

الزُّبْدَةُ الْفَقِيهِيَّةُ

فِي مَسْجِدِ الرُّوضَةِ الْبَهِيَّةِ

تأليف:
السَّيِّدِ مُحَمَّدِ حَسَنِ بْنِ حَسْبِي الْقَامِلِي

الجزء الخامس

مكتبة دار الفقه الإسلامي



الزُّبَيْرِيُّ
وَأَشْرَحَ الرُّوضَةَ الْبَهِيَّةَ



مشورات ذوى القربى

اسم الكتاب :	الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ج ٥
المؤلف :	السيد محمد حسن ترحيني العاملي
الناشر :	ذوى القربى
الطبعة :	الحادى عشر
تاريخ الطبع :	١٤٣٤ هـ - ق. - ١٣٩٢ هـ. ش.
الكمية :	١٠٠٠
المطبعة :	كل وردى
شابك :	٢-٥٨-٧-٦٣-٩٦٤
شابك الدورة :	١-٥٣-٧-٦٣-٩٦٤

الزبدية في الفقهية
وشرح الروضة البهية

تأليف
السيد محمد حسن زحني العاملي

الجزء الخامس

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



كتاب الدين

كتاب الدين^(١)

(وهو قسمان):

(الأول: القرض^(٢)) بفتح القاف وكسرهما، وفضله عظيم^(٣) (والدرهم منه

(١) دين الحر ودين العبد.

(٢) قال في المصباح المنير: «القرض - بفتح القاف - ما تعطيه غيرك من المال لتفضاه، والجمع قروض مثل فلس وفلوس، وهو اسمٌ من أقرضته المال إقراضاً، وفي الجواهر وغيره أنه بالكسر أيضاً.

(٣) تظافرت النصوص عليه، بل في الجواهر: «بل تواترت بتأكيده في المؤمن»، منها: خبر جابر عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ): من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه^(١)، وخبر الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (ما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلا حسب له أجرها كحساب الصدقة حتى يرجع إليه)^(٢)، وخبر القمط عن شيخ كان عندنا (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضاً أحب إلي من أن أتصدق بمثله، وكان يقول: من أقرض قرضاً وضرب له أجلاً فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر من ذلك الأجل بمثل صدقة دينارٍ واحدٍ في كل يوم)^(٣)، وخبر هشم الصيرفي عن أبي عبد الله عليه السلام (القرض الواحد بشمانية عشر، وإن مات حسبها من الزكاة)^(٤)، وخبر أبي الفتح في تفسيره عن رسول الله ﷺ أنه قال: (رأيتُ مكتوباً على باب الجنة: الصدقة بعشرة والقرض بشمانية عشر، فقلت: يا جبرئيل ولم ذلك؟ والذي يتصدق لا يريد الرجوع، والذي يُقرض يُعطي لأن يرجعه؟ =

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين والقرض حديث ٣ و٢ و١.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٤.

بثمانية عشر درهماً مع أن درهم الصدقة بعشرة) قيل: والسرف فيه أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، والقرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالباً^(١)، وأن درهم القرض يعود فيقرض ثانياً^(٢)، ودرهم الصدقة لا يعود.

واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القرية^(٣)، ومطلق الثواب يتوقف عليها^(٤)، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب، بخلاف الصدقة^(٥) فإن القرية معتبرة فيها، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إما مشروط بقصد القرية، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين^(٦)، وقد يقع

= فقال: نعم، هو كذلك، ولكن ما كل من يأخذ الصدقة له بها حاجة، والذي يستقرض لا يكون إلا عن حاجة، والصدقة قد تصل إلى غير المستحق، والقرض لا يصل إلا إلى المستحق، ولذا صار القرض أفضل من الصدقة^(١)، وخبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال النبي ﷺ: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلي من أن أتصدق بها مرة)^(٢).

(١) كما في خبر أبي الفتوح المتقدم.

(٢) كما يومي إليه خبر ابن سنان.

(٣) بحسب ماهيته.

(٤) على القرية، قال في المسالك: «واعلم أن تحقق أصل الثواب في القرض فضلاً عن أفضليته بوجه إنما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى، كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب، فلو لم يتفق هذا القصد - سواء قصد غيره من الأغراض الدنيوية والريائية أم لم يقصد - لم يستحق عليه ثواباً كما لا يخفى انتهى».

(٥) للأخبار.

منها: خبر الفضلاء - ابن بكير وابن أذينة وحامد - عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل)^(١)، وصحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل)^(٢).

(٦) فالثواب لا يُعطى إلا استحقاقاً وجزاءً، ولا يُعطى تفضلاً، فيكون المعنى: من غير اعتبار استحقاق الثواب وإنما هو تفضل إما لكون القرض في يد المحتاج غالباً، أو لكون درهم القرض يعود فيقرض ثانياً فيكشف به كربة مؤمن ثانياً بعد كشف كربة مؤمن أولاً.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٣.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين حديث ٥.

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف والصدقات حديث ٢٠٣.

التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القرية كالكرم، ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول^(١).

(والصيغة^(٢) أقرضتك، أو انتفع به، أو تصرف فيه)، أو ملكتك، أو أسلفتك، أو خذ هذا، أو اصرفه (وعليك عوضه)، وما أدى هذا المعنى، لأنه من العقود الجائزة، وهي^(٣) لا تنحصر في لفظ، بل تتأذى بما أفاد معناها^(٤)، وإنما يحتاج^(٥) إلى ضمنية «وعليك عوضه» ماعدا الصيغة الأولى فإنها صريحة في معناه لا تقتصر إلى انضمام أمر آخر (فيقول المقرض: قبلت وشبهه^(٦)) مما دل على الرضا بالإيجاب، واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض^(٧)، لأن مرجعه^(٨) إلى الإذن في التصرف، وهو حسن من حيث إباحة التصرف.

(١) القرض عقد بلا خلاف فيه - كما في الجواهر -، وهو متحقق بالإيجاب والقبول بلا شبهة كما في المسالك.

هذا وقد تقدم في كتاب البيع كفاية دلالة اللفظ على المعنى ولو بالقرينة في إنشاء الإيجاب والقبول، سواء كان العقد لازماً أم جائزاً، فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح في العقود اللازمة دون الجائزة ليس في محله، لعدم الدليل عليه، ولذا يكفي في إيجاب القرض وقبوله كل لفظ يدل على معناه ولو بالقرينة.

(٢) بالنسبة للإيجاب، وهو متحقق بلفظ أقرضتك أو ما يؤدي معناه وضماً أو استعمالاً، كمثل: تصرف فيه أو انتفع به عليك رد عوضه، وكذا خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو أسلفتك عليك رد عوضه.

والحاصل أن إيجاب القرض لا ينحصر في لفظ مخصوص بل كل لفظ يدل عليه فهو، غير أن لفظ أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج إلى ضمنية «وعليك رد عوضه»، وغيره يحتاج إليها لعدم صراحته.

(٣) العقود الجائزة.

(٤) معنى صيغ العقود الجائزة، ولو كانت الإفادة بالقرينة.

(٥) يحتاج القرض في إيجابه.

(٦) بل كل لفظ يدل على القبول والرضا بالإيجاب لما تقدم.

(٧) بل يصح الاكتفاء بالإقباض والقبض إذا كانا بداعي الإيجاب والقبول، لجريان المعاطاة في البيع، فهنا أولى.

(٨) مرجع القبض إلى الإذن في التصرف، حيث إن القبض لا يتم إلا بعد الإقباض، والإقباض من المالك هو إذن بالتصرف في ماله.

أما إفادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه^(١)، وما استدل به^(٢) لا يؤدي إليه.

(ولا يجوز اشتراط النفع^(٣))، للنهي عن قرضٍ يجر نفعاً (فلا يفيد الملك) لو

(١) بل الدليل هو العرف الحاكم، وقد تقدم بيان ذلك في كتاب البيع فراجع.

(٢) استدل به المصنف في الدروس من أن الإذن في التصرف يؤدي إلى التمليك، مع أن الإذن أعم من التمليك وغيره، وفيه: أنه إذن بالتصرف على نحو المعاطاة المفيدة للملك على ما تقدم بيانه في كتاب البيع.

(٣) فلو اشترط النفع في القرض حرم الشرط، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن أبي جعفر عليه السلام (كل قرض جزّ منفعة فهو ربا)^(١)، وخبر علي ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجلٍ أعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر، قال عليه السلام: هذا الربا المحض)^(٢)، وخبر خالد بن الحجاج (سألته عن رجلٍ كان لي عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزناً، قال: لا بأس به ما لم يشترط، وقال: جاء الرباء من قبل الشرط وإنما تفسده الشروط)^(٣)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس، إذا لم يكن بينكما شرط)^(٤)، وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (من أقرض رجلاً ورَقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورَقه)^(٥).

وما تقدم تعرف جواز قبول الزيادة من غير شرط، وهو صريح خبر ابن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: الربا ربا، أحدهما ربا حلال، والآخر حرام، فأما الحلال فهو أن يُقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيده ويعوضه بأكثر مما أخذه بلا شرط بينهما، فإن أعطاه أكثر مما أخذه بلا شرط بينهما فهو مباح له، وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه، وهو قول الله عز وجل: ﴿فلا يربوا عند الله﴾، وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يرد أكثر مما أخذه فهذا هو الحرام)^(٦).

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حيث ١٨.

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدين حديث ١.

(٥) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ١١.

(٦) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الربا حديث ١.

شرطه^(١)، سواء في ذلك الربوي، وغيره، وزيادة العين، والمنفعة (حتى لو شرط الصّاحح جوض المكسرة^(٢))، خلافاً لأبي الصّلاح الحلبي رحمه الله وجماعة حيث

= وإذا حرمت الزيادة بالشرط فلا فرق فيها بين كونها عيناً أو منفعة، ولا بين الربوي وغيره لإطلاق النصوص المتقدمة.

والمراد بالربوي ما لو كان المال المقترض من المكيل والموزون، والمراد بغيره ما لو كان معدوداً كالجوز والبيض.

(١) شرط النفع، والمعنى: يحرم على المستقرض قبض الدين والتصرف فيه، لأن الشرط فاسد مفسد، أما أنه فاسد فواضح للنصوص المتقدمة، وأما أنه مفسد فلأن القرض لم يقع إلا على هذا الوجه الفاسد فلا يرضى صاحب المال أن يتصرف المستقرض إلا بشرطه، ولم يسلم لهما، فتصرفه بغير الشرط غير مأذون فيه فيكون العقد فاسداً، ومع فساد العقد يكون المال تحت يد المستقرض مضموناً عليه، لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يُضمن بفاسده»، ومنه تعرف ضعف قول ابن حمزة: إن المال أمانة عند فساد العقد.

(٢) قيل يصح، والقائل الشيخ وأبو الصّلاح وابن البراج وحمزة، لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يُقرض الرجل الدرهم الغلة، ويأخذ منه الدراهم الطازجة طيبة بها نفسه).

قال عليه السلام: لا بأس، وذكر ذلك عن علي عليه السلام ^(١)، والطازج هو الخالص، والغلة غيره. ولا يخفى بعده عن الدلالة على المدعى، إذ ليس فيه أنه شرط ذلك فيحمل على ما لو لم يشترط، بل لا بد من هذا الحمل جمعاً بينه وبين ما تقدم من جواز النفع بغير شرط، ولخصوص صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيرد عليه الثقال، أو يستقرض الثقال فيرد عليه الدراهم فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم الغسولة فيدخل عليه الدراهم الجلال - الجياد - فيقول: يا بُني ردّها على الذي استقرضتها، فأقول: إن دراهمه كانت فسولة وهذه خيرٌ منها، فيقول: يا بُني هذا هو الفضل فأعطه إياها^(٢))، وأراد عليه السلام بالفضل الإشارة إلى قوله تعالى: ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾^(٣)، هذا من جهة ومن جهة أخرى الفسولة هي الرديئة، ومن جهة ثالثة =

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٥.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٧.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

جوزوا هذا الفرد من النفع، استناداً إلى رواية لا تدل على مطلوبهم، وظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، ولا خلاف فيه^(١) بل لا يكره، وقد زوي (أن النبي ﷺ اقترض بكرة فرداً بازلاً رباعياً، وقال: إن خير الناس أحسنهم قضاءً)، (وإنما يصح إقراض الكامل^(٢)) على وجه يرتفع عنه الحجر في المال، وأراد كمال المتعاقدين معاً^(٣) بإضافة المصدر إلى الفاعل والقابل.

(وكل ما تساوى أجزاؤه^(٤)) في القيمة، والمنفعة، وتقارب صفاته كالخوب

= فعل ما لو لم يشترط يجعل مرسل بشر بن مسلمة عن أبي جعفر عليه السلام (خير القرض ما جز منفعة)^(١)، وخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (أوليس خير القرض ما جز منفعة)^(٢)، وفعل النبي ﷺ - كما في سنن البيهقي - (لا اقترض بكرة فرداً بازلاً رباعياً، وقال: إن خير الناس أحسنهم قضاءً)^(٣).

والبكر - كما في الصباح المنير - بالفتح هو الفتى من الإبل، والبازل - كما في الصباح المنير أيضاً - ما فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة، وأما الرباعي فهو ما دخل في التاسعة وألقى رباعيته فيكون القيد تفسيراً.

(١) في إعطاء الزائد بلا شرط، بل لا يكره قبول الزيادة للأصل، وإطلاق النصوص المتقدمة.

(٢) بما أن القرض من المقرض تصرف في ماله، ومن المستقرض تصرف في المال فيشترط في كليهما عدم الحجر حتى يجوز لهما التصرف، وهذا هو معنى الكامل. بل باعتبار أن القرض من العقود فيشترط في المقرض والمقرض ما يعتبر في المتعاقدين في سائر العقود من البلوغ والعقل والقصد والاختيار، وهذا ما تقدم الدليل عليه في باب البيع.

(٣) لأنه أضاف المصدر - وهو الإقراض - إلى الفاعل وهو المقرض، وإلى القابل وهو المستقرض، وهذا لا يكون إلا بإرادة الجنس من الكامل، وإذا أريد الجنس فينتطبق على الفرد والفردين.

(٤) شروع فيما يصح إقراضه، وضابطه أن كل ما يضبط وصفه وقدره الموجبان لاختلاف قيمته فيصح إقراضه، بلا خلاف فيه - كما في الجواهر - لإطلاق النصوص المتقدمة. غايته ما تساوى أجزاؤه كالحنطة والشعير والذهب يثبت في الذمة مثله لأنه مثلي، وما =

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٤٠٦.

(٣) سنن البيهقي ج ٥ ص ٥٧٧، رقم الحديث ١٠٩٤٨ و١٠٩٥٠، وكنتز العمال ج ٦ ص ٢٢٥، رقم الحديث ١٥٤٥٥، مع اختلاف يسير في المصدرين.

والأدهان (يثبت في الذمة مثله، وما لا يتساوى) أجزاءه كالحيوان (تثبت قيمته يوم القبض)، لأنه وقت الملك، (وبه) أي: بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور^(١)، لا بالتصرف، قيل: لأنه^(٢) فرع الملك فيمتنع كونه^(٣) شرطاً فيه^(٤)، وإلا دار، وفيه^(٥): منع تبعيته^(٦) للملك مطلقاً^(٧)، إذ يكفي فيه^(٨) إذن المالك وهو^(٩) هنا حاصل بالعقد^(١٠)، بل بالإيجاب^(١١)، وحيث قلنا بملكه^(١٢)

= ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته لأنه قيمي، والمعتبر قيمته وقت التسليم إلى المقترض الذي هو أول أوقات ملك المقترض على الأقوى كما سيأتي، لأن المقترض لا يملك بالعقد بل بالقبض.

وقيل: وقت القرض كما عن الفاضل في القواعد، وفيه: أنه لا ملك قبل القبض كما سيأتي.

(١) للإجماع المدعى عن البعض كما في الجواهر، ولولا الإجماع لقبل بتحقيق الملك بمجرد العقد على حسب غيره من العقود.

وقيل: لا يملك إلا بالتصرف، ونسبه الشهيد في حواشيه إلى الشيخ كما في المسالك، ورّد: مضافاً إلى الإجماع المتقدم بأن التصرف لو كان شرطاً للملك كما هو المدعى للزم الدور، لأن الملك هو الشرط في التصرف كما هو الواضح.

وأشكل عليهم الشارح هنا وفي المسالك: بمنع تبعية التصرف للملك ومنع توقيفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات، ولا شك بأن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب.

(٢) التصرف.

(٣) كون التصرف.

(٤) في الملك.

(٥) في الدور.

(٦) منع تبعية التصرف للملك.

(٧) سواء كان الملك تاماً وهو العاري عن الخيار، أم متزلزلاً وهو المقرون بالخيار.

(٨) في التصرف.

(٩) الإذن.

(١٠) المؤلف من الإيجاب والقبول.

(١١) بالإيجاب فقط، لأن الإيجاب المنفرد مشتمل على الإذن بالتصرف.

(١٢) يملك المقترض.

بالقبض^(١) (فله رد مثله) مع وجود عينه (وإن كره المقرض)، لأن العين حينئذ تصير كغيرها من أمواله، والحق يتعلق بذمته فيتخير في جهة القضاء، ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف وجب دفع العين مع طلب مالكها^(٢)، ويمكن القول بذلك^(٣) وإن ملكناه^(٤) بالقبض^(٥)، بناء على كون القرض عقداً جائزاً، ومن شأنه رجوع كل عوض إلى مالكة إذا فُسخ كالهبة والبيع بخيار.

(ولا يلزم اشتراط الأجل فيه^(٦)) لماله^(٧)، ولا لغيره^(٨)، لأنه عقد جائز فلا

(١) فهل للمقرض إرتجاع العين، فعن الشيخ نعم أنه يجوز له ذلك ولو كره المقرض، فإذا طلبها يجب على المقرض إرجاع العين لا مثلها، واستدل بالإجماع على كون القرض من العقود الجائزة، التي من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها ورجوع كل عوض إلى مالكة، والمثل والقيمة إنما وجبا بدلاً عن العين لغلبة خروجها عن يد المقرض، ولأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو القيمة فيالعين بطريق أولى.

وعن المشهور عدم بحيث لو طلبها المقرض فلا يجب على المقرض إرجاع العين بل يجوز له رد مثله، لأن فائدة الملك التسلط على المملوك والأصل فيه عدم خروجه عنه إلا برضاه، مع أن الحق قد ثبت في الذمة وهو مخير في جهة القضاء.

ولأن القرض من العقود اللازمة بالنسبة لعدم جواز الرجوع إلى العين، نعم هو من العقود الجائزة بالنسبة إلى أن للمقرض عدم الإنظار ومطالبة المقرض بالأداء، ولو قبل قضاء وطره، أو قبل مضي زمان يمكن فيه ذلك.

(٢) لعدم حصول الملك إلى الآن، لأن المفروض عدم التصرف والملك متوقف على التصرف، هذا والمراد من التصرف هو التصرف المتلف للعين أو الناقل للملك على ما يظهر من المسالك، وعليه فما دامت العين عند المقرض لم يحصل التصرف الموجب للملك فيجوز للمقرض الرجوع.

(٣) دفع العين مع طلب مالكها.

(٤) ملكنا المقرض.

(٥) وهو قول الشيخ، وقد تقدم.

(٦) لو شرط التأجيل في القرض لم يلزم على المشهور، لأن عقد القرض جائز فمن باب أولى شرطه، وعن الكاشاني وجماعة من المتأخرين أنه يلزم، لوجوب الوفاء بالشرط، ولأن القرض عقد لازم بالنسبة للمقرض بدليل عدم جواز رجوعه على العين، ولازمه أن يكون كل شرط على المقرض لازماً.

(٧) مال القرض.

(٨) لغير مال القرض.

يلزم ما يشترط فيه، إلخافاً لشرطه بجزئه، نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم على ما سبق^(١).

(ويجب) على المديون (نية القضاء)^(٢) سواء قدر على أدائه أم لا^(٣)، بمعنى العزم - وإن عجز - على الأداء إذا^(٤) قدر، وسواء كان صاحب الدين حاضراً أم غائباً، لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كل واجب، وترك كل محرم، وقد روي: (أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه، وأنه ينقص من مؤنته بقدر قصور نيته).

(١) من لزوم الشرط إذا كان في عقد لازم.

(٢) الوجوب هنا ليس مختصاً بقضاء دين الناس وردّ حقوقهم، بل يجب نية القضاء على كل من عليه حق، سواء كان الحق أديماً أم لا، وسواء كان الأديمي حاضراً أم غائباً، لأن مقتضى الإيمان أن لا يكون متهاوناً في قضاء ما عليه، نعم خصّ الفقهاء وجوب نية القضاء بمن كان عليه دين، وقد غاب صاحبه غيبة منقطعة تبعاً لاختصار بعض النصوص على هذه الصورة.

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

ومما يدل على وجوب نية القضاء مطلقاً - سواء كان صاحبه غائباً أم حاضراً - مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق)^(٢)، وخبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام (أئما رجل أتى رجلاً فاستقرض منه مالا، وفي نيته أن لا يؤديه فذلك للصلص العادي)^(٣)، وخبر ابن رباط عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان عليه دين ينوي قضاءه كان معه من الله حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصرت عنه المعونة بقدر ما قصرت من نيته)^(٤).

(٣) لإطلاق الأخبار المتقدمة.

(٤) ظرف متعلق بالأداء.

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدين حديث ١.

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الدين حديث ٢ و٥ و٣.

(وعزله عند وفاته^(١))، والإيضاء به لو كان صاحبه غائباً) لتمييز الحق، ويسلم من تصرف الوارث فيه، ويجب كون الوصاية به إلى ثقة، لأنه تسليط على مال الغير وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة، (ولو جهله^(٢)) ويتس منه تصدق به

(١) يجب على المقترض عزل الدين عند وفاته إن كان صاحبه غائباً غيبة منقطعة الأثر، بلا خلاف فيه كما عن المختلف، لأنه أبعد عن تصرف الورثة فيه، ويشعر به خبر هشام بن سالم (سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجر ففقدها وبقي له من أجره شيء ولا نعرف له وارثاً، قال: فاطلبه، قال: قد طلبناه ولم نجده، فقال: مساكين وحزك يديه.

قال: فأعاد عليه، قال: اطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلا فكسبل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه^(١).

ومنه تعرف حكم الإيضاء به، والمراد من الوصية هنا جعل المال تحت يد الوصي حتى يوصله إلى رب المال أو ورثته، وفي النهاية: «أنه يوصي به إلى من يثق به»، لأن الوصية تسليط على مال الغير فيجب أن يكون الوصي ثقة، لئلا يتصرف فيه تصرفاً غير مأذون فيه، وإن قلنا بجواز كون الوصي غير ثقة في غير هذا المورد عندما يوصي الإنسان بماله.

(٢) جهل المستقرض المقرض، بحيث اجتهد في طلبه بعد غيابه ولم يعثر عليه، قال الشيخ: «بالتصدق به عنه»، وتبعه عليه جماعة من الأصحاب، وتوقف المحقق والعلامة في الكثير من كتبه، لعدم النص على الصدقة، ومن ثم ذهب ابن إدريس إلى عدم جواز الصدقة، لأنها تصرف في مال الغير، وهو غير مأذون فيه شرعاً، فيتعين عليه التسليم إلى الحاكم.

هذا واستدل للتصدق به عنه بأن الصدقة إحسان محض بالنسبة إلى المالك، لأنه إن ظهر ضمن له عرضها على تقدير عدم الرضا بالصدقة، وإلا فالصدقة أنفع له من بقاء العين وهي في معرض التلف، وهو تلف بغير تفريط وهو مؤدي إلى سقوط حقها، ولذا قال الشارح في المنالک: «العمل بهذا القول - أي التصدق - أجود خصوصاً مع تعذر قبض الحاكم لها، أما معه فهو أحوط، وحيث يمكن مراجعته فهو أولى من الصدقة بغير إذنه وإن كان جائزاً، لأنه أبصر بمواقفها، ومصرفها مصرف الصدقة المندوبة، وإن وجبت على المديون أو وارثه بالعارض» انتهى.

(عنه) في المشهور، وقيل: يتعين دفعه إلى الحاكم، لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه، ويضعف بأنه إحسانٌ محضٌ إليه، لأنه إن ظهر ولم يرض بها ضمن له عوضها، وإلا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرّضة لتلفها بغير تفریط المسقط لحقه، والأقوى التخيير بين الصدقة، والدفع إلى الحاكم، وإبقائه في يده.

(ولا تصح قسمة الدين^(١)) المشترك بين شريكين فصاعداً على المشهور، (بل الحاصل منه^(٢)) لهما، والثاوي^(٣) بالثناة - وهو الهالك - (منهما)، وقد يجتال^(٤)

(١) بأن كان لاثنين مالٌ في ذم الناس، ثم تقاسما مالهما بأن يتراضيا على أن ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر، فهذه القسمة غير صحيحة عند المشهور، وحيثذ ما يحصل من أحد المديونين فهو لهما وما يذهب فهو عليهما، للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجلين كان لهما مالٌ بأيديهما ومنه متفرقٌ عنهما فاقسما بالسوية ما كان بأيديهما وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما بما كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرّد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله^(١))، وموثق ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجلين بينهما مالٌ منه دين ومنه عين، فاقسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر، أيرّد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله^(٢)).

وخالف ابن إدريس بأن القسمة صحيحة، والأخبار تدفعه.

(٢) من الدين.

(٣) يقال: توي المال بكسر الواو يتوى إذا هلك.

(٤) ذكر غير واحدٍ للاحتيال في قسمة الدين الحوالة، بأن يُجِيل كلُّ منهما صاحبه بنصيبه الذي في ذمة أحد المديونين، وذلك بأن يُجِيل أحد الدائنين صاحبه بماله في ذمة زيد، والدائن الآخر يجيل صاحبه بماله في ذمة عمرو، فالمال المشترك لهما قد تميز حيثذ، ويكون ما في ذمة زيد للدائن الثاني، وما في ذمة عمرو للدائن الأول.

ولكن هذه الحوالة من بريء، وهو الذي ليس في ذمته دين، فكلُّ من الدائنين غيرُ مشغول الذمة لصاحبه الذي أحاله، ولذا لا بد من القول بصحة الحوالة من البريء أو كون أحد الدائنين مشغول الذمة لصاحبه الذي أحاله، والثاني لا إشكال في صحته، =

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الدين حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشركة حديث ٢.

للقسمة بأن يجيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطاءها صاحبه ويقبل الآخر، بناءً على صحة الحوالة من البريء، وكذا لو اصطلحا على ما في الذم بعضاً ببعض^(١)، وفقاً للمصنف في الدروس.

(ويصح بيعه بحال^(٢))

= والأول قال عنه في الجواهر «لم أجد فيه خلافاً سوى ما حكاه الشهيد في الحواشي النسوية إليه من توقف الغايل في التذكرة في ذلك، ولا ريب في ضعفه».

(١) بأن يجيل أحدهما نصيبه في ذمة أحد المديونين في قبيل نصيب شريكه في ذمة الآخر صلحاً، وقد احتمله في جامع المقاصد، واستقرت صحته في الدروس، واستحسنه الشارح في المسالك بناءً على كون الصلح أصلاً برأسه، والنصوص المانعة المتقدمة لا تشمل الصلح ولا الحوالة، لأنها مقيدة بالقسمة، فيقتصر فيها على موردها.

(٢) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذي هو عليه بحال، بلا خلاف فيه بيننا ولا إشكال، لعموم أدلة البيع، وعلى غير الغريم على المشهور شهرة عظيمة، ولم يخالف إلا ابن إدريس حيث منع ذلك، وهو ضعيف، لعدم المانع بعد وجود المقتضي من عموم أدلة البيع.

بل مقتضى هذا العموم جواز بيع الدين قبل حلوله كما هو صريح العلامة في التذكرة وظاهر المختلف وصريح الروضة وظاهر اللمعة، وأشكل عليه بأن الدين قبل الحلول غير مستحق للدائن في ذمة المديون، وفيه: أنه حق مالي إلى آخر ما يعتبر في البيع، فيصح بيعه على حاله التي هو عليها، وإن لم تجز المطالبة به قبل الأجل.

وأشكل عليه أيضاً بعدم إمكان قبضه الذي هو شرط في صحة البيع، وفيه: منع اشتراط إمكان القبض حين العقد، بل الشرط إمكانه مطلقاً، مع أنه يمكن القبض بعد الحلول، وهو كما لو باعه عيناً غائبة منقولة لا يمكن قبضها حال العقد ويمكن قبضها بعد مضي زمانٍ يمكن وصولها فيه.

نعم قد تقدم في باب السلف عدم جواز بيعه قبل قبضه، ولكنه مخصص ببابه، فجزز حكمه إلى غيره قياساً.

وعلى كل فإذا جاز بيع الدين فإن باعه بالحال الحاضر من الأعيان الشخصية صخ بلا خلاف ولا إشكال، وإذا باعه بالحال المضمون الذي هو عين موصوفة بكذا، فهو أمرٌ كلي ثابت في الذمة وصادق على أفراد متعددة، فإذا خرج المدفوع فرداً له فهو وإلا بقي الثمن مضموناً في الذمة، فيصح هذا البيع لعدم صدق بيع الدين بالدين المنهي عنه ضرورة عدم الإرادة التأخير من المضمون.

وإن لم يقبض^(١) من المديون^(٢) وغيره^(٣)، حالاً كان الدين، أم مؤجلاً، ولا يمنع تعذر قبضه حال البيع من صحته^(٤)، لأن الشرط إمكانه^(٥) في الجملة، لا حالة البيع، ولا فرق في بيعه بالحال بين كونه مشخصاً، ومضموناً على الأقوى^(٦)، للأصل^(٧)، وعدم صدق اسم الدين عليه^(٨)، (لا بمؤجل)^(٩) لأنه بيع دين بدين.

وفيه نظر، لأن الدين الممنوع منه: ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء^(١٠) به، والمضمون عند العقد ليس بدين، وإنما يصير ديناً بعده فلم

(١) الحال.

(٢) يصح بيع الدين من المديون، والمعنى صحة بيع الدين على الغريم.

(٣) غير المديون.

(٤) صحة البيع.

(٥) إمكان القبض مطلقاً لا حال العقد.

(٦) قال في الجواهر: «كما هو ظاهر الروضة حيث جعل الجواز أقوى، وهو مشعرٌ بل ظاهر في وقوع الخلاف، ووجهه قوة احتمال صدق الدين عليه بناءً على تضمنه الأجل ولو في الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين» انتهى.

وفيه: أن البحث في المضمون الكلي غير المؤجل فلا داعي لهذا الاحتمال أبداً.

(٧) أصالة الصحة في العقود.

(٨) على المضمون الحال.

(٩) لا يصح بيع الدين بالمضمون المؤجل الذي شرط تأجيله في متن العقد، كأن يقول:

بعثك هذا الدين الذي لي في ذمة عمرو بمائة درهم بشرط أن تدفعها بعد شهر، على المشهور، لأنه بيع دين بدين، فيشمه النهي، وهو خير طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: لا يُباع الدين بالدين)^(١).

وقيل: يكره، كما عن المحقق وجماعة، لعدم أدلة البيع التي يجب الاقتصاد في الخروج عنها على المتيقن، والمتيقن من بيع الدين بالدين المنهي عنه هو ما كان ديناً قبل العقد وقبل أن تتعلق به باء العوض، والمضمون عند العقد ليس بدين وإنما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين بالدين، وقد حُكِمَ بالكراهة خروجاً من خلاف من منع منه.

(١٠) باء العوض.

يتحقق بيع الدين به^(١)، ولأنه يلزم مثله في بيعه بحال^(٢)، والفرق غير واضح، ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع^(٣)، أو بعده فمشترك^(٤)، وإطلاقهم له عليه^(٥) عرفاً إذا بيع به فيقولون: «باع فلان ماله بالدين» مجاز، بقصد أن الثمن بقي في ذمته ديناً بعد البيع، ولو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل^(٦).

(وبزيادة) عن قدره، (ونقيصة^(٧))، إلا أن يكون ربوياً فتعتبر المساواة، (ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري) إلى البائع (على رواية^(٨)) محمد بن

- (١) بالدين.
- (٢) إن كان ثبوت العوض في الذمة بسبب العقد يجعله ديناً مانعاً من صحة بيع الدين به فيلزم مثله في بيع الدين بالحال والفرق تحكم، وفيه: لا كلام في ثبوت المؤجل والحال في الذمة، وإنما التأجيل شرط في المؤجل دون الحال، ولهذا الفرق يظهر الحال في صدق الدين على الأول دون الثاني.
- (٣) كما هو واضح لعدم ثبوته في الذمة إلى حين العقد.
- (٤) وإطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل بعد العقد فهو مشترك بين المؤجل والحال لكونهما معاً يثبتان في الذمة بمجرد العقد.
- (٥) وإطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل عرفاً إذا بيع الدين به.
- (٦) ومن هنا تعرف أنه مع عدم شرطية التأجيل لا يصدق اسم الدين على الحال بخلاف المضمون المؤجل الذي شرط تأجيله.
- (٧) لعموم أدلة البيع، وقد تقدم جواز بيع الدين على غير المديون، من دون خلاف إلا من ابن إدريس.
- (٨) وهي رواية محمد بن الفضيل (قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين، فقال له: ادفع لي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، فقال: يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين، ويرى الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه^(١))، وقريب منه خبر محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشترى منه بعرض، ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال: أعطني ما لفلان عليك فإني قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو=

الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، وقريب منها رواية أبي حمزة عن الباقر عليه السلام، وإنما اقتصر على الأولى، لأنها أصرح^(١)، وعمل بمضمونها الشيخ وجاعة، ويظهر من المصنف^(٢) الميل إليه، وفي الدروس لا معارض لها، لكن المستند ضعيف، وعموم الأدلة تدفعه، وجُل^(٣) على الضمان مجازاً، لشبهه بالبيع في

= جعفر عليه السلام: يرذ الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين^(١).

وعمل بهما الشيخ، وتبعه ابن البراج والشهيد في ظاهر الدروس، والخبران ضعيفان بمحمد بن الفضيل، فإنه يُرمى بالغلو كما في الخلاصة، وفي الفهرست أنه ضعيف، بالإضافة إلى مخالفتها لقواعد المذهب وأصوله، لأن عقد القرض الذي يجب الوفاء به قد وقع على الجميع فلا وجه للاقتصار على البعض.

(١) لأنهما صرحت ببراءة المديون بما بقي عليه، ولصراحتها ينسب الحكم إليها دون الثانية.

(٢) في اللمعة.

(٣) بمعنى أن الشراء في الرواية محمول على الضمان بمعنى أن المطالب ضمن عن المديون ما عليه، ودفع عرضاً قيمته أقل من الدين، وليس للضامن أن يأخذ من المضمون عنه زيادة عما دفع، فيكون له حينئذ قيمة ما دفع، ويبرأ المديون من جميع ما عليه، وهذا الحمل للعلامة في المختلف حيث قال: «لا بد من حمل للروایتين وليس بعيداً من الصواب أن يحملا على أمرين: الأول الضمان، ويكون إطلاق البيع والشراء مجازاً عليه بنوع من المجاز، إذ الضامن إذا أدى عن المضمون عنه بإذنه عوضاً عن الدين كان له المطالبة بالقيمة، وهو نوع من المعاوضة تشبه البيع، بل هو هو في الحقيقة، وإنما يفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير.

والمحمل الثاني أن يكون البيع قد وقع فاسداً، فإنه يجب على المديون دفع ما يساوي مال المشتري إليه بالإذن الصادر من صاحب الدين، ويبرأ من جميع ما بقي عليه من المشتري، لا من البائع، ويجب عليه دفع الباقي إلى البائع لبرأته من المشتري، وهذان الحملان قريبان من صرف الروایتين إليهما انتهى.

وكلا الحملين ضعيفان، حيث صرحت الرواية الأولى ببراءة ذمة المديون ولا يجب عليه دفع الباقي وبه يبطل الحمل الثاني، وصرحت الرواية أيضاً بالشراء والأصل حملة على المعنى الحقيقي له وبه يبطل الحمل الأول.

المعاوضة، أو على فساد البيع^(١)، للربا^(٢) وغيره، فيكون الدفع^(٣) مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع^(٤)، ويبقى الباقي لمالكه^(٥)، والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع، ويجب مراعاة شروط الربا والصرف^(٦)، ولو وقع صلحاً اغتفر الثاني^(٧) خاصة.

(ومنع ابن إدريس من بيع الدين على غير المديون) استناداً إلى دليل قاصر^(٨)، وتقسيم غير حاصر^(٩)،

(١) وهو الحمل الثاني.

(٢) تعليل لفساد البيع.

(٣) دفع المديون إلى المشتري.

(٤) ما دفعه المشتري إلى الدائن.

(٥) للبائع في ذمة المديون، هذا ويكون المراد ببراءة المديون في الرواية الأولى البراءة من حق المشتري لا مطلقاً كما في الرياض، وقد عرفت ضعف هذا الحمل.

(٦) فتحب مراعاة شروط الربا إذا كانا من جنس الربوي، وهو مما يكال أو بوزن، وتجب مراعاة شروط الصرف إذا كانا من الذهب والفضة.

(٧) شروط الصرف دون الربا، لجريان الربا في كل معاوضة صلحاً أو بيعاً أو غيرهما، عملاً بإطلاق أدلته، قال في المسالك: «ولا بدّ من رعاية السلامة من الربا ورعاية شروط الصرف لو كان أنماناً، ولو وقع ذلك بصيغة الصلح صح أيضاً وسلم من اعتبار الصرف لا من الربا على الأقوى فيهما، لدخول الربا في كل معاوضة عملاً بإطلاق الآية - أي وحرم الربا -، واختصاص الصرف بالبيع» انتهى.

(٨) وهو الإجماع وقد خطأه صاحب الجواهر، كيف والمشهور ذهب إلى الصحة.

(٩) التقسيم هو: المبيع إما عين معينة أو في الذمة، والأول إما بيع عين مرئية مشاهدة فلا تحتاج إلى وصف أو عين غير مشاهدة فتحتاج إلى وصف وذكر الجنس وهو بيع خيار الرؤية.

والثاني بيع ما في الذمة وهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين والوصف الخاص؛ فهذه ثلاثة أقسام للمبيع، والدين ليس واحداً منها، لأنه ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة إذ للمديون التخيير في جهات القضاء من ردّ نفس العين أو مثلها، وليس الدين سلفاً إجماعاً، ولا قسم رابع في البين، فيتعين القول ببطلان بيعه.

وؤدّ: بأن الدين عين موصوفة، والتخيير للمديون لا يخرج الدين عن كونه كذلك، فيصح بيعه لعموم أدلة البيع، وعلّق الشارح في الروضة هنا كما في الطبعة الحجرية =

(والمشهور الصحة) مطلقاً^(١)، لعموم الأدلة (ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم) كالخمر والخنزير (ثم قضى منه دين المسلم^(٢) صح قبضه ولو شاهده) المسلم،

= بقوله «حاصل استدلال ابن إدريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادعى صحته وهو: أن المبيع إما عين معينة أو في الذمة، والأول إما بيع عين مرئية مشاهدة فلا يحتاج إلى وصف، وإما بيع عين غير مشاهدة فيحتاج إلى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤية، وأما الذي في الذمة فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين والوصف الخاص، قال: والدين ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة إذ للمديون التخيير في جهات القضاء، وليس يتسلم إجماعاً ولا قسم رابع هنا لنا.

ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع لانتقاده على صحة بيع الدين، ثم أجاب بأن العمومات قد تُخصَّص، والأدلة هنا عامة تُخصَّصها ببيعها على غير من هو عليه، ثم عَقِبَ ذلك بأنه تحقيق لا يبلغه إلا محقق أصول الفقه وضابط فروع المذهب، عالمٌ بأحكامه مُحْكَم لمداره وتقريراته وتقسيماته، ثم استدل أيضاً بالإجماع على عدم صحة جعل الدين مضاربة إلا بعد قبضه، ثم أطنب في ذلك بما لا محصل له.

وأنت خبير بأن التقسيم الذي ادعى فيه الحصر لا دليل عليه، وأما ما ادعاه من الإجماع وارد عليه، وما أعتذر عنه من التخصيص متوقف على قيام المخصص وهو مفقود، والمنع من المضاربة على الدين لا مدخل له في المنع من بيعه أصلاً، وإلا لنع من يبيع على من هو عليه كما يمنع من مضاربه.

وإنما المانع عندهم من المضاربة أمرٌ آخر أشرنا إليه في بابه، ولا فرق بين البيع للدين والسلم إلا بالأجل، وهو لا يصير المجهول معلوماً.

(١) سواء كان البيع على المديون أم على غيره.

(٢) لو باع الذمي مثله ما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير ثم قضى منه دين المسلم جاز للمسلم أخذه عوضاً عن الحق الذي له في ذمة الذمي بلا خلاف فيه، مع مراعاة شرائط الذمة كالشتر ونحوه لإقرار شريعتنا على ما عنده، للأخبار.

منها: صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمرًا أو خنزيرًا ثم يقضي منها، قال: لا بأس، أو قال: خذها)^(١)، ومن المعلوم إرادة الذمي من الخبر لإقرار شريعتنا له خاصة على ما عنده، وللمعلومية البطلان بالنسبة إلى غيره، وللتصريح به في خبر منصور بن حازم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لي على رجل =

لإقرار الشارع له على ذلك، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهر به^(١١) لم يجوز، ومن ثم يقيد بالذمي، لأن الحربي لا يُقرَّ على شيء من ذلك، فلا يجوز تناوله منه.

(ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلّس^(١٢))، عملاً بالأصل، (خلافًا لابن الجنيّد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل، قياساً على الميت، وهو باطل، مع وجود الفارق بتضرر الورثة إن مُنعوا من التصرف إلى أن يحلّ^(١٣)، وصاحب الدين^(١٤) إن لم يُمنعوا، بخلاف المفلّس لبقاء ذمته.

(وتحلّ الديون المؤجلة (إذا مات المديون)^(١٥))، سواء في ذلك مال السلم،

= ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فيحلّ لي أخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك^(١٦).

- (١) فمع التظاهر يكون قد أخلّ بشرائط الذمة، ويكون بحكم الحربي عند الأصحاب.
- (٢) على المشهور لأصالة إبقاء ما كان كما كان، وخالف ابن الجنيّد عملاً بالقياس على الميت، وهو قياس باطل، مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة إن منعوا من التصرف إلى حلول الدين، ويتضرر صاحب الدين إن لم يمنعوا، كل ذلك لعدم الذمة للميت بخلاف المفلّس فإن له ذمة.
- (٣) يحلّ الدين.
- (٤) ويتضرر صاحب الدين.
- (٥) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا مات الرجل حلّ ماله وما عليه من الدين)^(١٧)، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام (إذا كان على الرجل دينٌ إلى أجل ومات الرجل حلّ الدين)^(١٨).

وظاهر الخبرين عدم الفرق بين مال السلم وغيره، ومنه تعرف ضعف ما عن الفخر في إيضاحه والشهيد في حواشيه من عدم حلول السلم بالموت، لأن الأجل يقتضي قسطاً من الثمن.

ولا فرق أيضاً بين الجنابة المؤجلة كذية الخطأ وغيره، وقيل: بأن مال الجنابة لا يحلّ، =

(١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الدين حديث ٣٠١.

والجناية المؤجلة، وغيرهما، للعموم، وكون أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن، وأجل الجناية بتعيين الشارع وليتحقق الفرق بين الجنايات^(١) لا يدفع عموم النص، (ولا تحمل بموت المالك^(٢))، دون المديون للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي.

وقيل: تحمل، استناداً إلى رواية مرسله، وبالقياس على موت المديون، وهو باطل.

(وللمالك انتزاع السلعة) التي نقلها إلى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها مقدماً فيها على سائر الدَّيَّان^(٣) (في الفلْس إذا لم تزد زيادة

= لأن التأجيل شرعي بلا مدخلة لرضا الميت فيه، وبدون الأجل لا تكون الدية شرعية، وعموم النص المتقدم يدفعه.

(١) فدية القتل عمداً في سنة، وشبه العمد في سنتين، ودية الخطأ في ثلاث سنين، فلو كانت الجناية خطأً ثم مات بعد سنة، وحلت الدية بتمامها بعد الموت لما بقي فرق بين دية الخطأ ودية العمد.

(٢) الدائن، على المشهور، لأصالة إبقاء ما كان كما كان، وإنما خرج المديون بالنص. وعن الشيخ في النهاية وأبي الصلاح والقاضي والطبرسي أنها تحمل لرواية أبي بصير المتقدمة (إذا مات الرجل حلَّ ماله)، وهي مهجورة عند الأصحاب بشهادة صاحب الجواهر بالنسبة لصدرها، بالإضافة إلى إرسالها حيث رواها الكليني عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن بعض أصحابه عن خلف بن حماد عن إسماعيل ابن أبي قره عن أبي بصير.

(٣) المشهور أنه من وجد عين ماله فله أخذه، ولو لم يكن سواه، لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (إذا أفلس الرجل وعنده متاع رجلٍ بعينه فهو أحق به)^(١)، وصحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجلٍ عنده بعينه، قال: لا يجاضه الغرماء)^(٢).

وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار والنهاية والمبسوط أن الغريم له أخذ عين ماله إذا كان في البقية وفاةً للمديون الثابتة على المفلس، لصحيح أبي ولاد (سألت أبا عبد =

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

متصلة^(١)) كالسمن، والطول، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلّس فيمتنع أخذ العين بدونها^(٢) ومعها^(٣)، (وقيل: يجوز) انتزاعها (وإن زادت) لأن هذه الزيادة صفة محضة، وليست من فعل المفلّس فلا تعدّ مالاً له، ولعموم «من وجد عين ماله فهو أحقّ بها»، وفي قول ثالث: يجوز أخذها، لكن

= الله ﷺ عن رجلٍ باع من رجلٍ متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يجلب ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال ﷺ: إذا كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحدٍ ممن له عليه شيء، يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع^(١). وفيه: أن الخبر صريح في غريم الميت، لا في غريم المفلّس كما هو مفروض المسألة، هذا من جهة ومن جهة أخرى يبقى السؤال كيف يمكن لمال المحجور عليه أن يفي بالديون مع أنه يجب أن يكون ماله أقل حتى يحجر عليه، والجواب بأنه قد يكون ماله قاصراً في ابتداء الحجر ولكنه تجدد الوفاء فيما بعد بإرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أمواله أو نماها.

(١) أما مع عدم الزيادة فهو مورد النص المتقدم، وأما مع الزيادة المتصلة كالسمن والطول فتزيد لذلك قيمة العين، فعن الشيخ وجماعة منهم العلامة في القواعد أنه يرجع الغريم على العين وله أخذها، لأن هذا النماء يتبع الأصل، لأنه صفة محضة، وليس من فعل المفلّس فلا يُعدّ مالاً له، ولأنه يصدق على الغريم أنه وجد عين ماله فيرجع به. وتردد المحقق في الشرائع، لأن النماء المتصل قد وقع في ملك المفلّس وإن لم يكن بفعله فهو له لأنه نماء ملكه، ولأن الرجوع على العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات شيء على المفلّس.

ولذا ذهب العلامة في المختلف وابن الجنيد والمحقق الثاني إلى أن الزيادة للمفلّس لكنها لا تمنع من رجوع الغريم لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان المفلّس شريكاً معه بالنسبة.

وعن العلامة في التذكرة المنع من الرجوع لعدم صدق وجدان العين، لأنها زادت، بل الرجوع على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهو ما لم تزد العين.

(٢) بدون الزيادة المتصلة لاستحالة التفكيك.

(٣) لأنها مال المفلّس.

يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة، (ولو كانت الزيادة منفصلة) كالولد وإن لم ينفصل، والثمرة وإن لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع^(١) وكانت الزيادة للمفلس، ولو كانت بفعله^(٢) كما لو غرس^(٣)، أو صبغ الثوب^(٤)، أو خاطه، أو طحن^(٥) الحنطة كان شريكاً بنسبة الزيادة.

(وغيره المبت سواه في تركته مع القصور^(٦)) فيقسم على نسبة الديون،

(١) بلا خلاف، لصدق وجدان العين من دون زيادة فيها، نعم النماء المتصل للمفسر، لأنه انفصل في ملكه وهو نماء ملكه، بلا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره، لكون الجميع نماء ملك المشتري.
(٢) بفعل المفلس.

(٣) قال في المسالك: «اعلم أن الزيادة اللاحقة للمبيع لا تخلو إما أن تكون من نفسه - أي نفس المبيع - أو من خارج، والأول إما متصلة محضاً كالسمن، أو منفصلة محضاً كالولد، أو منفصلة من وجه دون آخر كالحمل، وقد تقدم حكم الثلاثة.

والزيادة الخارجية إما أن تكون عيناً محضاً كالغرس - غرس بذر أو نبت -، أو صفة محضة كسج الغزل وقصر الثوب، أو صفة من وجه وعيناً من آخر كصبغ الثوب» انتهى.

فللغريم الرجوع على العين لأنها قائمة وهي متميزة عن بقية مال المفلس، وللمفلس الزيادة الخارجية لأنها بفعله، وهو فعل محترم غير متبرع به، وكلما كان كذلك فيجب أن لا يضيع على فاعله.

(٤) مثال للزيادة الخارجية وكانت صفة من وجه وعيناً من وجه آخر.

(٥) الخياطة والطحن مثال للزيادة الخارجية إذا كانت صفة محضة، والغرس المتقدم مثال للزيادة الخارجية إذا كانت عيناً محضاً.

(٦) مع قصور تركته لما عليه من الدين، فلا يجوز للمالك الرجوع على عين ماله لو باعه لإنسان ثم مات هذا الإنسان المشتري، بل يكون المالك مع بقية غرماء الميت سواء في التركة، إذا لم يترك نحواً مما عليه، وأما إذا ترك نحواً مما عليه فيجوز حيثنذ لصاحب العين أخذها، على المشهور، ومستندهم صحيح أبي ولاد المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يجلي ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال عليه السلام: إذا كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء، يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع^(١)). =

سواء في ذلك صاحب العين، وغيره، (ومع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور)، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد، وسواء مات محجوراً عليه أم لا^(١)، ومستند المشهور صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام.

(وقال ابن الجنيد: يختص بها وإن لم يكن وفاء) كالمفلس، قياساً، واستناداً إلى رواية مطلقة^(٢) في جواز الاختصاص، والأول^(٣) باطل، والثاني يجب تقييده بالوفاء جمعاً، وربما قيل: باختصاص الحكم^(٤) بمن مات محجوراً عليه، وإلا فلا اختصاص مطلقاً^(٥)، وصحيح النص يدفعه، (ولو وُجدت العين ناقصة بفعل المفلس^(٦)) أخذها

= وخالف الإسكافي ابن الجنيد فذهب إلى جواز الرجوع إلى العين وإن لم تغب التركة بما على الميت، قياساً على المفلس، ومرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن، ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه رُدَّ إلى صاحب المتاع، وقال: ليس للغرماء أن يحاضوه)^(١)، وقال الشارح في المسالك عنه «وهو ضعيف»، وقال صاحب الجواهر: «كأنه اجتهاد في مقابلة النص»، لأن دليله الأول قياس وهو باطل، ومرسل جميل مقيد بما إذا كانت التركة وافية بالدين جمعاً بينه وبين صحيح أبي ولاد المتقدم.

ثم على مبنى المشهور لا فرق في الميت بين أن يموت وهو محجور أو لا، لأن غرماءه غرماء الميت لا غرماء المفلس، وخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد فذهب إلى أن للغريم الرجوع على العين إذا كانت قائمة وكان الميت محجوراً عليه، وأما إذا لم يكن محجوراً عليه فلا اختصاص لصاحب العين سواء ففت التركة أم لا، وصحيح أبي ولاد المتقدم يدفعه.

(١) في قبال قول المحقق الثاني.

(٢) وهي مرسل جميل المتقدم.

(٣) القياس.

(٤) وهو اختصاص الغريم بعين ماله.

(٥) سواء كانت التركة وافية بالدين أم لا.

(٦) النقصان في العين إما بما يتوسط عليه الثمن لجواز إفراجه بالبيع كعبد من عبيد، وأنحوه كنصف الثوب، أو لا يكون كذلك كعبد ورجله، وعمل التقديرين إما أن يكون =

إن شاء (وضرب بالنقص^(١) مع الغرماء مع نسبته) أي: نسبة النقص (إلى الثمن) بأن تُنسب^(٢) قيمة الناقص إلى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك النسبة، كما هو مقتضى قاعدة الأرش، ولثلا يجمع بين العوض والمعوّض في بعض الفروض^(٣) وفي استفادة ذلك^(٤) من نسبة^(٥) النقص إلى الثمن خفاء، ولو كان

= التلف من قبل الله تعالى، أو بجناية الأجنبي، أو من المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

فإن كان التلف مما له قسط من الثمن وكان التلف من فعل المشتري كان البائع مختيراً بين أن يضرب بالثمن مع الغرماء ولا يرجع على العين الناقصة، أو أن يرجع على الباقي من العين ويضرب مع الغرماء بالتالف من حصته، وهذا مما لا خلاف فيه كما في المسالك لصدق عين المال على الموجود فللغريم أخذه، وخالف بعض العامة وزعم أنه ليس له الرجوع بالباقي لأنه لم يجد المبيع بعينه وهو ضعيف، ولو كان التلف مما لا قسط له من الثمن وكان التلف من فعل المشتري فليس للبائع إلا الرضا به على تلك الحال أو الضرب بالثمن، لأن البائع هنا لا حق له بالعين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، وحقه قبل الفسخ في الثمن، وهذا يعني أن العين غير مضمونة على المشتري قبل الفسخ، ولازمه أن البائع لو فسخ فله نفس العين على ما هي عليه وقت الفسخ، وما مضى من النقصان لم يتعلق حقه به، وذهب ابن الجنيّد وقواه العلامة في المختلف والمحقق الثاني إلى أن البائع لو فسخ يستحق أرش النقصان، لأن فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مالٍ لصاحبه، فإن كان باقياً رجع به، وإن كان تالفاً، رجع ببذله كائناً ما كان بلا فرق بين تلف الجميع أو البعض، وكونُ العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع معارضُ بماله قسط من الثمن.

وأما بقية الصور فسيأتي الكلام فيها.

- (١) ظاهره عموم النقص لما له قسط من الثمن ولغيره.
- (٢) كما لو كان قيمة العبد مائتين وقد اشتراه بمائة فجنى عليه المشتري بأن قطع يده، وأرش الجناية هنا مائة لقطع اليد التي فيها نصف القيمة، فلا يرجع البائع بالمائة لثلا يجمع بين العبد وبينها عند الفسخ، بل الأرش هنا الذي يرجع به هو جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة نقصان القيمة إليها، فيرجع بخمسين مع العبد الذي اشتراه بمائة، وهذه هي قاعدة الأرش المقررة عندهم.
- (٣) كمثل العبد المتقدم.
- (٤) نسبة النقص إلى القيمة الواقعية والرجوع من الثمن بمقدار تلك النسبة.
- (٥) الذي هو مفاد كلام الماتن.

النقص بفعل غيره^(١) فإن وجب أرشه ضرب به قطعاً، ولو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك، سواء كان الفائت مما يُتقسط عليه الثمن بالنسبة كعبد من عبيد أم لا، كيد العبد، لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه، أو بدله.

واعلم أن تخصيص النقص بفعل المفلّس^(٢) لا يظهر له نكتة^(٣)، لأنه إما مساوٍ لما يحدث من الله تعالى، أو الأجنبي على تقدير الفرق^(٤)، أو حكم الجميع

(١) فإن كان التلف من قبل الله تعالى سواء كان النقص مما له قسط من الثمن أم لا فيجري فيه نفس الكلام الوارد في النقص الصادر من المشتري وكان مما لا قسط له، من ذهاب المشهور على أن البائع ليس له إلا الرضا بالعين على حالتها حين الفسخ أو الضرب بالثمن، لأن البائع ليس له حق بالعين إلا بعد الفسخ، وأما قبله فحقه في الثمن، ومن الواضح أن العين قبل الفسخ غير مضمونة على المشتري فما ورد من نقص عليها قبل الفسخ ليس على المشتري ولم يتعلق حق البائع به.

وقد ذهب غير المشهور إلى استحقات أرش النقصان لو فسخ البائع، لأن فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مال إلى صاحبه فإن كان باقياً رجع به، وإن كان تالفاً رجع بيده كأنه ما كان، بلا فرق بين تلف الجميع والبعض، مع كون العين في يد المشتري غير مضمونة للبائع قبل الفسخ معارضاً بما له قسط من الثمن وكان التلف من المشتري.

وإن كان التلف من الأجنبي سواء كان التالف مما له قسط من الثمن أم لا تحير البائع بين أخذ العين والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة وبين الضرب بجميع الثمن، لأن الأجنبي لما ثبت عليه أرش الجناية والأرض جزء من المبيع وقد أخذه المشتري فلا يُضيق على البائع، وهذا بخلاف التعيب بالآفة السماوية على مبنى المشهور حيث لم يكن لها عوض، وإلا فعل مبنى غير المشهور في الآفة السماوية فالحكم متحد، وإن كان التلف من البائع فهو كالأجنبي، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له ولا في ضمانه.

(٢) بلا فرق بين كون البديل بدلاً عن الجميع التالف أو البعض التالف.

