ولو انقلعت الشجرة، لم يكن له زرع أخرى، إلا بالإذن (بإذن المالك - خ).

ولو أعاره حائطا لوضع خشبة عليه، جاز له الرجوع قبله مجانا اجماعا، وبعده مع الأرش ما لم يكن أطراف الخشب الآخر في ملك المستعير ويؤدي إلى خراب ما بناه المستعير، ففيه خلاف.

ولو قال المعير أنا أدفع إليه أرش ما نقص بالقلع لم يجب على المستعير إجابته إن منعنا الرجوع هنا الخ.

قوله: ولو انقلعت الشجرة الخ. أي إذا أعار أرضا لغرس شجرة أو حائطا أن يحط على حائطه فانقلعت، ليس للمستعير غرس الشجرة ووضع أخرى مكانه إلا بإذنه جديد لغرس الشجرة، فليس له غرس أخرى.

وفيه تأمل إذا علم جواز الغرس والوضع على الحائط فانقلعه ليس بمبطل للإذن، إلا أن يكون الإذن مخصوصا بزمان، وخرج ذلك الزمان أو مخصوص بشجرة معينة، وأراد أن يحط أخرى بدلها لا هي، فلو أراد أن يحط ذلك (تلك - خ) بعينها لا مانع منه، بل في عدم جواز أخرى أيضا تحت بناه، ما على ما ذهب إليه المصنف من جواز التعدي في العارية إلى المساوي، وأقل ضررا، فينبغي أن (١) تقيد الأولى بالمعينة والأخرى ب (أضر) أو بغيرها من المخصصات بحيث يصير الإذن مقصورا عليه إما صريحا بأن ينهي صريحا عن الغير أو بقريئة واضحة.

قال في التذكرة: ولو أعار للغرس ثم ماتت الشجرة أو انقلعت لم يكن له غرس أخرى غيرها إلا بإذن جديد وكذا في البناء لو أذن فيه فبنى ثم انهدم، أو أذن له في وضع جذع على حائطه فانكسر، وهو أحد وجهي الشافعية لأن الإذن اختص بالأولة والثاني إن له ذلك لأن الإذن قائم ما لم يرجع فيه فعدم رده للثاني يشعر

(١) في بعض النسخ، أن لا تقيد الأولى، والصواب ما أثبتناه.

وليس للمستعير الإعارة ولا الإجارة إلا بالإذن.
ولو تلفت بتفريط بعد نقص القيمة بالاستعمال ضمن الناقص
لا النقص.

بجوازه أيضا، كما أشرنا إليه، فتأمل.

قوله: وليس للمستعير الإعارة الخ. قد مر تفصيله، ومعلوم عدم جواز
التعدي، فإن استعار لنفسه بأن يكون هو المستعير فقط كيف (فكيف - خ) له أن
يعيره أو يؤجره الخ وهو ظاهر، إلا مع انضمام أمر آخر به مثل العلم بجواز ذلك من
غير نفس الإعارة له، وحينئذ يكون وكيلا للمالك في الإعارة لا معيرا له، لأنه لا بد
من أن يكون المعير مالكا للمنفعة المعارة ما بالذات أو بالتبع.
نعم يجوز له الاستيفاء بنفسه وبوكيله إن لم يشترط ولم يقيد بالاستيفاء
بنفسه وتكون المنفعة عائدة إليه، كما مر.

وأما الأهل والدواب والضييف فحكمه حكم نفسه إن كان المحل قابلا لهم
فالإعارة له إعارة لهم أيضا، بمعنى جواز الانتفاع لهم بإعارته للأول فكأنه المنتفع
بها، وهو أيضا ظاهر.

قوله: ولو تلفت بتفريط الخ. يعني لو استعمل المستعير العين المعارة
فنقصت بسبب الاستعمال المجوز بالعارية ثم فرط أي فعل ما لا يجوز له وكان سببا
للضمان فتلف ضمن من حين التفريط العين الناقصة لا ذلك النقص الذي حصل
بالانتفاع المجوز مطلقا، سواء تلف بسبب ذلك التفريط أم لا بل بآفة.
وظاهرها أنه حينئذ يضمن أجرتها التي تحصل بسبب الاستعمال بعد
التفريط، فإنها خرجت عن الأمانة والعارية ودخلت في حكم الغصب والضمان.
ويمكن عدمه إذا ما علم عدم جواز الاستعمال الذي جوزته، إلا أنه لما فرط
دخل في ضمانه إما مطلقا أو بذلك الوجه الذي هو التفريط، بمعنى أنه لو تلف
بذلك الوجه يكون مضمونا لا غير، كما مر.

ويضمن بالجحود.
ويقبل قوله في القيمة، والتلف، وعدم التفريط، لا الرد.

اعلم أنه قد كثير في الوديعة والعارية ونحوهما من الأمانات أن المفرط والمتعدي بأي وجه، ضامن مطلقا، وإن علم عدم مدخلية التفريط في التلف، لأنه حينئذ يده يد ضمان وغصب.
وفيه تأمل، إذا لا دليل عليه شرعا كتابا وسنة واجماعا، لما نقلناه عن التذكرة في الوديعة مع نقل الاجماع، وما فيه، وأنه ليس بتمام ما ذكر خصوصا في ترك الحفظ بمثل ترك العلف، لأن الإذن السابق موجود، فتأمل قوله: ويضمن بالجحود. قد مر مثله في الوديعة.
قوله: ويقبل قوله الخ. دليله غير واضح، كأنه قيس بالوديعة، وهو قياس مع الفارق، فإن هناك ضرورة، لئلا يلزم سد باب قبول الوديعة، وهو غير مناسب للحكمة المطلوبة، إلا أن بعض الأخبار (١) يدل على أنه أمين غير ضامن، وأنه لا ضمان عليه إلا مع الشرط.
وقال في التذكرة: أنه مؤتمن، وربما تعذرت البيئة.
وليس في ذلك حجة قاطعة (٢)، فإن كان اجماع أو نص، وإلا فالقواعد تقتضي كون القول قول المالك، كما في الرد، لأنه مدع والمالك منكر، والفرق بين الرد والتلف مشكل، وإن كان احتمال التلف في موضع لا يمكن الاشهاد فرقا، غير بعيد، فإذا ادعى التلف في مثل هذه الصورة يقبل، دون ما يمكن، فتأمل.
نعم القول قوله في قيمة العين المتلفة، لأنه غارم، والأصل عدم الزيادة.
هذا إذا لم يكن شاهدا على تعيين القيمة حين التلف، ولو كانت الشهود

(١) راجع الوسائل الباب ١ من كتاب العارية ج ١٣ ص ٢٣٦.
(٢) في النسخة المطبوعة: وليس ذلك بحجة قاطعة.

ولو ادعى المالك الأجرة حلف، على عدم الإعارة، وله الأقل من المدعى و (أو - خ) أجرة المثل.

على ذلك قبل الفوت بحيث يجزم عرفاً أنه لا يتغير، فلا يسمع أيضاً قوله، وأما مع احتمال التغيير وعدم الشهود، فالقول قوله مع اليمين فيه وفي عدم التفريط أيضاً، فتأمل.

قوله: ولو ادعى المالك الأجرة، الخ. يعني لو ادعى مالك داراً على متشبه بها مدة يستحق بها أجرة كونها عنده بعقد إجارة مدة معينة بمبلغ معين، وأنكر المتشبه ذلك، وقال: بل هي بالعارية، له احلاف المالك على عدم العارية، فانتفت، والغرض أنه قد انتفع بها مدة يستحق فيها أجرة والأصل عصمة مال الناس وعدم خروجه عن يده إلا بعوض، وقد انتفى السبب الذي لا يلزمه الأجرة، ويدعيه المتصرف، فيثبت له عوض.

فإن كان المدعى أقل من أجرة المثل فلا كلام، فإنه باقراره لا يستحق أكثر من ذلك، وإن كان أكثر فلما لم يثبت المدعى - ولا بد له من عوض وليس إلا أجرة المثل - قال المحقق الثاني الشيخ علي والشهيد الثاني رحمهما الله تعالى إنه يجب التحالف هنا، فإنه دعويان، ومجرد نفي العارية لا يستلزم نفي الإجارة أيضاً حتى يثبت (١) المدعى، بل أقل الأمرين، فيجب احلاف المتصرف على نفي المدعى، فإن حلف يلزم أقل الأمرين لما تقدم.

وكأنه مأخوذ من التذكرة، حيث قال: إذا حلف على نفي الإعارة، فالأقوى عندي أن المستعير يحلف على نفي الإجارة، فإذا حلف ثبت للمالك أقل الأمرين من أجرة المثل والمسمى الخ.

ويمكن أن يقال: هذا متجه خصوصاً إذا كان المدعى، عينا من الأعيان

(١) في بعض النسخ: حتى لا ريثبت، ولعل الصواب ما أثبتناه.

المشخصة، وأن يقال العذر للمصنف بأن مراده (١) على تقدير أن يقنع المالك بذلك، ولم يدع ويرتكب شيئاً آخر، وإن كان ذلك أقل ما يحصل له في هذه الصورة، وأما إذا لم يقنع بذلك وطلب المدعى فله احلافه، وهو ظاهر، وما ذكر ذلك لظهوره، ولأنه لو لم يترك، ويدعي الأجرة المعينة فينكره الخصم، فيحتاج إلى احلاف، ومعه لا يبقى له شيء أصلاً، كما سنبينه. وبالجملة إن أراد أن يأخذ شيئاً لا يمكن ذلك إلا بترك الدعوى ثانياً، وتركه الاحلاف، فإنه لا شيء معه.

ويؤيد ما اختاره المصنف صحيحة إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل كانت عندي وديعة، وقال الآخر إنما كانت لي عليك قرضاً؟ فقال: المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنه كانت وديعة. (٢)

والذي يختلج في الخاطر، كما أشرنا إليه فيما تقدم أن يقال: ليس ما في المتن جيد (جيدا - خ) ولا ما ذكره في الحاشية والشرح. أما المتن فلما ذكره (٣)، ولأنه إنما يدعي عليه الأجرة المعينة، فعلى تقدير حلفه انتفت العارية، فلا تثبت الأجرة، أما أجرة المثل فلا قراره وأما المعينة فلعدم ثبوتها، والأصل براءة الذمة وعدم استحقاق شيء في ذمة المتصرف ونفي العارية لا يستلزم الأجرة وقد لا نسلم أن الأصل حصول أجرة وعوض لصاحب المال. وأما ما ذكره فلأنه إذا أحلف المالك المنكر على نفي الإجارة فقد أسقط حقه الذي كان له في الدنيا مطالبته باليمين، كما ثبت في محله، إن اليمين مسقطه

(١) يعني مراد المصنف قدس سره.

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب الوديعة الرواية ١.

(٣) يعني ما ذكره المحقق الثاني الشيخ علي، والشهيد الثاني قدهما من التحالف.

بالنص والاجماع، وقد اعترف أن ليس له حق آخر غيرها، ولا معنى لدعوى المستعير عليه الإعارة وتحليفه، فلا معنى للتحالف وأخذ الأقل من المدعي والأجرة، خصوصا إذا ادعى أن الأجرة عين معينة. (١)

ولأن المدعي هنا في الحقيقة هو المالك، فإذا ادعى ولم يقدر على إثباتها، وأحلف خصمه فما بقي للمتصرف دعوى عليه، فإنه ما يدعي عليه شيئا مسقطا لشيء نافعا له، فإنه إذا حلف سقط دعواه عنه، وليس للمالك دعوى أخرى باقراره.

فالذي هو الظاهر أنه (أن - خ) يقدم الحاكم دعوى المالك، فإنه المدعي لا غير، فإن أثبت ما ادعاه بالبينة فهو، وإلا فيقول: لك الاحلاف، فإن اختار ذلك، وحلف المتصرف سقط عنه الحق الذي يدعيه، ولا حق له غيره باقراره، وانقطع الدعوى، فإن قوله، بل أعرتني، ليس دعوى مطلوبة له أيضا، بل جواب الخصم، فلا يحتاج إلى إثباتها بعد دفع الخصم باليمين، فليس هذا محل التحالف ولا محل تقديم دعواه وإثبات أقل الأمرين، كما قالوه، بل لا شيء له بحسب الظاهر في الدنيا، فتأمل. وبالجملة إما تقديم دعوى المالك الأجرة والاحلاف، وحينئذ لا شيء له أصلا لما تقدم، وإما ترك تلك الدعوى ودعوى الأجرة، بعد أن أقر أنه استوفى المنفعة، لكنه بلا عوض، لكونها عارية يتوجه إليه الحلف، فلما حلف المالك سقط دعوى العارية فلا بد لمنفعته من عوض، ولما لم يثبت الإجارة لم تثبت المعينة فباقراره، الزائد عن الأجرة المعينة ساقطة (٢) إن ادعاه، فيأخذ الأقل، ولو كانت الأجرة معينة تكون عوضا ومقاصة، فما ذكره المصنف متجه ويحتمل ما ذكرناه. ولا وجه للتحالف إلا أن تكون العارية لازمة أو يدعي أمرا آخر مثل

(١) في بعض النسخ: غير معينة، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب ساقط.

ولو اختلفا عقيب العقد حلف المستعير، ولا شيء.

السكنى مدة طويلة وما مضت وحينئذ يتوجه التحالف والدعوى بعد التصرف المدة المذكورة، مثل ما إذا كان يملك الدعوى قبل مضي مدة يستحق بها أجره، حلف المستعير، ويرد العين إلى صاحبه، ولا شيء عليه، كما ذكره المصنف، بقوله: (ولو اختلفا الخ) فلا فرق بين الصورتين، الله يعلم.
ثم بعد أن كتبت رأيت في التذكرة، قال: مسألة إذا اختلف المالك والمستعير، فقال المالك: آجرتك هذه العين مدة كذا بكذا، وقال المستعير: بل أعرتنيها، والعين باقية بعد انقضاء المدة بأسرها أو مما له أجره في العارة، قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: القول قول المستعير، وبه قال أبو حنيفة، لأنهما اتفقا على أن تلف المانع كان على ملك المستعير، لأن المالك يزعم أنه ملكها بالإجارة، والمستعير يزعم أنه ملكها بالعارية، لأن المستعير يملك بذلك، وقد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه، والأصل عدم وجوبه فكان القول قوله: ولأن الأصل براءة الذمة، والمالك يدعي شغلها فيحتاج إلى البينة الخ. (١)
هذا هو الذي ذكرناه.

ولكن في قوله: (إن المستعير يملك المنفعة) تأمل، فإنه يجوز له التصرف، فإنه (فهو - خ) إباحة له لا أنه ملك له، ولهذا قيل في تعريفها: ثمرته تسويغ التصرف لا التملك، فتأمل.

ورأيت جعل ذلك أيضا احتمالا أولا في القواعد: قال: لاتفاقهما على إباحة المنفعة، والأصل براءة الذمة من الأجرة، ثم ذكر ما في المتن، فالظاهر أن اختياره، ذلك في القواعد وفيه إشارة إلى ما قلناه على كلام الشيخ وأبي حنيفة من ملكية المستودع المنفعة، فلعل ذلك مذهب أبي حنيفة، فتأمل.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢١٦.

(المقصد التاسع في اللقطة)

(وفيه مطلبان)

(الأول) المحل الملقوط، إما انسان، أو حيوان، أو مال.
وشرط الأول، الصغر، فلا يصح التقاط البالغ العاقل،

(المقصد التاسع في اللقطة)

قوله: الأول المحل الملقوط الخ. قال في التذكرة: اللقطة بفتح القاف،
المال الضائع، والمال الملقوط، نقله عن الخليل بن أحمد والفراء وابن الأعرابي
والأصمعي، ثم قسمها إلى أقسام ثلاثة، قال: لقطة الحيوان ولقطة الانسان ولقطة
سائر الأموال، كما هنا، إلا أنه قدم الحيوان على الانسان عكس المتن.
قوله: وشرط الأول الصغر الخ. أي المحل الأول للقطة، وهو الذي
يتعلق به الالتقاط والأخذ - هو الانسان، وشرط أخذه - ليصير لقيطا شرعيا - هو
الصغر.

لا يخفى أن للقيط أركاناً ثلاثة، الالتقاط، واللقيط، والملتقط، أما الأول أي
الالتقاط فهو الأخذ والتصرف في اللقيط والحفظ.

قال في التذكرة: وهو واجب على الكفاية لاشتماله على صيانة النفس عن
الهلاك، وفي تركه اتلاف النفس المحترمة - إلى قوله -: وليس أخذ اللقيط واجبا على
الأعيان بالاجماع - إلى قوله -: بل هو من فروض الكفايات.

ثم قال: ويستحب الاشهاد على أخذه، لأنه أهون وأحفظ، لأنه يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب. (١)
وأنت تعلم أن المحقق في الشرائع على استحبابه، ونقل عن اللمعة مع خوف التلف والضرر أنه واجب، وإلا مستحب.
ولو وجد هذا التفصيل، فهو جيد، ولكن لي في الوجود تأمل، إذا لطفل في محل التلف مع عدم الكفيل.
وأما الثاني أي اللقيط، فقال في التذكرة: هو كل صبي ضائع لا كافل له، ويسمى منبوذا باعتبار أنه ينبذ ويرمى.
وقال في موضع آخر: فيخرج بقيد الصبي البالغ، فإنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى للالتقاط.

نعم لو وقع في معرض الهلاك أعين ليتخلص، أما الصبي الذي بلغ سن التمييز، فالأقرب جواز التقاطه لحاجته إلى التعهد والتربية، وهو أحد قولي الشافعية والثاني أنه لا يلتقط، لأنه مستقل ممتنع كضالة الإبل، ولا يتولى أمره إلا الحاكم. (٢)
فكأنه (وكأنه - خ) يريد بالصبي غير البالغ سواء كان مميزا أو مراهقا أم لا.
ولا يبعد أن يقال: الأصل عدم وجوب الالتقاط فيقتصر على محل الوفاق، فإن لم يكن مميزا فهو محل الوفاق، وإن كان مميزا في الجملة - ولكن مع ذلك ما وصل تمييزه إلى حفظ نفسه عن الهلاك بأن يقع في ماء أو بئر أو نار، أو يقع (وقع - خ) من سطح، ونحو ذلك مثل وقوعه بين يدي الحيوانات وخروجه من البلد إلى محل الهلاك ومثلها - فالظاهر أنه مثل غير المميز، بل كاد أن لا يسمى به.
وأما إذا تعدى عن هذه المرتبة، ولكن يحتاج إلى المنزل ليغسل حواسه

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥١.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٢٧٠.

(جوانبه - خ) وبدنه عن الوسخ، أو يطبخ له طبيخا، فالظاهر أنه لا يجب التقاطه، بل ليس ذلك محلا له، فيكون أمره إلى الحاكم، كالبالغ والمميز الذي لا يقدر بنفسه على تلك الأمور، من باب الولاية العامة كحفظ المجانين وأموال الغياب وسائر المصالح (العامة - خ)، فينصب له من يباشر ذلك، ويصرف عليه من بيت المال، إن لم يكن له مال.

فإن كان مراده بالمميز المميز في الجملة، ولم يصل إلى ما ذكرناه فالحق كلامه، ولكنه بعيد عن كلامه، وإلا فالظاهر خلاف أقربه الذي هو الثاني من قول الشافعية. (١)

وكأنه اختاره في المتن في آخر هذا الشرط بقوله: (ويجوز أخذ المملوك الصغير دون المميز)، إلا أن يؤول بما مر، فتأمل.

والظاهر (أيضا - خ) أنه يريد بقوله: (أعين) وجوب الإعانة، كما يشعر به دليله، فإن فيه حفظ النفس، وفي تركه هلاكها، فهو واجب من باب الإعانة والحفظ، كما في غيره من الصور، وكما في الالتقاط، وليس من ذلك الباب. وأيضا الظاهر أنه يريد بجواز التقاط المميز عدم تحريمه، ووجوبه كفاية، لأنه اختار أن وجوبه كفاية، ومعلوم أنه على تقدير الكفاية أن يكون أحد يتعين. ثم المصنف في المتن جعل الصغير شرطا، وفرع عليه عدم صحة أخذ البالغ العاقل، فكأنه يريد بالصغير ما يلزمه غالبا من عدم العقل التام، سواء كان لعدم البلوغ أو لعدم العقل، فيفهم أنه يجب التقاط غير البالغ مطلقا وهو محل التأمل. على أنه قال في آخر شرط الأول (٢): ويجوز أخذ المملوك الصغير دون المميز،

(١) إشارة إلى ما نقله عن التذكرة أنفا من قوله: أما الصبي الذي بلغ سن التميز فالأقرب التقاطه الخ.
(٢) يعني المحل الأول للقطعة الخ.

وانتفاء الأب أو الجد، أو الملتقط أولاً، فلو كان له أحدهم،
أجبر على أخذه

فيفهم منه إن المميز لم يكن لقيطا عنده، وهو مؤيد لما قلناه من المذهب الثاني
للشافعية، فهو مخالف للتذكرة، ولأول كلامه، فتأمل.
وأيضاً يفهم أنه يجوز التقاط المجنون، وأنه محل التأمل أيضاً، وهو خلاف
ما يفهم من غيره من العبارات في تعريف اللقط وشرائطه من نفس كلامه، حيث
شرط الصغر، فإنه ظاهر في غير البالغ، وكذا في التذكرة والقواعد.
لكن في آخره قال: غير البالغ، مثل ما هنا، وزاد في الدروس في التعريف
الصبية والمجنون أيضاً، ينبغي أن يقال: أو المجنونة أيضاً.
قوله: وانتفاء الأب الخ. إشارة إلى شرط ثانٍ للأول، وبيان فائدة قيد
(لا كافل له) في تعريف التذكرة.

قال في التذكرة: وقولنا: ضائع، يريد به المنبوذ، لأن غير المنبوذ يحفظه أبوه
أو جده لأبيه أو الوصي لأحدهما، فإن لم يكن أحدهما (١)، وإلا نصب له القاضي
من يراعيه ويحفظه ويتسلمه، لأن له كافل معلوم (٢)، وهو أبوه أو جده أو وصيهما،
فإذا فقد، قام القاضي مقامه، كما (أنه - خ) يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين،
وأما المنبوذ فيشبهه (فإنه يشبهه - خ) اللقيط، ولهذا يسمى لقيطاً، فلم يختص حفظه
بالقاضي بل يحفظه كل من يلقطه، وقولنا: لا كافل له، يريد به من لا أب له ولا جد
للأب ومن يوم مقامها كالملتقط، فمن هو في حضارة أحد هؤلاء لا معنى لالتقاطه،
نعم لو وجد في مضيعة أخذ ليرد إلى حاضنته. (٣)

- (١) التذكرة ج ٢ ص ٢٧٠ عبارة النسخة المطبوعة التي عندنا هكذا: فإن لم يكن أحد هؤلاء نصب
القاضي له الخ.
(٢) في التذكرة: لأنه كان له كافل معلوم.
(٣) التذكرة: ج ٢ ص ٢٧٠.

اعلم أن في قوله (١): (لا كافل له يريد الخ) تأملا، لأن الظاهر أن المنبوذ هو الذي طرح ونبذ ولم يكن تحت يد أحد، ويكون في موضع يظن هلاكه وضياعه، كما فهم من كلامه، ولأن غير المنبوذ بالمعنى الذي تقدم، له من يكفله، سواء كان ذلك قريبا (له - خ) أو بعيدا أو ملتقطا أو غيره، فلا يلتقط ذلك، لأنه ليس بضائع (أو - خ) ولا في مهلكة وموضع ضياع، فلا يوجد فيه شرط الالتقاط، وهو ظاهر، فالحافظ لغير المنبوذ ليس منحصرًا فيما ذكره.

وإن أراد الذي يجب عليه الحفظ، فيمكن أن يقال: إن الأم والأجداد كذلك مطلقا، سواء كان من الأب أو الأم نعم الولي منحصر فيهم والحافظ الذي يجب عليه الحضانة أعم منه، فإذا لا يجب على القاضي نصب الحافظ على تقدير عدم هؤلاء، بل لا يجوز، فإن الحضانة للأم مثلا، على أن قوله (أحدهما وإلا نصب) غلط.

ويحتمل أن تكون العبارة هكذا (أو يكون الوصي لأحدهما وإلا نصب الخ).

وأنه يريد بالمنبوذ الشذي لا كافل الشذي لا كافل له معينا، فإنه الذي لا يختص بالقاضي، ويأخذه غيره، وشبيهه بالمال الملقوط يحفظه كل من لقطه.

وكذا في قوله: (قولنا لا كافل له الخ) (٢)، لأنه ظاهر في أن الكافل الذي يسقط معه الالتقاط غير الأم وغير الجد من الأم، وأنه منحصر في الأب والجد منه والملتقط، كعبارة الكتاب، إلا أن لفظ (من يقوم مقامهما) مع ما تقدم، يفيد ادخال الوصي أيضا.

وقد عرفت أنه يمكن أن لا يكون منحصرًا في هذه الأربعة، إذ ليس هذه

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) قد نقلنا هذه العبارة آنفا من التذكرة فتذكر.

ولاية، فإنه إذا كان له أم أو غيرها مما له الحضانة، وهو كافل في الحمله، بل يمكن أن يجب عليهم مع عدم هؤلاء فلا بد من اشتراط عدمه أيضا حتى يكون لقيطا. بل كون الحضانة بعدهما للوصي أيضا غير ظاهر، بل ظاهر عدمه. نعم لو لم يكن أحد ممن له ذلك مثل الأم وغيرها، أو لم يفعل، يجب عليه أن يحصل له من يحفظه ويراعيه، لا أن له حضانة أو عليه بنفسه ذلك، فتأمل. ولو لم يكن ما تقدم لأمكن ادخالهم في هذه العبارة بتعميم من يقوم مقامهما، على أنه كان يضر ترك الأم وقيد الجد بالأب مما لا حاجة إليه، ويوهم خلاف المقصود.

ومنه علم ما في قول المصنف: (وانتفاء الأب الخ) ومعلوم جبر أحد هؤلاء على الحفظ عندهم، ويمكن أن يكون بالأجرة كالأُم، وكذا الوصي أيضا يجبر إما بحفظه (أن يحفظ - خ) بنفسه أو بتحصيل من يحفظه و (أو - خ) ويحضنه إن كان له مال، ويمكن للوصي أيضا أجرة ذلك، إن أراد، كما قيل: إن للأُم ذلك وللوصي الأكل أجرة.

والظاهر أن (١) عندهم من يجب عليه الحفظ والحضانة منحصر في الولي، وأن من ليس ذلك أن نبذ فهو لقيط، وذلك غير واضح، فتأمل. قوله: وحرية الملتقط الخ. إشارة إلى الركن الثالث لالتقاط الانسان الذي هو أول الأقسام، وهو الملتقط. قال في التذكرة: يعتبر في الملتقط التكليف والحرية والاسلام والعدالة، الخ.

الظاهر عدم الخلاف في اشتراط البلوغ والعقل، فلا اعتبار لالتقاط المجنون

(١) في النسخة المطبوعة أنه عندهم الخ.

بالجواز ذلك.

والظاهر مع عدم وجود ملتقط آخر أيضا لم يقر في يده، بل ينزعه الحاكم، إلا مع الإذن، وحينئذ لا فرق بين وجود الملتقط وعدمه، وهو ظاهر وأيضا في عدم أخذ المحرر بعضه - إذا كان في نوبته بحيث بقدر على تربيته -، تأمل.

وأما الاسلام فالظاهر أن المراد أنه شرط في أخذ اللقيط الذي حكم باسلامه بأن يكون في ديار المسلمين أو قريب بلاد يكون فيها مسلم يمكن تولده فيه (منه - خ) كذا قالوا، فدليل من يشترط الآية (١) وأنه يفتنه عن دينه لأنه ظاهر أنه يعلم الكفر كما يعلم أولاده، فتقريره في يده إعانة على تكفير المسلم، فلا يقر في يده، بل إذا أخذه يأخذه منه الحاكم كالصبي.

ويحتمل كونه منبوذا، كما مر، لأن كلام التذكرة كان مشعرا بأن من لم يكن في يد المولى فهو منبوذ، فتأمل.

ودليل المجوز عموم دليل الجواز، وليس بمعلوم كون هذا سبيلا منفيا (٢) بل تكليف عليه وإلزام بالتربية، والتفتين غير معلوم.

على أنه لو كان ذلك سببا، لكان ينبغي عدم جواز أخذ الطفل الكافر أيضا لأن هناك تفتين في الجملة إذ لو أخذه المسلم لأسلمه فتخليته بيد الكافر إعانة على الكفر، بل بالنسبة إلى أطفاله أيضا.

وكأنه لذلك منع الشيخ علي من التقاط الكافر أيضا عند التقاط الكافر كالطفل المسلم (٣) إذ الأصل عدم ثبوت سلطنته وثبوت أحكام الالتقاط إلا فيما

(١) قال الله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا النساء: ١٤٢.

(٢) إشارة إلى الآية المذكورة آنفا.

(٣) في بعض النسخ من التقاطه الكافر أيضا إذ الأصل الخ وفي النسخة المطبوعة: من التقاط الكافر أيضا وكان عدم التقاط الكافر المسلم أولى إذ الأصل الخ.

ثبت بالدليل، وليس إلا الاجماع، ولا اجماع، هنا، ولهذا ما نقل في التذكرة الاجماع، بل يمكن دعواه في العكس.

وقال: أما إذا كان الطفل محكوما بكفره فإنه يجوز للكافر التقاط الكافر (التقاطه - خ ل) لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض (١)، وللمسلم التقاط الطفل المحكوم بكفره.

ويؤيده عدم جواز أخذ الكافر المسلم، اعتبار العدالة عند البعض.

قال في التذكرة: الأقرب اعتبار العدالة في الملتقط، فلو التقطه الفاسق لم يقر في يده، وينزعه الحاكم، لأن الفاسق غير مؤتمن شرعا، وهو ظاهر، فلا يجوز الركون إليه للآية (٢) ولا يؤمن أن يبيع الطفل، أو يسترقه ويدعيه مملوكا، ولا يؤمن سوء تربيته، ولا يوثق عليه ويخشى الفساد.

وقيل بعدم اشتراطها، فلا ينزع الحاكم اللقيط من يد الفاسق، لأن ظاهر حال المسلم الأمانة، ولهذا قبل قوله في ما في يده من أنه له، وطاهر، ونجس، وإعطاء الأمانة.

وبالجملة ظاهر حال المسلم يقتضي الحكم بعدم فعله غير مشروع، ولأن الأصل عدم فعله غير مشروع، فاندفع الفساد وغير معلوم دلالة الآية (٣) على منعه وهو ظاهر، وقد مر مرارا، ولأنه يجوز له لقطه الأموال، والفرق بينهما مشكل إذ يمكن حفظ حاله بحيث لا يفسد، بالاشهاد والاشتهار، فيؤمن الفساد، كما في المال بالتعريف، إلا أن في الأموال أسهل وهو ظاهر.

وفرق في التذكرة بينهما، بأن في المال تكسب (٤)، وبأنه يجب رد المال بعد

(١) الأنفال: ٧٣.

(٢) النساء: ١٤٢ إشارة إلى قوله تعالى: ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار، هود: ١١٣

(٣) هود: ١١٣.

(٤) هكذا في النسخ والصواب تكسبا بالنصب.

ولو أذن المولى لمملوكه، صح،
ويقر في يد البدوي على رأي،

ويعلم أنه لا يجوز التفتيش بحيث يحصل الأذى، وهو غير بعيد.
وأنه إذا حصل الوثوق يجوز بالاتفاق، وإن لم يكن عدلا، وهو أيضا غير
بعيد، لحصول المقصود، إذ قد يحصل الوثوق بحفظ من ليس بعد باعتبار ترك
بعض المروات أو كذبه أحيانا ونحو ذلك مع حصول العلم بأنه يحفظ الأطفال
ويشفق عليهم أكثر من العدل لكثرة اهتمامه أو محبته للأطفال والأيتام وكرمه
وكثرة الملاحظة في المأكل والمشرب بخلاف العدل وحصول العلم أيضا بأنه لم
يستترقه ولم يلحق نسبه بغيره، وهو ظاهر، ولكنه خلاف ضوابطهم، فتأمل.
ثم قال: يعتبر في الملتقط الرشد، فلا يصبح التقاط المبذر المحجور عليه، فلو
التقطه لم يقر في يده، وانتزع منه، فإنه ليس مؤتمنا عليه شرعا، وإن كان عدلا.
وهذا الشرط ليس بظاهر وغير مذكور في بعض الكتب أيضا مثل المتن،
وعدم حفظ ماله لا يدل على عدم الأمانة، إذ قد يكون في حفظ مال الغير ونفسه في
غاية الحفظ.

وأیضا كيف يكون المبذر عدلا، مع أن التبذر حرام بالنص (١) والاجماع،
إلا أن يقال إنه صغيرة مع عدم الاصرار فتأمل فإن الظاهر أن المبذر مصر، فتأمل.
قوله: ولو أذن المولى الخ. بعد أن أذن المولى يصير هو الملتقط حقيقة، كما
مر، فلا ينافي اشتراط الحرية، ولا يحتاج إلى قيد (أو ادلى المولى).
قوله: ويقر في يد البدوي على رأي. وجه الجواز عموم الجواز وعدم
ما يصلح مانعا، فإن البدوي يصلح للالتقاط كالقروي والبلدي، وهو المفروض.
وقيل: لا يصلح لاحتمال تضييع نسبه بالارتحال من موضع إلى موضع

(١) قال الله تعالى: إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفورا: الإسراء: ٢٧.

ويجوز أخذ المملوك الصغير، دون المميز،
وشرط الثاني: الملك.
وانتفاء اليد عنه، وعجزه (ويعجز - خ) السلامة، وانتفاء
العمران.

ومفارقة محل الالتقاط فلم يطلبه أهله إلا هناك.
وهو دليل تعين، إلا أن يقال لا دليل على الأصل إلا الاجماع، ولا اجماع
هنا، فتأمل.
قوله: ويجوز أخذ المملوك الصغير الخ. إشارة إلى أنه لا فرق في الالتقاط
بين كون الملتقط معلوم الرق والملك وعدمه، فيجوز أخذ المملوك الصغير معه باقي
الشرائط، ولا يجوز أخذ المميز، وقد مر دليبه.
وأن هذا ينافي الاكتفاء بشرط الصغر، إلا أن يفرق بين المملوك وغيره،
ولكنه بعيد لفظا ومعنى.
كأنه يريد بالصغير (من الصغير - خ) غير المميز الذي يقدر على رعاية نفسه
وحفظه، وهو أيضا بعيد.
قوله: وشرط الثاني الملك. المراد به التقاط الحيوان، وله أيضا أركان ثلاثة
(الأركان الثلاثة خ) الأول المحل يشترط كونه مملوكا، فلا يجوز التقاط حيوان غير
مملوك، فإنه يملكه الآخذ.
قوله: وانتفاء اليد الخ. إشارة إلى شرط ثان له وهو عدم كونه تحت يد
أحد فلو كان تحت يد أحد يجب عليه رده إلى مالكه، وكذا من أخذه من يده فليس
بملتقط.
وأشار إلى الثالث بقوله: (وعجزه عن السلامة وانتفاء العمران) يعني يكون
عاجزا عن أن يسلم من ضرر صغار السباع إما لفضل قوته كالإبل والحمير والبغال
الصحيحة الكبيرة (الكثيرة - خ) أو لشدة عدوه كالغزال أو لطيرانه كالحمام قاله في
التذكرة

ثم قال: وبالجملة كل ما يمتنع من صغار السباع وصغار الثعالب وابن آوى وولد الذئب والسبع، ولا يجوز التقاطه ولا التعرض له، سواء كان لكبر جثته كالإبل والبغال والحمير، أو لطيرانه، أو لسرعة عدوه، أو لنابه كالكلاب والفهود. وأما إذا كان عاجزا عن ذلك مثل الغنم والحيوانات المتقدمة، ولكن مريضا (١) أو ضعيفا، فلا يكفي لجواز التقاطه ذلك، بل لا بد أن لا يكون في العمران - أي لم يكن في المعمورة من البلدان -، فإذا لم يكن كذلك يجوز التقاطه، فيكون ملقوطا وسيجئ حكمه.

وإذا لم يكن في الماء والكلاء، بحيث يقدر أن يعيش فيه فهو مثل العاجز يجوز أخذه، وكذا إذا كان أحد هذه الحيوانات، ولكن كان صغيرا عاجزا عن الامتناع ولم يكن في العمران فحكمه حكم الغنم. قال في التذكرة: وهذا الحكم - أي عدم جواز أخذه في البعير -، إنما هو إذا كان صحيحا ضل عن صاحبه أو تركه من غير جهد ولا تعب إذا كان مريضا أو ضعيفا أو لا يتبع صاحبه، فإن كان قد تركه من جهد في كلاء أو ماء فكذلك لا يجوز أخذه، وإن كان قد تركه في غير كلاء ولا ماء فهو لآخذه، لأنه كالتالف ويملكه الآخذ، ولا ضمان عليه لصحبه لأنه كالمبيح له، وهذا حكم الدابة والبقرة والحمار، إذا ترك من جهد في غير كلاء ولا ماء وسيجئ في الكتاب أيضا. وأما دليل عدم جواز الأخذ بدون الشرط، فهو أن الأصل بقاء مال المالك على حاله، وعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه. ويدل عليه العقل والنقل كتابا وسنة (٢) واجماعا.

(١) يعني ولكن كان مريضا.

(٢) فمن الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، البقرة: ١٨٨.

ويدل عليه أيضا بخصوصها الرواية من العامة. (١)
والخاصة، مثل ما رواه هشام بن سالم - في الحسن - عن الصادق
عليه السلام، قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله إني
وجدت شاة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب
فقال: يا رسول الله إني وجدت بعيرا، فقال: معه حدائه وسقاؤه حدائه خفه وسقائه
كرشه فلا تهجه. (٢)

ومثلها صحيحة الحلبي (٣) وصحيحة معاوية بن عمار (٤) وزاد فيها:
وما أحب أن أمسها.

وأما عدم جواز أخذ الشاة فيما لا يجوز فلما مر أيضا، وكأنه مجمع عليه أيضا كغير
الممتنع، فخصص ما في رواية هشام، به ولعموم قوله صلى الله عليه وآله:
الضوال كلها لا يأكلها إلا الضالون (٥) ويؤيده ما في قوله: هي لك أو للذئب (٦)
والرواية حدائه وسقائه. (٧)

وأما جواز الأخذ في صورة يجوز فكأنه اجماعي، قال في التذكرة: (و- خ) لو
وجد شاة في الفلاة أو في مهلكة كان له أخذها عند علمائنا، والأصل فيه ما رواه

(١) راجع صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٤٦ كتاب اللقطة وراجع أيضا صحيح البخاري ج ٣ ص ١٦٢
كتاب اللقطة.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية بالسند الثاني عن الشيخ.

(٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٥ وزاد فيها بعد قوله: أو للذئب: وما أحب أن
أمسكها.

(٥) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الرواية ٤ ومن طرق العامة عن علي عليه السلام قال: لا يأكل
الضالة إلا ضال. كنز العمال ج ١٥ ص ١٩١ تحت رقم ٤٠٥٤٧.

(٦) تقدم نقلها آنفا.

(٧) تقدم نقلها آنفا.

العامة والخاصة، حين سئل عليه السلام عن ضالة الغنم؟ فقال: خذها، إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب (١) وكذا الحيوان الذي لا يمتنع عن صغار السباع، مثل الثعلب وابن آوى وولد الذئب وولد الأسد ونحوها، فإن صغار الغنم كفصيالات (كفصلان - خ) الإبل وعجلان البقر وصغار الخيل والدجاج والإوز (٢) ونحوها، فإن ذلك كله يجوز التقاطه في الفلوات والمواضع المهلكة. ثم قال: وهذا الحكم - في شاة وغيرها من صغار الأنعام التي لا تمتنع من صغار السباع - إنما يثبت لو وجدها في الصحراء أو في موضع مهلكة، أما لو وجدها في العمران فإنه لا يجوز له التقاطها بحال. ولا فرق بين ما يمتنع لكبره أو سرعة عدوه أو طيرانه، وبين ما لا يمتنع كالشاة في تحريم الأخذ لعموم قوله صلى الله عليه وآله: الضوال لا يأكلها إلا الضالون. (٣) ثم استدل بمفهوم رواية معاوية بن عمار المتقدمة (٤)، ولأنه أعرض في غير الغنم عنه فيبيح. ورواية السكوني عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال: إن (كان - خ) تركها في كالأوماء وآمن فهي له يأخذها حيث أصابها، وإن تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كالأوماء فهي لمن أصابها. (٥)

-
- (١) تقدم ذكرها آنفا.
(٢) الإوز بكسر الهمزة وفتح الواو وتشديد الزاء البط، واحدته إوزة.
(٣) تقدم ذكرها آنفا.
(٤) راجع الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٥.
(٥) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٤.

فلو التقط كلب الهراش والخنزير، لم يتعلق به حكم، ولو التقط ما يد غيره عليه، ألزم بدفعه إليه.

ولو التقط ما يمنع (يمتنع - خ) عن الموزي - كالبعير، إذا وجد في كلاً وماء، أو كان صحيحاً، والغزلان واليحمير في الفلاة، أو التقط الشاة وغيرها مطلقاً في العمران - لم يجز.

وصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما (لما - خ) لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنما هي مثل الشيء المباح. (١)

وعن مسمع عن الصادق عليه السلام، قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام (صلوات الله عليه - خ) كأن يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهي للذي أحيها، قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة (دابته - خ) في مضیعة (بمضیعة - خ)، فقال: إن كان تركها في كلاً وماء وآمن فهي له يأخذها متى شاء وإن (كان - خ) تركها في غير كلاً ولا ماء فهي للذي أحيها. (٢)

قوله: فلو التقط كلب الهراش الخ. هذا تفريع شرط الملك، وكذا الخنزير.

وقوله (التقط ما يد غيره عليه) متفرع على اشتراط انتفاء اليد، ويتفرع على عجزه قوله: (ولو التقط ما يمتنع من الموزي) - إلى قوله -: (أو التقط الشاة)، وهو متفرع على قوله: (وانتفاء العمران).

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية ٣.

ولا شرط (يشترط - خ) للآخذ سوى الآخذ، فيجوز للصبي والمملوك والفاسق والمجنون والكافر، الالتقاط. وشرط الثالث المالية، وانتفاء اليد (عنه - خ). وأهلية اكتساب الآخذ. ويتولى الولي التعريف عن الطفل والمجنون، ولو التقط العبد جاز، ويكفي تعريفه في تملك مولاه.

قوله: ولا شرط للآخذ الخ. إشارة إلى الركن الثالث وهو الملتقط، ولا شرط سوى الآخذ فقط، يعني يكفي لحكم الالتقاط الآخذ. والظاهر أنه يشترط فيه أهلية الاكتساب والتملك، كما صرح به في شرح الثالث في قوله (١): (وشرط الثالث) الخ هو المال. وشرط ركنية الأول أن يكون مملوكا ومالا، وإليه أشار بقوله المالية: وشرط ركنية الثاني يعني الملتقط، هو أهلية الاكتساب فقط، وركنية الثالث هو الالتقاط، لا شرط له سوى الآخذ والقبض عرفا. قوله: ويتولى الولي الخ. معلوم أن تعريف ملقوطة المجنون والطفل إلى وليهما كسائر أمورهما. وأن تعريف العبد كاف لتملك مولاه فإنه أهل للتعريف، إذ الغرض، الاعلام، وقد حصل، فيجزى. والظاهر أن الالتقاط كان بإذن المولى والتعريف أيضا. ويحتمل في الأخير أنه كاف عدم الإذن أيضا لحصول الغرض.