(٣) في عبارة الماتن.

(٤) لأن النقص الحاصل من المفلّس إذا كان حكمه حكم ما يحدث من قبل الله تعالى بعدم الأرض فليَم حكم المصنف بالرجوع.

وإذا كان حكمه حكم ما يحدث من الأجنبي بالأرض فليَم خص المصنف النقص بالمفلّس، هذا كله على تقدير الفرق بين النقص من قبل الله وبين النقص من قبل الأجنبي كما هو مبنى المشهور في الآفة السماوية، فعلى هذا التقدير لا بد من ذكر أحدهما مع المفلّس فالتخصيص غير حسن.

سواء على القول القوي.

(ولا يقبل إقراره في حال التفلّيس بعين^(١))، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله) فيكون إقراره بها في قوة الإقرار بمال الغير، وللحجر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار، (ويصح) إقراره (بدين)^(٢))، لأنه عاقل مختار، فيدخل في عموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، والمانع في العين منتف هنا، لأنه في

= وإن لم يكن مذهب المصنف التفريق بين الأجنبي وفعل الله كما هو مبنى غير المشهور في الآفة السماوية وكما هو مختار الشارح في المسالك والروضة هنا وأن الحكم هو الرجوع فوجه عدم حسن التخصيص بالمفلس أظهر.

(١) فلا يقبل، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله، فيكون الإقرار بها إقراراً منافياً لحق الغير. وعن المبسوط للشيخ والتحرير للعلامة قبول إقراره لعموم النبوي (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز)^(٣))، وهو ضعيف، لتعلق حق الغير بالعين فلا يقبل إقراره بها، لأنه إقرار بمال الغير.

(٢) لو أقرّ المفلس بدين سابق على الحجر فيصح، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، وقال: «نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عدم صحة إقراره مطلقاً، ولم نعرفه مع وضوح فساده، لمنافاته لما دلّ على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم انتهى، واستدل أيضاً بأن الحجر الموجود على المفلس ليس بمانع من صحة إقراره المذكور، لأن الحجر مانع في خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان، لأن فيه إحداث تمليك جديد، والإقرار هنا إخبار بالدين، فهو ليس إحداثاً لتمليك بل إخبار عن تمليك.

ثم هل المقر له يشارك الغرماء أو لا؟ ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف والمحقق في الشرائع والعلامة في التذكرة والتحرير أنه يشارك ويقسم مال المفلس بين غرمائه بما فيهم المقر له، لعموم خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه قسم بينهم، يعني ماله)^(٤).

ولأن الإقرار كالبينة، ومع قيام البينة فلا إشكال في المشاركة فكذا في مساويتها، ولانتفاء التهمة على الغرماء، لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء، ولأن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقتر بدين عليه مع عدمه.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإقرار حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

العين مناف لحق الديان المتعلق بها (و) هنا (يتعلق بدمته، فلا يشارك الغرماء المقر له) جمعاً بين الحقين، (وقوى الشيخ رحمه الله) وتبعه العلامة في بعض كتبه (المشاركة) للخبر^(١)، ولعموم الإذن^(٢) في قسمة ماله بين غرمائه، وللفرق بين الإقرار، والإنشاء، فإن الإقرار إخبار عن حق سابق، والحجر إنما يُبطل إحداث الملك، ولأنه^(٣) كالبينة، ومع قيامها لا إشكال في المشاركة.

ويشكل بأن رد إقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره فلا ينافيه الخبر^(٤)، ونحن قد قبلناه على نفسه بإلزامه بالمال بعد الحجر، ومشاركة المقر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء^(٥) في المعنى، وكونه كالبينة مطلقاً ممنوع، فما اختاره المصنف أقوى، وموضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحجر، أما بعده^(٦) فإنه لا ينفذ معجلاً قطعاً، نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمته

= وفي الجميع نظر، أما عموم الإقرار فتقول به ولكن لا يشارك الغرماء لتعلق حقهم بأعيان مال المُفلس فلا بد من إلزام المُفلس بالمال بعد زوال الحجر، وإلا لو قبل إقراره في الأعيان التي تعلق بها حق الغير لكان إقراراً في حق غيره لا على نفسه. وأما خبر غياث فإنما هو في الغرماء حين الحكم بالحجر لا فيما يستجد، ونمنع مساواة الإقرار للبينة في جميع الأحكام، ويظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيم عليه البينة، وإذا لم تكن القاعدة كلية فلا تصلح كبرى للشكل ولا تنتج المطلوب. مع أن التهمة موجودة في حق الغرماء لأنه يريد إسقاط حقهم بإقراره، وتحقق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه الضرر عليهم، وإمكان المواطاة بينه وبين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر إلا عليهم، والأخير استحسان محض، فلذا ذهب العلامة في بعض كتبه إلى عدم المشاركة وتبعه الشهيدان والكركي وغيرهم، بل يثبت بدمته ويلزم بالمال بعد زوال الحجر.

(١) عموم النبوي المتقدم.

(٢) المستفاد من خبر غياث المتقدم.

(٣) الإقرار.

(٤) وهو النبوي المتقدم.

(٥) إنشاء الملك بالهبة أو غيرها.

(٦) بعد الحجر، بحيث أقر بالدين الناتج عن معاملة، وقد وقعت بعد الحجر برضا الطرفين من المُفلس والذي عامله، فلا يشارك الدائن هنا الغرماء، لأن الإقرار لم يتعلق بأعيان ماله التي تعلق بها حق الغرماء، فيكون الإقرار مؤجلاً إلى ما بعد الحجر، نعم لو أقر =

كإتلاف مال أو جنابة، شارك^(١) لوقوع السبب^(٢) بغير اختيار المستحق^(٣) فلا تقصير، بخلاف المعامل^(٤).

(ويمنع المُفلس من التصرف) المبتدأ (في أعيان أمواله)^(٥) المنافي لحق

= بدين بعد الحجر وأسندته إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مالٍ أو جنابة فيجري فيه الوجهان السابقان، لاتحاد المدرك كما في الجواهر والمسالك وغيرهما، نعم قوَى الشارح المشاركة هنا بقوله في المسالك «والفرق أن الجنابة والإتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجني عليه فلا يُستند إلى تقصيره بخلاف المعاملة لصدورها عن الرضا والاختيار من الطرفين» انتهى.

- (١) شارك المقر له للغرماء.
- (٢) وهو سبب الشراكة من الإتلاف والجنابة.
- (٣) مستحق الشركة وهو المقر له.
- (٤) وهو الذي أوجد المعاملة مع المُفلس من قرض أو بيع أو نحوهما.
- (٥) لا خلاف في منع المُفلس بعد الحجر من التصرف في أعيان أمواله الموجودة حال الحجر احتياطاً لحفظ المال للغرماء.

وهذا في خصوص التصرف الابتدائي، لا في مطلق التصرف فلا يُمنع من الفسخ بالخيار، كما لو اشترى بخيارٍ ثم فُلس فالخيار باقٍ بلا خلاف فيه، لأنه أثرُ أمرٍ ثابت قبل الحجر فلا يُمنع منه للاستصحاب، ولكن هل يلاحظ في الفسخ الغبطة أو لا، ذهب جماعة منهم الشيخ في المبسوط والمحقق والعلامة والكرمي إلى أن له الفسخ من غير اعتبار الغبطة، بل وإن كان فيه مفسدة على الغرماء، للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إياه.

خلافاً للفاضل في التذكرة فاعتبر الغبطة في خيار العيب دون غيره، وعلمه بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثابت له فلا يتعلق حق الغرماء بالمال دون العيب، فإن العقد غير متزلزل فيتعلق حق الغرماء بالعيب، وعليه لا بد من مراعاة المصلحة في العيب دون غيره، ويُضغف بأن التزلزل بينهما مشترك والفرق تحكم.

ووجهه الشهيد بأن الخيار في غير العيب ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف العيب فإنه ثابت على طريق المصلحة فيقيد بها، والتزم الشهيد بذلك. وفيه: أن كلا الخيارين ثابت بأصل العقد، وإنما افرقا بأن أحدهما قد ثبت بالاشتراط، والآخر بمقتضى العقد، ولم يقل أحدٌ بتقيد فسخ العيب في غير المُفلس بالمصلحة فاعتبار الغبطة فيه هنا مع كونه ليس من التصرفات المبتدأة ليس بجيد.

الغرماء، لا من مطلق التصرف، واحترزنا بالمبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنه ليس بابتداء تصرف، بل هو أثر أمر سابق على الحجر، وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً فله الفسخ به، وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة، أم يجوز اقتراحاً؟ الأقوى الثاني، نظراً إلى أصل الحكم، وإن تحلفت الحكمة^(١)، وقيل: تعتبر الغبطة في الثاني دون الأول.

وفرق المصنف رحمه الله بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة، فلا يتقيد بها، بخلاف العيب، وفيه نظر بين، لأن كلاً منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة، وإن كانت الحكمة المسروعة له هي المصلحة، والإجماع على جواز الفسخ بالعيب وإن زاد القيمة^(٢)، فضلاً عن الغبطة فيه^(٣).

وشمل التصرف^(٤) في أعيان الأموال ما كان بعوض^(٥) وغيره، وما تعلق بنقل العين، والمنفعة، وخرج به^(٦) التصرف في غيره^(٧)، كالنكاح، والطلاق،

(١) وهي الغبطة.

(٢) فيكون في الفسخ ضرر.

(٣) في الفسخ، والمعنى إذا قام الإجماع على جواز الفسخ مع الضرر في غير المفلس فيجوز في المفلس لعدم الدليل على التفريق.

(٤) التصرف الممنوع منه.

(٥) سواء كان بعوض أم بغيره، بل ولو محاباة، وسواء كان التصرف بنقل العين أم المنفعة، كل ذلك احتياطاً لحق الغرماء.

(٦) بلفظ «التصرف في أعيان أمواله».

(٧) التصرف في غير عين ماله كالنكاح والطلاق والقصاص والعفو عنه والإقرار بالنسب ونحو ذلك، مما لا يصدق عليه أنه تصرف في المال، وإن استلزم بعضها ذلك، كالمؤنة في الإقرار بالنسب.

كما لا يمنع من التصرف المحصل للمال كلاحتطاب والاصطياد، وأولى منهما قبول الوصية التمليلية والاتهاب والشراء بشمن في الذمة والقرض ونحوها، مما هو مصلحة للغرماء، بناء على دخول الجميع في الحجر فيتعلق فيه حق الغرماء، كما صرح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين، واستشكل العلامة في الإرشاد بتعلق الحجر في الأموال المستجدة بعد الحجر، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق أولى.

هذا وصرح الفاضل والكركي بعدم المنع أيضاً عن الوصية والتدبير، لأنه لا ضرر فيهما على الغرماء، لكونهما بعد الموت للوجوب لسبق استيفاء الدين أولاً.

واستيفاء القصاص، والعفو عنه، وما يفيد تحصيله^(١) كالاختطاب، والانتهاب، وقبول الوصية وإن منع منه^(٢) بعده^(٣)، وبالمنافي^(٤) عن وصيته، وتدييره فإنهما يُخرجان من الثلث بعد وفاء الدين، فتصرفه في ذلك ونحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(وتباع)^(٥) أعيان أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل كالمنفعة أوجرت، أو

(١) وخرج بالتصرف المالي الممنوع منه ما يفيد تحصيل المال.

(٢) من المال الذي حصله.

(٣) بعد التحصيل.

(٤) وخرج بالمنافي لحق الغرماء، فتخرج وصيته وتدييره على شرح قد تقدم.

(٥) شروع في قسمة أمواله بين غرمائه بعد بيعها، وظاهر القواعد وغيره أنه ينبغي للحاكم

المبادأة إلى بيعها لثلاث تطول مدة الحجر، وهو ظاهر في الاستحباب، هذا ولكن الحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة فتجب المبادأة حينئذ خصوصاً بعد مطالبة الديان، ولذا ذهب العلامة في ظاهر التحرير إلى الوجوب، بل في جامع المقاصد: «أن الوجوب أظهر»، هذا من جهة ومن جهة أخرى فيما أن حق الغرماء قد تعلق في أعيان أمواله فالوصول إلى حقهم منحصر ببيع هذه الأعيان إن أمكن، وإلا صلح عليها، وما لا يملك يبعه يؤجر ويضاف الجميع إلى المال الذي عنده.

وعليه فإن وفي بالدين فهو وإلا يقسم على نسبة أموالهم قضاء لحق العدل بينهم، فلو كان لغريم مائة وللآخر مائتان، وبيعت أمواله بمائة فلا بد من تقسيم هذه المائة أثلاثاً وهكذا.

ويشهد له خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجلٍ كانت عنده مضاربة ووديعة وأموال أيتام وبضائع وعليه سلفٌ لقوم، فهلك وترك ألف درهم، أو أكثر من ذلك، والذي عليه للناس أكثر مما ترك، فقال: يُقسَم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على قدر حصصهم أموالهم)^(١)، وخبر عبد الله بن الحكم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أفلس وعليه دين لقوم، وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم، فمات ولا يحيط ماله بما عليه عن الدين، قال: يُقسَم ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص)^(٢).

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١.

صالح عليها، وأضيف العوض إلى أثمان ما يباع (وتقسم على الغرماء) إن وفي، وإلا فعل نسبة أموالهم، (ولا يُذخر للمؤجلة^(١)) التي لم تحل حال القسمة (شيء) ولو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي، وضرب بجميع المال، وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم (ويحضر كل متاع في سوقه^(٢)) وجوباً مع رجاء زيادة القيمة وإلا استحباباً، لأن يبعه فيه أكثر لطلابه، وأضبط لقيمته.

(ويُجس لو ادعى الإعسار حتى يُثبت^(٣)) باعتراف الغريم، أو بالبينة المطلعة

(١) نُقسَم أمواله على ديونه الحائلة دون المؤجلة بلا خلاف فيه ولا إشكال، لعدم استحقاق المؤجلة قبل الأجل، نعم لو حلت قبل قسمة الكل ففي التذكرة والمسالك أن هذا الدين الجديد يشارك، وكذا لو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي وضرب بجميع المال وضرب بقية الغرماء ببقية أموالهم، لأن تعلق حقوقهم بالمال لا يمنع من تعلق حق غيرهم بعد وجود مقتضى التعلق فيه.

(٢) ففي الشرائع والقواعد والتحرير والإرشاد ومعكي المبسوط أنه يستحب إحضار كل متاع إلى سوقه لتوفر الرغبة، ومقتضاه جواز يبعه في غير سوقه ولو رجا الزيادة فيه.

وفي جامع المقاصد «أنه لا يبعد الوجوب إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة في سوقه»، وفي المسالك: «فالأولى الوجوب لأن يبعه فيه أكثر لطلابه وأضبط لقيمته».

(٣) لو ادعى الإعسار فإن وافقه الغريم ثبت إعساره، لاعتراف من له الحق عليه، وكذا لو قامت البينة على إعساره على تفصيل سيأتي، ومع ثبوت إعساره لا يجوز حبسه، سواء كان المعسر مُفلساً وقد منعه الحاكم من التصرف في أمواله أم كان غير مُفلس، بلا خلاف فيه بيننا ولا إشكال، للإنتظار للمأمور به في الكتاب بقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾^(١)، ولخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أن امرأة استعدت على زوجها أنه لا يتفق عليها، وكان زوجها معسراً فأبى أن يجسه وقال: إن مع العسر يسراً)^(٢)، وخالف بعض العامة حيث جعل قيام البينة على إعساره غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر، وهو ضعيف.

ثم لو ادعى الإعسار فإنه يجس حتى يثبت إعساره، لأصالة بقاء المال عنده فلا يؤخذ بدعواه، والإنتظار للمأمور به في الآية للتقدمة مشروط بثبوت الإعسار ولم يثبت هنا، =

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقاً^(١)، أو بتلف المال حيث لا يكون

= ولفعل أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يجبس بمجرد الالتواء، كما في خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علياً كان يجبس في الدين فإذا تبين له حاجة وإفلاس حُلَّ سبيله حتى يستفيد مالا^(٢))، ثم لو تناكر المديون وغريمه في الإعسار وعدمه، فإن كان للمديون مالٌ ظاهر من غير المستثنى له كالدار والجارية والثياب أمره الحاكم بالوفاء، فإن امتنع تخيّر الحاكم بين حبسه حتى يُوفي بنفسه لوجوبه عليه، وبين بيع أمواله وقسمتها بين غرمائه، لأنه وليّ الممتنع.

وإن لم يكن للمديون مال ظاهرٌ وقد ادعى الإعسار ولم يوافق الغريم فإن وجد المديون البيعة على شرطٍ سيأتي بيانه قضى الحاكم بها، وإن عُدمت البيعة فإن كان للمديون أصل مالٍ معهود وقد ادعى تلفه أو كانت أصل الدعوى مالا كالقرض ونحوه وقد أثبتتها الغريم حُبس المديون حتى يثبت إعساره، لأصالة بقاء المال، وفي التذكرة أنه لو لم تكن له بيعة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فإذا حلفوا حُبس.

وعلى كلٍ فلو قامت البيعة لإثبات إعساره كما في بعض الفروض المتقدمة، فلا يخلو الأمر إما أن يكون مستنداً الشهادة علم البيعة بتلف أمواله، أو بإطلاعها على حاله، فإن كان الأول بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قُبِلت وإن لم تكن مُطلّعة على باطن أمره، لأن الشهادة بذلك بيّنة إثبات فيشملها جميع ما دلّ على قبول البيعة، وبشبهت تلف ماله يحصل القرض من فقره.

وإن كان الثاني بأن شهدت بإعساره مطلقاً من غير تعرضٍ لتلف أمواله فلا بدّ في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكدة مع المشهود له ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن أمره غالباً، فإن الأموال قد تخفى ولا يُعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك.

وإنما اعتبرنا البيعة مع شرط الصحبة في القسم الثاني لأنها بيعة نفي، لأن معنى إعساره أنه لا مال له، ومن حق الشهادة على النفي أن لا تقبل، وإنما قُبِلت عندنا وعند أكثر العامة لأن الشرط المذكور يلحقها بالإثبات، لأن البيعة على الإعسار مع الصحبة المؤكدة هي بيّنة على أنه لا يملك إلا ما يستثنى له من مال كقوت يومه وثيابه وداره وخادمه، فهي بيعة إثبات تشتمل على النفي، وليست هي بيعة نفي صرف حتى لا تقبل.

(١) من دون بيان السبب.

منحصرأ في أعيان مخصوصة، وإلا^(١) كفى اطلاعها على تلفها، ويعتبر في الأولى^(٢) مع الاطلاع على باطن أمره بكثرة مخالطته، وصبره على ما لا يصبرُ عليه ذوو اليسار عادة، أن تشهد بإثبات يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف، بأن يقول: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، ونحو ذلك، وهل يتوقف ثبوته^(٣) مع البينة مطلقاً^(٤) على اليمين قولان^{(٥)؟}.

وإنما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته^(٦) لو كان أصل الدين مالاً كالقرض، أو عوضاً عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجناية والإتلاف قُبِلَ قوله في الاعسار بيمينه، لأصالة عدم المال، وإنما أطلقه^(٧) المصنف اتكالاً على مقام الدين في الكتاب^(٨)، (فإذا ثبت) إعساره (خُلِّيَ سبيلُهُ)، ولا يجب عليه

(١) فلو كان التلف منحصرأ في أعيان مخصوصة.

(٢) في البينة التي شهدت بإعساره مطلقاً.

(٣) ثبوت الإعسار.

(٤) سواء كانت بينة إثبات بأن شهدت على تلف أمواله، أم بينة تتضمن النفي بأن شهدت على إعساره مع صحبتها المؤكدة.

(٥) ذهب المحقق وتبعه العلامة في جملة من كتبه بل نُسِبَ إلى الأكثر إلى أن بينة الإثبات التي تشهد على تلف أمواله لا تحتاج إلى يمين، وإلى أن بينة الإعسار التي تتضمن النفي وهي التي تشهد بإعساره مطلقاً مع صحبتها المؤكدة تحتاج إلى يمين الاستظهار، لاحتمال أن يكون مستند الشهادة بالإعسار هو ظاهر حاله، فلا صراحة فيها بتلف الأموال فتجبر باليمين.

وعن العلامة في التذكرة عكس الحكم فأنبت عليه اليمين في بينة الإثبات التي هي بينة التلف دون بينة الإعسار، بدعوى أن البينة إذا شهدت بالتلف كان كمن له أصل مال واعترف الغريم بتلفه وادعى مالاً غيره فإنه يلزمه اليمين.

وعن العلامة في موضع آخر من التذكرة على ما هو المحكي منها: أنه لا يمين في الموضعين، لأن فيه تكذيباً للشهود، ولأن عموم «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» تفصيل، والتفصيل قاطع للشركة.

(٦) قبل إثبات الإعسار، وقد تقدم شرحه.

(٧) الحبس.

(٨) إذ الكتاب كتاب الدين، والجناية والإتلاف لا تُسمى ديناً.

التكسب^(١)، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾.

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

(والأول أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة والتكسب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحيثذ فهو خارج من الآية، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه^(٢) تحمل الرواية.

(١) إذا ثبت إيساره فلا بد أن ينظر إلى ميسرة، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(١)، ولخبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين فإذا تبين له حاجة وإفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالا)^(٢)، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً، فأبى أن يجبسه وقال: إن مع العسر يسراً)^(٣)، وأطلق جماعة من الأصحاب منهم الشيخ وابن إدريس أنه لا يجب عليه التكسب أيضاً ولا قبول الهبة ولا الصدقة ونحوهما.

وعن ابن حزة والشهيدين والمحقق الكركي أنه يجب التكسب، واستجوده العلامة في المختلف، ولكن التكسب الواجب هو ما يليق بحاله، ولو بمؤاجرة نفسه، لأن وجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة ثابت، والتكسب قادر ولذا تحرم عليه الزكاة، ويشهد له خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يجبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم أجروه، وإن شئتم استعملوه)^(٤).

(٢) على التكسب اللائق بحاله فحمل رواية السكوني التي أوردها الماتن.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٠.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢٠١.

(٤) (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٣.

(وإنما يحجر على المديون^(١)) إذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يُحجر عليه إجماعاً، وإن ظهرت عليه أمارات القَلَس، لكن لو طولب بالدين فامتنع تخيير الحاكم بين حبه إلى أن يقضي بنفسه، وبين أن يقضي عنه من ماله، ولو يبيع ما خالف الحق^(٢)، (وطلب الغرماء الحجر^(٣))، لأن الحق لهم فلا

(١) شروع في شروط الحجر، وهي أربعة:

الأول: أن تكون الديون ثابتة عند الحاكم، ضرورة أصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، كما في الجواهر.

الثاني: أن تكون أمواله من عروض ومنافع وديون وأموال منقولة وغير منقولة غير المستثنيات قاصرة عن ديونه، وإلا فلو ساوت أمواله ديونه أو زادت لم يحجر عليه بلا خلاف فيه، بل إذا طالبه أرباب الدين فإن قضى فهو، وإلا رفعوا أمرهم إلى الحاكم فيحبه إلى أن يقضي، ويدل عليه النبوي المشهور (لِي الْوَاجِدِ يَجْلُ عَقوبته وعرضه)^(٤)، وعقوبته بالحبس، أو يبيع ماله ويقضي عنه، لأن الحاكم ولي الممتنع، ومما يدل على الحكم بكلتا فرعيه خبر الأصمغ بن نباتة عن أمير المؤمنين عليه السلام المروي في الفقيه (- إلى أن قال - وقضى عليه السلام في الرجل يلتوي على غرمائه أنه يجبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فقسمه بينهم)^(٥)، ولا يُمنع في هذا الحال عن التصرف في أمواله.

ولو تصرف بها بحيث أخرجها عن ملكه قبل بيعها عليه وتسديد الديون منها نفذ تصرفه وانتقل حكمه إلى ما لو كانت أمواله قاصرة عن ديونه.

(٢) حق الغرماء، بحيث لو كانت ديونه من جنس أمواله فلا داعي للبيع، ومع التغاير فإن رضي الغريم بها فهو، وإلا باع الحاكم أمواله وسدّد بها ديونه.

(٣) هذا هو الشرط الثالث للحجر، فلا بد من التماس الغرماء الحجر عليه، لأن الحق لهم فلا يحجر عليه تبرعاً مع عدم التماسهم للأصل، نعم لو التمس بعضهم فقط فيعتبر في التحجير عليه أن يكون دينه على نحو أكثر من مال الغريم وإن عمّ الحجر حيثئذ له ولغيره، واستقرب العلامة في التذكرة جواز الحجر بالتماس بعضهم وإن لم يكن دينُ الملتمس زائداً عن ماله، وهو ضعيف، هذا من جهة ومن جهة أخرى لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كالطفل واليتيم والمجنون والسفيه كان للحاكم الحجر باعتبار ولايته على الغرماء.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين حديث ٥.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

يتبرع الحاكم به عليهم، نعم لو كانت الديون لمن له^(١) عليه ولاية كان له الحجر، أو بعضها^(٢) مع التماس الباقيين، ولو كانت^(٣) لغائب لم يكن للحاكم ولايته^(٤)، لأنه لا يستوفي له، بل يحفظ أعيان أمواله، ولو التمس بعض الغرماء فإن كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحجر وعم^(٥)، وإلا^(٦) فلا على الأقوى.

(بشرط حلول الدين^(٧)) فلو كان كله، أو بعضه مؤجلاً لم يُحجر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ، نعم لو كان بعضها حالاً جاز مع قصور المال عنه^(٨) والتماس أربابه.

(ولا تباع داره^(٩))،

- (١) لمن للحاكم.
- (٢) لو كان بعض ديون الغرماء لمن للحاكم عليه ولاية، وقد التمس بقية الغرماء الحجر كان للحاكم الحجر عليه.
- (٣) الديون.
- (٤) ليس للحاكم ولاية على الغائب حتى يستوفي ماله من ذمم الآخرين.
- (٥) وعم الحجر بالنسبة لغير الملتمس.
- (٦) وإن لم يف دين الملتمس بمال المديون فلا حجر، وقد خالف العلامة في التذكرة على ما تقدم.
- (٧) هذا هو الشرط الرابع، فلو كانت ديونه مؤجلة لم يحجر عليه وإن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبة في الحال، وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة بعد حلول الأجل.
- (٨) عن البعض الحال.
- (٩) لا يُحجر المفلس على بيع داره التي يسكنها، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه^(١٠))، وخبر ابن زياد (قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن لي على رجل ديناً وقد أراد أن يبيع داره فيقضيني، فقال عليه السلام : أعينك بالله أن تخرجه من ظل رأسه^(١١))، ومثلها غيرها.

ومن التعليل في صحيح الحلبي يُعرف أن الدار التي لا تباع في الدين هي الدار التي =

ولا خادمه^(١)، ولا ثياب تجمل^(٢)، ويعتبر في الأول والأخير ما يليق بحاله كما وكيفاً^(٣)، وفي الوسط ذلك^(٤)، لشرف، أو عجز، وكذا دابة ركوبه^(٥)، ولو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتحد، ولو زادت^(٦) عن ذلك في أحد الوصفين وجب الاستبدال، والاقتصار على ما يليق بحاله، (وظاهر ابن الجنيد بيعها) في الدين (واستحب للغريم تركه، والروايات متضاربة بالأول^(٧)) وعليه العمل، وكذا تجري

⁼ يحتاجها لسكناء، فلو كانت عنده دار زائدة بيعت حينئذ بلا خلاف فيه كما في الجواهر. بل لو كانت عنده دار واسعة بحيث كان بعضها كافياً لسكناء بيع الباقي حينئذ، قال الصدوق في الفقيه (وكان شيخنا محمد بن الحسن يروي: أنها إن كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج، ويقضي ببقيتها دينه، وكذلك إن كفته دارٌ بدون ثمنها باعها واشترى بثمنها داراً ليسكنها ويقضي بباقي الثمن دينه^(١)).

وعن التذكرة المنع من بيع الدار وشراء الأدون للنهي عن بيع الدار كما في صحيح الحلبي، وفيه: أن النهي في صحيح الحلبي وغيره محمول على الدار التي تكون بقدر كفايته، ولذا اعتبر في الدار المستثناة كونها لائقة بحاله كما وكيفاً، والمشهور على استثناء الدار والخادم، واستثناء الخادم لنفس صحيح الحلبي المتقدم، وعن ابن الجنيد الإلزام ببيع الدار والخادم في الدين، وإن كان الأولى تركه للغريم، وفيه: أنه اجتهد في قبال النص.

- (١) المحتاج إلى خدمته كما يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم.
- (٢) لاحتياجه إليها كاحتياجه إلى الدار والخادم المنصوص عليهما، بلا خلاف فيه، ولأن في بيع ثياب التجمل حرجاً وعسراً، وهما متفيان بالشريعة.
- (٣) من غير اشتراط الشرف والعجز بخلاف الوسط الذي هو الخادم، لأنهما من ضروريات المعاش.
- (٤) ما يليق بحاله كما وكيفاً لشرف أو عجز.
- (٥) كالوسط باشتراط الشرف أو العجز.
- (٦) لو زادت الأشياء الثلاثة عما يليق بحاله في أحد الوضعين من الكم أو الكيف وجب الاستبدال.
- (٧) الاستثناء.

عليه نفقته يوم القسمة^(١)، ونفقة واجبي النفقة، ولو مات قبلها^(٢) قُدِّم كفنه، ويقتصر منه على الواجب وسطاً مما يليق به عادة، ومؤنة تجهيزه^(٣).

وهذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبته وإن جرت العادة باختصاص الفلُس بباب، ورعاية^(٤) لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

(القسم الثاني: دين العبد)

خَصَّهُ^(٥) بناء على الغالب من توليه^(٦) ذلك، دون الأمة، ولو أبدله بالملوك كما عبَّر غيره عمً، (ولا يجوز له التصرف فيه) أي: في الدين، بأن يستدين^(٧)،

(١) لا خلاف في إعطائه نفقته وكسوته ونفقة وكسوة من تجب عليه نفقته إلى يوم قسمة ماله، ويُعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم، لنفي الحرج والعسر.

(٢) قبل القسمة فيقدم كفته على حقوق الغرماء بلا خلاف فيه، لخير زرارة (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وعليه دينٌ بقدر كفته، قال: يُكْفَنُ بما ترك، إلا أن يتجر عليه إنسان فيكفنه ويقضى بما ترك دينه)^(١)، وخبر إسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن أبيه عليه السلام (قال رسول الله ﷺ: إن أول ما يُبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث)^(٢)، والقدر المتيقن من الكفن هو الواجب منه، وهو ثلاثة أثواب، ويعتبر فيها الوسط مما يليق بحاله عادة، ولا يجب الاقتصار على الأدون - كما في المسالك - مع احتمال الاقتصار على الأدون، وبه قطع الشهيد في البيان.

(٣) من السدر والكافور وماء العُسل ونحو ذلك.

(٤) علة ثانية لذكر هذه الأمور في باب الدين.

(٥) خصَّ الدين بالعبد.

(٦) تولى العبد الدين.

(٧) لا يجوز للمملوك أن يتصرف في نفسه بإجارة ولا استئانة، ولا غير ذلك من العقود، ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا بإذن سيده، وعليه فلو أذن المولى للعبد في الاستئانة للمولى كان الدين لازماً على المولى، بلا خلاف فيه، ضرورة كون العبد كالوكيل حينئذ. ولو أذن المولى للعبد في الاستئانة لنفس العبد، فالوفاء على المولى كما هو المشهور، لصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجارة =

لا فيما استدانه وإن كان حكمه كذلك، لدخوله في قوله: (ولا فيما بيده) من الأموال (إلا بإذن السيد) سواء قلنا بملكه أم أحلناه، (فقلو استدان بإذنه)، أو إجازته^(١) (فعل المولى وإن أعتقه)، وقيل: يتبع به مع العتق، استناداً إلى رواية لا تنهض حجة فيما خالف القواعد الشرعية، فإن العبد بمنزلة الوكيل، وانفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى انفاق مال المولى، فيلزمه كما لو لم يُعتق، ولو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولاً واحداً.

(ويقتصر) المملوك (في التجارة على محل الإذن^(٢)) فإن عيّن له نوعاً، أو مكاناً، أو زماناً تعيّن وإن أطلق تخيّر، (وليس له الاستدانة بالإذن في التجارة^(٣))

= فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستحي العبد في الدين^(١)، وعن الشيخ في النهاية والقاضي والعلامة في المختلف وجماعة أنه على المولى ما دام العبد غير مُعتق، وكذا لو باعه، ولكن لو أعتقه فهو على العبد بعد العتق لخبر ظريف يباع الأكفان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال الناس، وقد أعطيت به مالاً كثيراً، فقال: إن بعته لزمك ما عليه، وإن أعتقته فالمل على الغلام^(٢))، وخبره الآخر قال: (كان أذن لغلام له في البيع والشراء فأفلس ولزمه دين، فأخذ بذلك الدين الذي عليه، وليس يساوي ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: إن بعته لزمك الدين، وإن أعتقت لم يلزمك الدين، فأعتقه ولم يلزمه شيء^(٣))، ومثلها غيرها.

وهذه الطائفة ضعيفة السند ومخالفة للقواعد الشرعية، لأن المشغول مع الإذن هو المولى لا العبد ولو أنفق على نفسه، لأنه إنفاق مال المولى على مال المولى.

(١) وذلك فيما لو استدان أولاً ثم أذن له فيما بعد، بخلاف الإذن فإنه قبل الاستدانة.

(٢) قال في الجواهر: «وإذا أذن له في التجارة اقتصر على موضع الإذن، فلو أذن له بقدر معين أو زمان أو مكان أو جنس كذلك لم يزد عليه كما في كل محجور عليه، وفي التذكرة نسبت إلى علمائنا انتهى.

(٣) الإذن في التجارة ليس إذناً في الاستدانة للتغاير بينهما، فلو استدان حيثذ وتلف المال =

(١) (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ٣.

لعدم دلالتها عليها^(١) إلا أن تكون لضرورتها^(٢) كنقل المتاع وحفظه مع الاحتياج إليه^(٣) (فتلزم ذمته^(٤)) لو تعدى المأذون نطقاً^(٥)، أو شرعاً^(٦) (لو تلف يتبع به بعد عتقه) ويساره (على الأقوى)، وإلا^(٧) ضاع، ولو كانت عينه باقية رجع إلى مالكه، لفساد العقد^(٨)، (وقيل: يسمي فيه) العبد معجلاً، استناداً إلى إطلاق رواية أبي بصير، وحملت على الاستدانة للتجارة^(٩) لأن الكسب للمولى، فإذا لم يلزمه فعله لا يدفع من ماله^(١٠).

- = في يد العبد كان الدين لازماً لذمة العبد يُتبع به بعد العتق على المشهور، لوجود سبب الضمان بالنسبة إليه دون سيده، وعن الشيخ في النهاية أنه يستسمي به معجلاً، لإطلاق صحيح أبي بصير المتقدم حيث قال: (وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسمي العبد في الدين)^(١)، وحملت الرواية على ما لو استدان لضرورة التجارة، ولم يأذن المولى في التجارة، فلا إذن في الاستدانة حينئذ كما سيأتي.
- (١) لعدم دلالة التجارة على الاستدانة.
- (٢) إلا أن تكون الاستدانة لضرورة التجارة فتجوز، لأن الأذن في التجارة يدل على الأذن في الاستدانة لضرورة التجارة بالدلالة الالتزامية عرفاً.
- (٣) إلى النقل أو الحفظ.
- (٤) ذمة العبد ويتبع به بعد العتق على المشهور كما تقدم.
- (٥) كما لو أذن له في التجارة في بلد معين، فخالف وتاجر في بلد آخر.
- (٦) كما لو حصلت الضرورة المذكورة فاستدان أكثر من اللازم.
- (٧) وإن لم يُعتق ضاع المال على الدائن.
- (٨) وهو القرض، فالتصرف من العبد غير مأذون فيه كما هو المفروض فالقبول الواقع منه كالعدم، وبه يبطل العقد ويبقى المال على ملكية الدائن، فيرجع الدائن على عين ماله عند بقاءه.
- (٩) في الأمور الضرورية لها، غير أن المولى لم يأذن بأصل التجارة فلا إذن بالاستدانة حينئذ، غايته أن كسب العبد في هذه التجارة لمولاه فلا بد أن يكون ما يقتضيه الكسب من الدين متعيناً من مال المولى، ولكن لا نلزم المولى بدخله بل نلزم العبد بالسمي فيه معجلاً للرواية، وسمي العبد المعجل مألً للمولى.
- (١٠) ولكن يلزمه فعل العبد لأن الكسب للمولى فيكون الوفاء عن ماله على بيان قد تقدم.

والأقوى أن استدانته لضرورة التجارة إنما يلزم مما في يده^(١)، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه^(٢) تحمل الراوية. (ولو أخذ المولى ما اقترضه المملوك^(٣)) بغير إذنه أو ما في حكمه^(٤) (لتخيير المقرض بين رجوعه على المولى)، لترتب يده على ماله مع فساد القرض، (وبين اتباع العبد) بعد العتق واليسار، لأنه كالغاصب أيضاً، ثم إن رجوع على المولى قبل أن يُعتق المملوك لم يرجع المولى عليه، لأنه لا يثبت له في ذمة عبده مال، وإن كان^(٥) بعده وكان^(٦) عند أخذه للمال عالماً بأنه قرض فلا رجوع له على المملوك أيضاً لتفريطه، وإن كان قد غرّه بأن المال له اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور، وإن رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غرّ المولى فلا رجوع له عليه.

(١) يد العبد.

(٢) على ما لو قصر ما في يد العبد عن وفاة الدين تحمل الرواية باستسعاء العبد، وإنما هو استسعاء في الباقي، وفيه: ما دام الدين لازماً للمولى لأن كسب التجارة التي استدان لضرورتها إنما هو للمولى فلا بدّ من إلزام المولى من غير ما في يد العبد، وقد يجاب بأن هذا مبني على وجود الرواية والعمل بها، وحملها على هذا الوجه أقرب من غيره من الوجوه التي ذهب إليها المشهور أو الشيخ في النهاية.


(٣) لو اقترض المملوك بغير إذن سيده فأخذه المولى وقد تلف في يده كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى وبين إتباع المملوك إذا أعتق وأيسر، لثبوت يد كل منهما على مال بغير حق، فإن رجع على المولى قبل أن يُعتق العبد لم يرجع المولى على العبد بشيء لعدم تعلق ضمان العبد لمولاه، ولعدم ثبوت المال للمولى على ماله، ولا دليل على تجده بعد العتق. وإن رجع على العبد فهو رجوع على المولى لأن العبد وما يملك لمولاه، هذا كله إذا كان الرجوع قبل عتق العبد، ولو كان الرجوع بعده فإن رجوع على العبد فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده إذا لم يكن العبد قد غرّ مولاه.

وإن رجع على المولى فإن كان مغروراً بحيث لم يعلم أن المال الذي في يد العبد هو دين للغير، بل ادعى العبد أن المال المذكور إنما هو من كسبه، يرجع المولى على العبد لمكان الغرور. وإن لم يكن مغروراً، بل كان عالماً بأنه دين للغير فلا يرجع المولى على العبد لتفريطه.

(٤) حكم الإذن، وهو الاستدانة لضرورة التجارة المأذون بها.

(٥) كان الرجوع على المولى بعد العتق.

(٦) المولى.



كتاب الرهن

كتاب الرهن^(١)

(وهو وثيقة للدين) والوثيقة فعيلة بمعنى المفعول، أي: موثوق به لأجل الدين، والتاء فيها^(٢) لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية كناء الحقيقة لا للتأنيث،

(١) الرهن لغةً هو الثبات والدوام، فيقال: رهن الشيء إذا ثبت ودام، ومنه نعمة راهنة، ويطلق على الحبس بأي سبب كان، قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾^(٣)، أي: محبوسة.

وظفحت عباراتهم بأنه شرعاً هو: وثيقة لدين المرتهن، وهو مأخوذ من الحبس. والوثيقة فعيلة قد تكون بمعنى الفاعل أو المفعول، والأنسب هنا الثاني، لأن الرهن موثوق به، ثم إن اللام في (لدين المرتهن) تعليلية، أي: لأجله، ويمكن كونها للتعدية.

(٢) أشكل على تعريف الرهن المتقدم بأمور:

الأول: أن الوثيقة قد وقعت في التعريف خيراً، والبتدأ هو الضمير المنفصل، وهذا يقتضي عدم المطابقة بين البتدأ والخبر في التذكير والتأنيث، وهو خللٌ لفظي، ويمكن دفعه بأن لفظ الوثيقة مما يستوي فيه التذكير والتأنيث في الاستعمال - كما صرح به في الجواهر عن بعضهم -، فخرجت التاء عن التأنيث.

بل قيل: إن التاء فيها للنقل من الوصفية إلى الاسمية لا للتأنيث، كما في تاء الحقيقة والأكلية والنطيحة، وعلى كل فتحصل المطابقة.

الثاني: أن إدخال المرتهن في التعريف يُفضي إلى الدور، لأن المرتهن قابلٌ للرهن، أو من =

(١) سورة المدثر، الآية: ٣٨.

فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث، وأتى بالدين معرّفاً من غير نسبة له إلى المرتهن حذراً من الدور، باعتبار أخذ^(١) في التعريف، وفي بعض النسخ: «لدين المرتهن».

ويمكن تحلّصه منه^(٢) بكشفه^(٣) بصاحب الدين، أو من له الوثيقة من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه، والتخصيص^(٤) بالدين إما مبني على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضموناً كالغصب، لكن فيه أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه^(٥)، وعلى ما يمكن تطرق ضمانه كالبيع^(٦) وثمنه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، ونقصان قدرهما، أو^(٧) على أن الرهن عليهما^(٨) إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق^(٩)، أو تعذر العين^(١٠).

= له الرهن، فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر، ويُدفع بإمكان كشف المرتهن بوجوه لا يدخل الرهن في مفهومه بأن يقال: هو صاحب الدين، ولذا عرّف الشاهد الرهن في الدروس بأنه وثيقة للمدين يستوفي منه المال، وعرّفه هنا بأنه وثيقة للدين، فسلم من هذا الإشكال.

- (١) باعتبار أخذ الرهن في تعريف المرتهن فلو دخل المرتهن في تعريف الرهن للزم الدور.
- (٢) ويمكن تحلّص المصنف من الدور عندما عرّف الرهن بأنه وثيقة لدين المرتهن على ما في بعض النسخ.
- (٣) بتفسير المرتهن.
- (٤) الأمر الثالث الذي أورد على تعريف الرهن هو: أن تخصيص الرهن بالوثيقة للدين ليس في محله، إذ قد يكون الرهن على الأعيان المضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان وهي ليست ديباً.
- وفيه: أن الرهن على المذكورات مما فيه خلاف بخلاف الرهن على الدين، وعلى تقدير الجواز فالرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير تعذر العين.
- (٥) على غير الدين فيما لو كان مضموناً.
- (٦) كأن يأخذ المشتري من البائع وثيقة يستوفي منها المبيع إذا تبين أن المبيع مستحق للغير.
- (٧) تعليل ثانٍ لتخصيص الرهن بأنه وثيقة للدين.
- (٨) على المبيع وثمنه.
- (٩) استحقاق المبيع أو ثمنه لغير البائع والمشتري.
- (١٠) في الغصب.

وفيه تكلف^(١)، مع أنه^(٢) قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً، وفيه^(٣) على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن إمكان الوثيقة بدون الرهن، بل بالوديعة والعارية ومطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصة عند جحود المديون الدين، وهو توثيق في الجملة، ويفتقر الرهن^(٤) إلى إيجاب وقبول كغيره من العقود.

(١) في التعليل الثاني تكلف ناشئ من عدم تسمية تعذر العين أو ظهور الاستحقاق ديناً.

(٢) مع أن المبيع أو ثمنه قد يبقيان على حالهما عند ظهور استحقاقهما للغير فلا ينطبق اسم الدين إذا كان البيع قد تعلق بالعين الشخصية لبطلان البيع، نعم لو تعلق بأمر كلي ثم ظهر أن ما قدمه كان مستحقاً للغير فتكون ذمته مشغولة بالمبيع الكلي فيصدق حينئذ اسم الدين.

(٣) وفي تعريف المصنف للرهن هنا من دون إضافة الدين للمرتهن إشكال بأنه غير مانع للأغيار، وذلك فيما لو كان عند الدائن وديعة للمديون، فالوديعة وثيقة لدينه مع أنها غير رهن، فلا بد من إضافة الدين حينئذ للمرتهن لتخرج الوديعة والعارية والمال المنصوب من المديون لو كانت تحت يد الدائن فيكون التعريف مانعاً حينئذ لهذه الأغيار وإن أفضى إلى الدور.

(٤) الرهن جائز غير محرم بلا خلاف فيه، ففي الخبر عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الرهن والكفيل في بيع النسيئة، فقال: لا بأس به)^(١)، ومثله غيره، نعم يكره أخذه من المؤمن، لمسل مروك بن عبيد عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان الرهن عنده أوثق من أخيه المسلم فالله منه بريء)^(٢)، ولكنه مخصوص في زمن القائم عليه السلام على ما في خبر علي بن سالم عن أبيه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الذي روي أن من كان الرهن أوثق منه بأخيه المؤمن فأنا منه بريء، قال: ذلك إذا ظهر الحق وقام قائمنا أهل البيت)^(٣).

والرهن عقدٌ بالاتفاق لاحتياجه إلى طرفين، وعقده مفتقر إلى إيجاب وقبول، وقد تقدم في البيع صحة الإنشاء بالمعاطاة، وتقدم كفاية دلالة اللفظ على المعنى ولو بالقرينة، - سواء كان العقد لازماً أم جائزاً - فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح في العقود اللازمة دون الجائزة ليس في محله لعدم الدليل عليه.

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الرهن حديث ٢.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الرهن حديث ١ و٢.

(والإيجاب رهنك، أو وثقتك) بالتضعيف، أو أرهنتك^(١) بالهمزة (أو هذا رهن عندك، أو على مالك)، أو وثيقة عندك، أو خذ على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن^(٢)، (وشبهه) مما أدى هذا المعنى، وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة^(٣)، ولا في الماضي^(٤)، لأنه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه^(٥)، فغلب فيه جانب الجائز^(٦) مطلقاً^(٧)، وجوزّه المصنف في الدروس بغير العربية^(٨)، وفاقاً للتذكرة.

(وتكفي الإشارة^(٩) في الأخرس^(١٠)) وإن كان^(١١) عارضاً، (أو الكتابة

- = وعليه فكل لفظ يدل على الإرتهان كقوله: رهنك أو هذه وثيقة عندك، وما أدى هذا المعنى كوثقتك وهذا رهنٌ عندك فهو كاف.
- (١) فهو بمعنى رهنك على لغة كما في المسالك والتفحيم، بل هو أوضح دلالة من كثير مما عدوه، بل عن الصحاح والمصباح والقاموس «رهن وأرهن بمعنى»، فما عن المهذب البارع من أنه لا يقال: أرهن، مردود بما سمعت.
- (٢) قال الشارح في المسالك: «ولو قال أمسكه حتى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز، ولو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن» انتهى.
- (٣) بل قد عرفت عدم الاشتراط حتى في العقود اللازمة.
- (٤) تخصيص بعد التعميم، ومثال غير الماضي كقوله: خذ هذا وثيقة على مالك.
- (٥) من الرهن.
- (٦) وهو ترجيح بلا مرجح كما في الجواهر.
- (٧) في عدم الإنحصار في لفظ مخصوص ولا في الماضي.
- (٨) قال في الجواهر: «إلا أن الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين - الجائز واللازم - لانصراف الإطلاق إليه - أي انصراف العقد إلى العربي فقط -، بل في جامع المقاصد يمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمي مع القدرة على العربي» انتهى، وهو كما ترى لما تقدم في كتاب البيع من صحة كل ما يكون عقداً بنظر العرف، والمنعقد بغير العربي عقدٌ بنظر أهله.
- (٩) الإشارة المفهمة للمقصود.
- (١٠) في الجواهر «بلا خلاف فيه لقيامها حينئذ مقام اللفظ، كما يفهم ذلك مما ورد في تلبية الأخرس وتشهده».
- (١١) الأخرس.

معها) أي: مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابة^(١)، لإمكان العيب، أو إرادة أمر آخر^(٢) (فيقول المرتهن: قبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب، وفي اعتبار المضي^(٣) والمطابقة^(٤) بين الإيجاب والقبول وجهان، وأولى^(٥) بالجواز هنا، لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه، (ويشترط دوام الرهن^(٦)) بمعنى عدم توقيته بمدة، ويجوز تعليق الإذن في التصرف^(٧) على انقضاء أجل وإطلاقه^(٨)، فيتسلط عليه^(٩) من حين القبول والقبض إن اعتبرناه (فلإن ذكر أجلاً) للتصرف (أشترط ضبطه)^(١٠) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، أما لو شرطه للرهن^(١١) بطل العقد.

- (١) وفيه: كفاية الكتابة لصدق العقد عليها عرفاً، وإمكان العيب فيها كإمكان الهزل وعدم الجدل في اللفظ، ونفي احتمال غير الجدل في اللفظ بالأصل العقلاني يجري بعينه في احتمال العيب في الكتابة.
- (٢) غير العيب.
- (٣) اعتبار الماضوية في القبول.
- (٤) عدم الفصل بين الإيجاب والقبول بما يُعتدّ به، وقال في المسالك عن الماضوية والمطابقة: «إذ يمكن القول باعتبارهما نظراً إلى اللزوم بوجوه، وعدمه التفاتاً إلى الجواز من قبيل القابل» انتهى.
- (٥) والعدم أولى بالجواز هنا في طرف القبول، ووجه الأولوية أنه إذا جاز عدم الماضوية من طرف الراهن مع أن العقد لازم من جهته فالعدم من طرف المرتهن مع أن العقد جائز من جهته يكون أولى.
- (٦) لأن اشتراط التوقيت منافي لمعنى الرهن الذي هو الحيس، ومنافٍ لفائدة الرهن التي هي الاستيثاق، إذ قد لا يتيسر الوفاء في الأمد المضروب فينتهي الرهن ويبقى الدين من غير وثيقة، وهو على خلاف القصد من الرهن، فيتعين بقاء الرهن إلى أداء الدين، وهذا ما يوجب دوامه بلا خلاف في ذلك كله.
- (٧) لو عُلق تصرف المرتهن في الرهن على أجلٍ جازٍ لعدم المانع بعد عدم منافاته لمعنى الرهن.
- (٨) ويجوز إطلاق الإذن في التصرف.
- (٩) تفريع على الإطلاق، والمعنى أن المرتهن يتسلط على الرهن.
- (١٠) فلا بدّ من معرفة زمان جواز التصرف للمرتهن حتى لا يقع التنازع.
- (١١) لو شرط الأجل للرهن وإن كان مضبوطاً بطل العقد كما تقدم.

(ويجوز اشتراط الوكالة) في حفظ الرهن^(١)، وبيعه، وصرفه في الدين (للمرتهن، وغيره، والوصية له، ولوارثه) على تقدير موت الراهن قبله، (وإنما يتم) الرهن (بالقبض على الأقوى^(٢)) للآية والرواية، ومعنى عدم تماميته

(١) يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة في الرهن بأن يحفظ العين المرهونة، وبأن يبيعها وصرفها في الدين عند عدم الوفاء، ويجوز للمرتهن اشتراط الوكالة بما ذكر لغيره، سواء كان الغير وارثاً أم لا، بلا خلاف فيه، لكون الشرط سائغاً، غير معارض للكتاب والسنة، فيندرج في عموم الخبر (المؤمنون عند شروطهم)^(١).

وكذا يجوز للمرتهن اشتراط الوصية على الراهن بأن يوصي لو مات الراهن قبله بأن يحفظ المرتهن المتاع أو يبيعه أو يكون ذلك لوارث المرتهن، لأنه من الشروط السائغة.

(٢) ذهب جماعة منهم الشيخ وبنو حمزة والجنيد والبراج والطبرسي إلى أن القبض من المرتهن شرط في لزوم الرهن، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾^(٢)، وحيث أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعاً بدون، وخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام (لا رهن إلا مقبوضاً)^(٣).

وفيه: أن الآية دالة على اشتراط القبض من ناحية المفهوم الوصفي، وهو ضعيف كما قُرّر في محله، ولو قلنا بحجية المفهوم الوصفي فالوصف هنا غالبي ولا مفهوم له، لأنه مع السفر وعدم الكاتب فالغالب في الرهن أن يكون مقبوضاً حتى يستوثق على دينه، قال تعالى: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾^(٤)، فالآية حينئذ للإرشاد إلى ذلك.

ويؤيد هذا الحمل عدم الخلاف بين الفقهاء في أن استدامة القبض ليست بشرط كما سيأتي، وكذا لو وكل المرتهن الراهن بالقبض لكفى، وهذا كاشف عن أن قبض المرتهن ليس بشرط.

وأما الخبر فهو غير حجة لكون محمد بن قيس مشتركاً بين الثقة وغيره، ولذا ذهب الشيخ في أحد قوليه وابن إدريس والفاضل وولده والمحقق الثاني وغيرهم بل نُسب إلى الأكثر إلى عدم الاشتراط.

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الرهن حديث ١.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

بدونه^(١) كونه جزء السبب، للزومه من قبل الراهن^(٢)، كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب^(٣)، وقيل: يتم بدونه للأصل^(٤)، وضعف سند الحديث، ومفهوم الوصف في الآية، واشتراطه^(٥) بالسفر فيها وعدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد، ويؤيده كون استدامته ليست بشرط، بل قبض المرتن^(٦)، لجواز توكيله الراهن فيه^(٧)، وهذا أقوى، وعلى اشتراطه (فلو جُنَّ) الراهن، (أو مات، أو أغمي عليه، أو رجع فيه قبل إقباضه بطل^(٨)) الرهن كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء، وقيل: لا يبطل، للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم

= والإنصاف يقتضي القول بأن محمد بن قيس هو البجلي الثقة لا الأسدي الضعيف بقرينة رواية عاصم عنه، نعم يحتمل أن يكون المراد منه نفي الطمأنينة من دون القبض بعد إرادة العين المرهونة من المنفي، ومع الاحتمال يتنفي الاستدلال به على المدعى.

- (١) عدم تمامية الرهن بدون القبض.
- (٢) القبض شرط في لزوم الرهن بالنسبة إلى الراهن.
- (٣) القبض شرط في لزوم الرهن بالنسبة للراهن كالقبض شرط في ملك المتهب.
- (٤) أصالة عدم اشتراط القبض.
- (٥) واشتراط القبض بالسفر في الآية.
- (٦) قبض المرتن ليس بشرط.
- (٧) وفيه: أن قبض الوكيل قبض الموكل فلو شرطنا القبض فلا إشكال مع التوكيل.
- (٨) لو نطق الراهن بالإيجاب وقبل المرتن ثم جُنَّ الراهن أو أغمي عليه أو مات أو رجع فيه قبل القبض بطل الرهن، لعدم تحقق القبض الذي هو شرط فيه كما هو المقروض، قال الشارح في المسالك: «ولا شبهة في كون عروض هذه الأشياء للراهن لا يقتضي انعقاد الرهن بناء على اشتراط القبض فيه، إنما الكلام في أنه هل يبطل بذلك، بناء على أنه قبل القبض عقد جائز، ومن شأن الجائز بطلانه بعروض هذه الأشياء كالهبة قبل القبض، وبه قطع في القواعد والدروس، أو لا يبطل بذلك، لأنه ليس على حد العقود الجائزة مطلقاً، بل هو آيل إلى اللزوم كبيع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البايع زمنه، وبه قطع في التذكرة.

وعلى الثاني يقوم الولي مقام الراهن في استحقاق الإقباض، لكن ولي المجنون يراعي مصلحته فإن كان الحظ في الإقباض بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، وإن كان الحظ في تركه لم يميز له إقباضه انتهى.

مطلقاً^(١)، فيقوم عليه^(٢) مقامه، لكن يُراعى ولي المجنون مصلحته^(٣)، فإن كان الحظ في الزامه بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه أقضه وإلا أبطله.