(١) في النسخة المطبوعة: في شرح الثالث قوله: وشرط الثالث الخ.

(المطلب الثاني في الأحكام)
يجب أخذ اللقيط على الكفاية.
وهو حر على الأصل، مسلم، إلا أن يوجد في بلاد الشرك، (١)
وليس فيها مسلم واحد.

(المطلب الثاني في الأحكام)
قوله: يجب أخذ اللقيط على الكفاية. المراد وجوب أخذ الطفل
الضائع، وقد مر دليله، وهو خوف التلف ودفع الضرر، وقال في الشرائع
باستحبابه، ويمكن أنه إن كان في محل الخوف بحيث يخاف تلفه، يجب وإلا
يستحب، ونقل ذلك عن المصنف.
قوله: وهو حر على الأصل الخ. يعني اللقيط حر مسلم فيحكم بهما ما لم
يظهر خلافه، مثل كونه في بلاد الكفر، وليس فيه المسلم الذي يمكن استيلاده منه،
وحيث يكون بحكم الكافر حتى يبلغ، فإن أظهر الإسلام فهو مسلم، وإن أظهر
الكفر فهو كافر.

وإن كان البلاد بلاد شرك يجوز استرقاق أهلها وليس فيها من لا يجوز
استرقاقه يجوز استرقاقه للآخذ -، وحيث ليس بلقيط وهو ظاهر.
قال في التذكرة: الإسلام قد يكون بالاستقلال، وهو أن يظهر الإسلام
بالعبارة، إن لم يكن أخرس، وبالإشارة المفهمة إن كان، وبالتبعية وهو الصبي،
فلا يصح إسلامه لأنه غير مكلف، ولا اعتبار لعبارته في العقود وغيرها، سواء كان
مميزاً أولاً، وقال الشيخ: المراهق إذا أسلم حكم بإسلامه، فإن ارتد بعد ذلك يحكم

(١) في بعض النسخ: في بلاد الكفر، (دار الشرك - خ).

بارتداده وإن لم يتب قتل - إلى قوله - ثم استدل (١) بروايات أصحابنا، أن الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامة واقتص منه ونفذت وصيته وعتقه (٢)، وذلك عام في جميع الحدود وبقوله: كل مولود يولد بولد على الفطرة (٣) الخ. وقال أبو حنيفة: يصح اسلامه وهو مكلف بالاسلام، وإليه ذهب بعض أصحابنا، لأنه يمكنه معرفة التوحيد بالنظر والاستدلال، فصح منه كالبالغ، ونقل الشيخ عن أصحابه أنهم حكموا باسلام علي عليه السلام (٤) وهو غير بالغ وحكم باسلامه بالاجماع. (٥)

والاستدلال بالرواية (٦) مشكل، لعدم ظهور الصحة والدلالة على هذا المطلب، وما نقل عن أمير المؤمنين عليه السلام (بلغ فأمره - خ) مما لا يقاس عليه غيره، فإن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام ليسوا من قبيل سائر الناس، ولهذا حكموا لكون الحجة صلوات الله وسلامه عليه إماما مع كونه ابن خمس سنين.

نعم الحكم باسلام المراهق غير بعيد لعموم من قال: لا إله إلا الله محمد

(١) يعني الشيخ قدس سره.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٢ من كتاب الشهادات ج ١٨ ص ٢٥٢ وفي بعض الأخبار اجراء حد السرقة على من بلغ تسع سنين، ولم نعثر على رواية مشتملة على ما في المتن وغيره من الأبواب المتفرقة.
(٣) أصول الكافي ج ٢ باب فطرة الخلق على التوحيد الحديث ٤ من كتاب الايمان والكفر ص ١٣. وفي صحيح مسلم ج ١ باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله صلى الله عليه وآله.

وفي صحيح مسلم ج ٨ ص ٥٢ طبع مصر باب معنى كل مولود يولد على الفطرة الخ وفي عوالي اللئالي ج ١ ص ٣٥ الحديث ١٨.

(٤) في التذكرة: عن أصحابه باسلام علي عليه السلام ج ٢ ص ٢٧٤.

(٥) انتهى كلام التذكرة مع نقل بالمعنى في بعض عباراته ج ٢ ص ٢٧٤.

(٦) يعني قوله كل مولود الخ.

رسول الله (صلى الله عليه وآله) فهو مسلم (١) وقتلوه حتى يقولوا لا إله إلا الله (٢) وأمثاله كثيرة.

ولأنهم - إذا قدروا على الاستدلال وفهموا أدلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه ووجوب المعرفة والنظر في المعرفة - يمكن أن يجيب عليهم ذلك، لأن دليل وجوب المعرفة عقلي، فكل من يعرف ذلك يدخل تحته، ولا خصوصية له بالبالغ، ولا استثناء في الأدلة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، فإذا أوجب عليهم يجب أن يصح منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه أيضا، ويترتب عليه الأحكام.

وأما لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله، فإنه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصوبتهم وقلة تعقلهم شك، ولهذا يفعلون أفعالا غير مستقيمة مثل اللعب الذي يفعله الصبيان، وإذا بلغوا لم يفعلوه يقينا، وللشبهة، فيدرأ الحدود بها، فإذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدين، ولا يدل على عدم الاسلام وعدم اعتباره (وعدم - خ) اجراء هذه الأحكام عليهم، لما مر، لأن هذه من الفروع الفقهية، وقد أجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم وعدم تكليفهم بها، ولهذا صرح بعض العلماء بأن الواجبات الأصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية.

والظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم والأخذ والاستدلال على وجه مقنع (يقنع - خ)، ففي كل من وجب فيه ذلك يصح ويمكن أن يجب عليه ذلك المقدار، ومن لم يوجد فيه ذلك لم يجب.

(١) وفي صحيح مسلم ج ١ الباب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

(٢) راجع المستدرک الباب ١٠ من أبواب جهاد العدو الرواية ١.

وقال في الدروس، وهو لما قاله الشيخ قريب، ولا شك أنه أحوط، وما استدل به الشيخ مؤيد، فقولته قريب.
قال في التذكرة: غير المميز والمجنون لا يصح اسلامهما مباشرة اجماعا، ولا يحكم باسلامهما إلا بالتبعية لغيره.
فيريد بهما من لا قدرة له على الاستدلال، ولا يفهم وجوب المعرفة، ونحوه، وجنون (١) المجنون أخرجه عن الفهم والقدرة على الاستفهام والاستدلال مثل غير المميز، وأما إذا كان لهم فهم مستقل لا يبعد اعتباره حينئذ، واجراء الأحكام يمكن في حقه عليه فتأمل.

ثم قال في التذكرة: جهة التبعية عندنا ثلاثة (الأول - خ) الاسلام وهو على وجهين أحدهما اسلام أحد الأبوين حال علوق الولد، فيحكم باسلام الولد من مسلم لأنه جزء من مسلم فإن بلغ ووصف الاسلام فلا بحث وإن أعرب عن نفسه بالكفر واعتقده حكم بارتداده عن ارتداد أو فطري، يقتل من غير توبة، ولو تاب لم تقبل توبته الثاني أن يكون أبواه كافرين حال (حالة - خ) العلوق ثم أسلما أو أحدهما قبل الولادة أو بعدها إلى قبل البلوغ بلحظة، فيحكم باسلام الولد من حين اسلام أحد الأبوين، ويجري عليه أحكام المسلمين. (٢)
وهذه الأحكام ما نعرف لها دليلا، فكأن دليلها اجماعهم أو نصوص ما نعرفها.

ثم إن الظاهر قبول توبته، إذا الظاهر أنه مكلف - ما لم يقتل - (٣) بالتوبة والعبادة، ومع عدم القبول لا يمكن التكليف.

(١) في النسختين وصون المجنون الخ.

(٢) انتهى كلام التذكرة مع اختصار وتفاوت في بعض التعابير فراجع ج ٢ ص ٢٧٤.

(٣) في النسختين: ما لم تقبل.

فكأنه يريد بعدم قبول توبته، قبولها بحيث يسقط عنه جميع أحكام الارتداد حتى القتل، فتأمل.

ثم قال: فلو أسلم أحد الأجداد فتبعه فيه، وفي معنى الأبوين الأجداد والجدات لأب كانوا أو لأم وارثين كانوا أم لا، أقارب أو أباعد، فلا اشكال مع عدم حياة الأبوين، قال: ولو كان الأب حيا فاشكال ينشأ من أن سبب التبعية القرابة وهي لا تختلف بحياة الأب وموته كسقوط القصاص وحد القذف، ومن انتفاء ولاية الحضانة للجدين مع الأبوين.

ثم قال: ولا فرق بين أن يكون المسلم من الجدین طرف أحد الأبوين أو مقابلة، فلم أسلم جد الإثم، والأب حي أو أسلم جد الأب، والأم حية جاء الاشكال، وكذا البحث إن كان الأبوان أو الجدان القربيان موتى وأسلم الجد البعيد والجدة إما من قبل الأب أو من قبل الأم أو من قبلهما معا، فإن الولد يتبعه، وكذا ذكر الاشكال في جميع المراتب. (١) ودليل الأصل هنا أيضا غير ظاهر، إلا أن يكون اجماعيا أو منصوصا، كما مر.

ثم لا ينبغي الاشكال مع حياة أحد الأقربين مثل الأبوين مثلا، بل مع حياتهما معا، لأن الجد بمنزلة ولده أي الأب مثلا، فكأن الأب مسلم والأم كافرة فلا يضر، وكذا في العكس، وجميع هذه المراتب، فتأمل. ثم أن أعرب الصبي بعد البلوغ الكفر بعد الحكم باسلامه لاسلام متبوعه (٢)، فظاهر التذكرة أنه عندنا لا ينقص شيء من الأحكام السابقة.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٧٤.

(٢) في النسخة المطبوعة - بعد قوله: متبوعه ما لفظه - فالتبعية غير ظاهر وإلا فظاهرة وظاهر التذكرة الخ.

وقال أيضا: الصبي المحكوم بكفره إذا بلغ مجنوناً كان حكمه حكم الصغير، حتى أنه لو أسلم أحد الأبوين تبعه، إما لو بلغ عاقلاً ثم جن ففي التبعية اشكال. لو كان دليل الأصل نص أو اجماع يعلم عدمه هنا، فتأمل.

ثم ذكر السبب الثاني وهو تبعية السابي، وقال: قال بعض علمائنا أن الصبي يتبع السابي في الاسلام، فإذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن أحد أبويه حكم باسلامه، لأنه صار تحت ولايته، وليس معه من هو أقرب إليه، فيتبعه كما يتبع الأبوين. (١)

هذا الدليل ظاهر ضعفه، وأصل الكفر المحكوم به فيه (٢) لم يزل بمثل هذا. نعم قد يفهم تبعيته له في الطهارة فإن كان اجماعياً، فهو وإلا ففيه أيضاً ضعف، وظاهر كلامهم عدم الخلاف فيها، أما في الاسلام ففيه تأمل. والظاهر أن لا خلاف في أنه إذا كان مع أحد أبويه فحكمه حكمه ما دام طفلاً، ومتى أسلم يتبعه، سواء كان السابي واحد أو متعدداً.

ثم ذكر الجهة الثالثة وهي تبعية الدار وهي المقصود هنا، وطول في الكلام، وحاصله أنه من لفظ في بلد، ويوجد (وجد - خ) فيه مسلم يمكن كون ذلك الولد منه حكم باسلامه، ولا بد أن يكون ذلك المسلم ساكناً فيه، ولا اعتبار بالطرق والاجتياز في ذلك والظاهر أنه يكفي إمكان كون هذا الولد منه، فتأمل. ولعل دليله أيضاً هو اجماع والنص، وإلا فهو بعيد (٣) لا يجد العقل من الحاقه بالأكثر بدا ولهذا يحكمون باسلام أهل البلد لا سلام الأكثر، فتأمل. وأما دليل كونه حراً فهو أن الأصل في الانسان هو أنه حر، والملكية قد

(١) التذكرة ص ٢٧٥.

(٢) في النسخة المطبوعة المحكوم برقيته.

(٣) في النسخة المطبوعة هكذا: لما يجد العقل من الحاقه أكثر ولهذا الخ.

وعاقلته الإمام.
ولو توالى أحدا جاز. (١)

تعرضه لأسبابها، والأصل عدمه.
والرواية مثل صحيحة حريز في الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام،
قال: المنبوذ حر انشاء جعل وواه للذين ربوه وإن شاء لغيرهم. (٢)
وفي صحيحة الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن ولد الزنا
أيشترى أو يباع أو يستخدم؟ قال: نعم، إلا جارية لقيطة فإنها لا تشتري. (٣)
قوله: عاقلته الإمام. أي ليس عاقلته ووارثه الملتقط، بل هو سايب، فإن
جعل لنفسه عاقلة وضامن جريرة، وإلا فعاقلته ووارثه الإمام عليه السلام، لما تقرر
عندهم من أنه عاقلة ووارث من لا عاقلة له ووارث له.
قوله: ولو توالى إلى أحد جاز. إشارة إلى أنه سائب، له أن يتوالى أحد،
ويضمن جريرته (ويجعله ضامن جريرته - خ) بشرطه المذكور فيم محله.
ويدل عليه رواية حريز المتقدمة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: المنبوذ
حر وولائه للذين ربوا إن شاء وإن شاء لغيرهم. (٤)
وفي الفقيه وفي باب بيع حيوان التهذيب، روى باسناده عن قاسم
(حاتم - خ) بن إسماعيل المدائني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المنبوذ حر، فإن
أحب أن يتوالى غير الذي رباه والاه، وإن طلب منه الذي رباه النفقة، وكان موسرا
رد عليه، وإن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقة. (٥)

- (١) في نسخة المطبوعة: ولو توالى إلى أحد.
(٢) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٣ ج ١٦ ص ٦٢.
(٣) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٢.
(٤) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية ٣.
(٥) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٢.

ويستعين الملتقط في النفقة بالسلطان (١).

وروي أيضا عن عبد الرحمن العزمي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذي التقطه، وإلا فليرد عليه النفقة، وليذهب فليوال (فليتوال - خ) من شاء (٢) وهي صحيحة على الظاهر. وروي أيضا فيه (في الصحيح) عن ابن محبوب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة؟ فقال: لا تباع ولا تشتري ولكن استخدمها بما أنفقت عليها. (٣)

وهذه تدل على جواز استخدامها عوضا عن النفقة، ولا يتعدى غيره من الأيتام وغيرهم أن يستخدمهم المنفق والمربي ويكون (ويمكن - خ) عوضا عن الحضانة أيضا، وإن أنفقها من ماله، فتأمل.

وروي فيه أيضا (في الحسن) عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن اللقيطة؟ فقال: حرة لا تباع ولا توهب. (٤) قوله: ويتعين الملتقط بالسلطان في النفقة. يعني لا يجب على الملتقط انفاق اللقيط.

قال في التذكرة: لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط اجماعا، والأصل أيضا دليل، وكذا حصر من وجب نفقته في الوالدين والزوجة والوارث الصغير من الأخ وابن الأخ وغيره، وفي صحيحة الحلبي - في الفقيه - قال: سئل الصادق

(١) في بعض النسخ: ويستعين الملتقط بالسلطان في النفقة.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٣.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٤ وفيه عن ابن محبوب، عن محمد بن أحمد قال: سألت الخ.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الرواية ٥ وفيه كما في الكافي أيضا: عن اللقيط؟ فقال: حر، لا يباع ولا يوهب.

عليه السلام، قال: قلت: من الذي أجبر على نفقته؟ قال: الوالدان والوالد والزوجة والوارث الصغير يعني الأخ وابن الأخ وغيره. (١)
وايجاب الالتقاط لا يوجب النفقة، وهو ظاهر، فإن كان للقيط مال ينفق عليه منه.

ويمكن أن لا يجب استيذان الحاكم مع الامكان أيضا، للأصل، ولولايته عليه في الجملة، ويمكن ذلك وجوبا مع امكانه، لا مع عدمه.
قال في التذكرة: إذا كان للقيط مال فالأقرب عندي أن الملتقط لا يستولي (لا يستقل بحفظه - خ) لحفظه، بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لأن اثبات اليد على المال إنما يكون بولاية إما عامة أو خاصة، ولا ولاية للملتقط ولهذا أوجبنا الرجوع إلى الحاكم في الانفاق عليه من ماله. (٢)
وقال في موضع آخر: إذا كان للقيط مال أنفق عليه اجماعا - إلى قوله - ولا يتولى الملتقط الانفاق عليه من ماله، لاستقلال، ما لم يأذن الحاكم، إذا أمكن مراجعته.

وقال أيضا: فإن أذن له في الاتفاق عليه جاز له، كما يجعل أمينا للصغير، إذا مات أبوه بغير وصية فإن أنفق عليه بغير إذن الحاكم مع امكان ضمن ما أنفق، ولم يكن له الرجوع على اللقيط كمن في يده ودیعة لیتیم فأنفقها عليه.
ثم قال: ولو لم يتمكن من مراجعة الحاكم أو لم يكن هناك حاكم، فإنه ينفق الملتقط من مال الطفل عليه بنفسه - إلى قوله - فهل يجب الاشهاد الخ. الأقرب ذلك، لأن الاشهاد مع عدم الحاكم قائم مقام إذن الحاكم مع وجوده، كما في

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب النفقات من كتاب النكاح الرواية ٦ وغيرها ومن روايات الباب.
(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٣.

الضالة فإذا أشهد على الانفاق لم يضمن، ولو لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ضمن، ولا معها، فلا ضمان. (١)

إذا عرفت هذا، فيحتمل أن يكون قول المصنف (ويستعين الخ) إشارة إلى الرجوع إلى الحاكم لانفاقه مطلقا مع وجود ماله وعدمه، وسيجيء أنه يجب إذن الحاكم في الانفاق عن ماله.

وأن يكون إشارة إلى أنه إن لم يكن مال يستعين بالحاكم، هذا هو الأظهر.

قال في الدروس: يجب حضائته بالمعروف وهو القيام بتعهده على وجه المصلحة بنفسه أو زوجته أو غيرهما، والأولى ترك اخراجه من البلد إلى القرية ومن القرية إلى البادية - إلى قوله - لو احتاج الملتقط إلى الاستعانة بالمسلمين في الانفاق عليه رفع أمره إلى الحاكم ليعين من يراه، إذ التوزيع غير ممكن، والقرعة إنما تكون في المنحصر، ولا رجوع في الانفاق لمن تعين عليه الانفاق، لأنه يؤدي فرضا، وربما احتتمل ذلك - إلى قوله - ويتجه على قول المحقق بالاستحباب، الرجوع، ويؤيده أن مطعم الغير في المنحصر يرجع عليه إذا أيسر، ولو قلنا بالرجوع لمحله بيت المال أو مال المنفق عليه أيهما سبق أخذ منه. (٢)

اعلم أن كل ذلك يحتاج إلى الدليل، وغير ثابت أمر الكل إلى الحاكم حتى مال الملتقط مع ثبوت ولاية الحضائنة له، والظاهر أن ذلك تابعه، وإليه في القواعد أشار (إشارة - خ) قال: ولا يفتقر في احتفاظه - أي ماله - إلى إذن الحاكم، وحمله على أنه ليس له التصرف فيه من غير إذنه - وله الحفظ - محل التأمل، إذ ينبغي الإذن في الحفظ أيضا، لأنه على ذلك التقدير لا يصح بدون الإذن، كالوديعة. ثم إنه على تقدير عدمه، كون الاشهاد قائما مقامه - كما مر - محل التأمل،

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٧٣.

(٢) الدروس كتاب اللقطة ص ٢٩٨.

فإن تعذر، فبالمسلمين (فللمسلمين - خ).

واحتياجه إلى الدليل أكثر من الأول، ولا شك أنهما أولى مع الامكان، وكأنه لذلك ترك في الدروس، كما يفهم من كلامه المنقول سابقا.

وقال أيضا: ويجب حينئذ الانفاق من ماله من إذن الحاكم، إلا أن يتعذر، وما ذكر الاشهاد حينئذ،

ثم الحاكم إن تمكن لانفاقه من بيت المال فذلك، وإلا فيمكن أن يكون من ماله، لأن ولايته وميراثه له، وهو عاقلته.

وقيل ميراثه لبيت مال المسلمين فنفقته منه، وهو خلاف المشهور، وإن لم يكن بيت مال فوجب (يوجب - خ) على المسلمين كفاية كالفقير الزمن والمجنون والميت إذا لم يكن له كفن.

قال في التذكرة: وفي وجوب الكفن تأمل، ثم قال: فإذا قام البعض سقط من الباقيين، وإلا استحق العقاب كلهم.

ثم قال: إذا احتاج الإمام إلى التقسيط على الأغنياء قسط مع الامكان، ولو كثروا وتعذر التقسيط يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده، فإن استووا في نظره تخير.

والمراد أغنياء تلك البلدة (أو - خ) والقرية، ولو احتاج إلى الاستعانة بغيرهم استعان، ولو رأى المصلحة في التناوب عليه في الانفاق منهم فعله، فيمكن الرجوع، كما أشار إليه في الدروس في آخر كلامه، لكن مع التعيين، وقال في التذكرة أيضا: إن تيسر الاقتراض اقترض، وإلا قسط فتأمل.

قوله: فإن تعذر فبالمسلمين الخ. أي تعذر الحاكم فيستعين بالمسلمين، بالتوزيع، كما قلناه في فعل الحاكم، وذلك يجب عليهم كفاية، لما مر، فإن فعل واحد فهو، وإلا يجب أن يجتمعوا ويعطى كل واحد شيئا حتى يحصل النفقة له، أو يتناوبون، وإن كانوا منحصرين، ولا يقبل التناوب والنفقة القسمة، تفرع، وبعدها

ويجب عليهم فإن تعذر أنفق، ورجع مع النية (مع نيته - خ) ولا رجوع لو تبرع، أو وجد المعين. ولو كان مملوكا، باعه في النفقة، مع تعذر الاستيفاء.

يتعين، والكلام في الرجوع مع التعيين، ما تقدم، وغير بعيد. فإن تعذر من أحد تعين عليه نفسه، وله الرجوع من نيته، وهو مؤيد للرجوع (١) لغيره مع النية.

ولو أمكن الاشهاد فعل وفي وجوبه معه بحث تقدم، ومعلوم أنه لو تبرع لا رجوع له بل يمكن مع عدم قصد الرجوع أيضا عدم الرجوع للأصل، أو (ولو - خ) وجد المعين يأخذ منه فلو لم يأخذ وأنفق حينئذ عن نفسه، فلا رجوع له على التقديرين.

قوله: ولو كان مملوكا باعه الخ. يعني لو كان اللقيط مملوكا عبدا وأمة فأنفق عليه الملتقط، أو استقرض لذلك بقصد الرجوع - فما وجد سيده يوفي (يستوفي - خ) عنه ولا حاكم - يجوز له أن يبيعه في ذلك النفقة (٢) ويستوفي ما أنفق. وكذا يجوز بيعه ابتداء في النفقة، وإن كفى بيع بعضه اكتفى به.

ويدل على جواز البيع بنفسه من غير قيد تعذر الحاكم، ما في صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: سألته عن اللقيطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها. (٣)

ويدل عليه الانفاق بنفسه وكذا الرجوع أيضا، فتأمل.

(١) وفي النسختين، للرجوع ولغيره مع النية.

(٢) هكذا في جمع النسخ، والصواب، في تلك النفقة.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨ ج ١٧ ص ٢٥١.

ويملك ما يده عليه مما يوجد فوقه أو تحته أو مشدودا في ثيابه،
أو يوجد في خيمة، أو دار فيها متاع، أو على دابة عليها حمل، وشبهه،
لا ما يوجد بين يده، أو إلى جانبه، في الصحراء.

وإن لم ينفق يمكن بيع الكل، ويكون الزائد لقطعة، فتملك (فيتملك - خ)
وتضمن (ويضمن - خ) قيل: يجوز ذلك في اللقيط المملوك بعد التعريف، ومنعه في
الدروس.

ودليل المجوز عموم أدلة حكم اللقيطة.

ويدل عليه صحيحة زرارة في الفقيه - في باب ما جاء في ولد الزنا
واللقيط -، عن أحدهما عليهما السلام، أنه قال في لقطية وجدت، فقال: حرة
لا تشتري، ولا تباع، وإن كان ولد مملوك (لك - ل)، لكن كان عن الزنا، فأمسك
أو بع إن أحببت هو مملوك لك. (١)

وفي المتن شيء فتأمل، وفيه دلالة على حرية اللقيط حتى تثبت الرقية، وهو
الجمع عليه، ومقتضى الأصل والرواية وغيرهما.
قوله: ويملك ما يده عليه الخ. إشارة إلى مال اللقيط فكل ما يده عليه
عند الالتقاط - مما يوجد فوقه كاللحاف أو تحته كالفرش وما لبسه وما لف به وما شد
بثيابه - فهو له.

ولو وجد اللقيط في خيمة أو دار فيها متاع فالخيمة والدار مع ما فيهما له،
إذ يده عليه، وكذا من وجد على دابة عليها حمل، فالدابة والحمل له، وبأمثال ذلك
يحكمون بأنه ماله، لأن ظاهر اليد دليل الملك، فيمكن أن يملك.
ولا شك أن اللقيط قابل للتملك، ولو كان شخص كبير موضعه،

(١) الوسائل الباب ٩٦ من أبواب ما يكتب به الرواية ٢ ص ٢٢٣ ج ١٢ وفيه كما في الفقيه أيضا ولد
مملوك لك من الزنا الخ.

يحكم شرعا بملكه لها، والصغير غير بالغ.
ولا يحكم بأنها ماله بمجرد وجودها عنده بين يديه أو خلفه أو أحد جانبيه
في الصحراء أي غير البيت والخيمة ونحوهما، إذ ذلك ليس بتصريف مملك، إلا أن
يكون هناك قرينة، مثل إن كان هناك كتاب عليه الخطوط بأن هذه الأشياء له،
خصوصا خط من هو موثوق به، وبالجملة مع الأمن عن التزوير يعمل به.
قال في شرح - القواعد في شرح قوله: وإن كان معه قرينة (رقعة - خ) أنه له
على اشكال - : والأصح أنه إن أثمرت الكتابة ظنا قويا - كالصك (١) الذي تشهد
القرائن بصحته خصوصا إن عرف خطه - عمل بها، فإنه يجوز العمل في الأمور
الدينية بخط الفقيه، إذا أمن من تزويره، وإنما يثمر الظن القوي.
هذا إذا لم يكن معه (به - خ) معارض من يد أخرى، ولا دعوى مدع، ولا
قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك، وإلا فلا.
ولا يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه، لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه، بل
لو كانت في المتاع أو مكتوبا عليه، فهو كذلك، وإن كانت عبارة الكتاب قاصرة
عنه، والظاهر أن ليس معنى عبارة الكتاب (معه) أنه متصل به، فإنه إذا كان عنده
وفي متاعه، يقال: معه.
ومن جملة أموال اللقيط ما هو وقف على اللقطاء أو على هذا اللقيط أو
أوصى لهم، أوله، ويقبل الوصية الحاكم أو نائبه، ويمكن الهبة أيضا، ذكره في
التذكرة عن العامة وردة، ولكنه مذكور في الدروس أيضا.
وفي شرح القواعد: إن كانت مخصوصة به يجوز ويقبلها الحاكم، وإلا فلا،
إذ لا يجوز الهبة إلا لمعين، ولهذا رده في التذكرة.

(١) الصك بتشديد الكاف، كتاب كالسجل يكتب في المعاملات (مجمع البحرين).

ولا ينفق الملتقط من مال المنبوذ، إلا بإذن الحاكم، فيضمن،
مع امكان الإذن.

ولو جنى عليه اقتص له الحاكم، أو أخذ الدية، إن لم يكن
(- خ) له ولي غيره، لا الملتقط ولا يجب التأخير، على رأي.

وللمنع محال، إذ لا مانع من العموم مع قبول الحاكم، كالوقوف على جهات
العامة، فتأمل.

قوله: ولا ينفق الملتقط الخ. قد مر أنه ليس للملتقط التصرف في مال
اللقيط، ولا ولاية له عليه، وفلا يجوز له التصرف إلا بإذن من له الإذن، وهو
الحاكم عندهم على الاطلاق، وأنه ولي من ليس له ولي ووصي كاللقيط.
وإن غيره يضمن لو تصرف وأنفق على اللقيط بغير إذنه مع امكانه، ومع
عدم الامكان يجوز ولا ضمان، وصرح في التذكرة به (١) بأن الاشهاد يقوم مقامه،
فلو ترك مع الامكان ضمن.

والكل غير ظاهر، ولكن الإذن مذكور في أكثر الكتب دون الاشهاد فإنه
في التذكرة فقط، والاحتياط واضح.

قوله: ولو جنى عليه اقتص له الخ. يعني لو جنى أحد على اللقيط الذي
لا ولي له ولا وارث ولا (ولو ضامن - خ) ضامن جريرة - إن كانت الجناية موجبة
للقصاص كقطع يده عمدا -، فالحاكم يقتص له، أو يأخذ له الدية، والغرض أن
الولي هو الحاكم لا الملتقط، فإن له الحضانة والتربية فقط.
ولا يجب على الحاكم أحدهما بعينه، بل له التخيير يفعل أيهما أراد، مع
المصلحة، ولا يجب عليه الصبر أيضا حتى يوجد له ولي، أو يكبر هو ويفعل ما يرى.
ودليله أنه وليه وله ما يرى فيه من المصلحة ويفعل، ثم لا اعتراض

(١) هكذا في النسخ، والصواب اسقاط لفظة (به).

ويحد القاذف، وإن ادعى الرقية، على رأي.
ويقبل اقراره بالرقية مع البلوغ، والرشد، وانتفاء العلم،
بحريته، وادعائه لها.

لأحد عليه ورد ما فعله.
وإن أخذ مالا وكبر الصبي ولم يرض، فليس له رده، وذلك مثل ما لو كان
المتصرف في ماله هو الأب أو الجد.
وقيل يجب عليه التأخير، إذا كان مميزا أو الجناية غير النفس، لأنه لا يعرف
مراده، فإنه قد يريد القصاص في موضع أحد المال أو العكس، وهو غير ظاهر.
قوله: ويحد القاذف الخ. لما حكم بأن اللقيط حر مسلم، والحاكم
وليه، فإذا قذفه قاذف قذفا يوجب الحد، فللحاكم أن يحد القاذف، لأنه الولي،
فيفعل ما يريد، وفيه المصلحة، كالأب والجد.
وإن ادعى القاذف أن المقذوف - أي اللقيط - رق فلا يوجب قذفه حدا
لا (فلا - خ) يسمع، لما مر، مع أنه محكوم بحرية.
ونقل عن الشيخ قول آخر على عدم الحد حينئذ، فإنه نوع شبهة والحدود
تدرأ بالشبهات، (١) والأصل البراءة، ولأن الحرية ليست بثابتة يقينا، بل ظاهر
الأمر، فيحتمل العدم، مع أن في شمول الولاية له أيضا تأمل. (٢)
ولا نزاع في التعزير، إذ هو إلى الحاكم، وليس بموقوف على شيء أصلا.
قوله: ويقبل اقراره بالرقية الخ. يعني إذا بلغ اللقيط، وصار كامل
العقل، فأقر لنفسه بالرقية، يقبل اقراره بذلك ويحكم عليه بالرقية، لعموم اقرار
العقلاء على أنفسهم بالنص (٣) والاجماع.

(١) راجع الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقدمات الحدود ج ١٨ ص ٣٣٥.

(٢) هكذا في جميع النسخ والصواب، تأملا.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب الاقرار ج ١٦ ص ١١١ والعوالي ج ٣ ص ٤٤٢ الحديث ٥ وما علق
عليه.

ويصدق مدعي بنوته، بدون البينة، مع جهالة نسبه، وإن كان كافرا أو عبدا، ولكن لا يثبت كفره ولا رقه.

ولكن لا بد أن لا يكون ذلك علوم الكذب، باب علم كونه حرا، وإن لا يكون نقيضه صادرا عنه، مثل (مثلا - خ) أن قال أولا إنه حر، ثم أقر بالرقية، فلا يقبل الأخير، لموافقة الأول بحكم ظاهر الشرع، فلا يقبل نقيضه. ويحتمل القبول، إذ ما علم كونه حرا في نفس الأمر بالعلم اليقيني، بل بظاهر الحال، فلا ينافيه كونه غير موافق لما في نفس الأمر، بل هو كذلك حينئذ بظاهر الشرع، إذ لا يسمع اقراره الأول ولا أثر له، لأنه اقرار لنفسه لا عليه، فوجوده وعدمه سواء، فإذا أقر بما عليه وإن ضاد اقراره الأول يقبل اقراره الثاني، لعموم قبول اقرار العقلاء على أنفسهم، ويدفع به الأصل، وقوله الأول أيضا، ولهذا لو قال: ليس لزيد في ذمتي شيء، وهو موافق لأصل البراءة، وقال بعد ذلك: له علي كذا يسمع.

والظاهر أنه لا خلاف فيه، وكأنه لذلك قال بعض بصحة الاقرار حينئذ. قال الشيخ علي: والأصح القبول، فتأمل.

قوله: ويصدق مدعي بنوته الخ. يعني إذا ادعى رجل - يمكن أن يكون أبا اللقيط، ملتقطا كان أو غيره - ولديته من غير منازع، يصدق في دعواه، أو يدعي نسبا مجهولا ممكنا، غير مضر لأحد، من غير منازع، فيقبل قوله فيه، كما في غير اللقيط، فكأنه اجماعي.

فيه تأمل، إذا الكبرى غير بديهي ولا مبرهنا عليه، فلا بد أن يكون له دليل، وما نعرف دعوى الاجماع، إلا في شرح القواعد، ويحتمل النص، الله يعلم. بخلاف أن يدعي من لا يمكن كون هذا منه، بأن يكون في سن لا يمكن كونه أبا له، أو يكون عيننا أو غائبا مدة لا يمكن كونه منه، وغير ذلك. ولو شاركه غيره في تلك الدعوى لا يقبل ذلك أيضا، بل يحتاج إلى البينة،

ويصدق الملتقط في دعوى قدر الانفاق بالمعروف، وإن كان له مال.

قال في الشرح: وجه القرب عموم، البينة على المدعي (١) خرج منه الأب بالاجماع، فبقي ما عداه على الأصل. ويفهم أن الدليل، هو الاجماع، وأنه لا اعتبار لتكذيب اللقيط لو بلغ، والظاهر عدم الفرق بين الابن والبنت. قوله: ويصدق الملتقط الخ. أي يصدق الملتقط في دعوى انفاق مال اللقيط عليه، إذا كان قدر الانفاق، لم يخرج عن المعروف، بل يكون معروفاً، (أي - خ) على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد، وتعارف الانفاق عليه، ولم يكن زائداً ذلك المقدار على مثل ذلك الولد، في مثل ذلك الزمان والمكان. وكذا إن كان الانفاق من ماله في صورة الرجوع، وكذا لو كان قرضاً وكأن المصنف أشار بقوله: (وإن كان له مال) إلى دفع توهم أن يبعد أن ينفق من ماله مع وجود مال اللقيط، فلا يسمع انفاقه. ودليله أنه أمين، وأنه يحتاج إلى النفقة، ولا بد له منها، ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف، فيقبل مثل قبول قول الوصي في الانفاق على الطفل ونحوه. وفي القواعد وغيره، وإن كان موسراً يرجع عليه، وإلا فلا. ودليله رواية المثني في الفقيه - في الباب المتقدم - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إن طلب الذي رباه بنفقته، وكان موسراً رد عليه، وإن لم يكن موسراً كان ما أنفق عليه صدقة (٢) وصحته غير ظاهرة.

(١) راجع الوسائل الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء ج ١٨ ص ١٧٠.
(٢) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفي الوسائل عن مشي عن حاتم بن إسماعيل المدائني، وصدر الرواية هكذا: قال المنبوذ حر فإن أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه، فإن طلب منه الخ. ورواها
في الفقيه في باب ما جاء في ولد الزنا واللقيط ج ٣ ص ٨٦ الحديث ٥.

ولو تشاح ملتقطاه أقرع، وإن كان أحدهما معسرا.

ومثله رواه في باب الحيوان في التهذيب، عن قاسم بن إسماعيل. (١)
قوله: ولو تشاح ملتقطاه الخ. يعني لو التقط صبيا اثنان معا دفعة
واحدة، بحيث صار كل منهما ملتقطا، فإن رضى أحدهما بحضانة الآخر وتربيته له،
فالظاهر أنه يجوز ذلك.

وإن تشاحا وتنازعا، وكل أراد ذلك، أقرع بينهما، لأنهما متساويان ولا
رجحان، ولكل حق، والتقسيم والتناوب (والتأديب - خ) يضر بحال الطفل، إذ قد
يتألم بمفارقة أحدهما بعد كونه معه مدة، ونحو ذلك من الضرر، مثل اختلاف
الأغذية والأطعمة، والأهوية، والمكان، والأخلاق، فليس إلا القرعة، ولا رجحان
لغناء أحدهما على الآخر، ولأنه حق ثابت له، إذ ليس الغناء شرطا في الالتقاط.
ويحتمل الرجحان به، إذ حصول النفقة له عند الغناء ورفاهية حاله
أسهل.

وأیضا قد يشتغل الفقير عنه بتحصيل القوت.

هذا مع تساويهما في باب الصفات، - من الضبط والشفقة وعدم المضايقة في
الانفاق - غير بعيد، واختاره بعض الأصحاب، نقله في التذكرة.

ورجح بعض أيضا القروي على البدوي، وكذا البلدي عليهما، وكذا قدم
بعض من ظهرت عدالته بالاختيار على المستور.

هذا مع اشتراط العدالة والاكتفاء بالمستور كما اختاره في التذكرة، ينبغي
أن يجعل سببا للتقديم.

وقال في التذكرة: الحر مقدم على العبد والمكاتب، وإن كان التقاطه بإذن
السيد، لأن العبد في نفسه ناقص، وليست يد المكاتب يد السيد، ونقل عن بعض

(١) التهذيب في باب ابتياع الحيوان عن مشى عن حاتم بن إسماعيل ج ٧ من طبع النجف ص ٧٨.

ولو تداعيا بنوته حكم بالبينة، فإن فقدت فالقرعة، ولا ترجيح ليد الملتقط.

الشافعية، تقديم المسلم على الكفار، مع كون اللقيط محكوما بكفره، ليعلمه دينه فيحصل له سعادة الدنيا والآخرة، وينجو من الرقية والصغار، ويتخلص من النار، وهذا أولى من الترجيح باليسار (١)، وقال: ولا بأس به عندي، وهو جيد جدا. ونقل عدم الرجحان بالذكر والأنوثة، سواء كان اللقيط ذكرا أو أنثى. وليس ببعيد تقديم الأنثى للأنثى، لأنها أولى لتربيتها، بل مطلقا، لأنها أشفق وألصق بالحضانة إن كان صغيرا.

وقال أيضا: ولو خرج (أخرج - خ) القرعة لأحدهما، ليس له تركه والاخلاد إلى الآخر، لأن الحق تعين عليه، فصار كالمنفرد، ونقل عن الشافعية أنه لي له أن يترك القرعة، ويخلد إلى الآخر، ويجعل الأمر إلى الحاكم، حتى يجعل له أمينا، أو يقرع بينهما، وقيل: يقرع بينه وبين صاحبه، فإن خرجت القرعة باسمه، ألزمه الحاكم، وقيل يكتفي بالآخر.

والإلزام ليس ببعيد، إذ هو حق عليه لزمه، فالخروج عنه باشتهاء نفسه بعيد فتأمل.

قوله: ولو تداعيا بنوته الخ. قد مرت الإشارة إلى أنه لو ادعيا بنوة لقيط حكم للبينة، فإن لم تكن أصلا، أو كانت لهما فالحاكم هو القرعة، ولا ترجيح بكون أحدهما ملتقطا، فيجعل، كصاحب يد على المال يرجح مع عدمه البينة، ومعها يرجح غيره، إن قلنا بترجيح الخارج، وإلا هو، لأن المراد هنا هو النسب، وهو لا يثبت باليد، بخلاف المال قال هذا في القواعد. (٢)

(١) يعني إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا.

(٢) في النسخة المطبوعة، قال: هنا كالقواعد الخ.

وفي الترجيح بالاسلام والحرية نظر.

وفي الترجيح بكون أحدهما مسلما، وكذا بكونه حرا نظر لتساويهما، وعدم ثبوت كونهما مرجحا بنص ولا اجماع، ولأن الاسلام والحرية سبب مرجح واضح. (١)

ويؤيده أن الولد محكوم بحريته واسلامه، إن لم يكن دار كفر، لم يكن فيها مسلم يمكن حصوله منه، فيدل على ترجيح جانبهما، وهو ظاهر في المحكوم بهما، لأن حفظ الاسلام الظاهري أمر مطلوب شرعا جدا، فلا يبعد هنا تغليب جانبه، وكذا الحرية، فإنه أقوى للحفظ، وأبعد عن العار، كما مر، ولأن الكافر قد يفتنه ويخرجه عن الاسلام، ويجعله كافرا، ولهذا شرط اسلام الملتقط، فينبغي حفظ ذلك، بل يجب، وإن كان الولد ممن يحكم بكفره أيضا، ولأن الظاهر حينئذ يلزم الحكم يكفر الولد، إذ يبعد كونه ابنا للكافر مع عدم كونه بحكمه، وكذا الكلام في الرقية، بل ينبغي عدم النزاع فيما إذا حكم باسلامه، واشتراط الاسلام في الملتقط مطلقا، والعدالة كالمصنف، فلا ينبغي النظر، هذا.

ويبعد من الشيخ علي أنه ذهب إلى اشتراط الاسلام في قيود الكتاب، وإن لم يكن الولد ممن حكم باسلامه، بل بكفره لثلا يكفره، مع أن ظاهر التذكرة، وشرح الشهيد للمتن إنما الخلاف في اللقيط المسلم، فإنه يجوز للكافر أخذ الكافر، فتأمل.

وقال: ولا ترجيح بالاسلام في القيود على الكتاب، وقال في شرح القواعد: والظاهر عدم الترجيح سواء كان الالتقاط في دار الاسلام أو دار الكفر. ولكن الظاهر ما اختاره في شرح (٢) القواعد مذهبه في لقيط الكافر،

(١) يعني ولأن كون الاسلام والحرية - سببا مرجحا - واضح.

(٢) قال في شرح القواعد هكذا قوله (أي المصنف): ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله، أما الأول فلأنه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ولأنه لا يؤمن من أن يفتنه عن دينه فإن التقطه لم يفر في يده وأما

الثاني فلقوله تعالى: والذين كفروا بعضهم أولياء بعض إلى آخر ما نقله.

ويملك آخذ البعير إذا ترك من جهد في غير كلاً وماء،
ولا ضمان.