ويضتف^(٤) بأن لزومه على القول به مشروط بالقبض، فقبله جائز مطلقاً، فيبطل كالهبة قبله، ولو عرض ذلك للمرتين^(٥) فأولى بعدم البطلان لو قيل به ثم^(٦)، ولو قيل به في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا^(٧)، والفرق تعلق حق الورثة والغرماء بعد موت الراهن بماله، بخلاف موت المرتين فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته لعدم المنافي^(٨)، وعلى هذا^(٩) لا يُجبر الراهن على الإقباض لعدم

- (١) من الطرفين.
- (٢) ولي الراهن في استحقاق الإقباض.
- (٣) مصلحة الراهن.
- (٤) بأن هذه الفروع مبنية على كون القبض شرطاً في لزوم العقد، فقبل القبض هو جائز مطلقاً بالنسبة للطرفين كالهبة قبل القبض، ولذا إذا انتهى القبض بطل العقد، ولكن قد عرفت عدم كون القبض شرطاً في لزوم العقد.
- (٥) لو عرض الإغماء أو الجنون أو الموت أو الرجوع من المرتين قبل تحقق القبض من طرفه وإن تحقق الإقباض من طرف الراهن، فلا يتحقق القبض حينئذ الذي هو شرط في لزوم العقد، وهل يبطل العقد بذلك أو لا، فإن قلنا بعدم البطلان سابقاً كما في التذكرة فنقول بعدمه هنا لنفس الدليل السابق، لأنه عقد آيل إلى اللزوم كبيع الخيار فلا يبطله موت المشتري زمن الخيار، بل هنا أولى، لعدم المنافي كما سيأتي بيانه.
- وإن قلنا بالبطلان سابقاً كما عن القواعد والدروس فإنه لا يبطل هنا، قال الشارح في المسالك: «والفرق تعلق حق الورثة والديان بعد موت الراهن به - أي بالرهن - فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتين، فإن الدين باقي فتبقى وثيقته» انتهى.
- (٦) لو قيل بعدم البطلان في موت الراهن.
- (٧) لو قيل بالبطلان في موت الراهن فالأقوى عدم البطلان في موت المرتين.
- (٨) المنافي هو تعلق حق الغرماء والورثة في الرهن، وهو معدوم، لأن صاحبه وهو الراهن لم يمت بحسب الفرض، لأن الموت للمرتين.
- (٩) على اشتراط القبض في اللزوم كما فسره سلطان العلماء، وفسره بعض بأنه على تقدير عدم البطلان في موت المرتين، وهو الأولى، لسياق الكلام هنا وللكلام الشارح في المسالك حيث قال: «وعلى تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الإقباض - بعد موت =

لزومه بعدُ إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فينبى على القولين^(١).

(ولا يشترط دوام القبض^(٢))، للأصل بعد تحقق الامتثال به (فلو أهاده إلى الراهن فلا بأس) وهو موضع وفاق، (ويقبل إقرار الراهن بالإقباض^(٣))، لعموم «إقرار العقلاء» (إلا أن يعلم كذبه) كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته إياها فلا يقبل، لأنه محال عادة، بناء على اعتبار وصول القابض، أو من يقوم مقامه إلى الرهن في تحققه^(٤)، (فلو ادعى) بعد الإقرار

= المرتهن - لأنه لم يلزم بعدُ، إلا أن يكون - أي الإقباض - مشروطاً في عقد لازم، فالأقوى وجوبه وإلزامه به خلافاً للشهيد والفاضل انتهى.

(١) القولان هما: الرهن المشروط في عقد لازم هل يوجب استحقاق المرتهن القبض من الراهن أو لا، قال بالأول الشارح تمسكاً بالشرط في العقد اللازم، وقال بالثاني الشهيد الأول والفاضل لعدم جبر الراهن على الدفع للأصل، غاية يثبت للمرتهن حق فسخ العقد اللازم الذي وقع فيه الاشتراط، لعدم تحقق شرطه.

(٢) استدامة القبض ليست شرطاً بلا خلاف فيه، قال في الجواهر: «بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، وهو الحجة»، وقال في المسالك: «هذا عندنا موضع وفاق، نقل الإجماع عليه في التذكرة، نعم خالف جماعة من العامة - أبو حنيفة وأحمد ومالك - نظراً إلى الوصف المتقدم في الآية، وعدم دلالتها على الاستمرار واضح» انتهى.

(٣) لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد فلا يتحقق القبض بمجرد انتهاء العقد، لأن التخلى وإن كانت كافية في صدق القبض في غير المنقول، إلا أنه هنا لا بد من مضي زمان حتى يصل المرتهن أو القائم مقامه إلى الرهن ويقبضه بما يصدق معه التخلى بلا خلاف فيه.

ولذا لو أقر الراهن بالإقباض فُضي عليه، لعموم النبوي (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز)^(١)، إلا أن يعلم كذبه فلا عبرة به، كأن يقول: رهنت اليوم داري التي بالحجاز وهما بالشام، وأقبضته إياها، فلا يلتفت إليه، للمحال العادي بناء على اعتبار وصول المرتهن أو من يقوم مقامه إلى الرهن مع قبضه.

(٤) تحقق الإقباض.

بالقبض (المواطأة)^(١) على الإقرار والإشهاد عليه^(٢) إقامة لرسم الوثيقة، حذراً من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سُمعت دعواه لجريان العادة بذلك (فله إحلاف المرتين) على عدما^(٣) وأنه^(٤) وقع موقعة.

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تسمع دعواه^(٥) ولم يتوجه اليمين، وكذا لو شهدا على إقراره به^(٦) فأنكر الإقرار، لأنه تكذيب للشهود، ولو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً^(٧) فله إحلاف المرتين أيضاً، وإلا فلا على الأقوى^(٨).

(١) بأن توطأ الراهن والمرتهن بأن يقولوا بحصول القبض مع أن القبض غير حاصل، وهذه المواطأة من أجل كتابة القبض في وثيقة أمام شاهدين حذراً من تعذر إقامة الوثيقة إذا تأخر ذلك إلى أن يتحقق القبض الفعلي فأقر الراهن بالقبض للمواطأة، وبعد الإقرار ادعى المواطأة فإن وافقه المرتين فهو، وإلا فقول الراهن يوافقه الظاهر، لأن المواطأة مما تجري العادة فيها لوقوع ذلك كثيراً، وقول المرتين يوافقه الأصل، لأن الأصل عدم وقوع المواطأة، والأصل هنا مقدم على الظاهر، فالمرتين هو المنكر، لموافقة قوله الأصل، فيقدم قوله مع يمينه ويكون للراهن إحلافه.

(٢) على الإقرار.

(٣) عدم المواطأة.

(٤) الإقرار المذكور.

(٥) لم تسمع دعوى الراهن بالمواطأة، لأن سماعها تكذيب للشهود، ومع سقوط دعوى المواطأة يؤخذ بإقراره بالقبض، ولا يمين على منكر المواطأة الذي هو المرتين.

(٦) إقراره بالقبض.

(٧) ما لو أقر بالقبض وشهد شاهدان بذلك ثم ادعى الغلط في الإقرار وأظهر تأويلاً ممكناً، قال الشارح في المسالك: «نعم لو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً، بأن قال: إني أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به، حيث يمكن في حقه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى كتاب كتبه إليّ وكيلي فظهر مزوراً، ونحو ذلك، سمعت دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتين بأن القبض حقيقي، أو على نفي ما يدعيه الراهن، لأن الأصل صحة الإقرار ومطابقتها للواقع.

واستقرب في التذكرة توجه اليمين على المرتين وإن لم يظهر تأويلاً، محتجاً بأن الغالب في الودائع وقوع الشهادة قبل تحقيق ما فيها فلا حاجة إلى تلفظه بها انتهى.

(٨) وإن لم يظهر تأويلاً ممكناً فلا يمين على المرتين، وإنما يؤخذ الراهن بإقراره ولا تُسمع =

(ولو كان) الرهن (بيد المرتهن فهو قبض^(١)) لصدق كونه رهناً مقبوضاً، ولا دليل على اعتباره مبتدأً بعد العقد، وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره^(٢) كالمغصوب، وبه^(٣) صرح في الدروس، والوجه واحد^(٤)، وإن كان منهيًا عن القبض هنا^(٥)، لأنه^(٦) في غير العبادة غير مفسد،

= دعواه بالغلط في قبال قول العلامة في التذكرة بتوجه اليمين على المرتهن في هذه الصورة.

(١) هذه الفروع مبنية على اشتراط القبض في لزوم العقد، وعليه فإذا كانت العين المرهونة في يد المرتهن قبل الرهن وكانت يده يد أمانة، لأنه مأذون في ذلك شرعاً، كالعارية والوديعة والإجارة، فاستدامة القبض على العين التي أصبحت مرهونة كافية في تحقق القبض المشروط في الرهن، والأدلة التي توجب القبض في الرهن لا تعينه بكونه قبضاً مبتدأً بعد الرهانة، فاشتراط القبض الابتدائي حيث لا دليل عليه، بل الأصل عدمه، وما دل عليه الدليل هو مطلق القبض، وهو متحقق هنا باستمرار القبض لو كان مقبوضاً سابقاً بغير الرهانة.

(٢) لو كان قبض المرتهن للعين قبل الرهن غير مأذون فيه شرعاً كالمغصب فهل يكون استمراره قبضاً للرهن أو لا؟ ذهب الأكثر إلى أن استمراره قبض كذلك، لصدق القبض عليه، ودعوى أنه منهي عنه شرعاً فلا يكفي في تحقق الشرط، لأن النهي يقتضي الفساد مردودة بأن النهي يقتضي الفساد في العبادات لا المعاملات، فالقبض وإن وقع منهيًا عنه إلا أنه غير فاسد فيكتفى به.

وذهب بجي بن سعيد ونسب إلى العلامة في القواعد إلى عدم الاكتفاء بهذا القبض، لأن القبض على تقدير اشتراطه في الرهن هو ركن من أركان العقد من الجهة التي يعتبر لأجلها، وهو اللزوم، وإذا كان ركنًا فلا يُعتد به شرعاً لو وقع منهيًا عنه، والنهي لا يقتضي الفساد في المعاملات حيث تتم جميع أركان العقد.

ويؤيده أنه لو قبضه بغير إذن الراهن لم يصح بلا خلاف فيه لكونه قبضاً غير مأذون فيه شرعاً، والقبض في مسألتنا مثله، وما ذلك في المقامين إلا لكون القبض ركنًا فالنهي عنه موجب لفساده.

(٣) وبعدم الفرق.

(٤) والوجه هو صدق القبض في المقامين.

(٥) في المغصوب.

(٦) لأن النهي.

وقيل: لا يكفي ذلك، لأنه^(١) على تقدير اعتباره في اللزوم^(٢) ركن، فلا يعتد بالمنهي عنه منه^(٣)، وإنما لا يقتضي^(٤) الفساد حيث تكمل الأركان، ولهذا لا يعتد به^(٥) لو ابتدأه بغير إذن الراهن، (و) على الاكتفاء به^(٦) (لا يفتقر إلى إذن) جديد (في القبض، ولا إلى مضي زمان) يمكن فيه تجديده^(٧) لتحقق القبض قبله^(٨)، فاعتبار أمر آخر^(٩) تحصيل للحاصل، وللأصل.

وقيل: يشترطان في مطلق القبض السابق^(١٠)، وقيل: في غير الصحيح^(١١)، لأن المعبر منه^(١٢).....

- (١) لأن القبض.
- (٢) في لزوم الرهن.
- (٣) من الركن.
- (٤) النهي.
- (٥) بالقبض.
- (٦) بالقبض السابق، فقد ذهب العلامة في التذكرة إلى اشتراط الإذن ومضي زمان يمكن تجدد القبض فيه لو كان القبض السابق غير مأذون فيه، ونقل الشهيد في الدروس عن الشيخ اشتراط الإذن ومضي الزمان المذكور في القبض السابق سواء كان مأذوناً فيه أم لا.
- وذهب الأكثر أنه لا يشترط الإذن ولا مضي زمان يمكن تجدد القبض، ما دام مقبوضاً سابقاً، سواء كان القبض مأذوناً فيه أم لا، لأصالة البراءة من الاشتراط، ولأن اشتراط الإذن في القبض مع مضي زمان يمكن تجدد القبض فيه وقد تحقق القبض السابق طلباً للحاصل وهو محال.
- (٧) يمكن في هذا الزمان تجديد القبض.
- (٨) قبل كل واحد من الأذن الجديد ومضي زمان.
- (٩) بعد القبض السابق.
- (١٠) مأذوناً فيه أو غير مأذون كما نُسب إلى الشيخ.
- (١١) كما نسب إلى العلامة في التذكرة.
- (١٢) من القبض، وحاصل الدليل على اشتراطهما في مطلق القبض السابق أن القبض المعبر في الرهن هو القبض الحاصل بعد الرهن وهذا لا يتم إلا بإذن الراهن، ومن ضروريات تحصيله مضي زمان يمكن أن يحصل فيه، فالإذن في القبض دال على القبض بالمطابقة وعلى مضي الزمان بالالتزام، ولكن الالتزام بالقبض الفعلي بعد الرهن تحصيل للحاصل لأنه مقبوض سابقاً، أو يلزم اجتماع المثليين وهو محال، فلا بد من حمل الإذن في القبض =

ما وقع بعد الرهن، وهو^(١) لا يتم إلا بإذن كالمبتدأ، والإذن فيه^(٢) يستدعي تحصيله، ومن ضروراته^(٣) مضي زمان، فهو^(٤) دال عليه^(٥) بالمطابقة، وعلى الزمان بالالتزام، لكن مدلوله^(٦) المطابقي منتفٍ، لإفضائه إلى تحصيل الحاصل واجتماع الأمثال، فيبقى الالتزامي، ويضعف بمنع اعتبار المقيد بالبعدية^(٧)، بل الأعم وهو^(٨) حاصل، والزمان^(٩) المدلول عليه التزاماً^(١٠) من

= على المعنى الالتزامي فقط لتعذر المطابقي، فيحمل الإذن بالقبض على مضي الزمان فقط، وباعتبار أن الإذن في القبض شرط لأن الإذن من مستلزمات القبض الذي هو شرط في الرهن فلا بد من الإذن ومن مضي زمان يمكن تجديد القبض فيه. ويضعف:

أولاً: بأن القبض المشروط في الرهن لا يجب أن يكون قبضاً بعد الرهن إذ لا دليل عليه، بل غاية الأدلة تفيد مطلق القبض سواء قارن العقد أم سبقه أم لحقه.

وثانياً: لو سلم أن الأدلة تفيد اشتراط القبض المقيد ببعديّة الرهن، فهو بحاجة إلى إذن في القبض لو لم يكن مقبوضاً، ومع تحقق القبض سابقاً فلا يحتاج إلى الإذن.

وثالثاً: لو سلم أن الأدلة تفيد اشتراط القبض المقيد ببعديّة الرهن وأن القبض بحاجة إلى إذن، فالإذن يدل على الزمان من باب الالتزام إن لم يكن القبض متحققاً، لأن الزمان من مقدمات القبض، فمضي الزمان واجب من باب المقدمة لتحصيل ذبها وهو القبض، فإذا كان القبض حاصلًا وهو ذو المقدمة فلا معنى لوجوب المقدمة حينئذ، لأن وجوبها مشروط بتحصيل ذي المقدمة، ومع تحصيل ذبها يرتفع وجوبها.

- (١) القبض بعد الرهن.
- (٢) في القبض بعد الرهن.
- (٣) ضرورات التحصيل.
- (٤) الإذن في القبض بعد الرهن.
- (٥) على القبض.
- (٦) وهو القبض.
- (٧) إشارة إلى الإشكال الأول المتقدم، والمعنى منع اعتبار القبض المقيد ببعديّة الرهن، بل الدليل دل على مطلق القبض سواء قارن العقد أم سبقه أم لحقه.
- (٨) الأعم.
- (٩) إشارة إلى الإشكال الثالث المتقدم.
- (١٠) من الإذن.

توابعه^(١) ومقدماته^(٢)، فيلزم من عدم اعتباره انتفاؤه^(٣)، نعم لو كان قبضه^(٤) بغير إذن توجه اعتباره^(٥) لما تقدم، وعلى تقديره^(٦) فالضمان باق إلى أن يتحقق ما يزيله من قبيل المالك على الأقوى^(٧).

(ولو كان) الرهن (مشاعاً فلا بد من إذن الشريك في القبض^(٨))، أو رضا

(١) توابع الإذن من حيث الاستدلال.

(٢) مقدمات القبض من حيث الواقع.

(٣) يلزم من عدم اعتبار القبض الذي هو ذو المقدمة انتفاء الزمان الذي هو المقدمة، لأن وجوب المقدمة لتحصيل ذبها، فإذا حصل ذوها انتفى وجوبها.

(٤) لو كان القبض السابق بغير إذن، وهو قول العلامة في التذكرة.

(٥) من الإذن الجديد ومضي زمان يمكن تجديد القبض فيه، قال في الجواهر: «فصل في المسالك والروضة بين المغصوب وغيره فاعتبر الإذن ومضي الزمان في الأول دون الثاني ولا ريب في ضعفه انتهى».

(٦) تقدير اعتبارهما.

(٧) لا شك أن المقبوض السابق بغير إذن المالك - كالمغصوب - مضمون على القابض، لمعوم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١)، فلو وقع الرهن على المغصوب وقد أذن له المالك في القبض مع مضي زمان يمكن تجديد القبض فيه فهل يرتفع الضمان عن المرتهن الذي كان غاصباً أو لا؟.

ذهب البعض إلى ارتفاع الضمان لارتفاع سببه وهو الغصيبة، ولأن إذن المالك له بالقبض بمنزلة قبض المالك إياه ثم دفعه إلى المرتهن، فلو قبضه المالك يرتفع الضمان قطعاً فكذا ما هو بمنزلة، وذهب بعض إلى أن الإذن بالقبض بعد الرهن إنما يرفع الائتم ولا يرفع الضمان، لأن الضمان ثابت سابقاً وعند الشك بارتفاعه بسبب الإذن يستصحب، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان المسبب عن الغصيبة لم يسقط كما في الفوائد وجامع المقاصد وغاية المرام، لأن الإسقاط يجدي فيما هو حق ثابت في الذمة وليس المقام منه قطعاً، إذ لا شيء في الذمة حينئذ لكون المراد من الضمان في الغصب أنه لو تلفت العين يضمن مثلها، ولا معنى لإسقاطه قبل حصوله.

(٨) لا بد من إذن الشريك في القبض سواء كان المرهون من المنقول أم من غيره كما عليه =

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥ رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث

بعده^(١)، سواء كان مما يُنقل أم لا، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وهو منهي عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعاً.

ويشكل فيما يكفي فيه مجرد التخلية، فإنها لا تستدعي تصرفاً، بل رفع يد الراهن عنه^(٢) وتمكينه^(٣) منه^(٤)، وعلى تقدير اعتباره^(٥) فلو قبضه بدون إذن الشريك وفعل محرماً فهل يتم القبض؟ قولان: منشؤهما النهي المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن، وهو اختيار المصنف، وأن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً، وهو أجود، ولو اتفقا على قبض الشريك جاز^(٦)، فيعتبر سماعه^(٧) الإذن فيه.

= المحقق والفاضل في التحرير والقواعد والشهيد في الدروس واللمعة هنا، لاستلزام القبض تصرفاً في مال الغير بغير إذنه، وهو ممنوع شرعاً.

وعن الشيخ في البسوط أن القبض إذا كان يكفي فيه التخلية كقبض غير المنقول فليس القبض بحاجة إلى إذن الشريك، لأن القبض هنا رفع يده لا تصرف في مال الغير حتى يستلزم إذنه.

- (١) بعد القبض.
- (٢) عن الذي يكفي فيه مجرد التخلية، وهو غير المنقول.
- (٣) وتمكين المرتهن من قبل الراهن.
- (٤) من الرهن.
- (٥) اعتبار إذن الشريك في المنقول وغيره، فلو تم القبض بغير إذن الشريك فهل يُعتبر هذا قبض أو لا؟ ذهب الشهيد إلى أنه ليس قبضاً، لوجود النهي فيقع فاسداً كما لو وقع القبض بغير إذن الراهن.
- وذهب العلامة وولده والمحقق الثاني وغيرهم إلى وقوعه قبضاً، وإن تعلق فيه النهي، لأن النهي إنما هو لحق الشريك فقط، فالنهي لشيء خارج عن ذاته فلا يفيد الفساد، وما هو معتبر فيه هو إذن الراهن، وهو متحقق.
- (٦) لو وكل المرتهن شريك الراهن في القبض، وقد أذن الراهن في القبض جاز بمعنى صح للشريك القبض بلا خلاف كما في الجواهر، وإن كان الراهن غير راضٍ على جعل شريكه وكيلاً عن المرتهن، بل وإن لم يُجزِ الراهن للمرتهن بأن يجعل الشريك وكيلاً.
- (٧) يعتبر سماع الشريك إذن الراهن في قبضه للرهن.

(والكلام: إما في الشروط، أو الواحق)

(الأول: شرط الرهن أن يكون عيناً^(١) مملوكة^(٢) يمكن قبضها^(٣) ويصح بيعها^(٤)) هذه الشروط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر، ومنها ما هو شرط في اللزوم كالمملوكية، باعتبار رهن ملك الغير، ولا يضر ذلك^(٥)، لأنها شروط في الجملة، ولأن المملوكية تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها^(٦) (فلا يصح رهن المنفعة^(٧)) كسكنى الدار وخدمة العبد، لعدم إمكان قبضها، إذ لا يمكن إلا بإتلافها، ولتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها^(٨) وهو^(٩) استيفاء

- (١) يجب أن يكون الرهن عيناً على المشهور، فلا يصح رهن الدين ولا رهن المنفعة، وذهب البعض إلى جواز رهن الدين وسيأتي بحثه.
- (٢) فلا يصح رهن ما لا يملكه الراهن، ولو كان لغيره فهو متوقف على إذن ذلك الغير، وكذا لا يصح رهن ما لا يملك كالخمر والحشرات.
- (٣) فلا يصح رهن ما لا يمكن قبضه، كالطير في الهواء غير المعتاد للعود، والسماك في الماء غير المحصور بحيث يتعذر قبضه.
- (٤) لأن ما لا يصح بيعه لا يمكن استيفاء الدين منه فلا يصح رهن الوقف.
- وبعض هذه الشروط - المملوكية - شرط لزوم فلو رهن مال غيره لتوقف اللزوم على إجازة المالك، والباقي شرط صحة.
- (٥) إطلاق لفظ الشروط على الجميع والمتبادر منها شروط الصحة مع أن البعض شرط لزوم لا يضر، لأنها شروط في الجملة.
- (٦) فشرط اللزوم الوحيد هو المملوكية، وهو شرط صحة في بعض موارد، كرهن ما لا يملك كالحر والحشرات، أو رهن ما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير، فالرهن على هذه الأعيان فاسد، وعلى كل إذا كان شرط اللزوم شرط صحة في بعض موارد جاز إطلاق شرط الصحة عليه.
- (٧) كسكنى الدار وخدمة العبد بلا خلاف فيه، لأن المطلوب بالرهن هو التوثق على الدين، وهذا لا يحصل بها، لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، وكل ما حصل منها شيء عُدِم ما قبله، مع أن المطلوب من الرهن أنه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن، وهذا غير متحقق في المنفعة لعدم بقائها حال تعذر استيفاء الدين، ولأن المنفعة لا يصح إقباضها إلا بإتلافها.
- (٨) من المنفعة.
- (٩) المطلوب في الرهن.

الدين منه^(١)، وهي إنما تستوفي شيئاً فشيئاً، وكلما حصل منها شيء عدم ما قبله، كذا قيل، وفيه نظر^(٢)، (ولا الدين)^(٣) بناء على ما اختاره من اشتراط القبض، لأن الدين أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يُقبض بعد ذلك ليس نفسه^(٤)، وإن وجد في ضمنه^(٥)، ويحتمل جوازه^(٦) على هذا القول، ويكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفاً كهبة ما في الذمة^(٧).

(١) من الرهن.

(٢) قال الشارح في حاشية له كما في الطبعة الحجرية: «وجه النظر: أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من عوضه ولو يبيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع عليه الفساد قبله، والمنفعة يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهناً، وقريب منه القول في القبض - أي: لا يصح قبض المنفعة لأن إقباضها إتلافها - لإمكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة، ويكون عوضها رهناً، إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجرة جائز، وإنما الكلام في المنفعة نفسها، والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهته، والمانع عارض بخلاف المنفعة انتهى، فالملتضي للرهن غير موجود وإن عدم المانع.

(٣) على المشهور، لأن القبض معتبر في الرهن، والدين لا يمكن قبضه، لأنه أمر كلي لا وجود له في الخارج حتى يقبضه، وما يدفعه المديون ليس عين الدين، بل هو أحد أفراد.

وذهب جماعة منهم الشارح وصاحب الجواهر إلى صحة رهن الدين لوجود مقتضي الرهن من أنه مأل مملوك إلى آخر ما ثبت اعتباره، وعدم المانع، إذ المانع المتوهم هو تعذر قبضه وهو لا يضر، لعدم اشتراط القبض في الرهن، غايته أن الدين لا يمكن قبضه حال الرهن، وإنما يمكن قبضه بعد دفع المديون بتقديم أحد أفراد، وقد بان أن النزاع هنا مبني على النزاع في اشتراط القبض في الرهن.

(٤) بل هو فرد من أفراد.

(٥) وإن وجد الكلي في ضمن الفرد المدفوع.

(٦) جواز رهن الدين على القول باشتراط القبض في الرهن.

(٧) بأن وهب الدائن ما له في ذمة المديون لنفس المديون، والهيئة مشروطة بالقبض بالاتفاق، فهو كالمقبوض عرفاً، وعليه فكما يُكتفى بصدق القبض العرفي في الهيئة فيكتفى بصدق القبض العرفي على ما عينه المديون.

وعلى القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه^(١)، وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض وعدمه، فقال: «لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه»، لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، وعدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف في الدروس، وتعجبه في موضعه، والاعتذار له^(٢) عن ذلك بعدم الموافقة بين عدم اشتراطه^(٣)، واعتبار كونه^(٤) مما يقبض مثله - مع تصريحه^(٥) بالبناء المذكور - غير مسموع.

(ورهن المدبر إبطال لتدبيره على الأقوى^(٦))،

= وفيه: أن هبة ما في الذم منصرفه إلى الإبراء بالاتفاق باعتبار اشتراط القبض في الهبة، والقبض معتذر لما في الذمة، وعليه فلا يصح التشبيه بها من الشارح هنا.

(١) رهن الدين.

(٢) قال الشارح في المسالك: «واعتذر له المحقق الشيخ علي - أي المحقق الثاني - بأن عدم اشتراط القبض لا ينافي اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله، نظراً إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما أرشدت إليه الآية الكريمة، فأحدهما غير الآخر.

وفيه: مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض، منع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلاً إذ لا دليل عليه، والآية قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض، بل الإرشاد إليه، والمعتذر - ره - قد بالغ في تحقيق دلالتها على ذلك، ومنع دلالتها على اعتبار القبض في محل البحث عنه، ولو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعين المديون له في فرد من أفراد ماله، فالنعم من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه، ولو فرض كونه محتماً لا ذكر لا يدفع التعجب عند ضعف المأخذ انتهى.

(٣) اشتراط القبض.

(٤) كون الرهن.

(٥) تصريح العلامة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض وعدمه.

(٦) ذهب الأكثر إلى أن رهن العبد المدبر إبطال لتدبيره، لأن التدبير من العقود الجائزة كالوصية، وقصد شيء ينافي التدبير عقيب التدبير مبطل له، فلو رهنه أو باعه أو وهبه ونحو ذلك من العقود التي يكون الغرض منها ملك من انتقل العبد إليه أو استيفاء الدين =

لأنه^(١) من الصيغ الجائزة، فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعاً^(٢) إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع، وقيل: لا يبطل به، لأن الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن، ويجوز فكه فلا يتحقق التنافي بمجرد، بل بالتصرف، وحيثذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه في الدين فيبطل، واستحسنه في الدروس.

(ولا رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً^(٣)، أو المرتهن^(٤)) وإن وضعهما على يد ذمي، لأن يد الودعي كيد المستودع، خلافاً للشيخ حيث أجاز ذلك^(٥)، محتجاً بأن حق الوفاء إلى الذمي فيصح، كما لو باعها وأوفاه ثمنها، والفرق واضح^(٦)،

= من قيمته، فوقع شيء من هذه العقود عقيب التدبير منافٍ للتدبير وبطل له.
 وذهب الشيخ إلى صحة الرهن مع صحة التدبير، لأن الرهن لا يستلزم نقل العبد عن ملك الراهن، ويجوز فكه بعد الرهن، فلا تنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن، نعم يكون التدبير مراعى بفكه، فإن فكه استقر التدبير، وإلا فإن أخذه المرتهن في الدين بطل الرهن. التدبير. (١)

(٢) كون الرهن رجوعاً عن التدبير.
 (٣) لو رهن المسلم الخمر أو الخنزير أو نحوهما مما لا يملكه المسلم لا يصح، بلا خلاف فيه، ولو كان المرتهن ذمياً، لعدم ملكية الراهن لها، وعدم سلطته على بيعها ووفاء دينه منها كما هو واضح.

(٤) لو رهنها الذمي عند مسلم فلا يصح الرهن، وإن وضعها على يد ذمي على المشهور شهرة عظيمة، ولم يخالف إلا الشيخ في الميسوط والخلاف يدعوى أن الذمي يصح له رهن ما لا يملكه المسلم كما يصح له بيع ما لا يملكه المسلم، فكما يجوز للذمي بيعه وإعطاء ثمنه للمسلم في وفاة الدين، فكذلك يجوز له رهنه.

نعم بما أن المرتهن سيضع يده على الرهن والمرتهن هنا مسلم فلا يجوز وضع يده على هذه الأعيان فيوضع الرهن عند ذمي حيثذ.

وهذه الدعوى مردودة لأن يد الذمي الودعي كيد المسلم المستودع، وله تسلط على الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه وهو هنا ممتنع.

(٥) بوضع الرهن على يد ذمي، وكان الراهن ذمياً.

(٦) ففي الرهن تسليطاً للمسلم على بيع الخمر أو الخنزير ونفس التسليط غير جائز،

ووضعها عند ذمي لا يجدي لأن يد الودعي كيد المستودع، بخلاف ما لو باع الذمي ::

(ولا رهن الحر مطلقاً^(١)) من مسلم وكافر، عند مسلم وكافر، إذ لا شبهة في عدم ملكه، (ولو رهن ما لا يملك) الراهن، وهو مملوك لغيره^(٢) (وقف على الإجازة) من مالكة^(٣)، فإن أجازته صحح على أشهر الأقوال، من كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً^(٤)، وإن رده بطل.

(ولو استعار للرهن صح^(٥)) ثم إن سَوَّغ له المالك الرهن^(٦) كيف شاء جاز مطلقاً^(٧)، وإن أطلق ففي جوازه فيتخير كما لو عمم، أو المنع للمغرر، قولان، اختار أولهما في الدروس، وعلى الثاني فلا بد من ذكر قدر الدين^(٨)، وجنسه،

= الخمر أو الخنزير وسأط المسلم على ثمتها ايفاءً لدينه فهو تسليط المسلم على مالٍ وهو جائز، وبهذا بان الفرق.

(١) مسلماً كان أو كافراً من مسلم أو كافر عند مرتين مسلم أو كافر، لأن الحر لا يمكن تملكه، ولا شبهة ولا خلاف في ذلك.

(٢) قيد احترازي عما لا يقبل الملك أبداً كالحر.

(٣) رهن ما لا يملكه الراهن بدون إذن مالكة متوقف على إجازة المالك على أشهر الأقوال، لأن عقد الفضولي يجري في جميع العقود ومنها الرهن، وقيل: إن العقد الفضولي يجري في النكاح فقط وفي غيره باطل، وقيل: إن العقد الفضولي مطلقاً باطل سواء كان في النكاح أم في البيع أم في غيرها.

(٤) في جميع العقود الفضولية.

(٥) قال في المسالك: «اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، وسَمَّوه استعارة للرهن» انتهى، وفي الجواهر: «صح بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل وغيرنا عدا ما حُكِيَ عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عارية لا يصح رهنه، لأنها غير لازمة» انتهى.

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

(٧) بأي نحو كان من المبلغ والمدة ومن المرتين.

(٨) لا بد من ذكر ذلك بين الراهن والمُعير ليعلم المعير ما سيطراً على ماله، ومع العلم لا غرر ولا ضرر.

ووصفه، وحلوله أو تأجيله، وقدر الأجل، فإن تخلى حينئذٍ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى، ويجوز الرجوع في العارية ما لم تُرهن، عملاً بالأصل^(١).

(وتلزم بعقد الرهن^(٢)) فليس للمعير الرجوع فيها، بحيث يفسخ الرهن وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول، ثم إن فكه ورده تاماً برىء، (ويضمن الراهن لو تلف) وإن كان بغير تفریط^(٣)، (أو بيع)^(٤) بمثله إن كان مثلياً، وقيمته يوم التلف إن كان قيمياً.

هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعارة^(٥)، وعلى تقدير بيعه^(٦) فاللازم للملكه ثمنه إن بيع بضمن المثل، ولو بيع بأزيد فله المطالبة بما بيع به.

(١) الاستصحاب.

(٢) بلا خلاف فيه، لأن الرهن لازم من قبل الراهن فلا بد أن يطرأ اللزوم على المال المعار الذي هو العين المرهونة، ولازمه عدم جواز مطالبة المعير بماله، وهذا لا يعني خروجه عن ملكه، لأنه يجوز له المطالبة بفك العين المرهونة عند حلول الأجل، بل معنى عدم جواز مطالبة المعير بماله أن المعير ليس له فسخ الرهن بل يطالب الراهن بالفك بعد حلول الأجل حينئذ.

(٣) لأنه قبضه لإتلافه في دينه فهو قبض ضمان، بخلاف قبض العارية فهو قد قبضها ليردها إلى مالكها فهو قبض غير مضمون عليه، لأن يده يد أمانة.

(٤) الرهن، ثم لما كانت العين مضمونة على الراهن كما تقدم فإن بيعت ليستوفي المرتهن دينه منها ضمن الراهن مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت قيميّة، والمعتبر في القيمة قيمتها يوم التلف، لأنه يوم انتقال الضمان من العين إلى الذمة.

(٥) فهو غير مضمون، واستشكل العلامة فيه على ما نُقل، ولعله باعتبار أن القبض قبض ضمان، لأنه قبضه بداعي إتلافه في الدين ثم أجاز المالك الرهن.

(٦) إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه إن كان وكيلاً، وإلا استأذن المالك وإلا الحاكم، فإن باعه المرتهن حيث يجوز ذلك له، فلا يخلو إما أن يبيعه بضمن مثله أو أزيد، ولا يجوز الأقل لثلا يلزم ضرر على الراهن، فلو باعه بضمن مثله رجع المالك على المستعير الراهن بنفس القيمة، لأن العين مضمونة عليه كما تقدم، ولو باعه بالأزيد، كان للمالك المطالبة بما بيع به لأن الثمن ملكه.

(ويصح رهن الأرض الخراجية^(١)) كالمفتوحة عنوة، والتي صالح الإمام عليه الصلاة والسلام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم^(٢) الخراج كما يصح بيعها (تبعاً للأبنية والشجر)، لا منفردة.

(ولا رهن الطير في الهواء^(٣)) لعدم إمكان قبضه، ولو لم يشترطه^(٤) أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه، (إلا إذا اعتيد) عوده، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادة، (ولا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مُشاهدًا) بحيث لا يتعذر قبضه عادة، ويمكن العلم به، (ولا رهن المصحف عند الكافر^(٥))، أو العبد المسلم) لاقتضائه الاستيلاء عليهما، والسبيل على بعض

(١) أرض الخراج هي المفتوحة عنوة وكانت عامرة حال الفتح، وكذلك التي صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج، وعلى كل فأرض الخراج هي ملك للمسلمين ولما لم تتعين لواحد منهم فلا يصح رهنها منفردة، لأن الرهن مشروط بصحة بيعه ويكونه ملكاً للراهن.

نعم يصح رهن ما بها من أبنية وأشجار وآلات، لأنها مملوكة لصاحبها المسلم الذي وضعها في الأرض، وهذا ما عليه المحقق وجماعة.

وعن الشهيد أن أرض الخراج مملوكة تبعاً للملكية الآثار التي بها، وعليه فيصح بيعها ورهنها مع الآثار، وعن العلامة وجماعة جواز بيعها تبعاً للآثار مع منع رهنها كذلك، وهو ضعيف، لأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه حيثئذ.

(٢) على أهلها الكفار.

(٣) لا يصح رهن الطير في الهواء ولا السمك في الماء لتعذر تسليمه، إلا إذا اعتيد عود الطير كالحمام الأهلي، أو أمكن تسليم السمك كالسمك المشاهد والمحصور في ماء معين.

وهذا يتم على القول باشتراط القبض في الرهن كما هو واضح، ويتم على القول بعدم الاشتراط، لأنه على الثاني فعدم إمكان التسليم منافٍ لمقتضى العقد، إذ مقتضاه هو الاستيثاق من الدين ومع تعذر إمكان التسليم فلا استيثاق، وذهب الشارح في المسالك والروضة هنا إلى إمكان القول بالصحة عند تعذر إمكان التسليم على القول بعدم اشتراط القبض بإمكان الصلح عليه، ومعه لا يتعذر استيفاء الدين منه وإن كان غير مقبوض.

(٤) لو لم يشترط القبض.

(٥) لا يصح رهن المصحف عند الكافر، ولا رهن العبد المسلم عنده أيضاً كما عن جماعة، =

الوجوه ببيع ونحوه، (إلا أن يوضعا على يد مسلم)، لانتهاء السبيل بذلك، وإن لم يشترط بيعه للمسلم^(١)، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره، أو الحاكم مع تعذره، ومثله لا يعد سبيلاً لتحقيقه وإن لم يكن هناك رهن.

(ولا رهن الوقف)^(٢) لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يُشترى بثمنه ملكاً يكون وفقاً فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقاً^(٣)، نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه، (ويصح الرهن في زمن الخيار^(٤)) لثبوت الثمن في الذمة وإن لم يكن^(٥) مستقراً (وإن كان) الخيار

= لنفي السبيل له عليهما، لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(١)، وعن الشيخ والمحقق والفاضل والشهيد جواز الرهن مع وضعهما على يد مسلم، ومعه لا يتحقق بذلك سبيل للكافر عليهما، لأنهما إذا لم يكونا تحت يد الكافر لم يستحق الاستيفاء من القيمة إلا بالبيع، والبيع حاصل من المالك أو من يأمره الحاكم مع امتناع المالك، ومثل هذا لا يُعد سبيلاً، كيف ويمكن للمسلم أن يبيع عبده ويؤفي الكافر دينه من الثمن فكذلك المقام.

(١) الذي وضع المصحف والعبد تحت يده.

(٢) لا يصح بيع الوقف كما قرر في محله فلا بد أن لا يجوز رهنه، لأنه لا يمكن استيفاء الدين منه لعدم جواز بيعه، وعلى تقدير جواز بيع الوقف في بعض الوجوه فيجب أن يُشترى بثمنه ملكاً يكون وفقاً ومعه لا يمكن الاستيفاء من الوقف ولو جاز بيعه، نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله بثمنه أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه.

(٣) جاز بيعه أو لا.

(٤) يجوز للمشتري رهن المبيع في زمن ثبوت الخيار للبائع، لأن المشتري مالك للمبيع من حين العقد وإن تزلزل ملكه بالخيار، والمالك يجوز له التصرف في ملكه بأي تصرف كان على نحو النقل وغيره، ومعه لا بد أن يجوز له الرهن، وكذلك يجوز رهن الثمن للبائع في زمن خيار المشتري، وعن الشيخ عدم جواز الرهن، لأن المبيع لا ينتقل إلى ملك المشتري إلا بعد انقضاء زمان الخيار، وهو مبنى ضعيف.

(٥) الملك.

(للبيع، لانتهال المبيع) إلى ملك المشتري (بالمقد على الأقوى)، لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره، ولأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب، وعلى قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبايع، أولهما^(١) لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه^(٢).

(ويصح رهن العبد المرتد ولو عن فطرة^(٣))، لأنه لم يخرج بها^(٤) عن الملك، وإن وجب قتله، لأنه حيثئذ كرهن المريض المأيوس من برئه، ولو كان امرأة، أو ملبياً فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً^(٥)، وقبول توبته^(٦)، (والجاني^(٧) مطلقاً) عمداً وخطأً، لبقاء المالية وإن استحق العامد القتل، ولجواز العفو، ثم إن قُتل

(١) للمشتري والبايع.

(٢) قبل انقضاء الخيار إذا كان الخيار للمشتري.

(٣) المرتد تارة عن ملة وأخرى عن فطرة، وعليه فالمرتد الملبى يصح رهنه لأنه تقبل توبته ولا يجب قتله فماليته باقية، وكذلك المرتدة سواء كانت عن فطرة أم عن ملة.

وأما المرتد الفطري فباعتهار وجوب قتله على كل حال سواء تاب أم لا يشكل صحة الرهن عليه، قال الشارح في المسالك: «لأنه لا تقبل توبته فيجب إنلافه شرعاً فتنتفي علة الرهن وهي التوثق، ووجه الجواز جواز بيعه وبقاء ماليته حالة الرهن، وتعرضه للإتلاف لا يصلح للمنع كرهن المريض المذنب وهو أجوده انتهى، هذا ومال العلامة إلى المنع.

(٤) بالردة.

(٥) سواء كانت ملية أم فطرية، وهذا دليل جواز الرهن على المرتدة.

(٦) تعليل لجواز الرهن على المرتد الملبى.

(٧) إذا كان الجاني عبداً، فالجناية تارة عمداً، وأخرى خطأً، وعلى الأول فوجهان بل قولان، وجه عدم جواز الرهن لأنه بحكم الثالف، لاستحقاقه القتل فهو كالمرتد الفطري، ووجه الجواز بقاء المالية حالة الرهن مع جواز العفو عنه فلا ذهاب لماليته.

وعلى الثاني فالشهور جواز رهنه، لوجود مقتضى الرهن من كونه ملباً يصح قبضه مع صحة بيعه وهو مملوك للراهن ولا مانع يمنع من رهنه إلا تعلق حق الجناية عليه؛ وهو ليس بمانع، لأنه لا يقتل بجنائه قطعاً، فهو باق على ماليته.

نعم يجوز لولي الدم استرقاق العبد الجاني أو بقدر الجناية لو لم يفكه المولى بدفع القصاص من مالي آخر، وهذا لا يكون مانعاً للرهن لجواز العفو، ولذا قال في الجواهر: =

بطل الرهن، وإن فداه مولاه أو عفى الولي بقي رهناً، ولو أسترّق بعضه بطل الرهن فيه خاصة، وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفداء وجهان كالبيع^(١) (فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجناية) لسبقها، ولتعلق حق المجني عليه بالرقبة، ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد بخلاف المرتهن، فإن حقه لا ينحصر فيها^(٢)، بل تشركها ذمة الراهن، (ولو رهن ما يتسارع إليه الفساد^(٣) قبل

= «واحتمال القصاص والاسترقاق للكل أو البعض غير قادح، كما إذا جنى وهو رهن، إذ لا يعتبر في الاستيثاق نفي سائر الاحتمالات»، وذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز الرهن لأنه بحكم التالف لجواز استرقاقه، ثم على تقدير جواز رهن العبد الجاني فيتعلق فيه حق الجناية وحق الرهن، إلا أن حق الجناية مقدم بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر، لسبق حق الجناية، ولأن حق الجناية متعلق بالرقبة بخلاف حق الدين، ولذا لو مات العبد يفوت حق الجناية بخلاف الدين فإنه ثابت في ذمة الراهن.

(١) كما لو باعه المولى، ووجه الالتزام أن الرهن تفويت على ولي الدم، ووجه عدم الالتزام أن الرهن ليس تفويتاً لاحتمال فكه من مال آخر.

(٢) في الرقبة.

(٣) لو رهن شيئاً يسرع إليه الفساد قبل حلول أجل الدين بحيث يكون تالفاً وقت الاستيفاء، ولكن يمكن إصلاحه بتجفيف ونحوه كالعنب والرطب صح رهنه بلا خلاف ولا إشكال، ضرورة وجود مقتضي للرهن مع عدم المانع، ويجب على الراهن إصلاحه وتجفيفه عند رهنه.

وأما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل أجل الدين ولا يمكن إصلاحه فلو شرط بيعه مع جعل ثمنه رهناً صح بلا خلاف أيضاً ولا إشكال، وبعد الرهن إن باعه الراهن ودفع ثمنه رهناً فهو وإلا أجبره الحاكم لأنه ولي الممتنع، وإن تعذر الحاكم باعه المرتهن وجعل ثمنه رهناً جمعاً بين حقي الراهن والمرتهن، أما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل ولا يمكن إصلاحه ولم يشترط بيعه صح الرهن كما عن الفاضل والشهيد والمحقق الثاني، غاية عند خوف الفساد يبيعه المالك ويجعل ثمنه رهناً، ومع الامتناع عن البيع يجبره الحاكم جمعاً بين الحقيين كمثل ما لو شرط بيعه.

وعن الشيخ البطلان، لأن الإطلاق في عقد الرهن لا يقتضي البيع، نعم لو شرط فاللتزام بالشرط، أما مع الإطلاق فحمله على الشرط بحاجة إلى دليل، ولأن نفس العين المرهونة يشترط فيها الدوام إلى ما بعد الأجل ليحصل الاستيثاق منها، وما يسرع إليه الفساد قبل الأجل في قوة الهالك فلا يتحقق الاستيثاق منه.

الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب^(١)، والرطب (فليشترط ببيعه، ورهن ثمنه) فبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهناً، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه، أو يأمره به^(٢)، فإن تعذر جاز له^(٣) البيع، دفعاً للضرر، والخرج.

(ولو أطلق) الرهن ولم يشترط ببيعه، ولا عدمه (هل عليه)^(٤) جمعاً بين الحقيين، مع كونه حالة الرهن صالحاً له، وقيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق البيع، وعدم صلاحيته^(٥) لكونه^(٦) رهناً على الدوام، فهو في قوة الهالك، وهو^(٧) ضعيف، لكونه^(٨) عند العقد مالاً تاماً، وحكّم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه^(٩) صيانة للمال جائز^(١٠)، لفساده^(١١)، واحترز بقوله: «قبل الأجل» عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله^(١٢) بحيث يمكن بيعه قبله^(١٣) فإنه لا يُمنع^(١٤)، وكذا لو كان الدين حالاً^(١٥)، لإمكان حصول المقصود منه، ويجب على المرتهن السعي على بيعه بأحد الوجوه^(١٦)، فإن ترك مع إمكانه^(١٧) ضمن^(١٨)، إلا أن

(١) مثال للمنفى لا للمضي.

(٢) يأمر الحاكم الراهن بالبيع.

(٣) للمرتهن.

(٤) على بيعه وجعل الثمن رهناً.

(٥) عدم صلاحية ما يسرع إليه الفساد.

(٦) ما يكون رهناً فهو رهن على الدوام، وما يسرع إليه الفساد فهو في قوة الهالك.

(٧) القول بالبطلان.

(٨) كون ما يسرع إليه الفساد.

(٩) امتناع الراهن من البيع.

(١٠) خير لقوله: «وحكّم الشارع».

(١١) تعليل لحكم الشارع ببيعه.

(١٢) حلول الدين.

(١٣) قبل الفساد ولكن بعد الحلول أيضاً.

(١٤) لوجود المقتضي للرهن مع عدم المانع.

(١٥) وقد رهن ما يسرع إليه الفساد فيجوز لبقائه على ماله.

(١٦) من مراجعة المالك أو الحاكم حيث يمكن.

(١٧) ترك السعي مع إمكان البيع بنفسه.

(١٨) قال في المسالك: «ولو ترك المرتهن السعي في بيع ما يفسد حيث صح رهنه بمراجعة =

ينهاه المالك فيتفي الضمان، ولو أمكن إصلاحه^(١) بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه، ومؤنة إصلاحه^(٢) على الراهن كنفقة الحيوان.

(وأما المتعاقدان: فيشترط فيهما الكمال)

بالبلوغ، والعقل^(٣)، والرشد^(٤)، والاختيار^(٥)، (وجواز التصرف)^(٦) برفع الحجر عنهما في التصرف المالي، (ويصح رهن مال الطفل للمصلحة^(٧)) كما إذا

= المالك أو الحاكم حيث يمكن ضمن، ولو تعذر الحاكم فإن ناه المالك من البيع لم يضمن، وإلا احتمل الضمان لجواز بيعه بنفسه حيث أنه انتهى.

(١) بتجفيف كالعنب والرطب فيصح رهنه ولا يجوز للمرتين بيعه إلا بإذن الراهن كبقية العيون المهونة، بخلاف ما يتسارع إليه الفساد، لأنه مع خوف الفساد وامتناع المالك عن البيع وتعذر الحاكم فيجوز للمرتين البيع على تفصيل قد تقدم.

(٢) مؤنة إصلاح ما يسرع إليه الفساد - وذلك بالتجفيف ونحوه - إنما تكون على الراهن، قال الشارح في المسالك: «وجب على الراهن تجفيفه وإصلاحه لأن ذلك من مؤنة حفظه كنفقة الحيوان المهون» انتهى.

(٣) يشترط البلوغ والعقل في عقد الرهن كباقي العقود، لسلب عبارة الصبي والمجنون لحديث رفع القلم^(١).

(٤) أما في الراهن فواضح، لأن الرشد في مقابل السفه، والسفه محجور عليه، وهو ممنوع من التصرف في ماله، والرهن تصرف في المال، وأما في المرتين فلأن الرهن مستلزم للاستيلاء عليه ببيع ونحوه، وهو محجور عليه ما دام سفيهاً، نعم استثنى صاحب الجواهر ما لو كان الرهن على دين قد وقع قبل الحجر فلا دليل على اشتراط رشد المرتين، لأن الرهن مصلحة ماله.

(٥) المقابل للإكراه، فمع إكراههما أو أحدهما لا يتعقد عقد الرهن، نعم لو تعقبه الرضا فيما بعد صح، وهذا كاشف عن كون الإكراه غير مخرج عن قصد المعنى، نعم لو كان مخرجاً عن القصد المذكور فتعقب الرضا لا يفيد بعد عدم قصد المعنى من رأس.

(٦) فلو كان أحدهما محجوراً عليه فهو ممنوع من التصرف كالمملوك والسفيه.

(٧) وذلك فيما لو اضطر الولي للاستدانة من أجل الإنفاق على مصلحة الطفل، كأن يتهدم دار الطفل، والإعمار بحاجة إلى الدين، أو يكون للطفل أموالاً فيحتاج الولي إلى الدين للإنفاق عليها لحفظها من التلف أو النقص.

افتقر إلى الاستدانة لنفسه، وإصلاح عقاره، ولم يكن يبيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن^(١) وتوقفت^(٢) على الرهن، ويجب كونه^(٣) على يد ثقة يجوز إيداعه منه، (و) كذا يصح (أخذ الرهن له^(٤))، كما إذا أسلف ماله^(٥) مع ظهور الغبطة، أو

= وعلى كل إذا كان الدين أولى بالمصلحة، وكان الدين متوقفاً على رهن بعض أموال الطفل فعل الولي ذلك، وهذا فيما لو كان استيقاء مال الطفل أعود عليه، أما لو كانت المصلحة ببيع الدار الذي تهدم فلا يجوز للولي الاستدانة ولا الرهن عليه، بل يجب بيعه لقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾^(٦)، بلا خلاف في ذلك كله كما في الجواهر، وعن بعض الشافعية المنع من رهن مال الطفل مطلقاً، ولا ريب في ضعفه.

(١)

(٢) الاستدانة.

(٣) رهن مال الطفل، فيجب أن يوضع على يد ثقة، فإن كان المرعوث ثقة فهو، وإلا يجب وضع الرهن عند ثقة غير المرعوث للاستيثاق في المحافظة على مال الطفل.

(٤) فيجوز لولي اليتيم أن يقرض مال الطفل ويأخذ الرهن له، أما جواز الإقراض فهو مقيد بالمصلحة للطفل، كأن يخاف الولي على مال الطفل من التلف أو النهب أو السرقة فيقرضه من الغني الثقة مع الرهن، واشتراط الثقة في المستقرض ليؤمن جوده، واشتراط اليسر مع الرهن من أجل استيقاء حق الطفل، وهذا ما عليه جماعة.

واستشكل في إيجاب الغنى مع الرهن، لأنه مع وجود الرهن يمكن استيقاء دين الطفل من العين المرهونة ولو كان المستقرض فقيراً.

هذا إذا كان الإقراض لغير الولي، وأما له فعن ابن إدريس عدم الجواز، حيث قال في السرائر: «لا يجوز له بحال لأنه أمين، والأمين لا يجوز له أن يتصرف في أمانته» انتهى، وزد: بأنه على خلاف إطلاق الآية المتقدمة، إذ قد يكون الإقراض لنفس الولي أنفع للطفل، وللأخبار.

منها: صحيح أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجلٍ ولي يتيماً فاستقرض منه فقال عليه السلام: إن علي بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك)^(٧)، وهذا الخبر كمثلته مطلق، ولكن لا بد من تقيده بالمصلحة للآية المتقدمة.

(٥) كما إذا دفع الولي مال الطفل سلفاً، فالثمن حال والثمن مؤجل.

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

(٢) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب ما يكتسب به، ملحق حديث ١.

خيف على ماله من غَرَق، أو نهب^(١). والمراد بالصحة هنا^(٢) الجواز بالمعنى الأعم، والمقصود منه الوجوب، ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق، أو زائداً عليه^(٣) ليتمكن استيفاءه منه، وكونه بيد الولي، أو يد عدل^(٤) ليتم التوثق، والإشهاد^(٥) على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة، فلو أخل^(٦) ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

(ولو تعذر الرهن هنا)^(٧) وهو في موضع الخوف على ماله (أقرض من ثقة

(١) فيقرضه.

(٢) عند قول الماتن: «ويصح رهن مال الطفل للمصلحة وأخذ الرهن له» أي: ويصح أخذ الرهن له، وغيره عبر «يجوز لولي اليتيم بأخذ الرهن له»، وقال الشارح في المسالك: «يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاص فلا يجب لأصالة العدم، خصوصاً إذا كان الدين في ذمة ملي أو ثقة، - إلى أن قال - والأولى أن يراد به معناه الأعم فيشمل الوجوب، وهو المراد هنا، وبه قطع في التذكرة» انتهى.

وإيجاب الرهن للتوثق من استيفاء دين الطفل، لأن المديون وإن كان ثقة لكن يجوز أن يكون ذا نظرة لأنه لا مال عنده، فيلزم ضياع مال الطفل.

(٣) ليتمكن الولي من استيفاء الدين من العين المرهونة، ويؤيده الأخبار.

منها: خبر أسباط بن سالم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك، فوضى إلى أخ أكبر مني وأدخلني معه في الوصية وترك ابناً صغيراً وله مال، أفضر به أخي؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله؟ فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مالٌ فلا يمرض مال اليتيم)^(١).

(٤) يجب كون الرهن لمال اليتيم بيد الولي أو بيد عدل ليتم التوثق من استيفاء دين اليتيم إن لم يغب به المديون.

(٥) يجب على الولي إشهاد شاهدين على المديون أنه قد استدان من مال الطفل بالإضافة إلى وثاقه المديون ويسره والرهن، للاحتياط، إذ قد يخون الثقة، ويذهب ماله، وتلف العين المرهونة فلا يمكن إثبات الدين إلا بالشهادة.

(٦) لو أخل الولي ببعض هذه الشروط ضمن مال اليتيم لو لم يمد المال، لتقصيره بالتصرف في مال الطفل.

(٧) إذا جاز إقراض مال اليتيم للمصلحة وقد تعذر الرهن فيجب أن يكون الدين للثقة غالباً للتوثق في مال اليتيم.

عدلٍ غالباً) هكذا اتفقت النسخ، والجمع بين العدل والثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده كثيراً في الأخبار^(١) وكلام الأصحاب محتملاً^(٢) لما هو أعم منه.

ووصف الغلبة^(٣) للثبته على أن العدالة لا تعتبر في نفس الأمر^(٤)، ولا في الدوام^(٥)، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفته في باب الشهادات، والمعتبر وجودها غالباً.

(وأما الحق^(٦) فيشترط ثبوته في الذمة)^(٧)

أي: استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقراً (كالقرض^(٨) وضمن المبيع^(٩)) ولو

- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٥٤٥.
- (٢) محاولة المصنف لتفسير الثقة بالعدل لاحتمال أن يراد بالثقة ما هو أعم من العدل ففسرها بالعدل فقط دعفاً للاحتمال.
- (٣) قال الشارح في المسالك: «الثقة في ظاهر الحال بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، ولا يشترط العلم بذلك لتعذره، فثبت عن الظاهر بالغالب نظراً إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حالة كونه ثقة، لا أن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل من أحواله، فإن ذلك غير كافٍ انتهى».
- (٤) بل تعتبر في ظاهر الحال.
- (٥) هذا ما نفاه في المسالك كما تقدم في كتاب الشهادات وقد أخذ به هنا، والمراد لو كان في غالب أحواله عادلاً مع صدور الصغيرة في القليل من أحواله فلا يضر، لأن الذي يضر بالعدالة هو الإصرار على الصغيرة لا اللبس.
- (٦) هو الحق الذي يجوز أخذ الرهن عليه، وهو كل دين ثابت في الذمة مستحق فيها، ويُمْتَرِزُ بالدين عن العين فلا يصح أخذ الرهن عليها، سواء كانت العين أمانة في يده كالوديعة والعارية أم كانت مضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالسوم والمستعارة مع الضمان، وعدم صحة الرهن على العين، لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر.
- (٧) في ذمة الراهن، فلا يصح الرهن على ما لم يحصل سبب ثبوته في الذمة، كالرهن على ما يستدين أو على ثمن ما يشتريه، بلا خلاف فيه، لأن الرهن وثيقة من الراهن على مال المرتهن، ولا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده.
- (٨) مثال لما ثبت في الذمة وهو مستقر.
- (٩) مثال لما ثبت في الذمة وهو غير مستقر.

في زمن الخيار، (والدية بعد استقرار الجناية^(١)) وهو انتهاؤها إلى الحد الذي لا يتغير موجبها لا قبله، لأن ما حصل بها^(٢) في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره، ثم إن كانت حالة^(٣)، أو لازمة للجاني كشبيه العمد جاز الرهن عليها مطلقاً، (وفي الخطأ) المحض^(٤) لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول، لأن المستحق عليه غير معلوم، إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعاً للشرائط بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق والمستحق عليه.