حيث قال: وأما الثاني أي صحة التقاط الكافر لمثله اشتراط اسلام الملتقط.
فلقوله تعالى: والذين كفروا بعضهم أولياء بعض (١) فيكون هذا مستثنى
من اشتراط العدالة عند المصنف.
وفيه إشارة إلى مذهبه، ولا صراحة في هذه الآية، لأنه سوقها أن الكفار
بعضهم يجب البعض، لا أنه وليه الشرعي، فتأمل.
قوله: ويملك آخذ البعير الخ. أي يملك آخذ البعير، إذا ترك من جهد
ومشقة، في غير كلاً ولا ماء، وكذا إذا كان مريضاً، ولا ضمان (عليه - خ) أي
ليس عليه عوض، إن جاء صاحبه، فرط أو لم يفرط، فليس مثل لقط الأموال يملكه
ويضمنه لصاحبه، ولكن إن كان العين باقية، فيمكن أن يكون للمالك أخذها إذ
خروجها عن ملكه الذي كان - ودخولها في ملك الآخذ دخولاً لازماً - غير ظاهر،
والأصل عدمه، فيحكم الاستصحاب بجواز الأخذ منه، إن كانت باقية، ويكون مثل
الهبة الغير اللازمة، ولا يكون حينئذ للآخذ على المالك أجره وعوض لما تعب
وأنفق عليه، لأنه متبرع قاصد نفعه.
ويؤيد الرجوع إلى العين أيضاً، أنه يرجع في اللقطة، كما سيجيء، وعموم
رواية عبد الله بن حماد، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: من وجد شيئاً فهو له
فليتمتع به حتى يأتي (يأتيه - ثل) طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه. (٢)
فهي عامة في جميع ما يجد، والبعير منه، ولكن الرواية غير صحيحة ولا

(١) الأنفال: ٧٢.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه كما في الكافي أيضاً، عن عبد الله بن حماد: عن
أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام.

صريحة، وغيرها أيضا.
ولكن في الضالة بعد التعريف مثل صحيحة علي بن جعفر
عليهما السلام (١) وليس البعير منها.
ويحتمل أن يملكها بحيث لا رجوع له أصلا، اختاره في الدروس.
لعل دليله الاعراض والخروج عن ملكه، ودخوله ثانيا يحتاج إلى دليل،
لعله لا نزاع في خروجه.
وصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من أصاب
مالا أو بعيرا في فلات من الأرض، قد كلت، وقامت، وسيبها صاحبها ما لم
(مما - كا) لم يتبعه، فأخذها غيره، وأقام عليها، وأنفق نفقة، حتى أحيها من
الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح. (٢)
وهذه كالصريحة في المطلوب، فافهم.
وما في رواية السكوني المتقدمة، وإن كان تركها في خوف وعلى غير ماء
وكلاء فهي لمن أصابها. (٣)
وما في رواية مسمع المتقدمة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إن أمير
المؤمنين عليه السلام كأن يقول في الدابة إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو
نفقتها، فهي للذي أحيها (أصابها - خ). (٤)
وأیضا عنه عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته،
فقال: إن كان تركها في كلاً وماء وأمن فهي له أخذها متى شاء، وإن تركها في

-
- (١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ٢ ج ١٧ ص ٣٧٠.
(٢) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٢.
(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٤.
(٤) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

غير كلاً وماء، فهي للذي أحيها. (١)
وهذه هي أدلة أصل الحكم، فمن قال بالأصل ينبغي أن يقول به ويبطل
بها حكم الاستصحاب.

والرواية المتقدمة (٢) غير صحيحة ولا صريحة، فلا يمكن تأويلها بمثلها، بأن
يقال المراد به ما لم يجرى صاحبها وطالبها (٣) - حيث قيد في الرواية الأولى، إذ قوله:
لا سبيل له عليها، وهو كالشئ المباح - كالصريحة في أن ليس له المطالبة (٤)، فلا
يمكن تقييدها به.

ويمكن العكس، بأن يكون المراد فيها غير البعير الذي أحياه الآخذ من
الموت، وسيبها مالكمها، جمعا بين الأدلة، وهو أولى، وهو ظاهر.
ولأنه تعب، فلا يعقل اخلائه له، ثم تكليفه بالاعطاء مجاناً، وهو خلاف
حكمة الواجب.

وبالجملة الظاهر العمل بمضمون الرواية الصحيحة في الكافي
والتهذيب. (٥)

ولعل المراد بالمال فيها دابة أخرى غير البعير لا مطلق المال بقريئة (قد كلت
الخ) ووجود الدابة في الأخيرتين وعدم ظهور دليل في مطلق الأموال، بل ظهور
دليل خلافه.

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة ذيل الرواية ٣.

(٢) الظاهر أن المراد بها رواية عبد الله بن حماد المتقدمة.

(٣) في النسختين المخطوطتين: بأن يقال المراد ما لم يجرى صاحبها وطالبها، وفي النسخة المطبوعة، بأن
يقال المراد بما لم يجرى صاحبها وطالبها.

(٤) في نسخة مخطوطة كالصريحة فإن ليس له المطالبة، والصواب ما أثبتناه.

(٥) المراد بها رواية عبد الله بن سنان المتقدمة.

ويتخير أخذ الشاة من الفلاة، بين تملكها، والضمان، وبين الإبقاء أمانة، أو الدفع إلى الحاكم، لبيعها لصاحبها، أو يحفظها، ولا ضمان

قيل وإن الضابط الاعراض على وجه لا يريد عدم العود، وكونها بحيث لو لم يأخذها الآخذ تموت فأحيائها من الموت، سواء كان لعجزها عن نفقتها كما يدل عليه رواية السكوني المتقدمة (١) أو تبعها أو عدم تبعيتها للمالك، وسواء خلاها في الماء فقط دون الكلاء أو بالعكس، أو مع عدمهما (عدمها - خ) بل فيهما بحيث لا تقدر على الانتفاع بها بنفسها لمرضها وتعبها، وإن كان ظاهر روايتي السكوني ومسمع عنه عليه السلام أنه لا بد لجواز أخذه من عدمهما.

وفي شرح القواعد: أن قول أمير المؤمنين عليه السلام - أنه إن تركها في غير كلاً ولا ماء فهي للذي أحيها (٢) - إن المتروكة في كلاً ولا ماء هناك وبالعكس، تؤخذ لانتفاء الأمرين، ولأنها لا تعيش بدون الماء وضعفها يمنعها من الوصول إليه، وفيه تأمل لا يخفى.

واستشكل في القواعد رد العين مع الطلب، فهو ظاهر في عدم الاشكال في عدم الرد مع التلف مطلقاً، ومع عدم الطلب.

ولا شك أنه أي ترك الطلب لصاحب المال أحوط وأولى، وإن كان الاحتياط للآخذ رده عليه أو تملكه بإذنه صريحاً فتأمل.

قوله: ويتخير أخذ الشاة من الفلاة الخ. دليل جواز أخذ الشاة أنها لقطة، فتدخل تحت أدلة جواز أخذها.

وقد يفهم الاجماع من التذكرة عليه، قال ولو وجد شاة في فلاة أو مهلكة كان له أخذها عند علمائنا، ويدل عليه وعلى التملك أيضا الروايات المتقدمة مثل صحيحة معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سأل رجل رسول الله

(١) يقدم ذكرها آنفاً.

(٢) تقدم في رواية مسمع.

صلى الله عليه وآله عن الشاة الضالة بالفلاة؟ فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب.
(١)

ومثلها صحيحة الحلبي (٢) وظاهرهما التملك من غير ضمان وعوض.

ومثلها حسنة هشام بن سالم. (٣)

واستشكل في القواعد والتذكرة الضمان، ويفهم عدم الضمان من الروايات الدالة على عدم الضمان في البعير، فتأمل.

ويدل على وجود الضمان، على اليد ما أخذت (٤) واستصحاب بقاء مال المالك على ملكه، وأدلة رد المال الملقوط إلى صاحبه، مثل من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه فإذا جاء طالبه رده إليه (٥) ولا ينافي ذلك ما في الروايات المتقدمة مثل قوله: (لك) (٦) لأن معناه الانتفاء به أو كونه له غير مستقر ولازم كسائر الأموال الملقوطة، ولهذا موجود في المال الملقوط، أنه كسبيل ماله في الصحيح من الروايات المتقدمة.

مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، في اللقطة يجدها الرجل الفقير أهو فيها بمنزلة الغني، قال: نعم، واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال: يعرفها سنة، فإن جاء لها طالب، وإلا فهي كسبيل ماله، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسوها (٧) وغيرها من الروايات.

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية الأولى بالسند الثالث.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٤) عوالي اللغالي ج ١ ص ٣٢٤ الحديث ١٠٦ و ص ٣٨٩ الحديث ٢٢ و ج ٢ ص ٤٤٥ الحديث ١٠ و ج ٣

ص ٢٤٦ الحديث ٢ وغيرها من الموارد الأخر.

(٥) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وهي ما رواه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام.

(٦) راجع الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٥ - ٧.

(٧) الوسائل الباب ١٦ من كتاب اللقطة الرواية ١ بالسند الثالث وقطعة منها في الباب ٢٠ من ذلك

الكتاب الرواية ١ وقطعة منها في الباب ١ من ذلك الكتاب الرواية ١.

مع أنهم يقولون يجب ردها إلى المالك اجماعاً. وهذه ونحوها تدل على رد الشاة ونحوها مما يدل على رد اللقطة، فإنها المال الملقوط، فهي داخلة فيه.

مثل صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن اللقطة؟ قال: لا ترفعوها، فإن ابتليت بها فعرفها سنة، فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك، يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب. (١)

وهما يدلان على المنع والكراهة من أخذ اللقطة مطلقاً. ويدلان على التعريف في الشاة أيضاً، والأخيرة تدل على جواز حفظ اللقطة والأمانة مثل حفظ ماله، لا أزيد، فافهم.

ويدل على الضمان أيضاً الروايات الكثيرة الدالة على أن الضالة لا يأكلها إلا الضالون مثل رواية جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الضوال لا يأكلها إلا الضالون، إذا لم يعرفوها. (٢)

ورواية وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، قال: سألته عن جعل الأبق والضالة؟ قال: لا بأس، وقال: لا يأكل من الضالة إلا الضالون. (٣)

ويدل عليه أيضاً صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: سألت عن اللقطة، إذا كانت جارياً هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها وسألته عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٤.

(٣) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٥ و ٧.

فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها وهو لها ضامن. (١)
وهذه تدل على بيع الملتقط الملقوط بنفسه من غير إذن الحاكم في الانفاق،
وجواز حفظ الأمانات مثل ماله، والضمان دائما، بحيث تجب الوصية، وليس
بمخصوص بمجئ صاحبه، فتأمل.
ويمكن فهم اعطائها للمالك بالوصف والمعرفة، ولا يحتاج إلى الثبوت عند
الحاكم وأمره، وكذا يفهم من غيرها أيضا، فافهم.
وصحيحة صفوان الجمال أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: من وجد
ضالة فلم يعرفها، ثم وجدت عنده فإنها لربها أو مثلها من (عن - خ) مال الذي كتمها.
(٢)

وأنت بعد التأمل في هذه الأدلة تجد أنها تدل على عدم الفرق بين الشاة
وما في حكمها من صغار الإبل والبقر ونحوها، وبين غيرها في وجوب التعريف،
وجواز التملك، والتصرف مع الضمان.
وأن تخصيص الأخبار العامة التي تدل على أنها للآخذ، بأنها بعد التعريف
وجواز التصرف فقط مع عدم اللزوم أولى من تخصيص العامة الدالة على وجوب
التعريف بغير الشاة، إذ قد صرح في بعضها - الصحيحة المتقدمة - بتعريف الدابة
والضالة وجواز الانتفاع بها بعده، فلا يمكن أن يقال: ليست الدابة والضالة إلا
الشاة في الفلاة ونحوها، إذ لا تعريف لغيرهما ولا يجوز أخذ غيرهما على المشهور إلا
البعير المملوك بدونه، عندهم.
وبالجملة عندهم لا تعريف لغيرهما (٣) من الدابة والضالة، فيمكن حمل

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٨، وروى ذيله في الرواية ١٣ من هذا الباب وفيه
وإن مات أوصى بها، فإن أصابها شيء فهو ضامن.
(٢) الوسائل الباب ١٤ من كتاب اللقطة الرواية ١.
(٣) هكذا في نسخة، ولعل الصواب لغيرها.

الأخبار الكثيرة الصحيحة على ذلك، مع امكان الحكم، مشكل (١)، إذ لا دليل على ذلك، فيشكل حمل ما يدل على التعريف والضمان على غير الشاة فهذا متين قوي.

لا العكس الذي قاله في شرح القواعد، حيث قال: وليس تقييده أي قوله: (هي لك) بالتعريف أولى عن تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة، وهذا قوي متين (٢)، على أنه ينبغي بما عدا الدابة.

وأن مجرد عدم الأولوية لم يصيره قويا ومتينا وموجبا للفتوى، وقد أفتى في الحاشية بعدم التعريف، وقربه في التذكرة أيضا، فتأمل.

وأما دليل دليل التخيير على ما اختاره المصنف والأكثر، فهو أنه مال التقطه، وله تملكه مع الضمان، بالرواية كسائر أقسام اللقطة أو تبقيته في يده أمانة للمالك، فلا ضمان، للأصل، ولأنه أمين أخذ شيئا للحفظ، للمالك، فلا يضمن، ويجوز دفعه إلى الحاكم أيضا، لأنه نائب الغياب، ومنصوب للمصالح. وقد يلتزم الأخذ فيده يد المالك، فيما لم يكن حاضرا.

ويمكن وجوب قبوله على الحاكم، كما مر في الوديعة، ثم الحاكم يفعل ما يقتضيه رأيه واجتهاده، فإن اقتضت المصلحة بيعها يبيعها ويحفظ ثمنها له، أو يحفظها بنفسها، إن كانت المصلحة فيه، وعلى التقديرين لا ضمان عليه إن تلف بنفسها أو بثمانها للأصل، ولأنه أخذه، بالوكالة والنيابة، والوكيل غير ضامن إلا مع التفريط ويفهم من المتن وغيره أن صغار الإبل والبقر في الفلاة حكمها حكم الشاة

(١) هكذا في جمع النسخ ولا يخفى ما في العبارة من عدم السلاسة.

(٢) عبارة شرح القواعد هكذا: وهل يجب تعريف الشاة المأخوذ من الفلاة؟ قال في التذكرة: الأقرب العدم، لظاهر قوله عليه السلام: (هي لك أو لأخيك أو للذئب) فإن المتبادر منه تملكها بغير تعريف: وليس تقيده بالتعريف الخ.

ولو أخذ الشاة في العمران، حبسها ثلاثة أيام، فإن لم يأت صاحبها، باعها، وتصدق بالثمن.

العاجز في الفلاة، وقال في شرح القواعد: أسنده (أسندها - خ) في التذكرة إلى علمائنا، وقال في التذكرة: - بعد قوله: ولو وجد شاة في الفلاة أو في مهلكة كان له أخذها عند علمائنا - وهذا الحكم في الشاة وغيرها من صغار الأنعام التي لا تمتنع من صغار السباع، إنما يثبت لو وجدها في الصحراء أو في موضع مهلكة؟، وأما إذا وجدها في العمران، فإنه لا يجوز له التقاطها بحال الخ.

وقد نقلناه فيما تقدم أيضا، وكأنه فهمه من هذا الكلام، وفي الفهم تأمل.

ثم على تقدير التسليم ليس بصريح في الاجماع، ولا دليل عليه سوى القياس المستنبط من قوله: (هي لك الخ) فمجرد ذلك، الحكم لا يخلو عن جرأة، إذ العقل والنقل دلا على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، وكأنه لذلك توقف فيه المحقق، كما قال في الدروس: توقف المحقق فيه نظرا إلى مورد النص.

قوله: ولو أخذ الشاة الخ. يفهم عدم الخلاف من التذكرة في عدم جواز الأخذ، والأصل يؤيده، وقد تقدم البحث في ذلك أيضا في الجملة.

وقال في التذكرة: ما يوجد من الحيوان قريبا من العمران حكمه حكم الموجود في العمران، للعادة القاصية بأن الناس يشمرون دوابهم قريبا من عمارة البلد الخ.

وقال أيضا: قد بينا أنه لا يجوز أخذ الشاة وشبهها في العمران، خلافا

لأحمد، فإن أخذها لم يجر له تملكها بحال، بل يتخير أخذها بين الامساك لصاحبها أمانة - وعليه نفقتها من غير رجوع بها، لتبرعه حيث أخذها في موضع المنع -، وبين دفعها إلى الحاكم، لأنها من المصالح، ولو تعذر الحاكم أنفق ورجع بالقيمة، ولا فرق في ذلك بين الحيوان الممتنع وغيره، ولو وجد شاة في العمران حبسها ثلاثة أيام، ثم تصدق بها عن صاحبها، إن لم يأت، أو باعها، ويتصدق بثمنها - إلى قوله -:

ولو أخذ غيرها احتفظها، وأنفق عليها من غير رجوع، أو دفع

والأقرب أنه يضمن، وقد روى ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام، أنه قال: جائني (جاء - يب ثل) رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام، ويسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها، وإلا باعها وتصدق بثمنها (١) الخ.

وأنت تعلم أن الذي يقتضيه العقل والنقل الضمان على تقدير القول بعدم جواز الأخذ، فإنه يصير غاصبا، فيكون حكمها حكمه. وكأنه إليه أشار بقوله: (والأقرب الضمان)، وإن كان ما سبقه وما تأخره يدل على عدمه، وهو ظاهر.

وأن الانفاق من ماله على تقدير الأمانة غير مناسب، وكذا، التخيير على تقدير عدم الجواز غير مناسب، وكذا الرجوع بالانفاق مع تعذر الحاكم، فتأمل. والحكم المذكور في الشاة سنده الرواية المذكورة (٢) مع عدم ظهور الصحة. بل ضعيفة لوجود محمد بن موسى الهمداني (٣)، قيل: ضعيف، وكان يضع الحديث، ومنصور بن العباس الذي قيل فيه أنه مضطرب الأمر، والحسن بن علي بن الفضال قيل فطحي، وكذا عبد الله بن بكير، وخلاف الأصل والقوانين. وليس فيها العمران، كأنه حملت على العمران للاجماع على عدم ذلك في غير العمران.

لكن الحكم مشهور، وعلى تقدير ثبوته فيها، لا ينبغي أن يتعدى إلى غيرها. وكأنه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (ولو أخذ غيرها الخ) لعل مراده أنه

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٦ ج ١٧ ص ٣٦٥.

(٢) تقدم ذكرها آنفا.

(٣) وسندها - كما في التهذيب - هكذا، محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن موسى الهمداني، عن منصور بن العباس، عن الحسن بن علي بن فضال، عن عبد الله بن بكير، عن ابن أبي يعفور.

إلى الحاكم، إن وجدته.
ولو أخذ غير الممتنع في الفلاة، استعان بالسلطان في النفقة،
فإن تعذر، أنفق، ورجع مع نيته، على رأي.

إن أخذ غير الشاة من أمثالها في العجز عن صغار السباع مثل صغار الإبل والبقر أو غيرها مطلقا في العمران، يحفظه (تحفظ - خ) عنده حتى يجيء مالكة، ويجب أن ينفق عليه لحرمة، لكونه ذا روح، ولا يرجع إلى مالكة فيه، أو دفعه إلى الحاكم، إن وجدته، وإن لم يجد المالك، ويبرأ بالتسليم إليه.
والظاهر أنه يكون ضامنا، لأنه أخذ ما لا يجوز له أخذه، وهو المناسب لقوله (بوجوب الانفاق عليه) مع عدم الرجوع، وإن نوى الرجوع، بل يمكن مع دفعه إلى الحاكم أيضا أن يكون ضامنا، حتى يصل إلى يد المالك لقوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وغيره.
ولعل دليل سقوط الضمان مع دفعه إلى الحاكم كونه وكيل المالك (وكيلا للمالك - خ)، وأنه محسن ولا سبل عليه (٢) وهو يدل على جواز الأخذ، ومع وجوب نفقة الدابة على صاحبها يدل على جواز الرجوع.
والاحسان في محل المنع، فإنه تصرف في مال الغير بغير إذن (الإذن - خ)، وهو غضب، فيلزم بالنفقة أيضا، وإن كانت واجبة على المالك، إذ قد يطعمه ما لا قيمة له مثل أن يرعاه في الصحراء من غير أجر، وكذا كون الحاكم مطلقا وكيلا.
قوله: ولو أخذ غير الممتنع الخ. أي إن أخذ غير الشاة مما لا يمتنع عن صغار السباع، مثل ولد الإبل والبقر والحمار والبغل ونحوها.

(١) عوالي اللثالي ج ١ ص ٣٢٤ ح ١٠٦ و ص ٣٨٩ ح ٢٢.
(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل - التوبة ٩١.

هذا هو الظاهر، ولكن يجب أن يراد منه غير صغار (١) الممتنعات، لأنه قد مر أن حكمها حكم الشاة في الفلاة سواء كان فلا كلاً وماء أم لا، والفرق بينه وبين ما تقدمه - بأنه هناك أخذها في العمران وما في حكمه من القرب وهنا أخذها في الفلاة - غير ظاهر.

وظاهر القوانين وكلامهم عدم جواز الأخذ هنا أيضاً، لما مر، إلا أن الأخذ هنا أولى، لأنه في معرض التلف، فالأخذ محسن لا سبيل عليه، فلا يكون ضامناً، بل يحفظ عنده أمانة، ويستعين بالحاكم للانفاق، فيعطيه من بيت المال، لأنه من المصالح وإلا ينفق عليها (عليه - خ) ويرجع من قصده. ينبغي بإذن الحاكم، بل في الحفظ. أيضاً، ولكن يجري فيه ما تقدم خصوصاً إذا قالوا بعدم الجواز، فلا إحسان حينئذ، فيكون ضامناً، وغاصباً، وينفق ولا يرجع.

واعلم أن الفرق بين صغار الممتنعات (٢) وغير الممتنع حيث جعل حكم الأول في الفلاة حكم الشاة دون الثاني غير ظاهر، وكذا الاستعانة بالحاكم، فإن الانفاق لملك مالك لا يستعان له بالحكم، بل يستقرض عليه أو يبيعه فيه أو يعطي من عنده من الرجوع، إن كان أميناً، وإلا ينفق من ماله، ولا (٣) يرجع، وأيضاً فإن لم يكن حكم غير الممتنع في الفلاة حكم الشاة، لا يجوز أخذه، بعدم الدليل، وبالجملة هذا المتن مشكل، فتأمل ولهذا، هذا القسم الثالث غير موجود في العبارات، بل جعل فيها حكم غير الممتنع مطلقاً حكم الشاة، لما مر، وهذا من خصائص الكتاب.

(١) في النسختين صغار الممتنعات (من غير لقطة غير).

(٢) حيث قال قدس سره: وكذا صغار الممتنعات.

(٣) في النسختين المخطوطتين: وإلا فيرجع، والصواب ما أثبتناه.

وكذا ينفق على العبد، لو التقطه.
ولو أنتفع باللبن أو الظهر أو الخدمة قاص، على رأي.

قوله: وكذا ينفق على العبد الخ. قد مر أيضا أنه يجوز بل يجب التقاط العبد الصغير الغير المميز الذي لا يستقل بحفظ نفسه، فإن عرف مالكة يسلمه إليه، ولا يكون ضامنا حينئذ إلا مع التفريط والافراط، لأنه محسن، بل حينئذ ليس من الالتقاط، وإلا يحفظه عنده أمانة أيضا، كسائر الأموال الملقوطة أيضا، وينفق عليه، إذ نفقته تجب على مالكة، فيستقرض عليه، أو ينفق من نفسه، ويرجع عليه، وقد مر دليله أيضا.

قال في التذكرة: ولو وجد مملوكا بالغا أو مراهقا لم يجز له أخذه، لأنه كالضالة الممتنعة من دفع المؤذيات عنه، ولو كان صغيرا كان له أخذه لأنه في معرض التلف، والمال إذا كان بهذه الحال جاز أخذه، وهو نوع منه، وإذا أخذ عبدا صغيرا للحفظ لم يدفع إلى مدعيه، ولا يكفي الشهادة على شهود الأصل بالوصف، لاحتمال الشركة في الأوصاف، بل يجب احضار شهود الأصل، ليشهدوا بالعين، وإن تعذر لم يجب نقل العبد إلى بلدهم، ولا يبيعه على من يحمله، ولو رأى الحاكم ذلك صلاحا جاز، ولو تلف قبل الوصول أو بعده، ولم يثبت دعواه ضمن المدعي قيمة العبد والأجرة.

قوله: ولو أنتفع باللبن الخ. يعني لو انتفع بلبن الحيوان المأخوذ في موضع جواز أخذه - ويمكن الأعم فشربه أو باعه وأكل ثمنه أو بظهره بأن يركبه (ركبه - خ)، ويمكن إجارته لذلك وأخذ الأجرة. أو لخدمته بأن يستخدمه قاصه، يعني ينظر إلى مقدار النفقة وأجرة الخدمة والركوب وثمان اللبن، فإن تساويا، وإلا فإن كان عنده زائدا يعطيه مالكة، وناقصا يأخذه من صاحبه، هذا هو مقتضى القوانين، لأن كل حق عند آخر، فيجوز أن يتقاصا، كسائر الحقوق. ونقل عن الشيخ أنه قال: اللبن والظهر والخدمة لمن أنفق مطلقا من غير مقاصة، يكون

ذلك بإزاء النفقة.

ولعله حمل على الرهن، إذ اختياره فيه ذلك تعويلا على 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 (ويشرب الدر - ففيه) إذا كان مرهونا، وعلى الذي يشرب نفقته. (١)
فإن كان التعويل على هذا فهو ضعيف، بمنع اللاحق أولا، ويضعف سند الملحق به ثانيا، وعدم دلالة الرواية ثالثا، قلت: لا دلالة فيه على الخدمة. ولعل تعويله في الرهن على غيرها، مثل صحيحة أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بماله أله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفها فله أن يركبها وإن كان الذي رهنه عنده يعلفها، فليس له يركبها. (٢)

وفيما نحن فيه بمثل صحيحة ابن محبوب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطة؟ فقال: لا تباع ولا تشتري، ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها. (٣) ولكن خلاف القوانين والرواية قاصرة، إذ لا دلالة فيها على كل ما قاله، وليست بصريحة في عدم المقاصة أيضا، بل يدل على جواز الاستخدام بالانفاق. ويحتمل مع ذلك الرجوع بالزيادة والرد في النقيصة. وظاهرهم أنه يجوز ذلك الانتفاع مع التقاص، من غير إذن الحاكم أيضا، وهو ظاهر الرواية في الاستخدام بالنفقة، ويمكن غيره أيضا، فتأمل واحتط.

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الرواية ٤ وفيه، عن ابن محبوب، عن محمد بن أحمد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام الخ.

ولقطة غير الحرم إن كانت دون الدرهم يملكها الواجد، وإلا
وجب تعريفها سنة.
وله أن يعرف بنفسه، وبغيره، فإن جاء صاحبها (فه - خ) وإلا
تخير بين الملك، والضمان، وبين الصدقة، والضمان، وبين الإبقاء
أمانة، ولا ضمان.

قوله: ولقطة غير الحرم الخ. إشارة إلى أحكام لقطة الأموال غير الانسان والحيوان.
قال في التذكرة: وهو كل مال ضائع أخذ، ولا يد لأحد عليه، لعل المراد
غيرهما لأنه المتبادر، فكأن المال الضائع صار اصطلاحا في ذلك، كما يقولون
وجدت لقطة (١)، ما يريدون إلا ذلك، قال: إن كان في الحرم لم يجز تملكه عند
أحد من علمائنا أجمع، وفي جواز التقاطها قولان، ولا خلاف في الكراهة الشاملة
للتحريم لعل المراد المال الكثير أي الدرهم وما فوقه، إذ يوجد من قال بتملك القليل.
ولهذا قال في التذكرة في موضع آخر: الأقرب عدم الفرق في تحريم التملك
بين القليل والكثير.

ونقل في شرح الشرايع عن التحرير تجويزه تملك القليل، بل يوجد من قال
يتملك الكثير أيضا، مثل أبي الصلاح نقله في شرح الشرايع لعله ما اعتبر خلافه في
شرح الشرايع، فتملك لقطة الحرم التي هي غير الانسان، والحيوان حرام على المشهور
بالعقل والنقل الدالين على عدم تملك مال الغير إلا برضاه.
وأما أخذها لحفظها للمالك، فقليل مكروه، ودليلها عموم أدلة كراهة
مطلق اللقطة، وقد مرت وسيجيء أيضا.
وخصوصا (٢) رواية أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح موسى

(١) في النسختين المخطوطتين: وجدت ولقطت.

(٢) في النسخة المطبوعة، خصوصا بدون (واو) ولعل الصواب وخصوص رواية الخ.

بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم، فأخذه؟ فقال: بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه، فقلت (قال: قلت - خ) قد ابتلى بذلك، قال: يعرفه، قلت: فإنه قد عرفه فلم يجد له باغياً قال: يرجع به إلى بلده، فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن. (١)

ظاهرها الكراهة للقطعة (ينبغي) فيحمل عليها (بئس ما صنع) للأصل.

ولعدم الصحة لوجود وهيب بن حفص المشترك (٢) بين له من كتاب وبين من وقف وهذا في باب لقطعة التهذيب ووجود ابن جبلة في باب زيادات حج التهذيب (٣) وعلي بن أبي حمزة، كأنه الواقفي الضعيف جداً، لأنه البطائني، لنقل أبي بصير عنه، فإن البطائني هو قائده، ولكونه من رجال أبي الحسن عليه السلام.

وفيها دلالة على التعريف في لقطعة الحرم أيضاً في الجملة، وفي أي موضع كان كاف، وأنه لو وجد طالبا، لأعطى من غير إذن الحاكم، وثبوتة عنده، بل ثبوتة عنده كاف، فافهم.

وعلى تصدقه من غير كونه فوراً بعد رجوعه إلى بلده وعلى أهل بيت من المسلمين. وعلى الضمان بعد التصديق.

والظاهر التحريم، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو منفي عقلاً ونقلاً وشرعاً كتاباً وسنة (٤) واجماعاً ولوجود (لا تمس) و (بئس) و (لا ترفع) في

(١) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) سندها - كما في التهذيب - هكذا: الصغار، عن محمد بن الحسين بن الخطاب، عن وهيب بن حفص، عن أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام.

(٣) أورد هذه الرواية في الوسائل في الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٣، وسندها هكذا: موسى بن القاسم، عن ابن جبلة، عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح عليه السلام.

(٤) إشارة إلى قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل. النساء ٢٩ والسنة: لا يحل مال امرء مسلم بغير إذنه.

الأخبار. (١)

وقال في الدروس: والكراهية قوية إذا بلغت درهما، ولو نقصت عنه حل تناولها، وملكت كما تملك في الحل على الأقرب. لعل ما اعتبر اجماع التذكرة ونظر إلى عموم رواية جواز تملك الأقل، وهي ما رواه محمد بن أبي حمزة (الثقة في الحسن) عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: قال: سألته عن اللقطة؟ قال: تعرف سنة قليلا كان أو كثيرا، وما كان دون الدرهم فلا تعرف (يعرف - خ). (٢)

على أن هذه غير صحيحة كما ترى ولا صريحة في التملك، بل وعدم التعريف فقط، وخلاف العقل والنقل، وخلاف عموم أدلة المنع والكراهية، فإنه غير مقيد بالقلة والكثرة، مع مخالفتها لنقل اجماع التذكرة، على الظاهر، فتأمل. وبالجملة كلام الدروس غير ظاهر، لأنه إن اعتبر الشهرة والاجماع المنقول لا الدليل، ينبغي أن يقول بعدم تملك لقطة الحرم، بل تحريمها أيضا، فإنه المشهور، قاله في شرح القواعد، وإلا ينبغي (فينبغي - خ ل) أن لا يقول بجواز تملك القليل في غير الحرم أيضا وعدم تعريفه، إذ ليس له غير الشهرة، والاجماع دليل واضح. إلا أن يقال: إنما الاجماع في الدرهم وما (فما - خ ل) فوق في الحرم لا فيما دون وعليه تحمل عبارة التذكرة، لأنه قال في موضع آخر: الأقرب أنه لا فرق بين لقطة الحرم فيما دون الدرهم، كما في الزائد عليه، لحرمة الحرم الشاملة للقليل والكثير، وبالجملة الخلاف موجود، بل من العلامة حيث نقل عنه أنه في التحرير جوز تملك القليل وتردد في تحريم لقطة الكثير، فتأمل.

(١) راجع الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة والباب ٢ منه الرواية ٣ و ١٠.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ١.

فأخذ عوض العين بناء على أن ليس له إلا العوض أو أخذ عوضه بالتراضي ضمن
لثاني أيضا العوض، إذا ادعى وأثبت كونه له بالبينة، مع حكم الحاكم على كل
حال، سواء إن مع بينة الأول حكم الحاكم أم لا، والفرق أنه حينئذ اعطاء
الأول مال نفسه، لأن الذي ثبت في ذمته أمر كلي إنما يتعين إذا وصل إلى
صاحبه، وما علم كون الأول هو صاحب، إذ قد يكون للثاني، لعدم الرجحان.
نعم لو كان له بينة راجحة لم يضمن، وأما رجوعه إلى الأول فهو غير ظاهر،
إلا أن يقيد بكون بينة الثاني راجحة، وهو ظاهر، فتأمل.
أعلم أنه قد مر في كثير من الأخبار ما يدل على عدم التعريف، مثل - ما في
الصحيح - عن إسحاق بن عمار - بعد سؤال أهل المنزل قال له الإمام عليه السلام -
تصدق بها. (١)

وموثقة زرارة - لابن بكير - قال الصادق عليه السلام: هذا مما جاء به
السييل وأنا أريد أن أتصدق به. (٢)
وفيها دلالة على جواز التأخير في التصديق.
وصحيحة البنظي - في الطير الذي قبضه إذا عرف صاحبه يرده عليه - وإن
لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له، وإن جائك طالب لا تهتمه، رده عليه. (٣)
وهذه تدل على جواز الرد إذا لم يكن الطالب متهما.
وفي رواية يونس بن عبد الرحمن ولا يعرف بلد صاحبه، قال له

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣.
(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٣ وسندها - كما في التهذيب - هكذا: الحسين بن سعيد،
عن فضالة بن أيوب، عن ابن بكير عن زرارة.
(٣) الوسائل الباب ١٥ من كتاب اللقطة الرواية ١.

عليه السلام، فأباحه له.

ويؤيد هذا ما قال في الفقيه، وروى الجمال، عن داود بن أبي يزيد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال له رجل: إني قد أصبت مالا وإني قد خفت فيه على نفسي، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه وتخلصت منه، قال: فقال له أبو عبد الله عليه السلام: والله أن لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ قال: أي والله، قال: فأنا والله، ما له صاحب غيري، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: فحلف فقال: تذهب تقسمه في اخوانك ولك الأمن مما خفت. منه.

قال: فقسمته بين اخواني. (١)

وبالجملة هو ولي الكل يعمل ما يريد ويعرف، فتأمل.

وبأنها قضية في واقعة لا تتعدى، إذ قد يعرف عليه السلام كونها مما هو حلال للآخذ بوجه.

وفيها أيضا دلالة على أنه يكفي التعريف في الجملة، فقد ظهر مما سبق دليل تحريم لقطة الحرم مطلقا، خصوصا الكثير، وسيجئ أيضا في غير الحرم. وأما دليل جواز أخذ ما دون الدرهم وتملكه في الحال في غير الحرم من غير تعريف، فالعمدة فيه الاجماع وسنده الرواية المتقدمة. (٢)

قال في التذكرة: لقطة غير الحرم إن كانت قليلة جاز تملكها في الحال، ولا يجب تعريفها، ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم في إباحة أخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف.

ثم قال: وقد اختلف في حد القليل الذي لا يجب تعريفه، فالذي عليه

(١) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ١.

علمائنا أنه ما نقص عن الدرهم، فهذا لا يجب تعريفه، ويجوز تملكه في الحال، عند علمائنا أجمع.

فإن ثبت ذلك وإلا فالرواية مرسلة، وفي العقل والنقل ما يدل على عدم التملك، وعموم الأخبار الصحيحة (١) يقتضي المنع، والتعريف بعد الأخذ والابتلاء، كما مر، وسيجيء أيضا، فلا شك أن عدم الأخذ أولى، ثم التعريف، فتأمل.

ثم ذكر فروعاً، الأول، لو تملك ما دون الدرهم، ثم وجد صاحبه، فالأقرب وجوب دفعه إليه، لأصالة بقاء ملك صاحبه عليه، وتجوز التصرف للملتقط لا ينافي وجوب رده.

وهذا يشعر بعدم تملكه، بل جواز التصرف فقط، لعله يريد به عدم اللزوم، وإلا فكلامه صريح في الملك، كما مر، حيث قال: يجوز تملكه في الحال عند علمائنا أجمع، ويؤيده جواز التصرف الذي لا يكون إلا لذلك، ووجوب الدفع غير بعيد، إذ لا دليل على التملك إلا الاجماع، وذلك في كونه لازماً - بحيث لا يجوز لمالكه الرجوع - غير ظاهر، والأصل عدمه، وجواز المالك التصرف في ماله (٢). وعدم التصرف في مال شخص إلا بطيب نفسه منه، هذا مع بقاء العين.

وأما مع التلف فظاهر قولهم بالتملك عدم الرجوع، ويمكن أن يقال: لا دليل إلا الاجماع، ولا اجماع على التملك، بحيث يفيد عدم وجوب الرد مع وجود مالكه (صاحبه - خ) ولكن حينئذ يصير عدم الفرق بين القليل والكثير إذا ملكه، إلا بالتعريف، فتأمل.

(١) راجع الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، وجواز التصرف للمالك في ماله.

ثم قال: الثاني الأقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبه، ويحتمل القيمة مطلقا، كالكثير إذا تملكه (ملكه - خ) بعد التعريف، والقيمة إن نوى التملك وإلا فالعين وهو أقرب.

والظاهر أن المراد بالصاحب أعم من الأول ووارثه ومن أنتقل إليه. وأن الظاهر الرجوع إلى العين مطلقا، لما تقدم، إذ لو لم يكن له الرجوع إلى العين (والعوض - خ) فلا يناسب له الرجوع أصلا إذ إنما يكون ذلك لصيرورة العين ملكا لازما لملتقط وخارجا عن ملكه خروجا لازما، والأصل عدم العوض. والعوض إنما يلزم بدليل خارج وبالرضا وليس.

وأیضا الظاهر عدم الفرق بين نية التملك وعدمها، إن قلنا إنه يتملك من غير نية، وإلا فلا كلام في وجوب رد العين مع عدم نية التملك.

ثم قال: الثالث، لو تلف بتفريط، ثم وجد صاحبه، فالأقرب وجوب الضمان، مع احتمال عدمه. (١)

والظاهر هو (بين - خ) الاحتمال مع التملك لما مر، فتأمل، والرجوع في المسألتين غير بعيد، بناء على ما أشرنا من عدم الدليل إلا الاجماع، ولا اجماع على هذا الوجه الخاص (٢)، والعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي (٣) وعدم خروج ملك شخص بلا عوض عن يده إلا بطيب نفسه، ونحو ذلك، فتأمل. واعلم أن البحث في تملك اللقطة في صورة تملكها مثل القليل قريب من البحث في تملك المباحات، باعتبار اشتراط نية التملك، واشتراط عدم نية عدم

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٥٦.

(٢) ولا يخفى أن ما ذكر في المتن - من قوله قدس سره: على هذا الوجه الخاص - إلى قوله -: وليس إلا الاجماع ولا اجماع - غير موجود في النسخة المطبوعة، ولكنها موجودة في النسخ المخطوطة.

(٣) تقدم مأخذه مرارا.

التملك أو عدم اشتراط شئ أصلا، والظاهر هنا الأول.
قال في التذكرة: عدم الدخول قهرا هو أشهر القولين لعلمائنا بالملك
القهري لأنه ملك شخص، ولم يخرج إلا بدليل، وليس إلا الاجماع ولا اجماع.
وأیضا الظاهر أن له أن يحفظه أمانة بعد التعريف بلا فصل، ومعه أيضا،
فلا یضمن إلا بالتفريط، وكذا له التصديق أيضا عن المالك، لذلك.
ويدل عليه جميع الروايات الدالة على التصديق والحفظ، مثل صحيحة علي
بن جعفر عليهما السلام: احفظها الحديث. (١)
فيحمل عليه أي على أن الملتقط يملك مع النية، أو يستحق أن يملك، فتأمل
ما في الرواية، (فهو كسييل ماله) (٢) ويجري عليه ما يجري على ماله ونحوه.
أما لقطة الحرم ففيها خلاف، والروايات أيضا مختلفة، والظاهر عدم جواز
تملك الكثير، وقد مر نقل الاجماع في التذكرة (عليه - خ) ولم يظهر خلافه، إلا ما
أشرنا إليه، مثل ما نقل في شرح الشرائع التردد عن التحرير والخلاف من أبي
الصلاح، وقد يكون الاجماع بعده، أو ما اعتبره بمعلومية نسبه، وغير ذلك، فتأمل.
فالظاهر عدمه لعدم ظهور القول الصريح، ولأن التصرف في مال الغير
وخروجه عن ملكه يحتاج إلى دليل قوي، ولأنه خلاف ظاهر العقل والنقل،
وما يدل على ذلك ليس بمثابة تعارض ما تقدم، إذ ليست صريحة ولا ظاهرة في
تملك الكثير في الحرم على وجه يقولون به، وقد تقدم البعض وسيجيء البعض
الأخر.

ويدل عليه أيضا بعض الروايات مثل ما تقدم من رواية علي بن أبي حمزة

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة، الرواية ١٢ و ١٥ وفيه، حفظها الحديث.
(٢) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة.

المتقدمة: (بئس ما صنع) (١) فينبغي حمل (ينبغي) عليه. (٢)
ورواية الفضيل بن يسار (في زيارات الحج) قال: سألت أبا جعفر
عليه السلام عن لقطة الحرم؟ فقال: لا تمس أبدا حتى يجيئ صاحبها فيأخذها،
قلت: فإن كان مالا كثيرا، قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فليعرفها. (٣)
وصحيحة يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
اللقطة، ونحن يومئذ بمنى؟ فقال: أما بأرضنا هذه فلا تصلح، وأما عندكم فإن
صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع، ثم هي كسبيل ماله. (٤)
ورواية إبراهيم بن عمير (عمر - خ)، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:
اللقطة لقطتان، لقطة الحرم وتعرف سنة، فإن وجدت صاحبها، وإلا تصدقت بها،
ولقطة غيرها تعرف سنة، فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك. (٥)
هذه كلها في زيارات الحج من التهذيب.
ولا يضر عدم صحة رواية الفضيل، لقبول الأصحاب أبان بن عثمان (٦)،
وقد عرفت مرارا أنه قيل هو ممن اجتمعت العصابة على توثيقه وقبوله، فلا يضر
القول فيه بأنه قيل كان ناووسيا، فتكون صحيحة، أو معمولة معتبرة.
ودلالاتها على عدم التملك مطلقا واضحة، ودلالة رواية يعقوب على التحريم
ظاهرة.

- (١) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة، الرواية ٢.
(٢) يعني فينبغي جمعه قوله عليه السلام في الرواية (ما كان ينبغي له أن يأخذه) على قوله عليه السلام:
بئس ما صنع.
(٣) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٢ من كتاب الحج ح ٩ ص ٣٦١.
(٤) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ١.
(٥) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٤.
(٦) وسندها - كما في التهذيب - موسى بن القاسم، عن أبان عثمان، عن الفضيل بن يسار.

ولا تدل رواية إبراهيم على الجواز، وهو ظاهر، على أن في سندها عبد الرحمن المشترك (١) وإبراهيم أيضا مختلف فيه قيل ثقة، وقيل ضعيف مطعون جدا، وإن كان الموثق هو النجاشي والمضعف ابن الغضائري، ولفظة (ما كان ينبغي) في رواية علي (٢) لا تدل على الكراهة، بأن (ينبغي) يستعمل في المعنيين (٣)، وإن كان ظاهرا في الاستحباب، ولكن مقارنتها بقوله، (بئس) تدل على إرادة التحريم، أو يبعد قول هذا في المكروه.

ويدل على التحريم أيضا رواية إبراهيم بن أبي البلاد، عن بعض أصحابه، عن الماضي عليه السلام، قال: لقطة الحرم لا تمس بيد ولا برجل، ولو أن الناس تركوها لجأ صاحبها فأخذها (٤) ولا يضر عدم صحة السند، ولا حمل (لا تمس) على الكراهة في صحيحة الحلبي المتقدمة، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسها. (٥)

وكذا رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: ذكرنا لأبي عبد الله عليه السلام اللقطة، فقال: لا تعرض لها فإن الناس لو تركوها لجاء صاحبها حتى يأخذها (٦) لأنهما محمولتان على الكراهة للمعارض وللشهرة، بل قريب الاجماع، فإنه قد مر جواز تملك الأقل من درهم بالاجماع، مع امكان حملهما على الدرهم وما فوقه.

(١) سندها - كما في التهذيب - موسى بن القاسم، عن عبد الرحمن، عن حماد بن عيسى، عن إبراهيم بن عمر.

(٢) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٣) في بعض النسخ في المعنى في بعض آخر في العين وفي بعض المعنى ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٥) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٦) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

على أن رواية الحسين ليست بظاهرة الصحة، لوجود الخلاف فيه، نقل ابن داود عن الكشي، فيه نظر لتفاهت (١) الأقوال فيه. نعم قال: وحكى السيد جمال الدين في البشرى تزكيته. فقول شرح الشرائع: - صحيحة الحسين - محل التأمل، نعم مثله موجود في الصحيح عن محمد بن مسلم (٢)، ولكن مع قوله: (فاجعلها في عرض مالك) بعد التعريف.

وبالجملة الظاهر تحريم لقطة الحرم وعدم تملكها مطلقا، كما قال الشيخ علي، وقال إنه المشهور، ولا شك أنه أحوط. فقول الدروس - بعدم الكراهة في القليل في الحرم - بعيد وخلاف المشهور، بل الاجماع، فتأمل.

وأما وجوب التعريف في موضع وجوبه، فيدل عليه الروايات الكثيرة، وقد مر أكثرها، مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في اللقطة يجدها الرجل، الفقير (أهو - يب) فيها بمنزلة الغني، قال: نعم، واللقطة يجدها الرجل ويأخذها، قال: يعرفها سنة، فإن جاء (لها - يب) طالب، وإلا فهي كسبيل ماله، وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول: لا تمسوها. (٣)

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أحدهما، قال: سألته عن اللقطة؟ قال: لا ترفعوها، فإن ابتليت فعرفها، فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك يجري

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، التهافت، كما في رجال ابن داود ثم قال: وقد حكى سيدنا جمال الدين رحمه الله في البشرى تزكيته ص ١٢٠ ط دانشگاه.
(٢) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.
(٣) روى صدرها في الباب ١٦ من أبواب اللقطة الرواية ١ بالسند الثالث وذيلها في الباب ٢ من تلك الأبواب الرواية ١.

عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيئ لها طالب. (١)
وصحيحة علي بن جعفر وقد تقدمت. (٢)
وهذه الأخبار تدل على أن التعريف سنة، والذي ورد في مطلق التعريف
يحمل عليها.

قال: في التذكرة: لا يراد بالتعريف سنة استيعاب السنة وصرافها بأسرها
في التعريف، بل يسقط التعريف بالليل (في الليل - خ) لأن النهار مجمع الناس،
وملتقاهم، دون الليل، ولا يستوعب الأيام أيضا، بل على المعتاد فيعرف في ابتداء
أخذ اللقطة في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثم في كل يوم مرة، ثم كل أسبوع مرة
أو مرتين، ثم في كل شهر مرة، بحيث لا ينسى كونه تكرارا في الماضي، وبالجملة لم
(فلم - خ) يقدر الشرع في ذلك سوى المدة التي قلنا إنه لا يجب شغلها به، فالمرجع
حينئذ إلى العادة، وينبغي المبادرة إلى التعريف من حين الالتقاط، وفي الوجوب
قولان، أحدهما الوجوب، لما تقدم، والثاني عدمه، بل الواجب التعريف سنة مطلقا،
وبه ورد الأمر. (٣)

والظاهر أن مراده بقوله يعرف في ابتداء الأخذ، إلى آخر التعريف، في
الأسبوع الأول كل يوم مرتين، وبعد ذلك في أسبوع آخر كل يوم مرة، ثم في باقي
أسبوع هذا الشهر كل أسبوع مرة ثم في كل شهر مقدار ما لا ينسى، كأنه يكفي مرة
أو مرتين.
ثم إن كان المراد بالشهر ثلاثين يوما، فالأمر واضح، وإلا يشكل إذا كان في
آخر الشهر الهلالي، أو بعد مضي أسبوع.

-
- (١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.
(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ١٤.
(٣) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥٨.

وبالجملة العبارات والروايات مجملة، والمعتاد الذي ذكره غير واضح، وليس بمعلوم كونه فيما ذكره أيضا، وهو غير واضح. ويمكن الاكتفاء بصدق التعريف في السنة من غير تفاوت بين الأول والآخر، وقوله: (ينبغي) مشعر بعدم وجوب الفورية والمناسب الفورية إذ قد يجيء صاحبه، ويأس بعده، وهو ظاهر قولهم سنة من حين وجوده، فتأمل. قال في موضع آخر: قدر مدة التعريف سنة، فيما بلغ درهما فصاعدا عند علمائنا أجمع.

وذلك لا بأس به وما رأيت خلافاً.

وقال في موضع آخر: لا يجب التوالي في التعريف، فلو فرقه جاز، بأن يعرف شهرين ويترك شهرين هكذا وهو أحد وجهي الشافعية، ما لو نذر صوم سنة يجوز أن يوالي وأن يفرق - إلى قوله - فإن فرط ففي المبادرة فعل محرماً، فإذا عرف متفرقا

لم يجب الاستئناف، وكفاه التلفيق. (١)

وقال أيضا: الأحوط الايغال (٢) في الابهام، فلا يذكر الجنس فضلا عن النوع ووصفه، بل يقول: من ضاع له شيء أو مال.

وقد ورد في بعض الروايات التعريف بقوله: من يعرف الكيس، لمن وجد كيسا فيه الدراهم (٣) وما منعه عليه السلام، فهو تقرير، فيكون مثله جائزا.

وقال أيضا، لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف، إذا الغرض به الاشهاد والاعلان، ولا غرض للشارع متعلق بمباشر دون آخر، فيجوز أن يباشر النداء بنفسه وأن يوليه غلامه وولده ومن يستعين به ويستأجره عليه، ولا نعلم فيه خلافاً.

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) يقال: أوغل القوم إذا أمعنوا في سيرهم وأوغل في الأرض إذا سار فيها فأبعد (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل الباب ٦ من كتاب اللقطة الروية ١.

وقال أيضا: ينبغي أن يتولى التعريف شخص أمين ثقة عادل غير مشهور بالخداعة واللعب ليحصل الوثوق بأخباره ولا يتولاه الفاسق، لئلا تفقد فائدة التعريف، وهذا على الكراهة دون التحريم. (١)

ولا يخفى أنه لا بد أن يكون بحث يحصل له (بنفسه - خ) الوثوق بالتعريف، مع أن ظاهر (العبارات - خ) الروايات التعريف بنفسه وقال ليس للملتقط تسليم اللقطة إلى غيره إلا بإذن الحاكم، فإن فعل ضمن إلا مع الحاجة، بأن يريد السفر، ولم يجد حاكما يستأذنه، فيجوز أن يسلمها إلى الثقة، وكذا لو التقطه (التقط - خ) في الصحراء ولم يتمكن من حفظها، ومراعاتها، فإنه يجوز له الاستعانة بغيره وتسليمها إليه، مع عدم القدرة على الاستقلال بحفظها والمشاركة.

وقال أيضا: قد بينا أنه يجب المبادرة إلى التعريف، فلون أخره عن الحول الأول مع الامكان أتم - إلى قوله - ولا يسقط التعريف بتأخيره عن الحول، لأنه واجب، ولا يسقط بتأخيره عن وقته، كالعبادات وسائر الواجبات.

فيه إشارة إلى وجوب القضاء في سائرهما، وهو غير ظاهر.

ثم إن الظاهر أنه ما وجد دليل خاص على ما والمشهور من طريق التعريف سبعة أيام في كل يوم، ثم بقية الشهر في كل أسبوع، ثم كل شهر إلى آخر الحول، وهو قريب مما نقلناه عن التذكرة.

ويبعد صدق التعريف عرفا في السنة، مع ايقاعه في أحد عشر شهرا كل شهر مرة وينبغي الملاحظة وعدم الخروج عن العرف، وعن ظاهر الروايات، خصوصا مراعاة ما في صحيحة يعقوب (٢) بأن يعرف بنفسها سنة في كل مجمع،

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٥٩.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ١ ج ٩ ص ٣٦١.

فإنها طاهرة في التعريف بنفسها، وفي كل مجمع، وقد يفهم في كل جمعة، إن كان بلدا يقع فيه جمعة، فيلاحظ ما ذكره في الأول، ثم في كل أسبوع في الجماعات مرة طول السنة.

قال في التذكرة: مكان التعريف في مجمع الناس كالأسواق أو أبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات في الوقت الذي يجتمعون فيها وفي محافل (مجامع - خ) الناس.

لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها مالكتها، فيجب تحري مجامع الناس ولا تنشأ (ولا ينشدها - خ) في وسط المسجد، لأن المسجد لم يبن لهذا وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد، فليقل لا أداها الله إليك، إن (فإن - خ) المساجد لم تبن لهذا (١) وكراهة تعريف الضالة ككراهة طلبها في المساجد. (٢)

فيه اشعار بأنه يكره فيها فعل غير ما بينى له المسجد، للنهي. ثم إذا التقط في بلدة أو قرية فلا بد من التعريف فيها بمجامع، وليكن أكثر تعريفه في البقعة والمحلة التي وجد فيها، فإن طلب شيء في موضع فقد (فقد أنه - خ) أكثر.

فإن اتفق له سفر فوض التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها ولو التقط في الصحراء، فإن اجتازت به قافلة يتبعهم، وعرفها فيهم، وإلا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن تعرف (يعرف - خ) عند الوصول إليها، ولا يلزمه أن يغير قصده، ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، أو يرجع إلى مكانه الذي أنشأ السفر

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب أحكام المساجد الرواية ٢ ج ٣ ص ٥٠٨ وفيه لا رادها الله إليك.

(٢) انتهى ما في التذكرة ج ٢ ص ٢٥٩.

منه، ونقل رواية أنه من وجد شيئاً في بيوت مكة ونسي حتى جاء الكوفة، قال: يسأل أهل المنزل، فإن لم يعرفوه تصدق به. (١)

وفي رواية من وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء إلى الكوفة، ولم يعرف صاحبه، قال أبو الحسن عليه السلام: كيف يعرفه ولم يعرف بلده؟ قال: فإذا كان كذلك، فبعه وتصدق به، قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية. (٢) يفهم منه ذم من يعرف ولا يعرف بلده، فينبغي معرفة بلد كل من صاحبه أحد، كما هو المشهور والمذكور، وعلى عدم وجوب التعريف في مثل هذه الصورة، وجواز بيع المال الذي لم يعرف صاحبه والتصدق به، كما هو المشهور برد المظالم، ويجوز التصديق على المؤمنين من غير اشتراط العدالة، بل جوازه على السادات، وعدم اشتراط الحاكم ولا عدالة المتصرف.

وسنده لا بأس به (٣)، إذ ليس فيه إلا محمد بن عيسى، عن يونس، وقد مر مرارا أنهما لا بأس بهما، وإن قيل فيهما ما قيل، خصوصاً في مثل هذه، فتأمل. ثم اعلم أنه إن جاء صاحبها فوصف، فالظاهر جواز الاعطاء مع القرائن، وهو ظاهر كثير من الروايات فيما سبق. (٤) فلا يحتاج إلى الشهود والثبوت عند الحاكم، كما أشرنا إليه مرارا، ومع

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣ ومتن الرواية هكذا: عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت فإن لم يعرفوها، قال: يتصدق بها. (٢) راجع الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الرواية ٢ فإن ما نقله مضمون بعض منها.

(٣) سنده - كما في التهذيب - عن محمد بن عيسى بن عبيد، عن يونس بن عبد الرحمن.
(٤) راجع الوسائل الباب ٢ و ٦ من كتاب اللقطة.

الثبوت يجب دفعه، وكذا مع العلم بغير ثبوت شرعي، فمع التأخير ضامن كسائر الأمانات، إلا مع العذر، وإلا فهو مخير بين التملك والضمان وبين التصديق والضمان وبين الإبقاء أمانة وعدم الضمان.

قال في التذكرة: وإنما يجب الدفع إلى المالك، فإذا جاء من يدعيها، فإن لم يقم بينة بها، ولا وصفها لم يدفع إليه، إلا أن يعلم الملتقط، أنها له، فيجب عليه دفعها إليه، وإن أقام البينة دفعها، وإن لم يكن هناك (١) بينة ولكن وصفها بصفات الخاصة التي تخفى على غير المالك، فإن لم يغلب على ظن الملتقط صدقه وأنها له، لم يدفع إليه، وهو المشهور للشافعية - إلى قوله - : وإن غلب على ظن الملتقط صدق المدعى الواصف لها جاز دفعها ولا يجب. (٢)

هذا صريح في جواز دفع مال الغير إلى الغير بالظن.

ثم قال: ولا يكفي في وجوب الدفع الشاهد الواحد وإن كان عدلا - إلى قوله - : ويحتمل عندي جواز الدفع إن حصل الظن (كما لو حصل الظن - خ) بالوصف. وهذا أيضا صريح في ذلك، فتأمل.

ودليل التخيير بين الأمور الثلاثة - بعد الاجماع المفهوم من التذكرة الجمع بين الأخبار، فإن البعض يدل على التملك مثل صحيحة الحلبي ورواية داود بن سرحان (٣) (هي كسبيل، له) وما في صحيحة محمد بن مسلم، فاجعلها في عرض مالك (٤) وما في صحيحة عبد الله بن سنان، إنما هي مثل الشيء المباح. (٥)

(١) في التذكرة: وإن أقام البينة ردت إليه، وإن لم يكن هناك الخ.

(٢) التذكرة: ج ٢ ص ٢٦٤.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ١ و ١١.

(٤) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٣.

(٥) راجع الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

لكن ظاهر هذه في البعير ونحوه من الدواب، وحينئذ يضمنه، فإن علم صاحبه يجب رد العين عليه مع وجودها، وإلا القيمة فوراً، والاعلام على ما قيل في الأمانات الشرعية.

ويمكن فهم ذلك من رواية علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن بعض أصحابنا، عن أبي العلاء، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وجد ما لا يعرفه حتى إذا مضت السنة (ثم - خ) اشترى منه (به - ك) ثل خادماً، فجاء طالب المال، فوجد الجارية التي قد اشترى بالدراهم، هي ابنته، قال: ليس له أن يأخذ إلا دراهمه، وليس له البنت (الابنة - ك) ثل) إنما له رأس ماله، وإنما كانت ابنته مملوكة قوم. (١) وهذه تدل على التملك أيضاً، ولا يضر إرساله، لما سيحجى.

وكذا رواية عبد الله بن حماد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه. (٢) حملت على ما بعد التعريف من الكثرة، لما تقدم من عدم جواز تملكها والانتفاع إلا بعده، ويمكن حملها على القليل.

ويمكن فهمه أيضاً في الجملة من صحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة، وهو مستوى الجناحين، وهو يعرف صاحب أيحل له امسأكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، وإن لم يكن يعرفه، وملك جناحه فهو له، وإن جأك طالب لا تتهمه رده عليه. (٣)

(١) الوسائل الباب ٨ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه كما في الكافي أيضاً عن عبد الله بن حماد عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام الخ.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من كتاب اللقطة الرواية ١.

والظاهر أنه بعد التعريف، وعرف أنه كان مملوكا في الجملة. وهي تدل على جواز تسليم اللقطة مع الظن، وعدم كون الطالب متهما، فإنه قد يكذب.

ورواية حنان، قال: سألت رجل أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة؟ وأنا أسمع، قال: تعرفها سنة، فإن وجدت صاحبها، وإلا فأنت أحق بها، وقال: هي كسبيل مالك، وقال: خيره إذا جئتك بعد سنة بين أجرها وبين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها. (١)

وهي أيضا تدل على التملك، ولا يضر وجود أبي القاسم المجهول، وحنان. (٢)

ورواية أبي خديجة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة؟ فقال: وما للمملوك واللقطة، والمملوك لا يملك من نفسه شيئا، فلا يعرض لها المملوك، فإنه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع، فإن جاء طالبها دفعها إليه، وإلا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثا لولده لمن ورثه، فإن لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم، فإن جاء طالبها بعد دفعها إليه. (٣) وهي تدل على منع المملوك عن أخذ اللقطة، ولعل منعه، بغير إذن المالك، وباعتبار أخذه، بأن يكون هو الملتقط حقيقة، فإن الحكم المذكور لمولاه، ويكون له ظاهرا بإذن المولى، والأجرة (٤) يرجع إلى المولى، وإن سلم دلالتها على عدم تملك

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) سندها - كما في التهذيب - هكذا: محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن عبد الجبار، عن أبي القاسم، عن حنان.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، والأجر.

وكون الزيادة المتصلة للمالك مع رد العين غير بعيد، وكذا كون المنفصلة للملتقط، لما أشار إليه من أنه نماء ملكه، سواء قلنا إنه ملك مستقر أو مراعى، كما في البيع في زمان الخيار بعد الفسخ، ولهذا صح بيعه، وسائر تصرفاته، ولا يبطل منه شيء، ولعل وجد الحنابلة أنه ظهر حينئذ عدم صيرورته ملكا له، وهو خلاف ما تقرر باجماعهم، ولهذا يصح جميع التصرفات المنخرجة، وغير المنخرجة، نعم ذلك أحوط.

وقد يفهم مما سبق إن هذا الضمان دائمي، وليس بمخصوص بمجئ المالك بل الوارث أيضا، كما دلت عليه رواية أبي خديجة (١) ولا يبعد أن يكون كذلك بعد موت الملتقط أيضا، ويشمله عموم (إذا جاء صاحبها). ولأن الظاهر أن الضمان مبني على عدم صيرورته ملكا لازما بل متزلزلا، وذلك يوجب الرد بعد موته أيضا، فلا يبعد إيجاب الوصية، كما في الضمانات، ويؤيده كون ضمان التصديق كذلك، كما سيجئ.

ويدل عليه أيضا صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: سألته عن اللقطة إذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها، وسألته عن الرجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابة كيف يصنع (بها - ثل)؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف حفظها في عرض ماله حتى يجئ طالبها فيعطيه إياه، وإن مات أوصى بها، وهو له ضامن. (٢) فيه دلالة على عدم جواز وطء الجارية بالالتقاط، وجواز بيعها للنفقة من

(١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٢) روى صدرها في الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٨ وذيلها في الباب ٢٠ من تلك الأبواب الرواية ٢.

غير إذن الحاكم، ووجوب التعريف، وجواز التملك يؤيد (يريد - خ) ذلك بقوله:
(في عرض مال) أي يجعله ماله حتى يجيء صاحبه، وإلا كانت أمانة غير مضمونة، فافهم.
وأما جواز تصدقها مع الضمان، فلأنه إذا جاز تملكها معه، فالتصدق معه
(مع الضمان - خ) بالطريق الأولى ويفهم من أدلته أيضا فتأمل.
والظاهر أنه لا خلاف فيه.

ويدل عليه أيضا رواية الحسين بن كثير، عن أبيه، قال: سأل رجل أمير
المؤمنين عليه السلام عن اللقطة؟ فقال: يعرفها، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، وإلا
حبسها حولا، فإن لم يجئ صاحبها، أو من يطلبها، تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد
ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده، وكان الأجر له، وإن كره
(ذلك - يب ثل) احتبسها، والأجر له. (١)

والظاهر أن المراد بالحبس عنده سنة، مع التعريف.
ويدل على الغرم بعد أيضا، رواية حفص بن غياث، عنه
عليه السلام، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل من المسلمين أودعه رجل
من اللصوص دراهم أو متاعا، واللص مسلم هل يرده عليه؟ قال: لا يرده
(عليه - خ)، فإن أمكنه أن يردها على أصحابها فعل، وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة
يصيبها، فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، وإلا تصدق بها، فإن جاء
صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم فإن اختار الأجر فله الأجر، وإن اختار
الغرم غرم له وكان الأجر له. (٢)

وما روي - في الصحيح - عن إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية ١.

عليه السلام، عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيه نحواً من سبعين درهما مدفونة، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها، قلت: فإن لم يعرفوها، قال: يتصدق بها. (١) ولا يضر إسحاق، وفيه دلالة على الاكتفاء في التعريف بسؤال أهل المنزل في غير موضع الالتقاط.

وموثقة ابن بكير عن زرارة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة؟ فأراني خاتماً في يده من فضة، فقال: إن هذا مما جاء به السيل، وأنا أريد أن أتصدق به. (٢)

وهذه تدل على عدم التعريف مطلقاً، ويمكن أن يعرفه قبل، وعلى جواز استعمال اللقطة في الجملة ويمكن أن يكون للحفظ وأن يكون أقل من الدرهم أيضاً، ولا يحتاج إلى التعريف مطلقاً، ويكون التصديق تبرعاً منه صلوات الله عليه ولعل في تقديم (أنا) اشعاراً به، فافهم.

ورواية أبان بن تغلب، قال: أصبت يوماً ثلاثين ديناراً، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك؟ فقال: أين أصبته؟ قال: فقلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فأصبته، قال: فقال لي: صر إلى المكان الذي أصبت فيه فعرفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثة أيام فاعطه (إياه - ثل) وإلا تصدق به. (٣)

وهذه تدل على كون التعريف في موضع الإصابة، وأنه يكفي الثلث، فلا يحتاج إلى السنة، فيمكن أن يكون ذلك مستحباً. ولكن غير معلوم القائل، إذا الظاهر أن وجوب السنة لا خلاف فيه.

-
- (١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٣.
(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٣.
(٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٧.

ويدل على جواز اعطاء الطالب من غير ثبوت شرعي أيضا، فيكون مع الوصف وحصول الظن كما مر.

وفي الطريق محمد بن موسى الهمداني (١)، قيل ضعيف، وقيل يصح الحديث، وأبان بن عثمان أيضا كذلك.

وأما جواز حفظها أمانة (شرعية - خ) فالظاهر أنه لا خلاف فيه، ويدل عليه ما تقدم في الجملة، ولأنه مال الغير وقع بيده بالإذن الشرعي، فيجوز له حفظه، كما في سائر الأمانات، ولأن التكليف بغيره منفي بالأصل. وأما لقطة الحرم إذا أخذها، فالظاهر أنه يجب التعريف، ثم الحفظ على طريق الأمانة إن جاز، وإلا فالظاهر أنه ضامن دائما، لأن يده يد عادية، بل يمكن أن يكون حكمها حكم الغصب في لزوم الحفظ والنفقة، فلا رجوع، وأجرته عليه إن كان إذا أجرة، وغير ذلك.

يدل عليه ما في رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة: (فهو له ضامن). (٢) إلا أن كلام الأصحاب صريح في جواز التصديق بها أيضا من غير أن نجد فيه خلافا، وفي رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة (فيتصدق به) وكذا في رواية إبراهيم بن عمر المتقدمة (وإن تصدقت بها) (٣) وهما يدلان عليه، بل على وجوب التصديق ظاهرا، حملتا (وإن حمل - خ) على الجواز، فكأنه للاجماع، مع أنهما ليستا بصحيحين، كما أشرنا إليه، وإن كان سند الثانية أولى (٤)، فتأمل.

(١) سندها - كما في التهذيب - هكذا محمد بن أحمد بن يحيى، عن محمد بن موسى الهمداني، عن محمد بن عيسى بن عبيد عن علي بن الحكم، عن أمان بن عثمان عن أبان بن تغلب.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الرواية ٤ ج ٩ ص ٣٦١.

(٤) سند رواية علي بن أبي حمزة كما في التهذيب هكذا: الصغار، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن وهيب بن حفص عن أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة.

وسند الثانية فيه أيضا هكذا: موسى بن القاسم، عن عبد الرحمن، عن حماد بن عيسى، عن إبراهيم بن عمر.

ولعل وجه أولوية الثانية اشتمال الأولى على الغير الموثقين.

وما لا يبقى يقومه ويضمن، أو يدفعه إلى الحاكم، ولا ضمان.

قوله وما لا يبقى الخ. يعني إذا التقط في غير الحرم ما لا يبقى، إذا كان يسوى درهما فما فوقها، تخير بين أن يقومه فيأخذه لنفسه فيكون الثمن في ذمته، أو يبيعه على غيره، فيأخذ الثمن، ولا يشترط في ذلك إذن الحاكم، ولا العدول، ولا الشهود، وإن أمكن، للأصل، ولما مر.

لكن قال في التذكرة: إذا باع الطعام الذي يخشى فساده، والذي يحتاج إلى العلاج تولاه الحاكم، فإن تعذره تولاه بنفسه لأنه موضع ضرورة - إلى قوله -: أما لو باعه بدون إذن الحاكم، وفي البلد حاكم كان البيع باطلا الخ. وفيه تأمل، للأصل، ولأن له ولاية التملك، والتصديق بعد التعريف، فالبيع بالطريق الأولى، والتعريف ساقط للمتعذر، ولا شك أنه أحوط. ويمكن أن يكون إذا أراد البيع على غيره يحتاج إلى الحاكم، لا التقويم لنفسه، لأن الظاهر أنه يكفي التقويم التصرف بالاتلاف في المبيع، دون الثمن، فإن جاء صاحبه يعطيه الثمن، وليس عليه غير ذلك.

والظاهر أن الثمن يكون أمانة لا مضمونا فلو تلف بغير تفريط لا يطالب بالعوض، لأصل، وجواز الأخذ والبيع بإذن الشارع وعدم دليل على الضمان وبين (١) أن يسلمه إلى الحاكم، ولا ضمان أيضا، لما مر غير مرة، ولعله لا خلاف فيه.

وقال في التذكرة: عندنا يتخير الخ. الظاهر أن المراد ب (ما لا يبقى)

(١) عطف على قوله: تخيرين أن يقومه.

ويكره أخذ اللقطة والضوال مطلقا، خصوصا للفاسق والمعسر، وما يقل قيمته، ويكثر نفعه ويستحب الاشهاد عليها.

ما لا يبقى سنة، قال في التذكرة: ما لا يبقى عاما كالبطيخ والطبيخ والفاكهة التي لا يجفف والخضراوات، يتخير ملتقطها بين أكلها وحفظ ثمنها، وبين دفعها إلى الحاكم - إلى قوله - وليس له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم، خلافا لأحمد في شيء قليل، وقد مر البحث فيه، فتأمل.

وقال أيضا: ما يفتقر إلى العلاج ينظر الحظ لصاحبه، فيفعل، فإن كان في التجفيف جففه، أو دفعه إلى الحاكم (دفعة - خ). (١)

قوله: ويكره أخذ اللقطة الخ. يعني يكره أخذها في موضع جواز أخذها في المال والحيوان، لا الانسان، فإنه واجب على ما تقدم.

ومنه يعلم أن حفظ مال الناس غير واجب، ما لم يكن متصرفا.

وقد نقل في التذكرة عن أبي حنيفة وجها في وجوب أخذ اللقطة، بكون المؤمنين بعضهم أولياء بعض في القرآن (٢) فيجب حفظه كولي الأيتام، ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه. (٣)

والجواب عنها ظاهر، والأصل دليل قوي، مع الرواية بالنهي. (٤)

ويدل على الكراهة تعريض نفسه لاحتمال الحرام، وترك الواجبات

الدقيقة المشكلة جدا، فإن حفظها والتعريف على ما هو مشكل جدا، كما يعرف من حفظ الأمانة، مع عدم ظهور نص.

ويدل على الكراهة أيضا - بعد الاجماع المفهوم من التذكرة - النهي الوارد في

(١) التذكرة: ج ٢ ص ٢٦.

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض. التوبة ٧١.

(٣) عوالي اللثالي: ج ٣ ص ٤٧٣ الحديث ٤.

(٤) إشارة إلى ما ورد في باب اللقطة من النهي راجع الوسائل الباب ١ و ٢ من كتاب اللقطة.

الروايات المتقدمة مثل: لا تمس ولا تعرض لها فإن الناس لو تركوها لرجاء صاحبها وأخذها، ونحو ذلك، وحملت في غير الحرم على الكراهة، لما مر من فهم الجواز مما يدل على جواز التملك بعد التعريف في الروايات التي فيها النهي (١)، وهي كسبيل ماله ونحو ذلك والكراهة هي المشهورة، بل كاد أن لا يكون فهي خلافا (٢) بالتحريم مطلقا، والاستحباب والإباحة كذلك، والوجوب معلوم الانتفاء.

نعم قد يفهم من عبارة الدروس عدم كراهة القليل ولو كان في الحرم أيضا، لقوله: والكراهة قوية إذا بلغت درهما، ولو نقصت حل تناولها، وملكت كما تملك في الحل، على الأقرب.

والظاهر أن ليس مقصوده عدم كراهية القليل، ويشعر به قول: (حل) حيث ما صرح بنفي الكراهة، كيف والمشهور تحريمه، والدليل عليه قائم من العقل والنقل، وقد مر، ولا دليل على الإباحة صريحا صحيحا، فكيف على نفي الكراهة، فالحكم مشكل، وعبارته غير جيدة.

وهذه الكراهة لا خصوصية لها بأحد ولا بمال، إلا أن الفاسق (بالفاسق - خ) الغير المأمون على نفسه أشد، لاحتمال تصرفه في الملقوط بغير شرع، فيكره له أن يتعرض لما يحتمل فيه ذلك.

وكذلك المعسر، إذ قد يلجئه عسره إلى ما تقدم، ولو جمع الوصفين لكان أشد وليس بواضح دليل شدة الكراهة، إذ يشكل اثبات حكم شرعي بمثل ما تقدم، نعم لا شك أن (٣) أحوط لهما الاجتناب بالنسبة إلى غيرهما، وكأنه المراد

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) هكذا في جميع النسخ والصواب، خلاف بالضم، والظاهر أن مراده عدم القائل بالتحريم، وكذلك الاستحباب والإباحة والوجوب.

(٣) في بعض النسخ أنه الأحوط لهما، والصواب ما أثبتناه.

بالشدة.

وكذا تشتد الكراهة فيما يقل نفعه وتكثر فائدته.

وسبب الشدة خصوص النهي في الرواية وهي رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النعلين والإداوة والسوط يجدها (يجده - ثل) الرجل في الطريق أينتفع به؟ قال: لا يمس. (١) ولهذا نقل في الدروس تحريم الثلاثة عن الحلبي والصدوقين لهذه الرواية. وذلك غير واضح لعدم ظهور صحة سندها، لوجود القاسم بن محمد المشترك، وأبان بن عثمان (٢) وإن كان هو لا بأس به باعتقادي إلا أن كثيرا ما يردون الخبر به.

ودلالاتها غير واضحة (صريحة - خ) إذ يمكن حملها على المس على جهة الانتفاع بقرينة السؤال قبل التعريف، ويحتمل كونها تسوى درهما، وتجعل الإباحة مخصوصة بدون الدرهم، ويحتمل على الكراهية، كما تقدم من قوله: (لا تمس) ونحوه، وهو مذهب الأكثر، ولكن ما فهم شدة الكراهة في المدعى مطلقا. على أنها معارضة بأصح منها سندا وأوضح دلالة، وهي حسنة حريز، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا بأس بلقطة العصا والشظاظ (٣) والوتد والحبل والعقال وأشباهه، قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لها طالب. (٤)

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) سندها - كما في التهذيب - هكذا: الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن أبان بن عثمان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله.

(٣) الشظاظ خشبة محدودة الطرف تدخل في عروتي جوالقين ليجمع بينهما عند حملها على البعير والجمع الشظة (عن النهاية).

(٤) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ١.

وهذه كالصريحة في نفي الكراهة في هذا الأشياء التي نفعها كثير وثمرتها قليل، وظاهرة في الكراهة في غير المتعليل، وظاهرها حينئذ نفي الكراهة عن المطلوب، بل عما اشتمل عليه رواية عبد الرحمن المتقدمة (١)، ويمكن حملها على عدم الشدة للعمومات والجمع بين الأدلة، خصوصا هاتين الروايتين (٢) فما نجد ما يدل على شدة الكراهة في أمثاله، بل الأمر بالعكس، مع أننا نجد أكثر الأصحاب هكذا يذكرون، ولعل عندهم غير ما وصل إلينا، فتأمل.

وقال في شريح الشرائع: وجه الكراهة في هذه الأشباه وأشباهها - العصا الخ - النهي عنها محمولة على الكراهة جمعا بين الأخبار، فقد روي: لا بأس بلقطتها. ما رأيت ما يدل على النهي عن هذه الأشياء بخصوصها، بل العمومات، إلا رواية عبد الرحمن (٣) وهي تدل على النهي عن الأشياء بخصوصها، والقاعدة تقتضي عدم كراهة هذه الأشياء، فضلا عن شدتها.

وكان في التذكرة: إشارة إلى هذا، حيث قال - بعد نقل رواية عبد الرحمن على كراهة ما يكثر فائدته، ويقل قيمته - : وقول الصادق عليه السلام: لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه (٤) - لا ينافي ما قلناه لحقارة هذه الأشياء، فلا يطلبها المالك، ولهذا روى في تنمة الحديث، (ليس لها طالب) (٥) فدل ذلك على البناء على العادة في الاعراض عن هذه الأشياء، فيكون في الحقيقة إباحة عن المالك لها، مع أن نفي البأس لا يضاد الكراهة.

(١) تقدم ذكرها آنفا.

(٢) يعني روايتي عبد الرحمن وحرير المذكورتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٤) يعني في رواية حرير المتقدمة.

(٥) التذكرة ج ٢ ص ٢٥٦.

ولكن ينافيه ما قال بعده: وبالجمله فأخذ اللقطة عندنا مكروه، ويتأكد في مثل هذه الأشياء، كما هو في العبارات المشهورة، فتأمل.

وبالجمله لو فرض وجود غيرها، فهذه الحسنه المعلة ليس (١) بأقل من لأن يحمل على نفي شدة الكراهة، فمن أين يجيء الشدة فيها؟ مع أن نفي البأس المعلل بأن ليس لها طالب يدل على نفي البأس عنه بخصوصه، ولا ينافيه شيء بخصوصه.

نعم المجملات محمولة على الكراهة مع ما تقدم من الروايات وغيرها، مثل ما قال في الفقيه: وقال الصادق عليه السلام: أفضل ما يستعمله الانسان في اللقطة إذا وجدها أن لا يأخذها ولا يتعرض لها (فلو - ثل) إن الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه، فإن كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرفه، فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً (٢) فهو لك لا تعرفه، وإن وجدت طعاماً في مغازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبه فرد عليه القيمة، وإن وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها، وإن كانت خراباً فهي لمن وجدها. (٣)

وهذه صريحة في عموم الكراهة، فعله يحمل الباقي للجميع، ولا يضر بذلك إرساله، وهو ظاهر، ولو كان قوله: (فإن كانت الخ) من كلامه عليه السلام لفهم منه أحكام أخرى، مثل تحليل القليل، ولقطة الحرم في الجملة، وعدم الاحتياج إلى الحاكم وغيره للتقويم، وغير ذلك، ولكن غير ظاهر.

ويحتمل أن يحمل الدرهم (٤) المطلس على أنه علم إعراض صاحبه عنه فيه، لما تقدم، وعدم الصحة، فتأمل.

-
- (١) هكذا في جميع النسخ، والصواب ليست.
- (٢) الدينار الأطلس الذي لا نقش فيه والمطلس مثله (مجمع البحرين).
- (٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٩.
- (٤) الظاهر أنه سهو من الناسخ، وإلا ففي الرواية، ديناراً مطلساً.

والمدفون في أرض لا مالك لها أو المفاوز أو الخربة، فهو لواجده.

وفي هذه دلالة أيضا على عدم تحريمه اللقطة عنده خلاف ما نقل في الدروس، وفي حمل رواية عبد الرحمن المتقدمة (١) على الكراهة دلالة على عدم الحكم بنجاسة ما يوجد مطروحا من الجلود مطلقا، فتأمل، وكأنه محمول على وجود القرائن، والعمل بها، والقول بترك القرائن - ولو كان كونه مجلد مصحف، وفي مسجد - ليس بسديد، وقد مر البحث فيه، فتأمل، ودليل استحباب الاشهاد ظاهر، فتأمل.

قوله: والمدفون في أرض النخ. دليله صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن الدار يوجد فيها الورق؟ فقال: إذا (إن - خ) كانت معمورة فيها أهلها فهو (فهي - خ) لهم، وإن كانت خربة قد جلى عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به. (٢)

وما في صحيحته أيضا عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألت عن الورق يوجد في دار؟ فقال إن كانت الدار معمورة فهو لأهلها، وإن كانت خربة فأنت أحق به. (٣)

والظاهر أن لا خصوصية للورق أي الفضة، فغيرها كذلك، ولعدم الفرق، كأنه بالاجماع، هذا في الخربة.

فكأنه حمل عليه المفاوز، فإن العلة هي كونها خربة، وعدم أهلها فيها، كما هو الظاهر منهما، بل المفازة أولى، إذا لخربة كانت معمورة مسكونة في بعض المدة، إلا أنه هلك وانجلى فيها أهلها، بخلاف المفازة، فإنها دائما بلا أهل، وكذا الأرض التي لا مالك لها.

(١) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ١ وفيه عن أبي جعفر عليه السلام.

(٣) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه فأنت أحق بما وجدت.

ومعلوم أن هذا الحكم فيما إذا لم يعلم له مالك بالفعل معين ولا غير معين، وإلا مع التعيين يجب دفعه إليه، ومع عدمه لقيط أو مال موجود بيد شخص تعذر صاحبه، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه، ويسمى برد المظالم، وقد مر مثله مرارا، فتذكر.

ومعلوم أيضا أن المراد عدم العلم بملكية الخرابة، بل فهم ذلك أيضا، وإلا فيعرف المالك فالمالك إلى أن ينتهي إلى العارف، فيأخذه، وإلا فهو لواجده، وفي بعض العبارات يتصدق به، هذا.

وقد فصله بعض العلماء مثل المصنف في التذكرة، بأنه إن كان ما وجده في هذه المواضع عليه أثر الاسلام فهو لقطعة، وإلا فهو لواجده ويريدون بأثر الاسلام اسم النبي صلى الله عليه وآله أو أحد حكام الاسلام، قيل ويجب عليه الخمس، والباقي للواجد، لأنه كنز.

وقيل دليل التفصيل الجمع بينهما وبين رواية محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى علي عليه السلام في رجل وجد ورقا في خربة أن يعرفها، فإن وجد من يعرفها، وإلا تمتع بها. (١)

وهذه أيضا تدل على جواز التسليم بمجرد الدعوى وبينهما منافاة على الظاهر، فحملت هذه على ما فيه أثر الاسلام، والأولتان على عدمه. وأنت تعلم أنه لا بد لهذا التفصيل من موجب غير هذا، إذ يمكن الجمع بوجوه متعددة.

وقيل وجهه أنه إذا وجد فيه أثر الاسلام يعلم أنه كان بيد مسلم، وظاهر اليد هو الملك، فعلم أنه كان لمسلم غير معلوم فصار لقطعة، إذ مال المسلم لا يحل إلا

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

من طيب نفسه فلا بد من التعريف ثم التملك إن أراد.
وأنت تعلم أن مجرد ذلك لم يكف، إذ قد يحمل الأولتان (١) على ما بعد
التعريف، فإن هذه مقيدة به، بخلافهما (٢) فيجب التقييد، كما تقرر، ولأنه ما علم
كونه اللقطة مشروطا بالعلم بكونه ملكا للمسلم (لمسلم - خ) بل لكل مال ضائع،
ولو كان للكتابي أو للمعاهد يكون كذلك.
نعم لو علم كونه للحربي الغير المأمون يمكن خروجه عنها، لجواز تملكه فيها
(عندهم - خ)، بل يمكن أن يكون داخلا فيها، ويكون مما لا يجب تعريفه كالتقليد،
وهو لقطة.
وما علم أيضا كل مال مسلم غير معلوم هو لقطة، مثل المال المجهول
صاحبه الذي يتصدق به له.
وأیضا أثر وصول يد المسلم غير منحصر في السكة التي ذكرها إلا أن
يكون على طريق المثال.
وأیضا وصول يد المسلم ممنوع، لجواز أن عمله كافر ليعامل به المسلم.
أیضا الظاهر أنه مال المسلم الذي انجلى عنه أو هلك، أو باد، ولهذا شرط
ذلك كونه في خربة، وإلا فمال الكافر للواجد مطلقا، كما يفهم من التفصيل، وظاهر
الرواية (٣) وكلامهم أنه وإن كان مال مسلم فهو لواجد.
وبالجملة هذا الجمع غير مناسب والحكم المذكور (٤) كذلك (لذلك - خ)
لما مر.

(١) يعني صحيحتي محمد بن مسلم.

(٢) أي بخلاف الأولتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة.

(٤) يعني المذكور في المتن.

ولعدم صحة رواية محمد بن قيس (١) لا لاشتراكه، لما عرفت غير مرة، وإنما ينقل يوسف بن عقيل وعاصم بن حميد عن محمد بن قيس الثقة (٢) خصوصا كتاب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام، فإن في كتب الرجال مذكور (إن - خ) محمد بن قيس الثقة، له كتاب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام يرويه عنه عاصم بن حميد، وهذه الرواية كذلك.

والحاصل إنا وجدنا قرائن شتى على أن محمد بن قيس الذي طريق الصدوق إليه صحيح (٣) - ويروي الشيخ عنه بطريق يصل إلى عاصم بن حميد، خصوصا كتاب قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - هو الثقة لا غير، وهو ظاهر لمن نظر في فهرست الشيخ والنجاشي واسناد الصدوق في الفقيه، وقد توجد الرواية عنه في النهاية بطريق بعينه هو مذكور في الفهرست عن عاصم بن حميد ومحمد (فمحمد - خ) بن قيس هذا ثقة، وإن كان ناقلا عن الباقر عليه السلام فقول في درايته (٤) -، كل

(١) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) سندها - كما في هكذا، الحسن بن محمد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس.

(٣) فإن طريق الصدوق إليه كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن محمد بن قيس فقد رويته عن أبي رحمه الله عن سعيد به عبد الله عن إبراهيم بن هاشم عن عبد الرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس.

(٤) يعني زين الدين الشهيد الثاني قدس سره، قال في درايته ما هذا لفظه: وكاطلاقهم الرواية عن محمد بن قيس، فإنه مشترك بين أربعة، أثنان ثقتان وهما محمد بن قيس الأسدي أبو نصر، ومحمد بن قيس البجلي أبو عبد الله، وكلاهما روي عن الباقر والصادق عليهما السلام، وواحد ممدوح من غير توثيق وهو محمد بن قيس الأسدي مولى بني نصر، ولم يذكروا عن روى، وواحد ضعيف، وهو محمد بن قيس أبو أحمد وروى عن الباقر عليه السلام خاصة وأمر الحجة بما يطلق فيه هذا الاسم مشكل، والمشهور بين أصحابنا رد روايته حيث يطلق مطلقا، نظرا إلى احتمال كونه الضعيف.