ويجوز الرهن (عند الحلول على قسطه) وهو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة.

(ومال الكتابة^(٥)) وإن كانت مشروطة على الأقرب) لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً^(٦) على الأصح، والقول الآخر أن المشروطة جائزة من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز نفسه، فلا يصح الرهن على مالها، لانتهاء فائدته، إذ له^(٧) إسقاطه^(٨) متى شاء.

(١) فقبل استقرار الجناية لا يعلم بحصول سبب الدية، كما لو جُني عليه ولم تأت الجناية على نفسه، فلا تثبت الدية حتى يستوثق منها بالرهن.

(٢) بالجناية.

(٣) بعد أن تستقر الدية فإذا كانت حالة أو لازمة للجاني كشبيه العمد فهي وإن كانت مؤجلة إلى سنتين إلا أنها كأجل الدين فيصح الرهن عليها، سواء كان قبل السنتين أم بعدها.

(٤) فالدية على العاقلة وهي مقسطة على ثلاث سنين، ولكن لا يجوز الرهن على قسط كل حول إلا بعد حلوله، لعدم تعين المستحق عليه من العاقلة قبل الحصول، لأن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذي يعقل وإن كان فاقداً لها قبله.

(٥) يجوز الرهن على مال الكتابة المطلقة بلا خلاف فيه كما في المسالك، لأن الكتابة المطلقة لازمة من الطرفين، ومع لزومها يستقر الحق ويتعين المستحق عليه.

وأما الكتابة المشروطة فعلى المشهور أنه يصح الرهن عليها لأنها لازمة من الطرفين، وذهب الشيخ والقاضي والحلي إلى عدم جواز الرهن، لأنها غير لازمة من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه، ومع جواز التعجيز يرجع إلى الرق، فتنتفي مائة الكتابة فالاستيثاق بالرهن لا فائدة فيه حينئذ، وروى: بأن تعجيز العبد نفسه وإبطال مال الكتابة لا يضر بالرهن كما لا يضر الرهن على الثمن في زمن الخيار.

(٦) سواء كانت الكتابة مطلقة أم مشروطة.

(٧) للمكاتب.

(٨) إسقاط مال الكتابة.

وهو على تقدير تسليمه^(١) غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار.
وفي قول ثالث: أن المشروطة جائزة من الطرفين، والمطلقة لازمة من طرف السيد^(٢) خاصة، ويتوجه عدم صحة الرهن أيضاً كالسابق.
(ومال الجمالة بعد الرد^(٣))، لثبوته في الذمة حينئذ (لا قبله)^(٤) وإن شرع فيه^(٥)، لأنه لا يستحق شيئاً منه^(٦) إلا بتمامه^(٧)، وقيل: يجوز بعد الشروع، لأنه

- (١) يكون المشروطة جائزة من قبل العبد.
(٢) وهو قول ابن حمزة في الوسيلة - كما سيأتي في كتاب العتق - ولازمه عدم مالية الكتابة عند تعجز العبد نفسه، ومعه لا فائدة في الاستيثاق بالرهن، كالقول الثاني في المشروطة. وهناك قول رابع للشيخ في الخلاف، وأن المكاتب - مشروطة أو مطلقة - جائزة من الطرفين، ولم يذكره الشارح هنا ولا في كتاب العتق، ولازمه عدم مالية الكتابة فلا فائدة في الرهن كالقولين السابقين.
(٣) لو كان المالك قد جعل جمالة لمن رد ماله المفقود، وقام البعض برده فيستحق الأجرة، وهي دين ثابت في الذمة فيصح الرهن عليه.
أما قبل رد المفقود فهل يصح الرهن للمجموع له أو لا، هذا إذا كان قد شرع في العمل، وأما قبل الشروع في العمل فلا يصح له أخذ الرهن لعدم استحقاق المجموع قبل العمل، بلا خلاف فيه كما في الجواهر.
وأما إذا كان بعد الشروع فلا يصح الرهن لأنه لم يستحق الأجرة إلا بالرد، والرد لم يتحقق وإن شرع في العمل كما عليه الأكثر، وعن العلامة في التذكرة جواز الرهن لانتهاؤ الشروع في العمل إلى اللزوم بتحقق الرد، ومعه يثبت الحق في ذمة الجاعل كالثمن في مدة الخيار.
وردد: بأن الشروع ما لم يتحقق الرد لا يوجب اشتغال ذمة الجاعل، فعلى أي شيء يقع الرهن؟ وهذا بخلاف الرهن على الثمن في مدة الخيار، فإنه ثابت من حين العقد وإن لم يكن مستقراً، وقد أتى الشارح في المسالك بفارق آخر حيث قال: «والفرق بينها وبين البيع في زمن الخيار واضح، لأن البيع متى أبقى على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم والأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجمالة فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء والأصل عدم الإكمال» انتهى.

(٤) قبل الرد.

(٥) في الرد.

(٦) من مال الجمالة.

(٧) بتمام الرد.

يؤول إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار، وهو ضعيف، والفرق واضح، لأن البيع يكفي في لزومه إبقاؤه على حاله فتتقضي المدة، والأصل عدم الفسخ عكس الجمالة.

(ولابد من إمكان استيفاء الحق من الرهن^(١)) لتحصل الفائدة المطلوبة من التوثق به (فلا يصح الرهن على منفعة المؤجر عنه مدة معينة)، لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين المخصوصة، حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت ونحوه بطلت الإجارة، (فلو آجزه في الذمة جاز) كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره^(٢)، لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق، (وتصح زيادة الدين على الرهن^(٣)) فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلقاً بذمته، (وزيادة الرهن على الدين^(٤)) وفائدته سعة الوثيقة، ومنع الراهن من التصرف في المجموع، فيكون باعثاً على الوفاء، وإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظاً للدين.

(١) فالحق الذي أخذ الرهن لأجله لا بد فيه من إمكان استيفائه من الرهن، لأن فائدة الرهن التوثق على دينه وحقه بحيث مع تعذر الوفاء يستوفي الحق من العين المرهونة. وعليه فلو كان الحق الذي له لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يصح هذا الرهن، كما لو آجره نفسه شهراً معيناً أو داره كذلك، أو دابته المعينة لحمل معين، ونحو ذلك، فالمنفعة التي وقعت في عقد الإجارة أصبحت ملكاً للذي استأجرها ولا يمكن طلب الرهن عليها لأنه لا يجوز استيفاء هذه المنفعة إلا من هذه العين المخصوصة بحيث لو تعذر الاستيفاء لموت أو نحوه بطلت الإجارة ولا يمكن الاستيفاء من عين أخرى فلذا يبطل الرهن عليها.

(٢) غير نفسه، بحيث كان الواجب هو تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق، ومن أي عين كانت، فيصح الرهن عليها لإمكان استيفائها من الرهن، ولو يبيعه واستئجار الغير بالثمن على تحصيل الفعل المستأجر عليه.

(٣) بحيث كان الرهن أقل من الدين، لإطلاق قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، فيشمل عقد هذا الرهن.

(٤) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لإطلاق قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢).

(وأما اللواحق فمسائل):

(الأولى : إذا شرط الوكالة في الرهن^(١).....

(١) قد تقدم أن الرهن بحسب أصله لا يقتضي كون المرهن وكيلاً عن الراهن في البيع، لأن العين المرهونة تبقى على ملك الراهن، نعم مع الرهن يحق للمرهن مطالبة الراهن ببيعها، فإن أبى طلب من الحاكم ببيعها، فإن تعذر باعها المرتهن واستوفى دينه.

وقد تقدم أيضاً أنه يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة في البيع بأن يكون وكيلاً عن الراهن في بيع العين المرهونة، ويجوز اشتراط الوكالة في البيع لو ارتب المرتهن أو لغيره بلا خلاف فيه لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٢).

ولكن مع اشتراط الوكالة المذكورة في البيع للمرتهن، هل يجوز للراهن فسخها بعد الرهن قولان، فعلى المشهور لزوم الشرط الواقع في العقد اللازم، فلا يملك الراهن فسخ الوكالة، بل في الجواهر: «نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف، فإن لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة، نعم عن المسووط أنه حكى الخلاف في ذلك بلفظ القيل، ويمكن أن يريد الشافعي» انتهى.

ودليل جواز الفسخ إما لأن الوكالة من العقود الجائزة، ومن شأنها تسلط كل واحد منهما على الفسخ، أو لأن الشروط لا يجب الوفاء بها وإن كانت في عقد لازم بل غاية تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه، ويُضتَف الأول: بأن جواز الوكالة بحسب أصلها لا ينافي لزومها بسبب عارض كشرطها في عقد لازم، وهو هنا كذلك، ويُضتَف الثاني: بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد اللازم، لأن عموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٣) دالٌّ على لزوم الشروط، بل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٤) يوجب الوفاء بالعقد المشروط، ولازمه الوفاء بالشرط.

هذا كله إذا شرط الوكالة في عقد لازم، وأما لو شرط الوكالة في نفس عقد الرهن، فقولان، فعلى المشهور وجوب الوفاء بالشرط، فلا يجوز للراهن فسخ الوكالة، وقد ذهب الشهيد هنا إلى الجواز، لعدم لزوم الشرط في العقد اللازم ففي الشرط الوارد في العقد الجائز من باب أولى، ولو سُلم لزوم الشرط في العقد اللازم فالرهن ليس لازماً. وفيه: أما الأول فلما عرفت من لزوم الشرط في العقد اللازم، وأما الثاني فلأن الرهن =

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

لم يملك عزله^(١١) على ما ذكره جماعة^(١٢) منهم العلامة، لأن الرهن لازم من جهة الراهن وهو الذي شرطها على نفسه^(١٣) فيلزم من جهته.

(وَيُضَعَفُ^(١٤) بأن المشروط في اللازم^(١٥) يؤثر جواز الفسخ لو أدخل بالشرط، لا وجوب الشرط) كما تقدم من أن المشروط في العقد اللازم يقلبه جائزاً عند المصنف وجماعة، فحيتئذ^(١٦) إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد^(١٧)، وذلك^(١٨) لا يتم في عقد الرهن^(١٩)، لأنه دفع ضرر^(٢٠) بضرر أقوى^(٢١)، وإنما تظهر الفائدة فيما لو كان الراهن قد شرطها^(٢٢) في العقد اللازم كبيع (فحيتئذ لو فسخ) الراهن (الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن)، والوكالة (إن كان) هناك بيع مشروط فيه ذلك^(٢٣)، وإلا^(٢٤) فات الشرط على المرتهن بغير فائدة.

= لازم من طرف الراهن، فما يلتزمه الراهن يكون لازماً من قبله، نعم لما كان عقد الرهن جائزاً من طرف المرتهن كان ما يلتزمه جائزاً فيجوز له فسخ الوكالة كما هو واضح، لأنها حقه ويجوز له ترك هذا الحق.

- (١) لم يملك الراهن عزل المرتهن.
- (٢) قد عرفت أنه المشهور ولم يخالف إلا الشهيد في اللصة وبعض أهل العامة.
- (٣) والمعنى أن الراهن هو الذي شرط الوكالة على نفسه، وكذا فيما لو كان الشرط من طرف المرتهن وقبل الراهن.
- (٤) هذا هو الدليل الثاني من أدلة الجواز الواردة فيما لو شرط الوكالة في عقد لازم.
- (٥) العقد اللازم كالبيع.
- (٦) حين انقلابه إلى الجائز.
- (٧) الذي شرط فيه الوكالة، كما لو شرطت في البيع.
- (٨) تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط.
- (٩) بحيث لو شرطت الوكالة في نفس عقد الرهن وقد أدخل الراهن بالشرط فتسلط المرتهن على فسخ عقد الرهن غير متوجه عند العقلاء لأنه يزيد ضرراً، لأن الرهن من أجله ليتوثق على دينه فكيف يفسخه؟
- (١٠) وهو ضرر الإخلال بالشرط.
- (١١) وهو ضرر فسخ عقد الرهن.
- (١٢) شرط الوكالة.
- (١٣) وهو الرهن والوكالة.
- (١٤) وإن لم يكن هناك بيع مشروط فيه الرهن والوكالة، بل كان هناك رهن قد شرط فيه =

ويشكل^(١) بما تقدم من وجوب الوفاء بالشرط، عملاً بمقتضى الأمر^(٢)، خصوصاً في ما يكون العقد المشروط^(٣) فيه كافياً في تحققه^(٤) كالوكالة على ما حققه المصنف من أنه يصير كجزء من الإيجاب والقبول يلزم حيث يلزمان.

ولما كان الرهن لازماً من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك^(٥) خصوصاً

= الوكالة ولم يعمل الراهن بالشرط، فهو وإن أوجب للمرتهن التسلط على الفسخ لكنه لا يقدم عليه لأنه دفع الفاسد بالأفسد فيكون قد فات الشرط على المرتهن وبقي الرهن فقط.

(١) قول الماتن من كون الشرط لا يجب الوفاء به، غايته يوجب التسلط على الفسخ مشكل بما تقدم في كتاب البيع عند خيار الاشتراط من وجوب الوفاء بالشرط لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(١)، ولقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢)، على ما تقدم بيانه هنا أيضاً.

(٢) في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣).

(٣) قد تقدم في كتاب البيع أن الشرط على قسمين: شرط فعل وشرط نتيجة، فالأول كأن يقول: بعثك الكتاب بشرط أن توكلني بكذا، ولازمه أن مجرد البيع لا يجعل البائع وكيلًا وإنما على المشتري أن يجري الوكالة فيما بعد حتى يصير وكيلًا، والثاني كأن يقول: بعثك الكتاب بشرط وكالتني بكذا، ولازمه أن مجرد عقد البيع يوجب الوكالة من دون إجراء التوكيل.

وقد تقدم، أن المصنف قد فضل بين شرط الفعل وشرط النتيجة، ففي شرط الفعل لا يجب العمل على طبقه غايته عند الإخلال يلزم تسلط المشروط له على الفسخ، وفي شرط النتيجة يجب العمل على طبقه لأنه يصير جزءاً من الإيجاب والقبول.

وعلى كلي فالشرط هنا بالوكالة في بيع الرهن عن الراهن لو كان شرط نتيجة فيجب أن يلتزم الراهن به ولا يجوز له الفسخ بناء على قول المصنف المتقدم، مع أن المصنف هنا لم يفضل في عدم وجوب الوفاء بالشرط هنا في الرهن بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

(٤) تحقق الشرط وهو شرط النتيجة.

(٥) لازم.

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

هنا^(١)، فإن فسخ^(٢) المشروط فيه وهو الرهن إذا لم يكن في بيع لا يتوجه^(٣)، لأنه يزيد ضرراً، فلا يؤثر فسخه^(٤) لها^(٥) وإن كانت جائزة بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمة بشرطها^(٦) في اللازم^(٧) على ذلك الوجه^(٨).

(الثانية^(٩)): يجوز للمرتهن ابتياعه^(١٠) من نفسه إذا كان وكيلاً في البيع، ويتولى طرفي العقد، لأن الغرض ببيعه بضمن المثل وهو^(١١) حاصل، وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها، وربما قيل بالمنع، لأن ظاهر الوكالة لا

- (١) في شرط النتيجة.
- (٢) والمعنى أنه لو شرط الوكالة في الرهن على نحو شرط النتيجة، فلا يعقل أن يقدم المرتهن على فسخ عقد الرهن، وهو العقد المشروط فيه الوكالة على نحو شرط النتيجة لأنه يزيد ضرراً، وكذا الراهن لا يؤثر فسخه للوكالة لأنها وإن كانت جائزة بحسب أصلها إلا أنها قد صارت لازمة عليه، لأن الوكالة قد شرطت على نحو شرط النتيجة في عقد لازم بالنسبة إليه، لأن الرهن لازم بالنسبة للراهن.
- (٣) لا يتوجه الفسخ بمعنى لا يقدم عليه هذا إذا كان الفسخ من المرتهن.
- (٤) من باب التفعيل والفسخ هنا من الراهن، وكان عليه أن يقول «ولا يؤثر» حتى يرجع الضمير إلى الراهن دون المرتهن الذي هو مرجع الضمير في الجملة السابقة.
- (٥) للوكالة.
- (٦) وهو شرط النتيجة.
- (٧) وهو عقد الرهن بالنسبة للراهن.
- (٨) شرط النتيجة.
- (٩) لو كان المرتهن وكيلاً عن الراهن ببيع العين المرهونة، وقد باعها على الغير فالبيع صحيح، لوجود المقضي لأنه وكيل في البيع، مع عدم المانع بلا خلاف فيه، ولكن هل يصح للمرتهن بيع العين المرهونة على نفسه، ويتولى طرفي العقد؟ فعل المشهور الجواز، لأن الوكالة مطلقة ولم يخصها الراهن بأنه وكيل عنه في البيع لغير نفسه، وعن المحقق الثاني عدم، لأن الوكالة المذكورة ظاهرة في بيع الرهن على غيره من غير تعرض له، فلا يجوز البيع على نفسه إلا بالإذن أو وجود قرينة تدل عليه، ورذ: بأن هذا لا شاهد له، لأن الوكالة مطلقة.

(١٠) ابتياع الرهن.

(١١) البيع بضمن المثل.

يتناوله، وكذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى^(١)، وقيل: لا، (وهو^(٢)) مقدم به على الغرماء) حياً كان الراهن أم ميتاً، مفلساً كان أم لا، لسبق تعلق حقه، (ولو أهوز) الرهن ولم يف بالدين (ضرب بالباقي^(٣)) مع الغرماء على نسبه.

(الثالثة: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه^(٤)) بانتفاع، ولا نقل ملك، ولا

(١) كان النزاع في المسألة السابقة من حيثية أن الوكالة هل تشمل البيع لنفسه أو لا، والنزاع هنا مع غض البصر عن الوكالة فهل يجوز للمرتين أن يبيع الرهن على نفسه أو ولده من حيثية بيع مال الغير ليستوفي دينه من الثمن، ذهب ابن الجنيد إلى المنع، لتطرق التهمة إلى البائع الوكيل، بأنه قد يتساهل في حق الراهن إذا كان البيع للمرتين أو ولده. والمشهور على الجواز، لإطلاق أدلة الوكالة، واحتمال التهمة يوجب الكراهة في الحكم لا المنع.

(٢) المرتين أحق بالرهن من سائر غرماء الراهن، سواء كان الراهن حياً وقد حُجِر عليه للتفليس، أم كان ميتاً وقد حلت عليه ديونه وكانت تركته أقصر من دينه، بلا خلاف في الأول، وفي الثاني كذلك إلا من الصدوق، ودليل المشهور سبق تعلق حق المرتين بالعين، ولأن معنى الرهن هو ما تقدم، ودليل الصدوق خيران، الأول: خبر عبد الله ابن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أفلس وعليه الدين لقوم، وعند بعضهم رهون، وليس عند بعضهم، فمات ولا يُحِيط ماله بما عليه من الدين، فقال عليه السلام: يُقسَم جميع ما حُفَّت من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص)^(١)، والثاني: مكتوبة سليمان بن حفص إلى أبي الحسن عليه السلام (في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتين، يأخذه بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء؟ فكتب عليه السلام: جميع الديان في ذلك سواء، يتوزعون بينهم بالحصص)^(٢)، والأول ضعيف بعبد الله بن الحكم، والثاني مشتمل على سليمان بن حفص وهو لم يمدح ولم يذم، وهما مهجوران عند الأصحاب لمخالفتهما للقواعد على ما تقدم.

(٣) لأن الباقي دين وليس له رهن، فهو كبقية الغرماء والديان بالنسبة إليه.

(٤) في الرهن، أما بالنسبة إلى الراهن، فلا يجوز له التصرف بالرهن ببيع أو وقف أو نحوهما مما يوجب زوال الملك، ولا بأجارة ولا سُكنى ولا غيرها مما يوجب نقصه، لفوات الرهن في الأول، ودخول النقص في الثاني، بلا خلاف في ذلك كله.

غيرهما، إذا لم يكن المرتهن وكيلاً، وإلا جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مر، (ولو كان له نفع^(١)) كالدابة، والدار (أوجر)^(٢) باتفاقهما، وإلا أجره الحاكم.

وفي كون الأجرة رهناً كالأصل قولان كما في النماء المتجدد مطلقاً^(٣).

= وأما التصرف من الراهن بالعين بما لا يوجب زوال الملك ولا دخول النقص فممنوع على الأشهر، لإطلاق النبوي المشهور (الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن)^(٤)، وعن العلامة في التذكرة وتبعه بعض المتأخرين احتمالاً جواز التصرف للأصل، ولعموم قاعدة التسلط لأرباب الأموال على أموالهم المستفاد من النبوي (الناس مسلطون على أموالهم)^(٥)، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل رهن جارية عند قوم، بجل له أن يطأها؟ قال عليه السلام : إن الذين ارتنوها يجيلون بينه وبينها، قلت: أرايت إن قدر عليها خالياً، قال عليه السلام : نعم، لا أرى هذا عليه حراماً)^(٦)، ومثله صحيح محمد بن مسلم^(٧)، إلا أن المشهور أعرض عنهما، وهما موافقان للعادة، فيحملان على التقية.

وأما بالنسبة للمرتهن فلا يجوز له التصرف مطلقاً، لحرمة التصرف في مال الغير.

(١) كل ما يحصل من الرهن من فوائد متصلة أو منفصلة فهي للراهن بلا خلاف ولا إشكال، لأن النماء يتبع الأصل.

ولكن هل هذه النماءات تتبع العين في الرهن أو لا؟ فإن كانت متصلة لا تقبل الانفصال بأي وجه كاليسمن والطول دخلت إجماعاً كما في المسالك والجواهر، وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد أو يقبل الانفصال كالشعر والثمرة ففي دخولها قولان، فعن المشهور أنه رهنٌ، وعليه الإجماع كما عن الغنية، وهو الحجة، بعد التبعية من كون الفرع تابعاً للأصل، وعن الشيخ والمحقق والعلامة في جملة من كتبه العدم، إذ التبعية في الملكية غير مستلزمة للتبعية في الرهانة كما لا يخفى، والإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى الخلاف.

(٢) لتلا يذهب نفعه هباءً.

(٣) سواء كان منفصلاً أم قابلاً للانفصال، ولا يريد بالإطلاق شموله للمتصل على وجه لا يمكن فصله، لأنه داخل في الرهانة بلا خلاف.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الرهن حديث ٦.

(٢) غوالي اللتالي ج ١ ص ٢٢٢ حديث ٩٩، وج ٣ ص ٢٠٨ حديث ٤٩.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الرهن حديث ١٠٢.

(ولو احتاج إلى مؤونة^(١)) كما إذا كان حيواناً (فعلى الراهن) مؤنته لأنه

(١) لو احتاج الرهن إلى مؤونة كالحیوان والعبد المرهونین فنفقته على الراهن، لأنه ماله وله نماؤه فعليه نفقته، ولذا لو تصرف المرتهن بالعین كالانتفاع بالركوب والعین فتلزمه الأجرة فيما له أجرة المثل كالركوب، أو القيمة إن كان بضمن بقيمته كاللبن.

فلو ثبت على المرتهن ما انتفع به وقد انفق على الرهن مع أن النفقة على الراهن تقاصاً مع اجتماع الشرائط من التساوي في النوع والصفة بحيث يكون ما أنفقه المرتهن على العین في قبال ما استفاده وانتفع به منها، على المشهور كما في المسالك.

وعن الشيخ في النهاية والحلي وابني حمزة وسعيد أن النفقة على الراهن ولكن لو أنفق عليها المرتهن فيجوز له ركوبها أو الانتفاع بلبنها، استناداً إلى صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهناً بما له، أله أن يركبه؟ فقال عليه السلام : إن كان يملكه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنته عنده يملكه فليس له أن يركبه)^(١)، وخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن أبياته عن علي عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه نفقته، والدنر يُشرب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته)^(٢).

والمشهور حلوا الروايتين على جواز الانتفاع في قبال النفقة على ما لو كان ذلك بإذن الراهن، ومع عدم الإذن فقد عرفت أن القاعدة تقتضي كون النماء للراهن وعليه النفقة، لأن الرهن ملكه، فإذا أنفق عليه فهو، وإلا فإذا أمر الراهن المرتهن بالإتفاق يرجع المرتهن بما أنفق على الراهن، وإلا استأذن المرتهن الراهن بالإتفاق ثم يرجع عليه، لأن الإتفاق لم يكن تبرعاً، فإذا امتنع الراهن عن الإتفاق أو الأمر به أو الإذن به أو كان غائباً، استأذن المرتهن الحاكم، لأنه ولي الممتنع والغائب في نحو ذلك، فإن تعذر الحاكم فقد ذهب بعضهم إلى وجوب الإشهاد من قبل المرتهن على ما أنفق، ليثبت له بالشهادة استحقاقه للذي أنفق، وبعضهم ذهب إلى عدم وجوب الإشهاد لأن المرتهن أمين، وهو مصدق بما يقول وغير متهم، فما يقوله في النفقة فهو صادق، إلا أن يكون متهماً فعليه اليمين فقط لأنه منكر، لموافقة قوله ظاهر الشريعة من حيث كونه أميناً.

هذا كله إذا أنفق بنية الرجوع، أما لو أنفق تبرعاً فلا رجوع له كما هو واضح، واستحسن الشهيد في الدروس قولاً ثالثاً بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استنابته أو استئذان الحاكم.

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الرهن حديث ٢٠١.

المالك، فإن كان في يد المرتهن وبذلها الراهن أو أمره بها، أنفق ورجع بما غرم، وإلا استأذنه، فإن امتنع^(١)، أو تعذر استئذانه لغيبه أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق^(٢) هو بنية الرجوع، وأشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجع^(٣)، فإن لم يُشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه^(٤) بيمينه، ورجوعه به.

(ولو انتفع المرتهن به^(٥) بإذنه^(٦)) على وجه العوض، أو بدونه^(٧) مع الإنم (لزمه الأجرة)، أو عوض المأخوذ كاللبن، (وتقاصاً) ورجع ذو الفضل بفضله، وقيل: تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن مطلقاً^(٨)، استناداً إلى رواية حملت على الإذن في التصرف والإنفاق مع تساوي الحقين، ورجح في الدروس جواز الانتفاع بما يُخافُ فوته على المالك عند تعذر استئذانه، واستئذان الحاكم، وهو حسن.

(الرابعة: يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء^(٩)) إذا لم يكن وكيلاً (لو خاف

(١) الراهن.

(٢) لأن يجب عليه الإنفاق من باب وجوب حفظ العين عليه.

(٣) رجع المرتهن بما أنفقه على الراهن بالشهادة.

(٤) من الإنفاق.

(٥) بالرهن.

(٦) بإذن الراهن.

(٧) بدون العوض.

(٨) سواء ساوت النفقة الانتفاع المذكور أم لا.

(٩) تقدم أن الرهن لا يقتضي الوكالة للمرتهن في البيع، وأما إذا كان وكيلاً فيجوز له البيع

بحسب وكالته وهذا واضح، أما لو كان المرتهن غير وكيل في البيع إما لعدم وكالته

ابتداءً أو لبطلاتها بموت الراهن الموكل فيجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن

علم أو ظن أو خاف حجود الوارث للدين أو الرهن، ولم تكن عند المرتهن بيّنة مقبولة

على إثبات الدين أو الرهن بلا خلاف فيه بينهم كما في الجواهر والرياض، لأدلة نفي

الحرج والضرر، ومكاتبة المروزي لأبي الحسن عليه السلام (في رجل مات وله ورثة، فجاء

رجل فادعى عليه مالاً وأن عنده رهناً، فكتب عليه السلام : إن كان له على الميت مالاً ولا

بيّنة له فليأخذ ماله مما في يده، ويرد الباقي على ورثته، ومتى أقر بما عنده أخذ به - أي =

جحود الوارث)، ولا بينة له على الحق (إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين، وعدم الرهن) لو ادعى المرتهن الدين والرهن، والمرجع في الخوف^(١) إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده، وكذا يجوز له ذلك^(٢) لو خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلاً، ولو كان له بينة مقبولة عند الحاكم لم يجوز له^(٣) الاستقلال^(٤) بدون إذنه، ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين لو اعترف^(٥)، لعدم الضرر باليمين الصادق وإن كان تركه تعظيماً لله أولى.

(الخامسة: لو باع أحدهما) بدون الإذن (توقف على إجازة الآخر^(٦))، فإن

= الإقرار - وطُوبى بالبينة على دعواه وأوفي حقه بعد اليمين، ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يخلصون بالله ما يعلمون أن له على ميثمهما حقاً^(١).

(١) قال الشارح في المسالك: والمراد الخوف المستند إلى القرائن الثمرة للظن الغالب انتهى، وفي القواعد اشترط العلم بالجحود، ويُرد: بإطلاق المكاتب المتقدمة.

(٢) يجوز للمرتهن استيفاء دينه بما في يده إن خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلاً بالبيع، لأنه مع وكالته يصح بدون مانع، ومع عدم الوكالة يصح لإسقاط خصوصية جحود الوارث، لأن الحكم في المكاتب امتناع الاستيفاء بسبب الجحود.

(٣) للمرتهن.

(٤) لا يجوز للمرتهن الاستيفاء مستقلاً لحرمة التصرف في مال الغير، بل عليه إعلامهم بالدين والرهن، فإن أنكروا أثبت حقه بالبينة، ويستأذن الحاكم حينئذ بالبيع إن امتنع الراهن أو ورثته، والمكاتب صريحة في كون الاستيفاء مستقلاً عند عدم وجود البينة، فمع وجودها فلا يجوز.

(٥) لو اعترف المرتهن بالرهن بعد اعتراف الراهن أو وارثه بالدين، ولكن اختلفا في كونه رهناً أو وديعة فنبت الرهن حينئذ متوقف على يمين المرتهن، وعليه فلو توقف إثبات الرهن على يمين المرتهن فهل يجوز له الاستبداد بالبيع دفعاً لليمين؟ وهذا احتمال لم ينسب إلى أحد، بل هو مدفوع، للأصل بعدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، وخرجنا عنه سابقاً بمقدار دلالة المكاتب، وهو جحود الوارث مع عدم البينة، ولذا يجب عليه اليمين لإثبات الرهن هنا، ولا يجوز له الاستبداد لعدم الضرر عليه باليمين.

(٦) تقدم أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن، لأنه ممنوع من التصرف بالعين المرهونة بما فيه زوال =

كان البائع الراهن بإذن المرتهن، أو إجازته بطل الرهن من العين والضمن^(١)، إلا أن يشترط كون الثمن رهناً، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً، فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتهن كذلك^(٢) بقي الثمن رهناً وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلاً إلى أن يحل.

= العين عن ملكه، لأنه إبطال للرهن، نعم لو أجاز له المرتهن صح البيع لوجود مقتضى لأنه ملكه، مع عدم المنع، لارتفاع حق الرهانة من العين بإذن المرتهن. وأما المرتهن فلا يجوز له التصرف في مال الغير، نعم مع إذن الغير فلو باع المرتهن صح البيع حينئذ.

(١) إذا باع الراهن العين مع إذن المرتهن قبل حلول الأجل أو بعده بطل الرهن بلا خلاف ولا إشكال، ولا يكون الثمن رهناً إذا لم يشترطه كذلك بلا خلاف فيه إلا من الشيخ. أما بطلان الرهن بالعين فلأن حق المرتهن كان متعلقاً بها فلما أذن بالبيع بطل حقه بالرهن، وثبوت الرهن في عوضه بحاجة إلى دليل وهو مفقود، نعم مع الشرط يجب الوفاء به.

وخالف الشيخ وذهب إلى أن الأذن إن كان بعد حلول الأجل يكون الثمن رهناً، لأن عقد الرهن يقتضي البيع عند حلول الأجل وصرف الثمن في الدين، فلو أذن بالبيع بعد الحلول فينصرف إلى ما يقتضيه العقد المذكور، وهذا يقتضي كون الثمن رهناً.

(٢) مع إذن الراهن أو إجازته، فإن باع المرتهن قبل حلول الأجل فيكون الثمن رهناً بلا خلاف فيه على ما قبل، والفرق بينه وبين سابقه من جهة ظهور إذن المرتهن في الصورة السابقة في إسقاط حقه بخلافه هنا، فغاية ما قد صدر من المرتهن البيع، وهو لا يدل على إسقاط حقه من الرهن.

وإذا تقرر أن الثمن رهناً فلا يجوز للمرتهن التصرف فيه إلا بعد حلول الأجل، لعدم استحقاق المرتهن للرهن إلا بعد الأجل وإن كان قد صدر من الراهن الإذن بالبيع، لأن الأذن بالبيع لا يقتضي الأذن في تعجيل الاستيفاء.

أما لو باع المرتهن بعد حلول الأجل، فالضمن لا يكون رهناً، ولكن المرتهن يجوز له التصرف بالضمن في قضاء دينه، وهذا ما أطلقه جماعة، ولكن الشارح قيده في المسالك بقوله: «وهو مبني على كون الحق - أي الدين - موافقاً للضمن جنساً ووصفاً فلو تخالفا لم يميز التصرف فيه إلا بإذن الراهن، كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن لافتقاره إلى معاوضة أخرى» انتهى، والمراد بالمعاوضة الأخرى جعل ما في يد المرتهن في قبالة ماله من الدين بالصلح أو البيع أو نحو ذلك.

ثم إن وافقه جنساً ووصفاً صح، وإلا كان كالرهن.

(وكذا عتق الراهن)^(١) يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل برده^(٢)، ويلزم بإجازته^(٣)، أو سكوته^(٤) إلى أن فك الرهن بأحد أسبابه، وقيل: يقع العتق باطلاً بدون الإذن السابق، نظراً إلى كونه^(٥) لا يقع موقوفاً، (لا) إذا عتق (المرتهن)^(٦) فإن العتق يقع باطلاً قطعاً متى لم يسبق الإذن، إذ (لا عتق إلا في ملك)، ولو سبق^(٧) وكان العتق عن الراهن^(٨)، أو مطلقاً^(٩) صح، ولو كان عن المرتهن^(١٠)

(١) فعتق الراهن للرهن لو كان عبداً صحيحاً مع إجازة المرتهن، لعموم أدلة العتق السليمة عن المعارض، والمانع هنا حق المرتهن وقد زال بإجازته.

وعن الشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة وابن زهرة في الغنية والشهيد في الدرر عدم الجواز إذا عتق ثم أجاز، لأن العتق من الإيقاعات فلا يكون موقوفاً على شيء متأخر حتى إجازة المرتهن، لاعتبار التنجيز في الإيقاعات.

(٢) بناء على صحة العتق مع تعقب إجازة المرتهن، فإن لم يُجَز بطل العتق، لوجود المانع وهو تعلق حق المرتهن بالعين.

(٣) تقدم الكلام فيه.

(٤) فيما لو سكت إلى أن يُفك الرهن بإعطاء الدين فيكشف عن عدم تعلق حق المرتهن بالعين واقعاً فلا مانع حيثئذ من العتق.

(٥) العتق.

(٦) فإذا لم يأذن الراهن قبل العتق، فالعتق باطل، لأنه (لا عتق إلا بعد ملك)^(١)، ومع عدم الإذن يقع العتق من المرتهن كالتعق من الفضولي لا تصححه الإجازة فيما بعد.

(٧) سبق الإذن العتق فيصح العتق لزوال المانع من كونه غير مالك.

(٨) فلا إشكال، لأن المرتهن وكيل في إجراء الصيغة.

(٩) بحيث كان العتق قربةً لله من دون أن يعينه عن شخص فلا إشكال، لأن المرتهن وكيل أيضاً في إجراء الصيغة.

(١٠) فيأتي إشكال وهو: أن المرتهن غير مالك وإذن الراهن له لا يصير ملكاً، مع أنه (لا عتق إلا بعد ملك) فلا بد من الحكم بعدم صحة العتق لو كان من المرتهن ولو أذن الراهن.

صح أيضاً، وينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالإذن كغيره من المأذونين فيه.

(ولو وطأها الراهن)^(١) بإذن المرتهن، أو بدونه وإن فعل محرماً (صارت مستولدة مع الإحبال)، لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن وإن مُنِع من التصرف فيها (وقد سبق) في شرائط المبيع (جواز بيعها حينئذ^(٢))، لسبق حق المرتهن على الاستيلاء المانع منه.

وقيل: يمنع مطلقاً^(٣)، للنهي عن بيع أمهات الأولاد، المتناول بإطلاقه هذا الفرد، وفصل ثالث بإعسار الراهن فتباع، ويساره فتلزمه القيمة تكون رهناً، جمعاً بين الحقبين، وللمصنف في بعض تحقیقاته تفصيل رابع، وهو بيعها مع وطئه بغير

= والجواب: بأن المأذون والمأمور بعق عبده عن غيره يصح عتقه وينتقل إلى ملك الأمر قبل إيقاع الصيغة آنأ ما، كما سيأتي تفصيله في باب العتق إن شاء الله تعالى.

(١) لو وطأها بإذن المرتهن أو بدونه فأجلها صارت أم ولده شرعاً، بلا خلاف فيه، بل في التذكرة نسبة إلى مذهبنا، وكذا لا خلاف في أنه لا يبطل الرهن بالإحبال للاستصحاب، لاحتمال موت المولد فيجوز بيعها حينئذ في وفاة الدين.

(٢) حين وطئها من قبل الراهن مع عدم إذن المرتهن، والأقوال في المسألة أربعة:
الأول: جواز بيعها - وإن كان الولد حياً - في استيفاء الدين، لإطلاق الأوامر ببيع الرهن في الدين، مع سبق حق المرتهن على الاستيلاء كما عن الشيخ والحلي والفاضل والمحقق الثاني وجماعة.

الثاني: المنع من بيعها، للنهي عن بيع أم الولد^(١)، وتشبيها بالحرية مع بناء العتق على التغليب، كما عن الفاضل في التذكرة، وحكى الشهيد حكايته عن الشيخ.

الثالث: التفصيل بإعسار الراهن فتباع، ويساره فيلزمه القيمة من غيرها وتدفع القيمة رهناً جمعاً بين حق أم الولد في الحرية وبين حق المرتهن، كما عن الشيخ في الخلاف وابن زهرة والفاضل في التذكرة.

رابعها: ما عن الشهيد في بعض حواشيه من جواز بيعها إن وطأها الراهن من دون إذن المرتهن، ولا يجوز البيع مع الوطء بالإذن.

(٣) سواء كان الوطء بإذن المرتهن أم لا، مع الإعسار واليسار.

إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه^(١).

وكيف كان^(٢)، فلا تخرج عن الرهن بالوطء، ولا بالحبل، بل يمتنع البيع مادام الولد حياً، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للمرهن لزوال المانع، (ولو وطأها المرتهن فهو زان)، لأنه وطأ أمة الغير بغير إذنه.

(فإن أكرهها^(٣)) فعليه العُشر إن كانت بكرأ، وإلا تكن بكرأ (فنصفه)، للرواية، والشهرة، (وقيل: مهر المثل)، لأنه عوض الوطء شرعاً، وللمصنف في بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين^(٤)، ويجب مع ذلك^(٥) أرش البكارة^(٦)،

(١) ومنع البيع مع وقوع الوطء بإذن المرتهن.

(٢) كيف كان القول من هذه الأقوال الأربعة فهي تبقى رهناً كما تقدم.

(٣) تقدم في باب بيع الحيوان أنه لو ظهرت الأمة مستحقةً أغرم المشتري الواطء العُشر إن كانت بكرأ، ونصفه إن كانت ثيباً، وتقدم أنه هو المشهور، لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة، فوجدها أمة قد دلست نفسها، فقال: إن كان الذي زوجه إياها من غير موليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ فقال عليه السلام: إن وجد ما أعطاها شيئاً فليأخذ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان الذي زوجه إياها وبني لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولواليا عليه عُشر قيمتها إن كانت بكرأ، وإن كانت غير بكرٍ فنصف عُشر قيمتها بما استحل من فرجها، وتعتد منه عدة الأمة^(١))، ومثله غيره.

وعن الشيخ في المبسوط وابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها، لأنه القاعدة الكلية في عوض البضع، مثل قيمة المثل في غيره.

هذا في وطء المشتري للأمة ثم بانث أنها مستحقة للغير، ومسألنا هنا في وطء المرتهن من مصاديق المسألة المتقدمة، إذ لا خصوصية للمرتهن، بل المرتهن قد وطئ أمة الغير وظاهر الصحيح المتقدم أن العُشر ونصف العُشر لكل من وطئ أمة الغير.

(٤) بين العشر ونصفه وبين مهر المثل.

(٥) مع العشر ونصفه، أو مهر المثل.

(٦) تقدم في كتاب البيع في مسألة وطء المشتري للأمة المستحقة هذا النزاع، وأنه على قولين، أحدهما التداخل بمعنى أنه لا يجب أرش البكارة، لأن الظاهر مما تقدم من الخبر =

ولا يدخل^(١) في المهر^(٢)، ولا العشر، لأنه حق جنائية، وعض جزء فائت، والمهر على التقديرين^(٣) عوض الوطاء.

ولا يشكل بأن البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيباً فينبغي أن يجب مهر الثيب، لأنه قد صدق «وطؤها بكراً وقوت منها جزءاً» فيجب عوض كل منهما^(٤)، لأن أحدهما عوض جزء، والآخر عوض منفعة.

(وإن طاعت فلا شيء^(٥))، لأنها بغي، و(لا مهر لبغي).

= أن العشر هو تمام ما يلزم الواطء للجارية البكر، والثاني عدم التداخل، بمعنى يجب أرش البكارة مع مهر المثل أو العشر، لأن العُشر أو مهر المثل عوض الوطاء، وأرش البكارة عوض جنائية، لأنه قد قوت جزءاً من الأمة.

ولكن الثاني ضعيف، لأن نصف العشر هو عوض الوطاء كما هو الظاهر من الخير، وما زاد عن النصف إلى تمام العُشر هو بإزاء البكارة فيكون تمام العُشر هو ما يلزم على الواطء للجارية البكر.

- (١) أرش البكارة.
 - (٢) مهر المثل على القول الثاني ولا في العُشر على القول الأول.
 - (٣) البكارة والثيبوية.
 - (٤) من الوطاء ومن الجزء الفائت.
 - (٥) على المشهور فالواطء عليه العُشر أو نصفه، سواء طاعته أم لا، وعن الشهيد في الدروس وجماعة أنها مع المطاوعة لا شيء على الواطء، لأنها مع المطاوعة بغي (ولا مهر لبغي)^(١)، ورُد: بأن المهر لسيدها وهو حق له، وتصرفها وإن كان فيه اثم لكن لا يمنع من حق سيدها، لقوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾^(٢).
- وأما المهر المنفي في (لا مهر لبغي) مخصوص في مهر الحرة، لأن المهر يطلق شرعاً على عوض بضع الحرة حتى سميت بسببه مُهيرة، ولأن اللام في قوله (لبغي) ظاهر في الاستحقاق، والأمة لا تستحق مهراً، بل هو لسيدها.

(١) تقدم في الجزء الرابع في المسألة الثالثة من مسائل بيع الحيوان عدم ورود هذا الخير في الكتب الحديثية، نعم هو شائع في الكتب الفقهية.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

وفيه: أن الأمة لا تستحق المهر، ولا تملكه، فلا ينافي^(١) ثبوتها لسيدها، مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه «ولا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»، والقول بثبوتها عليه^(٢) مطلقاً^(٣) أقوى، مضافاً إلى أُرش البكارة كما مر^(٤)، وقد تقدم مثله^(٥).

(السادسة: الرهن لازم من جهة الراهن^(٦) حتى يخرج عن الحق) بأدائه، ولو من متبرع غيره، وفي حكمه^(٧) ضمان الغير له^(٨) مع قبول المرتهن^(٩)، والحوالة^(١٠) به^(١١)، وإبراء المرتهن^(١٢) له منه^(١٣)، وفي حكمه^(١٤)

(١) ما ورد من (لا مهر لبغي) لا ينافي ثبوت المهر لسيدها.

(٢) على المرتهن الواطيء.

(٣) مع المطاوعة وعدمها.

(٤) هنا.

(٥) في كتاب البيع في باب بيع الحيوان.

(٦) تقدم لزوم الرهن من جهة الراهن وجوازه من جهة المرتهن، وأنه لا خلاف في ذلك،

وعليه فللزومه من جهة الراهن ليس له انتزاعه إلا بأداء الحق، وأداء الحق هو إقباض

الدين، سواء كان من الراهن أم من متبرع غيره، وفي حكمه لو ضمن الغير الدين عن

الراهن وقبل المرتهن، وكذا الحوالة فيما لو أحال الراهن المرتهن على غيره بالدين مع قبول

المرتهن، وفي الجميع يسقط حق المرتهن في العين، لانقضاء الدين له على الراهن، بلا

خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال.

وليس للراهن انتزاع الرهن أيضاً إلا بإبراء المرتهن الراهن من الدين أو إسقاط حقه من

الرهانة، والإبراء المذكور موجب لبراء ذمة الراهن من الدين فلا موضوع للرهن حيثئذ،

وأما الإسقاط المذكور فهو بمعنى فسخه لعقد الرهن، وهو جائز، لأن الرهن جائز من

قبل المرتهن.

(٧) حكم الأداء.

(٨) للدين عن الراهن.

(٩) لاشتراط رضا المضمون له.

(١٠) عطف على الضمان، والمعنى أن كلاً من الضمان والحوالة في حكم الخروج عن الحق

وفي حكم الأداء.

(١١) بالدين.

(١٢) عطف على الأداء.

(١٣) للراهن من الدين.

(١٤) حكم الإبراء.

الإقالة^(١) المسقطه للثمن المرهون به، أو للثمن^(٢) المسلم فيه المرهون به.

والضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين، ولو خرج من بعضه^(٣) ففي خروج الرهن أجمع، أو بقاءه كذلك، أو بالنسبة أوجه.

ويظهر من العبارة بقاءه أجمع، وبه صرح في الدروس، ولو شرط كونه رهناً على المجموع خاصة تعين الأول، كما أنه لو جعله رهناً على كل جزء منه فالثاني، وحيث يحكم بخروجه عن الرهانة^(٤) (فيبقى أمانة في يد المرهين) مالكية

(١) فالإقالة هنا هي فسخ البيع فلا يثبت للبائع ثمن في ذمة المشتري حتى يأخذ عليه رهناً، فالإقالة تسقط الثمن المرهون به الرهن.

(٢) فلا يثبت للمشتري ثمن مسلم فيه، وهو الذي دفع ثمنه حالاً، فالإقالة تسقط الثمن الذي رهن به الرهن.

(٣) خرج الراهن من بعض الدين، قال في المسالك: «وبقي في المسألة أمر آخر، وهو ما لو أقبض البعض، أو أبرأه هو منه، فهل يكون حكمه حكم ما لو أقبض الجميع أو أبرأه منه؟» يجتمل ذلك، لأن الرهن إنما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع، وقد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع، ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه، فعمل هذا يبطل الرهن لسقوط جزء ما من الدين وإن قل.

ويجتمل بقاءه أجمع ما بقي من الدين جزء، نظراً إلى أن الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، وهذا هو الذي قوّاه في الدروس، وادعى في البسوط أنه إجماع، والأول مختار القواعد، نعم لو شرط كونه رهناً على المجموع لا على كل جزء منه فلا إشكال في الأول، كما أنه لو شرط كونه رهناً على كل جزء منه فلا إشكال في بقاءه ما بقي جزء - إلى أن قال - وبقي في المسألة عند الإطلاق احتمال ثالث، وهو مقابلة أجزاء الرهن بأجزاء الدين وتقسيمه عليها كما هو مقتضى كل معاوضة، فإذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا، وهذا الاحتمال متوجه، لأن إطلاق المقابلة بين الأمرين في المعاملة يقتضي ذلك انتهى.

(٤) إذا فُك الرهن على العين بشيء مما تقدم تبقى العين تحت يد المرهين أمانة مالكية لا شرعية ومن لوازمها عدم وجوب التسليم إلى المالك إلا مع المطالبة، بخلاف لوازم الأمانة الشرعية فيجب التسليم إلى المالك مطلقاً، والفرق بين الأمانتين هو أن العين تارة تكون تحت يد الغير بإذن المالك فهي المالكية، وأخرى تحت يد الغير بإذن الشارع فهي الشرعية، كما لو أطار الريح ثوباً إلى دار الغير، فالثوب تحت يد مالك الدار بإذن الشارع =

لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة، لأنه مقبوض بإذنه^(١)، وقد كان وثيقة وأمانة، فإذا انتفى الأول^(٢) بقي الثاني^(٣)، ولو كان الخروج من الحق^(٤) بإبراء المرتهن^(٥) من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به^(٦)، أو رد الرهن، بخلاف ما إذا علم^(٧).

(ولو شرط كونه مبيعاً عند الأجل بطلا^(٨)) الرهن والبيع، لأن الرهن لا

= ويجب الرد إلى مالكة مطلقاً، حيث إن المالك لم يرضَ بكونه في يده، وإنما عارض قد وقع في يده، بخلاف المالكية كالوديعة فهي تحت يد الغير بإذن المالك ولا يجب التسليم إلا مع المطالبة، لاستصحاب عدم الوجوب.

(١) تعليل لكونه أمانة مالكية، فالمالك أقبض العين للمرتهن، فكانت وثيقة من حيث الرهن، وأمانة مالكية من حيث الإذن، وإذا انتفت الوثيقة من حيث الرهن تبقى الأمانة من حيث الإذن.

(٢) الوثيقة.

(٣) الأمانة.

(٤) من الدين.

(٥) تقدم أنه بعد فك الرهن بأحد أسبابه يبقى الرهن أمانة تحت يد المرتهن، وخالف بعض العامة، فقال الشارح في المسالك: «حيث ذهب إلى أنه إذا أقضاه يكون مضموناً، وإذا أبرأه ثم تلف الرهن في يده لا يضمه استحساناً، وهو تحكم، بل ينبغي العكس، فإنه مع القضاء يكون المالك عالماً بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة، وأما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركاً لماله باختيابه» انتهى، والأخير هو ما مال إليه العلامة في التذكرة، وهذا ما أورده الشارح هنا.

(٦) وجب على المرتهن إعلام الراهن بالإبراء أو رد الرهن.

(٧) علم الراهن بفك الرهن فلا يجب على المرتهن رد الرهن حينئذ.

(٨) لو شرط المرتهن في عقد الرهن على الراهن أنه إذا لم يؤد الحق عند حلول الأجل فيكون الرهن مبيعاً للمرتهن على نحو شرط النتيجة بطل الرهن والبيع.

أما الرهن فلأنه لا يؤقت، مع أن جعله مبيعاً عند حلول الأجل توقيت له وتعليق، ولأن الرهن مشروط بالبيع والشرط فاسد، وكل شرط فاسد يكون مفسداً للمشروط، وأما البيع فللتعليق، لأن البيع قد جعل مُعلّقاً على عدم تأدية الحق، ومع التعليق لا يُقصد فيه النقل والانتقال جزماً، ومع عدم القصد لا يقع صحيحاً، أو لأن البيع بحاجة إلى سبب من صيغة ونحوها والشرط هنا أوجب وقوع البيع من دون سببه وهو على خلاف المشروع في العقود فلا يكون الشرط سائغاً.

يؤقت، والبيع لا يُعلّق، (و) لو قبضه كذلك^(١) (ضمته بعد الأجل)، لأنه حيثنذ بيع فاسد، وصحيحه مضمون، ففاسده كذلك، (لا قبله)، لأنه حيثنذ رهن فاسد، وصحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعدة مطردة، ولا فرق في ذلك^(٢) بين علمهما^(٣) بالفساد، وجهلها، والتفريق.

(السابعة: يدخل النماء المتجدد) المنفصل كالولد والثمرة (في الرهن على الأقرب^(٤))، بل قيل: إنه إجماع، ولأن من شأن النماء تبعية الأصل، (إلا مع

(١) بعد بطلان الرهن والبيع، فلو قبض المرتهن العين على هذا الوجه يضمنها بعد الأجل لا قبل حلوله، لأنه قبل الحلول هو رهن فاسد وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، والعين في الرهن الصحيح غير مضمونة فكذا في الرهن الفاسد.

نعم بعد الأجل قد قبضها بعنوان أنها بيع وهو بيع فاسد، وهي مضمونة حيثنذ، لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، والعين في البيع الصحيح مضمونة فكذا في البيع الفاسد.

(٢) في ضمان العين بعد الأجل لا قبله.

(٣) علم الراهن والمرتهن، فلا فرق بين كونهما عالين بفساد الرهن والبيع أو جاهلين أو مختلفين، وقال في المسالك: «إن الأصحاب وغيرهم اطلقوا القول في هذه القاعدة، لم يخالف فيها أحد» انتهى.

والإطلاق مشكل فيما لو كان الدافع جاهلاً بالفساد والمقايض عالماً، فالمقايض أخذ الحق بغير إذن والدافع قد توهم لزوم العقد عليه وإلا لما رضي بدفع ماله فينبغي أن يكون مضموناً على المقايض وإن كان صحيحه لا يضمن لعدم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١) إلا أن يدعى الإجماع على الإطلاق السابق فلا إشكال حيثنذ.

(٤) تقدم الكلام في هذه المسألة وأن النماء المتصل يدخل في الرهن بلا خلاف، وأن النماء المنفصل أو ما يقبل الانفصال يدخل في الرهن على المشهور، للإجماع كما في الغنية، ولتبعية النماء في الأصل، وخالف الشيخ والمحقق والعلامة في جملة من كتبه إلى عدم الدخول في الرهن لأن التبعية في الملكية لا تستلزم التبعية في الرهانة، والإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى خلافه.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم

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

(الثامنة: ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت^(٤))، لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، ولأنه وثيقة على الدين فيبقى ما بقي ما لم يُسقطه المرتهن، (لا الوكالة، والوصية^(٥)) لأنهما إذن في التصرف يُقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات^(٦) بطل^(٧)، كمنظائره من الأعمال المشروطة بمباشر معين، (إلا مع الشرط)^(٨) بأن يكون للوارث بعده، أو لغيره، فيلزم عملاً بالشرط.

(وللراهن الامتناع من استئمان الوارث^(٩)) وإن شرط له وكالة البيع

(١) مع شرط عدم الدخول.

(٢) بدون الشرط.

(٣) فهذه التبعية في الملك لا تستلزم التبعية في الرهانة.

(٤) الرهن لا يبطل بموت أحدهما، لأنه ليس من العقود الجائزة بل هو لازم من جهة الراهن، ولأنه وثيقة على حق المرتهن فيبقى ما بقي الدين، بلا خلاف في ذلك.

(٥) إذا كان المرتهن وكلياً عن الراهن في بيع الرهن عند تعذر استيفاء الدين أو كان وصياً، فلا تنتقل الوكالة والوصية إلى وارث المرتهن، لأنهما إذن في التصرف مقتصر على خصوص المرتهن فلا يشمل وارثه.

(٦) المأذون وهو المرتهن.

(٧) بطل الاذن الصادر من الموكل والموصي، وهو الراهن هنا.

(٨) فيلزم العمل بالشرط، ويكون الوارث وكلياً أو وصياً عن الراهن، لعدم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٩).

(٩) قال الشارح في المسالك: «فإذا كان - أي الرهن - في يد المرتهن بالاشتراط أو بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن إبقاؤه في يد وارثه، فإنه قد يستأمن من المورث ولا يستأمن من الوارث، وكذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن له، وحيثئذ فإن اتفقا على أحد ممن يجوز توكيله وإن لم يكن عدلاً جاز، وإلا تسلمه الحاكم وسلمه إلى عدل ليقبضه لهما انتهى».

والاستيفاء، لأن الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه^(١)، ولاختلاف الأشخاص فيه^(٢) (وبالعكس) للوارث الامتناع من استئمان الراهن عليه^(٣) (فليتفقا على أمين) يضعانه تحت يده وإن لم يكن عدلاً، لأن الحق لا يعدوهما فيتقيد برضاهما، (وإلا) يتفقا (فالحاكم) يعين له عدلاً يقبضه لهما، وكذا لو مات الراهن^(٤) فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزلة الوكيل، تبطل بموت الموكل وإن كانت مشروطة في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.

(التاسعة: لا يضمن المرتهن) الرهن إذا تلف في يده^(٥)، (إلا بتعدُّ أو

(١) لا يقتضي استئمان الوارث.

(٢) في الاستئمان.

(٣) على الرهن.

(٤) لو مات الراهن وكان الرهن تحت يد المرتهن فلورثة الراهن الامتناع من إبقائه تحت يد المرتهن، لأن المرتهن بالنسبة للقبض كالوكيل من الراهن، وتبطل الوكالة بموت الموكل فكذا قبضه، إلا أن يأذن ورثة الراهن، وإلا أن يكون المرتهن قد شرط بقاء العين في يده بعد موت الراهن فيلزم الشرط.

(٥) لأن الرهن أمانة في يد المرتهن فلا يضمنه إذا كان التلف بغير تفريط منه، بلا خلاف فيه، وللأخبار.

منها: صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن، قال عليه السلام: هو من مال الراهن، ويرتجع المرتهن عليه بماله)^(١)، وصحيح إسحاق ابن عمار الصيرفي قلت لأبي إبراهيم عليه السلام (الرجل يرتهن العبد فيصيه عوزاً أو ينقص من جسده شيء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال عليه السلام: على مولاه، قلت: إن الناس يقولون: إن رهنت العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال عليه السلام: أرأيت لو أن العبد قتل قتيلاً على من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه)^(٢).

نعم وردت طائفة من الأخبار تدل على الضمان، وهي محمولة على صورة التفريط، كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر =

تفريط^(١) ولا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن^(٢)، فإن تعدى فيه، أو فرط ضمنه (فتلزم قيمته يوم تلفه) إن كان قيمياً (على الأصح)^(٣)، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، والحق قبله كان منحصراً في العين وإن كانت مضمونة.

= من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء^(٤).

(١) الفرق بين التعدي والتفريط على ما في المسالك في كتاب الوديعة ما قاله: «والفرق بينهما أن التفريط أمر عديم، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي، وهو فعل ما لا يجوز فعله كليس الثوب ونحوه» انتهى.

ومع التعدي أو التفريط يضمن بلا خلاف فيه، لما تقدم من حل الطائفة الثانية عليه ولأخبار خاصة.

منها: خبر إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فهلك، أعل الرجل أن يرده على صاحبه مائتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهناً فيه فضلٌ وضيقه، قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم)^(٥).

(٢) عند عدم التعدي وعدم التفريط.

(٣) ذهب الأكثر إلى أنه يضمنه بقيمة يوم التلف، لأنه وقت الحكم بضمان القيمة، لأن الحق قبله كان منحصراً في العين، وذهب المحقق في الشرائع إلى أنه يضمنه بقيمة يوم القبض، وقال عنه في الجواهر: «ولم نعرفه لغيره - إلى أن قال - كما أنه لم نعرف له وجهاً يُعتد به، ضرورة عدم كون العين مضمونة قبل التفريط»، وقيل: إنه يضمن أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، وقد نسبة في المسالك إلى الشيخ في المبسوط، وعن المهذب أنه مجهول القائل، وعن الصيمري أنه قول مشهور، ونقله فخر المحققين واختاره، وعن الرياض أنه مشهور في المصنفات وهو الأحوط، لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الأحوال، ولاقتضاء الشغل اليقيني للبراءة اليقينية، ولا تحصل البراءة إلا بذلك. وقيل: إنه يضمن أعلى القيم من حين التلف إلى حين الحكم كما عن ابن الجنيد، وضعف الأخير واضح، لأن المطالبة وحكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمة.

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الرهن حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الرهن حديث ٢.

ومقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة كالغاصب^(١).

ويُضتَف^(٢): بأنه قبل التفريط غير مضمون^(٣) فكيف تعتبر قيمته فيه^(٤)، وبأن المطالبة^(٥) لا دخل لها في ضمان القيمي (فالأقوى الأول مطلقاً)^(٦).

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق^(٧)، أو نقص في العين غير مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال ونحوه^(٨) ثم تلفت اعتبر أعلى القيم النسوية إلى العين من حين التفريط إلى التلف، ولو كان مثلياً ضمنه بمثله إن وجد، وإلا فقيمة المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل وإن كان متعذراً، وانتقاله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي، لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقاً^(٩).

(١) المرتهن كالغاصب فكما يؤخذ الثاني بأشق الأحوال فكذلك الأول.

(٢) مقابل الأصح.

(٣) لأن الحق منحصر في العين الموجودة، وهي غير مضمونة على المرتهن، لأنها أمانة عنده.

(٤) ما قبل التفريط، وهذا ردّ على الضمان من يوم القبض، وردّ على الضمان بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٥) ردّ على القول الأخير، لأن المطالبة وحكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمي.

(٦) سواء زادت القيمة من حين القبض إلى يوم التلف أم لا.

(٧) كان اختلاف قيمة العين يوم التلف عن قيمتها يوم القبض بسبب السوق، أو بسبب نقص في العين ولم يكن هذا النقص مضموناً عليه.

(٨) بحيث فزط أولاً ثم نقصت العين بهزال ونحوه ثم هلكت، اعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف، لأن ذمته قد شغلت بضمان قيمة العين من حين التفريط فلو هزلت العين ونقصت قيمتها السوقية فلا يوجب نقصان الضمان، لأن الذمة مشغولة بقيمة العين حين التفريط.

بخلاف المثلي فإنه يضمن مثله عند التلف، فإذا تعذر المثلي عند الأداء فينتقل إلى قيمة المثلي، لأنه وقت الأمر بضمان القيمة، بخلاف القيمي فالأمر بالضمان متوجه من حين التلف، سواء طالبه أم لا.

(٩) مع المطالبة وعدمها.

(ولو اختلفا في القيمة حلف المرتهن^(١))، لأنه المنكر، والأصل براءته من الزائد، وقيل: الراهن، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً بتفريطه فلا يقبل قوله.

ويُضعف: بأن قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً، أو خائناً.

(العاشرة: لو اختلفا في) قدر (الحق المرهون به^(٢))، حلف الراهن على

(١) إذا اختلف الراهن والمرتهن في القيمة، فقال الراهن: قيمته مائة، وقال المرتهن: بل خمسون، يقدم قول الراهن كما عن الأكثر على ما في الدروس، لأن المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله.

وعن الحلبي والفاضل والكثير من المتأخرين يقدم قول المرتهن، لأنه منكرٌ للزيادة، فيقدم قوله مع يمينه، وحيث تقدم قوله لإنكاره الزيادة، وليس من حيث أمانته التي ارتفعت بخيائه عندما قرط.

(٢) بحيث كان الدين عشرة آلاف مع أن المديون قد قدم رهناً واختلفا، فقال المرتهن: إنه رهن على تمام الدين، وقال الراهن: إنه رهن على ألف منه فقط، بحيث يكون الباقي ديناً بلا رهن.

فقبل: يقدم قول الراهن على المشهور، لأنه منكرٌ للزيادة بعد اتفاقهما على أنه رهن على الألف، فالمرتهن يدعي كونه رهناً على الزيادة أيضاً والراهن منكرٌ، بل قول الراهن موافق لأصل آخر، وهو براءة ذمة الراهن من كونها مشغولة برهن على الزائد، ولأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل رهن عند صاحبه رهناً، لا بينة بينهما فيه، فادعى الذي عنده الرهن بألف، فقال صاحب الرهن: إنه بمائة، قال عليه السلام: البينة على الذي عنده الرهن أنه بألف، وإن لم يكن عنده البينة فعلى الراهن اليمين^(١)، وموثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اختلفا في الرهن، فقال أحدهما: رهنه بألف، وقال الآخر: بمائة درهم، فقال عليه السلام: يُسئل صاحب الألف البينة، فإن لم يكن بينة حلف صاحب المائة)^(٢)، ومثله موثق عبيد بن زرارة عنه عليه السلام^(٣).

وقيل: يقدم قول المرتهن، كما عن ابن الجنيد، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال =

الأقرب) لأصالة عدم الزيادة، وبراءة ذمته منها، ولأنه منكر، وللرواية، وقيل: قول المرتين، استناداً إلى رواية ضعيفة، (ولو اختلفا في الرهن والوديعة^(١)) بأن قال المالك: هو وديعة، وقال المسك: هو رهن (حلف المالك) لأصالة عدم الرهن، ولأنه منكر، وللرواية الصحيحة.

= المرتين: هو بأكثر، قال أمير المؤمنين عليه السلام: يُصَدَّقُ المرتين حتى يحيط بالثمن لأنه أمين^(٢)، والخير ضعيف السند بالسكوني وموافق للعامة، فلا يصلح لمعارضة ما تقدم.

(١) بحيث قال المسك: هو رهن، وقال المالك: هو وديعة، فالمشهور تقديم قول المالك، لأنه منكرٌ باعتبار موافقة قوله لأصالة عدم ارتهان العين، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن عند صاحبه رهناً، فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندي بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك وديعة، فقال عليه السلام: البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين)^(٣).

وعن الصدوق والشيخ تقديم قول المسك، لخبر عباد بن صهيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتك، والآخر يقول: رهن، فقال عليه السلام: القول قول الذي يقول إنه رهن عندي، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود)^(٤)، وموثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو وديعة، قال عليه السلام: على صاحب الوديعة البينة فإن لم يكن بينة حلف صاحب الرهن)^(٥)، وصاحب الرهن هو الذي يدعي كونه رهناً وهو المسك.

وفضل ابن حمزة بتقديم قول المرتين إن اعترف الراهن له بالدين، وبتقديم قول الراهن مع إنكار الراهن للدين جمعاً بين الأخبار، ولأنه مع اعتراف الراهن بالدين فهو قرينة على كون العين رهناً في يد المسك، لأنه هو ظاهر الحال.

ومستند المشهور صحيح ابن مسلم ومستند مخالفه خبر عباد بن صهيب وموثق ابن أبي يعفور، ولا يصلحان لمعارضة دليل المشهور هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبطل قول ابن حمزة لأن التفصيل مبني على الجمع بين الأخبار، والجمع فرع الحجية، ومع كون إحدى الطائفتين وهي التي اعتمد عليها غير المشهور غير حجة فلا معنى للجمع حينئذ.

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الرهن حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الرهن حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الرهن حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الرهن حديث ٢.

وقيل: يحلف الممسك، استناداً إلى رواية ضعيفة، وقيل: الممسك إن اعترف له المالك بالدين، والمالك إن أنكره، جمعاً بين الأخبار، وللقرينة، وضعف المقابل^(١) يمنع من تخصيص الآخر (ولو اختلفا في عين الرهن^(٢)) فقال: رهنك العبد فقال: بل الجارية (حلف الراهن) خاصة (وبطلا)، لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره لو كان حقاً، وانتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن.

(ولو كان) الرهن (مشروطاً في عقد لازم محالفاً^(٣))، لأن إنكار المرتهن هنا^(٤) يتعلق بحق الراهن حيث إنه^(٥) يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن

(١) وضعف الدليل المقابل للمشهور يمنع من تخصيص دليل المشهور.

(٢) بأن قال المرتهن: رهنك الجارية، فقال الراهن: بل العبد، وليس هناك بينة، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن لكون الرهن جائزاً من طرفه، هذا بالنسبة لما يدعيه الراهن.

وأما بالنسبة لما يدعيه المرتهن، فالمرتهن مدعي والراهن منكر فيحلف الراهن، ويخرج العبد والجارية عن الرهن.

(٣) لو باع الدائن متاعاً للمديون وشرط عليه رهناً على الدين السابق في متن عقد البيع، فقال المشتري الراهن: رهنك العبد، فقال البائع وهو المرتهن: بل الجارية.

فعن العلامة في القواعد أنه يحلف الراهن ويبطل الرهن في العبد والجارية، كما لو اختلفا في عين الرهن ولم يكن الرهن شرطاً في عقد لازم، لنفس الدليل السابق، فما يدعيه الراهن باطل لإنكار المرتهن، وإنكاره فسخ للعقد لو كان هو الواقع، وما يدعيه المرتهن باطل بحلف الراهن.

وعن جماعة منهم الشهيديان والمحقق الثاني أنهما يتحالفان، وضابط التحالف فيما لو كان كل منهما مدعياً ومنكراً معاً ولا حدّ بينهما متفق عليه، وهنا كذلك، لأن الرهن هنا قد وقع شرطاً في عقد لازم، فيكون جزءاً من ثمن المبيع، والاختلاف فيه موجب للاختلاف في تعيين الثمن، فالراهن يدعي أن هذا المال المعين مع شرطية العبد رهناً هو الثمن، والمرتهن يدعي أن هذا المال المعين مع شرطية الجارية رهناً هو الثمن، وكلّ منهما ينكر ما يدعيه الآخر، وإذا تحقق ضابط التحالف يتحالفان ويبطل الرهن، وإذا بطل فسخ المرتهن البيع الذي شرط فيه الرهن إن شاء.

(٤) فيما لو كان الرهن مشروطاً في عقد لازم.

(٥) حيث إن المرتهن.

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

(الحادية عشر: لو أدى ديناً وعين به رهناً^(٤)) بأن كان عليه ديون وعلى كل واحد رهن خاص، فقصده بالمؤدى أحد الديون بخصوصه ليفك رهنه (فذلك هو المتعين، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدى، (وإن أطلق) ولم يسم أحدهما لفظاً لكن قصده (فتخالفا في القصد) فادعى كل منهما قصد الدافع ديناً غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده، لأن الاعتبار بقصده وهو أعلم به.

وإنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، ودعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد، ولو تحالفا فيما تلفظ بإرادته^(٥).....

- (١) وهو البيع، فالرهن بدعوى الراهن هو العبد فإذا أنكر المرتهن رهنه كان المرتهن مدعياً على الراهن عدم الوفاء بشرط البيع، مع أن الشرط من أركان العقد المشروط.
- (٢) مكملات الثمن.
- (٣) ولم يمكن استدراك الرهن كما لو شرط الرهن في يوم معين وقد مضى.
- (٤) لو كان على شخص عدة ديون لشخص آخر، وكان على كل دين رهن، ثم دفع الراهن الذي هو المديون ديناً ليفك رهناً مخصوصاً، فيتعين كون المدفوع وفاة لخصوص الدين الذي قصد فك رهنه، وهذا مما لا إشكال فيه، إذا عرفنا قصده إما لقيام البيينة بأنه قد سمعته يسمى ديناً خاصاً، أو لإقرار المرتهن الدائن بكونه قد سمى ديناً خاصاً.
- وأما إذا لم يسم ولكن قصد واحداً من الديون ثم قال الراهن: دفعته لأفك به الرهن الأول، فقال المرتهن: بل دفعته لتفك الرهن الثاني، فقدم قول الدافع، وهو الراهن بلا خلاف ولا إشكال، لأنه أبصر بيئته التي لا تعلم إلا من قبله، ولأن دعوى غريمه غير مقبولة، إذ لا إطلاع له على نفس الدافع، ليعرف أنه نوى غير ما يقوله، وعليه فيقدم قول الدافع بغير يمين، لأن دعوى خصمه غير مسموعة، وقيل يقدم قوله مع يمينه، واليمين لاحتمال إمكان اطلاع المرتهن على نيته بإقرار الراهن أو بقرائن خارجية، فتكون الدعوى مسموعة فلا تسقط إلا بيمين المنكر.
- (٥) بأن قال الراهن: تلفظت عند الدفع بكون المدفوع للرهن الأول، فقال المرتهن: بل

فكذلك، ويمكن رده^(١) إلى ما ذكره^(٢) من التخالف في القصد^(٣)، إذ العبرة به^(٤)، واللفظ كاشف عنه.

(وكذا لو كان عليه دين خالي) عن الرهن، وآخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به) ليفك الرهن، وادعى الغريم الدفع عن الخالي ليقى الرهن^(٥)، فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلا من قبله كالأول.

(الثانية عشر: لو اختلفا فيما يباع به الرهن^(٦)) فأراد المرتهن بيعه بنقد، والراهن بغيره^(٧) (بيع بالنقد الغالب)، سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما،

= للرهن الثاني، فيقدم قول الدافع بلا خلاف، ومع يمينه، لأن دعوى خصمه مسموعة فلا تسقط إلا بيمينه.

(١) التخالف فيما تلفظ بإرادته.

(٢) المصنف.

(٣) وفيه: أن دعوى خصمه في التخالف في القصد غير مسموعة، بخلاف دعوى خصمه في التخالف فيما تلفظ بإرادته فإنها مسموعة، ومعه كيف يمكن رد الثاني إلى الأول.

(٤) بالقصد.

(٥) لا فرق بين هذا الفرع وبين الفرع المتقدم، لأن عدم الرهن عن الدين الثاني لا يوجب تغييراً في موازين الدعوى الموجبة لتقديم قول الدافع، باعتبار أنه أبصر بنيته.

(٦) لو اختلفا فيما يُباع به الرهن، فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب، والآخر بغيره، بيع بالنقد الغالب في البلد بإذن الحاكم، من غير فرق في طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن، لتعلق حق كل منهما في العين، فإذا طلب الآخر بيعه بغير الغالب ففيه تضييع لحق الأول، ولأن إطلاق الرهن منصرف إلى الغالب.

ويؤخذ إذن الحاكم لجبر المتنع عن بيعه بالنقد الغالب، أو يأذن بالبيع عن المتنع، نعم لو كان المرتهن وكيلاً لازماً عن الراهن، وأراد المرتهن بيعه بالغالب لم يتوقف هنا على إذن الحاكم عن الراهن، ولا يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفة للشرع، لانصراف إطلاق الوكالة في البيع إلى البيع بالغالب عرفاً، ولأن إذنه متحقق بوكالته للمرتهن، أما لو طلب كل منهما نقداً غير الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب، لأن الغالب هو الذي يقتضيه إطلاق عقد الرهن، بلا خلاف في ذلك كما في الجواهر.

(٧) مما تقدم تعرف أن الاختلاف على ثلاث صور: ما لو كان مراد المرتهن بالغالب، وما لو =

والبائع المرتهن إن كان وكيلاً، والغالب موافق لمراده^(١)، أو رجع إلى الحق^(٢)، وإلا فالحاكم، (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق^(٣)) منهما إن اتفق، (فإن باينهما عتین الحاكم) إن امتنعا من التعيين.

وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق، وعدمه، وفي الدروس: «لو كان أحدهما - وعنى به المتباينين - أسهل صرفاً إلى الحق تعين»، وهو حسن، وفي التحرير: «لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً»، وهو أحسن، فإنه ربما كان عسر الصرف أصلح للمالك، وحيث يباع بغير مراده ينبغي مراعاة الحظ له كغيره ممن يلي عليه الحاكم.

= كان مراد الراهن بالغالب، وما لو كان الغالب غير مراد لهما، وقد أشار الشارح إلى صورتين الأولتين بقوله: «سواء وافق مراد أحدهما»، وأشار إلى الثالثة بقوله «أم خالفهما».

(١) فالبيع بالغالب غير متوقف على إذن الحاكم، بخلاف بقية الصور التي يُباع الرهن فيها بالغالب.

(٢) بأن كان المرتهن مخالفاً للغالب فيرجع إلى الغالب، والمعنى يحكم ببيع الرهن بالغالب، وعلى المرتهن أن يقر به ويلتزم بالشرع، سواء كان وكيلاً في البيع أم لا، وإن أبى فالحاكم هو الذي يبيع العين بالنقد الغالب.

(٣) لو كان للبلد نقدان غالبان متساويان في التعامل، إذ لو كانا متفاوتين بيع بالأغلب، ومع التساوي في الغلبة بيع الرهن بأشبههما بالحق، والمراد به ما ناسب الحق المرهون به، بأن يكون من جنسه إذا كان موافقاً لأحدهما.

ولو كان الحق والدين مبايناً لكلا التقديين الغالبين عتین الحاكم أحدهما إن امتنعا عن الاتفاق والتعيين، وتعيين الحاكم لأنه ولي المتنع وكلاهما تمتع، وعن الشهيد في الدروس أنه مع المباينة للحق يُقدم الأسهل صرفاً إلى الحق ترجيحاً لجانب المرتهن، وعن التحرير أنه يُباع الرهن بأوفرهما حظاً وانتفاعاً ترجيحاً لجانب المالك، لأن عين الرهن ملكه.



كتاب الحجر

كتاب الحجر^(١)

(وأسبابه ستة)^(٢) بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، وإلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن في المرهون، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم البيع، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يمكن عوده

(١) قال في المصباح المنير: «حجر عليه حجراً من باب قتل - إلى أن قال - وتثليث الحاء لغة، ومعناه المنع، وسُمي العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه عن ارتكاب الفبيح وما نضر عاقبته، قال الله تعالى: ﴿هل في ذلك قسمٌ لذي حجر﴾^(٣)، وشرعاً هو المنع من التصرف في المال.

(٢) موجبات الحجر ستة، وحصر أسبابه في الستة المذكورة جعلي لا استقرائي ولا ما سواه، وقد جرت عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة وعقدوا هذا الباب لها، ومرجع الصور الست إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه ومن يحجر عليه لحق غيره، فالأول الصبي والمجنون والسفيه، والثاني المفلس والمريض مرضاً متصلاً بالموت والعبد، ثم الحجر تارة في جميع ماله وأخرى في البعض، والثاني هو المريض، والأول هو الباقي، ثم الحجر إما عام في سائر التصرفات أو خاص ببعضها، والأول إما أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا، والأول الصغر والثاني الجنون، والخاص إما أن يكون الحجر فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أو لا، والأول السفيه، والثاني إما أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أو لا، والأول المفلس والثاني المريض.

(١) سورة الفجر، الآية: ٥.

إلى الإسلام، والسته المذكورة هنا هي: (الصفر، والجنون، والرق، والفأس، والسفه، والمرض) المتصل بالموت.

(ويمتد حَجَر الصغِير^(١) حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم، (وَيُرْشَدُ، بَأَن يُصْلِحَ مَالَهُ^(٢)) بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه، وتُمنع إفساده وصرْفه في غير الوجوه الثلاثة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح،

(١) الصغِير محجور عليه ما لم يحصل له البلوغ والرشد، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١)، وللأخبار:

منها: خبر منصور عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يُؤنس منه رُشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله)^(٢).

هذا ويُعلم البلوغ على ما تقدم في كتاب الصوم بإنبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلماً أم مشركاً، أو بخروج المنى من الموضع المعتاد، وهاتان العلامتان للذكور والإناث، ويعلم البلوغ ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة والأُنثى تسع سنين.

(٢) الرشد في المال مما يتوقف عليه رفع الحجر كما تقدم، وإنما الكلام في معنى الرشد، قال الشارح في المسالك: «ليس مطلق الإصلاح موجباً للرشد، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضي إصلاح المال وتُمنع من إفساده، وصرْفه في غير الوجوه الثلاثة بأفعال العقلاء».

واحترزنا بالملكة عن مطلق الكيفية فإنها ليست كافية، بل لا بد فيها من أن تصير ملكة يعسر زوالها، وباقتضاها إصلاح المال - أي احترزنا به - عما لو كان غير مفسدٍ له لكن لا رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء، ولقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: «والمرجع فيه - أي الرشد - العرف كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقة شرعية لها ولا لغوية مخالفة للعرف - إلى أن قال - وعلى كل حال فهو أن يكون مصلحاً لئله، فقد قيل إنه طفحت به عباراتهم، بل عن التنقيح أنه لا شك فيه عند العرف، ويجمع البرهان هو الظاهر المتبادر منه عرفاً وأنه هو الذي ذكره الأصحاب - إلى أن قال - وفي القواعد وعن غيرها أنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرْفه في غير الوجوه =

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحجر حديث ١.

فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (وإن كان فاسقاً)^(١) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه، والمفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقاً.

وقيل: يعتبر مع ذلك العدالة فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال، وما رُوي (أن شارب الخمر سفیه)، ولا قائل بالفرق، وعن ابن عباس «أن الرشد هو الوقار، والحلم، والعقل». وإنما يعتبر على القول بها في الابتداء^(٢)، لا في الاستدامة، فلو عرض

= الثلاثة بأفعال العقلاء، وكثيرٌ منهم ممن فسره بالإصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر، وجميع ذلك عند التأمل فضولٌ لوفاء العرف في مصداقه فليس من وظائف الفقيه البحث فيه فضلاً عن الإطتاب انتهى.

- (١) هل يشترط في الرشد العدالة أو لا، فعن الشيخ والراوندي وأبي المكارم وفخر الإسلام الاشتراط، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٣)، مع ضمنية ما ورد (أن شارب الخمر سفیه) وهو ما رواه العياشي في تفسيره عن إبراهيم بن عبد الحميد قال (سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الآية قال: كل من شرب الخمر فهو سفیه)^(٤)، فثبت في غير شارب الخمر ممن يرتكب المعصية أنه سفیه إذ لا قائل بالفصل، ولما روي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا﴾^(٥) قال: (هو أن يبلغ ذا وقارٍ وحلمٍ وعقل)^(٦). والمشهور على عدم اعتبار العدالة، لأن مفهوم الرشد عرفي، وهو خالٍ عن اشتراط العدالة، ولأن الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق أولى، ولأن الأمر بإيتاء المال عند إيناس الرشد في الآية المتقدمة^(٥) غير مقيد بالعدالة فهو مطلق، ورواية العياشي مرسلة، وما رُوي عن ابن عباس غير ثابت، وعلى تقديره فهي مقطوعة غير صالحة للحججة.
- (٢) فقد نقل عن الشيخ أنه «لو عرض الفسق بعد العدالة فالأحوط أن يحجر عليه»، وهو ظاهر في أن العدالة ليست بشرط استدامة كما يفهم من قوله الأحوط.

(١) سورة النساء، الآية: ٥.

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الوصايا حديث ٨.

(٣) سورة النساء، الآية: ٦.

(٤) الدر المنثور ج ٢ ص ٢١٥.

(٥) سورة النساء، الآية: ٦.

الفسق بعد العدالة قال الشيخ: «الأحوط أن يُحجر عليه»، مع أنه شَرَطَهَا ابتداءً، ويتوجه على ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعده^(١) لوجود المقتضي.

(ويختبر) من يراد معرفة رشده (بما يلائمه)^(٢) من التصرفات والأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة، وعدمه، فمن كان من أولاد التجار فوُضَّ إليه البيع والشراء

(١) بعد الابتداء، باعتبار أن البالغ لو صرف ماله على نحو السفاهة لحجر عليه لأنه غير رشيد، فالرشد شرط في ارتفاع الحجر عن الصغير، وشرط في عدم ثبوت الحجر على البالغ.

(٢) قال الشيخ في المبسوط: «الأيام على قسمين ذكور وإناث، فالذكور على ضربين: ضرب يُبدلون في الأسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء، وضربٌ يصانون عن الأسواق، فالذين يخالطون الناس فإنه يُعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاول فيها، ولا يعقد العقد فإن رآه يُحسن ذلك ولا يُعجن فيه علم أنه رشيد وإلا لم يُفك عنه الحجر.

وإن كان اليتيم ممن يُصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء، فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي إليهم نفقة شهر فيختبرهم، فينظر فإن دفعوا إلى أكرتهم وعلمائهم وعمالهم ومعاملهم حقوقهم من غير تذيير، وأقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعمهم ومكاسبهم سلم إليهم المال. وأما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئاً من المال ويجعل عليهن نساء ثقات يُشرفن عليهن، فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستسجن، ولم يبذرن سلم المال إليهن، فإن كنَّ بخلاف ذلك لم يسلم إليهن ذلك انتهى، وزاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل به غلبة الظن ليحصل الإتيان بالملكة.

هذا وفي الجواهر: «وأما ما يعلم به رشده فهو أيضاً بطرق لا تنحصر عرفاً، ومنها معرفته باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على الكفاية في المبيعات وتحفظه من الانخداع، وكذا تختبر الصبية، وحيثد فيُعرف رشدها بأن تحفظ من التبذير، وأن تعتنى بالاستغزال مثلاً وبالاستساج إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاهاه من الحركات المناسبة لها».

وقال في موضع آخر تعليقاً على من حصر الاختبار بما سمعت كما عن الشيخ في المبسوط «إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصية، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد ذلك، ومن هنا لا ينبغي مناقشة في ذلك ولا في ذكر الغزل والاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب في الرشد، وبنات الرؤساء ليس ذلك طريق =

بمعنى مماكسته فيهما على وجههما، ويراعى إلى أن يتم مساومته، ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرّر منه ذلك^(١) وسلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد.

وإن كان من أولاد مَنْ يُصان عن ذلك أختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يُسَلَّم إليه نفقةً مدة لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عيّنت له، أو بأن يستوفي الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك، فإن وَفَى بالأفعال الملائمة فهو رشيد، ومن تضييعه: إنفاقه في المحرمات، والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته، وبلده، وشرفه، وضعته، والأمتعة واللباس كذلك.

وأما صرفه في وجوه الخير^(٢) من الصدقات، وبناء المساجد، وإقراء الضيف فالأقوى أنه غير قادح مطلقاً^(٣)، إذ (لا سَرَف في الخير، كما لا خير في السَرَف^(٤))، وإن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، والخياطة، وشراء آلاتها المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجره مثلها إن عملت للغير، وحفظ ما تليه من أسباب البيت،

= اختبرهن، وبالجملة البحث في ذلك ليس من وظيفة الفقيه، ولذا خلت عنه النصوص، وبعضُ الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح انتهى.
(١) ليُعلم حصول الملكة.

(٢) اعلم أن صرف المال في وجوه الخير ليس تذبذباً كما عليه المشهور، وعن التذكرة أن ما زاد من هذا الصرف على ما يليق بحاله فهو تذبذب، لأنه إلتلاف في المال، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْمَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾^(١).

وفيه: أن الحكم بكونه تذبذباً منافي لما استفاض من خروج بعض الأئمة عليهم السلام من أموالهم في الخير كالإمام الحسن عليه السلام إلا أن يقال: إن هذا الفعل من الإمام لا يفتق بحاله والكلام فيما هو غير لائق بحاله.

(٣) سواء كان لائقاً بحاله أم لا.

(٤) نص غير واحد أنه لم يثبت كونه خيراً، مع أنه وارد في غوالي اللئالي بتفاوت يسير ج ١ ص ٢٩١، رقم الحديث ١٥٤.

ووضعه على وجهه، وصون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأرة ونحو ذلك، فإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا، ولا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادراً من الغلط والانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيراً من الكاملين، ووقت الاختبار قبل البلوغ^(١)، عملاً بظاهر الآية.

(ويثبت الرشد) لمن لم يختبر (بشهادة النساء في النساء^(٢)) لا غير^(٣)) لسهولة إطلاعهن عليهن غالباً، عكس الرجال^(٤)، (وبشهادة الرجال مطلقاً) ذكراً كان المشهود عليه أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير مقيدة^(٥)، والمعتبر في شهادة الرجال اثنان، وفي النساء أربع، ويثبت رشد الأنثى بشهادة رجل وامرأتين أيضاً، وبشهادة أربع خنثى^(٦).

(١) بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾^(١).

ووجه الدلالة من جهتين، من جهة جعل متعلق الابتلاء هو اليتامى، مع أن المراد باليتيم لغة وشرعاً هو من لا أب له وهو ما دون البلوغ، والبالغ ليس يتيم بطريق الحقيقة، وإطلاق اللفظ محمول عليها، ومن جهة جعل غاية اختبارهم البلوغ فقد دل على أن الاختبار قبله.

نعم خالف بعض العامة فجعل وقت الاختبار بعد البلوغ، وهو ضعيف بما سمعت.

(٢) يثبت الرشد في الرجال بشهادة الرجال إذا كانوا اثنين، لإطلاق أدلة اعتبار البينة. ويثبت الرشد في النساء بشهادة الرجال كذلك، وبشهادة النساء إن كنَّ أربعاً، وبشهادة رجل وامرأتين، لإطلاق أدلة اعتبار البينة بجميع أقسامها.

ولم يُذكر ثبوت الرشد في الرجال بشهادة النساء، لعمس إطلاعهن على ذلك في الرجال.

(٣) والمعنى لا يثبت الرشد بشهادة النساء في الرجال، لتعمس إطلاعهن على رشدهم.

(٤) فإنه يعمس على النساء الإطلاع على رشدهم.

(٥) وكذا شهادة النساء لولا تعذر إطلاعهن.

(٦) لأن الخنثى كالأنثى لاحتمال عدم كونه ذكراً، فتعامل معاملة الأنثى من باب المتيقن.

(ولا يصح إقرار السفية بمال^(١)) ويصح بغيره^(٢) كالنسب^(٣) وإن أوجب النفقة، وفي الإنفاق عليه من ماله أو بيت المال قولان، أجودهما الثاني، وكالإقرار بالجناية الموجبة للقصاص وإن كان نفساً^(٤)، (ولا تصرفه في المال^(٥)) وإن ناسب

(١) شروع في حجر السفية بعد الانتهاء من حجر الصغير، والسفيه مقابل الرشيد، ولم يتعرض لمعنى السفية لما تقدم من بيان معنى الرشيد الذي هو مقابله، والحجر ثابت على السفية، لقوله تعالى: ﴿ولا تؤنوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً﴾^(١).

والحجر عليه هو المنع من التصرفات المالية فقط، لا في مطلق التصرفات، لظاهر الآية، حيث اقتضت على المنع من التصرف المالي، وإذا مُنِع من التصرف المالي فلا يصح إقراره، لأن الإقرار منه تصرف في ماله لحق الغير.

(٢) بغير المال.

(٣) الإقرار بالنسب إن لم يوجب النفقة فقبوله واضح بلا إشكال، لأنه ليس تصرفاً مالياً ولا يستلزم التصرف المذكور.

وإن أوجبها فقبوله مشكل، لأنه مستلزم للتصرف المالي، وفصل الشارح في المسالك وجماعة بين قبول الإقرار بالنسب وهو ليس بمال وبين الإنفاق عليه فلا يثبت، لأنه تصرف مالي، ويُنفق على من استلحقه من بيت مال المسلمين، لأنه مُعَدَّ لمصالح المسلمين.

وللشهيد قول بأنه كما يُمنع من الإضرار بماله يُمنع من الإضرار ببيت مال المسلمين، بل يُنفق عليه من ماله، لأن المال من توابع النسب.

وفيه: أن بيت المال مُعَدَّ لمصالح المسلمين، ونفقة من استلحق من المصالح فكيف يقال إن ذلك يضرّ بهم.

(٤) الإقرار بما يوجب القصاص مقبول إذا لم يستلزم القصاص فوات النفس، لأنه ليس تصرفاً مالياً، وكذا إذا استلزم نفساً وقد طلب المقر له القصاص، أما لو طلب المال ففي إجابته نظراً؟ من وجوب حفظ النفس التي هي أولى من حفظ المال، ومن أنه مفوت للغرض من الحجر، لإمكان أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال، وعلى كل فإقراره مقبول على كل حال وإن لم نوجب الطلب المالي للمقر له.

(٥) لما تقدم من أن السفية محجور عليه في كل التصرفات المالية، وإن كان في بعضها قد ناسب أفعال العقلاء.

أفعال العقلاء، ويصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق^(١)، والظهار، والخلع^(٢).

(ولا يُسَلَّم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالي ممنوع منه.

(ويجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود) أي: في جميعها^(٣)، وإن كان قد ضَعَف إطلاقه عليه^(٤) بعض أهل العربية، حتى عدّه في «درة القَوَاص» من أوام الخواص، وجعله مختصاً بالباقي أخذاً له من السؤر وهو البقية، وعليه جاء قول النبي ﷺ لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة: (أمسك عليك أربعاً، وفارق سائرهن)^(٥)، لكن قد أجازهم بعضهم. وإنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلوقة مطلقاً^(٦)، بل عما يقتضي التصرف في ماله^(٧) (ويمتد حجر المجنون)^(٨) في التصرفات المالية وغيرها (حتى يفيق) ويكمل عقله (والولاية في

(١) لأن العادة في العصور المتقدمة على كون المهر بتمامه معجلاً عند إجراء عقد النكاح، ولذا قال الشارح في المسالك عن الطلاق والظهار: «إذ ليس فيهما إلا فوات الاستمتاع وهو ليس تصرفاً مالياً».

(٢) فقيه كسب للمال فهو أولى بعدم المنع.

(٣) فسر الشارح السائر بالجميع تبعاً لبعض أهل اللغة، مع أن السائر هو البقية كما في المصباح المنير، بل هو المشهور بينهم، قال في المصباح: «وسائر الشيء سؤراً بالهمزة من باب شرب، بقي فهو سائر قاله الأزهري، واتفق أهل اللغة أن سائر الشيء باقية قليلاً كان أو كثيراً، قال الصنعاني: سائر الناس باقيهم، وليس معناه جميعهم، كما زعم من قَصُر في اللغة باعه، وجعلهُ بمعنى الجميع من لحن العوام» انتهى.

هذا ولو وكل الأجنبي السفية في بيع أو هبة مثلاً جاز، لأن السفه لم يسلبه حكم عبارته ولا أهلية مطلق التصرف، بل في ماله خاصة، فيبقى غيره مندرجاً فيما دل على الصحة كما هو واضح، خلافاً لبعض العامة كما في الجواهر.

(٤) إطلاق السائر على الجميع.

(٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٤، رقم الحديث ١٤٠٤١، وكنز العمال ج ١٦ ص ٣٣٠، رقم الحديث ٤٤٧٦٥.

(٦) في ماله ومال غيره.

(٧) أما كسب المال لنفسه فلا حجر عليه.

(٨) شروع في السبب الثالث للمحجر وهو الجنون، وهو سبب في الحجر للأخبار.

مالهما) أي: الصغير والمجنون (للأب والجد^(١)) له وإن علا (فيشتركان في الولاية^(٢)) لو اجتماعاً، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضاً^(٣) قدم عقد السابق فإن اتفقا ففي بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أوجه، (ثم الوصي)^(٤) لأحدهما مع فقدهما، (ثم الحاكم) مع فقد الوصي.

= منها: خير منصور عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم التيمم بالاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده، وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله)^(١)، والمراد بالضعيف هو الضعيف في عقله، والمجنون فنون ولا حصر لمظاهره، وخير الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المرأة المعتوهة الذاهية العقل، أيجوز بيعها وصدقتها؟ قال عبد الله عليه السلام : لا)^(٢)، فضلاً عن حديث القلم (أما علمت أن القلم يُرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)^(٣).

(١) لا خلاف في كون الولاية عليهما للأب والجد له وإن علا، للأخبار الواردة في النكاح^(٤)، وسير عليك بعضها في باب.

وإنما الكلام فيمن تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده، فهو مندرج تحت ولاية الحاكم الذي هو نائب المعصوم عليه السلام، وقال في المسالك «لأنه لا خلاف فيه»، وعُلِّل بانقطاع ولاية الأب والجد عنه بالبلوغ والرشد.

(٢) بمعنى ثبوت ولاية الجد حين ثبوت ولاية الأب، وينفذ تصرف السابق على كل حال، لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما، وكذا لو اتفقا على أمر نفذ، لثبوت ولايتهما عليه بلا خلاف في ذلك كله.

(٣) بحيث تصرف كل واحد منهما تصرفاً مغايراً للآخر ومعارضاً له، وكان تصرفهما في زمن واحد، فقيل: بترجيح الجد لثبوت ولايته على الأب في بعض الأحوال، فيثبت في المقام بالأولية.

وقيل: بتقديم ولاية الأب لشدة اتصاله، وقيل: إن هذه استحسانات لا تصلح لإثبات الحكم الشرعي، فالقتضى التوقف وبطلان التصرف.

(٤) بحيث لو لم يوجد الأب ولا الجد فالوصي، لما سيأتي في باب الوصية من أن الوصي وليّ عنهما بالوصاية، وإن عدم فالحاكم بلا خلاف ولا إشكال، قال الشارح في =

(١) (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحجر حديث ٢٠١.

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(والولاية في مال السفيه^(١) الذي لم يسبق رشده كذلك) للاب والجد إلى آخر ما ذكر، عملاً بالاستصحاب (فإن سبق) رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه (فللحاكم) الولاية دونهم، لارتفاع الولاية عنه بالرشد، فلا تعود إليهم إلا بدليل، وهو منتف، والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل وإن تخلف في بعض الموارد، وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقاً^(٢)، لظهور توقف الحجر عليه^(٣)، ورفعه^(٤) على حكمه^(٥) في كون النظر إليه، (والعبد ممنوع) من التصرف^(٦) (مطلقاً) في المال وغيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا

= المسالك: «المراد بالحاكم حيث يطلق في أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعاً انتهى».

(١) تارة يتجدد سفهه بعد البلوغ، وأخرى يتصل السفه بالبلوغ بحيث يبلغ سفيهاً. وفي الأول ولايته للحاكم بلا خلاف، لانقطاع ولاية الأب والجد بالبلوغ والرشد السابقين، وعند تجدد السفه يُشك بعود ولايتهما فيستصحب العدم، وتثبت ولاية الحاكم، لأنه ولي من لا ولي له.

وفي الثاني فعن جماعة منهم المحقق أن الولاية للحاكم أيضاً، بل قيل: هو أشهر القولين، لأن ولاية الحاكم عامة ليست بحاجة إلى دليل، لأنه ولي من لا ولي له، ولأن ثبوت الحجر ورفعه بيد الحاكم في السفيه فيكون الأمر إليه في التصرف في مال السفيه، وقيل: إن بلغ سفيهاً فالولاية للاب أو الجد ثم الوصي ثم الحاكم كالصبي، استصحاباً لحكم ولايتهما الثابتة حال الصغر، وعليه خير منصور عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله)^(١)، ولا ريب في ظهور كون الولي هو الولي قبل البلوغ.

(٢) وإن لم يسبق رشده.

(٣) على السفه.

(٤) رفع الحجر.

(٥) حكم الحاكم.

(٦) ومنعه من التصرف لكونه محجوراً عليه - وهو السبب الرابع للحجر - بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»^(٢)، وظاهره سلب أهليته =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحجر حديث ١.

(٢) سورة النحل، الآية: ٧٥.

الطلاق^(١) فإن له إيقاعه وإن كره المولى، (والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث^(٢)) إذا

= في التصرف مطلقاً في المال وغيره، وللأخبار، وسيأتي التعرض لبعضها في كتاب العتق.
(١) على الأشهر للأخبار.

منها: خير محمد بن الفضيل عن الإمام الكاظم عليه السلام (طلاق العبد إذا تزوج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين إلى العبد، وإن تزوج وليدة مولاة كان هو - أي المولى - الذي يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء نزعها منه بغير طلاق^(١))، ولعموم النبيي (الطلاق بيد من أخذ بالساق)^(٢)، وعن جماعة منهم ابن الجنيد وابن أبي عقيل عدم أهلية العبد للطلاق، للأخبار أيضاً.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل وأنا عنده اسمع عن طلاق العبد، قال عليه السلام: ليس له طلاق ولا نكاح، وقرأ الآية: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾، ثم قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاة^(٣)، وللبحث تنمة في كتاب الطلاق.

(٢) أما بالنسبة للوصية فممنوع منها بما زاد عن الثلث، بمعنى أنها لا تقع على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنها تقع باطللة في نفسها، والحاصل أن الوصية بما زاد على الثلث موقوفة على إجازة الورث، للأخبار:

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يموت ما له من ماله، فقال: ثلث ماله)^(٤)، وصحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته، قال: الثلث، والثلث كثير)^(٥)، وصحيح أحمد بن محمد (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن عليه السلام: إن درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعةً أشقاصاً في مواضع، وأوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصياؤها وأحبنا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصية على وجهها أمضيناها، وإن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره في جميع ما يأمر به إن شاء الله.

فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث، وإن تفضلتم وكنتم الورثة =

(١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥ قد أخرج ذيله، وأورد بتمامه في الفقيه ج ٣ ص ٣٥، رقم الحديث ١٦٧٢.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

(٣) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.

(٤) (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوصايا حديث ٨٠٢.

تبرع به، أما لو عاوض عليه بضمن مثله نفذ، (وإن نجز) ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجارة (على الأقوى) للأخبار الكثيرة الدالة عليه منطقاً ومفهوماً، وقيل: يمضي من الأصل، للأصل، وعليه شواهد من الأخبار (ويثبت الحجر على السفية بظهور سفهه، وإن لم يحكم

= كان جائزاً لكم إن شاء الله^(١).

وعن الصدوق إجازة الوصية بجميع ماله، استناداً إلى خير عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، وإن أوصى به كله فهو جائز)^(٢)، وهو ضعيف السند فلا يصلح لمعارضة ما تقدم.

وأما في غير الوصية فما يصدر منه حال المرض المتصل بالموت لا يخلو إما معاوضات كالبيع أو تبرعات، فالمعاوضات صحيحة إذا وقعت بضمن المثل وليس فيها تبرع، ولو اشتملت على عناية فهي من جملة التبرعات كالهبة والعتق وتزويج المرأة نفسها دون مهر المثل والإبراء، وهذه التبرعات هل تخرج من أصل المال بحيث لا يكون المريض ممنوعاً من التصرف فيها؟ أو تخرج من الثلث بحيث لو زادت على الثلث لتوقفت على إجازة؟ ذهب الأكثر إلى الثاني للأخبار:

منها: خير علي بن عقبة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يميزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال عليه السلام: ما يُعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي)^(٣)، وخير أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتراه منه في مرضها، قال عليه السلام: بل تبه له فتجوز هبتها له ويُحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً)^(٤).

وعن المفيد والشيخ في النهاية وابن إدريس وابن البراج أنها من الأصل، فلا يُمنع بما زاد عن الثلث، ولا يتوقف على إجازة الوارث، للأخبار:

منها: خير عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه، فإذا قال بعدي فليس له إلا الثلث)^(٥)، وهي لا تصلح لمعارضة ما تقدم وعليه فالمرض المذكور سبب خامس في الحجر عما زاد عن الثلث، ولم يتكلم عن السبب السادس وهو المفلس، لأنه تكلم عنه مفصلاً سابقاً في كتاب الدين فراجع.

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الوصايا حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوصايا حديث ٥.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و١١.

(٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوصايا حديث ٧.

الحاكم به^(١) لأن المقتضي له^(٢) هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه^(٣)، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا^(٤)﴾ حيث أثبت عليه الولاية بمجرد^(٥).

(ولا يزول) الحجر عنه (إلا بحكمه) لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، وقيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم، وقيل: يتوقفان^(٦) على حكمه

(١) بالحجر، ثم هل يتوقف حجر السفه على حكم الحاكم أو يكفي بظهور سفه قولان، وكذا اختلف في ارتفاع الحجر بزوال السفه أو توقفه على حكم الحاكم. ووجه توقف الحجر على حكم الحاكم أن الحجر حكم شرعي، لا يثبت إلا بدليل شرعي، والسفه أمر خفي والأنظار فيه مختلفة، فيناسب كونه منوطاً بنظر الحاكم. ووجه عدم التوقف أن الحجر سببه السفه فقط، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فُلْيَمَلْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ^(١)﴾، حيث أثبت الحجر عليه بمجرد السفه.

وأما بالنسبة لرفع الحجر فوجه توقف الرفع على حكم الحاكم هو أن السفه لما كان أمراً خفياً والأنظار تختلف فيه فلا يعرف رفعه، فتناسب أن يكون منوطاً بنظر الحاكم. ووجه عدم توقف الرفع على حكم الحاكم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^(٢)﴾، حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقف معه على أمرٍ آخر لبيته.

هذا والأقوال أربعة، فعن المشهور الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعاً وثبوتاً، وعن ثانيي المحققين والشهيد عدم الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعاً وثبوتاً، والشهيد هنا في اللمة ذهب إلى الاحتياج إلى حكم الحاكم في رفع الحجر دون ثبوته، وعن بعض عكسه، قال في المسالك: «وقيل: إن به قائلاً ولا نعلمه بالحجر، نعم في التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه وتوقف في الزوال انتهى».

(٢) للحجر.

(٣) يجب تحقق الحجر بتحقيق السفه.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٥) بمجرد السفه.

(٦) ثبوت الحجر ورفعه.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

لذلك^(١)، وقيل: لا فيهما، وهو الأقوى، لأن مقتضى للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بشبوته، ويذول بزواله، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

(ولو عامله العالم بحاله^(٣) استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان المعاملة (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهي الله تعالى عن إيتائه، ولو كان جاهلاً بحاله^(٤) فله الرجوع مطلقاً^(٥)، لعدم تقصيره. وقيل: لا ضمان مع التلف مطلقاً^(٦)، لتقصير من عامله قبل اختباره، وفضل ثالث^(٧): فحكم بذلك^(٨) مع قبض السفه المأل بإذن مالكه، ولو كان بغير إذنه

(١) للتعليل المذكور.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

(٣) بطلت المعاملة لكونها صادرة من السفه، وهو ممنوع من ذلك شرعاً بلا خلاف فيه، ومع بطلان المعاملة يرجع الطرف الآخر بعين ماله إن وجدته، لأنه لم يتم سبب النقل والانتقال فهو باقٍ على ملكه.

وإن كان ماله تالفاً تحت يد السفه فلا ضمان على السفه لأن المعامل يعلم أنه سفه قد سلطه على إتلافه، ووجود السفه مانع من إثبات العوض عليه حال الإتلاف وإن ارتفع الحجر فيما بعد.

(٤) فلا ضمان على السفه لأن المعامل مقصر، لأنه لم يجتبره قبل المعاملة، والمقصر كالعامد، هذا عن المسوط والشرائع والقواعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد، وقيل كما عن التذكرة في موضع آخر أن العين مضمونة على السفه بعد ارتفاع الحجر، لعموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)^(١).

(٥) سواء وجدت العين أم لا، ومع التلف يكون الضمان على السفه بعد الحجر، كما عن التذكرة في موضع آخر.

(٦) في صورة العلم والجهل، أما العلم فواضح وقد تقدم، وأما الجهل فلا ضمان على السفه، لأن المعامل مقصر، وهو القول الأول المتقدم.

(٧) وقد نسبة في المسالك إلى التذكرة.

(٨) بعدم الضمان على السفه سواء كان المعامل عالماً أم لا، ولا ضمان لإذن المعامل للسفه =

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم

ضمنه مطلقاً^(١)، لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم فيكون قابضاً للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكة، وهو حسن.

(وفي إيداعه^(٢)، أو إعارته، أو إجارته فيختلف العين نظراً) من تفريطه بتسليمه، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٣)، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر، ومن عدم تسليطه على الإتلاف، لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإتلاف حصل من السفه بغير إذن فيضمنه كالغصب، والحال أنه بالغ عاقل، وهذا هو الأقوى.

(ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة^(٤)) إجماعاً منا لوجود المقتضي للحجر، وعدم صلاحية هذا السن لرفعه، ونبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث زعم أنه متى بلغ خمساً وعشرين سنة يفك حجره به وإن كان

= بالقبض، وإذنه تسليط فلا يكون مشمولاً لقاعدة الضمان المستفادة من عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١).

(١) ضمن السفه التلف، سواء كان المعامل عالماً أم لا.

(٢) لو أودع رجلٌ وديعة عند السفه مع علمه بالحجر فأنلفها فهل يضمن السفه أو لا؟

فمن الإرشاد للفاضل عدم الضمان لأصل البراءة، ولتفريط المعامل بالإيداع بعد نهى الله تعالى عن إيتاء السفه المال.

وعن التذكرة للعلامة والمحقق الثاني الضمان، لأن أصل البراءة مقطوع بأدلة الضمان المستفادة من عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(٢)، والإيداع ليس فيه إذن بالإتلاف ليكون متافياً لأدلة الضمان، فيكون الإتلاف هنا كالغصب لأنه بغير إذن المالك.

وفي حكم الوديعة العارية والإجارة من ناحية الضمان وعدمه عند التلف.

(٣) سورة النساء، الآية: ٥.

(٤) لا يرتفع الحجر عن السفه ببلوغه هذا العمر المذكور بلا خلاف فيه بيننا لإطلاق الأدلة،

وعن أبي حنيفة الحكم برفع الحجر عن السفه إذا بلغ العمر المذكور وإن كان سفهياً، وهو ضعيف، لعدم الدليل عليه.

(١) (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠، رقم

سفيهاً، (ولا يمنع من الحج الواجب^(١) مطلقاً)، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمندور قبل السفه، لتعينه عليه، ولكن لا يُسَلَّم النفقة، بل يتولاها الولي، أو وكيله، (ولا) من الحج (المنسوب^(٢)) إذا استوت نفقته) حضراً وسفراً، وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

(وتنعقد يمينه) لو حلف^(٣)، (ويُكْفَر بالصوم) لو حنث، لمنعه من التصرف

(١) حكم السفه في العبادات الواجبة المالية والبدنية حكم الرشيد، لإطلاق أدلة الواجبات فتشمله، بلا خلاف فيه ولا إشكال.

ثم مع وجوب الحج عليه فلا اعتراض للولي عليه سواء زادت نفقته سفراً عن نفقته حضراً أم لا، ولكن يتولى الولي النفقة إن حج معه، أو يوكل من يسافر معه من الرفقة ويمنع السفه من التصرف في ماله، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١)، ثم لا فرق في الحج الواجب بين كون وجوبه بالأصل أو بالعارض كما لو وجب بالنذر قبل الحجر.

(٢) فإن استوت نفقته سفراً وحضراً لا يمنع بلا خلاف فيه كما في الجواهر لعدم الضرر بذلك، وعدم التصرف الزائد حتى يُمنع منه.

ومع التفاوت بالنفقة، بأن زادت سفراً فيمنع للضرر بماله، بلا خلاف فيه إلا من الأردبيلي فلم يمنعه وإن زادت النفقة، ورُدَّ كما في الجواهر بأنه منافٍ لحكمة الحجر.

أما لو تفاوتت النفقة وأمكنه تكسب ما يحتاج إليه في السفر فلا يمنع، لعدم الضرر بماله أبداً، وأشكل عليه أنه باكتسابه قد حصل مالاً جديداً وهو من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه كالمال السابق عنده، ورُدَّ: أن هذا الاكتساب لا يحصل بالحضر بل في السفر فكانت مؤنة سفره في قبالة غنمه.

(٣) بلا خلاف فيه، لأنه بالغ عاقل مكلف فلو حلف انعقدت يمينه، وإنما هو ممنوع من خصوص التصرف المالي، وهو غير مانع من انعقاد اليمين، نعم لو حنث فعن الفاضل والشيخ يُكْفَر بالصوم ويُمنع أن يكفّر بالإطعام أو العتق، لأنهما تصرف مالي، وعن المحقق الاستشكال فيه، لأن الكفارة بعد الحنث واجبة، والفرض أنه مالك فتخرج الكفارة من ماله كبقية الواجبات المالية كالحج ونحوه.

المالي، ومثله العهد والنذر، وإنما يتعقد ذلك^(١) حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمالٍ لم يتعقد نذره، لأنه تصرف مالي.

هذا مع تعيينه^(٢)، أما لو كان مطلقاً لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد (وله العفو عن القصاص)^(٣)، لأنه ليس بمالي، (لا الدية)^(٤)، لأنه تصرف مالي، وله الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يُسَلَّم إليه.

(١) من اليمين والعهد والنذر.

(٢) تعين المال، حيث قال الشارح في المسالك: «أما لو كان متعلق النذر بنفس المال، بأن نذر أن يتصدق بمالٍ مثلاً فإن كان معيناً بطل النذر، وإن كان في الذمة صح وُوعِي في إنفاذه الرشد انتهى».

وصحة النذر إذا كان المال في الذمة لوجود المقتضي لعدم سلب أهلية التصرف عنه، وعدم المانع، إذ المانع هو التصرف في المال الذي تحت يده، وأما في غيره فلا.

(٣) لا خلاف ولا إشكال أنه لو وجب له القصاص جاز له العفو على غير مالٍ فضلاً عنه، بناء على أن الواجب في العمد هو القصاص خاصة، لقوله تعالى: ﴿مَنْ اهْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ﴾^(١)، وهو ليس بمال، وإنما يثبت المال بالصلح والتراضي.

وعن بعض العامة أن الثابت في العمد أحد أمرين من القصاص والمال فلا يصح عفو، وهو ضعيف لما تقدم.

(٤) لو وجبت له دية أو أرش لم يجز العفو له، بلا خلاف ولا إشكال، لأنه من التصرف الممنوع منه شرعاً.



كتاب الضمان

(كتاب الضمان^(١))

والمراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة والكفالة، لا الأعم الشامل لهما (وهو التمهيد بالمال) أي: الالتزام به (من البريء)^(٢) من مالٍ مماثلٍ لما ضمنه للمضمون عنه، وبقيد «المال» خرجت الكفالة فإنها تعهد بالنفس، وبـ «البريء»

(١) الضمان مشتق من الضَمَّن، لأنه ينقل ما في ذمة المضمون عنه من مالٍ إلى ذمة الضامن، فتكون ذمة الضامن متضمنة أو تتضمن الحق، فالنون فيه أصلية، وهذا مضق عليه عندنا. وعن أكثر العامة أن الضمان غير ناقل، وإنما اشتراك الذمتين، ذمة المضمون عنه وذمة الضامن، لأن الضمان مشتق من الضم، فالنون فيه زائدة، ويتخير المضمون له في المطالبة. ويرده تصريح أهل اللغة بكون النون أصلية، قال في المصباح المنير: «ضمنت المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين، التزمته، ويتعدى بالتضميف، فيقال: ضمنته المال، ألزمته إياه، قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم، وهو غلط من جهة الاشتقاق، لأن نون الضمان أصلية، والضم ليس فيه نون، فهما مادتان مختلفتان» انتهى.

والضمان تعهد بمال أو نفس، والثاني الكفالة، والأول إما أن يتعهد بمال وهو ليس عليه مال فهو الضمان المصطلح، أو يتعهد بمال وهو عليه مال فهو الحوالة.

فالضمان بالمعنى الأعم أعني مطلق التمهيد منقسم إلى الكفالة والضمان والحوالة، والضمان بالمعنى الأخص هو قسيم الحوالة والكفالة.

(٢) عُرِف الضمان بالمعنى الأخص بأنه تعهد للمال عن ليس عليه مال للمضمون عنه، والتمهيد هو الالتزام كما في المصباح، وبقيد المال خرجت الكفالة لأنها تعهد بنفس، وعن ليس عليه مال للمضمون عنه أي: أنه بريء للمضمون عنه، وهو قيد لإخراج الحوالة، لأن المحال عليه مديون للمحيل فلا يكون بريئاً.