ولكن الشيخ الطوسي أبو جعفر كثيرا ما يعمل بالرواية من غير الثقات إلى ذلك وهو سهل على ما علم من حاله وقد يوافق على بعض الروايات بعض الأصحاب بزعم الشهرة.

والتحقيق في ذلك أن الرواية إن كانت عن الباقر عليه السلام فهي مردودة لاشتراكه حينئذ بين الثلاثة الذين أحدهم الضعيف واحتمال كونه الرابع، حيث لم يذكروا طبقته انتهى موضع الحاجة، من كلام راجع ص ١٦٣ من الطبع الحجري سنة ١٣٠٩.

ما ينقله محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام فهو مردود للاشتراك - غير واضح وهكذا (هذا - خ) كثيرا ما يرد الخبر لاشتراكه، ومن جملته هذه قال: في الجمع نظر، لأن محمد بن قيس مشترك، فلا يعارض الصحيح حتى يحتاج إلى الجمع، بل يطرح به، على أن هذه الرواية غير صحيحة، ولو قلنا إن محمد بن قيس هو الثقة، لأنها نقلت في التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة، وقد قالوا إن في طريقه إليه (١) حميد بن زياد، وقال أنه واقفي، والحسن أيضا واقفي شديد العناد مع هذه الطائفة ومع أبي إبراهيم عليه السلام، فيمكن ردها لهذا، وهو كاف. وقد عرفت الدخيل في وجد الجمع أيضا، فلا يمكن جعلها موجبا لتخصيص الأولتين، بل ولو ضم إلى أثر الإسلام كونه في بلد الإسلام، لما تقدم. وقال في التذكرة بعد حمل الأولتين (٢) - على ما ليس فيه أثر الإسلام -: ولا ينافي ذلك رواية محمد بن قيس، لأنها محمولة على ما إذا كان على الورق، أثر الإسلام، أو على أن المالك معروف. وقد عرفت ما في الأول، والثاني أيضا بعيد، إذ الغرض عدم مالك

-
- (١) طريق الشيخ إلى الحسن بن محمد سماعة - كما في مشخة 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 أيضا الشيخ أبو عبد الله والحسين بن عبيد الله، وأحمد بن عبدون كلهم، عن أبي عبد الله الحسين بن البرزقري عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمد بن سماعة. (٢) يعني صحيحتي محمد بن مسلم.

معروف، ولهذا قال: (أن يعرفها الخ) فكأنه يريد، إن كان له مالك معروف والآن غير معروف ومعلوم، فيجب أن يعرف حتى تعلم، وهو بعيد، مع أنه قد يكون حينئذ مال مجهول أيس من صاحبه، فيتصدق به أو يحفظه، كما مر غير مرة، واستدلنا على الأول بالروايات الكثيرة، وفي هذا البحث (المبحث - خ) أيضا، في متاع رجل كان مع يونس بن عبد الرحمن، فما عرفه بعد أن وصل إلى الكوفة وسأل الرضا عليه السلام، فقال له: بعه وتصدق به (١) وقد مر مثله كثيرا في باب الزكاة والخمس وغيره. (٢)

والحاصل أن ظاهر الروايتين (٣) هو التملك من غير تعريف وقيد، ولا منافاة بينهما وبين شئ بخصوصه، وإن نافاهما ظاهر بعض الروايات في اللقطة وغيرها، ويمكن الخروج عنه بهما.

ويؤيده أصل الإباحة وحصر المحرمات، وعدم ظهور مالك بالفعل، ولا العلم بأنه كان في يد محترمة (٥) يمكن بقاء صاحبها إلى الآن، فتأمل واحتط. ثم الكلام في الخمس، فإن كان مما يصدق عليه أحد الأمور المذكورة الموجبة للخمس مثل الكنز الذي يصدق على المدفون، فيمكن إيجابه، لدليل الخمس في المعادن، وإلا فلا.

ولكن لم يظهر وجوبه فيما وجد في الخبرة والمفاضة، إلا أن يقال بعموم

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٢) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب اللقطة حديث ١٧ ص ٣٥٧.

(٣) يعني صحيحتي محمد بن مسلم.

(٤) لعله إشارة إلى قوله تعالى: قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا الآية الأنعام ١٤٥.

(٥) في بعض النسخ يد محترم، والصواب ما أثبتناه.

ولو وجد في داره أو صندوقه المختصين (المختص - خ) بالمتصرف
(بالتصرف - خ) فهو له، والمشارك لقطعة.

الخمس في كل ما غنم ويقع بيده، ولم يقل به الموجب هنا، وقد مر البحث فيه في
الخمس فتذكر وتأمل.

ثم إن عموم المتن ونحوه من العبارات ظاهر في عدم التخصيص بما ذكره في
التذكرة ونحوها، وما ثبت المقيد إلا من جهة الخمس على الوجه الذي مر، أو ثبت
حكم عموم اللقطة بحيث يشملها ولا يمكن تخصيصها، فإن فرض ذلك، وثبت،
يكون حكمه حكم اللقطة.

وبالجملة مجرد أثر الاسلام وكونه في بلاد الاسلام، لا يدل على كونه
لقطة، ولا على كونه ملكا لمن يجب رده إليه وإلى الآن باق على تلك الحالة، إذ
الأصل عدم ذلك، ومعلوم أنه علم بالقرائن أنه خرج عن ملك أول من وصل إلى
يده في خربة باد أهلها مثل الكوفة الآن، بل يمكن أن يكون إلى الإمام عليه السلام،
وهو ظاهر، فإن ذلك لمن يعرف، بل يحكم بحفظه له أو التصديق على مساكين البلد
أو أنه مباح للشيعة.

قوله: ولو وجد في داره أو صندوقه الخ. دليله صحيحة جميل بن صالح
- الثقة - قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل وجد في بيته (منزله - يب ثل)
دينارا، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذه لقطة، قلت: فرجل قد
وجد في صندوقه دينارا قال: يدخل أحد يده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئا؟
قلت: لا، قال: هو له. (١)

وهذه تدل على حكم الدار المختصة بالمفهوم، والمشاركة بالمنطوق، وفي
الصندوق بالعكس.

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب اللقطة الرواية ١.

ولا يملك إلا بعد التعريف حولاً، ونية التملك، وإن بقيت أحوالاً.

والظاهر عدم الاختصاص بالصندوق والبيت، بل يعمهما (معهما - خ).
وكأن المصنف عبر البيت بالدار إشارة إلى عدم الاختصاص، فالحكم جار
في كل مشترك محتمل، ومختص غير محتمل إلا له، وإن لم يعرف ولم يعلم أنه له، إلا
أن يعلم عدم كونه له فيتبع.

وأيضاً الظاهر (ظاهره - خ) أن التعريف حينئذ للمشتركين - ومن يحتمل
كونه لهم - على وجه الاعلام لا تعريف اللقطة، وهو ظاهر.
واعلم أن المختص والمشارك صفتان للدار والصندوق لكل واحد واحد،
وكأن التذكير للتغليب، أو صفتان للصندوق. وحده وحذف صفتها للدار للظهور
اكتفاء بالمذكور، إذ ما ثبت كون الدار عنده مقتضياً لكونه صفة مؤثماً، والأمر في
ذلك هين.

قوله: ولا يملك إلا بعد التعريف الخ. إشارة إلى شرائط اللقطة، وهو
التعريف سنة، لما تقدم، وقصد التملك، كما مر فلا يملك قبل السنة ولا بعدها فهراً،
بل لا بد من نية التملك، وقد مر.

ولكن الظاهر أنه لا يحتاج إلى اللفظ، للأصل، وظاهر الروايات، بل
ظاهرها بغير النية، ولكن اعتبرت، كأنه بالاجماع أو غيره، كما مر.
 ويفهم من التذكرة الاحتياج، حيث قال: اعتبرنا في تملك اللقطة النية،
واللفظ الخ.

وقال بعده أيضاً، ثم نوى التملك ويملك باللفظ الخ.
وقال في موضع آخر: كلما جاز التقاطه يملك بالتعريف حولاً أثماناً أو
عروضاً عند علمائنا أجمع.

وغرضه هنا الإشارة إلى رد الخلاف بالفرق بين العروض والأثمان،

ولا يضمن إلا بنية التملك، أو التعدي.
ولو دفع إلى الحاكم، فباع، دفع الثمن إلى الملتقط، إن طلبه.
وهي أمانة في الحول.

فتأمل.

قوله: ولا يضمن إلا بنية التملك الخ. يعني اللقطة لا تضمن إلا بقصد التملك في أي وقت كان، وكذا يضمن لو لم يقصد التملك وحفظه على أنه أمانة، ثم تعدى في الحفظ.

والمراد به هنا ترك ما يوجب وفعل ما يحرم مما يوجب الضمان. ويشكل الحصر بأنه إذا تصدق أيضا يضمن ويمكن أن يقال المراد مع بقائه عنده لا يضمن إلا على أحد الوجهين أو الضمان الحتمي، وفي التصديق (١) يحتمل الضمان بأن لا يرضى، وعدمه إن رضى، فتأمل.

قوله: ولو دفع إلى الحاكم الخ. وجه دفع الثمن إلى الملتقط له ولاية فلا ينبغي اخراجه عنها من غير ظهور خيانة، ولأنه إنما يتصدق أو يتملك بعد التعريف، وبالجملة ما زال ولاية الالتقاط وحكمه عن الملتقط بالبيع، بل انتقل من المبيع إلى الثمن، إلا أنه لا بد أن يعرف المبيع كما مر، وإنما دفاع إليه للبيع، إذ ليس له ولاية البيع، فإن الحاكم هو وكيل الغائب عندهم على الظاهر، فقوله: (ولو دفع) إشارة إلى وجوب البيع بإذنه، كما مر من كلام التذكرة مع التأمل.

قوله: وهي أمانة في الحول. وذلك معلوم حيث أخذه بأمر الشرع وحفظه أيضا في الحول كذلك بإذنه، فلا ضمان إلا مع التعدي. ويفهم من التذكرة أنه لو ترك التعريف أيضا كان أمانة، وكأن وجهه أن هذا المال أمانة، ولو فعل الأمين حراما لم يكن متعديا في الأمانة ولم يخرج عنها.

(١) في النسختين المخطوطتين، الصندوق بدل التصديق، والصواب ما أثبتناه.

والزيادة فيه للمالك. ولا يضمن إلا بالتفريط وبعده كذلك،
إن لم ينو التملك، فإن نواه ضمن، والزيادة المنفصلة له.

ويمكن أن يقال: هذا تفريط في الأمانة، إذ قد يعلم المالك بتعجيل
التعريف (١) ويفوت عنه بالترك، فكأنه ترك الحفظ والتعليم إلى المالك.
ولو قيل إن التعريف فوري لا شك في ذلك، وقد مر البحث في ذلك
أيضا.

و (قد - خ) علم أيضا كونه مضمونا بعد الحول ونية التملك مما سبق،
فتذكر.

قوله: والزيادة فيه للمالك الخ. وهو ظاهر متصلة كانت أو منفصلة،
لأنه فما وملكه، ما دامت العين باقية على ملكه، وهو قبل التصديق ونية التملك
كذلك، فيكون النماء له، بخلاف النماء المنفصل بعد النية، فإنه للملتقط، وإن
كان ضامنا، ويرجع الملك إلى مالكة بعد الوجدان، لأن الملك كان للملتقط إلى أن
يجد المالك ويطلب، ووجود المالك وطلبه ليس بمبطل للملك السابق، بل موجب
للانقطاع دون المتصل حينئذ.

ولكن (٢) وجوب رد المثل أو القيمة لا العين، مشعر بكونه ينبغي أن
لا يكون حينئذ النماء المتصل أيضا بعد التملك والضمان للمالك، بل للملتقط، لأنه
نماء ملكه، ولا يجب رده كالقرض، فقيد المنفصلة محل تأمل، وكذا قوله: (ولا يجب
دفع العين) مع أنه لا يلائم قيد المنفصلة، فتأمل.

وأیضا لا يلائم توسط (إلا بالتفريط) وكان ينبغي تقديم (لا يضمن إلا
بالتفريط) على قوله: (والزيادة) أو تأخيره عن قوله: (وبعده كذلك أن لم ينو

(١) في النسختين من النسخ المخطوطة، بتعجيل التفريط، والصواب ما أثبتناه.
(٢) في النسختين من النسخ المخطوطة: ويمكن وجوب رد المثل: والصواب ما أثبتناه.

ولا يجب دفع العين مع المتصلة.

التملك) بل ما كان يحتاج إليه إلا إلى قوله: (فإن نواه ضمن) لما تقدم عن قريب،
وكان الإعادة للإشارة إلى ضمان الزيادة.

قوله: ولا يجب دفع العين الخ. قد مر البحث أيضا في الجملة، وهو
الظاهر من التذكرة أيضا.

قال في التذكرة: ولو لم يدفع العين الملتقطة، فالأقرب أنه ليس للمالك
انتزاعها، لأنها قد صارت للملتقط، فلا تنتقل عنه إلا بوجه شرعي كالقرض
(فإنه - خ) ليس للمقترض بعد تملك المقبوض الرجوع في العين، وهو أحد وجهي
الشافعية، والثاني - وهو الأظهر عندهم - أن له انتزاع العين الخ.
وفيه تأمل، فإن الظاهر وجوب رد العين مع الوجود، وإلا القيمة أو المثل،
فإن دليل وجوب الرد هو بطلان التملك حين وجدان المالك والمطالبة، وذلك
يقتضي وجوب رد عين المال مع النماء المتصل، فإذا ثبت الرد، ثبت رد العين، فإنه
المقتضي للدليل.

ودليل التذكرة يقتضي عدم وجوب رد العوض أيضا، فتأمل.

وبالجملة ظاهر الأخبار دفع العين على أي وجه كانت.

نعم لو كان هناك نماء منفصل، يمكن أن يكون للملتقط، لأنه نماء ملكه،
من غير نزاع واشكال، كالقرض

وقال في التذكرة: إذا زادت اللقطة بعد تملك الملتقط بها، ثم جاء المالك،

فإن كانت الزيادة متصلة تبعت العين، وأخذها المالك وزيادتها، لأن الزيادة

المتصلة تتبع العين في الرد بالعيب وفي الإقالة، فكذا هنا، لأنها إنما تبعت هناك،

لكونها بمنزلة الجزء من العين، وهذا المقتضى موجود هنا، وإن كانت الزيادة

منفصلة فهي للملتقط خاصة، ويأخذ العين المالك مسلوبة الزيادة، كالولد والثمرة،

لأن الزيادة نمت على ملك الملتقط، وهي مميزة غير تابعة للعين في الفسوخ.

بل المثل أو القيمة وقت الانتقال.
ولا يضمن المولى بتفريط العبد، ولو أخذها المولى، أو أمره
بالاتقاط، ضمن.
ولا يجب الدفع بالوصف، وإن خفي، فلو ردها به ضمن، إن
أقام غيره البينة، ويستقر الرجوع على الآخذ، إن لم يكن اعترف له
بالملك.

هذه كالصريحة في عدم رد المنفصلة مع رد العين، كما قلناه.
قوله: وقت الانتقال. إشارة إلى أنه عليه قيمة يوم تملك الملتقط له
لا وقت الوجدان، لأن ذلك الوقت انتقل عن ملك المالك، ولزم العوض على
الملتقط للمالك، فتأمل.
قوله: ولا يضمن المولى الخ. وجه عدم ضمان المولى بتفريط عبده ظاهر،
على تقدير عدم إذنه.
وكذا يحتمل على تقدير الإذن فإنه ما أذن له في التفريط، بل وعلى تقدير
الإذن أيضا لا يلزمه، غاية الأمر أنه فعل قبيحا.
وعلى تقدير ضمانه ينتظر حتى يعتق، كبعض الضمانات عليه ولكن
قوله -: (ولو أخذها المولى أو أمره بالاتقاط ضمن) - مشعر بضمان تفريط العبد مع
الإذن بالاتقاط له، فيكون الأول مخصوصا بما إذا لم يؤذن.
ولعل وجهه أن الإذن في الالتقاط مستلزم لالتزامه لوازم الالتقاط، فكأنه
الملتقط والمفرط، فتأمل.
ولكن الأصل يقتضي العدم وللزوم ممنوع، فإنه المأذون في التجارة إذا فرط
لم يضمن المولى.
قوله: ولا يجب الدفع بالوصف الخ. قد مر أنه يجوز ولا يجب، ولكن على

ولو أقام كل منهما بينة، أقرع مع عدم الترجيح.
فإن كان دفعها بالبينة، وحكم الحاكم إلى الأول، لم يضمنها
للثاني، وإلا ضمن.

ولو تملك بعد الحول، ثم دفع إلى المدعي بالبينة العوض،
ضمن للثاني على كل حال، ويرجع على الأول.

تقدير الجواز يضمن للمالك إن جاء وأثبت كونه له، ويستقر المدفوع على الأخذ أولاً
يعني يرجع إليه الملتقط أن يعترف (١) بأنه صادق وأنه له.
قوله: ولو أقام كل بينة الخ. الحكم بالقرعة - مع البينة من الجانبين
وعدم الترجيح بالمرجحات المقررة - ظاهر، وكذا الترجيح بها.
قوله: فإن كان دفعها بالبينة الخ. أي أن كان دفع الملتقط اللقطة إلى
الأول بالبينة، وحكم الحاكم له بها، لم يضمنها للثاني، وهو ظاهر، وأما لو أعطاه
إياها بغير ذلك - ولو كان بالبينة بدون حكم الحاكم - يضمن للثاني، إذ لم يكف
للو جوب عندهم البينة مطلقاً، بل لا بد من ضم حكم الحاكم إليها في الأحكام،
إلا ما استثنى مثل الهلال، وسيأتي تحقيقه، ومرت الإشارة إليه، وأما بدون البينة
فقد مر أنه يضمن.

ولو أعطى بالوصف المخفي على غير المالك، مع جواز اعطائه حينئذ أو بينة
واحدة عدل مفيدة للظن الغالب، وقد جوز الاعطاء حينئذ على الاحتمال في
التذكرة لحصول الظن.

قوله: ولو تملك بعد الحول الخ. يعني إذا مضى الحول مع التعريف
وحصل جواز شرائط الملك فتملك، ثم جاء شخص ادعى كونه له، وأثبت بالبينة،

(١) هكذا في النسخ، ولعل الصواب، إن اعترف.

فالظاهر عموم الكراهة وعدم تملك القليل والكثير في الحرم على القول لكراهة لقطعة الحرم وإلا فيحرم فيه ويكره في غيره، لما مر، وإن ثبت جواز تملكه في غير الحرم بالدليل، وإلا يمنع هناك أيضا، فتأمل، وكأنه ترك للاجماع. وما روي في الصحيح، عن الفضل بن غزوان، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فقال له الطيار: إن ابني حمزة وجد ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته، قال: هوله. (١) لجهل حال الفضل بن غزوان.

وما روي في الصحيح، عن محمد بن رجاء الخياط، قال: كتبت إليه إني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت إليه لآخذه فإذا أنا بأخر ثم بحثت الحصى، فإذا أنا بثالث، فأخذتها فعرفتها، فلم يعرفها أحد فما تأمرني في ذلك جعلت فداك؟ قال: فكتب إلي قد فهمت ما ذكرت من أمر الدينارين تحت ذكرى موضع الدينارين، ثم كتب تحت قصة الثالث، فإن كنت محتاجاً فتصدق بالثالث، وإن كنت غنيا فتصدق بالكل. (٢)

إذ حال محمد غير ظاهر، مع المكاتبه، وعدم ظهور المكتوب إليه إماماً، وعدم القائل بها، وإمكان التأويل، فإنه مع الحاجة يكون بمنزلة التصدق، فيكون دليلاً على جواز ملقوط الحرم لنفسه، (و- خ) في مقام التصدق، وذلك غير بعيد، كما في الكفارة وقد تقدمت الرواية في ذلك، في الصوم، فتذكر وتأمل. ويمكن حملهما - مع كونهما غير صحيحتين ومهجورتين - على علمه عليه السلام بجواز ذلك للواجد، بأن يكون له على صاحبه حق يستحقه ذلك، أو يكون له

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٤ وفيه، الفضيل بن غزوان، و رواها أيضا في الباب ١٧ من ذلك كتاب الرواية ١.
(٢) الوسائل الباب ١٦ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

عليه السلام: فبعه وتصدق بثمنه على أهل الولاية. (١)
ولو كان قائلاً به ما كان للقول به بأس، كما تقدم في المال المجهول، وهو
مؤيد لأخذ ما وجد في الخربة ونحوها والصندوق، فتأمل.
ويمكن حمل البعض على مثله، وغير ذلك، فتأمل.
وأيضاً تدل على جواز أخذ ما في بطن الحيوانات بعد تعريف البائع
- صحيحة عبد الله جعفر الحميري - في الفقيه، قال: كتبت إلى الرجل عليه السلام
أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة أو شاة (أو غيرهما - خ) للأضاحي، فلما ذبحها
وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جواهر أو غير ذلك من المنافع، لمن يكون
ذلك، وكيف يعمل به؟ فوقع عليه السلام: عرفها البائع فإن لم يعرفها، فالشئ لك
رزقك الله إياه. (٢)

وكأنه هذه دليل ما ذكره في الأرض المبتاعة أيضاً، فينبغي تعريف البائع
فالبائع إلى المعلوم، وإن كان المذكور في الرواية البائع الأخير فقط.
واستشكل في القواعد تتبع البائع فالبائع، والأصل والرواية ينفيه،
ولا شك أنه الأولى، فإن علم بأن ادعى أحد ذلك سلم إليه ما وجد في ملكه، بغير
بينه ولا يمين وأمانة، لظاهر اليد الدالة على الملكية، وظاهر الرواية المتقدمة.
وكأنها دليل ما يوجد في بطن سمكة، ففيها يحتمل التملك من غير تعريف،
على مذهب من يقول باعتبار النية في تملك المباحات إذا كان مما صيدت.
وأما اعتبار النية (٣) لو كانت في ملك البائع فيكون حكمها حكم البقرة

(١) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه كما في الفقيه، قال: سألته عليه السلام في
كتاب عن رجل الخ.
(٢) الوسائل الباب ٩ من كتاب اللقطة الرواية ٢.
(٣) في النسختين المخطوطتين البينة بدل النية.

(المقصد العاشر في الغصب)
وفيه مطلبان
الأول في أسباب الضمان.

المقصد العاشر

في

(الغصب)

قوله: في الغصب: قال في التذكرة الغصب أخذ مال الغير على جهة التعدي،
وقيل: الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا، وقيل: الاستيلاء على مال
الغير، وهو أعم من الأول (الأولين - خ)، وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق،
ولا حاجة إلى التقييد (بالعدوان) بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان، كما لو
أودعه (أودع - خ) ثوبا عند انسان ثم جاء وأخذ ثوبا للمستودع بظن (على ظن - خ)
أنه ثوبه، وهذا أعم من الأوائل. (١)

لعل المراد بالاستقلال عدم مشاركته مع المالك أو المتصرف بالحق والإذن
كالمستأجر والجالس في الوقف ونحوه، وإن كان ظاهر العبارة لا يفيد ذلك، بل يعتبر

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٣. وزاد فيها بعد قوله: بظن أنه ثوبه، أو لبسه المستودع على ظن أنه ثوبه.

عدم شركته معه في اثبات اليد عدوانا (١) ويكون عاديا وحده.
وأیضا الظاهر أن العدوان والتعدي يعتبر فيه كون الفاعل ظالما وآثما، ولهذا
لا یرخص العادي لأكل الميت في حال الاضطرار.
فالظاهر أنه التصرف في مال الغير غلطا ونسيانا لا يسمى عاديا ولا
غاصبا، والفرق بينه وبغير حق (٢) واضح، لأن كلاهما يصدق في المثال المذكور،
ويوجدان مع عدم الإثم وضع اليد.

بل يمكن أن يقال: ظاهر (بغير الحق) أيضا لم يشمل صورة الخطأ
والنسيان، مثل المذكور، فإنه غير ممنوع شرعا بل مأذون شرعا للمتصرف
(التصرف - خ) بناء على ظنه، ما لم يظهر خلافه، كالظان للطهارة والواطئ للشبهة غير
زوجته، فإنهما مأذونان بالدخول، بل مأموران فكيف يكون بغير حق.
وأیضا لا بد أن يعتبر في الاستقلال الاستيلاء أيضا، أي الاستقلال
(الاستيلاء - خ) والتسلط حتى يكون أعم منه مطلقا، ومعلوم أن مطلق التصرف
ووضع اليد - ولو كان بالاستقلال - ليس باستيلاء.

ويعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة، قال فيها: ولو دخل دار غيره أو
بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير استيلاء، سواء دخلها بإذنه أو بغير إذنه
وسواء قصد ذلك أو ظن أنها له الخ.

وكأنه يريد ب (الأول) (٣) ما تقدم من التعريفين، وكأنه لقرب مضمونهما
قال: الأول، وكان الأولى الأولين (الأولى - خ) إلا أن يريد الأول فقط.
وأیضا ليس بواضح وجود الغصب ولا حكمه مطلقا، قال في المثال

(١) في النسختين المخطوطتين، تعد قوله: في اثبات اليد وأما أن يكون عاديا وحده.
(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب وبين غير حق.
(٣) المراد منه ما قاله قدس سره في أول المبحث من قوله: وهو أعم من الأول.

المذكور: وكذا لو ليس الثوب المستودع بظن أنه له على ما أصابه الشيخ علي في شرح القواعد، لما مر، وأن (لأن - خ) الودعي أمين، ولا يخرج عنه إلا بالتعدي والتفريط، أي جعل ما لا يجوز أو ترك ما يجب، وليس هذا بشئ منهما. وظاهر أن في الأخذ ليس بغاصب يجري عليه حكم من الضمان مطلقا وأخذه بأشق الأحوال، وكونه ضامنا للأجرة ونحوها. وأيضا أن ليس المراد بالمال هو عين المغصوب منه، بل أعم حتى يجري الغصب في الوقف ونحوه.

وأیضا معلوم أنه ليس كل ضامن غاصب، كما صرح في القواعد والتمتن، فلا يضر عدم شمول التعريف لبعض الضمانات، إلا مع تحقق الغصبية وعدم جواز التعريف بالأعم، ولو كان لفظيا وكون الغضب كافيا للضمان، إذ قد يقال: يمكن أن يكون له شرط آخر، فتأمل.

وإذا تأملت ما ذكرناه لعلك تجد عدم ورود بعض المناقشات على التعريفات المذكورة وورود غيرها، ولكن ذلك غير مهم، إنما المهم تحقيق معنى الغصب الموجب للضمان.

اعلم أن الفقهاء رتبوا على الغضب أحكاما مخصوصة من الضمان على وجه خاص وغيره، فهو قسم خاص من الأقسام الموجبة للضمان الخاص، ولهذا قالوا إنه حرام وموجب للضمان بالكتاب والسنة (١) والاجماع، وليس كل أسباب الضمان

(١) أما الكتاب فهو قوله تعالى، ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل. النساء ٢.

وقوله تعالى: ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين. المائدة ٨٧.

وقوله تعالى: والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما. المائدة ٤٨.

وأما الأخبار فمن العامة بلا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفس منه (كنز العمال ج ١ ح ٣٩٧).

ومن الخاصة ما عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي. قال:

من خان جاره شبرا من الأرض جعله الله طوقا في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقي الله يوم القيمة مطوقا إلا أن يتوب ويرجع (الوسائل كتاب الغضب الباب ١ الرواية ٣).

وفي الرواية ٤ من هذا الباب عن صاحب الزمان عليه السلام، قال: لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه وغيرهما ج ١٧ ص ٣٠٩ وراجع كتاب الدروس أيضا كتاب الغضب ص ٣٠٦ وكتاب الغضب من

التذكرة ج ٢ ص ٣٧٣.

كذلك.

الكتاب آية السرقة (١) ونحوها مما يدل على تحريم الظلم، والأخبار كذلك من الخاصة والعامة والاجماع اتفاق الأمة، مع أنه ليس موارد مخصوصة في الكتاب والسنة إلا قليلا من السنة، وليس له معنى شرعي منقول من الشارع: وهو ظاهر متفق عليه، بل إنما هو اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يكتفى فيه بما يفهم من اللغة، وما ثبت له من الأحكام اليقينية، لأن الأصل عدم النقل وعدم ثبوت حكمه إلا ما ثبت فيه بالاجماع والنص مما يفيد اليقين أو الظن المعترف شرعا.

فيمكن أن يقال: هو أخذ الشيء ظلما، وهو التعريف الأول من التذكرة، فتأمل بل إن يعرف بأخص منه، بأن يأخذ معه قيد الاستيلاء والقهر، إذ في العرف لا يسمى السارق في الخفية ضعيفا أنه غصب، فإن الغصب يعتبرون (يعتبر - خ) معه استيلاء وغلبة ظاهرا وذلك الأحكام مشتركة إذا وجد الظلم، سواء ووجد القهر والغلبة أم لا، على الظاهر، فتأمل.

قال في القاموس: غصبه أخذه ظلما، والمراد بالأخذ في التعريف القبض عندهم الذي يعد اثبات يد وتصرفا موجبا للقبض والضمان، كما سيحى تفصيله أنه في المنقول، وكذا في غير ذا (غيره - خ) كذا.

(١) وفي بعض النسخ المخطوطة، إلا كتاب آية السرقة وفي بعضها إلا كتاب آية السرقة.
(٢) وفي النسختين المخطوطين وإن صار كذلك والصواب ما أثبتناه.

وهي ثلاثة مباشرة الاتلاف للعين، أو المنفعة، كقتل الحيوان،
وسكنى الدار.

وقد مر (فسر - خ) أيضا المراد بالظلم، التعدي عن الحد الشرعي الذي هو
قبيح وحرام عقلا ونقلا، وموجب للعن والغضب، كما يدل عليه القرآن والحديث،
وبالجملة ما نتعب في تحقيق معناه إذ غير وارد في الشرع (١) بحيث يكون الحكم
الواضح المقرر متعلق (٢) به، فمع تحققه يتحقق، ويتبين الأمر، بل لا بد من تحقيق
معناه أن نتعب في استخراج حكمه، وذلك كاف وقد مر مثله في تحقيق الجهة، كما
لا يحكم بثبوت حكمه إلا فيما ثبت ذلك الحكم بالدليل، فإن كان دليل غير كونه
غصبا، فلا يحتاج إلى تحقيق الغضب، وإن كان في موضع مجرد كونه غصبا فيقتصر
بما قدمناه من تعريفه، فإن وجدنا صادقا عليه تحقيقا - وعلمنا أن حكم الغضب
بالدليل حكم الغضب - حكمنا به فيه، وإلا رجعنا إلى أصل عدم كونه غصبا وعدم
زيادة حكم في الغضب، إلا ما ثبت، فتأمل.

قوله: وهي ثلاثة مباشرة الخ. يعني أسباب الضمان المطلق التي يترتب
عليه الضمان في الجملة الذي أحد أسبابه الغضب الذي هو المقصود بالبيان لأنه
عظيم كثير والبحث عن غيره استطرادي.

أولها مباشرة الاتلاف، أي مباشرة شخص اتلاف المضمون بأن (٣) يباشر
إخراجه عن الانتفاع بالمرة، أو عما كان عليه، فنقص انتفاعه و (أو - خ) نفعه، أو
قيمته، أو بعض من عتقه (٤) مثل من قتل شخصا بنفسه بالسيف أو رمى بالسهم فقتله.
والظاهر أن لا خلاف في كونه موجبا للضمان مطلقا، سواء كان عمدا أو

(١) في النسختين من النسخ، وغير وارد في الشرح، والصواب ما أثبتناه.

(٢) هكذا في النسخ، والصواب، متعلقا به.

(٣) في النسختين من النسخ المخطوطة: وبان يباشر.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة، بعض من غصبه.

والتسبيب، وهو فعل ملزوم العلة، كحفر البئر في غير الملك.

خطأ عالما أو جاهلا، من غير أن يكون مالا مملوكا مأذونا في اتلافه، مثل أكل طعامه وذبح شاته بإذنه، وسواء كان اتلاف عين كقتل حيوان شخص محترم أو اتلاف منفعة بأن أخذ انتفاع عين مثل إن سكن دار شخص بغير إذنه. الثاني السبب، بأن يكون سببا بعيدا للاتلاف، وقيل هو فعل ملزوم للعلة المتلفة وهو فعل المباشر أي مباشرة الاتلاف كحفر البئر في غير ملكه من غير إذن، فإنه ملزوم القاء المتلف، هو علة التلف القريبة. اعلم أن الملزومية غير ظاهرة، إنما الظاهر كونه موقوفا عليه للعلة، وأنها لم يتحقق إلا بعد تحققه، لا أنه لازم لوجوده، فإنه معلوم عدم استلزام الحفر للتردي، الالتقاء.

لعل المراد بالملزومية ذلك المقدار فقط، إذ لا يحتاج إلى شيء بعد وجوده إلا المباشرة، فتأمل.

وقد نقل عن شرح المتن، أنه زيد على ذلك قصدا لتوقع تلك العلة واعتراض بأنه لم يصدق إلا على غاصب تقدم طعام الغير إلى الأكل، وأول بأن المراد شأنه أن يقصد. ولا يخفى عدم الحصر (و- خ) في عدم الاحتياج إلى هذا القيد مع التأويل، وعدم الصحة بدونه، ونحن ما نقدر على الفهم المذكور في المتن فكيف مع الزيادة، وقد عرفت بأنه فعل ما يحصل عنده التلف، لكن لعلة أخرى، ولفظة (عنده) (١) غير مناسب، وإلا فهو تعريف لا بأس به. على أنه (٢) بنى الشهيد رحمه الله وجه عدم الضمان في كثير من المسائل بين

(١) يعني في قوله: ما يحصل عنده التلف.

(٢) والظاهر أن مراده قدس سره وإن كانت العبارة قاصرة عنه، إن الشهيد رحمه الله تعالى فرق بين الذوبان بحرارة الشمس والقلب بالهواء وبين المنع من الجلوس على البساط ونحوه بالضمان في الأول وعدمه في الثاني معللا بأنه ما قصد حصول العلة في الثاني حيث قال: ولو منعه من العقود على بساطه أو من امسك دابته المرسلة فاتفق التلف فلا ضمان - إلى أن قال -: ويضمن لو فتح رأس زق فسال ما فيه بنفسه أو بانقلابه أو تقاطر فيبتل أسفله أو بإذابة الشمس أو انقلابه بالريح على الأقوى وغيرها من الأمثلة المذكورة في كلام الشهيد قدس سره راجع الدروس ص ٣٠٦ و ٣٠٧ من الطبع الحجري.

وطرح (ترك - خ) المعائر في المسالك، وإلقاء الصبي، أو الحيوان العاجز عن الفرار، في مسبعة، وفك قيد الدابة، والعبد المجنون، وفتح قفص الطائر، وإن تأخر طيرانه. ودلالة السراق.

الذوبان بحرارة الشمس والقلب بالهواء والمنع من الجلوس على البساط ونحوه، بأنه ما قصد حصول العلة.

الثالث قصر القصد (١) الذي تقدم، وسيجيء في الكتاب.

وأعلم أن بين هذه الأسباب عموما وخصوصا من وجه، بحسب التحقيق، ويمكن الشأن بحسب الحمل (٢)، فتأمل.

ومن الأسباب المعدودة، طرح ما يلزق منه الشيء، في المسالك، سواء كان عاما أو خاصا بأرباب الزقاق، وكذا القاء الصبي أو المجنون العاجز من الفرار في مسبعة، ويمكن أن يكون الكبير القادر أيضا كذلك، إن عجز عن الفرار اتفاقا، ويمكن ادخاله تحت العاجز، وكذا فك قيد الدابة فانهممت وضاعت وتلفت، وكذا فك قيد العبد المجنون، وكذا فتح قفص الطائر، وإن لم يطر في الحال، بل بعده. والظاهر أنه في هذه الحالات لو تلفت ما تقدم بغير الجهة التي فعل السبب، مثل إن مات الطير بعد فك قفص الطائر، أو مات العبد أو الدابة، لم يكن فاعل السبب ضامنا، لعدم مدخلية السبب، مع عدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقا. وكذا دلالة السراق عند المصنف هنا، لأنه سبب وله دخل، مجرد السرقة،

(١) في بعض النسخ المخطوطة، الغصب بدل القصد.

(٢) وفي بعض النسخ: ويمكن البنيان بحسب الحمل، ولم نفهم المراد من هذه الجملة.

وإزالة وكاء الظرف، فيسيل إذا لم يحبسه غيره، أو يسيل ما
ألان الأرض منه، أو بانقلابه بالريح، أو بإذابة الشمس، على اشكال.
أو قبض؟ بالسوم (للسوم - خ) أو بالبيع الفاسد، أو استوفى
المنفعة بالإجارة الباطلة.

إذ لولا الدال لما سرق، إذ هو الفرض فيصدق عليه التعريف بالسبب، إذ ليس
المراد ملزومية (بلزومية - خ) الفعل، لما عرفت، فمنع الشارح قصد. (١)
نعم يمكن أن يقال: المباشر أقوى.

وكذا إزالة الوكاء أي ما يشد به رأس ظرف، فسال ما فيه، وكان لا يحبسه
إلا الوكاء أو فتح رأسه فسال قطرات، وألانت الأرض التي هي أسفل الظرف
فسقط فتلف ما فيه، وكذا لو انقلب الظرف بعد فتح رأسه فتلف ما فيه، أو تلف (٢)
فأذاب الشمس ما فيه.

والظاهر عدم الاشكال في الصورتين، إذا علم كون فعله سببا فقط، لا غير
ولم يعلم اسناده إلى غيره بالكلية.
قوله: أو قبض بالسوم الخ. دليل الضمان بالقبض بالسوم غير ظاهر،

(١) هكذا في جميع النسخ وينبغي نقل كلام شارح القواعد، قال في جامع المقاصد - شرح قول
المصنف: ولو فتح بابا على مال فسرق أو دل سارقا الخ -: ما هذا لفظه، قد وقع للمصنف في الارشاد إن حكم
بالضمان بدلالة السراق، وهذا لا ينطبق على أصول مذهبنا من أن المباشر مقدم على السبب في الضمان، حيث
لا يكون ضعيفا، وربما حمل على كون الدال مستأمنا على ذلك المال، فإنه يضمن بذلك.
لكن قال شيخنا في شرح الارشاد ونعم ما قال: إن هذا الحمل تعسف، لأنه قد ذكر في التحرير اشكالا
في المسألة، وعلى هذا الحمل فلا وجه للاشكال المذكور، والأصح خلاف ذلك، وعلى ما يظهر من شرح
الارشاد
فالمصنف خالف بذلك جميع الأصحاب انتهى ج ١ ص ٣٦٣ من الطبع الحجري واستشكل أيضا في المسالك
- على

المصنف بعد نقل كلامه عن الارشاد (فراجع باب) الغصب عند شرح قول الماتن: وكذا لو فتح بابا على مال
الخ).

(٢) وفي بعض النسخ أو تلفظ بدل تلف، ولعل الصواب وانقلت.

ولو غضب شاة فمات ولدها - جوعا أو حبس مالك الماشية عن الحفظ، فتلفت، أو غضب دابة فتبعها، الولد - ففي الضمان نظر.

إلا الحديث المشهور، على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١) وصحته ودلالته غير واضحين، والأصل براءة الذمة، والغرض عدم التعدي والأخذ برضاء المالك، فالضمان محل التأمل، بل خلافه قريب، وإن كان هو المشهور، والظاهر أنه ليس باجماعي، وقد مر.

ولهذا قال في القواعد: والسوم على اشكال وكذا البيع الفاسد، واستيفاء المنفعة بالإجارة الباطلة بأجرة المثل لا العين، ويحتمل أقل الأمرين منها ومن المسمى ظاهرا، وضمان البيع الفاسد دليله القاعدة المشهورة: (فيما - خ) يضمن بصحيحة، ما يضمن بفساده وبالعكس، وذلك غير واضح، وكذا حجية على اليد ما أخذت، وقد مر البحث في الباطلة ونحوها، وفي كون ذلك كله من أسباب الضمان تأمل. وإن مجرد الأخذ ليس بمعلوم كونه ملزوم علة التلف الذي هو تعريف السبب، كما تقدم معلومية أن الاستيفاء لس بسبب، وهو ظاهر. قوله: ولو غضب شاة الخ. ظاهر أن صدق السبب الذي هو موجب للضمان في المسائل الثلاث، يغني عن علم التلف (٢) به فيكون ضامنا، إلا أن يعلم (٣) موته بذلك السبب، ولا يضر عدم التصرف بوضع اليد الذي هو الغضب، لأنه أحد أسباب الضمان، بل لا بد أن يكون منفيًا، لأن البحث في غير الغضب. وكذلك الأصل (٤) يضمحل لما مر فلا يصلحان سببا فتأمل.

- (١) عوالي اللئالي ج ١ ص ٣٢٤ ح ١٠٦ و ص ٣٨٩ ح ٢٢.
(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسختين المخطوطتين، يعني عدم التلف به فيكون الخ والصواب ما أثبتناه.
(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، إلا أن لا يعلم موته الخ.
(٤) يعني أصالة البراءة تضحل، لما مر.

ولو فتح بابا على مال فسرق، أو نقب.
أو أزال قيذا عن عاقل، أو منع المالك القعود على بساطه
فتلف، أو منعه عن البيع فنقصت القيمة السوقية، أو تلف عينه، فلا ضمان.

قوله: ولو فتح بابا على مال الخ. عدم الضمان - بمجرد فتح الباب أو
نقب الحائط، إذا سرق المال سارق - ظاهر، لأنه وإن سلم أنه سبب إلا أن المباشر
أقوى، وقد تقرر - كما سيجيء - تقديم المباشر في الضمان، والفرق بينه وبين دلالة
السراق به فعله، غير ظاهر، لما مر.

قوله: أو أزال قيذا عن عاقل الخ. سبب عدم الضمان بسبب فك قيد
العبد العاقل، أنه يتحفظ بنفسه، ويقدر على منع نفسه من المهلكات وأخذ غيره،
وعلى عدم الإباق الواجب عليه، فلو حصل شيء يفوت العين أو المنفعة فهو مستقل
ومباشر، إن قلنا بمدخلية الفك وسببته، كما هو الظاهر، فكأنه أجمع (١) المباشر
والسبب والأول مقدم.

وفيه تأمل، لأنه لا شك في صدق السببية، إذ المفروض أنه لو لم يفك لم يقع
ما وقع عن التلف والإبافة، وليس هنا مباشر يمكن أخذ الحق، كما في صورة قلب
الريح الظرف، وكونه قادرا على الحفظ مع عدمه لا ينفع ولهذا كان المالك قيده.
وقد استشكل في التذكرة ضمانه إن كان عبدا كبيرا آبقا، ومنه يظهر أن الضمان
- في المنع عن القعود على الفراش والبساط حتى أقضى إلى تلفه وعلم ذلك -
أولى، وأصل البراءة مع وجود السبب لنقص، لأن نقصان القيمة السوقية أو تلفه
بما تلف كان يحصل يقينا منع ثم البيع أم لا (٢)، فليس هو سببا لهما (٣) نعم منعه

(١) في النسخة المطبوعة، فكان اجتمع المباشر الخ.

(٢) في النسخة المطبوعة، منع عن البيع أم لا.

(٣) يعني أن المانع من البيع ليس سببا للنقصان أو التلف، لأن المفروض وجود السبب للنقص.