الحوالة، بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل بما أحال به .

(ويشترط كماله^(١)) أي: كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر^(٢)، أو اسم الفاعل^(٣)، أو المقام^(٤)، (وحرّيته)^(٥) فلا يصح ضمان العبد في المشهور، لأنه لا يقدر على شيء، وقيل: يصح ويتبع به بعد العتق (إلا أن يأذن المولى فيثبت) المال

(١) كمال الضامن بأن يكون بالغاً عاقلاً، لما تقدم سابقاً من أن الصبي والمجنون مسلوبا العبارة شرعاً.

(٢) وهو الضمان.

(٣) وهو البريء.

(٤) لأن الكلام في الضمان.

(٥) والبحث فيه من جهتين: الجهة الأولى: هل يصح ضمان العبد بخير إذن سيده؟ قولان

أحدهما عدم الصحة، لأن العبد لا يقدر على شيء، قال تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾^(١)، وذمته مملوكة للمولى فلا يملك إثبات شيء فيها إلا بإذنه، وهو المنقول عن

جماعة منهم الشيخ، ثانيهما الصحة، لعمومات ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) السالمة عن المعارض،

إذ لا يتصور مانع إلا حق المولى، وهو غير مانع هنا، لأنه على تقدير الصحة يُتبع به بعد

العتق، وهو غير منافي لشيء من حقوق المولى، وهو المنقول عن العلامة في التذكرة.

الجهة الثانية من البحث أنه لو وقع ضمان العبد بإذن سيده فهل يتعلق بذمته أو بكسبه،

فعلى الأول الضمان على العبد، وعلى الثاني الضمان من مال المولى، لأن كسب العبد مأل

للمولى.

ذهب جماعة منهم المحقق إلى أنه يتعلق بذمة العبد ويُتبع به بعد العتق، لأن إطلاق

الضمان المأذون أعم من كل منهما، أعني من كون الضمان في ذمته أو كسبه، والعام لا

يدل على الخاص ليعين كون الضمان من الكسب، ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه

في ملكه الذي هو كسب العبد هنا.

وعن جماعة منهم المحقق الثاني أنه في كسب العبد فيكون الضمان من مال المولى، لأن

إطلاق الضمان محمول على المعهود، والمعهود هو الضمان الذي يستعقب الأداء، والذي

يتعقبه الأداء هو كونه من مال المولى، لأن الأداء من غير مال السيد ممتنع، ومن العبد لا

يكون عقيب الضمان بل عقيب العتق.

(١) سورة النحل، الآية: ٧٥.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(في ذمة العبد)، لا في مال المولى، لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما، فلا يدل على الخاص، وقيل: يتعلق بكسبه حلاً على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء، وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقاً^(١)، كما لو أمره بالاستدانة، وهو متجه، (إلا أن يشترط كونه من مال المولى^(٢)) فيلزم بحسب ما شرط، ويكون حينئذ كالوكيل، ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه^(٣) من جملة^(٤)، ثم إن وفى الكسب بالحق المضمون^(٥) وإلا ضاع ما قصر، ولو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان، أو بقاء التعلق به وجهان.

= إن قلت: لو كان الضمان من مال المولى فليَم خص الضمان بكسب العبد دون بقية الأموال.

قلت: لو كان الضمان في جميع أموال المولى لكان المولى هو الضامن الذي صدرت منه الصيغة وهو على خلاف الفرض، فيلزم أن يكون في خصوص كسب العبد، قال الشارح في المسالك: «والبحث في ذلك - أي في كون الضمان من كسب العبد - قريب مما لو أذن له في الاستدانة، فينبغي ترتيب قول ثالث، وهو أن الضمان يتعلق بمال المولى، ولا يختص بكسب العبد، ولعله أقوى» انتهى.

- (١) سواء كان من كسب العبد أم لا.
- (٢) فيكون الضمان على المولى للزوم الوفاء بالشرط، ويكون العبد كالوكيل في إجراء الصيغة كما هو واضح.
- (٣) لأن كسب العبد.
- (٤) جملة مال المولى، لكن الضمان بفرد معين منه.
- (٥) قال الشارح في المسالك: «فإن وفى كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه، وإلا ضاع عليه ما قصر، فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان لغوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه وما في يده سواء، ومع ذلك لا يُسمى في اصطلاح الشرع كسباً وإن أطلق عليه لغة» انتهى، وحاصل كلامه أن الضمان يبطل لغوات المحل كما هو الوجه الثاني، وأن متعلق الضمان الكسب وهو لغةً يطلق على كسب العبد بعد العتق وإن لم يطلق عليه شرعاً كما هو الوجه الأول.

(ولا يشترط علمه بالمستحق^(١)) للمال المضمون، وهو المضمون له بنسبه أو

(١) على صيغة الفاعل، والمعنى لا يشترط علم الضامن باسم المضمون له ونسبه، ولا المضمون عنه كذلك كما عليه الأكثر، لأن الضمان وفاء دين، وهو جائز عن كل مديون فلا يشترط العلم بالمضمون عنه، وأما المضمون له فإن اعتبرنا قبوله لفظاً كما هو مقتضى العقد اللازم عند المشهور اقتضى ذلك تميزه، ولا يعتبر الأزيد من ذلك، وإن لم نشترط قبوله اللفظي لم يعتبر العلم به بوجه، لمعومات «أوفوا بالعقود»^(٢) السالمة عن المعارض، ولأخبار.

منها: خير الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتني منكم وعلي دين، فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين عليه السلام: ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين عليه السلام: علي دينك كله، ثم قال عليه السلام: أما إنه لم يمتعني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا سبقنا)^(٣)، وهو ظاهر في عدم معرفة المضمون له.

وما رواه الشيخ في الخلاف عن أبي سعيد الخدري (قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وُضعت، قال: هل على صاحبكم دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال علي عليه السلام: هما علي يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلّى عليه، ثم أقبل على علي عليه السلام فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك)^(٤)، وخبر جابر بن عبد الله (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل عليه دين، فأبى بجنازة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، قال: فصلّى عليه فلما فتح الله على رسوله قال: أنا أول بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فعلي)^(٥)، وهما ظاهران في عدم اشتراط العلم بالمضمون له.

وعن الشيخ في المبسوط والمقصد في التنقيح اشتراط العلم بالمضمون له والمضمون عنه، أما اشتراط العلم بالأول ليعرف هل هو سهل المعاملة أو لا، واشتراط العلم بالثاني ليُنظر هل يستحق بذلك عليه أو لا.

وعن العلامة في المختلف اعتبار العلم بالمضمون عنه دون المضمون له، أما اشتراط العلم =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و٣.

وصفه، لأن الغرض إيفاءه الدين، وهو^(١) لا يتوقف على ذلك^(٢)، وكذا لا يشترط معرفة قدر الحق^(٣) المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنياً للمجهول، فلو ضمن ما في ذمته صح على أصح القولين، للأصل^(٤)، وإطلاق النص^(٥) ولأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرع، هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك^(٦) كالمثال^(٧)، فلو

= بالأول فلأنه لا بد من تميزه عند الضامن ليقع الضمان عنه، وعدم اشتراط العلم بالثاني فللخبيرين السابقين.

- (١) إيفاء الدين.
 (٢) على العلم بالمضمون له.
 (٣) ذهب المشهور إلى عدم اشتراط العلم بالحق المضمون، لخبر الفضيل المتقدم^(١)، الظاهر في أن الدين كان مجهولاً، ولخبر عطاء عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: جعلت فداك، إن علي ديناً، إذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه، فقال عليه السلام: سبحان الله، أو ما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً^(٢) فعلي ضياعه، ومن ترك ديناً فعلي دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه، وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالاته حياً، وكفالاته حياً ككفالاته ميتاً، فقال الرجل: نفست عني، جعلني الله فداك^(٣)، وعموم النبوي (الزعيم غارم)^(٤)، والزعيم هو الكفيل، والغارم هو الضامن.

وعن الشيخ في الميسوط والخلاف والقاضي في المهذب وابن إدريس في السرائر عدم الجواز، وهو ضعيف بما سمعت.

- (٤) أصالة الصحة أو أصالة عدم اشتراط التعيين، أو أصالة عدم منع الجهالة وعدم منع الغرر.
 (٥) وهو النبوي المتقدم.
 (٦) بعد الضمان.
 (٧) وهو ما لو ضمن ما في ذمته.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

(٢) الضياع هو العيال.

(٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين حديث ٥.

(٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الضمان حديث ٢.

لم يمكن كضمنت لك شيئاً مما في ذمته لم يصح قطعاً^(١)، وعلى تقدير الصحة^(٢) يلزمه ما تقوم به البيئة أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد، أو يوجد في دفتر، أو يُقرّر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له، برّد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول^(٣) في الضمان، وعدم ثبوت الثاني^(٤)، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث^(٥) على الغير، وكون الخصومة حينئذ^(٦) مع الضامن والمضمون عنه^(٧)، فلا يلزمه^(٨) ما يثبت بمنازعة غيره^(٩)، كما لا يثبت

(١) قال الشارح في المسالك: «وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدين الذي عليه، أو ثمن ما باع من فلان، أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت شيئاً مما لك على فلان، لصديق الشيء على القليل والكثير» انتهى، وعدم جواز الضمان للزوم الإبهام والجهالة في الواقع.

(٢) على تقدير عدم العلم بالحق المضمون وقت الضمان يلزم الضامن ما ثبت بالبيئة أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد، لأنه لم يتعلق به الضمان، ولا ما يوجد في كتاب أو دفتر، لأنه ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة، ولا ما يُقرّر به المضمون عنه، لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه لا على غيره، ولا على ما يحلف عليه المضمون له عند ردّ اليمين عليه من قبل المضمون عنه، وذلك عند اختلاف المديون الذي هو المضمون عنه مع الدائن الذي هو المضمون له في مقدار الدين، فيقول الدائن: مائة، ويقول المديون: خمسون، فالمديون هو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، فلو لم يحلف ورّد اليمين على المدعي وحلف يثبت أن الدين مائة، ولكن لا يثبت أن الحق المضمون هو المائة، لأن حلف المدعي اليمين المرذودة يثبت الحق للمضمون له في قبال تنازعه مع المضمون عنه، فلا يلزم الضامن بما ثبت بمنازعة المضمون له مع المضمون عنه، فكذا لا يثبت على الضامن ما يوجه اليمين المرذودة من المضمون عنه.

(٣) وهو المتجدد بعد وقت الضمان.

(٤) وهو الموجود في دفتر، لأنه ليس من وسائل الإثبات في الذمة، والضامن إنما هو للثابت في الذمة.

(٥) وهو إقرار المضمون عنه، فإنه نافذ في حقه لا في حق غيره.

(٦) حين كونها بين المضمون له وبين المضمون عنه.

(٧) فهي بين المضمون له وبين المضمون عنه والضامن.

(٨) للضامن.

(٩) بمنازعة غير الضامن الذي هو المضمون عنه مع المضمون له.

ما يقرُّ به^(١) في الرابع .

نعم لو كان الخلف^(٢) يرد الضامن ثبت ما حلف^(٣) عليه^(٤) .

(و) كذا (لا) يشترط علمه^(٥) (بالغريم) وهو المضمون عنه^(٦)، لأنه وفاء

دين عنه، وهو جائز عن كل مديون .

ويمكن أن يريد به الأعم^(٧) منه، ومن المضمون له، ويريد بالعلم به^(٨) :

الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهولة^(٩) الاقتضاء، وما شاكله، لأن

الغرض^(١٠) إيفاءه الدين، وذلك^(١١) لا يتوقف على معرفته كذلك^(١٢)، (بل

تمييزهما)^(١٣) أي: المستحق والغريم، ليتمكن توجه القصد إليهما، أما الحق فليمكن

(١) ما يقر المضمون عنه به .

(٢) لو كانت الدعوى بين المضمون له وبين الضامن، بحيث كان المضمون عنه مبتأ أو غائباً أو

لم تغير المنازعة وهو طرف فيها، فالمضمون له يدعي المائة والضامن خسون، فيقدم قول

الضامن مع يمينه لأنه منكر، فإن لم يحلف ورد اليمين على المدعي هنا وهو المضمون له،

وحلف اليمين المرودة، فيلزم الضامن حينئذ بدفع المائة كما هو واضح لأن الدعوى عليه .

(٣) ما حلف به المضمون له .

(٤) على الضامن، ويمكن إرجاعه إلى «ما» الموصولة، والمعنى: ثبت في عهدة الضامن ما

حلف عليه المضمون له .

(٥) علم الضامن .

(٦) تقدم الكلام فيه سابقاً .

(٧) ويمكن أن يريد بالغريم الأعم من المضمون له والمضمون عنه بناء على كون المستحق مبنياً

للمجهول .

(٨) عند قول الماتن «ولا يشترط علمه بالمستحق ولا بالغريم بل تمييزها» بحيث يكون العلم

النفي هو العلم بمعرفة حاله من نسب أو اسم ووصف كما تقدم .

(٩) علة للنفي، أي العلم المذكور لسهولة الاقتضاء .

(١٠) علة للنفي، وهو عدم اشتراط العلم المذكور .

(١١) إيفاء الدين .

(١٢) على معرفة حاله من نسب أو اسم أو وصف .

(١٣) تميز المستحق والغريم، وعلى التفسير الأول للمستحق بكونه مبنياً للمعلوم على وزن اسم

الفاعل وهو المضمون له، فيشترط تميز المضمون له والمضمون عنه، وعلى التفسير الثاني

للمستحق بكونه مبنياً للمجهول على وزن اسم المفعول وهو الحق المضمون، فيشترط تميز

أداؤه، وأما المضمون له فليمكن إيفاؤه، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه .

ويشكل بأن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: إني استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً، فقال آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقاً^(١)، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه .

(ولا بد له من إيجاب وقبول مخصوصين^(٢))، لأنه من العقود اللازمة الناقلة

= الحق والمضمون عنه والمضمون له، لأن الغريم أعم منهما كما تقدم، واعتبار تميز الحق والمضمون عنه والمضمون له ناشيء من أن الضمان عقد فلا بُدَّ من القصد فيه، والقصد المذكور متوقف على قصد الحق، لأنه لا بد من قصد أدائه، ومتوقف على قصد المضمون له، لأنه لا بد أن يقصد إيفاؤه، ومتوقف على قصد المضمون عنه، ليتمكن من قصد عمن كان عليه الدين عند الإيفاء .

وفيه كما في المسالك: أن المعتبر هو القصد إلى الضمان، والقصد هو الالتزام بالمال الذي يذكره المضمون له مثلاً في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين الذي هو المضمون عنه، فلو قال شخص: إني استحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له الآخر: ضمنتها لك، كان قاصداً إلى الضمان مع عدم معرفة المضمون عنه .

(١) وإن لم يعرفه ولو إجمالاً .

(٢) وقع الخلاف بينهم في اشتراط رضا المضمون له في الضمان، والمشهور على الاشتراط، لأن حقه سيتحول من ذمة غريمه إلى ذمة الضامن، والناس تختلف في حسن المعاملة وسهولة الاقتضاء، فربما كان المضمون له لا يرضى بإبدال غريمه بالضامن، فلو لم يعتبر رضاه للزم الضرر عليه، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يموت وعليه دين، فيضمنه الضامن للغرماء، فقال عليه السلام: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت)^(١) .

وللشيخ قول بعدم الاشتراط، لأن أمير المؤمنين عليه السلام وأبا قتادة قد ضمننا الدين ولم يسأل النبي ﷺ عن رضا المضمون له، كما في خبري أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله المتقدمين^(٢) .

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الضمان حديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٣ و٢ .

للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، (والإيجاب ضمننت، وشبهه)، ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها المال^(١) (وتقبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة عليه^(٢) صريحاً، (ولو قال مالكٌ عندي، أو علي^(٣))، أو ما عليه علي فليس بصريح، لجواز إرادته^(٤) أن للغريم^(٥) تحت يده مالا^(٦))، وأنه قادر على تحليصه،

= وأجيب بأنهما قضية في واقعة لا عموم فيهما، أو أن غرماء الميت كانوا حاضرين وقد حصل منهم الرضا كما عن سيد الرياض.

ثم على القول باشتراط الرضا، فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي؟ أو لا بدّ من القبول اللفظي قولان، ذهب إلى الأول فخر المحققين في الإيضاح والأردبيلي للخبرين المتقدمين المتضمنين لضمنان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة، باعتبار اكتفاء النبي صلى الله عليه وآله بضمائهما من دون قبول لفظي من غرماء الميت، ولأصالة عدم الاشتراط، ومخالفة الضمان لغيره من العقود المملّكة، لأن الضمان لا يُثبت ملكاً جديداً، وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً للمضمون له.

وذهب جماعة إلى القبول اللفظي، لأن الضمان بعد اشتراط الرضا هو معاملة بين شخصين فهو عقد، فلا بدّ فيه من القبول اللفظي لأنه من العقود اللازمة، ولأصالة عدم انتقال حق المضمون له إلا أن يتحقق المزيل، وهو القبول.

بل إذا كان الضمان من العقود اللازمة فيشترط فيه جميع ما اشترط في العقد اللازم من كونه بلفظ الماضي واللفظ العربي وعدم الفصل بين الإيجاب والقبول.

وفيه: لو قلنا بكونه من العقود اللازمة فقد تقدم أنه يكفي في إيجابه وقبوله كل ما يدل على إنشائهما سواء كان باللفظ الصريح أم لا، وسواء كان بالعربي وبالماضي أم لا، بل يصح إنشاؤه بالفعل والكتابة كما عليه العرف، لصدق العقد على كل ذلك، هذا مع أن اشتراط رضا المضمون له كما هو الظاهر لا يستلزم كون الضمان عقداً، لأن الضمان تعهد بإيفاء الدين، وغاية ما يستلزم الرضا وليس القبول.

(١) فقيد المال مخرجٌ للكفالة، لأنها ضمان نفس، وضمير في «متعلقها» راجع إلى الألفاظ التي ذكرها الماتن.

(٢) على الإيجاب.

(٣) مالك عليّ.

(٤) لجواز إرادة الضامن الذي صدرت منه الألفاظ السابقة.

(٥) وهو المضمون عنه.

(٦) لقوله الأول: لو قال: مالك عندي، فيحتمل أن يكون الضامن أراد إخبار المضمون له بأن للغريم مالا تحت يده فلا يكون منشأً للضمنان بالجملة المتقدمة.

أو أن عليه السعي، أو المساعدة، ونحوه.

وقيل: إن «علي»^(١) ضمان، لاقتضاء «علي» الالتزام، ومثله «في ذمتي»^(٢)، وهو متجه، أما «ضمانه علي»^(٣)، فكافي، لانقضاء الاحتمال، مع تصريحه بالمال^(٤) (فيقبل المستحق)^(٥) وهو المضمون له.

(وقيل: يكفي رضاه)^(٦) بالضمان وإن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة، وسهولة القضاء، فلا بد من رضاه به^(٧)، ولكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين^(٨).

والأقوى الأول^(٩)، لأنه عقد لازم، فلا بد له من إيجاب وقبول لفظيين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة.

وعلى القول الآخر^(١٠) (فلا يشترط فورية القبول)، للأصل، وحصول الغرض، وقيل: لا يشترط رضاه مطلقاً^(١١)، لما روي من ضمان علي عليه الصلاة

= أو أراد إخباره بأنه قادر على تحليص ماله عند قوله: مالك علي، أو أراد إخباره بأنه عليه السعي في تحصيل ماله عند قوله: ما عليه علي.

(١) فيما لو قال: مالك علي أو ما عليه علي، فهو ضمان، لكون ظاهره الالتزام لا الإخبار، ولم أجد من قال به.

(٢) لو قال: مالك في ذمتي، أو ما عليه في ذمتي، فهو ظاهر في التزام الضمان أيضاً لا الإخبار.

(٣) لو قال: ضمانه علي، فهو نص في الضمان من دون احتمال الإخبار، بخلاف ما سبق فهو ظاهر في الالتزام.

(٤) لو قال: ضمان مالك علي فهو مخرج للكفاية، ونص في الضمان المصطلح.

(٥) كما هو القول الثاني المتقدم.

(٦) كما هو القول الأول المتقدم.

(٧) رضا المضمون له بالضمان، وهو دليل اشتراط الرضا كما عليه المشهور، وقد تقدم.

(٨) كما استظهرناه.

(٩) اشتراط القبول.

(١٠) من كفاية الرضا.

(١١) كما هو قول الشيخ وقد تقدم، والإطلاق للفظ والقلب.

والسلام دين الميت الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه، لمكان دينه.

(ولا عبرة بالغريم)^(١) وهو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه، (نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه)^(٢) في الضمان وإن أذن في الأداء، لأنه متبرع، والضمان هو الناقل للمال من الذمة، (ولو أذن) له في الضمان (رجع) عليه (بأقل الأمرين مما آداه، ومن الحق)^(٣) فإن أدى أزيد منه كان متبرعاً بالزائد، وإن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء، ولو وهبه - بعد ما أدى الجميع - البعض، أو الجميع^(٤) جاز رجوعه به،

(١) لا عبرة برضا المديون الذي هو المضمون عنه في صحة الضمان بلا خلاف فيه، لأن الضمان كالقضاء فكما يجوز أداء الدين بغير إذنه فكذا الالتزام بأداء الدين بالضمان، ولصحة الضمان عن الميت في الخبرين^(١) اللذين تضمننا ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة.

(٢) يرجع الضامن على المضمون عنه بما آداه إن كان الضمان بإذنه، بلا خلاف فيه، لأن الضامن هنا غير متبرع، فماله محترم فيجوز له الرجوع لمكان الأذن، ولو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه لا يرجع وإن كان الأداء بإذنه بلا خلاف فيه، لأنه متبرع بالضمان فلا يجوز له الرجوع، والأذن بالأداء ليس إذناً بأصل الضمان.

(٣) أما لو كان الحق المضمون أقل من الذي دفعه، بحيث دفع الضامن أكثر منه وقت الأداء فلا يستحق الزائد على المضمون عنه لأنه متبرع، ولم يقع إذن من المضمون عنه بالزائد، وإنما الأذن في أصل الضمان بمقدار الحق.

وأما لو كان الذي دفعه أقل من الحق المضمون عنه بحيث دفع الضامن أقل منه، فلا يرجع إلا بما دفع، للأخبار:

منها: خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال عليه السلام: ليس له إلا الذي صالح عليه)^(١)، وقال الشارح في المسالك: «ولا فرق عندنا في رجوعه - أي الضامن - بالبعض الذي آداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له وغيره، خلافاً لبعض العامة حيث جوز له الرجوع بالجميع لو أبرئ منه أو من بعضه، لأنه هبة ومساحة من رب الدين للضامن خاصة انتهى.

(٤) لو أدى الضامن جميع ما عليه ثم وهبه المضمون له جميع ما قدمه أو بعضه جاز للضامن =

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٣٠٢.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الضمان حديث ١.

ولو أدى عرضاً^(١) رجع بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق، سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

(ويشترط فيه) أي: في الضامن (الملاءة)^(٢) بأن يكون مالكاً لما يُوفي به الحق المضمون، فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تحجر المضمون له في الفسخ، وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له

= أن يرجع بجميع ما دفع لصديق الأداء، والهبة فيما بعد لا مدخلة لها في صدق الأداء وعدمه.

(١) لو أدى الضامن عرضاً من متاع وغيره في مقام الإيفاء رجع بأقل الأمرين من قيمة العرض ومن الدين، بلا فرق بين أن يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، وبين أن يصلح له الضامن بالعرض عن دينه، فلو كان الثوب يساوي مائة، وقد صالحه به على الدين المساوي لمائتين لم يرجع إلا بقيمة الثوب.

(٢) يشترط في الضامن الملاءة، وهو شرط في لزوم الضمان، لأن الضمان عقد لازم بين المضمون له والضامن، أما الضامن فلا يجوز له الفسخ لعدم الوفاء بالعقود، ولأن فيه تضييع حق المضمون له، لأنه إذا فسخ لا يمكن للمضمون له الرجوع عليه للفسخ، ولا على المضمون عنه لانتقال الحق من ذمته بالضمان إلى ذمة الضامن.

وأما المضمون له فلا يجوز له الفسخ كذلك، لعدم الوفاء بالعقود، ولأن الحق قد انتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فكيف يجوز للمضمون له الفسخ، والرجوع على المضمون عنه وقد برئت ذمته من الحق.

إذا تقرر ذلك فإن كان الضامن ملتياً وقت الضمان أو علم المضمون له بإعساره ورضي به لزم الضمان على المضمون له بلا خلاف فيه، لما تقدم من الأدلة على اللزوم، وأما لو كان الضامن معسراً وقت الضمان ولم يعلم بذلك المضمون له كان له فسخ الضمان والعود على المضمون عنه، لأن الضمان عقد مبنى على تسهيل الأمر، والقصد منه استيفاء الدين من الضامن، وإنما يكون الاستيفاء إذا كان الضامن موسراً، ولما كانت طبيعة الضمان ما ذكرناه وأقدم المضمون له على الرضا به بما له من المعنى المذكور فيكون إيسار الضامن شرطاً ضمناً في العقد، وعليه فإذا تبين فيما بعد أن الشرط المذكور لم يكن متحققاً ثبت له خيار الفسخ.

هذا واشتراط اليسار ابتدائي وليس استدامة، لأن الشرط الضمني معتبر وقت الضمان فقط، وقد تحقق بحسب الفرض.

الفسخ، لتحقق الشرط حالته^(١)، وكما لا يقدر تجدد إعساره فكذلك تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر^(٢).

(ويجوز الضمان^(٣) حالاً، ومؤجلاً، عن حالٍّ ومؤجلٍ)، سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتتا، للأصل.

ثم إن كان الدين حالاً^(٤) رجع مع الأداء مطلقاً^(٥)، وإن كان مؤجلاً^(٦) فلا

(١) حالة الضمان.

(٢) كذلك لو تعذر الاستيفاء من الضامن لوجه غير وجه الإعسار، كما لو مات أو فرّ أو استعان بظالم، فعقد الضمان لازم لتحقق شرطه وقت الضمان، فلا يجوز للمضمون له الفسخ حينئذ.

(٣) الضامن تارة يضمن ديناً مؤجلاً وأخرى ديناً حالاً، وعلى التقديرين إما أن يكون ضمانه حالاً بأن يدفع الآن أو يكون مؤجلاً بأن يؤدي بعد مدة، فالصور أربع، أن يكون الدين حالاً والضمان حال، وأن يكون الدين حالاً والضمان مؤجل، وأن يكون الدين مؤجلاً والضمان حال، وأن يكون الدين مؤجلاً والضمان مؤجل.

والصورة الرابعة إما أن يكون الأجل في الضمان مساوياً للأجل في الدين أو أزيد أو أنقص فالصور ست، وعلى التقادير الستة إما أن يكون الضمان تبرعاً أو بسؤال المضمون عنه.

والصورة الرابعة بشقوقها الثلاثة جائزة بالاتفاق للعمومات السالمة عن المعارض، والصور الثلاث الأولى أيضاً جائزة لنفس هذه العمومات، نعم تُسبب الخلاف إلى المقنعة والنهائية بأن الضمان يشترط بأجل، وأولت عبارتهما بما لا يخالف، ولذا قال في المسالك: «وكلها - أي الصور - جائزة على الأقوى إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرز» انتهى.

(٤) إن كان الدين حالاً فالضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا بعد الأداء سواء كان الأداء حالاً لأن الضمان حال، أم كان مؤجلاً لأن الضمان مؤجل، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن رجوع الضامن على المضمون عنه لا يكون إلا بعد اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بالمال، ولا تشتغل إلا بأداء الضامن للدين.

(٥) سواء كان الضمان حالاً أم مؤجلاً.

(٦) وإن كان الدين مؤجلاً فلا رجوع للضامن حينئذ إلا إذا حل الأجل وقد أدى الدين، والوجه أنه إذا كان الدين مؤجلاً وضمن مؤجلاً فواضح، فلا تشتغل ذمة المضمون عنه إلا بعد الأداء، والأداء بحسب الغرض إنما يكون بعد أجل الضمان.

رجوع عليه^(١) إلا بعد حلوله^(٢) وأدائه مطلقاً^(٣) (والمال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه^(٤)) وهو المال الثابت في الذمة وإن كان متزلزلاً، (ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن^(٥)) أي: دركه على تقدير الاحتياج إلى رده^(٦) (لزمه) ضمانه

= وإذا كان الدين مؤجلاً والضمان حال فذمة المضمون عنه لا تشتغل بمجرد الأداء، لأن دينه مؤجل، والحلول بالنسبة إلى الضامن إنما هو تبرع منه للمضمون له فلا يسري إلى المضمون عنه.

(١) فلا رجوع للضامن على المضمون عنه.

(٢) حلول الدين.

(٣) سواء كان الضمان حالاً أم مؤجلاً.

(٤) عُرِفَ المال المضمون عند الفقهاء بأنه كل مال ثابت في الذمة، وهذا التعريف متضمن للمالية وللثبوت في الذمة، أما الأول فلا إشكال فيه ولا خلاف، وأما الثاني فيشمل ما لو كان ثبوته في الذمة ثبوتاً مستقراً أو غير مستقر، كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، وهما ثابتان في ذمة المشتري والزوج ثبوتاً متزلزلاً، وهذا الشرط الثاني هو القدر المتيقن من أدلة الضمان، ولأن انتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بالضمان فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه، وإلا فلو لم يكن ثابتاً فكيف ينتقل؟

والشاهد هنا في اللمعة عرّفه بأنه ما جاز أخذ الرهن عليه، ولا تنافي بين التعريفين، لأن ما يجوز أخذ الرهن عليه هو المال الثابت في الذمة كما تقدم في كتاب الرهن، وعلى كل فلو ضمن ما لم يجب في الذمة، كأن يقول: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصح، لأنه ضمان مال غير ثابت في الذمة.

(٥) وهو المُعَبَّرُ عنه بضمان العهدة وضمان الدَرَكَ، والدرك التبعة كما في الصحاح، وقيل: سُمي ضمان الدرك، لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله، وفي التذكرة: سُمي ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده، وذلك فيما لو وقع البيع على عين مخصوصة وقد دفع المشتري الثمن، فلو تبين أن البيع مستحق للغير ولم يجوز المالك العقد الفضولي فيبطل البيع من رأس، ويُرَدُّ المبيع إلى مالكه، ويطالب المشتري البائع بالثمن المدفوع، فيصح ضمان الثمن للمشتري من حين البيع حينئذ، لأنه مال للمشتري ثبت له في ذمة البائع من حين العقد، وكذا يجري الكلام فيما لو وقع البيع على الثمن المخصوص فيصح الضمان للبائع عن عهدة الثمن.

(٦) إلى رد الثمن إلى المشتري بعد قبض البائع له فيما لو كان البيع على عين شخصية، وقد ظهرت مستحقة للغير، ولم يُجَزَّ المالك العقد الفضولي.

(في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق) للمبيع المعين ولم يُجز المالك البيع، أو أجزاه ولم يُجز قبض البائع الثمن^(١)، ومثله تبين خلل في البيع^(٢) اقتضى فساده من رأس، كتخلف شرط، أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل، والمجلس، والحيوان، والشرط، وتلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة^(٣) المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانقاسخ، بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر^(٤).

(ولو ضمن له)^(٥) أي: للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدده) المشتري

(١) بحيث أجاز المالك العقد الفضولي الواقع على ماله المعين ولم يُجز ما وقع من قبض البائع للثمن بل يريد قبضه بيده فهو لم يجز البيع الواقع لأن قبض البائع للثمن من مستلزمات البيع المذكور فلو لم يُجز لازمه فهو كعدم إجازة للبيع بجميع لوازمه، فيبطل من رأس.

(٢) بحيث أوجب فسخ العقد من رأس، كتخلف بعض شرائط العوضين، كما لو تخلف وصف المعلومية، أو اقترن البيع بشرط فاسد، والشرط الفاسد مفسد للبيع من أصله.

(٣) فلو كان الفسخ موجباً لفسخ العقد من حينه فلم يكن البيع حال الضمان فاسداً مع العلم أن الضمان قد وقع عند البيع، ومع عدم فساده عند الضمان، فضمانه ضمان لما لم يجب فلا يصح.

(٤) ولكن لم يكن معلوم البطلان.

(٥) لو اشترى المشتري أرضاً وأراد أن يضع فيها غرساً أو يبني بناءً، فلو ظهرت الأرض مستحقة للغير، فهل يجوز أن يضمن ضامن للمشتري حال عقد البيع على تقدير ظهور كونها مستحقة وأراد المالك الأصلي قلع ما غرسه المشتري أو بناء، فيضمن له التفاوت الحاصل في البناء والغرس بين قيمته ثابتاً وبين قيمته مقلوعاً؟

قيل: لا يصح الضمان، كما عن جماعة منهم المحقق، بل ظاهرهم أنه المشهور، لأنه ضمان ما لم يجب، لأن المشتري لم يجب له الأرض حال الضمان، ضرورة عدم استحقاق المشتري ذلك على البائع قبل البناء والغرس ولا بعد البناء والغرس، وإنما يستحقه على البائع بعد القلع، فلو كان الضمان من حين البيع فهو ضمان ما لم يجب، وذهب بعض العامة - كما في المسالك - والشهيد في اللمعة إلى أن الضمان يصح، لأن سبب ضمان الأرض هو استحقاق الأرض لغير البائع، وهو موجود حال البيع، والضمان مصاحب له زمناً.

والأقوى عدم الصحة كما عليه المشهور، غاية أنه غالبهم صرحوا بعدم الصحة سواء كان الضمان من أجنبي أم من نفس البائع، لوجود العلة من أنه ضمان ما لم يجب، =

في الأرض (من بناء، أو غرس) على تقدير ظهورها^(١) مستحقة لغير البائع، وقلعه^(٢) لها^(٣)، أو أخذه أجرة الأرض (فالأقوى جوازها) لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير.

وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذ^(٤)، وإنما استحققه بعد القلع.

وقيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس العقد^(٥) وإن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيداً.

وهو ضعيف^(٦)، لأنه^(٧) لا يلزم - من ضمانه^(٨) لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً - ضمانه^(٩) بعقده^(١٠) مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

= وخالفهم المحقق في أن عدم صحة الضمان فيما لو كان من أجنبي، أما لو كان من نفس البائع فيصح الضمان، لأن الأرض الذي يستحقه المشتري على البائع إنما يستحقه بنفس عقد البيع، فالضمان منه يكون تأكيداً لما هو ثابت عليه.

- (١) ظهور الأرض.
- (٢) وقلع غير البائع الذي هو المالك الأصلي.
- (٣) للمذكورات مما يحدده المشتري.
- (٤) حين البيع قبل البناء والغرس.
- (٥) عقد البيع.
- (٦) وحاصله: أن البائع ضامن للأرض بعقد البيع، لأنه قد سلطه على البيع، للانتفاع به مجاناً بعد دفع الثمن، فلو كان الانتفاع في المبيع موجباً لنقصان ماله أو بذل أجرة فيضمن البائع.
- ولكن ضمانه بسبب البيع لا يستلزم ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائط عقد الضمان، لأن من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان، والفروض أن الأرض غير ثابت للمشتري على البائع من حين البيع، وإنما يثبت بعد القلع، فالأقوى عدم صحة الضمان.
- (٧) البائع.
- (٨) ضمان الأرض.
- (٩) ضمان الأرض.
- (١٠) بعقد الضمان.

وتظهر الفائدة^(١) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، ونظير ضمان غير البائع ذَرَكَ الغرس ضمانه^(٢) عهدة المبيع لو ظهر معيباً فيطالب المشتري بالأرض، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، ووجه العدم هنا أن الاستحقاق له^(٣) إنما حصل بعد العلم بالعيب، واختيار أخذ الأرض، والموجود من العيب حالة العقد ما كان يلزمه^(٤) تعيين الأرض^(٥)، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرض إلا بعد الضمان.

والحق أنه^(٦) أحد الفردين الثابتين تحييراً حالة البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير.

(ولو أنكرك المستحق القبض) من الضامن^(٧) (فشهد عليه الغريم) وهو

(١) الفائدة بين الضمانين، وهي ما لو أسقط المشتري عن البائع الأرض الناشئة بسبب البيع فيبقى له الرجوع بالأرض بسبب الضمان لو قلنا بصحته.

(٢) ضمان غير البائع، فكما وقع الخلاف في الضمان للمشتري لذَرَكَ الغرس كذلك وقع الخلاف في ضمان عهدة المبيع، وذلك لو اشترى إنسان عيناً ثم ظهر أنها معيبة بعيب فيثبت للمشتري خيار العيب فلو لم يفسخ فله حق أرض العيب، فهل يجوز ضمانه للمشتري أو لا؟

فمن العلامة في القواعد أنه يصح الضمان، لأن الأرض جزء من الثمن وهو ثابت من حين عقد البيع، فيكون ضمانه ضماناً لما ثبت، وعنه في التحرير وعن جماعة العدم، لأن استحقاقه للأرض إنما حصل بعد العلم بالعيب، والعلم بالعيب قد حصل بعد عقد البيع، ولأن الأرض لم يكن ثابتاً حال العقد، لأن الثابت حالته هو العيب، والعيب يوجب التخيير بين الأرض والرد، فلا يتعين الأرض إلا بالاختيار، وهو لا يكون إلا بعد العقد، فضمنه حال البيع ضمان ما لم يجب.

(٣) للأرض.

(٤) لم يكن يلزمه.

(٥) لأن الثابت هو العيب، وهو موجب للتخيير بين الأرض والرد.

(٦) أن الأرض.

(٧) لو أنكرك المضمون له القبض وقد ادعاه الضامن، فالقول قول المضمون له مع يمينه، لأنه منكر، لموافقة قوله لأصالة عدم القبض، هذا إذا لم يأت الضامن المدعي للقبض بالينة. =

المضمون عنه (قَبْلَ)، لأنه إن كان آمراً بالضمان، فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادة لغيره فتسمع، وإن كان الضامن متبرعاً عنه فهو أجنبي، فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين، أدى أم لم يؤد.

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة)^(١) بأن تفيده^(٢) الشهادة فائدة زائدة على ما يخرمه^(٣) لو لم يثبت الأداء فترد.

وللتهمة صور: منها أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له

= ولو أتى بالبينة وكان أحد الشاهين نفس المضمون عنه تقبل، سواء كان الضامن بإذن المضمون عنه أم بعمده، أما مع عدم إذنه بالضامن فواضح، لأن المضمون عنه قد برئت ذمته من الدين وشهادته للضامن بالدفع ليس فيها نفع له، لأن الضامن سواء كان دافعاً أم سيدفع فيما بعد لا يرجع على المضمون عنه لعدم الإذن بالضامن، وأما مع إذنه بالضامن فشهادته على أن الضامن قد دفع هي شهادة على نفسه باستحقاق الضامن للرجوع عليه، وهي شهادة على غيره بأنه قد أوصل الحق إلى المضمون له، وهي في كلا شقيها لا نفع له فيها فتقبل.

(١) عدم التهمة شرط في كل شهادة حتى تقبل، ولكن الكلام في المواطن التي يُتهم فيها المضمون عنه لو شهد، وقد فرضوا التهمة في صور:

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوع الضامن بما صالح، وهو أقل من الحق، وعليه فشهادة المضمون عنه للضامن حيثئذ تجر نفعاً لنفسه، لأن الصلح لو لم يثبت ل بقي مجموع الدين في ذمة الضامن، وفيه: أنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، ولا حاجة إلى الثبوت بالبينة، والحاصل أن اعتراف الضامن بأنه أدى أقل من الحق إقرار منه على نفسه فلا يرجع على المضمون عنه إلا بما اعترف به حيثئذ، ويسقط الزائد عن المضمون عنه من دون حاجة إلى البينة فتندفع التهمة ولا بدّ من قبول الشهادة حيثئذ.

ومنها: أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء ويرجع على المضمون عنه، فيدفع المضمون عنه بشهادته عود الحق إلى ذمته. ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه دينٌ عليه، فإنه يُوقر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به.

(٢) بيان للشهادة التي فيها التهمة، والضمير في «تفيده» راجع إلى المضمون عنه.

(٣) ما يخرمه الضامن لو لم يثبت الأداء.

بإعساره، فإنَّ له الفسخَ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عودَ الحق إلى ذمته.

ومنها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يُوقَّر بشهادته مالَ المفلس، فيزداد ما يضرب به.

ولا فرق في هاتين^(١) بين كون الضامن متبرعاً، وبسؤال، لأن فسخ الضمان^(٢) يوجب العود على المديون على التقديرين^(٣)، ومع الإفلاس^(٤) ظاهر^(٥).

وجعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه^(٦) على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع^(٧)، فتجرَّ شهادة المضمون عنه تهمةً بتخفيف الدين عنه^(٨).

وفيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك^(٩)، فلا يرجع به^(١٠)، وإن لم يثبتته^(١١) فتندفع التهمة وتقبل الشهادة، كما نبه عليه المصنف بقوله: (ومع عدم قبول قوله^(١٢)) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو

(١) هاتين الصورتين.

(٢) في الصورة الأولى حيث يجوز له الفسخ لعدم العلم بإعساره.

(٣) وهما الضمان بسؤال أو بتبرع، ومع العود على التقديرين تكون شهادة المضمون عنه للضامن بالأداء دفعا لعود الدين عليه فتثبت التهمة.

(٤) في الصورة الثانية.

(٥) لأن المضمون له سيضرب مع الغرماء على تقدير عدم الأداء، وبشهادة المضمون عنه للضامن بالأداء فلا يجوز للمضمون له أن يضرب مع الغرماء، ويزداد ما يضرب به المضمون عنه، لأنه دائن بحسب الفرض، فتثبت التهمة.

(٦) رجوع الضامن.

(٧) وهو مقدار ما صالح عليه.

(٨) لسقوط الزائد عنه حينئذ.

(٩) بالصلح على أقل من قدر الحق.

(١٠) فلا يرجع الضامن بالزائد.

(١١) وإن لم يثبت المضمون عنه أن الضامن قد دفع ما صولح عليه.

(١٢) قول المضمون عنه.

غرم الضامن رجوع) على المضمون عنه (في موضع الرجوع) وهو^(١) ما لو كان ضامناً بإذنه (بما آداه^(٢) أولاً^(٣)) لتصادقهما^(٤) على كونه^(٥) هو المستحق في ذمة المضمون عنه، واعترافه^(٦) بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانياً، هذا^(٧) مع مساواة الأول^(٨) للحق، أو قصوره، وإلا^(٩) رجوع عليه بأقل الأمرين منه^(١٠) ومن الحق^(١١)، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه^(١٢).

ومثله ما لو صدّقه^(١٣).....

- (١) موضع الرجوع.
- (٢) بما دفعه الضامن من قدر الصلح.
- (٣) توصيفه بالأول، لأنه لو لم يستطيع الضامن إثبات دعواه بالدفع وإن كان الدفع واقعاً فسدفع ثانياً لو حلف المضمون له على نفي مدعاه.
- والحكم للمضمون له بناء على رد الشهادة إما للتهمة في المضمون عنه أو لعدم العدالة، ومع الحكم للمضمون له فعل الضامن أن يدفع ثانية، والأولى قد دفعها بحسب دعواه، وحينئذ فلو أراد أن يرجع على المضمون عنه حيث يجوز له الرجوع فيرجع بما دفعه أولاً، لا بما دفعه ثانياً، لأن ما دفعه ثانياً - باعتراف الضامن والمضمون عنه - ظلم.
- (٤) تصادق الضامن والمضمون عنه على كون ما آداه أولاً هو آداه الدين، فهو الثابت في الذمة.
- (٥) كون ما دفعه أولاً.
- (٦) اعتراف الضامن بأن ما أخذه المضمون له ثانياً ظلم، فكيف يرجع به على المضمون عنه.
- (٧) بالرجوع بما آداه.
- (٨) ما آداه أولاً، فمع المساواة فيرجع بما أدى، وأما مع القصور فيكون قد دفع أقل من الحق فلا يرجع إلا بالأقل كما تقدم بيانه سابقاً.
- (٩) وإن لم يكن مساوياً أو أقل، بل كان ما آداه أولاً أكثر من الحق فلا يرجع إلا بالحق لأن الزائد متبرع بدفعه، فلا يرجع به كما تقدم أيضاً.
- (١٠) بما آداه أولاً.
- (١١) فيكون الرجوع بالحق حينئذ، ولو قال الشارح «وإلا رجوع عليه بالحق» لكان أولى وأخصر.
- (١٢) بالزائد على الحق.
- (١٣) الأحكام السابقة المقررة في شهادة المضمون عنه هي عينها في ما لو صدّق المضمون عنه الضامن بالدفع وإن لم يشهد.

على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله^(١) في عدم قبول قوله^(٢).

(ولو لم يصدقه^(٣) على الدفع) الذي ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أداءه أولاً وأدائه أخيراً، لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف بأنه لا يستحق سواء، وأن المضمون له ظلمه في الثاني، وإن كان الثاني فلم يثبت ظاهراً سواء، وعلى ما بيناه^(٤) يرجع بالأقل منهما^(٥)، ومن الحق.


(١) دخول التصديق.

(٢) لأن عدم قبول قوله سالب، والسالبة صادقة حتى مع انتفاء موضوعها، لأنه لو لم يشهد يصدق أنه لم يقبل قوله.

(٣) لو لم يصدق المضمون عنه الضامن على الدفع الذي ادعاه، فمن المحقق أن الضامن يرجع بما أداه أخيراً لكونه لم يثبت سواء بظاهر الشرع، وعن غيره أن الضامن يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولاً وبما أداه ثانياً كما علقه الشارح هنا.

(٤) على ما بينه سابقاً من أنه يرجع بأقل الأمرين من المدفوع ومن الحق.

(٥) ما دفعه أولاً وبما دفعه ثانياً.



كتاب الحوالة

كتاب الحَوَالَةِ^(١)

(وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله^(٢)) للمحيل^(٣)، هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة^(٤)،

(١) قال في المصباح، «وحولت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فأحلتها بيديه نقلته إلى ذمة غير ذمتك»، والنصوص الآتية الدالة على أحكامها تدل على مشروعيتها بالالتزام.

(٢) عُرِّفت كما في الشرائع بأنها «عقد شَرَعَ لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله» و«تحويل المال» يفيد أنها ناقلة للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ومنه سميت حوالة، وقيد «مشغولة بمثله» صفة للذمة المتحول إليها المال، وهي ذمة المحال عليه، وعليه فيشترط في الحوالة أن يكون المحال عليه مديوناً للمحيل بمثل ما أحال، فتخرج الحوالة على البريء، هذا مع أن الحوالة على البريء عند البعض حوالة، بل هو المشهور كما ستسمع، ومع ذلك عرّفها بما سمعت، فحاول دفع الإشكال بأحد طريقتين: الأولى: بأننا نعرّف الحوالة المتفق عليها لا المختلف فيها، الثاني، أن الحوالة على البريء أشبه بالضمان، فهذا المصداق كأنه من غير مصاديق الحوالة، فلا يأتي الإشكال بأن التعريف غير جامع، وردّه في المسالك: «ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة في الجملة».

والماتن هنا عرّفها بما سمعت، والمعنى أنها تعهد بمال من المحال عليه الذي ذمته مشغولة بمثل ما تعهد، وذمته مشغولة للمحيل، وتخرج الحوالة على البريء أيضاً عن هذا التعريف، ويأتي أحد الطريقتين لإدخالها.

(٣) المديون الذي له في ذمة المحال عليه دين.

(٤) هذا الطريق الأول لحل إشكال خروج الحوالة على البريء عن التعريف.

وإلا فالأقوى جوازها على البريء^(١)، للأصل، لكنه^(٢) يكون أشبه بالضمان، لاقتضائه^(٣) نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله لها^(٤) ضامنٌ لدين المحتال^(٥) على المحيل^(٦)، ولكنها^(٧) لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة^(٨) فتلحقها أحكامها.

(ويشترط فيها رضی الثلاثة^(٩)).....

(١) على المشهور، لعموم «أوفوا بالمعقود»^(١٠)، ولأصالة عدم اشتراط كونه مديوناً للمحيل، وللشيخ قول بالبطلان وتبعه القاضي وابن حزة، لأصالة عدم ترتب الأثر على الحوالة على البريء، وعن جامع المقاصد والشهيدين أن الخلاف هنا مبني على الخلاف في أن الحوالة هل هي استيفاء أو استيعاض، فعلى الأول تجوز، كما جاز الضمان من البريء، لأنه وفاء دين، وعلى الثاني لا تجوز، لأن العوض متوقف على كون المحال عليه مشغول الذمة للمحيل، حتى يجوز للمُحال الذي هو الدائن أن يأخذ عوض دينه من المحال عليه.

وعن الفاضل الجواد في مفتاح الكرامة أن هذا من تحريجات الشافعية، وإنما هي أصل برأسه وعقدٌ منفرد كما صرح بذلك جماعة.

(٢) المذكور من الحوالة على البريء، وهذا هو الطريق الثاني لحل الإشكال السابق.

(٣) الضمان.

(٤) للحوالة.

(٥) المحال الذي هو الدائن.

(٦) متعلق بالدين.

(٧) الحوالة على البريء.

(٨) ردٌ للطريق الثاني.

(٩) وهم المحيل وهو المديون، والمحال وهو الدائن، والمحال عليه وهو الذي اشتغلت ذمته للمديون بمثل ما أحال عليه.

واعتبار رضا المحيل والمُحال موضع وفاق، لأن المحيل قبل الإحالة مديون، وهو مختير في الجهات القضاء، فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً فيتعين رضاه، ولأن المُحال قبل الإحالة دائن، وحقه ثابت في ذمة المُحيل فلا يلزم بالنقل إلى ذمة أخرى إلا برضاه.

أما رضى المحيل والمحتال^(١) فموضع وفاق، ولأن من عليه الحق^(٢) مخير في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها^(٣)، والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه، وأما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور، ولأنه^(٤) أحد أركان الحوالة، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة وصعوبة.

وفيه نظر، لأن المحيل^(٥) قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحق^(٦)، كما لو وكله في القبض منه، واختلاف^(٧) الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق^(٨)، ومن نصبه^(٩)،

= وأما المحال عليه الذي اشتغلت ذمته للمديون فاشتراط رضاه هو المشهور للإجماع، ولأنه أحد أركان الحوالة فكان كأخويه في الرضا، ولاختلاف الناس في استيفاء ديونهم سهولة وصعوبة، وقد كان استيفاء دينه على يد المحيل فنقله على يد المحال متوقف حيثنذ على رضاه، وفيه: أما الإجماع فهوون فقد خالف المقيد في المنفعة والشيخ في النهاية ومال إليه العلامة في المختلف وهو خيرة جماعة آخرين، ومع مخالفتهم كيف يتحقق الإجماع، نعم هو مشهور، والمشهور الفتوائي لا حجة فيه.

وعن الثاني أن المحيل قد أقام المحال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق وهو المحال عليه.

وعن الثالث فاختلف الناس في الاستيفاء لا يمنع من مطالبة المستحق للدين، وهو المحيل بدينه ولو من خلال من ينصبه وهو المحال.

(١) وهو المحال.

(٢) وهو المحيل فهو المديون.

(٣) جملة جهات القضاء.

(٤) الإتيان بالواو يفيد أن ما قبله دليلاً مستقلاً، والتعبير عنه بالمشهور مع أن دليلهم الأول الإجماع من باب التنبيه على أن الإجماع المدعى هو من قبيل المشهور ليس إلا.

(٥) ردّ للدليل الثاني من أنه أحد أركان الحوالة.

(٦) وهو المحال عليه.

(٧) رد للدليل الثالث.

(٨) وهو المحيل.

(٩) وهو المحال.

خصوصاً مع اتفاق الحقيين جنساً، ووصفاً، فعدم اعتباره^(١) أقوى.

نعم لو كانا مختلفين، وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك^(٢) بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلا بد من رضى المتعاضين^(٣)، ولو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور^(٤) أيضاً، وعلى تقدير اعتبار رضاه، ليس هو على حد رضاها^(٥)، لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال.

ويعتبر فيهما^(٦) ما يعتبر في غيرها^(٧) من اللفظ العربي، والمطابقة،

(١) عدم اعتبار رضا المحال عليه.

(٢) وهو استيفاء مثل حق المحال.

(٣) وهما المحال والمحال عليه.

(٤) المحذور اعتبار رضا المتعاضين في المعاملة الجديدة الشامل لرضا المحال عليه، وزواله لأن المحال قد رضى بأخذه على المحال عليه عوضاً عن دينه، فلا بد من الدفع إليه من قبل المحال عليه، لأن المحال عليه مديون للمحيل ويجب عليه الدفع لو طالبه صاحب الدين أو من نصبه، والحاصل أنه لا يشترط رضا المحال عليه.

(٥) لا يشترط في رضا المحال عليه أن يقع عند عقد الحوالة كما يشترط في رضا المحيل والمحال، لأن الحوالة عقد لا بد فيها من إيجاب وقبول، والإيجاب من المحيل والقبول من المحال، فرضاها مشروط بكونه عند العقد، بخلاف رضا المحال عليه على تقدير اعتباره، فلا دليل على كون رضاه معتبراً عند العقد بل يكفي مطلق الرضا، سواء تقدم على العقد أم تأخر فضلاً عن المقارنة، هذا ويأتي إشكال على ما قرره الشارح من أن الحوالة لو كانت قائمة بين المحيل والمحال فقط، فلا معنى لتعريفها بأنها تعهد بالمال، لأن التعهد عمل من المحال عليه، وقد ثبت بناء على ما تقدم أن الحوالة معاملة بين شخصين لم يكن هو أحدهما.

(٦) في إيجاب الحوالة وقبولها، هذا والحوالة معاملة بين المحيل والمحال، لأن المحيل ينقل دين الثاني من ذمة إلى ذمة، ولذا اعتبرنا رضاها سابقاً، وإذا كانت معاملة فهي عقد، والعقد مؤلف من الإيجاب والقبول.

(٧) من إيجاب وقبول العقود اللازمة، وقد تقدم أن المشهور اشترط في العقد اللازم أن يكون باللفظ الصريح العربي وبالماضي مع عدم الفصل بين الإيجاب والقبول، وقد تقدم أكثر من مرة أنه لا دليل عليه، وأنه يكفي صدق العقد على ذلك عرفاً، وعليه فيصح الإنشاء =

وغيرهما، وأما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدماً، ومتأخراً، ومقارناً، ولو جَوَزْنَا الحوالة على البريء اعتبر رضاه^(١) قطعاً، ويستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء^(٢) فلا يعتبر رضى المحيل قطعاً، لأنه وفاء دينه بغير إذنه.

والعبارة عنه^(٣) حيثنذ^(٤) أن يقول المحال عليه للمحتال: «أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي» فيقبل^(٥)، فيقومان^(٦) بركن العقد، وحيث تتم الحوالة تلزم^(٧)، (فيتحول فيها المال) من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (كالضمان) عندنا، ويبرأ المحيل من حق المحال بمجردهما^(٨) وإن لم يُبرئه المحتال،

= والقبول بكل ما يدل عليه من لفظ صريح أو مع قرينة، أو فعل أو كتابة، بالعربي وغيره.

(١) رضا المحال عليه، لأن إلزامه بدفع مالٍ غير مطالب به متوقف على رضاه كما هو واضح.

(٢) فلو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا يعتبر رضا المحيل، لأن المحال عليه بتبرعه يوفي دين المحيل، ويموز وفاء دين الآخرين بغير إذنه، وعليه فتكون الحوالة هنا قائمة بين المحال والمحال عليه كما ذهب إليه العلامة في القواعد والشارح.

وفيه: أن ما فُرض ليس حوالة، بل ضمان، وقد تقدم عدم اعتبار رضا المضمون عنه.

(٣) عن عقد الحوالة.

(٤) حين تبرع المحال عليه.

(٥) يقبل المُحال.

(٦) يقوم كل واحدٍ منهما.

(٧) الحوالة عقد لازم، للعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) هذا والحوالة تنفيذ نقل المال وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهو موضع وفاق بيننا، وخالف زُفر من العامة فجعلها بمعنى الضم كالضمان عندهم، وفيه: أن الحوالة مشتقة من التحول، بخلاف الضمان فقد يشتق من الضم، وإن كان الأصح أنه مشتق من الضمن كما تقدم.

(٨) بمجرد الحوالة، سواء أبرأه المُحال أم لا على المشهور، للأخبار.

منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحيل على الرجل =

لدلالة التحول عليه^(١) في المشهور.

(ولا يجب) على المحتال (قبولها على الميء^(٢))، لأن الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء، وإنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا، وما ورد من الأمر بقبولها على الميء - على تقدير صحته - محمول على الاستحباب، (ولو ظهر إحصاره) حال الحوالة^(٣) بعدها^(٤) (فسخ المحتال) إن شاء، سواء شرط

= الدراهم، أيرجع عليه؟ قال: لا يُرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك^(١)، وإذا كان الخبر دالاً على براءة ذمة المحيل، فلا يجوز للمحال أن يطالبه سواء أبرأه أم لا، وخبر عقبة عن أبي الحسن عليه السلام (سألت عن الرجل يُحِيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ - أي يرجع المحتال -، قال عليه السلام: لا)^(٢).