ولو اتفق المباشر والسبب فالضمان على المباشر، إلا مع
الاكراه، فالضمان على القاهر.

أثر في عدم وصول حق إليه، وصار سببا له، ولكن ما ثبت - أن كل من يمنع أحدا
من وصول حق إليه، وإن لم يتلف بفعله شيء - أنه ضامن، وفيه تأمل،
فتأمل.

قوله: ولو اتفق المباشر الخ. معلوم عقلا بل نقلا أيضا أنه إذا وجد شيء
له سببان قريب وبعيد، أنه يسند إلى القريب، والبعيد هو سبب السبب، وله
مدخلية ما في ذلك الشيء، فيكون الضمان الموجب مسندا إلى المباشر، وهو ظاهر.
كأنه مجمع عليه، إلا أن يعلم كون المباشر ضعيفا والسبب قويا، مثل
أن يكون المباشر مكرها، وحينئذ كأن المباشر ليس بمباشر، إذ لا قدرة له عدم المباشرة،
فصار السبب فقط، بل هو السبب، والمباشر هو المكره.
هذا فيما إذا كان الاكراه بحيث يسلب الاختيار، أو يكون وعدا على قتل
النفس أو البضع، ممن يعلم فعله لو لم يفعل ما يريد المكره ظاهرا.
ويمكن في المال الكثير وهتك العرض كذلك.
وذكروا الضابطة في الاكراه على الطلاق بأنه المتوعد على ما أضره
(المضرة - خ) بالمكرة ومن يقوم مقامه كالأب والولد وإن كان شتما للمرتفع عنه من
القادر عليه، مع ظن فعله، لا الضرر القليل كأخذ مال يسير.
قال في شرح الشرائع: ولو قيل هنا باشتراط زيادة خوف والأول أشهر
ما فعل في الطلاق. (١)

(١) عبارة المسالك هكذا: ويتحقق الاكراه الراجع للضمان بما يتحقق به الاكراه المفسد للعقل، وقد
تقدم تحقيقه في الطلاق.
وربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكنه تحمله، والأشهر الأول (راجع المسالك كتاب
الغصب).

ولو أرسل في ملكه ماء، أو أوجب نارا، فأغرق مال غيره، أو أحرق، لم يضمن، إلا مع التجاوز عن قدر الحاجة اختيارا، مع علمه، أو ظنه بالتعدي.

والغصب هو الاستقلال باثبات اليد من دون إذن المالك في العقار وغيره.

قوله: ولو أرسل في ملكه ماء الخ. أي من أرسل ماء في ملكه أو أوجب نارا فيه، ثم تعديا إلى مال الغير في غير ملكه (١) إلى الحرق لم يضمن، إلا أن يتجاوز المرسل والمؤجج عن قدر حاجته فيهما، مع قدرته على سد الماء عن مال الغير، وكذا على اطفاء النار كذلك، فترك ذلك عالما به، حتى خرج مال الغير، وكذا لو ظن ظنا غالبا، يضمن حينئذ لا غير. دليل الضمان - مع جميع القيود المذكورة، أي التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم أو الظن بالتعدي والقدرة على العدم والمنع - هو العقل والاتفاق والسببية، مع عدم العذر، وهو الظاهر، وكذا عدم الضمان مع انتفاء الجميع، وأما إذا انتفى ففي بعض أفراده تأمل، مثل أن يكون قادرا وعالما، ولكن ما تجاوز عن قدر الحاجة، فتأمل.

قوله: والغصب وهو الاستقلال الخ. هذا هو ثالث أسباب الضمان المبحوث عنه، وهو غير جيد.

وينبغي أن يجعل الثالث وضع اليد، فإن الغصب أخص، كما فعله في القواعد وغيره.

قال: الثالث، اثبات اليد، وهو إن كان بغير حق فهو غصب الخ. المراد بالاستقلال - باثبات اليد قهرا على المالك ومن غير إذنه، وهو ظاهر، ويشعر به (من دون المالك) وأشار بقوله: (في العقار وغيره) - إن الغصب يتحقق في

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب، (إلى الغرق والحرق)، كما لا يخفى.

العقار أيضا باثبات اليد، ردا لبعض العامة، فإنه يقول: لا يمكن غصبا، بل إنما يضمن بالانهدام، فإذا دخل وانهدم يضمن المهدم.

وهو ضعيف إذ لا مانع منه إلا عدم النقل، وهو ليس بمانع، إذ الغصب يتحقق بالقبض، وليس هو منحصرا في النقل، وإلا لم يجز بيع العقار وهبته ونحوهما الذي يحتاج إلى القبض.

وأما الاستقلال بحيث لا يكون للمالك يد عليه أصلا، فيمكن أن يكون ظاهرا فيما لا يخرج عن يد المالك مثل الثياب والدواب وأما في العقارات خصوصا الكبير مثل دار كبيرة وأرض واسعة، فيمكن عدم اشتراط الاستقلال.

بل كلما تحقق اثبات يده عليه ظلما يكون غاصبا، لما مر من تعريف الغصب، ويشعر به قوله: بالضمان إذا كان مع المالك النصف، فكأنه يريد بالاستقلال عدم قدرة المالك وتصرفه فيما هو بيده وتصرفه، بمعنى أنه لم يمكنه من ذلك، وإن كان جالسا معه، فإنه حينئذ يكون وجوده وعدمه سواء، بل مثل (صيعته؟) أو أسبابه أو آتته، أو من جلس بأمر منه، بخلاف أن يمكنه من النصف، ولا يزاحمه، ولا يسلط عليه، ممتازا أو لا، إذ لا دليل (١) بل نقول: في كل ما يتحقق غصبيته يكون ضامنا له، فلو تصرف في دار كبيرة أو مفاضة واسعة لا يضمن كليهما، إلا أن يثبت (أثبت - خ) اليد بحيث، يلزم غصبية الكل، فإذا دخل بيتا في دار مستوليا عليه فقط دون غيره لا يضمن إلا ذلك، إلا إذا قصد جزءا من بيت وتصرف فيه فقط، مستوليا على ذلك الحد والمتصرف منه لا غيره.

ويعلم من كلامه أنه (إذا - خ) أخذ الاستيلاء - وقوة الدفع مع الاستقلال، حيث شرط مع حضور المالك - فهو أكثر في القوة على المنع فتأمل.

(١) الظاهر أن المراد أنه لا دليل على صدق الغصب في التمام، مع تمكنه المالك من النصف.

فلو سكن الضعيف عن المقاومة مع غيبة المالك، أو أسكن (سكن - خ) غيره فغاصب، ولو كان المالك حاضرا. فلا. ولو سكن مع المالك قهرا ضمن النصف.

قوله: ولو سكن مع الضعيف الخ. أي لو سكن الضعيف عن مقاومة المالك في دار بغير إذنه، لا شك أنه ضامن وغاصب لما مر في تعريف الغصب. لكن بعد (ما - خ) أخذه الاستيلاء والقوة فيه، فليس بواضح كونه غاصبا إلا أن يقال ذلك مع حضور المالك أو الدخول مع عدم المالك بغير إذن، فهو بالقدرة والقوة، وكذا لو أسكن غيره. وهذا واضح، لو كان الغير مكرها، أما لو كان مطاوعا (مطاعا - خ) فلا، بل يكون هو الغاصب والضامن، دون الأمر والمكره (والمسكن - خ) لما تقدم أن المباشر مقدم على السبب.

ولو كان المالك حاضرا به وعالما سکونه (١) واسكانه وضعفه، فلا يكون غاصبا، لاعتبار القوة والاستيلاء في التعريف والقهر والغلبة في الواقع. ويمكن أن يكون غاصبا أيضا، لما مر من تعريف الغصب الصحيح، خصوصا إذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء، فإنه يكفي ذلك، ولا يحتاج إلى وجود ما في نفس الأمر، كما يشعر به لفظة الاستيلاء ولا ينبغي أن يشك في كونه ضامنا، على أنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وحضور المالك وعدم منعه، وترك دفع ذلك - مع القدرة - لا يدفع ذلك، إلا أن يكون ذلك دالا على الرضا، فيكون الدخول بالرضا.

قوله: ولو سكن مع المالك الخ. أي لو سكن ساكن لا الضعيف - كما هو ظاهر المتن مع المالك قهرا عليه، بحيث شاركه في كل موضع من البيوت، بحيث

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب بسكونه.

ما يزاخمه ويزعجه إلا عن النصف - فهو غاصب للنصف فقط، لأنه إنما يستقل (ملكا - خ) ويستولي عليه.

ويمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول، أنا وأنت تكون فيها مع اثبات يده على الكل وعدم منعه من شيء، مثل الشريكين بالنصف أحدهما يأذن للآخر.

وإذا فرض اختصاصه ببعض ومنع المالك عنه خاصة، لا يكون ضامنا وغاصبا إلا له، أو شريكا مع المالك بالنصف في ذلك المتصرف فيه، وإذا تعرض استيلاء على أكثر يكون ذلك المغصوب.

وبالجملة ينظر إلى تصرفه وقهره، والظاهر أنه لا تفاوت حينئذ بين كون المالك قادرا على منعه عن ذلك وإخراجه أم لا بأن يكون أقوى منه، لما مر من صدق التعريف الذي قلناه.

وأما قيد القوة والاستيلاء كما يفهم (فهم - خ) من قبل، ودل عليه (ولو سكن الضعيف) يدل عليه حينئذ، لا يكون غاصبا بل ولا ضامنا، فتأمل. ولو أخرج المالك يكون غاصبا للكل، ولو كان غالبا على المالك بحيث صار المالك مضمحلا، وكأنه لا شيء بل مثل ثوب مرمى هناك، فلا يبعد كونه غاصبا للكل أيضا، إذ ليس بيده حقيقة حينئذ.

ويحتمل عدم الضمان إلا ما تصرف فيه (١) من النصف وغيره فقط، للأصل (والأصل - خ) والاختيار الأول (٢) كما هو قول شارح القواعد. واستشكل في التذكرة الغصب مع ازعاج (٣) المالك وإخراجه، من

(١) في النسختين المخطوطتين: وتحريم إلا ما تصرف الخ، والصواب ما أثبتناه.

(٢) في النسخة المخطوطة: واختيار الأول قول شارح القواعد.

(٣) الازعاج، الإخراج والطرده.

ولو مد بمقود الدابة ضمن، إلا أن يكون المالك راكبا، إلا مع الالغاء.

(مع - خ) أنه تخلية فهو قبض في البيع وغيره من تسليم المباح. وكأن الفرض أخذ المفتاح أيضا، والأصل العدم، وعدم تسميته غاصبا عرفا ومتصرفا، وإن قيل ذلك قبض في غير هذه الصورة لدليل، وحكم أيضا أن مجرد الدخول بغير استيلاء لا يوجب الضمان سواء كان بإذنه أو بغير إذنه وسواء كان صاحبه أم لا، ونقل عن بعض الشافعية، إن دخله بغير إذن صاحبه، ولم يكن فهي صاحبه ضمنه، لأنه اثبات في الغصب اثبات اليد العارية الظالمة، ولهذا لو ضارعه (١) أحد يحكم له باليد، قال: ويشكل بأنه غير مستولى (غير مستوفى - خ) فتأمل فاشتراط ذلك غير واضح في الضمان بل في الغصب، فإن العرف والتعريف الذي ذكرناه، والذي قاله بعض الشافعية يشمل.

قوله: ولو مد بمقود (مقود - خ) الدابة ضمن الخ. اعلم أن تحقيق اليد والقبض والتصرف الذي هو موجب للضمان لا يخلو عن اشكال، فإن قيل هو ما تقرر عندهم في قبض المبيع، فهو أيضا مشكل، مع أن الظاهر إن المكيل والموزون يضمن بالنقل من غير كيل ولا وزن.

وأن الغصب الموجب للضمان يتبادر منه القبض والتصرف العرفي بحيث يكون بالفعل متصرفا، فلو ازعج مالكا حتى أخرج متاعه وخلقى (حل - خ) عقاره أو قال في الأرض، أجل (جلس - خ) يتصرف (فتصرف - خ) به (فيه - خ) اكراها، لم يسم غاصبا، مع أن مثله قبض.

وقد مر الاشكال في كونه غصبا في التذكرة وشرح القواعد أيضا. الظاهر العدم للعرف ولعدم صدق التعريف عرفا، والأصل عدم الضمان، وعدم تحقق الغصب وأحكامه حتى يعلم، فهو محال إلى العرف، ويجيء فيه اشكال

(١) ضارعه أي شابهه والأصل في المضارعة المشابهة.

جميع ما يحال عليه.
ولا شك أنه يتحقق في المنقول، بالنقل مطلقا، وخرج المكييل والموزون في البيع ونحوه للنص إن سلم، وقد مر في غير المنقول بالازعاج والتصرف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والأخذ.
ويمكن أيضا التصرف والانتفاع في كل شيء بما هو مصنوع لذلك، مثل الجلوس على الفراش، واللبس في الملبوس والركوب في الدابة.
ويمكن أن أخذ المداد من الدواة والماء من الحبوب، والنسخ من الكتب كذلك، فتأمل، لا مجرد وضع اليد على هذه الأشياء، ولهذا مر التردد بحصول اللقطة بحصول اليد أو الرجل عليه، فلو وضع يده على منقول من غير نقل، وكذا غير المنقول لا يكون ضمانا وغصبا، لعدم العرف والأصل وعدم صدق التعريف عرفا، فإنه ليس بأخذ مال الغير، ولا يقال التصرف أيضا عرفا، فتأمل.
قال في شرح القواعد: واعلم أن اثبات اليد في المنقولات إنما يتحقق بالنقل، إلا في الدابة، فإن ركوبها كاف في اثبات اليد عليها، والفراش، فإن الجلوس عليه كان في ذلك أيضا.
قال في التذكرة: وهل يتحقق (أي الغصب) في المنقولات باثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندي ذلك، فلو ركب دابة الغير، وهي واقفة، ولم ينقل (تنقل - خ) عن مكانها أو جلس على فراشه ولم ينقله، فالوجه تحقق الغصب فيه، لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء.
وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحبسه عرفا (وإنما هو - خ) كالدخول إلى خيمته أو خبائه ونحو ذلك. (١)

(١) انتهى كلام شارح القواعد، راجع جامع المقاصد عند شرح قول الماتن، ويتحقق اثبات اليد في المنقول الخ.

وكلامهما (١) لا يخلو عن شيء أما الشارح فلحصره أولا حيث قال: (إنما الخ) ثم الحكم بتحقيقه حينئذ عرفا (٢) حصر (٣) بقوله: (وكلامه لا يقتضي الخ) نعم وكلامك يقتضيه، وكلامه لا يقتضي الخ فالعبارة غير جيدة. (٤) وأيضا تحقق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر، إذ هو ما باشره، فلا يصدق أخذ مال الغير ولا اثبات اليد.

وأیضا لو صح ذلك لزم أن لا تصح صلاته فيه، فإن الكون فيه غصب وحرام فتكون الصلاة في المكان المغصوب، بل يلزم عدم صحتها وإن كان الأرض مباحا (٥) بل ملكه أيضا.

وكذا يلزم أن يكون غصبا للحائط ممن يدخل الدار مع كون الأرض المحاط به مباحا، ويلزم عدم صحة الصلاة فيه أيضا، وذلك غير معلوم، إلا أن يقيد بغصبية الأرض ولكن سوق الكلام يفيد الأعم، فتأمل. وأما كلامهم التذكرة فلأنها تدل على تحقيقه باثبات اليد مطلقا أو مجملا من غير بيان.

والظاهر أنه ليس بقائل بالكلية، بل مثل الدابة والفراش لا غير، وهذا رد على المشهور.

والحاصل هنا اجمال (إن هنا اجمالا - خ) والحوالة على العرف، فلا يخرج

(١) يعني كلام شارح القواعد والتذكرة.

(٢) حيث قال: لا يبعد الاستدلال في كل شيء بحسبه عرفا الخ.

(٣) ولعل الصواب ثم نفي الحصر.

(٤) ينبغي أن يلخص معنى الكلام شارح القواعد.

(٥) والمناسب أن يقول: وإن كانت الأرض مباحة.

عن الأصل والقواعد إلا بالدليل.

وقوله: ولو مد (١) بمقود الدابة الخ. يعني إذا أخذ بمقود الدابة قهرا، فنقل بها من مكان إلى آخر، لا شك في أنه ضامن وغاصب، لما مر، إلا أن يكون المالك راكبا أو متصرفا بوجه آخر، كالأخذ بالمقود أيضا، فلا يكون حينئذ غاصبا، إلا أن يكون المالك ملجأ غير قادر على دفعه بوجهه، فيكون أخذ المقصود قادرا مستوليا عليه، ويكون وضع يده كالعدم، فيكون حينئذ غاصبا وظالما (وضامنا - خ) أيضا، وهو ظاهر المتن وغيره.

وفيه تأمل إذ المالك أيضا متصرف، ولهذا يحكم له باليد، وقد مر مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمحل بضعفه من غير ازعاجه، فتأمل والظاهر أنه غاصب، للتعريف، فيحتمل النصف، كما في الدار، فتأمل. ولا شك أنه ضامن أن تلف بقوده. من غير مدخلية أحد قابل للضمان، ولكن في ضمان منفعته - مع ركوب المالك وقدرته بحيث لا يكون هذا غاصبا - تأمل، ويظهر من شرح القواعد ضمانها، فتأمل.

ثم ذكر فيه فرعين الأول أنه لو ساقها قدامه ولا جماع (٢) لها بحيث صار مستوليا عليها، فهو غاصب لتحقق معنى الغصب، ولو كان بها جماع فتردت بسوقه في بئر ضمن للسببية.

لا شك في الضمان إذا فرض كون السوق سببا، بل يمكن أن لا يكون فرق، فيكون غاصبا، إلا أن يفرض بحيث لا يقدر على أخذها ويكون في الأولى قادرا، فكأنها مأخوذة في الأولى دون الثانية ولا قادرا أيضا، وحينئذ يظهر الفرق،

(١) وفي جميع النسخ: ولو أخذ، والصواب ما أثبتناه.

(٢) فرس جموح، يعني إذا ذهب في عدوه لم يردده شيء (مجمع البحرين لغة جمح).

ويكون في الثانية ضامنا فقط. (١)

الثاني أنه لو جلس على خشب الغير أو حجر له من غير أن ينقله فهل هو كركوب دابته والجلوس على فراشه فيه نظر، أما السرير فالحاقه بالفراش قوي. كأنه الخشب والحجر والكبيرين الذين لا يتعارف نقلهما، ولو كان بقصد الأخذ والاستيلاء فغير بعيد، وإلا فبعيد كونه غاصبا، إذ لا يقال له أخذ المال ظلما، وأما الضمان فيمكن فإنه وضع اليد على مال الغير، فلا بد من إيصاله إلى مالكه، فتأمل.

واعلم أنه يعلم من عباراتهم كثيرا، أخذ الاستيلاء والقهر في الغصب، كما مر في شرح القواعد، وأخذ في بعض التعريفات أيضا، وقد مر، وحينئذ يلزم عدم كون السرقة غصبا، فتأمل.

وأیضا وجود سبب آخر للضمان غير التسبب والمباشرة والغصب، معلوم، مثل الخيانات في الأمانات، مثل ترك حفظه الوديعة والعارية والدابة المستأجرة وترك سقيها وعلفها، ومثل وضعه يده على مال الغير غير عالم بأنه مال الغير غلطا أو سهوا ووضع اليد على المغصوب كذلك والأمانات الشرعية. فكأنه لذلك جعل البعض تعريف الغصب بحيث يشمل هذه الأمور، حيث قيد بالعدوان ونحوه، وإن كان هو خلاف الضاهر ولهذا جعل ثالث الأسباب، وضع اليد واثبات اليد في القواعد وغيره، ثم قسم اثبات اليد إلى الغصب وإلى غيره.

نعم عبارة المصنف غير جيدة، حيث جعل الغصب هو الثالث، كما أشرنا إليه، إلا أن يريد منه اثبات اليد فقط فتأمل.

(١) يعني دون أن يكون غاصبا.

وغصب الحامل غصب الحمل (حملة - خ).
ولا يضمن الحر بالغصب.

ويمكن دفع هذه بأنه إن لم يقصر في الحفظ، واعلام المالك والرد إليه، فهو ليس بخائن، فليس بضامن، وإن قصر، صار غاصبا، حيث وضع يده ظلما، فتأمل.

قوله: وغصب الحامل الخ. يعني إذا غصب حيوانا حاملا فهو مع الحمل مغصوب، إذ قبض لحمله، فإنه كالجاء الداخل في جوفه، وهو ظاهر. وأما عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد أو المأخوذ بالسوم، فإن الحمل وإن كان مقبوضا إلا أنه غير مبيع بالبيع الفاسد ولا مأخوذ بالسوم فلا يدخل تحت ما يدل على ضمانه، مثل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده، نعم إن اشترى مع الحمل يكون حكمه الحامل هنا، فتأمل.

قوله: ولا يضمن الحر الخ. يعني لا يضمن بوضع اليد والغصب، لأنه ليس بمال، فلا يدخل تحت يد المتصرف، فإن أثبات اليد والتصرف إنما يقال في الأموال.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ولا فرق في ذلك بين كونه صغيرا أو كبيرا، مميزا قادرا على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوننا أو عاقلا. هذا إذا تلف بموته، أو بشئ ليس للقبض له مدخلا (١) فيه أصلا. وأما إذا تلف الصغير في يد القابض بسبب لدغ الحية ووقوع الحائط عليه، فقول للشيخ (الشيخ - خ) بأنه ضامن، لأنه سبب لتلفه، مع عدوانه، فإنه لو (ولو كان - خ) كان في بيته، فكأنه لم يلدغه الحية هنا، فهو سبب كالحافر، وليس هنا مباشر أقوى، وليس هو قادرا على دفع المهلكات عن نفسه وعروض أمثال هذه

(١) هكذا في جميع النسخ، الصواب مدخل.

وإن كان صغيرا.
ولو تلف الصغير بسبب كلدغ الحية، ووقوع الحائط، قال
الشيخ: يضمه.

الأمر فغير بعيد، فيمكن قصد القتل والاتلاف بمثله أيضا، ولأن فتح مثل هذا
الباب يقضي إلى الحيل لقتل الناس بأن يخليه في مسبعة ومضيعة، ولأن الضمان
يناسب عدوانه ويقابل بفعله الشنيع.
والظاهر عدم الفرق بين الكبير المجنون والطفل الغير المميز الغير القادر على
الدفع عن نفسه، وهو مثل الحيوان.

بل الظاهر عدم الفرق بينهما وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على
الخلاص منه، ثم حصل في الحبس شيء أهلكه مثل لدغ الحية أو غيره، لاشتراك
العلة المتقدمة، فإن الكبير مع عدم قدرته على دفع الحية والعقرب إذا لم يره في
الحبس لظلمته كالطفل، بل وكالحيوانات التي لا شعور لها.
وللشيخ قول آخر بعدم الضمان، للأصل، وعدم المباشرة، وعدم ظهور
السبب وجريانه في البحر.

قال في التذكرة: لو نقل صبيا إلى مضيعة فاتفق سبع فافترسه، فلا ضمان
عليه، إحالة للهلاك إلى (على - خ) اختيار الحيوان ومباشرته، ولم يقصد الناقل
بالنقل ذلك (١)، وأما إذا (لو - خ) نقل إلى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان،
وبه قال أبو حنيفة - إلى قوله - إما لو كان المنقول عبدا صغيرا أو حيوانا مملوكا للغير،
فإنه يضمه سواء نقله إلى المضيعة والمسبعة أو إلى غيرهما، لأنه تصرف في مال الغير
بغير إذنه، فكان ضامنا. (٢)

(١) وفي التذكرة زاد بعد قوله: (بالنقل): وفيه اشكال.

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٦.

ولو استخدم الحر ضمن أجرته، ولا يضمن بدونه، وإن كان صانعا

الظاهر أنه لا فرق بين العبد والأمة، بل ولا بين الصغير والكبير العاجز عن الفرار والخلاص عن تلك المهللة، ولهذا استشكل (١) في ضمان العبد الكبير العاقل الآبق بفك قيده.

والظاهر غير الفك (٢) إذا الفرض أنه سبب، ولا ينكر قويا الضمان، ومع هذا الفرض ما نجد فرقا بينه وبين الغير وكأن الحكم بالضمان مطلقا أقوى، ما لم يكن لأحد مدخلا (٣) في تلفه، فتأمل.

قوله: ولو استخدم الحر ضمن أجرته الخ. يعني إذا استخدم حرا قهرا ضمن أجرته، ولا يضمن بدون الاستخدام، وإن حبسه ومنعه عن الشغل الذي يحصل منه الأجرة، مثل إن كان صانعا يحصل كل يوم شيئا كثيرا، لأن منافعه لم تضمن بقبضه، لأنه ليس بمال حتى يكون وضع اليد على المال بغير رضا المالك فيضمن، فما لم فتستعمل لم يضع يدا موجبا للضمان ومال ذلك وما صار سببا، وسبب الضمان منحصر في ذلك، بخلاف ما لو استعمله، فإنه أخذ منه ماله بلا عوض، فكأنه غصب منه مالا وحقا أو أتلفه فيضمن.

ولعله ليس لهم فيه خلاف وإن كان لأخذ الأجرة مع منع الصانع الذي لو لم يحبسه ويمنعه لحصل كذا وكذا وجه، وذلك لدفع المفسد ودفع الضرر العظيم، فإنه قد يموت هو وعياله من الجوع، ولا يكون عليه في ذلك مانع مع كونه ظالما وعاديا ووجود ما يدل على جواز الاعتداد بما اعتدى (٤) وجزاء سيئة سيئة (٥)

(١) المستشكل هو العلامة في التذكرة (راجع ج ٢ ص ٣٧٥).

(٢) وفي النسخة المطبوعة: والظاهر عدم الضمان، إذ الفرض أنه الخ، والصواب ما أثبتناه.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب، مدخل.

(٤) إشارة إلى قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى.

(٥) إشارة إلى قوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها.

ولو استأجره لعمل، فاعتقله، ففي ضمان الأجرة، نظر.
ولو غصب دابة أو عبدا، ضمن الأجرة، وإن لم يستعملهما.

والقصاص، ونحو ذلك، فتأمل.

قوله: ولو استأجره لعمل فاعتقله الخ. أي لو استأجر حرا إجارة لازمه لعمل خاص، فحبسه عن ذلك العمل ومنعه مدة يمكنه ذلك العمل في ذلك الزمان، أو بعضه فيه، ففي استقرار ضمان المدة الماضية، في ذمته، - بحيث يكون مكلفا بها، من غير عمل - نظر، من أن منافع الحر لم يضمن إلا بالتفويت و (١) الاستعمال، لا بالفوت، لما تقدم، من عدم دخول الحر تحت اليد والضمن، فإنه ليس بمال.

ومن وجوب الأجرة بالعقد اللازم، وكان المستأجر سببا في ضياعها بحبسه، فيستقر في ذمته، بل ينبغي وجوب الضمان مع العقد اللازم إذا بذل الأجير نفسه ولم يستعمله، وكان الاستعمال موقوفا بذلك، فإن العقد موجب للعوض، وقد بذل فيلزم الأجير العوض، كما في نفقة الزوجة والمهر، بل قالوا: لو استأجر لقلع الضرس، فبرأ - بعد أن مضى مدة يمكنه القلع، وما قلع مع بذل الأجير نفسه، وكان التأخير من جانب المستأجر - يكون ضامنا.

وهذا يقوى في النفوس، خصوصا إذا كان الزمان معيناً فيضمحل عنده الأصل (٢)، للدليل، وأن منافع الحر لا تضمن، إذ غير واضح الثبوت عمومها، بحيث يشمل محل النزاع، وادعى الاتفاق في الضمان في شرح الشرائع، فالبارة غير جيدة، فتأمل.

قوله: ولو غصب دابة الخ. وجهه يعلم مما سبق بغير منازع، فإن منافع

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، أو الاستعمال.

(٢) يعني أصالة عدم الضمان.

المملوك مضمونة على الغاصب، وإن لم يتصرف ولم يستعمل ولم يعقله ويحبسه، بل أمره بالعمل وما عمل، وما حصل، للغصب. (١)

والظاهر أنه اجماعي على العين، فيضمن، وليس المنفعة شيئاً حاصلًا بالفعل حتى يقال إنه وضع يده عليه أيضا بالبيع، فيضمنه، بل إنما يوجد بالاستعمال، فإنه لو لم يغصب، ولم يستعمل، لم يحصل شيء، وكذا العقارات وكل ماله أجرة، فتأمل.

قوله: ولا يضمن الخمر الخ. يعني إذا أخذ خمرا من مسلم لم يضمنه الآخذ مسلما كان أو كافرا، سواء أراقه أم لا، بل أخذه للخل.

ولكن يمكن حينئذ وجوب رده إلى المالك، لأنه عين مال مالكها، وكان محرما شربها، وجاز تضييعه، ولكن إذا صار خلا يرفع (٢) ما هو محرّم له، فيكون المال ماله، فيجب دفعه إلى أهله، وخروجه عن ملكه بالخميرية غير ظاهر، حتى يقال: فردها (٣) يحتاج إلى الدليل.

على أنه قد يقال: لدفع المانع والموجب (٤)، ولا يدل عليه جواز أخذه واهراقه وعدم الضمان بغصبه.

على أنه قد يمنع جواز ذلك فيما إذا اتخذه للتخليل، وإن لم يكن ضامنا، لعدم ملك يمكن عوضه، فإن الخمر لا عوض له.

على أنه قد يكلف بالمثل، خصوصا إذا كان متخذًا للتخليل، أو بالخل كما قيل. وقد يقال بأنه حرام حينئذ أخذه واهراقه بغير رضاه، فتأمل، فلا حد حينئذ

(١) قوله: (لغصب) تعليل لقوله قدس سره: فإن منافع المملوك مضمونة.
(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسختين المخطوطتين، لا يرفع والصواب ما أثبتناه.
(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، حتى يقال ردها يحتاج إلى الدليل.
(٤) يعني لدفع المانع وهو الخمرية، و (الموجب) يعني الموجب لوجوب الرد، وهو زوال الخمرية.

ولا يضمن الخمر لو غصبها من مسلم.
ويضمن بالقيمة، لو غصبها من كافر، مستتر (مستترا - خ)
وكذا الخنزير.
ولو تعاقبت الأيدي الغاصبة تخير في التضمين.

بالإثم، وفي شرح الشرائع (القواعد. - خ) والتفويت (١) أيضا حيث جعل محرما، فلا مانع من الضمان حينئذ.
وكذا الكلام في الكافر المتظاهر، فإنه بمنزلة المسلم في عدم جواز تصرفه في الخمر على هذا الوجه، كذا قالوا.
وقد يفرق بالملكية وعدمها، وإن كان مما لا يجوز لهم اظهارها وشربها علانية، فتأمل، بخلاف المستتر، فإن غصبها منه يكون حراما وضامنا أيضا له بالقيمة عند المستحلين، وإن كان مثليا، فإن دفع الخمر للمسلم إليه لا يجوز، وأنه موجب لعدم استتراره الواجب على الكفار.
ودليل الضمان أنه ماله، وقد أقر على ذلك، وأخذ منه الجزية على ذلك الثار (٢) فصار مثل سائر أمواله التي أخذها ضامن وغاصب (٣) فتأمل وأما إذا أخذه الكافر، فيمكن جواز رد المثل خفية، لعدم المانع، ومن أن الحكم بذلك موجب لعلانية، وإن من قواعد الاسلام أنه لا يجب، بل لا يجوز دفع الخمر، فتأمل، فإن التقرير مع الجزية، كأنه مجوز لا مثال ذلك.
قوله: ولو تعاقبت الأيدي الخ. لعل الحكم بضمان جميع الأيدي المتعاقبة

- (١) قال في شرح القواعد: نعم يَأْتُمُّ الغصب هنا، ويعزر.
(٢) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها، الثاني بدل البار، وفي بعض منها البار، وعلى أي تقدير لم يظهر لهذه الكلمة معنى واضح.
(٣) وفي بعض النسخ المخطوطة، مثل سائر أمواله التي أخرجها ضامنا وغاصبا فتأمل.

على الغصب - فيكون المالك مخيرا في أخذ عوض العين بعد تلفه ومنافعهما ممن أراد -
اجماعي، وسنده أدلة ضمان الغاصب من العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء سيئة
والعقاب بمثل ما عوقب. (١)
ولكن ينبغي أن يكون ذلك مع تحقق كون الكل أغاصبا بالتعريف
المتقدم، ويحكم بضمن الكل أو البعض من غير فرق، وقرار الضمان على من تلف
عنده مجملا.

ولكن فصل في التذكرة والقواعد ونحوهما الاستقرار، وهو مشكل جدا،
فتأمل، وقد مر مثله وسيجيء أيضا.

قال في التذكرة: كل يد تترتب على يد الغاصب فهي يد ضمان، حتى
يكون للمالك الخيار في المطالبة، لمن شاء منها، فإن شاء طالب الغاصب عند
التلف، وإن شاء طالب من تترتب يده على يده، ولا فرق في ذلك بين أن يكون
الثاني عالما بالغصب أو لم يعلم، في ثبوت الضمان عليه، لأنه أثبت يده على مال
الغير بغير إذنه، والجهل ليس مسقطا للضمان، ثم الثاني إن كان عالما بالغصب فهو
كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكل ما يطالب به الغاصب، فإن تلف
المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه فلو غرمه المالك لم يرجع على الغاصب
الأول بشئ، لأنه ظالم بامسك مال الغير في يده مع علمه بأنه له - إلى قوله -: وإن
جهل الثاني الغصب فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية مطلقا عند
العامة وفي صور الضمان عندنا (٢) استقر الضمان على الثاني، وإن كانت يد أمانة
كالوديعة والعارية في غير صور الضمان والإجارة والرهن والوكالة استقر الضمان

(١) إشارة إلى الآيات الثلاثة البقرة ١٩٤ الشورى ٤٠ والحج ٦٠.

(٢) وفي التذكرة زاد بعد قوله (عندنا): والمأخوذ بالسوم والشراء صحيحة وفاسدة، استقر الضمان الخ.

علي الغاصب، ومذهب أكثر الشافعية على ما قلناه، ولهم وجه آخر فيما إذا كانت يده يد أمانة، وكان جاهلا بالغصب، فإنه لا يكون ضامنا، كما أنه لا يستقر الضمان عليه، ولهم وجه آخر، إن استقرار الضمان على الجاهل مع كونه يده يد أمانة. (١) وهذا التفصيل لا بأس به، إلا أنا ما نجد دليل الضمان على الجاهل مع كون يده يد أمانة، فإن كلية - كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامنا له مع كونه جاهلا - غير ثابت (٢) وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي (٣) غير ظاهر الصحة، مع عدم التصريح، فالذي يجده العقل، هو ضد الوجه الثاني للشافعية، لو لم يكن خلاف اجماعنا، لأنه ليس بغاصب بالمعنى الصحيح الذي هو موجب للضمان، على ما تقدم، وللأصل، ولل فرد، بل هذه ليس مما نحن فيه، فإنها ليست من ترتب الأيدي الغاصبية، إذ الجاهل غير غاصب، على ما عرفت، والغاصب ظالم وعاص وآثم بالاتفاق، بل قالوا: الغصب كبيرة، فتأمل.

ثم أن الظاهر أنه لو صرف الأول الثاني على وجه لا يلزمه عوض مثل أن يهبه إياه، لم يكن عليه الضمان أيضا.

قال في التذكرة: عليه الضمان، ولكن استقراره على الغاصب، قال: أصح قولي الشافعية أن قراره عليه أيضا، وأوجب أيضا قيمة الزوجة المملوكة المغصوبة على الزوج التالفة عنده وفيه أيضا تأمل.

وقال أيضا هذا فيما إذا تلف، وأما إذا أتلّف فقرار الضمان على المتلف.

هذا أيضا على عمومه ليس بجيد، إذ لو كان المتلف جاهلا معذورا مثل أن وهبه إياه فأتلّفه بالأكل، أو قدم طعاما إليه فأكله ونحو ذلك، فإنه لا ينبغي الضمان،

(١) التذكرة ج ٢ ص ٣٧٧.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، ثابتة.

(٣) تقدم مأخذه مرارا.

فكيف استقراره، ولهذا قال: المتهم المسبب لا يستقر الضمان عليه.
وقال أيضا - في هذه المسألة بعد تحرير الرجوع: فإن رجع المالك على
الآكل، فهل يرجع الآكل عن الغاصب؟ ينظر، إن كان عالما أنه مغضوب بقول
الغاصب أو بغير قوله، لم يرجع إلى الغاصب - إلى قوله - وإن كان جاهلا غير عالم
بالغصب، فإن كان الغاصب قال له: كل، فإنه ملكي أو طعامي استقر الضمان
عليه الخ.

فعبارة التذكرة غير جيدة، نعم عبارة القواعد جيدة، حيث قال: ومهما
تلف الآخذ فقرار الضمان عليه، إلا مع الغرور - إلى قوله - ولو كان الغرور للمالك
فالضمان على الغار الخ.

وقد بالغ في شرح القواعد في ضمان واضح اليد، وقال هو ضامن، سواء
علم بالغصب أو لا، وسواء كانت أيديهم يد غاصب للغاصب أو لا، وسواء
استعاده الغاصب غصبا أو لا، لصدق الاستيلاء بغير حق، ولعموم قوله عليه السلام:
على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١)، والجهالة لا تقدرح في الضمان، وإن انتفى معها
الإثم، لامتناع خطاب التكليف في حق الجاهل، بخلاف خطاب الوضع.
والظاهر أن للمالك مطالبة من ترتبت يده على يد الغاصب، مع عدم
التلف بتسليم العين أو البدل، للحيلولة.

ولا يخفى عليك أنه ما ثبت صدق الاستيلاء بغير حق على جميع ما ذكره،
مثل الجاهل، وأنه تعريف للغصب الموجب للضمان مطلقا، فهنا ليس تعاقب
الأيدي الغاصبة، فصحت عبارة الكتاب، إذ ذلك الفرد خارج، فتأمل. وعلى
تقدير صدقه، ما ثبت كلية الكبرى إلا بمثل قوله عليه السلام: على اليد فإذا هما

(١) تقدم مأخذه مرارا.

(المطلب الثاني في الأحكام)
يجب رد العين وإن تعسر، إلا مع التلف، بالنوع.

دليل واحد.

وقد عرفت أيضا عدم ظهور صحته وتواتره وصراحته أيضا، وعلى فرض صدق أنه غاصب، ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب بالكلية، والحال أنهم لا يقولون به وأيضا لزم أن يكون المكروه كذلك، للخبر المذكور، إلا أن يقال أخرجه الاجماع ونحوه، ولكن يعلم أن كون (يكون - خ) مجرد وضع اليد بغير حق موجب للضمان، ليس ببديهي، فيحتاج إلى دليل، والأصل براءة الذمة، والجهل عذر واضح والغرور عذر واضح وإن لم يكن مما (ما - خ) ينافي الضمان، بل مجتمع (يجتمع - خ) معه، لكن بدليل قوي، فتأمل.

ويؤيد عدم الضمان ما نقل في شرح القواعد عن الدروس، أنه قال: إن الجاهل بغصبية البيت إذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة، فإنه ظاهر، بل نص في أن الواضع يده جاهلا ليس بضامن للموضوع يده عليه، نعم ضامن للمنفعة المستوفاة، بل فيه أيضا تأمل فإنه مغرور فيجب الرجوع على الغاصب فقط، فتأمل.

قوله: يجب رد العين الخ. دليل وجوب رد العين المغصوبة، بل جميع الأموال التي في يد الانسان بغير استحقاق، لحبسه مثل الرهن، فوريا، هو العقل والنقل، كتابا وسنة (١) واجماعا، وهو ظاهر، وإن كان في الرد على صاحب اليد ضرر وتعسر، بأن يبنى عليه البنيان أو عالج به السفينة بغير إذن المالك، إلا أنه إذا

(١) أما الكتاب فهو قوله تعالى: فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أوتمن أمانته الآية البقرة ٢٨٣ وأما السنة فراجع الوسائل.

أو يخاط بالمغصوب جرح ذي حرمة فيضمن القيمة.
ولا يضمن تفاوت السوق مع الرد، وإن تعيب، ضمن الأرش.

كان القلع والرد سببا لهلاك النفس وتلفها، فظاهر عدم وجوب الرد، بل عدم جوازه حينئذ، فإن حفظ النفس أوجب ومقدم على رد المال.
وكأنه لا خلاف فيه، كما يجد العقل، مثل إن كان خيوطا خاط بها الثوب، بحيث لا يمكن قلعه، بحيث ينفع، لأنه ينقطع، وحينئذ لا يجب القلع بل يمكن أن لا يجوز، ويتعين القيمة، فكأنه بمنزلة التلف، فلزمه القيمة فقط.
وحينئذ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد الغسل وقبل المسح، فتأمل، والاجتناب أولى.
وكذا إذا خيط بها جرح حيوان محترم، أي الذي لا يجوز قتله واتلافه، مثل الانسان والفرس العتيق الذي لمسلم أو معاهد، بحيث خيف على فوت النفس بالقلع، أو نقص العوض أو الألم الذي لا يتحمل مثله، على الاحتمال، بخلاف ما يجوز اتلافه، مثل الحيوان الذي قد عين للذبح والأكل مثل غنم مسمن، وحينئذ ينزع ويرد إلى مالكه، وإن نقص بالقلع ضمن (يضمن - خ) نقصه، كما يضمن قيمة الكل في صورة عدم جواز القلع إما للتلف أو خوف تلف النفس بالقلع من جرح الحيوان المحترم، ونحو ذلك، وهو ظاهر، لأنه يجب الرد سليما تاما، فإذا تعذر يجب العوض، وذلك واضح.
وإذا صار معيبا في يده أو بالقلع، للرد، فهو ضامن لذلك النقص، فيرده مع أرشه.
ولا يضمن القيمة السوقية، فإنه ما أتلف شيئا، ولا تلف في يده عين إلا جزء لا كله (١) ولا بعضه ولا منفعة تفوته، ولا ضمان إلا بفوت شيء. (١)

(١) في بعض النسخ المخطوطة: ولا تلف في يده عين الاجزاء، لا كله الخ.

وإن كان غير مستقر تجدد ضمان المتجدد.
وإن تلف ضمن بالمثل في المثلي.

وإن كان العيب يتجدد يوما فيوما مثل نتن الحنطة، فيتجدد ضمانه أيضا كذلك، ففي اليوم الأول إن كان أرشه درهما لعيبه ثم زاد العيب بحيث صار الأرش نصف درهم آخر، يضمن الدرهم، ثم نصف درهم آخر، وهكذا إلى أن تلف، فيضمن التالف بقيمته.

قوله: وإن تلف ضمن بالمثل الخ. اعلم أن المثلي موجود في كتب الفقهاء رحمهم الله، وبنوا عليه أحكاما كثيرة في (من - خ) القرآن أيضا، مثل المثل في الاعتداء والسيئة (١) وقد عرفوا بتعريفات كثيرة، قل أن يسلم تعريف منها، بل ما سلم تعريف، لا من تعاريف العامة ولا الخاصة، مثل ما نقل عن الشيخ في التذكرة وشرح القواعد، وهو ما يتساوى قيمة أجزائه كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان، وما أشبه ذلك، وغير المثلي ما لا يتساوى أجزائه كالحيوان والأراضي والأشجار وغير ذلك.

وقال في شرح القواعد والشرائع: نقص بالثوب فإن قيمة أجزائه متساوية وليس بمثلي ويمكن أن يقال: الثوب ليس بمتساوي الأجزاء، فإن ذرعا (ذراعا - خ) منه قد يسوى عثمانيا والآخر شاهيات، ومثله الأرض.

بل الذي يشكل به، أنه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف إذ ما من شيء إلا وأجزائه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير، وجميع ما قيل إنه مثلي، فإن حنطة طغارها (٢) يساوي عشرين

(١) إشارة إلى قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم، البقرة ١٩٤، وقوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها، الشورى ٤٠.

(٢) الطغار المستعمل الآن في لسان العراقيين هو عشرون وزنه عراقية، وهي تساوي ألفان ومائة وخمسون كيلو عراقية ومائة وخمسة وعشرون درهما وهي خمس الكيلو تماما ٢١٥٠ و ١٢٥ درهما (راجع كتاب الأوزان والمقادير ص ٨١ تأليف الشيخ إبراهيم سلمان باختصار).

والآخر عشر شاهيات، وبالجملة التفاوت معلوم.
وإن أريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي أيضا موجود، مثل الأرض
ونحوها

وإن أريد مقدارا خاصا فهو حوالة إلى المجهول.
وقال (١) أيضا: ربما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير والقليل منه
واحدا كالماء والدبس والدهن، ونقض بالأرض.
ويمكن أن يقال بالثوب أيضا، على أن هذا الأمر الذي هو مبنى أحكام
كثيرة، لا بد لأخذه من مأخذ يكون حجة، من كتاب وسنة واجماع وعقل، وليس بظاهر.
ولا يندفع الايراد بما قال في شرح القواعد: والظاهر أن المراد من هذا ضبط
المثلي بحيث يتميز فصل مميز، لا التعريف الحقيقي، أو يكون قوله كالحنطة والشعير
وغيرهما من الحبوب والأدهان داخلا في التعريف فيكون انكشافه بهذه الأمثلة. (٢)
ويمكن أن يقال: إن هذا لا ينفع إذا الغرض من فصل التمييز معرفة المثلي ليحكم
عليه بالحكم المخصوص به، فإن حصل التمييز التام بحيث امتاز عما عداه، فيحصل
المطلوب، ويصلح للتعريف لدفع النقوض، وإلا فما حصل المطلوب، وبقي مجهولا
غير متميز، وإن ميز في الجملة، وذلك غير كاف هنا.
وأیضا أن أخذ الحنطة إلى آخرها في التعريف لا ينفع، لأنه إن اقتصر على
ذلك المذكور فقط، كما هو ظاهر كلامه ل (من) البيانية (٣) ففيه أنه غير جامع،

(١) يعني في شرح القواعد، ج ١ ص ٣٦٨.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد، ج ١ ص ٣٦١ من الطبع الحجري.

(٣) فيما نقله عن الشيخ وشرح القواعد في تعريف المثلي من قوله (من الحبوب والأدهان الخ).

لخروج كثير من المعرف مثل الأدهان والألبان والدبس والماء وغيره. على أنه ما كان في عبارة التعريف منحصرًا، بل قال: (وما أشبه ذلك). وإن أراد أشباههما كما كان، فما حصل التمييز التام كذا ولا الأشباه، إذ يمكن أن يقال الثوب من ذلك، والأرض كذلك إذ (و- خ) ليس الألبان منه والدبس والماء كذلك كذا (١) وإن لم يرد الحصر في ذلك. وإن أراد أن الغرض الانكشاف لا التعريف الجامع والمانع، - وبدخول الأمثلة يحصل أكثر -، فهو صحيح، ولكنه خلاف الظاهر، مع أنه يرد عليه ما تقدم على قوله: إن المراد ضبطه (٢). بل هو بعينه، فتأمل. ونقل أيضا عن فقهاء العامة، أنه (٣) كل مقدر بكيل أو وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلما، لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة والضمان يشبهه، لأنه يثبت في الذمة وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين في قضية التماثل - قال - : واعترض على العبارات (الأخيرة الثلاثة - خ) بأن القماقم والملاعق والمغارف (٤) المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم فيها وبيع بعضه (بعضها - خ) ببعض، وليس مثلية. (٥) ويمكن أن يقال: الزيادة غير ظاهرة، خصوصا الأخيرة، فإن معناها أيضا غير واضح. وأنه يشكل بالغزل والصوف والوبر والشعر والقطن ونحوها، فإنها غير مثلية، مع صدق التعريف، إلا أن يليه النفي أو الاثبات (٦)، وهو بعيد.

(١) هكذا في جميع النسخ.

(٢) أي المثلي.

(٣) أي المثلي.

(٤) المغارف، المعرفة بكسر الميم ما يغرف به الطعام والجمع مغارف (مجمع البحرين لغة غرف).

(٥) انتهى كلام شارح القواعد، ج ١ ص ٣٦٨.

(٦) المراد من النفي عدم جواز بيعه سلما أو عدم جواز بيع بعضه ببعض والاثبات طرف مقابله.

وأيضاً إن المكييل والموزون (الكيل والوزن - خ) ليس له ضبط، فإنه قد يختلف، حينئذ لكل بلد حكم نفسه على ما قيل، غير ما تحقق في حالة زمانه صلى الله عليه وآله، فيلزم كون شئ واحد مثلياً في بلد وقيماً في أخرى، وهو بعيد، فيكون البطيخ مثلياً، وكذا الجوز والبيض في بلد، إلا أن يقال: لا يجوز السلم فيها، ولا بيع بعضها ببعض، وحينئذ يشكل التعريف الأول بدون الزيادة، فتكون فائدتها، فتأمل.

وقال في الشرح، وهو المتحد في الحقيقة النوعية، ظاهر صدقة على ما تقدم من الأرض والثوب (الصفوف - خ) ونحوهما، مع اشكال تحقق الاتفاق في الحقيقة النوعية.

وفي الدروس قال: إن المثلي هو المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصفات وقال في شرح القواعد: وهذا لا يكاد يخرج الثوب. ويمكن أن يقال: بل الأرض وبعض ما تقدم مع زيادة ابهام التساوي، فإنه غير معلوم في أي شئ، وكذا تقارب الصفات، وبالجملة تحقيقه مشكل جداً، وهو مبنى أحكام كثيرة.

والذي يقتضيه القواعد أنه لفظ بنى عليه أحكام بالاجماع، وكأنه وبالكتاب (١) أيضاً، مثل ما تقدم، والسنة أيضاً، وليس له تفسير في الشرع، بل ما ذكر اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يحال إلى العرف، إذ الظاهر أنه ليس بعينه مراداً فإن المثل هو المتشابه والمساواة في الجملة، وهو موجود بين كل شئ، كما صرح في مسألة (لا يستوي) (٢) وقالوا: المراد المساواة بحسب

(١) نحو قوله تعالى: " فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى ". البقرة ١٩٤. " وجزاء سيئة سيئة مثلها ". الشورى ٤٠.
(٢) أي ما لا يتساوى.

التعارف لا من كل وجه، ولا من جميع الوجوه، فإن الأول موجود، والثاني موقوف للاتحاد، فكل شيء يكون له مثل في العرف، ويقال له إن هذا له مثل عرفاً، فيؤخذ ذلك.

فإن تعذر المثل، أي لم يمكن أصلاً فالقيمة للتعذر.

ويؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثلياً مثل الحنطة لا يؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ما تلف عرفاً، وقيمة مثل سن الجمل بمثله من الجمل والأعلى بمثله لا بآخر، وكذا في غيره، فيمكن إن أراد ذلك مع المساواة في القيمة، فإذا كان ثوباً (١) مثل ثوب آخر في اللون والقماش وبقيمته يكون ذلك المثل، وكذا الفرس العتيق خاص يكون تحته خاص، وقيمه متعينة يكون مثلها بمثلها، وهكذا. وعليه يحمل ما في الكتاب والسنة والاجماع.

وكأنه إلى هذا أشار ما نقل في الشرح: أطبق الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل، إلا ما يظهر من كلام ابن الجنيد، فإنه قال: إن تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله، إن رضي صاحبه.

لعله يريد القيمي، فإن في ضمانه بالمثل خلافاً، وظاهر مذهب الشيخ المحقق نجم الدين في بعض المواضع ضمانه بالمثل، والمشهور خلافه. ويمكن أن يكون قول ابن الجنيد إشارة إلى أن تحقيق المثل لا يمكن، وحينئذ ما يلزمه إلا القيمة، ولكن إن رضي الغريمان يجوز أخذ المثل، والاكتفاء به الله يعلم ثم اعلم أنه ادعى الشيخ علي في شرح القواعد في وجوب المثل في المثلي وظاهر كلام ابن الجنيد في لزومه، (٢) فإنه يقول بجواز رد القيمة، فإنه خير.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب ثوب بالضم.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب في عدم لزومه.

ومع التعذر، القيمة وقت الدفع.
وفي غيره بالقيمة، عند التلف، على رأي، والأعلى من حين
الغصب إلى التلف ما على رأي.

وقال الشيخ علي في موضع في شرح قوله في بيان المثل أو أعلى القيمة: إن
خلاف ابن الحنيد مضمحل وعلى ما حمل عليه كلامه في شرح الكتاب ما يصير له
خلافاً فيه، بل في القيمي فقط، كالمحقق، وإنما حمل عليه لأن الخلاف هنا محقق
دونه، والعبارة صالحة فالحمل عليه أولى.
قوله: ومع التعذر القيمة وقت الدفع الخ. أي لو تعذر المثل في المثلي.
قال في شرح القواعد: المراد بالتعذر أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه،
وكذا في التذكرة: ولم يحد ما حواليه.
والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف، إذا الظاهر أن مرجع التعذر هو
العرف، لما مر من أن ما ليس له حقيقة شرعية - ولم يكن المراد الحقيقة اللغوية -،
فالمراد العرفية.

ويمكن تكليف الغاصب به مهما أمكن، خصوصاً إن كان المثل موجوداً في
بعض البلاد القريب إلى ذلك الموضع، وتكون الأغراض الكثيرة متعلقة بالعين
فتأمل، وأما دليل المثل فنقل الاجماع على ذلك في شرح القواعد، والآية أيضاً. (١)
وأما القيمة فللتعدي، والضرر المنفي، والتكليف بما لا يطاق غير جائز،
واسقاط الحق غير معقول، والتأخير أيضاً ضرر، فتعين القيمة في الحال، جمعاً بين
الحقين وخروجاً عن الحقوق مهما أمكن.
وأما القيمة وقت الدفع، فلأن قبله الواجب، المثل ولهذا لو وجد قبل الدفع
فهو يتعين للدفع فإذا إنما تستقر القيمة وقت الدفع، وقيله أيضاً مراعى إلى بعد الدفع.

(١) يعني قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى " البقرة ١٩٤.

وأما القيمة في القيمي ففيه آراء الأول وقت التلف، لأنه وقت الضمان، لأنه حين التلف كان مكلفا برد العين، فيتعين عليه حينئذ القيمة، فهو من (ومن - خ) هذا الوقت مكلف بدفع تلك القيمة إلى أن يدفع، فلو نقص بعده لا يوجب سقوط ما وجب، واستقر في ذمته بالتلف الموجب لذلك، للاستصحاب، وكذا إن زاد، لما مر.

ولما تقرر عندهم إن القيمة السوقية لا تضمن في الغصب أيضا، والفرض أن الزيادة للسوق، فإنه لو كان لفوت عوض ونقص وعيب - ولو كان للسمن والهزال الذي يحصل عنده - فإنه مضمون، فلا نزاع على ما صرح به في الشرح وغيره، فبعد نقل الاتفاق على عدم الضمان بقيمته السوقية يبعد الخلاف هنا، والقول بأعلى القيم من غير زيادة بوجه تقدم، بل مجرد السوق.

ومن هذا علم قوة هذا الرأي وضعف الثاني، خصوصا أعلى القيمة من حين قوله: الغصب إلى حين التلف لأن الغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال، وهو دليل الرأي الثاني وفيه منع، إذ لا دليل عليه، وليس ببديهي، وهو قرينة المدعي وأخذ (فأخذ - خ) الغاصب بالأشق الذي يكون مأذونا فيه، فإنه لا يمكن أخذ الزائد ولا قبله لأنه غاصب، بل ولا زجره والقول الموزني (١) بعد رجوعه وتوبته. والثالث قيمة يوم القبض، فإنه ضامن حين قبض، فإذا تعذر العين تعين تلك القيمة وفيه.

أيضا منع، لأنه إن عني بضمانه ضمان قيمة إن تلف فهو مسلم، ولكن لا دلالة له على اعتبار تلك القيمة قبل التلف وقبل وجود الدفع، بل حين وجود العين أيضا، وإن أريد ضمان قيمته حينئذ مع وجود العين والقدرة على دفعه فهو

(١) عطف على قوله: زجره والمعنى أنه لا يجوز زجره ولا القول الموزني بعد رجوعه عن الغصب وتوبته.

ويضمن الأصل والصنعة، وإن كان ربويا، ولو كانت محرمة لم يضمنها.

ممنوع، ولا يقول به أحد والأظهر هو الأول فتأمل.
قوله: ويضمن الأصل والصفة الخ. يعني الغاصب بل الضامن مطلقا
يضمن أصل العين المتلفة والصنعة التي هي هيئته، وإن كان ذلك الأصل ربويا،
مثل الخاتم المصنوع لو أتلفه شخص، فإنه يضمن عينه على مقدار ما فيه من الذهب
والفضة بهما، فإنهما مثليان، وصنعتة أيضا، أي أجرة مثل تلك الصفة، ولا يحصل
هنا الربا، لأن الصنعة لها قيمة، فالزيادة في مقابلة تلك الصنعة.
وقال في القواعد بعدم ضمان الصنعة، وفيه تأمل، ويحتمل أن يكون بناء
على مذهبه من عدم الربا إلا في البيع، كما هو رأيه، فيلزم على القول بعموم الربا
عدم جواز الزيادة مع المثل، فيكون هنا حيفا على المالك، فإنه يفوت عنه ماله قيمة،
وليس له أخذه، فيمكن الانتقال إلى القيمة، لأن المثل هو مع الزيادة، وغير ممكن
الأخذ شرعا مثل التعذر والفقدان، فتأمل.
وقال: لا يضمن الصنعة، كأنه بناء على دخول الربا فيه، فيكون رجوعا،
ويحتمل غيره.

واستشكل في القواعد ضمان الزيادة، ينشأ من مساواة الغاصب لغيره،
فكما لا يضمن الغير لا يضمن الغاصب أيضا ومن الفرق، وأنه مأخوذ بالأشق.
وجه الأول واضح على تقدير القول بتحريم اتخاذها إلا الاستعمال
(لا لاستعمال - خ)، ثم أخذ المثل، فتأمل.
هذا إن كانت تلك الصنعة (محللة - خ).

وأما إذا كانت محرمة كأواني الذهب والفضة وآلات اللهو وغيرها، فإنه
لا يضمن الصنعة حينئذ، وهو ظاهر، بل لو أتلف العين يضمنها فقط.
وإن كسرها لا يضمن شيئا في الكل، على القول بتحريم الاستعمال فيهما

وفي أعضاء الدابة الأرش (بالأرش - خ) على رأي.

مطلقا، وأما مع تخصيص الاستعمال فلا. (١)
قوله: وفي أعضاء الدابة الأرش على رأي. يعني إذا أتلّف عضوا من
أعضاء الدابة، يلزمه الأرش مطلقا، أي عضو كان، فيقوم صحيحا مع ذلك العضو
وبدونه، فيؤخذ الحيوان مع أرشه، لأنه مال له أرش كسائر الأموال، ولأن العضو له
قيمة مضمونه يقينا وفرضا، فلا بد له من عوض، وما ثبت له في الشرع عوض معين،
فيكون قيمته، السوقية، وهو الأرش.

ونقل عن الشيخ في الخلاف إن كل عضو في الحيوان إن كان اثنان ففي
كل واحد نصف ديته وما فيه الواحد ففيه كل الدية، كما في الآدمي، محتجا
بالاجماع والرواية. (٢)

وذلك غير ظاهر، فإن الخلاف ظاهر، نجد أكثر المتأخرين على خلافه،
والرواية غير معلومة، وهما (٣) يوجدان في الأدنى وحمل الحيوان عليه قياس لا يمكن
القول به.

نعم ورد في بعض الروايات في التهذيب وفي الكافي، بربع من القيمة في
إحدى عيني الدابة، وروى في التهذيب - صريحا - عن عمر بن أذينة، قال: كتبت إلى
أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام
في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت، ربع ثمنها، فقال عليه السلام: صدق الحسن،
قد قال علي عليه السلام ذلك. (٤)

وصحيحا عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس - الثقة - عن أبي جعفر

-
- (١) يعني لو خصصنا التحريم بالاستعمال فليس كذلك، يعني هو ضامن.
(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب ديات الأعضاء الرواية ١ (ج ١٩ ص ٢١٣).
(٣) أي الاجماع والرواية.
(٤) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء الرواية ٢ ج ١٩ ص ٢٧١.

عليه السلام، قال: قضى علي عليه السلام، في عين فرس فقئت، ربع ثمنها، يوم فقئت العين. (١)

وهذه في الكافي أيضا، ولكن حسنة، لإبراهيم بن هاشم (٢) وهي صحيحة في زيادات حدود الفقيه، لأن طريقه إليه صحيح (٣)، والذي طريقه إليه صح، ثقة، على ما بيناه، ويفهم ذلك من كتاب ابن داود النجاشي.

ولا يتوهم كون محمد بن قيس مشتركا، فإنه الثقة، على ما بيناه مرارا ومثلها عدة أخبار فيها عن مسمع وأبي العباس.

ولا يخفى أنه لا يمكن جعلها دليلا للشيخ، لعدم موافقتها لقوله، وليس بمعلوم القائل بها، ولو علم لا بأس بالقول بمضمونها، للصحة وعدم التعدي.

ونقل في شرح الشرائع عن المصنف في المختلف أنه حملها على غير الغاصب في إحدى العينين، بشرط نقص القدر عن الأرش، وكذا حمل الاجماع عليه وقال: هذا الحمل حسن، لو صحت الرواية.

وما نعرف موجب هذا الحمل ولا حسنه، خصوصا الاجماع، فإنه كيف يمكن حمل نقل الاجماع على أن كل اثنين في الحيوان يجب نصف القيمة بكل واحد، وفي الفرد كلها على ما ذكره.

ولعل شارح الشرائع لا يقول بصحته لما مر بالروايات منه مرارا، وحققه في

-
- (١) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء الرواية ٣ وفي الكافي يوم فقئت عينها.
- (٢) سندها - كما في الكافي - هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس.
- (٣) طريق الصدوق إليه، كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن محمد بن قيس فقد رويته عن أبي رحمه الله، عن سعد بن عبد الله، عن إبراهيم بن هاشم عن عبد الرحمن، بن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس.

وبهيمة القاضي كغيرها.
ولو تلف العبد أو الأمة، ضمن قيمتهما، وإن تجاوزت الدية،
على رأي.
ولو قتله أجنبي ضمن دية الحر، مع التجاوز، والزائد على
الغاصب.

الدراية، من اشترك محمد بن قيس، وقد عرفت ما فيه، على أنه لم يجئ ذلك في
صحيحة عمر بن أذينة.

فقوله: (لو صحت)، محل التأمل، كأنه ما نظر إلا في الكافي كالشارح،
فإنه قال: روى الكليني بإسناده إلى عاصم بن حميد الخ، وقال الشارح: ما أجد
سوى ما رواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد الخ، ولم يذكر التهذيب، ولا رواية
عمر بن أذينة، بل ذكرنا رواية محمد بن قيس إلى العباس، وزاد في الشرح رواية
مسمع (١)، فتأمل، فكأنهما ما نظرا سوى الكليني.
وأعلم أن ظاهر المختلف أنه حمل الرواية التي ادعاها، على النصف، لا هذه
الرواية، كما يظهر من شرح الشرائع، وإن الحمل غير ظاهر الحسن، ويمكن كون
حملها وحمل ما دل على الربع على كون الأرش ذلك، كما حمل ما دل على تعيين
القيمة، عليه.

قوله: وبهيمة القاضي كغيرها وهو ظاهر. كأنه أشار إلى رد بعض
العامة الذي قال بالفرق.

قوله: ولو تلف العبد والأمة ضمن الخ. يعني لو تلف العبد المغصوب
وكذا الأمة تحت يد الغاصب ضمن الغاصب قيمتهما، وإن تجاوز دية الحر، على رأي

(١) راجع الوسائل الباب ٤٧ من أبواب دية الأعضاء.

ولو مثل به لم يعتق (ينعتق - خ)، على رأي.

المصنف، لأن المملوك مال مغصوب مضمون متلف فيجب قيمته بالغ ما بلغت كسائر الأموال، خرج غير المغصوب بالاتفاق، بقي هو تحت العموم. ونقل عن المبسوط والخلاف قولاً بالمساواة، للأصل، ولغلبة الانسانية فيه، فيكون في حكم الانسان، فلا يتجاوز دية الحر. وفيه منع، لأن الدليل أبطل الأصل، وكونه انساناً لا يقتضي التوقف عند دية الحر، وإلا كان يجب الدية دائماً. وبالجملة الدليل يقتضي اعتبار القيمة في جميع المقومات أي شيء كان خرج ما خرج، وبقي الباقي. وكأنه لبعده هذا القول نقل عن المصنف في الشرح، أنه أراد الشيخ التسوية على (١) ضمان الأجنبي إذا جنى على المغصوب لا أنه (٢) جنى عليه الغاصب أو تلف عنده، فإنه لو جنى عليه أجنبي يجب على الجان القيمة ما لم يتجاوز دية الحر، ومع التجاوز يضمن الزيادة الغاصب، لا الجاني، فتأمل. قوله: ولو مثل به لم ينعتق الخ. يعني لو مثل الغاصب أو غيره بالعبد المغصوب لم ينعتق بسبب بالمثل، لأن الأصل بقاء الملك على ملك صاحبه حتى يعلم الخروج بالعتق بالدليل، ولا دليل هنا، لأن الاتفاق وقع في مثله المالك، وغيره قياس مع الفارق، إذ قد يكون السبب عقوبة المالك لا جبر كسر العبد مطلقاً، أو لهما. ولرواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام، فيمن نكل بمملوكه، أنه حر، لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولى من

(١) هكذا في النسخ، ولعل الصواب في ضمان الأجنبي.
(٢) في النسختين المخطوطتين لأنه جنى الخ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

ومقدر الحر مقدر فيه، وإلا الحكومة.

(إلى - خ) أحب، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه. (١)
وفيهما عبد الحميد المشترك وأبي بصير (٢)، ولا يبعد كونهما ثقة.
وكأن الشيخ استدل على قوله بالعتق بالمثلة مطلقاً، بالقياس المتقدم.
وبرواية جعفر بن محبوب - في التهذيب والكافي -، عن ذكره، عن أبي
عبد الله عليه السلام، قال: كل عبد مثل به فهو حر. (٣)
ويمكن إن جزاء الأولى (٤) أيضاً، قوله: نكل، بضم الأول مبنياً للمفعول.
وقد عرفت بطلان القياس، ويعلم عدم صحة سند هذه لجهل جعفر بن محبوب،
والإرسال، وإن الظاهر في الأول البناء للفاعل، وأنه يمكن هنا أيضاً جزاء مثل بناء
للفاعل، ويكون الضمير للمولى المذكور يعني لذلك العبد، فيكون التقدير، كل عبد
مثله مولاه فهو حر، فيوافق الاتفاق (٥) والأولى.
وبالجملة لا يمكن الحكم بعتق مال الناس وخروجه عن ملكه المحقق
باليقين بمثل هذا الدليل والشيخ أعرف.
قوله: ومقدر الحر مقدر فيه الخ. أي كل عضو من العبد إذا تلف عند
الغاصب، وإن كان له مقدر في الحر فاللازم ذلك المقدر، فلو كان إحدى عينيه أو
أحد عضو يكون فيه اثنان فأرشه نصف قيمته، وإن كان واحداً مثل الذكر فأرشه
كل قيمته، وهو المراد بالحكومة، بعني بضمن صحيحاً (صحيح - خ) ثم يقوم

(١) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية ٢.

(٢) سندها - كما في التهذيب - هكذا محمد بن أحمد بن يحيى، عن عبد هشام بن سالم، عن
أبي بصير.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية ١.

(٤) الأنسب أن يقول: شرط جزاء الأولى قوله الخ.

(٤) الأنسب أن يقول: شرط جزاء الأولى قوله الخ.

(٥) الواو في قوله (والأولى) بمعنى مع.

ولو استغرقت (استوعبت - خ) القيمة، قال الشيخ: دفع، وأخذها، أو أمسك، وفيه نظر.

(معدوم - خ) العضو، فيؤخذ التفاوت بين الثمنين. جهة أنه عضو له قيمة من مال له قيمة، فتلف بالضمان، فيكون مضموما، وليس بمثلي، ولا قيمة له على حدة، فيكون الأرش، وفي الأولى لما كان له مقدر.

وكأنه لا خلاف فيه عندهم هنا، ولا في أن العبد فرع للحر، فيما له مقدر وبالعكس فيما لا مقدر له، كما صرح في كتاب الديات. قوله: ولو استوعبت القيمة الخ. يعني إذا تلف من العبد المغصوب عنده ما يستغرق قيمته بالكلية، مثل إن قطع ذكره، فمذهب الشيخ (١) أنه لا يمسكه إلا أن يكون رضى (برضى - خ) المالك، بأن يكون العبد للضامن وأخذ قيمته أو يأخذه ولا يأخذ شيئا، إذ لا يلزم على المتلف أكثر قيمة المضمون (٢)، ولا يجمع بين العوض والمعوض، ولأنه إذا جنى عليه أحد غير مغصوب بما فيه أيضا يدفع ويؤخذ القيمة أو يأخذ مجانا، والموجب هو عذر جمع العين للمالك موجود صار ما يوجب (بموجب - خ) ذلك. (٣)

وقال المصنف: وفيه نظر، وجهه عدم ظهور المنافاة، فإن العبد، مضمون،

(١) قال في الشرائع: أما لو استغرقت قيمه قال الشيخ كان المالك مخيرا بين تسليمه وأخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له تسوية بين الغصب في الجناية وغيره. وفي المسالك هذا قول الشيخ في الميسوط، ووجهه أن المقتضي إلى الجاني إذا أخذت منه قيمته المتحرر من الجمع للمالك بين العوض والمعوض، وهذا المعنى موجد في لغاصب فيستويان في هذا الحكم، لا اشتراكهما في المقتضى - إلى أن قال - ومن أن المدفوع عوض عن الفأث فلا جمع وحمل الغاصب على الجاني

قياس، ج ٢ ص ٢٦١.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، أكثر من قيمة المضمون.

(٣) هكذا في جميع النسخ، وهذه العبارة مجملة جدا ولعل توضيحه يفهم من عبارة المالك.

ولو زادت قيمته بالخصي، أو قطع الإصبع الزائد، ضمن المقطوع.

وكذلك كل عضو عضو منه، فكلمات منه يلزم قيمته، وقد يلزم قيمة كثيرة، كما قطع أحد تحت يد المالك إحدى يديه، وآخر في وقت آخر ذكره، وغير ذلك، فإنه يأخذ المالك كلها.

وبالجملية المال مضمون مع ما يرد عليه، ولا دليل على عدم الاجتماع، وما اجتمع العوض والمعوض، لأن العوض وقيمة العضو والمعوض ذلك العضو، لا العبد، ولا استبعاد بأنه لو قتله ما كان عليه إلا قيمة واحدة، مع تلفه عن المال لو عدم وصوله إليه، فكيف يأخذ مع بقاءه قيمته بالتمام أو أكثر مع نفسه، فالظاهر لزوم العوض مع دفن العين، كما هو مقتضى الدليل، لأن العين مال المالك وخروجه لا دليل عليه، وقيمه لازمة على الضامن لزمانه، وكونه مثل القيمة، وبقاء العبد ليس بمسقط لا عقلا ولا نقلا، ووجود النقل (١) في الجاني لا يقتضي كون الغاصب كذلك، فإن له أحكاما، فيحتمل اختصاص هذا الحكم بما إذا أتلّف (تلف - خ) عند الغاصب بجنايته أو بأفة لا بجناية جان، فيكون حينئذ حكمه حكم سائر الجنایات.

فيحتمل أن يأخذ الجاني من الغاصب قيمة العين المتلف عضوه، ويدفع قيمة العبد إلى المالك، ويدفع إلى المالك للغصب، ويحتمل دفعه إلى الجاني كما في سائر الجنایات.

ويمكن أن يكون حكم الجنایة في غير المغصوب مطلقا، سواء كان المتلف بجناية جان أم لا، فتأمل.

قوله: ولو زادت قيمته بالخصاء (الخصي - خ) الخ. يعني لو زادت

(١) إشارة إلى رواية أبي مریم.

ولا يملك الغصب بتغيير الصفة، ولا بصيرورة الحب زرعاً،
والبيض فرخاً.

قيمة العبد المغصوب بنقص العضو مثل الخصي، أو (و - خ) قطع الإصبع الزائد،
ضمن المقطوع بما تقرر في الشرع، لأنه قال مضمون، فيلزم عوض ما قطع منه، إن
كان مما له قيمة، فيدفع معه إلى المالك مهما كان.
ونقل عن (في - خ) التذكرة أنه كان فيه تمام القيمة يعتق العبد ويدفعها
إلى المالك لا غير.

قوله: ولا يملك الغاصب بتغيير (يتغير - خ) الصفة الخ. قال في
التذكرة: لا يملك الغاصب العين المضمونة بتغيير صفتها، فلو غصب حنطة فطحنها،
أو شاة فذبحها، أو حديداً فصنعه سكيناً أو آنية أو آلة أو ثوباً فقطعه أو قصره، أو
طيناً فضربه لبناً، فإن حق المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان، ولا يملك الغاصب
العين بشيء من هذه التصرفات، بل يردّها مع أرش النقص إن نقصت القيمة عند
علمائنا وبه قال الشافعي الخ.

وسنده أن الأصل عدم خروج الملك عن ملك صاحبه، وبقائه عليه حتى
يعلم خلافه، والغصب والتصرف لم يثبت كونهما موجباً لذلك، بل موجب
للضمان، ويعد من الشرع الشريف القوي تجويز إخراج مال المالك منه بهما، فإنه
ضرر وقبيح عقلاً ونقلاً.

وهذا الدليل جار في نماء الملك كله حتى الزرع والفرخ، فيكون ما يحصل
من مزارعة الحب المغصوب للمالك، وكذا لفرخ يكون لمالك البيضة، فإنها ملكه
ومادة ملكه زاد كالسمن، إذ لا شك في بقاء ما كان هو كان ملكاً له فيهما، إذ ما عدم
حب الحنطة مثلاً والبيضة بالمرّة، ووجود الزراعة والفرخ من كتم العدم زمانين، بل
كانت المادة بل الصور الجسمية أيضاً باقية فتغيرت الصورة النوعية كما تغيرت
الصفات، فلا يمكن الحكم بصيرورته للغاصب بالتغيير فيكون للمالك، كما يقولون

ولو تعذر العين فدفعت القيمة، ملكها المالك، ولم يملك الغاصب الغصب، وعليه الأجرة إلى وقت أخذ البدل.

إن ولد الأمة إذا زنت أنه لملك الأم، وأنه إذا حصل للدابة ولد فهو لملك الدابة، وإن حصل بسبب شيء (شهية - خ) اختلاط مني دابة الغير، وسواء كان عند الغاصب وغيره.

ويؤيده رواية عقبة بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها (فزرعها - يب) بغير إذنه حتى إذا بلغ الزرع، جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت، أله ذلك أم لا؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كرى أرضه (١) ولا يضر جهل محمد بن عبد الله بن الهلال (٢)، وعدم التصريح بتوثيق عقبة، والدلالة غير مخفية، إذ (و- خ) المراد على الظاهر، أن الزرع لصاحب الحب، فإن الزرع ما يوجب الملك، وإن الزرع ليس له إن لم يكن البذر له، فإنه عامل له أجرة، فتأمل.

فقول الشيخ بأنها للمالك - كقول بعض العامة - ليس بواضح، ولهذا ما صرح بخلافه أيضا بل أشار بقوله: ولا بصيرورة الحب الخ، فتأمل. قوله: ولو تعذر العين الخ. أي لو تعذر دفع العين بسبب ضياع ونحوه، فدفعت الغاصب القيمة إلى مالك المغصوب ملكها، ولكن الظاهر أنه ملك متزلزل، فإنه متى تمكن من الدفع يجب دفعه إليه، فيوصل حقه إليه إذا دفع فترجع، فالدفع كأنه للحيلولة، ولم يملك الغاصب المغصوب، وعليه أجرة المغصوب لملكه من وقت الغصب الذي له منفعة، وأجرة إلى حين أخذ البدل، أي القيمة. دليل ملكية القيمة أنه عوض ماله الواجب عوضه، ودفع على أنه عوض،

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب الغصب الرواية ١، ج ١٧ ص ٣١٠.

(٢) سندها - كما في التهذيب - هكذا: محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن محمد بن عبد الله بن

الهلال، عن عقبة بن خالد ج ٧ ص ٢٣٦، الطبعة الجديدة.

فإن تمكن بعد ذلك من العين وجب دفعها، ويستعيد ما غرم
(غرمه - خ).
ويضمن التالف من الخفين بقيمته مجتمعاً، ويرد الباقي وأرش
نقص الانفراد.
ولو أخذ أحد الخفين ضمنه مجتمعاً، ولو أطعمه المالك أو أباحه
في ذبح الشاة جاهلاً، لم يزل الضمان.

فيملك كسائر الأعواض.

ودليل كونه متزلزلاً أنه قد يرجع إلى مالكة الغاصب، ولا يكون هذا ملكاً
مستقراً لازماً.

ودليل وجوب رد (دفع - خ) العين المغصوبة ممن تمكن منه أنه عين
مضمون يجب دفعه كلما أمكن، ودفع العوض عند التعذر، لا ينافي ذلك، فإنه
متزلزل وعوض الحيلولة، ويمكن عدم ملك المالك له، وكونه للحيلولة فقط، فينتفع
به إلى أن يحصل العين، ويكون النماء حينئذ للغاصب، ولا يحصل كثير نفع
للمالك، ولكن ينبغي حينئذ كون الأجرة من حين الغصب إلى حين وصول
المخصوب إلى المال، فتأمل.

وأما دليل عدم ملكية الغاصب للعين المغصوبة، لأصالة بقاء المال على
ملك مالكة، وعدم دخوله في ملك غيره خصوصاً الغاصب.

وإذا تمكن من دفع العين ودفعه، يجب على المالك دفع ما أخذه من القيمة
للهيلولة لانماء القيمة، ولا الأجرة التي أخذها، وهو المراد بقوله: (ما غرم).

قوله: ويضمن التالف من الخفين الخ. يعني إذا غصب شخص خفين
معاً، وتلف أحدهما يجب عليه قيمة التالف، وهو قيمته إذا قومتا معاً وحصّة من
قيمة المجموع ورد الفرد الآخر مع أرش نقصه، وهو التفاوت ما بين قيمته منفرداً

ولو أطعمه غير المالك تخيير، فإن رجع على الآكل، رجع
الآكل على الغاصب، مع الجهل، وإلا فلا، وإن رجع على الغاصب
رجع على الآكل العالم.
ولو أنزى فحلا مغصوبا، فالولد لصاحب الأثني.

وقيمته من مجموع القيمة لهما معا وجهه ظاهر.
وأما لو غصب واحد، فهو يضمن قيمته من قيمتهما معا، هكذا ظاهر المتن.
ويحتمل هنا أيضا أرش نقص قيمة الآخر، فإنه سبب بل مباشر لذلك
النقص، بحيث لزم من غصبه الآخر، كما في تلف ولد الشاة ونحوه فتأمل.
قوله: ولو أطعمه المالك الخ. يعني لو أطعم الغاصب بما غصبه المالك،
جاهلا بأنه له و (أو - خ) أباحه في ذبح شاته المغصوبة، لم يزل الضمان عن
الغاصب، ولم يخرج، بل هو ضامن يجب عليه ما كان يجب (عليه - خ) قبل الاطعام
والإباحة.

دليله أنه كان ضامنا، والأصل بقائه حتى يعلم خروجه عنه، وهو غير
معلوم بما فعل، إذ قد يقول: إني لو علمت أنه مالي ما كنت آكله بل أبقيه وآخذ
ثمنه وأصرفه على عيالي إذا اتخذته، مثلا، خصوصا إذا كان طعاما ذا قيمة كثيرة،
وكذا في ذبح الشاة، ولهذا لو أباحه لغير المالك الجاهل، قلنا لا يضمن الجاهل، وعلى
تقدير ضمانه يرجع على الغاصب الغار.
وبالجملة السبب الذي هو الغار مقدم فهو ضامن، لما قلنا من عدم ضمان
الجاهل.

ووجه وقوعه على الآكل العالم ظاهر، ثم رجوع الغاصب إليه فإن المال
أثلفه عالما، فهو المباشر والغاصب سبب، وقد ثبت تقديمه بالاجماع المنقول سابقا
وبالعقل.

قوله: ولو أنزى فحلا الخ. أي لو أنزى الغاصب الفحل المغصوب فالولد

وعليه أجرة الضراب، وأرش النقص.
ويضمن الأجرة مدة بقاءه، إن كان ذا أجرة، وإن لم ينتفع،
والأرش إن نقص، ولا يتداخلان، وإن كان النقص بسبب الاستعمال.
ويضمن نقص الزيت والعصر، على رأي، لو أغلاهما.

الحاصل منها لمالكها، لأن الولد جزء منها ونمائها، ولم يعلم كون جزء من الفحل فيه واجب الرد، فتأمل.

وهو ضامن الفحل وما معه وأجرته، إن كان ذا أجرة، لما مر في مطلق المغصوب، ومنه أجرة الضراب، إن كان له أجرة عادة.

وله أيضا أرش نقص لو حصل عنده، ولا يتداخل الأرش والأجرة، وإن كان لزوم الأرش بسبب نقص حصل بالاستعمال الذي أخذ أجرته، فلا يقال أنه حينئذ يلزم الأجرة فقط، لأنه حدث بسبب استعمال موجب للنقص، فكأنه إنما أحدث النقص، وهذا فيما كان النقص لازما للاستعمال أوضح.

وإذا روعي في الأجرة النقص أيضا يعني أجرة مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا يكون كذا، لا يبعد التداخل.

وسبب العدم هو أن الاستعمال أو فوت المنفعة المضمونة سبب للضمان، والنقص سبب آخر، والأصل عدم التداخل.

ويحتمل ارجاع ضمير (بقائه) إلى الفحل وإلى المغصوب مطلقا، فتأمل.

قوله: ويضمن نقص الزيت والعصير، على رأي. أي لو أغلا الزيت

والعصير المغصوبين، بل وكذا لو غليا بنفسهما فنقصا، يضمن الغاصب النقيصة

فيهما، لأنه جزء من عين مضمونة، فيكون مضمونا، كما في سائر النقصانات المضمونة.

ونقل عن الشيخ قولاً في العصير (١) بعدم ضمان نقيصته، لأن الناقص

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، قول.

ولو زادت بفعل الغاصب أثر تبعت وإن نقصت، ضمن.
ولو صبغ فله قلع صبغه، ويضمن النقص، ولو امتنع ألزمه
المالك، ولو اتفقا على التبقية وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كحملا.

أجزاء مائة لا قيمة له، ولهذا يتغير طعمه ويحلو ويزيد قيمته، بخلاف الزيت، فإن
الفئات أجزاء معينة بالغليان كنقصه بالاشتعال.
وكأنه لذلك ما نقل الخلاف منه، فقوله: (على رأي)، إنما يكون في العصير
فقط.

وجهه مطلقا ما تقدم، وكونه ماء لا قيمة له غير ظاهر، ولا ينافيه زيادة قيمة
الباقى للحلاوة، فإنها زيادة في مال المغصوب، ولو كان يفعل الغاصب، فهو
للمالك، فتأمل.

قوله: ولو زادت بفعل الغاصب أثرا الخ. يعني لو زادت العين المغصوبة
أثرا، أي وصفا، احترازا عن عين، مثل الصبغ، فإنه للغاصب، لو كانت تلك
الزيادة بفعل الغاصب يتبع العين، أي هي أيضا مضمونة كالأصل، بل صارت
بمنزلة جزء عين موجود في المغصوبة حين غصبها كتعليم صنعة أو نسخ غزلة وخياطة
ثوبه، فلو نقصت تلك الزيادة بعد أن وجدت، كما لو نسي العبد الصنعة التي يعلم
(تعلم - خ) يعلمها العبد الغاصب، يكون ضامنا له.

وجهه أنه بعد وجودها في العين صارت ملكا للمالك وجزء لمملوكه من غير
عوض له للغاصب، فيكون مضمونا، ولا فرق في ذلك بين حصوله ثانيا، وكونه أولا
إذ الوجود صار له ومضمونا بيد الغاصب المكلف بدفعه وعوضه لو تلف، فيضمن
كالأصل، والأجزاء السابقة والأوصاف السالفة، كالكبر بزيادة الأجزاء بعد
الغصب عنده، فتأمل.

قوله: ولو صبغ فله قلع صبغة الخ. إشارة إلى كون الزيادة عينا
(عينا - خ) من الغاصب، ومثله لو كان من غيره أيضا، فلو غصب ثوبا وصبغه

بصبغه فالثوب للمالك والصبغ للغاصب، لأنه عين ماله لم يصر ملك المغصوب منه بسبب ضمه إلى ماله المغصوب، فله قلع صبغه إن أمكن، ولكن يضمن النقص الذي يحصل بالقلع.

ويمكن أن يكون للمالك منعه، فإنه يصير تصرفا في ملكه بالتضييع والتبويض، مع أنه سبب ما فيه فعله المنهي عنه، فكأنه ضيع ماله، خصوصا إذا لم يكن له بعد القلع قيمة أو يكون سبب لزوم نقصه مساويا أو أنقص، فلا فائدة في القلع أو مع عدم زيادة شيء في قيمته العين بل نقصه، فتأمل.

وأما إذا ألزمه المالك بالقلع فيجوز قلعه مطلقا، ولزم (ملزم - خ) نقصه (١)، وإن كان الثمن معه زائدا أو بدله (٢) الغاصب نقصه وتعيده، على أنه قد يمكن احتمال العدم هنا أيضا، فتأمل.

ولو تراضيا بشيء فلا شك في جوازه، فلو اتفقا على التبقية وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كملا خاليا عن ذلك الوصف، لأنه مضمون على الغاصب قيمته كملا، ولأن الرضا بالبقاء والبيع لا يوجب نقص شيء، فإن حصل له أيضا قيمة صبغة فلا كلام، وإن حصل ربح قسم بينهما بالنسبة، ويحتمل اختصاص الغاصب، بل المالك أيضا، فتأمل هذا إن لم يعلم.

وأما إن علم سبب الزيادة فيعمل به، فإن كان أحدهما خاصة خص بصاحبه، وإن كانا على السواء فهو كذلك، وبالتفاوت فكذلك، فتأمل وإن نقص فالنقص على الغاصب، بل يمكن أن لو بيع بأقل من الخالي عن الوصف، فهو عليه أيضا، لأن النقص بفعله فتأمل.

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب لزمه نقصه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ويحتمل أن تكون العبارة بذله بالذال المعجمة.

ولو مزجه بالمثل تشاركاً.
وكذا بالأجود على رأي، وبالأردأ أو بغير الجنس، يضمن
بالمثل (المثل - خ).

قوله: ولو مزجه بالمثل تشاركاً الخ. يعني إذا مزج الغاصب مال
المغصوب أو مزج بغير اختياره بمثله فهما شريكان في الممزوج بنسبة ما لهما فيه، هو
ظاهر.