وعن الشيخ وأبي الصلاح والقاضي وابن الجنيد اعتبار براءة المحال، وإلا لا تبرأ ذمة المحيل، لصحيح زرارة عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يحيل الرجل بماله كان له على رجل آخر، فيقول الذي احتال: برئت من مالي عليك، فقال عليه السلام: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يُبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله)^(٣)، والخبر لا يصلح لمعارضة ما تقدم، على أنه يمكن حمله على نحو يقتضي الجمع بين الأخبار.

(١) على الإبراء.

(٢) إذا أحال المحيل دائته على الغني الموسر فلا يجب على المحال قبول الحوالة، بلا خلاف فيه، لأن الواجب أداء الدين والحوالة ليست أداء، بل هي نقل الدين من ذمة إلى أخرى، ولا يجب القبول على الدائن، وخالف داوود الظاهري فقال بالوجوب، للمنبوي (إذا أحيل أحدكم على الميء فليحتل)^(٤)، وهو غير وارد من طرفنا، ولا جابر له، وعلى تقدير صحته فهو محمول على الاستحباب أو الإرشاد.

(٣) متعلق بالإعسار.

(٤) متعلق بقوله «ظهر»، فلو رضي المحال بالحوالة وكان المحال عليه فقيراً مع علم المحال بذلك لزم الحوالة، وكذا إذا كان موسراً ثم تجدد فقره بعد الحوالة، بلا خلاف ولا إشكال، لأن الحوالة من العقود اللازمة، ومع رضا المحال وبقية الشروط تنعقد وتلزم، =

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الضمان حديث ٣ و٤ و٥.

(٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ١١٦، رقم الحديث ١١٣٨٩، وكنز العمال ج ٥ ص ٥٧٥، رقم الحديث

يساره أم لا، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر، عملاً بالاستصحاب^(١).

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

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

= فلا يجوز فسخها فيما بعد، ولدلالة الأخبار على ذلك كخبر منصور بن حازم وخبر عقبة المتقدمين.

وأما لو كان المحال عليه معسراً حال الحوالة ولم يطلع المحال على ذلك ثم علم بعد ذلك كان له الفسخ والعود على المحيل بلا خلاف فيه، لقاعدة الضرر، ولخبر منصور المتقدم بحسب ذيله.

ثم إذا ثبت الخيار وتجدد اليسار للمحال عليه فهل يرتفع خياره وجهان: من زوال الضرر فيجب أن يزول الخيار، ومن أن الخيار قد ثبت فيستصحب عند الشك بارتفاعه. استصحاب الخيار الثابت. (١)

(٢) إذا أحال المديون دائته على مديونه فهذه هي الحوالة الأولى، فيصح للمحال عليه أن يحيل المحال على رابع مشغول الذمة أو يريثها على الخلف المتقدم، ويصح للرابع المحال عليه أن يحيله على خامس وهكذا، وهو المراد بترامي الحوالة.

والترامي لا خلاف فيه ولا إشكال، لأن الحوالة الأولى صحيحة، فالثانية وما بعدها يجب القول بصحتها، لاجتماع شرائط الصحة مع عدم المانع، ولعموم «أوفوا بالمقود»^(١)، وفي الترامي يتعدد المحال عليه، مع أن المحال واحد في الجميع، وفي الجميع أيضاً تبرأ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه، فإذا صار المحال عليه محيلاً فتهرباً ذمته وتشتغل ذمة غيره الذي أحال عليه الدين وهكذا.

(٣) لأنه محيل.

(٤) كالمحيل الأول.

(٥) كما يصح ترامي الحوالة بصح دورها، والدور أن يرجع المحيل الأول أو المحيل الثاني في=

الصورتين^(١) المحتال متحد، وإنما تعدد المحال عليه.

(وكذا الضمان)^(٢) يصح ترامييه بأن يضمن الضامنَ آخرُ، ثم يضمن الآخرُ ثالثُ، وهكذا.

ودوره بأن يضمن المضمونَ عنه الضامنَ في بعض المراتب، ومنعه^(٣) الشيخ

= الرتبة الثانية عملاً عليه، فلو أحال المديون زيداً الدائن على عمرو، ثم أحال عمرو زيداً على بكرٍ، ثم أحال بكرٌ زيداً على خالد ثم أحال خالدٌ زيداً على المديون الأول، أو على عمرو الذي هو المحيل في الرتبة الثانية لدارت الحوالة. والدور جائز، بلا خلاف فيه، بعد اجتماع شرائط الصحة مع عدم المنع، فيندرج تحت عموم قوله: «أوفوا بالمعقود»^(١).

(١) صورة ترامي الحوالة وصورة دورها.

(٢) لا خلاف ولا إشكال في ترامي الضمان، بحيث لو ضمن المالَ ضامنٌ، فيصح أن يضمنه عنه آخر، وهكذا إلى عدة ضماناء، لتحقق شرط الضمان وهو ثبوت المال في ذمة المضمون عنه، ويرجع كل واحد من الضماناء على المضمون عنه إذا كان الضمان بإذنه. وكما يصح الترامي يصح دور الضمان، بأن يضمن الأصيل وهو المضمون عنه ضامنهُ، أو ضامنٌ ضامنهُ وإن تعدد، لعدم المنع، ويسقط بذلك الضمان، ويرجع الحق كما كان.

وعن الشيخ في المبسوط المنع من دور الضمان، لصيرورة الفرع فيه أصلاً والأصل فيه فرعاً، فالفرع هو الضامن والأصل هو المضمون عنه، فلو صح الدور كان الضامن مضموناً عنه، مع أن الضامن فرعٌ فكيف يكون أصلاً، ولعدم الفائدة في الدور إذ يرجع الحق على ما كان.

ورُدَّ: بأن جعل الفرع أصلاً والأصل فرعاً ليس بمانع، فالضامن فرعٌ في ضمان وهو أصل في ضمان آخر، ولا إشكال فيه، فالاختلاف في الأصلية والفرعية لا يصلح للمانعية، وأما الفائدة فإنه لو وجد المضمون له الأصيل الذي صار ضامناً معسراً ونحو ذلك فإن له الفسخ والرجوع على الضامن السابق، وبأن يضمن المضمون عنه الذين الثابت في ذمة الضامن بحيث يكون الضمان حالاً والدين مؤجلاً أو بالعكس وهذه فائدة ثانية.

(٣) منع الدور.

«رحمه الله» لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، ولعدم الفائدة، ويُضتَف بأن الاختلاف فيهما^(١) غير مانع، وقد تظهر الفائدة^(٢) في ضمان الحال مؤجلاً^(٣)، وبالعكس^(٤)، وفي الضمان بإذن^(٥) وعدمه^(٦)، فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه، لا على الأصل، وإنما يرجع عليه^(٧) الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

وأما الكفالة فيصح تراميها^(٨)، دون دورها^(٩)، لأن حضور المكفول الأول

(١) في الأصلية والفرعية.

(٢) فائدة الدور.

(٣) بحيث كانت ذمة المضمون عنه مشغولةً بدين حالٍ فضمنه الضامن بضمان حال، ثم قام المضمون عنه وضمنه بضمان مؤجل، فهو غير مطالب بالدفع إلا بعد الأجل، مع أن الدين قبل الضمان كان حالاً.

(٤) بحيث كانت ذمة المضمون عنه مشغولةً بدين مؤجل فضمنه ضامن بضمان مؤجل، ثم قام المضمون عنه وضمنه بضمان حالٍ، فهو مطالب بالدفع الآن، مع أن الدين قبل الضمان كان مؤجلاً.

(٥) يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إن وقع الضمان بإذنه على ما تقدم، وعليه فلو تراسى الضمان، فالضامن الأول يرجع على المضمون عنه، والضامن الثاني يرجع على الأول وهكذا، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فيجوز له أن يرجع على الضامن الثاني بما دفع، مع أنه لو قلنا باستحالة الدور فسيُرجع عليه الضامن الأول ويُغزَم من دون أن يرجع على أحد، وهذه فائدة الدور مع الإذن.

(٦) قد تقدم عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه إن كان الضمان بغير إذن، لأنه متبرع، وعليه فالضامن الأول لا يرجع على المضمون عنه، ولا الثاني على الأول، ولا الثالث على الثاني، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فلا يجوز له أن يرجع على الضامن الثاني، مع أنه قبل الدور لن يُغزَم المضمون عنه بشيء لأن الضامن الأول لا يجوز له الرجوع.

(٧) على الأصل.

(٨) بلا خلاف ولا إشكال، لوجود مقتضي مع عدم المانع، أما مقتضي فهو التعهد بإحضار نفس، ويصح أن يتعهد الثاني عن الأول بإحضار الغريم، كما صح للأول التعهد بإحضاره وهكذا، ولا يتصور هنا مانع.

(٩) الدور أن يتعهد المكفول عن الكفيل الأخير، والمعنى أن يتعهد الأول بإحضار زيد، ثم تكفل الثاني عن الأول بإحضار زيد، ثم الثالث عن الثاني وهكذا، وهذا هو الترامي، =

يُطْلُ ما تأخر منها.

(و) كذا تصح (الحوالة بغير جنس الحق^(١)) الذي للمحتال على المحيل، بأن يكون له عليه^(٢) دراهم فيحيله على آخر بدنانير^(٣)، سواء جعلنا الحوالة استيفاء أم اعتياضاً، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي^(٤)، وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

ولو انعكس^(٥)

= فلو أتى نفس زيد المكفول إلى المكفول له وتعهد بإحضار نفسه عن الكفيل الأخير بطلت الكفالات السابقة، لأن نفس حضوره يوجب براءة من تكفل بإحضاره سابقاً.

(١) بحيث يكون على المحيل مائة درهم، وله عشرة دنانير على المحال عليه فلو أحال المحال بالدنانير التي له في ذمة المحال عليه فلا إشكال من ناحية المحال عليه، لأنه يجب عليه دفع الدنانير العشرة، فدفعها إلى المحال جائز، لأنه دفع إلى وكيل الدائن كما هو واضح. وإنما الكلام في أن المحال له في ذمة المحيل مائة درهم فكيف أحاله بعشرة دنانير مع أن الحوالة قائمة على الإحالة بنفس الدين الثابت في ذمة المحيل، وهو مندفع، لأن الحوالة إما استيفاء أو اعتياض، وعلى الأول فيجوز للمحيل أن يفي دينه بغير جنسه مع التراضي مع المحال الدائن، وعلى الثاني فيجوز المعاوضة على الدين الذي هو دراهم بالدنانير.

(٢) للمحال على المحيل مائة درهم.

(٣) متعلق بقوله «فيحيله».

(٤) بين المحيل والمحال على ما تقدم بيانه.

(٥) بأن أحال المحال بالدراهم التي له على المحال عليه الذي اشتغلت ذمته بالدنانير، فهي إحالة الدراهم على المحال عليه الذي اشتغلت ذمته بالدنانير فيجب عليه دفع الدراهم، بخلاف السابق إذ يجب عليه دفع الدنانير، فقد ذهب الشيخ في أول باب الحوالة من مبسوطه وأبنا زهرة وحزمة والقاضي إلى أن يشترط تساوي المالين في صحة الحوالة، والتساوي هو وحدة الجنس والنوع والصفة، بل عن التذكرة أن من مشهورات الفقهاء وجوب التساوي بين الدينين، ودليلهم التفصي عن التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا ما عليه، وجواز دفع شيء من جنس غير جنس الدين الثابت عليه معاوضة مستقلة لا تقتضيها نفس الحوالة.

وعن الشيخ في موضع آخر من باب الحوالة في المبسوط والعلامة في التذكرة والتحرير والفاضل المقداد في التنقيح وثاني المحققين والشهيد الجواز، لأن الحوالة إما أن =

فأحاله^(١) بحقه^(٢) على من عليه مخالف^(٣) صح أيضاً، بناء على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضاً بتقريب التقرير^(٤)، ولا يعتبر التبايض في المجلس حيث تكون^(٥) صرفاً، لأن المعاوضة على هذا الوجه^(٦) ليست بيعاً، ولو لم يعتبر رضى المحال عليه صح الأول^(٧)، دون الثاني^(٨)، إذ لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه، وخالف الشيخ «رحمه الله» وجماعة فيهما^(٩)، فاشتراطوا تساوي المحال به وعليه^(١٠) جنساً ووصفاً، استناداً إلى أن

= يشترط فيها رضا المحال عليه أو لا، وعلى الأول فالمحال عليه قد رضي بدفع مثل ما عليه وإن لم يكن من جنس ما عليه، فيتعين الجواز، سواء قلنا بأن الحوالة استيفاء أم اعتياض.

وعلى الثاني فمع عدم رضا المحال عليه فهو متوقف على صحة الحوالة على البريء، فإن قلنا بالجواز هناك نقول به هنا وإلا فلا إذ لا يجب على المحال عليه إلا دفع الدين فكيف يجب عليه دفع الدرهم.

(١) أحال المحيل المحال.

(٢) بالدرهم.

(٣) وهو الدين.

(٤) التقرير الوارد في الصورة السابقة، بحيث لو كانت الحوالة استيفاء، فوفاء الدين من غير الجنس مع التراضي جائز، إلا أن التراضي هنا بين المحال والمحال عليه، ولو كانت اعتياضاً فالمعاوضة على الدين الثابتة في ذمة المحال عليه بدفع دراهم بدلاً عنها جائز أيضاً مع التراضي بين المحال والمحال عليه.

(٥) الحوالة، بناء على أنها معاوضة.

(٦) وهو الحوالة.

(٧) الصورة السابقة، لأن المحال عليه سيدفع الدين التي في ذمته على كل حال، فدفعها إلى المحال من دون رضاه جائز، لأن المحال بمنزلة وكيل الدائن في القبض.

(٨) العكس، لأن المحال عليه لا يجب عليه دفع إلا ما اشتغلت به ذمته، وهو مطالب هنا بدفع الدرهم وذمته مشغولة بالدين، فلا يجب دفع الدرهم مع عدم رضاه.

(٩) في الصورة السابقة وعكسها، وقد عرفت أن النزاع مع الشيخ وجماعة في خصوص العكس، ويشهد له نفس أدلته التي أوردها الشارح هنا.

(١٠) والمحال عليه من المال.

الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلاً وله على المحال عليه دنائير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم^(١)، ولم يقع عقد يوجب ذلك، لأننا^(٢) إن جعلناها استيفاء كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه المحال عليه، وحقه^(٣) الدراهم، لا الدنانير^(٤)، وإن كانت معاوضة فليست^(٥) على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل^(٦) من جنس مال، أو زيادة قدر، أو صفة، وإنما هي معاوضة ارفاق، ومساعدة للحاجة، فاعتبر فيها^(٧) التجانس والتساوي^(٨)، وجوابه يظهر مما ذكرناه^(٩).

(وكذا) تصح (الحوالة)^(١٠).....

- (١) وهذا لا يتم إلا إذا كانت الحوالة بدفع المحال عليه دراهم مع أن ذمته مشغولة بالدنانير، وهي عين العكس المتقدم.
- (٢) من تنمة استدلال الشيخ، وحاصله أن الحوالة لا تخلو من أحد الأمرين وكلاهما باطل.
- (٣) حق المحال.
- (٤) فكيف تتحول دراهم المحال إلى الدنانير، مع أن الثابت في ذمة المحال عليه دنائير فقط.
- (٥) الحوالة.
- (٦) المعاوضة بين جنسين مبنية على أن كل طرف يريد تحصيل ما ليس بحاصل عنده، ولذا يُبدل ما عنده بما عند الآخر، وتحصيل ما ليس عنده إنما يكون لتحصيل جنس المال أو زيادة قدره أو صفة غير موجودة في ماله.
- (٧) في الحوالة.
- (٨) في القدر والصفة.
- (٩) بناء على اشتراط رضا المحال عليه، فمع رضاه يجوز دفع مثل ما عليه، ومع عدم الرضا فتصح بناء على صحة الحوالة على البري.
- (١٠) تحرير المسألة متوقف على مقدمة، وهي أن الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن كما تقدم، وليس الضمان ضاماً ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه كما عليه مخالفونا هذا فلو كان لشخص على اثنين دين بمقدار ألف درهم مثلاً، فعلى كل واحد خمسمائة، فإذا ضمن كل واحد منهما صاحبه فإما أن يقترنا أو يتلاحقا، وعلى الأول ينتقل ما في ذمة كل واحد منها إلى الآخر ويبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائة في ذمة كل واحد منهما، وعلى الثاني يجتمع الدين بتمامه في ذمة الأخير، لأن =

بدين عليه لواحد^(١) على دين^(٢) للمحيل على اثنين^(٣) متكافلين^(٤) أي^(٥): قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه دفعة واحدة، أو متلاحقين، مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل^(٥)، لا مطلقاً^(٦)، لثلا يصير المالان في ذمة الثاني^(٧)، ووجه جواز الحوالة عليهما ظاهر، لوجود المقتضي^(٨) للصحة، وانتفاء المانع، إذ

= نصفه ثابت في ذمة الآخر بالدين والنصف الآخر قد ثبت بالضمان، وبعد ثبوت الجميع في ذمة الآخر ينتقل الجميع إلى ذمة الضامن الثاني لتأخر ضمانه، إذا تقرر ذلك فلو أحال صاحب الألف ثالثاً عليهما بالألف في صورة ضمانهما مقترنين، فالمحال يأخذ من كل واحد منهما خمسمائة لعدم تأثير الضمان من هذه الحثية كما تقدم. ومنع الشيخ في المبسوط هذه الحوالة، لأن فيها زيادة ارتفاق، حيث إن المحال مخير بالرجوع بالألف على كل واحد منهما، بعد ثبوت الألف في ذمة كل واحد منهما، نصفه بالدين ونصفه بالضمان، وهذا التخيير في الرجوع ارتفاق لم يكن قبل الحوالة، فلا تصح، لأنه يشترط في الحوالة مساواة الدينين قدرأً وجنسأً ووصفأً، فمن ناحية الوصف فالمحال كان دينه على واحد وقد أصبح دينه على اثنين مخيراً بينهما، وهذا زيادة في الصفة.

وفيه: أن الرجوع بالألف على كل واحد من الضامنين مبني على كون الضمان بمعنى الضم، وهو مذهب مخالفينا، وأما على كون الضمان ناقلاً للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فلم يثبت في ذمة كل واحد من الضامنين إلا الخمسمائة، كما لو كان الأمر قبل الضمان، فلا ارتفاق.

ولو سلم ذلك فليس مطلق الارتفاق مانعاً من الحوالة، وإلا لما جازت الحوالة على من هو أمل منه وأحسن وفاة.

(١) متعلق بقوله «بدين عليه» وهذا الواحد هو المحال.

(٢) متعلق بقوله «تصح الحوالة».

(٣) متعلق بقوله «على دين».

(٤) تفسير للتكافل.

(٥) دون ما تحول إليه بسبب الضمان.

(٦) الأعم من الأصل وما بالضمان.

(٧) ويصير المالان في ذمة الثاني إذا ضمن ما في الأصل وما بالضمان، وكان ضمانه متأخراً عن ضمان الأول.

(٨) من ثبوت المال المحال به في ذمة المحال عليه.

ليس^(١) إلا كونهما متكافلين، وذلك^(٢) لا يصلح مانعاً^(٣)، وثبّه بذلك على خلاف الشيخ «رحمه الله» حيث منع منه^(٤)، محتجاً باستلزامها^(٥) زيادة الارتفاق، وهو^(٦) ممتنع في الحوالة، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان، قدراً ووصفاً^(٧).

وهذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة، فيتخير حينئذ^(٨) في مطالبة كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا ارتفاق، بل غاية انتقال ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه فيبقى الأمر كما كان، ومع تسليمه^(٩) لا يصلح للمانع، لأن مطلق الارتفاق بها^(١٠) غير مانع إجماعاً، كما لو أحاله على أمل منه وأحسن وفاة.

(ولو أدى المحال عليه^(١١) فطلب الرجوع) بما أذاه على المحيل

- (١) إذ ليس المانع.
- (٢) وكونهما متكافلين.
- (٣) لأن تكافلهما مقترنين يُبقي الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائة في ذمه كل واحد منهما.
- (٤) من جواز الحوالة على المتكافلين.
- (٥) باستلزام الحوالة على المتكافلين.
- (٦) زيادة الارتفاق.
- (٧) ففي الحوالة عند الشيخ يكون المحال مخيراً بالرجوع بالألف على كل واحد من المتكافلين مع أنه قبل الحوالة كان له الرجوع على واحد وهو المحيل صاحب الألف فاختلفت الصفة بين المالين.
- (٨) حين القول بكون الضمان ضمّاً.
- (٩) تسليم كون الحوالة مستلزماً لزيادة الارتفاق، بناءً على أن الضمان بمعنى الضم كما عليه مخالفونا.
- (١٠) بالحوالة.
- (١١) تقدم صحة الحوالة على البريء كما هو المشهور، وعليه فالحوالة لا تدل على ثبوت دين للمحيل على المحال عليه، لأن الأعم لا يدل على الأخص، وعليه أيضاً لو صدرت الحوالة على زيد، فقام المحال عليه وأدى ما حوّل عليه ثم طالب المحيل بما دفع منكراً ثبوت دين للمحيل عليه، فأنكر المحيل ذلك وقال: إنما حوّلته عليك لثبوت دين لي عليك حينئذ.

(لإنكاره^(١) الدين) وزعمه أن الحوالة على البريء، بناء على جواز الحوالة عليه^(٢)، (وإذعاه^(٣) المحيل، تعارض الأصل^(٤)) وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل (والظاهر^(٥)) وهو كونه^(٦) مشغول الذمة، إذ الظاهر أنه لولا اشتغال ذمته لما أحيل عليه^(٧) (والأول) وهو الأصل (أرجع^(٨)) من الثاني حيث يتعارضان غالباً، وإنما يتخلف في مواضع نادرة^(٩) (فيخلف) المحال عليه على أنه بريء من دين المحيل، (ويرجع) عليه^(١٠) بما غرم، (سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحوالة، أو الضمان^(١١)) لأن الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

= فالقول قول المحال عليه مع يمينه، لأن المحيل يدعي الدين على المحال عليه، والمحال عليه ينكره، والأصل براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل.

أما لو قلنا بانحصار الحوالة على مشغول الذمة ثم اختلف المحال عليه والمحيل بما سمعت، لم يُقبل قول المحال عليه في نفي الدين لاقتضاء الحوالة هنا ثبوته، فالمحال عليه ينكر الدين ويوافق الأصل من براءة ذمته من دين المحيل إلا أنه يدعي فساد الحوالة التي صدرت، حيث يدعي أنها حوالة على البريء، وهي باطلة، لاشتراط الحوالة على مشغول الذمة كما هو الفرض، والمحيل يدعي الدين ويوافق الظاهر من صحة الحوالة حيث يدعي أنها حوالة على مشغول الذمة، ومدعي الصحة مقدم.

- (١) إنكار المحال عليه.
- (٢) على البريء، وهذا هو الشق الأول المتقدم.
- (٣) ادعى الدين.
- (٤) الموافق لقول المحال عليه.
- (٥) الموافق لقول المحيل.
- (٦) كون المحال عليه.
- (٧) وفيه: أنه لا ظاهر هنا، لأن الكلام مبني على جواز الحوالة على البريء، فالحوالة غير ظاهرة في كون المحال عليه مشغول الذمة، فيجب تقديم الأصل من دون معارضة الظاهر له على ما تقدم شرحه.
- (٨) بل هو متعين هنا، لعدم وجود الظاهر كما عرفت.
- (٩) بسبب الدليل الخاص.
- (١٠) ويرجع المحال عليه على المحيل.
- (١١) فلو كان العقد بلفظ الحوالة فواضح، لأن العقد عقد لها، ولو كان بلفظ الضمان فيصح إرادة الحوالة على البريء من لفظ الضمان، لأنها أشبه بالضمان على ما تقدم، بل غير المشهور قد جعلها من مصاديق الضمان.

وأيضاً فهو^(١) يطلق على ما يشملهما^(٢) بالمعنى الأعم^(٣) فيصح التعبير به عنها^(٤).

ويحتمل الفرق^(٥) بين الصيغتين، فيقبل مع التعبير بالضمان، دون الحوالة، عملاً بالظاهر، ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق^(٦) تعارض أصل الصحة^(٧) والبراءة^(٨) فيتساقطان، ويبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه^(٩) فيرجع عليه^(١٠)، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها^(١١)، لاتفاقهما على الإذن، وإنما اختلفا في أمر

(١) الضمان.

(٢) يشمل الحوالة والضمان.

(٣) وهو إرادة مطلق التمهيد لمطلق المال.

(٤) فيصح التعبير بالضمان عن الحوالة على البريء.

(٥) بحيث يقبل قول المحال عليه لو كان العقد بلفظ الضمان، لحمل الضمان على المعهود منه، لأن المحال عليه حينئذ ضامن، والضامن أعم من مشغول الذمة وبريئها.

بخلاف ما لو كان العقد بلفظ الحوالة بعد حمل الحوالة على المعهود منها، وظهرها حينئذ أنها على مشغول الذمة فلا يقبل قول المحال عليه، بل يُقدم قول المحيل مع يمينه، لموافقته لهذا الظاهر.

وفيه: أن الحوالة بناء على ما هو المفروض من صحتها على البريء لا تدل بظاهرها على أنها على مشغول الذمة.

(٦) وهذا هو الشق الثاني من المسألة.

(٧) الموافق لقول المحيل.

(٨) الموافق لقول المحال عليه، وقد عرفت أنه يقدم الظاهر حينئذ لتقديم مدعي الصحة، وهذا ما صرح به في المسالك، نعم قال عقيب ذلك «ويمكن على هذا أن يقال تساقط الأصلان، وبقي مع المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين، وهو حسن، فإن قيل: الإذن في الأداء إنما وقع في ضمن الحوالة فإذا لم يُحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجرداً، لأنه تابع فيستحيل بقاءه بدون متبوعه، قلنا: الإذن وإن كان في ضمن الحوالة إلا أنه أمرٌ يتفان على وقوعه، وإنما يختلفان في أمرٍ آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفي ما قد وقع الاتفاق منهما عليه انتهى.

(٩) بإذن المحيل.

(١٠) فيرجع المحال عليه على المحيل.

(١١) وهو الإذن.


آخر^(١)، فإذا لم يثبت^(٢) يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء^(٣) المقتضي للرجوع، ويحتمل عدم الرجوع^(٤)، ترجيحاً للصحة المستلزمة لشغل الذمة.

(١) وهو اشتغال ذمة المحال عليه بدين للمحيل.

(٢) لم يثبت ما اختلفا فيه.

(٣) وفاء المحال عليه لدين المحيل.

(٤) عدم رجوع المحال عليه على المحيل، وعدم رجوعه لعدم سماع قوله ترجيحاً لمدعي الصحة. وهو قول المحيل، وهو الذي جزم به في المسالك، وجعل الأول احتمالاً.



كتاب الكفالة

كتاب الكفالة^(١)

(وهي التعمد بالنفس^(٢)) أي: التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، وشرطها رضى الكفيل والمكفول له، دون المكفول^(٣)، لوجوب الحضور

(١) كَفَلْتُ كَفْلاً، والاسم الكفالة بالفتح، وهي بحسب اللغة أعم من التعمد بالمال أو النفس، والمعروف في تعريفها شرعاً أنها عقد شَرَعَ للتعمد بالنفس، وقد ادعى في التذكرة أنها مشروعة عند عامة أهل العلم، لكنها مكروهة، لمسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام (الكفالة خسارة غرامة ندامة)^(١)، وخبر الرقي عنه عليه السلام (مكتوب في التوراة: كفالة ندامة غرامة)^(٢)، وخبر أبي العباس عنه عليه السلام (قال عليه السلام له: ما منعك من الحج؟ قال: كفالة تكفلت بها، قال عليه السلام: وما لك وللكفالات، أما علمت أن الكفالة هي التي أهلكت القرون الأولى)^(٣).

ثم إن الكفالة معاملة بين الكفيل والمكفول له، فهي عقد مؤلف من إيجاب وقبول، فيصح إنشاؤها بكل ما يدل عليهما ولو بالفعل أو الكتابة، وعن المشهور اشتراط اللفظ الصريح وبالماضي مع عدم الفصل، لأنها عقد لازم، وقد عرفت أنه لا دليل عليه.

(٢) التي يستحق عليها الحضور في مجلس الحكم ولو من أجل دعوى المكفول له، نعم لا تصح الكفالة في حيد، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله ﷺ: لا كفالة في حيد)^(٤).

(٣) فوام الكفالة على ثلاثة: الكفيل وهو هنا بمعنى الفاعل، والمكفول له وهو صاحب الحق =

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٤٥٢ و٤٥٤.

(٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الضمان حديث ١.

عليه^(١) متى طلبه صاحب الحق ولو بالدعوى^(٢)، بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به^(٣)، ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأولين^(٤)، صادزين على الوجه المعتبر في العقد اللازم.

(وتصح حالةً ومؤجلة^(٥)) أما الثاني فموضع وفاق، وأما الأول فأصح

= أو الدعوى، والمكفول وهو من عليه الحق أو الدعوى، ولا بد من رضا الكفيل، لأن الحق لا يلزمه إلا برضاه، وكذا رضا المكفول له، لأنه صاحب الحق، فلا يجوز إلزامه بشيء بغير رضاه، وبهما يتم عقد الكفالة.

وأما المكفول، فعلى المشهور لا يعتبر رضاه، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه أو وكيله، والكفيل هنا بمنزلة الوكيل حيث يطلب المكفول له إحضاره، وعن الشيخ والقاضي والحلي اعتبار رضاه، وقواء العلامة في التحرير وصاحب الجواهر لأنه إذا لم يرضَ المكفول بالكفالة، لا يلزمه الحضور مع الكفيل، وعليه فلا يتمكن الكفيل من إحضاره، فلا تصح كفالته لأنها بغير المقدور، ولا تقاس بالضمان، لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، ولا يمكن أن ينوب الكفيل هنا عنه في الحضور.

وفيه: منع عدم وجوب الحضور مع الكفيل بدون رضاه، لأن صاحب الحق متى طلبه وجب عليه الحضور ولو لم يكن مكفولاً، فمع الكفالة فيجب الحضور لأنه طلبه بواسطة وكيله، ثم لو قيل باعتبار رضاه، فهو ليس على حد رضا الكفيل والمكفول له، لأنه لا بد من اقتران رضاهما للعقد، بخلاف رضاه فيصح كيفما وقع، كرضا المحال عليه ورضا المضمون عنه.

(١) على المكفول.

(٢) ولو كان الحق هو الدعوى.

(٣) حيث يأمر المكفول له الكفيل بإحضاره.

(٤) بين الكفيل والمكفول له، والإيجاب من الأول والقبول من الثاني.

(٥) أما المؤجلة فلا خلاف فيها، وأما الحالة فعلى المشهور، لأصالة عدم اشتراط التأجيل

فيها، ولأن الحضور حق شرعي فلا يمنعه الحلول، وعن جماعة منهم الشيخ والفيدي وسلاز وابن حمزة عدم جواز الحالة، فيشترط في الكفالة الأجل، وليس لهم دليل سوى الاقتصار على القدر الثيقن من صحة الحوالة المؤجلة، ولعدم الفائدة في الحالة، ورُذِّ: بأن لها دليل الأصل، فلا داعي للاقتصار على الثيقن، ولأن فائدتها مطالبة الكفيل بالإحضار وقت الفراغ من صيغة الكفالة إذا لم يكن المكفول حاضراً.

القولين، لأن الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول، وقيل: لا تصح إلا مؤجلة (إلى أجل معلوم)^(١) لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة، (ويرأ الكفيل بتسليمه) تسليماً (تاماً)^(٢) بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول، وضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن بيّناه في العقد، وبلد العقد مع الاطلاق، (وعند الأجل)^(٣) أي: بعده إن كانت مؤجلة، (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة، ونحو ذلك، فإذا سلّمه كذلك^(٤) برئ، فإن امتنع^(٥) سلّمه إلى الحاكم^(٦) وبرئ أيضاً، فإن لم يمكن^(٧) أشهد عدلين^(٨) بإحضاره إلى المكفول له، وامتناعه من قبضه، وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً^(٩)، وإن لم يكن من

(١) لا بد أن يكون الأجل في المؤجلة معلوماً، وهو موضع وفاق بيننا، لأن الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحق المطالبة فيه كغيره من الآجال المشترطة، وخالف بعض العامة فاعتفى بالأجل المجهول، قياساً على العارية للجامع بينهما، وهو التبرع في كل منهما، وهو فاسد.

(٢) المراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان المعينين في العقد، أو في بلد العقد عند الإطلاق، وأن لا يكون للمكفول له مانع من تسلمه، وإذا سلمه الكفيل كذلك فقد برئ من عهدة حضوره.

(٣) إذا كانت الكفالة مؤجلة وقد حلّ الأجل أو كانت الكفالة حالة وطلب المكفول له إحضاره، فأحضره وسلّمه تسليماً تاماً فقد برئ بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم وقد أحضر.

(٤) تاماً.

(٥) المكفول له عن التسلم.

(٦) لأنه ولي الممتنع، وعن بعض أنه لا يشترط تسليمه إلى الحاكم، لأن غاية ما يجب على الكفيل إحضار الغريم إلى المكفول له وقد تم، ولا يجب عليه التسليم، وهو الأقوى.

(٧) لم يمكن التسليم إلى الحاكم.

(٨) الشهادة لأجل إثبات التسليم لو أنكر المكفول له، وإلا فلا يجب عليه الإشهاد كحكم مستقل.

(٩) بلا إشكال، لأن غرض الكفالة حضور الغريم، وقد حضر فيبرأ الكفيل، وخالف =

الكفيل على الأقوى، وبتسليم غيره له كذلك.

(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه^(١) ألزمه الحاكم به، فإن أبى (فللمستحق)

= العلامة في التذكرة بأنه يبرأ لو سلم الغريم نفسه من جهة الكفيل وإلا فلا، وفيه: أنه مع حصول الغرض لا بدّ من الحكم ببرائة الكفيل والخروج عن عهدة الحضور، وكذا يبرأ لو أحضره غير الكفيل لحصول غرض الكفالة أيضاً.

(١) ما تقدم إنما كان عند امتناع المكفول له من التسلم مع بذل الكفيل، أما لو امتنع الكفيل من الإحضار عند طلب المكفول له الإحضار كان للحاكم إجباره، وإن امتنع حبسه حتى يحضره، أو يؤدي الكفيل ما على المكفول للمكفول له.

أما إجبار الحاكم بالإحضار، فلأن الإحضار حق للمكفول له، وهو حق ثابت على الكفيل، فللحاكم إجباره على إيصال الحق إلى صاحبه، من باب تحقيق الحق وإقامة العدل والأمر بالمعروف باليد.

وأما أن للحاكم حبسه فللاخبار:

منها: خبر الأصمغ بن نبانة (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، وقال له: اطلب صاحبك)^(٢)، وخبر عامر بن مروان عن أبي عبد الله عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه وقال: اطلب صاحبك)^(٣).

وأما التخيير بين الحبس وبين أن يؤدي الكفيل فهو الذي ذهب إليه الشيخ في النهاية وابن إدريس في السرائر والعلامة في التحرير والإرشاد، لما ورد في مرسله الصدوق المتقدمة (الكفالة خسارة غرامة ندامة)^(٤)، ولما في خير الرقي المتقدم (مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة)^(٥)، وهي مشعرة بالزام الكفيل بدفع ما على الغريم، ولذا عُبر عنها بالخسارة والغرامة، وعن العلامة في التذكرة وغيره بأن نصوص الحبس دالة على عدم إزام الكفيل بالدفع، بل قد يكون غرض المكفول له لا يتعلق بالأداء، أو كان متعلقاً بالأداء من الغريم فقط، ولذا لا يجب على المكفول له القبول لو دفع الحق الكفيل.

ثم على تقدير تمامية القول بوجود الدفع على الكفيل تحبيراً فهو واجب فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، ولو لم يمكن كالفقاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً فلا بد من إزامه بالإحضار مع الإمكان، ثم لو كان الحق مما له بدل مالي كالدية في القتل العمدي ومهر مثل الزوجة فيجب عليه البدل بناء على هذا التقدير.

(١) (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الضمان حديث ٤٠٢.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٥٠٢.

طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يُحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أداءه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالفصاح، والزوجية، والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً، ألزم باحضاره حتماً مع الإمكان، وله عقوبته عليه^(١) كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الاحضار وكان له بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً، ومهر مثل الزوجة وجب عليه البدل.

وقيل: يتعين الزامه باحضاره^(٢) إذا طلبه المستحق مطلقاً^(٣)، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، وهو قوي.

ثم على تقدير كون الحق مالاً وأداء الكفيل، فإن كان قد أدى بإذنه رجع عليه^(٤)، وكذا إن أدى بغير إذنه مع كفاله بإذنه، وتعذر احضاره^(٥)، وإلا فلا رجوع^(٦).

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان^(٧): أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات، وحكم الكفيل

(١) إذا ألزم بالإحضار حتماً لعدم إمكان أخذ الحق من الكفيل، وقد امتنع الكفيل من الإحضار فللمكفول له حق العقوبة عليه بالحبس، كما في كل ممتنع عن أداء الحق مع قدرته عليه.

(٢) كما هو مقتضى القول الثاني المتقدم.

(٣) سواء كان الحق مما يمكن أن يؤديه الكفيل أم لا.

(٤) الرجوع عليه لوجود الإذن في الأداء.

(٥) لما تعذر عليه الإحضار وألزم بالمال فيكون التعزيم مسبباً عن إذن الغريم بالكفالة، لأن الإذن في الشيء إذن في لوائمه، فيرجع عليه لوجود الإذن.

(٦) لأن الكفيل متبرع بكفاله وأدائه، لعدم الإذن، فلا يرجع لتبرعه.

(٧) تقدم في باب الضمان أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه لو أدى بإذنه إذا كان الضمان بغير إذنه، مع أنه قد حُكم هنا برجوع الكفيل على الغريم لو أدى بإذنه وإن كانت الكفالة بغير إذنه، وعليه فما هو الفرق بينهما؟

والفرق: أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات، وإنما تعلقت بإحضار النفس، فيكون الكفيل بالنسبة للمال أجنبياً، فإن أداءه بإذن الغريم فله حق الرجوع وإن كانت الكفالة بغير إذنه، بخلاف الضمان فإنه قد تتعلق بالمال ابتداءً، ولذا كان الضمان ناقلاً للمال من ذمة =

بالنسبة إليه^(١) حكم الأجنبي، فإذا آداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده^(٢) الإذن في الأداء، لأنه كإذن البريء للمديون في أداء دينه.

وأما إذنه في الكفالة إذا تعذر احضاره، واستثناؤه^(٣) في الأداء، فذلك من لوازم الكفالة، والإذن فيها إذن في لوازمها.

(ولو علق الكفالة)^(٤) بشرط متوقع، أو صفة مترتبة (بطلت) الكفالة، (وكذا الضمان والحوالة) كخيرها من العقود اللازمة (نعم لو قال: إن لم أحضره^(٥))

= المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فلو كان الضمان بغير إذنه لكان الضامن متبرعاً، وحال تبرعه قد انتقل المال إلى ذمته فلا يجوز له الرجوع لعدم الإذن في الضمان، ولا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه من نفس مال المديون، وهذا لا يجعله غير متبرع، والمضمون عنه بعد الضمان أجنبي عن المال المضمون.

(١) إلى المال.

(٢) بعد الضمان.

(٣) وتعذر استئذان الغريم.

(٤) علقها على شرط متوقع أو صفة كذلك بطلت، لأن كل عقد لازم إذا علق على شرط غير معلوم التحقق بطل، لاشتراط القصد في العقد، ومع التعليق المذكور لا يتم القصد، وبدونه يبطل العقد، بلا خلاف في ذلك.

(٥) إذا ذكر الجزاء أولاً لزمه المال الذي شرطه على نفسه عند عدم الإحضار، وإذا ذكره أخيراً صحت الحوالة وألزم بالإحضار فقط دون المال، والحكم فيها على المشهور، لحبر أبان بن عثمان عن أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كفّل لرجل بنفس رجل وقال: إن جنّث به وإلا فعليّ خمسمائة درهم - كما في التهذيب، وفي الكافي: إن جنّث به وإلا فعليّ خمسمائة درهم - قال عليه السلام: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال عليه السلام: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه)^(١)، وخبر داود بن الحصين عن أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان حديث ١.

إلى كذا كان عليّ كذا، صححت الكفالة أبداً، ولا يلزمه المال المشروط، ولو قال: عليّ كذا إن لم أحضره لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور.

ومستند الحكمين رواية داود بن الحصين عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام.

وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظراً، ولكن المصنف والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنده.

وربما تكلف متكلف للفرق بما لا يسمن ولا يغني من جوع، وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشرائع وغيره.

(ونحصل الكفالة) أي: حكم الكفالة (بإطلاق الغريم^(١) من المستحق قهراً)

= وكذا درهماً، قال عليه السلام: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيلاً بنفسه أبداً، إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله^(١)، وأشكل على الحكم بأنه لا فرق بين الشقين حتى يختلف الحكم، لأن مجرد تقديم الجزاء أو تأخيره لا مدخل له في اختلاف الحكم، لأن الشرط وإن تأخر فهو في حكم المتقدم، مع أن سند الروایتين غير سليم، ففي الأولى أحمد بن الحسن الميثمي وهو واقفي لم يوثق، وفي الثانية داود بن الحصين وهو واقفي غير أنه ثقة كما عن النجاشي، والإنصاف أن الإشكال في السند في غير محله، لأن الثانية إما صحيحة أو موثقة كما اعترف بذلك في الجواهر، وإنما الاستناد إلى هاتين الروایتين في الحكم المذكور المخالف للقواعد العربية المقررة في غاية الإشكال، ولذا ذكروا وجوهاً خمسة لرفع الإشكال يطول نقلها فراجعها في المسالك والجواهر.

(١) من أطلق غريماً من يد صاحبه أو من يد وكيله قهراً ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه، بلا خلاف فيه، أما ضمان إحضاره فلقاعدته نفي الضرر والضرار^(٢)، ولأنه غاصب بإطلاق الغريم قهراً والغاصب يضمن ما غصبه، وفي الثاني ضعف، لعدم صدق الغاصب عليه عرفاً، وهو غير داخل تحت استيلائه.

وأما أداء الحق فلأنه بالإطلاق قد فوت مال الغير عليه فيضمن، ويدل على الحكم بكلا شقيه ما ورد في تفويت القاتل وميتاى.

نعم قال في الجواهر: «ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة، =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخبائر حديث ٣ و٤ و٥.

فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن^(١)، وعلى ما اخترناه^(٢) مع تعذر إحضاره^(٣)، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له^(٤) على الغريم إذا لم يأمره^(٥) بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق^(٦) ما يقتضي الرجوع، (فلو كان الغريم قاتلاً)^(٧) عمداً كان أم شبهه^(٨) (لزمه إحضاره، أو الدية^(٩))، ولا يقتض منه^(١٠) في العمد، لأنه لا يجب على غير المباشر.

= أطلق عليه اسمها، وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ضرورة عدم العقد فيه انتهى.

- (١) أمكن الأداء فيما لو كان الحق قابلاً لصدوره من المطلق.
- (٢) ما اختاره في الكفالة سابقاً من كون الكفيل غيراً بين إحضار الغريم وبين أداء ما عليه في قبال قول من ألزمه بالإحضار فقط.
- (٣) إذا تعذر الإحضار بعدما أطلقه فعليه أداء ما عليه حتماً على مختار الشارح لتعذر بدله.
- (٤) لا رجوع للمخلص إذا أدى ما على الغريم لعدم صدور الإذن من الغريم، إذ غاية ما وقع هو التخليص، وهو لا إذن فيه من الغريم بالرجوع، بخلاف الكفالة المصطلحة فمع إذن الغريم يرجع الكفيل عليه عند الأداء.
- (٥) لم يأمر الغريم المخلص.
- (٦) التخليص.
- (٧) لو كان المخلص قاتلاً عمداً لزم المخلص إحضاره أو دفع الدية عند تعذر إحضاره، بلا خلاف فيه، لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل قتل رجلاً عمداً فُرِّع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قومٌ فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال عليه السلام: أرى أن يُجس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن، قال عليه السلام: فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول)^(١).
- (٨) قال في المسالك: «لا فرق في ذلك بين كون القتل عمداً أو غيره، إذ القصاص لا يجب إلا على المباشر، فإذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية» انتهى.
- (٩) ظاهره التخيير مع أن الخبر صريح بالإحضار أولاً، ومع التعذر فالدية، ولعلّ الشهيدين يريدان الترتيب لا التخيير.
- (١٠) من المخلص.

ثم إن استمر القتال هارباً^(١) ذهب المال على المُخْلِص، وإن تمكن الولي منه^(٢) في العمد وجب عليه رد الدية إلى الخارم، وإن لم يقتص من القتال، لأنها^(٣) وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت^(٤)، وعدم القتل الآن^(٥) مستند إلى اختيار المستحق^(٦)، ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله^(٧) وتعدر استيفاء الحق من قصاص، أو مال، وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلّصه، كتخليصه من يد المستحق.

(ولو غاب المكفول) غيبة يُعرّف موضعه (أنظر) الكفيل^(٨) بعد مطالبة

(١) تقدم أنه يجب على المُخْلِص الإحضار، ومع التعذر فالدية، والتعذر يتم فيما لو مات القتال كما هو صريح الخبر المتقدم أو استمر هربه، ثم لو تمكن الولي من القتال بعد دفع المُخْلِص الدية وجب على الولي ردّها على الخارم وإن لم يقتص الولي من القتال بل حتى لو عفا، لأن الدية قد وجبت لمكان الحيلولة، باعتبار أن المُخْلِص قد حال بين الولي وغريمه، وإذا زالت الحيلولة فلا شيء على المُخْلِص، وبالجملة فعدم القتل بعد تمكن الولي منه مستند إلى اختيار الولي لا إلى تفصير المُخْلِص، بخلاف وقت الهروب فعدم القتل مستند إلى تخليص المُخْلِص فلذا ألزم بالدية.

(٢) من الغريم.
 (٣) الدية.
 (٤) الحيلولة.
 (٥) حين تمكن الولي من الغريم.
 (٦) وهو الولي.
 (٧) وقد رُجع على الكفيل بأخذ الحق، فيجوز للكفيل أن يرجع على المُخْلِص، لأنه سبب تغريم الكفيل.

(٨) لو غاب الغريم غيبة وعُلم مكانه ولم ينقطع خبره وكانت الكفالة حالة وقد طلب المكفول له إحضاره، أنظر الكفيل بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، وكذا لو كانت الكفالة موجلة وطلبه منه بعد حلولها، بلا خلاف في شيء من ذلك، لأن إحضاره متوقف على إمهاله مدة الذهاب والعود، وإذا وجب الإحضار وهو ذو المقدمة، فيجب إمهاله مدة الذهاب والعود، وهو المقدمة.

ثم لا فرق في وجوب الإمهال بين أن تكون محلة الغريم تتجاوز مسافة القصر أو لا، خلاف البعض العامة، فلم يوجب الإمهال إذا كانت المحلة أقل من مسافة القصر، وهو ضعيف لما سمعت.

المكفول له باحضاره، (وبعد الحلول) إن كانت مؤجلة (بمقدار الذهاب) إليه (والإياب) فإن مضت ولم يُحضِرْه حُبْسَ والْزِمَ ما تقدم، ولو لم يُعَرَفْ موضعه^(١) لم يُكَلَّفْ إحضاره، لعدم إمكانه ولا شيء عليه، لأنه لم يكفل المال، ولم يقصر في الاحضار.

(وينصرف الاطلاق إلى التسليم في موضع العقد^(٢))، لأنه المفهوم عند الاطلاق.

ويشكل لو كانا في برية، أو بلد غربة قَصْدُهما مفارقتة سريعاً، لكنهم لم يذكرها هنا خلافاً كالسلم^(٣)، والإشكال يندفع بالتعيين، (ولو عين غيره) أي: غير موضع العقد (لزم) ما شرط^(٤)، وحيث يُعَيَّن^(٥)، أو يُطْلَقُ ويُحْضَرُ في غير ما عين شرعاً لا يجب تسلمه وإن انتفى الضرر، (ولو قال الكفيل: لا حق لك) على المكفول حالة الكفالة^(٦) فلا يلزمني إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع

(١) فإذا لم يُعَرَفْ موضع الغريم وقد انقطع خبره فعن المسالك والتذكرة ومجمع البرهان أنه لا يُكَلَّفُ بالإحضار لعدم إمكانه، ولا شيء عليه لأنه لم يكفل المال، وهو على إطلاقه مشكل، إذ لا بد من تقييده فيما لا يمكن أدائه ولا بدل له كحق البضع وحقوق التعزير، أما فيما يمكن أدائه أو له البدل فلا محالة يكون الكفيل مكلفاً بالأداء، لأنه من مقتضى لوازم الكفالة على ما تقدم.

(٢) أطلق المحقق وجماعة انصراف إطلاق الكفالة إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق، وهو يتم لو كان محل العقد هو بلد المكفول له، أو بلد قد استوطنه كل من المكفول له والكفيل، أما لو كان محل العقد هو البرية أو بلد غربة بالنسبة إليهما بحيث هما قاصدان مفارقتة سريعاً، فالقرائن الحالية تدل على عدم إرادته من العقد.

(٣) فقد ذكروا فيه خلافاً.

(٤) للزوم الوفاء بالشرط.

(٥) إذا عُيِّنَ موطن التسليم بالتعيين، أو أطلق موضع التسليم وبالانصراف تعين بلد العقد، فلو سلم الكفيل الغريم في غير الموطن الذي وجب شرعاً تسليمه فيه فلا يجب على المكفول له تسلمه وإن انتفى الضرر، لأنه ليس تسليماً تاماً، وخالف الشيخ فحكم بوجود التسلم عليه لو انتفى الضرر.

(٦) بعد اتفاق الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة، قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حالة الكفالة، وقال المكفول له: لي حق عليه حين الكفالة، قُدِّمَ قول المكفول له بلا خلاف فيه، لأن اعتراف الكفيل بوقوع الكفالة يستدعي ثبوت حق للمكفول له على =

الدعوى إلى صحة الكفالة وفسادها، فيقدم قول مدعي الصحة، (وحلف المستحق) وهو المكفول له، ولزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق، لأنه^(١) لإثبات حق يصحح الكفالة، ويكفي فيه^(٢) توجه الدعوى، نعم لو أقام بينة بالحق وأثبتته^(٣) عند الحاكم الزمه به^(٤) كما مر^(٥)، ولا يرجع به^(٦) على المكفول، لاعترافه^(٧) ببرائة ذمته، وزعمه بأنه مظلوم.

(وكذا لو قال) الكفيل للمكفول له: (أبرأته)^(٨) من الحق، أو أوفاكه، لأصالة بقاءه^(٩).

= المكفول، ولأن دعواه فيما بعد بأنه لا حق له مستلزم لفساد الكفالة إذ لا معنى لكفالة الغريم وهو بريء بالنسبة للمكفول له، بخلاف دعوى المكفول له فإنها دعوى بصحة الكفالة، ولا ريب أن القول قول مدعي الصحة، فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر. وعليه فإذا حلف المكفول له، وتعذر على الكفيل إحضار الغريم، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة، قاله في التذكرة والمسالك احتمالاً، والأقرب عدم الوجوب، لأن الكفالة تستدعي إحضار الغريم للمكفول له، وهو أعم من ثبوت المال على الغريم. نعم لو أقام المكفول له البينة على ثبوت المال، وأغرم الكفيل، لم يرجع على الغريم، لاعتراف الكفيل ببرأته عند دعواه السابقة بأن المكفول له لا حق له على المكفول حالة الكفالة، وأن الكفيل مظلوم بالدفع.

- (١) الحلف السابق.
- (٢) في الحق الذي ثبت بالحلف السابق، وقد يكون الحق هو توجه الدعوى، وهذا كافٍ في صحة الكفالة ولكنه لا يثبت المال.
- (٣) أثبت الحق.
- (٤) ألزم المكفول له الكفيل بالحق.
- (٥) في كتاب القضاء.
- (٦) لا يرجع الكفيل بالحق.
- (٧) اعتراف الكفيل.
- (٨) بعد اتفاق الكفيل والمكفول له، قال الكفيل: أبرأت المكفول، أو دفع الحق إليك، ولزومه عدم إحضار المكفول، فأنكر المكفول له الإبراء أو الدفع، كان القول قول المكفول له مع يمينه، لأنه منكر، لموافقة قوله لأصالة بقاء اشتغال ذمة المكفول، وهذا عند عدم البينة للكفيل على الإبراء أو الدفع.
- (٩) بقاء الحق في ذمة المكفول.

ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برئ^(١) من دعوى الكفيل، ولزمه^(٢) إحضاره^(٣)، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءة^(٤) أيضاً لم يُكتَفَ باليمين التي حلفها للكفيل، لأنها كانت لإثبات الكفالة، وهذه دعوى أخرى وإن لزمته^(٥) تلك بالعرض، (فلو لم يحلف^(٦) ورثة اليمين عليه) أي: على الكفيل (فحلف برئ من الكفالة والمال بحاله) لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين كما مر، ولأنه لا يبرأ بيمين غيره.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة^(٧) برثاً معاً^(٨)، لسقوط

- (١) المكفول له.
- (٢) لزم الكفيل.
- (٣) إحضار الغريم.
- (٤) بعد دعوى الكفيل الإبراء وبعد تقديم قول المكفول له مع يمينه، وبعد حلف المكفول له فقام الكفيل وأحضر الغريم ثم ادعى براءة ذمة المكفول لأنه قد دفع أو أبرأه المكفول له فأنكر المكفول له ذلك، كان القول قول المكفول له مع يمينه لأنه منكر أيضاً، ولا يكتفى باليمين السابقة، بل على المكفول له يمين أخرى، لأن هذه الدعوى مستقلة ومغايرة للدعوى السابقة، لأن السابقة إنما كانت من الكفيل لبراءة نفسه من وجوب إحضار الغريم ولازمها دعوى براءة ذمة المكفول، وهذه دعوى لبراءة ذمة الغريم من دون التلازم المذكور.
- (٥) لزمته الدعوى الثانية للأولى.
- (٦) لم يحلف المكفول له في الدعوى الأولى ورثة اليمين على الكفيل، وقد حلف الكفيل اليمين المردودة برئ من الكفالة ومن وجوب الإحضار، ولا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرنا من أن براءته من المال مغايرة لدعوى الأولى من إبراء الكفيل من وجوب إحضار الغريم، ولأن الإنسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره.
- (٧) فيما لو كانت الدعوى بين المكفول والمكفول له، بحيث ادعى المكفول الإبراء وأنكره المكفول له، كان القول قول المكفول له مع يمينه، فلو نكل عن اليمين، وقام المكفول وحلف اليمين المردودة عليه برئ من المكفول من الحق، ومع حصول الإبراء تسقط الكفالة ويبرأ الكفيل، وكذا لو حلف المكفول في هذه المسألة يمين النكول لا يمين الرد فكذلك نفس الحكم المتقدم.
- (٨) الكفيل والمكفول.

الكفالة بسقوط الحق، كما لو أداها، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برثاً معاً.

(ولو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما^(١)) إياه تاماً، لحصول الغرض، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبي.

وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان^(٢) أجودهما الثاني، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، وكذا القول في تسليم نفسه، وتسليم الأجنبي له^(٣).

وقيل: لا يبرأ^(٤) مطلقاً^(٥)، لتغاير الحقيقتين^(٦)، وضعفه ظاهر.

(١) إذا تكفل رجلان - دفعةً أو مرتباً - برجلٍ فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر كما عن الشيخ وابن حزمة والقاضي، للأصل وهو عدم براءة ذمة الثاني بعد الاشتغال، ولكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فُك أحدهما لم يُفك الآخر، وعليه فلو هرب الغريم بعد تسليم أحدهما جاز للمكفول له الرجوع على الثاني.

وعن غيرهم أنه لو سلمه أحدهما يبرأ الآخر، لأن المقصود من الكفالة تسلمه وقد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه الأجنبي يبرأ الكفيل، فلو سلمه الكفيل يبرأ شريكه بالكفالة من باب أولى، ومعه لا يبقى مجال للأصل للقطع ببرائة ذمة الآخر، وكونهما كالرهنين قياساً مع الفارق، وعلى القول الثاني فلو هرب الغريم بعد تسليم الكفيل الأول لا يجوز للمكفول له الرجوع على الكفيل الثاني لأنه بريء.

ثم على القول الثاني فهل يشترط في الكفيل المسلم أن ينوي بالتسليم تسليمه عنه وعن شريكه أم يكفي الإطلاق في التسليم، قال في المسالك: «وجهان»، وجه الاشتراط أن المكفول له لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه بذله إلا إذا نوى بالتسليم عنه وعن شريكه فيكون التسليم من جهتهما فيجب القبول، ووجه الإطلاق حصول الغرض وهو التسليم ولا يشترط أن يكون من جهة الكفيل الثاني.

(٢) وقد سمعت أنهما وجهان.

(٣) فيجري فيهما الوجهان السابقان بحيث لو سلم المكفول نفسه فهل يجب عليه أن ينوي أنه عن الكفيل أو يكفي الإطلاق، وكذا لو سلمه الأجنبي للمكفول له.

(٤) لا يبرأ الكفيل الآخر كما هو مقتضى القول الأول في أصل المسألة.