وقال المصنف:

وكذا إذا مزج (بالأجود)، لأن عين ماله موجودة فيه، وزاد وصف زائد فهو
له كتعليم الصنعة.

والظاهر أن لا كلام فيه إن رضي الغاصب.

وسبب الرأي الآخر هو التخيير للغاصب بين دفع عوضه من العين والقيمة
لأنه معلوم وجود عين أجود للمالك فيه والتكليف بالعين مع ذلك تكليف زائد
وضرر منفي، فكأنه أتلّف العين، فيضمن القيمة أو المثل، والمسألة لا تخلو عن اشكال،
ويرجع الأول بأنه حصل بفعل الغاصب أو عنده، فإنه غصبه فأدخل الضرر على
نفسه، ولا يعقل الحكم بكون عين المال المغصوب للغاصب، لعدم لزوم نقص عليه
بفعله، فتأمل.

قوله: وبالأردأ أو بغير الجنس الخ. لأنه أتلّفه، فيضمن المثل أو القيمة
كسائر المتلفات.

ويحتمل في الأول تخيير المالك بين أخذ العين مع الأرش وبين تضمين.

المثل، كذا في حاشية الشيخ علي.

ينبغي أو المثل أو القيمة مع العدم.

وأيضاً فيه أنه يلزم الربا إن كان ربوياً، وهو عام عنده وعند الأكثر،

فتأمل، ويحتمل على مذهب المصنف.

والنماء المتجدد مضمون كالأصل، وإن كان منفعة، ولو سمن
فزادت قيمته ثم نزل (هزل - خ) فنقصت، ضمن الغاصب، فإن عاد
السمن والقيمة، فلا ضمان.
ولو عاد غير السمن لم يجبر الهزال.

ويحتمل في الأخير الشركة لوجود العين مع مال الغير، واستشكله في
القواعد.

قوله: والنماء المتجدد مضمون الخ. وجهه قد مر مرارا، فالسمن الزائد
عنده، مضمون، إن كان له قيمة كالوجود في الأصل، فإن هزل ثم سمن إلى ذلك
المقدار الذي كان بعد الغصب. قال المصنف: فلا ضمان فيجبر هذا السمن
بالسمن الذي فات فلا ضمان، لأنه بمنزلة تسليم العين المسمى وإعطاء الجزء
الناقص.

وقيل يضمن أيضا ولا يجبر، لأن الغاصب كان ضامنا له، ولا دليل على
سقوطه إلا وجود (١) هذا الثاني، ولا يستلزم السقوط، لأن كل سمن إذا وجد فهو
مضمون على حدته، فالذي فات مضمون، وكذا الموجود فإنه بمنزلة صفتان متغايرتان
لا يجبر أحدهما الآخر (٢)، كما أشار إليه بقوله: (ولو عاد غير السمن لم يجبر الهزال) أي
لو سمن ثم هزل ثم حصل وصف آخر غير السمن لم يجبر ذلك، بل يضمن ذلك،
وهذا أيضا ظاهر، وكذا السمنان، وذلك لا يخلو عن بعد، لأن الأصل عدم
الضمان، وليس بمعلوم دليله (دليل - خ) في مثله سوى ما ذكره، وليس بدليل
موجب، ولا اجماع إلا في المتغيرين إن كان، فلا يبعد ما ذكره المصنف عملا
بالأصل وعدم العلم بالدليل، والفرق هو الاتحاد والاختلاف، خصوصا إذا كان

(١) في بعض النسخ، والأجود هذا الثاني، والصواب ما أثبتناه.
(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، لا تجبر إحديهما الأخرى.

ولو علمه صنعة (صنعة - خ) فزادت قيمته، ثم نسيها، ضمن النقص،
ولو زاد ما لم تزد به القيمة، فلا شيء في تلفه.
وعليه عشر قيمة المملوكة البكر ونصف عشر قيمة الثيب إن
وطأها جاهلة أو مكرهة.

السمن الثاني، بحيث لو لم يزل السمن الأول لم يحصل هذا.
نعم لو قيل إن كان هذا أنقص من ذلك، وأنه لو عيب (و- خ) وجد هو
أيضا حينئذ لكان السمن كثيرا ويزيد القيمة، فيضمن، فلم يكن بعيدا (١)، ولكن
العلم بذلك مشكل مع تساوي السمنين قيمة، كما هو المفروض، إذ الظاهر أن
الكلام في سمن يساوي ذلك هل يجبر الهزال لا كله (كل سمن - خ) ولو كان
لا يساوي معه، فتأمل، إذ كل بحيث لا يجتمع معه، فتأمل.
وكذا الكلام في الصنعة ونسيانها، والظاهر أنه على تقدير النسيان والعود
يعتبر ولا يضمن (وعلى - خ) تقدير حصول آخرهما (٢) فتأمل.
ومعلوم عدم الضمان لصفة لم تكن موجبا (٣) لزيادة القيمة إذ لا قيمة له،
فلا معنى لضمانه كاتلاف ليس باتلاف المال، فلا بد من كونه سببا لتلف ماله
قيمة فلا يضمن بدونه القيمة، ولا القيمة بدون شيء.
قوله: وعليه عشر قيمة المملوكة البكر الخ. يعني لو وطئ
الغاصب الجارية المغصوبة جاهلة، سواء كان عالما أو جاهلا، عليه مع ما يلزم
الغاصب عشر قيمتها، إن كانت بكرا، ونصف عشرها، أن كانت ثيبا.
كأن دليله الجمع بين الروايات الدالة على أن من اشترى جارية فوجد بها

(١) جواب لقوله قدس سره: إن كان هذا الخ.

(٢) يعني العود.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب موجبة، وكذا في قوله: لا قيمة له فإن الصواب لا قيمة لها.

حملا موجبا للرد بعد الوطاء، يردها بالعيب، ويرد معها نصف عشر قيمتها. مثل ما روى ابن سنان - في الصحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم يحبلها، فوطئها؟ قال: يردها على الذي ابتاعها منه، ويرد عليه (معها - ثل) نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها وقد قال علي عليه السلام: لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب، إن كان فيها (١) ومثله كثير.

وفي الصحيح عن جميل بن صالح، عن عبد الملك بن عمرو (عمير - خ ل) هي عشر قيمتها. (٢)

قال في التهذيب: يحتمل أن يكون غلطا من الناسخ، بأن يكون نصف عشر قيمتها (ثمنها - خ) فحذف (نصف) غلطا. (٣)

ويؤيده ما تقدم عنه نصف الشعر، ولو كانت هذه الرواية مضبوطة لجاز حملها على من يطأ الجارية مع العلم بأنها حبلى، فحينئذ يلزمه عشر قيمتها عقوبة، وإنما يلزم النصف مع الجهل.

ولعل المصنف وغيره ممن يقول بمثل ما مر في المتن من التفصيل بالبكر والثيب جمعا بين الرواية بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيب.

ويؤيده ما قال في الكافي - بعد نقل حسنة عبد الملك بن عمرو -: وفي رواية أخرى، إن كانت بكرا فعشر ثمنها وإن لم تكن بكرا فنصف عشر ثمنها.

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ١ وأورد ذيلها في الباب ٤ من تلك الأبواب الرواية ١ ج ١٢ ص ٤١٦.

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ٣.

(٣) راجع التهذيب في باب العيوب الموجبة للرد من كتاب التجارة.

(٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الرواية ٤.

وأنت تعلم ضعف هذا الدليل، لأنه قياس مع استنباط العلة، لعدم دليل عليه، مع ما في أصله، إذ روايات التفصيل غير ظاهر المتن والسند، بل أشار إليه في الكافي، كما نقلناه، والروايات الدالة على أنه يرد نصف العشر كثيرة (١) وحمل آخر أيضا ممكن، ولهذا حمل عليه الشيخ، فلا يتعين ما ذكره، وأصل براءة الذمة مؤيد فيها، فالقول بمهر المثل هنا كما قال (٢) ونقل عن الشيخ وابن إدريس وتردد في القواعد بينه وبين ما هنا وقال على الخلاف، ولكن مع جهلها معا بتحريم الوطاء، فتأمل.

ونقل في شرح القواعد الخلاف في أرش البكارة، فقليل به مع ما تقدم، واختاره، وقال، قواه في التذكرة، لأن لوطء استيفاء منفعة البضع وإزالة البكارة جنائية، فلا يدخل حكم إحداهما في الأخرى، ولو حظنا في مهر المثل كونها بكرا فذلك لأن وطاء البكر خلاف وطاء الثيب، ففي الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطاء، لا باعتبار الجنائية.

ويمكن أن يؤيده (٣) ما سبق من أن في الغصب يؤخذ أجره الدابة ونقص ما حصل، وإن كان في الاستعمال الذي أخذ أجرته.

ونقل عن التحرير والشهيد الاكتفاء بمهر المثل المذكور هنا، والأصل دليل، وظاهر الروايات التي هي دليله، وكذا دليل إيجاب مهر المثل، وهو أن كل وطاء موجب لذلك، وأنه عوض المنفعة حيث ما أوجب شيئا، والسكوت في معرض البيان دليل الحصر، وهو في الروايات أظهر. والظاهر أن المهر لا بد أن يلاحظ في البكارة، فيؤخذ المهر المقرر لها، فمعناه

(١) راجع الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب كما قيل.

(٣) وفي بعض النسخ بما سبق والصواب ما أثبتناه.

ولو طاوعته عالمة فلا شيء، على رأي، إلا أرش البكارة.

إن الدخول الموجب لإزالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا، فيبعد حينئذ أخذ شيء آخر لمحض الإزالة، لأنها نقص، لأنه قد دخل في الأول، وليس التفاوت بين الوطين بمحض أنه دخول بالبكر، بل منظور معه أنه قد فات بكارتها، وإذا أخذها آخر لم يحصل لها إلا مهر قليل لفوات تلك البكارة، فكأنه إليه نظر رحمه الله، حيث قال: لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر، فتأمل. والأصل دليل قوي يحتاج الخروج عنه إلى دليل قوي، فأخذ الأرش أيضا مع العشر ونصفه بالدليل المتقدم، وكذا بدليل مهر المثل بعيد فتأمل. ثم إن طاوعته عالمة صارت مبغاة، وما روي عنه صلى الله عليه وآله، أن لا مهر لبغي (١)، يدل على عدم المهر هنا، وكأنه ثابت بالتواتر، و (أو - خ) صحيح أو مقبول عندهم باجماع ونحوه، فتأمل، والشك في ذلك وأن ذلك إنما يكون فيمن يكون المهر لها، وهنا المهر إنما هو للمالك - يدل على ثبوته، وإليه أشار بقوله (على رأي).

والظاهر أنه على تقدير ثبوت الرواية وقبولها، فينبغي الأول لعمومها وعدم الفرق بين الأمة والحرّة، وكون المهر لها ولمولاها، لأن المراد بالمهر المنفي المهر الذي ثبت بواسطة وطئها، لا المهر الذي يكون ملكا ويستحقه هو، على الظاهر المتبادر فتأمل.

وحيئنذ الظاهر أنه له أرش بكارتها، لأنه نقص له عوض، فيجب على المتلف عوضها، وهو ظاهر، وليس سبب الوطاء لو كانت زائلة عنده (٢)، لكان ذلك لازما عليه، لما مر في سبب حملها (جهلها - خ) بالتحريم.

(١) لم نعثر عليه بهذه العبارة، نعم قد ورد: نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن مهر البغي (٢) يعني ليس الوطاء سببا مستقلا في ايجاب الأرش، بل السبب إزالة البكارة.

ومع جهلهما بالتحريم يتحرر الولد.
وعليه قيمته يوم سقط (سقوطه - خ) حيا.
وأرث نقص الولادة، والعقر.

قوله: ومع جهلهما بالتحريم الخ. قال (١): بأن يكونا قريبا (٢) العهد إلى الاسلام.

أما سبب تحرير الولد، فلأنه ولد شبهة من حر، لأن الغرض أن الواطئ حر، فيكون حرا، ولا دخل لحمل الأمة فيه، وسواء كان سبب الشبهة عقدا وأنه يكفي الرضا ونحو ذلك وأما وجه وجوب قيمة الولد على الأب، فلأنه نماء ملك المالك فيكون له، ولما لم يمكن أخذه للحرية لزم قيمته، كأنه أتلّفه أبوه. لعله لا خلاف مع وجود الروايات (٣) في مثل ذلك. وأما كون قيمته يوم سقوطه حيا فلأنه حينئذ ملك المغصوب منه ويستحقه قيمته لا قبله ولا بعده.

وأما وجه أرث نقص الولادة إن كان فلما تقدم من ضمان الغاصب كل نقص، وهو ظاهر.

وأما دليل لزوم العقر أي عوض البضع والوطئ فهو ما تقدم، ويجيء الاحتمال إن الظاهر أنه هو المسمى، وإن كان بعقد يمكن صحته، لأنه دخل على أنه لا يلزمه إلا المسمى، وإلا فالظاهر هو مهر المثل فتأمل، وزيادة أرث البكارة إن كانت، كما تقدم.

(١) الظاهر زيادة كلمة قال، أو تكون العبارة، قالوا: بأن يكونا قريبا الخ.

(٢) والصواب قريبي.

(٣) روايات تبعية لأشرف الأبوين

ولو سقط ميتا فعليه الأرش، إن (١) لم يكن بجنايته، على رأي. ولو سقط بجناية أجنبي ضمن الضارب دية جنين حر للغاصب وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة (الأمة - خ).

قوله: ولو سقط ميتا فعليه الأرش الخ. يعني لو سقط الولد ميتا على أي وجه، سواء كان بأفة أو بجناية الغاصب، لا بجناية الأجنبي، فعليه قيمة الولد، وهو المراد بالأرش، وهو هنا قيمة جنين الأمة. وجهه إن الظاهر والمتبادر أنه كان حيا إذ يكمل... (٢) البدر اللامعة، فتأمل هذا فيما إذا لم يكن بجنايته أما إذا كان معه موته... (٣) الضرر والسقوط بعده (بعد - خ) يدل على كون الموت بسببه وفيه أيضا تأمل، لأن التضمنين بمثل هذه القرائن مشكل ولكن الظاهر من كلامهم عدم الاشكال في وجوب دية الجنين على من سقط بجنايته ولد ميتا (ميت - خ) ولهذا يقولون هنا أيضا، ولو سقط بجناية أجنبي ضمن الضارب دية جنين حر للغاصب، وضمن الغاصب للمالك دية جنين الأمة، والفرق بأنه هنا لما أخذ دية جنين حر، فلا بد أن يعطي جنين الأمة. ويضمن، بخلاف الأول - لا معنى له لأن المراد إن هذا يدل على أنهم لا يعتبرون (٤) في مثل هذا الحكم والأصل وعدم (٥) تحقق الحياة ثم الموت بالجناية القريبة (للقرنية - خ)، وذلك مساو، وهو

- (١) في بعض النسخ وإن لم يكن آه.
- (٢) هكذا في بعض النسخ المخطوطة، وفي بعضها، إذا لم يكمل الثدي إلا معه، فتأمل، وفي النسخة المطبوعة إذ لم يكمل البدا إلا معه وعلى أي تقدير في هذا المقام بياض في النسخ ولم يعلم المراد منه.
- (٣) وفي بعض النسخ المخطوطة، أما إذا كان معه مقربه الضرر والسقوط بعد يدل على كون الميت بسببه الخ. وفي هذا المقام أيضا بياض ولم نفهم المراد منه أيضا فتأمل.
- (٤) لعل المراد هو الفرق بين ما إذا سقط ميتا وما إذا أسقطه الجاني بعدم اعتبار الحياة في الأول بخلاف الثاني، فإن اللازم فيه الدية لفرض الحياة والله العالم.
- (٥) لعل الواو في قوله (والأصل) زائدة والله العالم.

ولو كانا عالمين بالتحريم حدا، والولد رق للمولى
ولو سقط بجناية أجنبي فعليه دية جنين أمة للمولى.

ظاهر.

ومعلوم لزوم أرش نقص الولادة على تقدير سقوطه ميتا أيضا، وهو ظاهر
لا يحتاج إلى القول، ولا يمكن حمل الأرش عليه، لعدم الخلاف في ذلك.
ولو حمل على أنه عليه نقص الولادة فقط دون قيمة الولد على رأي، فهو
بعيد لفظا ومعنى، والأول ظاهر، خصوصا مع قوله: (وإن لم يكن بجنايته) فإنه يصير
قيدا للنقص، لا لعدم لزوم قيمة الولد على الرأي، وهو الظاهر وأما الثاني فلما تقدم
من ضعف القول بعدم ضمان قيمة الولد، مع القول بتضمين الأجنبي له،
والغاصب للمالك قيمة الجنين كما صرح به بعينه، فتأمل.

قوله: ولو كانا عالمين بالتحريم حدا، الخ. وجه الحد واضح، فيحد الحر
حده، والأمة حدها، والولد رق للمولى، لما ثبت أن ولد الزاني بأمة الغير رق.
كأن دليلهم اجماع، أو رواية، وسيجىء.

ولو كان أحدهما عالما حد خاصة، ولو كان العالم الغاصب الظاهر الولد
رق أيضا، لما مر، وعدم امکان كونه حرا تاما تابعا للأمة الجاهلة، وإن سقط الولد
المحكوم بكونه رقا للمولى ميتا بجناية جان، فعلى الجاني قيمة جنين الأمة للمولى.
ويحتمل كون الأب أيضا ضامنا، فله الرجوع إليه أيضا وهو يرجع إلى
الجاني، كما سبق في الأيدي المتعاقبة.

والظاهر أنه إن كان بجنايته فكذلك يضمن دية جنين الأمة، لما تقدم من
عملهم بالقرينة، كما في الأجنبي، فإنه يشعر (١) بعدم الضمان لو كان هو الجاني،

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولهذا قيد الأجنبي هنا بما يشعر بعدم الضمان، وفي بعضها هكذا،
وهذا قيد الأجنبي هنا يشعر بعدم الضمان.

ولو صار العصير خمرا، ثم (عاد - خ) خلا عاد ملك المالك.
وعلى الغاصب الأرش، لو نقص.
ولو غصب أرضا فغرسها فالغرس له، وعليه الأجرة والقلع
وطم الحفر وأرش النقص.
ولو جنى المغصوب فقتل ضمن الغاصب، ولو طلب (طلبت -
خ) الدية ضمن الغاصب الأقل قيمته وأرش الجناية.

فيدل على الفرق، فهو مؤيد للحمل على النقص، فتأمل.
قوله: ولو صار العصير خمرا الخ. يعني لو غصب شخص عصيرا، وصار
بيد الغاصب خمرا، فهو ضامن للعصير، فإنه أتلفه.
ولو صار بعد ذلك خلا، صار ملكا للمالك، كما كان حين كونه عصيرا،
فكأن الخروج كان متزلزلا غير مستقر، كما كان في يده، وحينئذ لو كان تفاوتتا (١)
بين قيمته عصيرا وخمرا (٢)، يضمن التفاوت، وإلا يدفع الحل، ولا ضمان عليه،
وإليه أشار بقوله: (وعلى الغاصب الأرش).
قوله: ولو غصب أرضا الخ وجهه (٣) إن الغرس للغارس الغاصب، أنه
ملكه، وما يخرج عنه في أرض الغير، وهو ظاهر، وطم (٤) الحفر، وأرش النقص لو
حصل، كما تقدم.
قوله: ولو جنى المغصوب فقتل، الخ. أي لو جنى الآدمي (آدمي - خ)
على المملوك المغصوب، وقتل بجنايته، ضمن الغاصب قيمته، كما لو مات عنده

-
- (١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، تفاوت.
(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، خمر.
(٣) الصواب أن يقول: وجه أن الغرس الخ أو يقول وجه كون الغرس الخ.
(٤) يعني وعليه طم الحفر.

وقول المالك في السلامة، وفي رد العبد بعد موته.

قد مضى.

وكأنه يرجح الأول بالأصل، وعدم ثبوت كون يد المملوك يد المالك، ولو كان انسانا، للأصل، وعدم الدليل، وكونه وكيلا معلوم البطلان، وقياسه عليه كذلك.

وبالجمله الظاهر أن العبد وما في يده تحت تصرف الغاصب، وإذا ثبت غصبية العبد، لا يقتضي خروج ما عليه، وتحت يد الغاصب، عن يده وملكه وصيرورته غاصبا، فإن من يعدي ذلك فعليه الدليل، لأصل العدم أو للحكم بالاستصحاب.

قوله: وقول المالك في السلامة الخ. وجه كون القول قول المالك في كونه سالما عن العيب والمرض، أن الأصل والظاهر والشائع في الآدمي سلامته عن هذه الأمور، مثل العمى والعرج وأنهما قد يعرض والأصل عدمه، فالغاصب هو المدعي والمالك هو المنكر.

فيكون القول قوله، في أن الرد كان بعد الموت، ويقال: الأصل عدم العين مثلا، فكأنه لذلك تردد في القواعد، وإن جزم بعد ذلك، فتأمل، ولكن القول قوله في أن الرد كان بعد الموت، إذ الأصل بقاءه عنده، وعدم الرد إلا في وقت ثبت ذلك باقراره أو البينة، فيسلمه إليه قبله، وبدونه دعوى تحتاج إلى البينة، فالقول قول المنكر. وأيضا قد ثبت كونه عنده حيا، فلا بد له من اثبات رده إليه كذلك، فهو مدع، وصاحبه منكر، فيبعد أن يقال: الأصل بقاء الحيوان إلى حين تحققه، فقبله يحكم بحياته وهو يسلم إليه، أو (إذ - خ) يمنع ذلك، لما تقدم، ولأنه كان ضامنا، والأصل بقاءه حتى يعلم الخروج، والأصل (١) بقاء الحيوان (الحياة - خ) حينئذ

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، وأصل بقاء الحيوان.

مع يمينه في التلف والقيمة، على رأي، وعدم اشتماله على صفة يزيد (تزيد - خ) بها القيمة، كتعليم (كتعلم - خ) الصنعة وثوب العبد وخاتمه.

صورة البينة، بأنه قد يكون صادقا، والبينة كاذبة، وهو ظاهر. وأيضا قوله (مع يمينه في القيمة على رأي) (١) لأنه غارم، ولأن المالك مدع، والأصل عدم الزيادة. ووجه الآخر أنه غاصب خائن يؤخذ بأشق الأحوال، فيه ما مر من كونه غاصبا، فإن الغاصب محرم ظلمه، فتأمل. ولكن قول الدروس: قوله مستديما - بما إذا لم يدع بنفسه المؤجل دينا - بما في صحيحة عبد الله (٢) وحينئذ يمكن الرجوع إلى ما ينبغي أن يكون قيمة للأصل، مع يمين الغاصب، بأن لا يسوي بأكثر منه. وكذا القول قوله في عدم وجود صفة مع المغصوب موجبة لزيادة القيمة، لما تقدم، ولعله لا خلاف هنا، لعدم إفادته للوصف، بخلاف القيمة، فتأمل. وكذا القول قوله في الثبوت والحاكم (٣)، هذا واضح، لو لم يكن عليه، بل لو كان منسوبا إليه، وإنما هو كان ملبوسا له، وظاهر المتون أنه المراد، وفيه تأمل، لما مر، ولسيد العبد الغصبية، لكونه للمالك، لأن يده يد المالك (٤)، لأنه قابل للتملك والحفظ، فهو بمنزلة الوكيل، بخلاف ما على دابته، فإنه ليس للدابة، وهذا

- (١) عبارة المتن، مع يمينه في التلف، أو القيمة على رأي " هو الصواب فإن قوله قدس سره لأنه غارم دليل تقديم قوله في التلف وقوله ولأن المالك مدع الخ دليل تقديم قوله في القيمة.
- (٢) هكذا في النسخ والعبارة غير واضحة المراد ولعل الصواب (مستدلا)، بدل قوله (مستديما) فكون قوله: بما في صحيحة عبد الله متعلقا به، ولم نعثر إلى الآن على هذه الصحيحة فتتبع.
- (٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب في الثبوت والخاتم كما هما مذكوران في المتن.
- (٤) يعني لما كان يد العبد يد السيد فغصب العبد غصب لسيد.

ولو نقل المغصوب عن (من - خ) بلد الغصب أعاده.
والقول قول الغاصب.

بآفة، وهو من لوازم الغصبية، ولو لم يقتل، بل أخذت الدية، ضمن الغاصب أقل
الأميرين من قيمة المغصوب وأرش جنايته، أي قيمة المقتول وما دفع، لأنه ليس
بضامن أكثر من قيمة من ضمنه، فإنه ليس بأكثر من أنه قتله، فلو كان جنايته أكثر
بأن تكون قيمة مقتوله وما دفع (١) المالك أكثر من قيمته، والظاهر (٢) أنه كذلك،
ولو دفع ما يوجب الدية وفي كون (٣) الأرش أكثر من قيمته، تأمل، إذ لم يجز عبد أكثر
من قيمته، وما دفع بدل أرش الجناية لكان أظهر، فكأنه المراد، فتأمل.
قوله: ولو نقل المغصوب عن بلد الغصب الخ. وجه إعادة الغاصب
المغصوب إلى بلد الغصب، لو أراد المالك، ظاهر، فإن فعله الغصب موجب لذلك.
قوله: والقول قول الغاصب الخ. وجه كون القول قول الغاصب في
التلف مع كونه غاصبا غير أمين، أنه بيده، فهو بمنزلة الأمين، والمالك، وأنه قد
يكون صادقا، فإنه بتقدير البينة فتكليفه تكليف بالمحال.
وأیضا لو لم يقبل منه ما يمكن الزامه بالعين، فإنه يقول بالعدم، فكيف يفعل
به، ويلزمه (ويلزم - خ) حبسه إلى يموت، وأنه ضرر عاجل غير معلوم استلزامه
للمطلوب، بل ولا استحقاقه العقوبة، فتأمل.
ولا يكلف بالبدل، فيأخذ المالك بدله، وإن قال بعدم تلف العين، لأنه
يجوز أخذه للحيلولة.
ولا يخفى أنه لم يرد بعض دليل قبول قوله من لزوم الحبس الدائم، وهو في

-
- (١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، وما دفع إلى المالك.
(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، فالظاهر.
(٣) وفي النسختين وينبغي كون الأرش الخ.

ولو باع حال الغصب ثم انتقل إليه طالب المشتري، وسمعت بينته، إن لم يضم وقت البيع ما يدل على التملك. ولو أدخلت الدابة رأسها في قدر، أو دخلت دار غير المالك، ولم

مسلم، وإنما يثبت المطلوب لو ثبت وصوله (قوله - خ) ومثله كذلك. (١) والظاهر عدم الفرق بين أن يكون ما ينفعه في وقت الأخذ والتسليم وعدمه، لما تقدم، ويمكن التردد هنا أيضا، مثل ما تقدم في العيب، فتأمل. قوله: ولو باع حال الغصب الخ. أي لو باع الغاصب المغضوب حال كونه مغضوبا عنده، ثم انتقل إليه بالميراث ونحوه، وطالب الغاصب المشتري بالمبيع لعدم صحة البيع، ويدعي أن المال مغضوبا باقيا على ملك المغضوب منه، فالمبيع لم ينتقل إليه، فلا مانع، وهو ظاهر، لأن البيع بحسب الظاهر أعم من أن يكون ملكه أولا، وهو لا يدل على كونه ملكه حتى لا يمكنه دعوى غيره، نعم له أيضا مطالبته بالثمن.

ولو ادعى الغاصب الغصب حين البيع وأنكر المشتري سمعت دعوى الغاصب إذ البيع ليس صريحا في الملك، نعم ظاهر في كونه مأذونا له. (٢) بل إنه ملكه فيما لم تقم بينة بأنه غير مغضوب، فالاحتمال موجود مع بينة، فلا مانع من سماع دعواه مع البينة. نعم لو أقر بأنه ماله وأشهد البينة بذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته للتنافي، مع إمكان السماع والدعوى الغلط والنسيان وهو بعيد جدا، ومع البينة يمكن السماع، ويتعارضان، والظاهر أنه بعيد للرجحان بالظاهر والبيع، فتأمل. قوله: ولو أدخلت الدابة رأسها الخ. هذا من أحكام ما لو دخلت الدابة

(١) في بعض النسخ المخطوطة، مثله كذلك بدون لفظة (واو).
(٢) زاد - في النسخة المطبوعة بعد قوله: مأذونا له - بل إنه ملكه حتى لا يمكنه دعوى غيره.

يخرج إلا بالهدم، أو (و - خ) الكسر، فإن فرط أحدهما ضمن، وإن (فإن - خ) انتفى التفريط ضمن صاحب الدابة.

رأسها في قدر الغير، والفرض أنه لا يمكن اخراج رأسه إلا بكسر القدر، أو دخلت دار الغير ولم يمكن اخراجها إلا بهدم بعض الدار - ففي قوله: (بالهدم أو الكسر) لف ونشر غير مرتب فإن فرط أحدهما، بأن وضع صاحب القدر قدره في الطريق، فأدخلت الدابة رأسه فيه، قيل يمر في طرفيها أو كان القدر في البيت وترك المالك حفظ الدابة، حتى دخلت الدار، فأدخلت رأسها فيه، فالضمان (١) على المفرط. وكذا في الدار، فإن كانت الدابة مشردة وقصر المالك في حفظها ودخلت الدار فهو ضامن، إن فرط مالك الدار، بأن أدخلها في الدار بسبب من نفسه، فهو الضمان (٢)، وإن انتفى التفريط فصاحب الدابة ضامن، بالمعنى الذي تقدم، وكذا لا ضمان لو كان كليهما مفرطين، وجه الكل ظاهر.

(١) جواب لقوله قده: فإن فرط.

(٢) يعني فهو ضامن.

(كتاب العطايا)
(وفيه مقاصد)
الأول في الهبة.

قوله: الأول في الهبة الخ. اعلم أن الظاهر إن الهبة لها اطلاقان عام وخاص، مثل الضمان. الأول هو العطية المنجزة الغير المعوضة (الملفوظة - خ) المقتضية تسويغ عموم التصرفات، هكذا مفهوم من ظاهر التذكرة... وفائدة القيود ظاهرة. والثاني ما تقدم تقييده بعدم حمل الموهوب من مكان إلى آخر للموهوب له اعظاماً له وتوقيراً (١) ولم يكن فيه التقرب إلى الله تعالى معاً للمحتاج، فإن كان قيد الأول فهو هدية، هكذا يفهم من التذكرة وكذا يمكن أن يقال ينبغي أن يقيد بعدم اعتبار بعضهم للموهوب قيد به فقط، فهو هدية، إذ قد توجد الهدية من غير نقل عند الأصحاب، بخلاف بعض العامة. قال في التذكرة: واختلف أصحاب الشافعي في أنه هل يعتبر في حد الهدية أن يكون بين المهدي والمهدي إليه رسول ويتوسط على وجهين فيما لو حلف أن لا يهدي إليه فوهب منه خاتماً وشبهه يدا بيد، هل يحنث؟ المشهور عندهم أن

(١) في النسخة المطبوعة، اعطاء ماله وتوفيرا، وفي النسخة المخطوطة، اعطائه ما له وتوفيرا، والصواب ما أثبتناه كما في التذكرة.

(أنه - خ) لا يعتبر، مع أنه ينتظم أن يقال لمن حضر عنده، هذه هديتي أهديتها إليك مع انتفاء الرسول والمتوسط فيه.

والظاهر أنه لا حمل هنا، وأنه يقول بوجود الهدية حينئذ، وهو ظاهر، فقوى في التذكرة ما صارت الهبة من الهدية بالنقل والتحويل من موضع إلى موضع، ومنه اهداء الفراش إلى الحرم، ولهذا لا يدخل لفظ الهدية في العقارات وما أشبهها من الأمور الممتنع نقلها، فلا يقال: أهدي إليه داراً ولا عقاراً ولا أرضاً وإنما يقال: وهبه أرضاً وعقاراً وداراً، ويدخل أيضاً في المنقولات، وصار بهذا الاعتبار أعم من الهدية والصدقة، فإن كل هدية وصدقة هبة، ولا ينعكس، ولهذا لو حلف أن لا يهب فتصدق حنث وبالعكس لا يحنث.

محل التأمل إذ الظاهر اعتبار النقل في الهدية جزماً، فلا يكون أيضاً عطية الخاتم (١) أيضاً (حينئذ - خ) هدية.

وأيضاً لعل حذف قبل قوله (والصدقة) شيئاً، وما يعتبر في الصدقة، فتأمل، فإن قيل بالثاني فهو مصدق، وينبغي أن لا يقيد بكون المتصدق عليه فقيراً لجواز التصدق على غير المحتاج، وإليه أفضل، وهو ظاهر ومنصوص. بين المعنيين عموم وخصوص مطلق، وكذا بين المعنى الأول والهدية والصدقة، فلو حلف على الخاص لم يبرأ بكل فرد من العام بل بعضه الخاص، بخلاف العكس، وهو ظاهر.

وبين المعنى الثاني وبين كل واحد من الهدية والصدقة، وكذا بينهما تباين، ولكن النسبة بينهما غير صريح.

ويحتمل العموم من وجه، وسيجيء، فلو حلف أو نذر أحدهما لم يبرأ

(١) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة، هدية بدل عطية.

بالآخر، وهو أيضا ظاهر.
 فمعنى قوله في التذكرة (أعم) الخ يريد به المعنى الأول، وإن كانت عبارته
 لا تخلو عن شيء، فارجع، فتأمل.
 ثم قال: وقد ورد في الكتاب العزيز والسنة والأحاديث ما يدل على
 استحباب الثلاثة والترغيب فيها (١) وذكر آية التحية (٢) وقال: قيل: المراد منه الهبة.
 وفيه بعد، لأن التفسير المشهور، السلام، وبهذا استدل على وجوب رده
 بأحسن أو المثل كما هو مذكور في التفاسير. (٣)
 وأيضا يبعد حمل قوله أو ردوا الهبة، على رد المثل.
 وأيضا ظاهرها حينئذ وجوب رد الهبة، وحمل الأمر على الاستحباب مجاز.
 ثم إن المتعارف (٤) وفيها أيضا تأمل إذ ما يظهر بعد كونه برا.
 وأيضا ظاهرها أنه كل من فعل (٥) برا فعاونوه فيه، لا أنه فعل البر، ثم
 ذكر أنه البر نعم ورود الآيات الدالة على الاتفاق والتصدق كثير جدا (٦) حتى
 عدت في البقرة أكثر من عشرين (٧)، وذكر (ذكرت - خ) بعضها في مجمع أحكام

- (١) راجع الوسائل: أبواب الصدقة ج ٦ ص ٢٥٥ و ص ٢٩٦ و ص ٣٢١.
 (٢) النساء: ٨٦ قال الله تعالى: وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها الآية.
 (٣) قال الطبرسي قدس سره أمر الله تعالى برد السلام على المسلم بأحسن مما سلم وهو أن يقول:
 وعليكم السلام ورحمة الله، إذ قال: السلام عليكم، وإن يزيد، وبركاته، إذا قال: السلام عليكم ورحمة الله
 (جوامع ص ٩٢).
 (٤) في جميع النسخ بياض في هذا المقام.
 (٥) وفي جميع النسخ المطبوعة كل من فعل برفعها، ولعله كان: كل من فعل برا نفعها والله العالم.
 (٦) راجع الوسائل ج ٦ أبواب الصدقة ٢٥٥ والباب ٦ و ٧ من أبواب الصدقة ج ٦ ص ٢٦٣ وغيرها من
 الأبواب.
 (٧) لاحظ سورة البقرة - ٣ - ٦٤ - ١٩٥ - ٢١٥ - ٢١٩ - ٢٥٤ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٥ - ٢٦٧ -
 - ٢٧٠
 - ٢٧٢ - ٢٧٤ - لي غير ذلك.

ثم ذكر (١) الأخبار الكثيرة من العامة والخاصة الدالة على الهدية مثل ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، لأن أهدي إلي أخ (لأخي - خ) مسلم هدية لنفعه (تنفعه - خ) (فتنفعه - خ) أحب إلي من أن تصدق بمثلها. (٢) هذه تدل على مغايرة الهدية للتصدق وكونها أفضل منه. ومن طريق العامة وقال عليه السلام: تهادوا فإن الهدية تذهب الضغائن. (٣) ويدل على استحباب الهدية إلى بضاعته، ويجوز له القبول والتصرف فيه. ومن طريق الخاصة عن الصادق عليه السلام، تهادوا تهابوا. (٤) وعن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: لو دعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدي إلي كراع لقبلت. (٥) وهما من طريق العامة، ويدل على استحباب قبولها، ويدل عليه غيرها. وقال عليه السلام عد من لا يعودك واهد إلى من لا يهدي لك. (٦) وهذه تدل على كمال الاعتبار، واستحباب الملائمة وحسن الخلق. وقال الصادق عليه السلام: الهدية ثلاثة هدية مكافاة، وهدية مصنعة وهدية لله عز وجل. (٧)

- (١) يعني العلامة في التذكرة: ج ١ ص ٤١٥.
(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٤. وفيه لأن أهدي لأخي المسلم هدية تنفعه الخ ج ١٢ ص ٢١٣.
(٣) الوسائل الباب ٨٨ حديث ٥ - ٦ - ١٨ من أبواب ما يكتب به ج ١٢ ص ٢١٣ - ٢١٤ ومن طريق الخاصة ما يقرب بهذا المضمون راجع الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٥.
(٤) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ٥ و ١٠.
(٥) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١٣.
(٦) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١٦.
(٧) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب ما يكتب به الرواية ١.

وهذه تدل على عدم التقرب في الهدية مطلقا، ولا منافاة بينهما وبين التصديق، وهذا ما اعتبر عدم هدية أحدهما إلى الآخر صريحا، ويمكن المنافاة باعتبار التعظيم وعدمه فتأمل.

ثم قال: وقد أجمع المسلمون كافة على استحبابها أي الثلاثة على الظاهر. ثم قال: الهبة هي العقد المقتضي تملك العين من غير عوض تمليكاً منجزاً مجرداً عن القرابة.

وهذا صريح فيما تقدم أي الاستحباب مع عدم اعتبار النية فافهم. ثم قال: فقولنا: العقد جنس بعيد شامل لجميع العقود، وقولنا: المقتضي تملك العين يخرج منه الإجارة والعارية، فإن الإجارة تقتضي تملك المنافع لا تملك العين (تمليكها - خ) والعارية تقتضي إباحة المنافع لا تملك العين وقولنا من غير عوض يخرج عنه البيع، فإنه يقتضي تملك العين لكن مع العوض، ويزيد (ويريد - خ) أن العوض لا يكون لازماً، لانتفاء المعوض (العوض - خ) ليدخل في الهبة المعوضة عنها والتنجز لاتمام الحدود، والتجرد عن القرابة لتخرج الصدقة. (١) وأنت تعلم أنه يدل على كون الهبة لا بد أن تكون عقداً، فلا بد له من إيجاب وقبول، كما سيصرح، وأن ما ذكره يقتضي كون العقد أعم لا جنس بعيد، وأن إخراج الصدقة - مع جعلها قسماً من الهبة فيما سبق - غير مناسب، فكأنه يريد الأخص، ولكن كان ينبغي إخراج الهدية أيضاً، فكأن الهبة أعم من الهدية، فلعل هذا معنى ثالث للهبة، وإن هذا هو الثاني، وليس ما ذكرنا أنه إطلاق خاص ثانياً ولا إطلاقاً، إذ ليس بصريح عدم (عدمه - خ) كلامهم، نعم كان يترأى من ظاهر

(١) عبارة التذكرة هكذا ويزيد أن العوض لا يكون لازماً لانتفاء العوض ليدخل في الحد الهبة المعوض عنها، والتنجز لاتمام الحد الخ راجع التذكرة: ج ٢ ص ٤١٥.

ولا بد فيها من ايجاب، مثل وهبتك وملكتك وكل لفظ يقصد

التذكرة وغيره، والأمر في ذلك هين.

ويحتمل أن يقال: المنجزة لاخراج الوصية، إذ قد يكون عقدا، ويقال إنها عقد، فتأمل.

واعلم أن الصدقة أيضا لها اطلاقان عام وخاص، والعام هو الاعطاء لله عز وجل، فيدخل الزكاة الواجبة والمندوبة والوقف والابراء وغيرها فيها، والخاصة هو الاعطاء المتبرع بها عن غير نصاب، قاله في الدروس، بل هي أيضا عقد يقتضي ذلك، بناء على تقسيم الهدية بالمعنى الأعم إليها مع كونها عقدا، فلا بد له أيضا من ايجاب وقبول، بناء على كونه داخلا في جنس هذا التعريف، وخارجا بالقييد الأخير.

ولكن الظاهر أنه لا يشترط فيه الايجاب والقبول، بل لا يحتاج إلى لفظ، ويكفي النية، فإنه عبادة وقربة، كما في الزكاة وغيرها بالجملة، وإن قيل باعتبارهما فيما لا يقول أحد باعتبارهما في كل أفرادها حتى الزكاة الواجبة والمستحبة، نعم يعتبر في بعض أفرادها مثل الوقف فتأمل.

ثم اعلم أن ظاهر كلامهم الاتفاق وعدم الخلاف في أن الهبة عقد لازم وأنه لا بد فيها من ايجاب وقبول لفظيين عربيين، والمقارنة وسائر ما يشترط في العقود اللازمة.

قال في التذكرة: الهبة عقد يفتقر إلى الايجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التمليكات (١) وأما الهدية فذهب قوم من العامة إلى أنه لا حاجة فيها إلى الايجاب والقبول اللفظيين الخ.

ثم قال: الايجاب هنا كل لفظ يقصد به تمليك العين بغير عوض، ولفظ

(١) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ التملكات.

به التمليك، وقبول صادرين عن أهلها.
وشرطهما القبض بإذن الواهب، فلو مات أحدهما قبله بطلت،
ويكفي القبض السابق، وقبض الأب والجد عن الطفل، ويسقط لو
وهباه مالهما، وتعيين الموهوب، وإن كان مشاعا، ولو وهب الدين لمن
(هو - خ) عليه فهو ابراء، ولا يفتقر إلى القبول، ولو وهبه لغيره لم يصح
ومع الاقباض لا يصح الرجوع إن كانت لذي رحم، (الرحم - خ) وإلا
جاز، ما لم يتصرف المتهب أو يعرض أو يتلف العين، وفي الزوجين
خلاف، وهل ينزل موت المتهب منزلة التصرف (فيه - خ) اشكال،
ويحكم بالانتقال بعد القبض، وإن تأخر، فالنماء المنفصل قبله للواهب،
ولو رجع بعد العين فلا أرش، والزيادة المتصلة للواهب، والمنفصلة
للمتهب ويستحب (تستحب - خ) العطية لذي الرحم، ويتأكد في
العمودين، والتسوية فيها.

ولو باع بعد الاقباض للأجنبي صح، على رأي، ولو كانت
فاسدة صح اجماعا وكذا لو باع مال مورثه معتقدا بقاءه.
ولو أنكر الاقباض قدم قوله، وإن اعترف بالتمليك، مع الاشتباه.

الصريح فيه وهبتك وأهديت لك، وأعطيتك، وهذا لا بد فيه من لفظ صريح، ولا
يكفي الكنايات فيه كالبيع، عملا بالاستصحاب، والقبول كل لفظ يدل على
الرضا بالتمليك، كقوله: قبلت ورضيت وما يشابهه (ما شابهه - خ) ولا بد من أن
يكون العقد منجزا، فلو علقه على شرط لم يصح، كالبيع، ويجب (١) أن يكون القبول

(١) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ، ولا يجب، والصواب ما في التذكرة.