(٥) سواء كان المسلم قد نوى التسليم عنه وعن شريكه أم أطلق.

(٦) لأن ما على الكفيل الثاني مغاير لما على الكفيل الأول كالرهنين، وضعفه ظاهر، إذ هو قياس مع الفارق، لما تقدم من جواز تسليم الأجنبي فتسليم الشريك أولى.

وتظهر الفائدة^(١) لو هرب بعد تسليم الأول^(٢).

(ولو تكفل بواحد لاثنتين فلا بد من تسليميه إليهما^(٣)) معاً، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره، وقد حصل.

(ويصح التعبير) في عقد الكفالة (بالبدن^(٤))، والرأس، والوجه^(٥) فيقول: كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه، لأنه يعبر بذلك عن الجملة^(٦)، بل

(١) بين القولين السابقين.

(٢) فعلى القول الأول المتقدم في المتن لا يرجع المكفول له على الثاني، وعلى القول الثاني يرجع.

(٣) بأن قال شخص لرجلين: أتكفل بإحضار الغريم إليكما، ولم يعقد مع كل شخص كفالة مستقلة، وهنا لا بد من التسليم إليهما معاً، لأن العقد مع الاثنتين بمنزلة عقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، وكما لو ضمن دينين لشخصين، وقد أدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من الدين الآخر، وهذا هو الفارق بين هذه المسألة وبين ما تقدم، حيث كان الغرض في السابق هو كفالتهما له بإحضاره وقد حصل من أحدهما فيبرأ الآخر، وهنا كانت الكفالة منه لشخصين فلا بد من إحضاره لهما معاً.

(٤) الأصل في الكفالة أن تتعلق بذات الغريم، بأن يقول: كفلت لك فلاناً، أو أنا به كفيل، أو بإحضاره، وفي حكم ذاته نفسه وبدنه، لأنهما بمعنى واحد في العرف العام.

(٥) المراد منهما بحسب الوضع هو الجزء المخصوص من البدن، إلا أنهما قد يطلقان عرفاً على جملة البدن، فيقال يبقى رأسه ووجهه، ويراد به ذاته وجملة بدنه، ولهذا الإطلاق العرفي صحح المشهور الكفالة لو تعلقت بالرأس أو الوجه، واستشكل ثاني المحققين والشهيدان بأن الرأس والوجه وإن أطلقا على الجملة عرفاً إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح للكفالة وهو الذات أو جملة البدن في غير محله، نعم لو صرح بإرادة جملة البدن من لفظي الرأس والوجه اتجهت الصحة.

وفيه: أن الأصحاب قد ذكروا الرأس والوجه باعتبار بلية اللفظ للدلالة على جملة البدن، فلذا حكموا بصحة الكفالة لو تعلقت بهما، مع التسليم بأن حملهما على جملة البدن بحاجة إلى قرينة ولو حالية.

(٦) جملة البدن.

عن الذات^(١) عرفاً، وألحق به^(٢) الكبد، والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، والجزء الشائع فيه^(٣) كثلثه، وربعه، استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.

وفي غير البدن نظر، أما الوجه والرأس فإنهما وإن أطلقا على الجملة، لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهر^(٤) من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين^(٥) على الوجه المصحح^(٦) مع الشك في حصوله^(٧)، وأصالة البراءة^(٨) من مقتضى العقد غير جيد.

(١) ذات الإنسان، وهي النفس.

(٢) بالبدن، ألحق الفاضل في التذكرة والتحرير القلب والكبد ونحوهما من الأعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها، والجزء الشائع كالثلث والربع وغيرهما، لأنه لا يمكن إحضار هذه الأجزاء إلا بإحضار المكفول كله.

وفيه: أن إحضار الجزء الذي لا يعيش بدونه وما في حكمه وإن كان غير ممكن إلا بإحضار الذات، إلا أن ذلك لا يقتضي صحة العقد، لأن الإحضار فرع الكفالة، والكفالة الصحيحة فيما لو تعلقت بالمجموع أو ما يطلق عليه، وأما إذا تعلقت ببعضه فلا دليل على صحتها، قال في المسالك: «ولو جاز إطلاق هذه الأجزاء على الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً لكونه غير متعارف، مع أنه في المتعارف - أي الرأس والوجه - ما قد سمعت وحينئذ فالقول بعدم الصحة أوضح انتهى».

وفيه: أنه إذا كان الإطلاق على الجملة مجازاً مع وجود قرينة تنصح الكفالة حينئذ وإن كان غير متعارف، لأن الإطلاق المتعارف قد يغني عن القرينة إن كان مشهوراً، ومع فرض وجود القرينة لا داعي لتقييد الإطلاق بالمتعارف.

(٣) في البدن.

(٤) ففي الأشهر زيادة شهرة على المشهور، وهذه الزيادة هي القرينة على إرادة المعنى الأشهر، وهو نفس العضو، ومعه كيف نحمل اللفظ على جملة البدن الذي هو مشهور فقط، وفيه: ما تقدم أن النزاع في قابلية إرادة الجملة من لفظ العضو، وليس النزاع في حمل لفظ العضو على الجملة من دون قرينة.

(٥) من نفس العضو ومن جملة البدن.

(٦) وحمل لفظ الرأس أو الوجه على جملة البدن الذي تنصح الكفالة فيه حينئذ مع أن محتمل لإرادة نفس العضو من دون قرينة غير جيد.

(٧) مع الشك في قصد المعنى المصحح للكفالة، والأصل عدم قصده.

(٨) ومع الشك في قصد المتكلم للمعنى المصحح للكفالة وهو جملة البدن فنشك في حصول =

نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة، كإرادة أحد معنيي المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه^(١) فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونها، وأما ما لا^(٢) تبقى الحياة بدونها مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه^(٣) حقيقة فغايتها أن إطلاقه عليها مجاز، وهو^(٤) غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية^(٥)، ويلزم مثله^(٦) في كل جزء من البدن^(٧)، والمنع في الجميع أوجه^(٨)، أو إلحاق الرأس والوجه^(٩) مع قصد الجملة بهما.

(دون اليد والرجل^(١٠)).....

= الكفالة، ومع الشك في حصولها نشك في وجوب الإحضار، ومع الشك في الوجوب تجري أصالة البراءة، وعليه فحاصل المعنى: أن حمل اللفظ على أحد معنييه بدون قرينة غير جيد مع الشك في قصد المتكلم له والأصل عدم قصده، ومع كون هذا المعنى مستلزماً لوجوب الإحضار، وأصالة البراءة تنفيه.

(١) قصد نفس المعصوم عند إطلاق لفظ الرأس أو الوجه فيأتي فيه الكلام المتقدم من ذكر الأجزاء التي لا يعيش الإنسان بدونها كالقلب والكبد، فمن المشهور عدم الصحة وعن العلامة الصحة.

(٢) شروع في مناقشة قول العلامة وقد تقدمت في الشرح.

(٣) ظاهره أن الكل لا يطلق على الجزء، وهذا ما لا يربط له في المقام، إذ ما له الربط هو عدم إطلاق الجزء على الكل، ولذا نقل عن الشيخ حسن ولد الشارح أنه علق على نسخة الأصل بقوله: «كان الظاهر أن يقال: إنه مع عدم إطلاق اسمه على الجملة انتهى».

(٤) الإطلاق المجازي.

(٥) وفيه: أنه كافٍ مع وجود القرينة للقطع بإرادة الجملة حيثئذ، ومع إرادة الجملة تصح الكفالة سواء عُبِّرَ عنها بلفظها أم بلفظ آخر.

(٦) مثل الإطلاق المجازي.

(٧) وإن كان الجزء مما يمكن الحياة بدونها، وفيه: أنه لا ضير فيه، مع صحة المجاز المحتف بالقرينة الدالة على إرادة جملة البدن.

(٨) في جميع ما ذكر إلا البدن، وهو قول للشارح تبعاً للمحقق الثاني.

(٩) إلحاقهما بالبدن كما عليه المشهور، والمنع في بقية الأجزاء.

(١٠) من الأجزاء التي تبقى الحياة بدونها، ولا يُطلق على الجملة، وعليه فإذا قلنا بعدم صحة الكفالة في الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها كما عليه المشهور فالقول بعدم الصحة هنا أولى.

وإن قصدتها^(١) بهما^(٢) مجازاً، لأن المطلوب شرعاً كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة^(٣)، والتعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول^(٤) بدون الجملة فكان في قوة كفالة الجملة ضعيف، لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض^(٥) كافياً في صحته^(٦) وإن توقف إحضاره عليه^(٧)، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو منتف.

(ولو مات المكفول) قبل إحضاره (بطلت)^(٨)، لفوات متعلقها وهو النفس، وفوات الغرض لو أريد البدن.

= وعلى مبنى العلامة قد يقال بالصحة هنا أيضاً، لأن إحضار الجزء المكفول هنا يستدعي إحضار الذات أيضاً، ولذا قال في المسالك: «ولا يبعد القول بالصحة فيه - أي في الجزء الذي يمكن الحياة بدونه - لمن يقول بها فيما سبق» انتهى، هذا وقد عرفت أنه مع إرادة الجملة تصح الكفالة سواء عُبر بلفظها أم بلفظ آخر، فالمدار على صحة المجاز لو أطلق لفظ العضو وأريد به جملة الذات، وليس المدار على إرادة الجملة من لفظ العضو بلا قرينة كما يفهم من بعض عبارات الشارح، وليس المدار أيضاً على كون الجزء مما يتوقف إحضاره على إحضار الجملة كما يفهم من تعليل العلامة عند إلحاق القلب والكبد بالبدن.

- (١) جملة البدن.
- (٢) باليد والرجل.
- (٣) كما هو مبنى المشهور، وقد عرفت أكثر من مرة أنه لا دليل عليه، ولو سلم فاشتراط اللفظ الصريح في العقد اللازم إنما هو في الألفاظ التي يتم بها إنشاء الإيجاب والقبول فقط، دون الألفاظ التي تدل على متعلقات العقد ومتمماته.
- (٤) وإن كانت الحياة تبقى بدونه.
- (٥) ذكر لفظ البعض وأراد نفس عضوه.
- (٦) صحة المجموع.
- (٧) وإن توقف إحضار البعض على إحضار المجموع.
- (٨) الكفالة، بلا خلاف فيه، لأن متعلق الكفالة إحضار النفس وقد فاتت بالموت، ولأن المنصرف من الكفالة إنما هو الإحضار في حال حياة الغريم، ولأن المكفول له لو أراد من المكفول حقوقاً بدنية كحق البضع والقصاص فقد فات الغرض بالموت، لأن هذه الحقوق لا يمكن إجراؤها على بدن الميت.

ويمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلاناً، وكفلت بدنه^(١)، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس^(٢).

ويُضَعَف^(٣) بأن مثل ذلك منزل على التعارف، لاعلى المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين^(٤)، (إلا في الشهادة على عينه^(٥)) ليحكم عليه (بإتلافه، أو المعاملة) له^(٦)، إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه، بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يُعرف^(٧)، ولا فرق حيث^(٨) بين كونه قد دفن وعدمه، لأن ذلك^(٩) مستثنى من تحريم نبشه.

-
- (١) قال الشارح في المسالك: «ويمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفالة: كفلت لك حضور بدنه أو حضور نفسه، فيجب على الأول إحضاره ميتاً إن طلبه منه، وإلا فلا، ويُبنى الثاني على أن الإنسان ما هو؟، فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك - أي يجب إحضاره -، وإلا فلا، إلا أن هذا يُضَعَف بانتهاء الفائدة في إحضار الميت» انتهى.
- (٢) بل نفس الإنسان، هذا والهيكل اسم أعجمي بمعنى الصورة.
- (٣) التفریق، باعتبار أنه لو قال كفلت بدنه فيحمل على ما هو التعارف من الكفالة بإحضاره حياً، وعليه فلا فرق بين التعبيرين في عدم وجوب الإحضار بعد الموت.
- (٤) سواء قال: كفلت نفسه أم كفلت بدنه.
- (٥) على شخصه، بحيث لو ادعى عليه المكفول له بأنه قد أتلف له شيئاً أو عامله بمعاملة، وأراد وإثبات الدعوى عليه بالبيينة، والبيينة لا تعرف المكفول بنسبه بل بصورته، فلا بد من إحضاره لتنع الشهادة على شخصه.
- (٦) للمكفول له.
- (٧) ومع عدم المعرفة المسبب عن تغييره لا تنفع الشهادة على شخصه، فلا معنى لإحضاره حيثئذ.
- (٨) حين وجوب إحضاره.
- (٩) إحضاره بعد الدفن.



كتاب الصلح

(كتاب الصلح^(١))

(وهو جائز مع الإقرار^(٢) والإنكار^(٣)).....

- (١) وهو مشروع بالاتفاق، لقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾^(١)، وللأخبار.
- منها: خبر حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الصلح جائز بين المسلمين)^(٢)، ومرسل الصدوق عن رسول الله صلى الله عليه وآله (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً)^(٣).
- هذا والصلح عقد لقطع المنازعة السابقة أو المتوقعة، لإطلاق الأخبار المتقدمة، وعن بعض العامة تخصيصه بقطع المنازعة السابقة فقط، وهو ضعيف.
- (٢) بحيث أقر شخص بمال عليه لآخر ثم صالحه عليه بمالٍ آخر أو ببعض المدعى به أو بغير ذلك من منفعة ونحوها، وهو جائز، لعموم الأخبار المتقدمة.
- (٣) بحيث ادعى شخص على غيره ديناً أو مالاً فأنكر المدعى عليه، فتقع المصالحة بينهما إما بمالٍ آخر أو ببعض المدعى أو بمنفعة ونحوها، وهو صحيح عندنا أيضاً، لعموم الأخبار المتقدمة، وخالف في ذلك الشافعي حيث منعه مع الإنكار، نظراً إلى أن المدعى قد عاوض على ما لم يثبت له، فلا تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره.
- هذا ومراد الأصحاب الصحة الظاهرية هنا، أما بحسب الأمر فلا يستبيح كل منهما ما وصل إليه بالصلح إذا كان غير عتيق واقعاً، فإذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهراً وهو =

(١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الصلح حديث (١) و٢.

عندنا مع سبق نزاع ولا معه^(١)، ثم إن كان المدعي محقاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً^(٢) وإلا^(٣) فهو حرام باطناً^(٤)، عيناً كان^(٥) أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يستثنى له^(٦) منها^(٧) مقدار ما دفع من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر، نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد فأنكر، وصالحه^(٨) على إسقاطها بمال فالتجّه صحة الصلح.

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

(إلا ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً^(٩)) كذا ورد في الحديث النبوي ﷺ،

= يعلم أنه غير محق واقعاً وُصُولح على بعض ما عليه في الواقع أو بمال آخر فلا يجوز للمنكر أن يستبيح ما بقي من مال المدعي عيناً أو ديناً، فلو صالح على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مفسوبة، ولا يُستثنى له منها مقدار ما دفع، لعدم صحة المعاوضة في نفس الأمر.

- (١) ولا مع سبق نزاع، بل لدفع نزاع متوقع.
- (٢) لا إشكال في صحة الصلح في صورة علم المصالح بأنه محق والمال له، فكل ما وصل إليه من المنكر فهو حقه، فيجوز حينئذ الصلح.
- (٣) وإن لم يكن المدعي محقاً، بل كان يعلم بعدم أحقيته، حرّم عليه ما يأخذه من المنكر صلحاً، وكذا العكس لو كان المنكر غير محق في إنكاره حرم عليه ما يأخذه من المدعي.
- (٤) لا ظاهراً، ولذا قلنا سابقاً بكون المراد هو الصحة الظاهرية، وقد صح الصلح ظاهراً، لاشتباه المحق من المبطل.
- (٥) المدعى به.
- (٦) للمدعي غير المحق.
- (٧) من العين.
- (٨) صالح المنكر المدعي على إسقاط الدعوى، والمصالحة على إسقاط الدعوى مصالحة على إسقاط المدعي لليمين، لأن اليمين حق للمدعي على المنكر بعد فتح الدعوى عند الحاكم، وكذا ما لو توجهت الدعوى بالتهمة فيتوجه على المنكر اليمين، ولا يمكن رده فيمكن هنا للمنكر المصالحة على إسقاط اليمين المتوجهة إليه.
- (٩) بلا خلاف فيه في صورتى الاستثناء للأخبار.

وُفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر ونحوه^(١).

وتحريم الحلال بأن لا يظاً أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله ونحوه^(٢)، والصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.

وُفسر^(٣) بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعة^(٤)، أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، لكنه هنا^(٥) صحيح ظاهراً^(٦) وإن فسد باطناً، وهو^(٧) صالح للأمرين معاً^(٨)، لأنه^(٩) محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب^(١٠)، ومُحرّم للحلال بالنسبة إلى المحق^(١١).

وحيث كان عقداً جائزاً^(١٢) في الجملة^(١٣) (فيلزم^(١٤) بالإيجاب والقبول

= منها: مرسل الصدوق عن رسول الله ﷺ (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً)^(١).

(١) فيكون الصلح قد أحل هذه المحرمات.

(٢) فيكون الصلح قد حرّم هذه المحللات.

(٣) تحريم الحلال.

(٤) منفعة المدعى به.

(٥) في التفسير الثاني لتحريم الحلال.

(٦) لاشتباه المحق من المبطّل.

(٧) الصلح على التفسير الثاني لتحريم الحلال.

(٨) من تحليل الحرام وتحريم الحلال.

(٩) الصلح.

(١٠) لأن مال الغير المعلوم كذلك محرم عليه، وبالصلح يحل له ظاهراً.

(١١) لأن متعلق الصلح مأل للمحق وهو حلال له، وبالصلح يحرم عليه ظاهراً.

(١٢) مشروعاً.

(١٣) لا في جميع الموارد، فهو غير جائز عند تحليل الحرام وتحريم الحلال.

(١٤) لعموم الأمر بالفداء بالعقود، واعلم أنه عقد مستقل، وادعي عليه الإجماع، كما عن التذكرة والسرائر، وعن الشيخ في المبسوط أنه فرغ على عقود خسة، وهو مذهب =

الصادرين من الكامل) بالبلوغ والرشد^(١) (الجائز التصرف) برفع الحجر^(٢)، ونصح
وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كل منهما^(٣)، بلفظ صالحت وقلت^(٤)،
وتفريع اللزوم على ما تقدم غير حسن^(٥)، لأنه^(٦) أعم منه^(٧) ولو عطفه^(٨) بالواو
كان أوضح، ويمكن التفاته إلى أنه عقد^(٩) والأصل في العقود اللزوم، إلا ما

= الشافعي، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على
منفعة بعوض معلوم، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع العارية إذا
تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه، وقال
عنه في الجواهر: «لا وجه له ضرورة فرض عدم القصد به - أي بالصلح - شيئاً منها -
أي من الأمور الخمسة -، وإلا كان باطلاً لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح»
انتهى، ويُرد أيضاً بأن إفادة عقد فائدة عقد آخر لا يقتضي كونه من أفرادها، ومن هذا
البيان تعرف أنه لو قلنا بكونه عقداً مستقلاً فهو عقد لازم، لما تقدم من لزوم الوفاء
بالعقود، وعلى قول الشيخ يكون جائزاً في بعض الموارد، كما إذا كان فرع العارية أو
الهبة على بعض الوجوه.

(١) كان عليه أن يقول: بالبلوغ والعقل والرشد، وقد تقدم أن الصبي والمجنون مسلوبا
العبارة، والسفيه محجور عليه.

(٢) إذا كان حجره للتفليس.

(٣) لعدم الدليل على تقييد الإيجاب من أحدهما.

(٤) فالإيجاب بلفظ «صالحت»، والقبول بلفظ «قلت».

(٥) قال الماتن في منته «كتاب الصلح وهو جائز مع الإقرار والإنكار، إلا ما أحلّ حراماً أو
حرم حلالاً فيلزم بالإيجاب والقبول» فقد تكلم عن مشروعية الصلح أولاً ثم رتب عليها
اللزوم، وتفريع اللزوم على المشروعية غير حسن، لأن المشروعية أعم من اللزوم، إذ قد
يكون مشروعاً وجائزاً، وعليه فلو عطف اللزوم بالواو الاستثنائية لكان أحسن، لأنه
يشعر بصدد بيان حكم جديد.

(٦) ما تقدم من المشروعية.

(٧) أعم من اللزوم.

(٨) عطف اللزوم.

(٩) توجيه لصحة الترتيب، وحاصله أنه إذا ثبت أن الصلح مشروع وجائز فلا بد أن يكون
لازماً، لأن الصلح عقد، وكل عقد لازم، للأمر بالوفاء بالعقود إلا ما قام الدليل على
تخصيصه.

أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها^(١) في الآية^(٢)، المقتضي^(٣) له^(٤).

(وهو أصل في نفسه^(٥)) على أصح القولين وأشهرهما، لأصالة عدم الفرعية، لافرع البيع، والهبة، والإجارة، والعارية، والإبراء كما ذهب إليه الشيخ، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين، استناداً^(٦) إلى إفادته^(٧) فائدتها^(٨) حيث يقع على ذلك الوجه، فيلحقه حكم ما ألحق به.

وفيه: أن إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتحاد، كما لا تقتضي الهبة بعوض معين فائدة البيع.

(ولا يكون طلبه إقراراً^(٩)) لصحته مع الإقرار والإنكار، ونبّه به على خلاف بعض العامة الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار، حيث فرّع عليه^(١٠) أن طلبه

(١) بالعقود.

(٢) وهي قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١).

(٣) الأمر بالوفاء.

(٤) للزوم.

(٥) تقدم الكلام فيه، والمخالف هو الشيخ في المبسوط.

(٦) تعليل لكون الصلح فرعاً للأمر الخمسة.

(٧) إفادة الصلح.

(٨) فائدة الأمور الخمسة.

(٩) لا يكون طلب الصلح إقراراً، لأن الصلح على ما تقدم يصح مع الإقرار والإنكار، فهو أعم من الإقرار، وطلب الأعم لا يعني الإقرار لأنه أخض، نعم على مذهب الشافعي خص الصلح بالإقرار فقط، فطلب الصلح حينئذ إقرار، لأن الإقرار هو مصداقه الوحيد.

(١٠) على عدم صحة الصلح مع الإنكار.

إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنما يصح مع الإقرار، فيكون مستلزماً له.

(ولو اصطلاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر^(١) ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركة) وإرادة فسخها، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء.

(ولو شرطاً^(٢) بقاءهما على ذلك^(٣)) بحيث يكون ما يتجدد من الربح

(١) وكان الصلح عند انتهاء الشركة، بحيث اصطلاحاً على أن يكون لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران، صح الصلح بلا خلاف فيه، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين اشتراكا في مالٍ فربحا فيه، وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى، فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطاه، فإذا كان شرط بخالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ على كتاب الله عز وجل)^(١).

ولكن بما أن وضع الشركة شرعاً يقتضي أن يكون الربح لهما والخسارة عليهما، فهذا الصلح يكون مخالفاً لمقتضى الشركة، ولذا حُمل على أن الربح والزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة من الآخر له، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء منه للآخر.

(٢) الشريكان.

(٣) على إبقاء رأس المال لأحدهما والخسران والربح للآخر، وكان الصلح في أثناء الشركة أو في ابتدائها، فقد ذهب الماتن في الدروس إلى المنع، لعدم تسميته صلحاً، بل هو شرط على خلاف مقتضى عقد الشركة، والصحيح المتقدم ظاهر في انتهاء الشركة، فلا يشمل المقام، حيث ورد في الخبر (فربحا فيه) وهو ظاهر في الانتهاء، فلو كان صلحاً وهو في الابتداء أو الأثناء فلا يكون مشمولاً للخبر، وتبعه عليه المحقق الثاني والشارح في المسالك، وعن غيرهم الصحة، تمسكاً بإطلاق الخبر، لعدم اختصاصه بصورة انتهاء الشركة، هذا إذا كان صلحاً، ولو كان شرطاً فهو نافذ، لعموم الخبر (المؤمنون عند شروطهم)^(١)، والخبر الآخر (المسلمون عند شروطهم)^(٢).

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصلح حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهر حديث ٤.

(٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

والخسران لأحدهما، دون الآخر، (ففيه نظر) من مخالفته^(١) لوضع الشركة، حيث إنها تقتضي كونهما^(٢) على حسب رأس المال، ومن إطلاق الرواية^(٣) بجوازها^(٤) بعد ظهور الربح من غير تقييد بإعادة القسمة صريحاً، فيجوز^(٥) مع ظهوره^(٦)، أو ظهور الخسارة مطلقاً^(٧).

ويمكن أن يكون نظره^(٨) في جواز الشرط مطلقاً وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ وجماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه^(٩)، ولعموم (المسلمون عند شروطهم)، والأقوى المنع، وهو مختاره في الدروس.

ويصح الصلح على كل من العين، والمنفعة، بمثله^(١٠)، وجنسه^(١١)، ومخالفه^(١٢)، لأنه بإفادته^(١٣) فائدة البيع صح على العين^(١٤)، وبإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة، والحكم في المائل، والمجانس، والمخالف فرع

(١) مخالفة الشرط، وهو دليل منع هذا الشرط.

(٢) كون الربح والخسران.

(٣) دليل صحة الشرط.

(٤) بجواز الشرط.

(٥) الشرط.

(٦) مع ظهور الربح.

(٧) سواء أراد الفسخ أم لا.

(٨) تنظر المصنف، فيكون شاملاً لجواز الشرط في الابتداء والأثناء، وهذا معنى الإطلاق.

(٩) على جواز الشرط.

(١٠) بفرد من صنفه.

(١١) بفرد من جنسه.

(١٢) كما لو صالح على عين بالمنفعة أو بالعكس، وجواز الصلح في هذه الصور لعموم مشروعية الصلح، بل لا يختص جوازه بما ذكر، فلو صالح على مثل إسقاط خيار، أو إسقاط حق الشفعة، أو إسقاط أولوية في تحجير، أو سوق، أو مسجد، صح أيضاً للعموم.

(١٣) لأن الشأن بإفادة الصلح.

(١٤) لكون الصلح يفيد فائدة البيع فيصح تعلقه بالعين، ولأنه يفيد فائدة الإجارة فيصح تعلقه بالمنفعة.

ذلك^(١)، والأصل^(٢) والعموم^(٣) يقتضيان صحة الجميع، بل ما هو أعم منها،^(٤) كالصلح على حق الشفعة^(٥)، والخيار، وألوية التحجير، والسوق، والمسجد، بعين ومنفعة وحقٍ آخر، للعموم^(٦).

(ولو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل الصلح)^(٧) كالبيع، ولو كان مطلقاً^(٨) رجع ببذله، ولو ظهر في المعين عيب فله الفسخ^(٩).

وفي تخييره بينه^(١٠) وبين الأرض وجه قوي، ولو ظهر غيب لا يُتسامح

(١) فرع تعلقه بالعين أو المنفعة.

(٢) وهو أصالة الصحة في العقود.

(٣) عموم مشروعية الصلح.

(٤) من العين والمنفعة.

(٥) حيث إن حق الشفعة وما يتلوها ليس عيناً ولا منفعة.

(٦) عموم مشروعية الصلح.

(٧) لو ظهر أن أحد العوضين المعينين في عقد الصلح مستحق للغير، أو أنه لا يصح تملكه كالخمر والخنزير، بطل الصلح بلا خلاف فيه، ضرورة أن العوضين في الصلح هما من أركانه، وإذا انتفى أحد الركبتين بطل الصلح حينئذ، ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح، الذي لا يوجب فساد العوض فساداً في عقد النكاح، بل يرجع إلى مهر المثل، لحرمة القياس، ولعدم العوض المقرر شرعاً هنا في الصلح لو بطل العوض المعين، بخلاف المهر فلو بطل ثبت مهر المثل.

ثم هذا كله إذا كان العوض معيناً، ولو كان العوض كلياً بالذمة وكان ما دفعه خارجاً مستحقاً للغير رجع ببذله ولا فساد في العقد.

(٨) غير معين، وهذا لا يكون إلا في الذمة.

(٩) لو ظهر العيب في المعين لا يبطل العقد لوجود العوض ولو بالجملة، مع أن وجود العيب في العوض موجب لثبوت الخيار، لقاعدة نفي الضرر، ولكن هل يثبت له الأرض أيضاً قياساً على ظهور العيب في أحد العوضين في البيع، حيث يثبت له التخيير بين الفسخ والأرض، أو لا يثبت له الأرض، لأن إثبات الفسخ له دافع للضرر المترتب عليه لو ألزم بقبول العوض المغيب، فإثبات الأرض بعد دفع الضرر بحاجة إلى دليل وهو منتقب، مع أن الأصل عدم ثبوت الأرض.

(١٠) بين الفسخ.

بمثله^(١) ففي ثبوت الخيار كالباع وجه قوي، دفعا للضرر المنفي الذي يثبت بمثله الخيار في البيع.

(ولا يعتبر في الصلح على النكدين القبض في المجلس^(٢))، لاختصاص الصرف بالبيع، وأصالة الصلح^(٣)، ويجيء على قول الشيخ اعتباره^(٤).

وأما من حيث الربا كما لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته فيه^(٥)، بل في كل معاوضة، لإطلاق التحريم في الآية^(٦)، والخير^(٧).

(ولو أتلّف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل، فالمشهور الصحة^(٨))، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان.

(١) مع جهالة المغبون يثبت له الخيار كما ثبت الخيار في البيع للغبن، لقاعدة نفي الضرر.

(٢) لما ثبت أن الصلح ليس فرعاً للبيع، وإنما هو عقد مستقل، فلا يُعتبر فيه ما اعتبر في بيع الصرف من التقابض في المجلس، لأن أدلة التقابض مختصة بالبيع، والصلح غير البيع، نعم على مذهب الشيخ حيث جعله فرعاً للبيع فيلحقه حكمه.

(٣) كون الصلح أصلاً برأسه.

(٤) اعتبار القبض في المجلس.

(٥) ثبوت الربا في الصلح وإن جعل عقداً مستقلاً، لإطلاق تحريم أدلة الربا، وقد تقدم بحثه في كتاب البيع.

(٦) وهي قوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾^(١).

(٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١.

(٨) الثوب من القيمي، وعليه فإذا أتلّف قيمياً فهل يثبت في ذمته مثله أو قيمته؟ فإن قلنا بالأول فالثابت ثوب مماثل له، وهذا الثوب وإن كان يساوي درهمين لكن لو صالحه على الثوب بدرهمين أو أكثر أو أقل فالصلح جائز، ولا ربا فيه، لتغاير جنس العوضين مع عدم كون الثوب مما يكال أو يوزن، وهذا ما ذهب إليه المشهور، ويدل عليه عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)^(٢)، لأنه ظاهر في ثبوت نفس الثوب عليه، =

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١١.

وهذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوباً فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان، فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع^(١) توجه الجواز أيضاً، لكن المجوز لا يقول به^(٢).

(ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي^(٣) سنة فيها صلح) للأصل^(٤)، ويكون هنا مفيداً فائدة العارية، (ولو أقر بها ثم صالحه على سكنى المقر صلح^(٥))

= والانتقال إلى قيمته لعدم إمكان أداء نفسه لأنه تالف، ولعدم إمكان مثله، لعدم معرفة مثل له.

وان قلنا بالثاني فيثبت في ذمة التالف قيمته وهو درهمان، فلو صالحه على الأقل أو الأكثر فالصلح باطل لأنه ربا، وهذا ما ذهب إليه الشهيديان في الدروس والمسالك والمحقق الثاني في جامع المقاصد، ونسب الحكم إلى الشيخ في الخلاف والمبسوط، لأن الخبر المتقدم ظاهر في رد ما أخذ، هذا إن وجد، وإن تلف فعليه رد قيمته.

(١) كما هو مذهب غير المشهور، فالنتجه هنا الصحة حيثئذ، لأن الصلح هنا على الدرهمين بأقل منها أو أزيد ليس من الربا المحرم بعد اختصاصه بالبيع، إلا أنه مبنى ضعيف كما تقدم في كتاب البيع، ثم لو سلم أن قيمة الثوب هي الثابتة في الذمة ولكن لا تختص القيمة بالدرهم أو الدينارين، بل يجوز أن يكون ما في الذمة أمراً كلياً، بمعنى أنه يلزمه ضمان ما يساوي الدرهمين، سواء كان من جنس الدراهم أم الدينارين أم غيرها، لا خصوص الدرهمين، وعليه فلو وقع الصلح في قبالة بأقل من الدرهمين فلا يلزم الربا، لعدم اتحاد جنس العوضين.

(٢) بالمبنى من اختصاص الربا بالبيع.

(٣) لو ادعى زيد داراً فأنكر من هي في يده، ثم صالحه المنكر على إسقاط دعواه في قبالة السكنى الدار سنة مثلاً، صح الصلح بلا خلاف ولا إشكال، لعدم جواز ومشروعية الصلح، ويكون هذا الصلح مفيداً فائدة العارية، لأنه انتفاع بالمنفعة لمدة معلومة بغير عوضين.

(٤) إما لإصالة الصحة في العقود، أو لوجود مقتضى الصحة هنا لمشروعية الصلح بعد عدم المانع.

(٥) لو ادعى زيد الدار فأقر من هي في يده، ثم صالح المدعي وهو المقر له على أن يسكن المقر الدار سنة، صح الصلح، لعدم جواز الصلح، ولأن الصلح مع الإقرار جائز على =

أيضاً، (ولا رجوع) في الصورتين، لما تقدم من أنه عقد لازم، وليس فرعاً على غيره.

(وعلى القول بفرعية العارية، له الرجوع^(١)) في الصورتين، لأن متعلقه^(٢) المنفعة بغير عوض فيهما^(٣) والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون^(٤) في مقابلة المنفعة عوض، فيكون^(٥) عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه^(٦) عند القائل بها^(٧).

(ولما كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب والتنازع) بين المتخاصمين بحسب

= ما تقدم، وفي كلتا الصورتين يكون الصلح لازماً، لعموم «أوفوا بالعقود»،^(١) بعد كون الصلح عقداً مستقلاً وليس فرعاً على غيره.

(١) على القول بفرعية الصلح وليس عقداً مستقلاً، ففي صورة الإنكار فيكون المنكر قد صالح المدعي على سكنى الدار سنة بغير عوض، لأن الصلح قد وقع على سكنى الدار في قبال إسقاط الدعوى، وإسقاطها ليس عوضاً يملكه المنكر، والعارية بغير عوض مما يجوز للمعير فسخها، فالصلح الذي يفيد ذلك مما يجوز للمعير هنا فسخه حيثئذ، وفي صورة الإقرار فالصلح من الذي قد أعترف له وهو المدعي على سكنى المقر الدار سنة، فالصلح على منفعة بغير عوض وهو فرع العارية، والعارية من دون عوض مما يجوز للمعير فسخها كما تقدم فيجوز للمدعي هنا فسخ الصلح كذلك.

هذا والشارح في المسالك جعل الصلح في صورة الإقرار مما يفيد المنفعة بعوض، لأنه قد وقع على سكنى الدار في قبال خروج العين عن يد المقر، وعليه فالعارية بعوض لازمة، فلا يجوز فسخ الصلح في صورة الإقرار.

(٢) متعلق الصلح.

(٣) في الصورتين.

(٤) واسمه متأخر.

(٥) الصلح.

(٦) في الصلح.

(٧) بفرعية العارية.

أصله، وإن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة (ذكر فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون، (وَلْتَشِير) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل):

(الأولى: لو كان بيدهما درهمان^(١) فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما)

(١) وادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدَ الدرهمين، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر نصف درهم، لأن مدعي أحد الدرهمين لا يدعي الدرهم الآخر، وهذا الدرهم الآخر يكون للآخر بلا منازع، لأنه تحت يده ويدعيه بدون معارض.

وأما الدرهم الأول فمدعي الدرهمين يدعيه، وكذا مدعي الدرهم، والدرهم تحت أيديهما، فكلُّ منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان، ويُعطى كل واحد منهما نصفَ درهم، فيكون لمدعي الدرهمين درهم ونصف، ولمدعي الدرهم نصف درهم، ويدل عليه فضلاً عن مقتضى قاعدة التحالف المتقدمة أخبار.

منها: صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحدٍ من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقرَّ بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسَّم الدرهم الثاني بينهما نصفين)^(٢)، ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة^(٣).

هذا وقاعدة التحالف تقتضي الحلف مع أن النصوص خالية عنه، وقد ذكر العلامة في التذكرة لزوم الحلف جمعاً بين النصوص والقاعدة، وعليه فإن حلفاً قُسم الدرهم بينهما، ومن نكل منهما قُضي به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفاً اليمين المردودة قُسم بينهما أيضاً، واستحسنه في المسالك، سواء كان مدعي الدرهم يدعي درهماً معيناً أم مشاعاً، وأما الشهيد في الدروس فقد ذهب إلى أن مدعي الدرهم إذا ادعى الدرهم المشاع فالدرهمان بينهما مناصفة، بعد حلف مدعي الدرهم للآخر على نفي دعواه عن الجميع، لأن النصف من الدرهمين بيد مدعي الدرهمين، وكذا النصف الآخر بيد مدعي الدرهم، فمدعي التمام خارج بالنسبة إلى النصف الذي تحت يد مدعي الدرهم، فيكون مدعي التمام مدعياً ومدعي الدرهم منكرراً بالنسبة لما تحت يده، فيحلف المنكر ويأخذ ما في يده من النصف، وأما النصف الآخر فهو تحت يد مدعي التمام بدون معارضة فهو له، وعليه فلا يجري التحالف.

خاصة (فللثاني نصف درهم) لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يداً، فَيُقَسَّم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منهما قُضِيَ به للآخر، ولو نكلا معاً، أو حلفاً^(١) قُسم بينهما نصفين، (وللأول الباقي)، قال المصنف في الدروس: «ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فإنه تقوى القسمة^(٢) نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا في كل مشاع»، وذكر فيها^(٣) «أن الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً، وذكروا المسألة في باب الصلح فجاز^(٤) أن يكون الصلح قهرياً، وجاز أن يكون اختيارياً، فإن امتنع^(٥) فاليمين»، وما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضاً فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

(وكذا لو أودعه رجل درهمن، وآخرُ درهماً،^(٦)،

(١) وكان الحلف لليمين المردودة.

(٢) قسمة الدرهمين.

(٣) في الدروس.

(٤) الأصحاب ذكروا المسألة في باب الصلح مع أنها ليست من هذا الباب فيجوز أن يكون ذكرهم لها في باب الصلح لأن الصلح فيها قهري أو اختياري.

(٥) بناء على كون الصلح اختيارياً وقد امتنعا عنه، فلا بد من يمين الثاني للأول بناء على مبنى الشهيد في الدروس، لأن هذا الكلام من تمة كلامه هناك.

(٦) لو وضع زيدُ درهمن عند ودعي، ووضع عمرو درهماً عند نفس الودعي، وامتزجا لا بتفريط منه، ثم تلف أحد الدراهم كذلك، أي: بدون تفريط من الودعي، فالشهور بين الأصحاب أن لصاحب الدرهمين درهماً ونصفاً، ولصاحب الدرهم نصف درهم، وذلك لأن أحد الدرهمين الباقيين هو لصاحب الدرهمين بلا إشكال فيه، والدرهم الآخر كما يحتمل أن يكون لصاحب الدرهمين فيحتمل أن يكون لصاحب الدرهم، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فمقتضى العدل تنصيفه نصفين بينهما، ويدل عليه خبر السكوني عن الصادق عن أبيه عليه السلام (في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخرُ ديناراً فضاع دينار منها، قال: يُعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويُقسَم الآخر بينهما نصفين)^(١).

وهذا الخبر مطابق لمقتضى قاعدة العدل المتقدمة، وكل من الخبر والقاعدة لا يقتضي =

وامتزجا^(١) لا بتفريط^(٢)، وتَلَف أحدهما^(٣) فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر بينهما.

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

ويشكل هنا مع ضعف المستند^(٤) بأن التالف لا يحتمل كونه لهما^(٥)، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا، فكيف يُقسم الدرهم بينهما، مع أنه يختص بأحدهما قطعاً.

والذي يقتضيه النظر، وتشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، ومال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب، والقول في اليمين كما مر^(٦) من عدم تعرض الأصحاب له.

وربما امتنع^(٧) هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه.

واحترز بالتلف لاعن تفريط، عما لو كان بتفريط، فإن الودعي يضمن

= الحلف، نعم الشهيد في الدروس استشكل في ذلك ومال إلى القرعة، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وهنا تعيين مالك الدرهم الثاني الباقي مشكل فمجراه القرعة.

(١) يراد بالامتزاج هو الاشتباه، لا عدم التمييز بين المالين.

(٢) من الودعي، وإلا لو كان بتفريط منه فيضمن درهماً مكان التالف، ويكون لصاحب الدرهمين درهماً، ولصاحب الدرهم درهم.

(٣) لا بتفريط من الودعي أيضاً، وإلا يجري فيه الحكم السابق، وكان الأحسن تأخير قيد (لا بتفريط) لما بعد التلف.

(٤) لأن السكوني عامي، وفيه: أنه ثقة ومنجبر بعمل الأصحاب، وموافق لقاعدة العدل والإنصاف.

(٥) لأن الدرهم التالف من أحدهما قطعاً، وليس من كليهما، فالتالف إما درهم من درهمي زيد أو درهم عمرو، فكيف جعل المشهور التلف عليهما معاً مع أنه يختص بأحدهما.

(٦) فالأصحاب في المسألة السابقة لم يحكموا باليمين تمسكاً بالنصوص وإن كانت القاعدة تفرض الحلف، فهنا لم يذكروا اليمين مع إطلاق النص، وقاعدة العدل والإنصاف لا تقتضيه.

(٧) الحلف، لأن كلاً منهما لا يعلم أن الدرهم الباقي هو عين ماله، ومعه لا جزم فكيف يحلف على أنه له.

التالف فيضم إليهما ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك^(١) التعاسر^(٢) على العين فيتجه القرعة، ولو كان بدل الدراهم مالا يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز^(٣) وهو متساويها كالحنطة والشعير، وكان لأحدهما قفيزان مثلاً، وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط، فالتالف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز، والفرق أن الذهاب هنا عليهما معاً، بخلاف الدراهم، لأنه يختص بأحدهما قطعاً.

(الثانية: يجوز جعلُ السقي بالماء عوضاً للصلح^(٤)) بأن يكون مورده^(٥) أمراً

(١) مع ضم الودعي درهماً ثالثاً.

(٢) إذ قد يدعي أحدهما أن ماله في الدرهمين الباقيين، أو يدعي كل منهما أن ماله في هذين الدرهمين فيبقى التعاسر على حاله وإن ضم الودعي درهماً ثالثاً، فالتوجه القرعة حينئذ، لأنها لكل أمرٍ مشكل، وتعيين مال كل منهما مشكل فالرجع القرعة.

(٣) كما لو أودع زيد عند رجل قفيزين من حنطة وأودع عمرو قفيزاً عنده، فامتزجا واختلطوا ولم يتميز الأجزاء، ثم تلف قفيز بغير تفريط من الودعي، فالباقي وهو القفيزان مما تحصل فيه الشركة قهراً، لأنه بعد الامتزاج أصبحت الأقفزة الثلاثة مالاً مشتركاً للثنتين، فإذا تلف قفيز فالتلف عليهما بنسبة المالين، فعلى صاحب القفيزين تلف ثلثي قفيز، وعلى صاحب القفيز تلف ثلث قفيز.

والفرق بين هذا الفرع وسابقه أن المال هنا كان شراكة بعد المزج فالتلف عليهما، والمال هناك لم يقع مورداً للشركة فالتلف من أحدهما خاصة.

(٤) أصل المسألة فيما لو ادعى شخص على آخر بشيء، فأنكر المدعى عليه أو أقر، ولكنه صالح المدعى على أن يستقي شجر المدعى بماء المدعى عليه في قبال ما ادعى به، فقال الشيخ: لا يصح هذا الصلح، لأن العوض - وهو الماء - مجهول، بناءً على كون هذا الصلح فرعاً للبيع، وكما لا يصح البيع بعوض مجهول فكذا الصلح المتفرع عليه.

وغيره قائل بالصحة إما لأن الصلح ليس فرعاً للبيع، فالشرط في البيع من معلومية العوض لا يجري في الصلح إلا بدليل، وهو منتفٍ، أو لو سلمنا كما هو الحق من لا بدية العلم بالعوض سواء قلنا بفرعية الصلح أم بكونه عقداً مستقلاً، فمجهولية الماء هنا لا تضر بصحة المعاملة، لأنه يصح بيع ماء الشرب الموجود في العين أو النهر فيما لو قُدر بمدّة معينة مع الشهادة، وإذا جاز ذلك في البيع فيجوز في الصلح، والمشاهدة مع العلم بالمدة تغني عن العلم بالمقدار فلا جهالة حينئذ.

(٥) مورد الصلح، بحيث يصلح على العين التي ادعاها في قبال ماء السقي، فيكون ماء السقي عوضاً عن مورد الصلح من العين أو المتفعة.

آخر من عين، أو منفعة، (و) كذا يجوز كونه^(١) (مورداً له)^(٢)، وعوضه أمراً آخر كذلك^(٣)، وكذا لو كان أحدهما^(٤) عوضاً، والآخر مورداً^(٥)، كل ذلك مع ضبطه^(٦) بمدة معلومة، ولو تعلق بسقي شيء مضبوط^(٧) دائماً^(٨)، أو بالسقي بالماء أجمع^(٩) دائماً^(١٠)، وإن جهل المسقي لم يبعد الصحة^(١١)، وخالف الشيخ رحمه الله في الجميع محتجاً بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين والبئر^(١٢)، وبيع جزء مشاع منه^(١٣)، وجعله عوضاً للمصلح^(١٤)، ويمكن تخصيصه^(١٥) المنع هنا

(١) ماء السقي.

(٢) للمصلح، بحيث يقع الصلح على ماء السقي في قبال عين أو منفعة، فتكون العين أو المنفعة عوضاً عن مورد الصلح.

(٣) من عين أو منفعة.

(٤) أحد السقيين.

(٥) بحيث يصلح على سقي زرع في قبال سقي زرع له.

(٦) ضبط السقي.

(٧) بحيث تعلق الصلح بسقي هذا البستان، وهو شيء مضبوط لا ينقص ولا يزيد.

(٨) وكون السقي في كل أسبوع مرة مثلاً.

(٩) بحيث تعلق الصلح بسقي هذا الماء المعلوم بالمشاهدة، وإن جهل المسقي وهو البستان.

(١٠) في كل أسبوع مرة مثلاً.

(١١) ففي الصورة الثانية فالمشاهدة قد وقعت على مجموع الماء وهي تغني عن العلم بمقداره،

وفي الصورة الأولى ما دام قد عرف المسقي فيعرف ما يحتاجه من ماء، وهو يغني عن

العلم بمقداره، وجهالة المقدار وعدم العلم به في كل الصور مغتفرة، لأن المشاهدة تغني

عن العلم كما هو واضح.

(١٢) للشرب، مع عدم معرفة كمية الماء مع حصول المشاهدة.

(١٣) من ماء العين والبئر.

(١٤) جعل الشيخ الماء المشاهد للشرب عوضاً للمصلح، فعليه أن يقول بجواز جعل الماء المشاهد

للسقي عوضاً للمصلح، لأن الفرق بينهما غير فارق، ما دامت المشاهدة في كليهما تغني

عن العلم بالمقدار.

(١٥) تخصيص الشيخ للمنع هنا في عوض الصلح على ماء السقي، من ناحية أن السقي غير

معين بمدة مضبوطة، كما اتفق عدم الضبط في عبارات الكثير من الفقهاء.

وفيه: أن عبارات الكثير من الفقهاء وإن كانت مطلقة من ناحية الضبط إلا أن مرادهم

منها المقيد بمدة معلومة، حتى ترتفع الجهالة، وتكون المشاهدة مغنية عن العلم بالمقدار.

بغير المضبوط كما اتفق مطلقاً في عبارة كثير.

(وكذا) يصح الصلح (على إجراء الماء على سطحه^(١)، أو ساحته) جاعلاً له^(٢) عوضاً ومورداً (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء) بأن يُقَدَّر مجراه طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة على المحل المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً^(٣)، لكن ينبغي مشاهدة الماء^(٤)، أو وصفه^(٥)، لاختلاف الحال^(٦) بقلته، وكثرتة، ولو كان ماء مطر^(٧) اختلف أيضاً بكبر ما يقع عليه وصغره، فمعرفة تحصل بمعرفة محله، ولو سقط^(٨) السطح بعد الصلح أو

(١) بحيث صالح المدعي المدعى عليه في قبال المدعى به على أن يجري المدعى عليه ماء المدعي على سطح أرض المدعى عليه أو ساحته ليصل الماء إلى أرض المدعي، فيكون جريان الماء على السطح أو الساحة عوضاً عن العين، والصلح فيه جائز، بلا خلاف ولا إشكال، لعموم أدلة مشروعية الصلح، نعم لا بد أن يعلم موضع الجريان من أرض المدعى عليه، بحيث يعلم طولُه وعرضه لترتفع الجهالة، لأن جريان الماء بعرض متر هو أقل من جريانه بعرض مترين، وجريانه بطول عشرة أمتار في أرض المدعى عليه هو أقل من جريانه بطول عشرين وهكذا، ولا يعتبر تعيين العمق كما عليه الشهيدان، لأن المدعي هنا قد مَلَكَ المجرى بالصالحة، ومن ملك شيئاً مَلَكَ قراره إلى تخوم الأرض، واستشكل عليهما في الجواهر بأنه مَلَكَ استحقاق إجراء الماء لا أنه مَلَكَ المجرى، وعليه لا بد من تعيين العمق.

(٢) للجريان.

(٣) قليلاً كان أو كثيراً.

(٤) بالنسبة للمدعى عليه، لأن الماء سيجري في أرضه، فلا بد من رؤيته ورؤية جريانه، لترتفع الجهالة، لأن الماء الكثير قوياً في جريانه بخلاف الماء القليل، والقوي موجب للضرر في حال المجرى فتشترط رؤيته، ولذا قال في المسالك: «وقد أطلق المصنف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته لرفع الغرر، ولا بأس باعتباره - أي اعتبار شرط المشاهدة - لاختلاف الأغراض بقلته وكثرتة» انتهى.

(٥) كقوته.

(٦) حال المجرى في التضرب بكثرة الرطوبة وكثرة الدفع.

(٧) بحيث وقع الصلح على جريان ماء المطر في أرض المدعى عليه، فيشترط علم المدعى عليه بكمية ماء المطر، وتعرف الكمية بمعرفة الموطن الذي يسقط فيه.

(٨) سقوطاً مانعاً من جريان الماء عليه.

احتاجت الساقية^(١) إلى إصلاح فعلى مالكهما^(٢)، لتوقف الحق^(٣) عليه، وليس على المصالح مساعدته.

(الثالثة: ولو تنازع صاحب السفلى^(٤) والعلو في جدار البيت^(٥) حلف صاحب السفلى)، لأن جدران البيت كالجزم منه^(٦) فيحكم بها لصاحب الجملة، وقيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة^(٧) والأشهر الأول، (و لو تنازعا (في جدران الغرفة بحلف صاحبها^(٨)) لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لاتعلق له به^(٩) إلا كونه موضوعاً على ملكه، وذلك لا يقتضي

(١) مجرى الماء.

(٢) على نحو الوجوب، لأن جريان الماء متوقف على الإصلاح، فيجب الإصلاح حيثئذ من باب وجوب المقدمة، والإصلاح على المالك، لأنها ملكه، فالغرم عليه كما كان الغنم له.

(٣) حق المصالح من جريان الماء، فهو متوقف على الإصلاح.

(٤) قال في المصباح: «والسفل خلاف العلو، بالضم، والكسر لغة، وابن قتيبة يمنع الضم» انتهى.

(٥) لو تنازع صاحب الأسفل مع صاحب الأعلى في جدران البيت الحاملة للأعلى، فالمشهور أن القول قول صاحب الأسفل مع يمينه، لأن جدران البيت المتنازع في ملكيتها جزء من البيت الأسفل، وهو تحت يد صاحب الأسفل، فالأعلى مدع والأسفل منكر، فيقدم قول الأسفل مع يمينه.

ونقل عن ابن الجنيدي: أن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليها واحدة، فكل منهما مدع ومنكر فيحلفان وتكون الجدران لهما، وكذا لو نكلا، وأما لو حلف أحدهما ونكل الآخر فالجدران للحالف.

(٦) من البيت الأسفل، هذا وقد جعل الشارح الجدران كالجزم، مع أنه في المسالك قد صرح بأنها جزء، حيث قال: «هذا هو المشهور ويعضده أن جدران البيت جزؤه» انتهى.

(٧) فصاحب العلو محتاج إلى الجدار لأن بناءه عليه، وصاحب الأسفل محتاج إليه، لأن سقفه عليه، ولأنه يستره عن عيون الناس.

(٨) فلو كان هناك بيت هو ملك لإنسان، وفوق البيت غرفة ويسكنها شخص آخر وهو مالك لها، فتنازع صاحب الأسفل مع ساكن الغرفة في جدران الغرفة الفوقية فيقدم قول مالك الغرفة، لأن الجدران جزء منها، ويقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، لأن خصمه لا يد له على الغرفة فهو مدع، بلا خلاف في ذلك حتى من ابن الجنيدي.

(٩) بجدار الغرفة.

الملكية، مع معارضة اليد، (وكذا) يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا (في سقفا)^(١) الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى^(٢).
(ولو تنازعا في سقف البيت^(٣)) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقرع بينهما)^(٤)،

(١) سقف الغرفة، ولذا وصفه الشارح بأنه هو الذي فوق الغرفة، احترازاً عن أرض الغرفة الذي هو جزء من سطح البيت الأسفل، والسقف المذكور جزء من الغرفة، وساكنها يده عليها فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٢) تقديم قول صاحب الغرفة في السقف أولى من تقديم قوله في الجدار، ووجه الأولوية أن الجدار - أعني جدار الغرفة - قد يأتي فيه احتمال أن يكون صاحب الأسفل قد بنى جداراً على سطحه، أما في سقف الغرفة فلا يأتي هذا الاحتمال، لاستحالة أن يكون قد بنى سقفاً فوق سقفه بدون جدار، ولو كان مع الجدار فلا معنى لحصر النزاع في السقف مع التسليم بكون الجدار لصاحب الغرفة.

(٣) لو تنازع صاحب الأسفل وصاحب الغرفة العليا في سقف البيت، الذي هو سقف للأسفل وأرض للغرفة، وهو المتوسط بين البيت والغرفة، بحيث يكون سقفاً للأسفل وحاملاً للغرفة، فقد وقع الخلاف على أقوال:

الأول: أنهما يتويان فيه، لأنه سقف للأسفل وأرض للغرفة فهو جزء من كل منهما، فإذا ادعاه كل منهما، فكل واحد منهما مدع ومنكر فيتحالفان وهو لهما، وكذا لو نكلا، وأما لو نكل أحدهما وحلف الآخر فهو للحالف، وهو قول الشيخ في المبسوط وقواه في الدروس.

الثاني: أن السقف المذكور لصاحب الغرفة، لأن الغرفة العليا متقومة بأرضها الحاملة لها، والبيت قد يكون بغير سقف، ولكنه لا يكون بغير أرض، وعليه فيما أنهما متفقان على أنه توجد غرفة عليا وساكنها يده عليها، فهما متفقان على أن يد ساكن الغرفة على أرضها الحاملة لها، فيكون صاحب الغرفة يده على السقف الحامل دون صاحب البيت الأسفل، فالأول منكر والثاني مدع، فيقدم قول صاحب الغرفة مع يمينه، وهو قول ابن الجنييد وابن إدريس واختاره المحقق الثاني في جامع المقاصد، ورتبته الفاضل في الكثير من كتبه، ومال إليه الشارح هنا وفي المسالك.

القول الثالث: أنه يقرع بينهما، لأنها لكل أمر مشكل، وتعيين السقف المذكور مشكل، فمجراه القرعة، وهو قول منسوب إلى الشيخ، واستحسنه المحقق في الشرائع، وهو قول اللاتن هنا.

(٤) كما هو القول الثالث.

لاستوائهما في الحاجة إليه^(١)، والانتفاع به، والقرعة لكل أمر مشتبه.

ويشكل^(٢) بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين، بل هو حق لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معاً، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالأجزاء من كل منهما، وفي الدروس قوَى اشتراكهما فيه مع خلفهما، أو نكولهما، وإلا اختص بالخالف لما ذكر من الوجه^(٣).

وقيل: يُقضى به لصاحب الغرفة^(٤)، لأنها لا تتحقق بدونها، لكونه أرضها، والبيت يتحقق بدون السقف، وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه^(٥) أغلب من تصرف الآخر، وليس ببعيد.

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج^(٦).....

(١) فلا مزية لأحدهما على الآخر، ليكون أحدهما صاحب يد على السقف.

(٢) وجه الإشكال أن مورد القرعة عند كون المال لأحدهما خاصة، ولكنه غير مُبَيَّن بأنه الأول أو الثاني، فَيُعَيَّن بالقرعة، مع أن السقف هنا قد يكون مشتركاً بينهما كما هو القول الأول، فتعيين المالك بالقرعة على هذا الاحتمال ليس في محله.

ثم العجب من المصنف حيث ذهب في الدروس إلى اشتراك السقف بينهما كما هو القول الأول، مع أنه هنا في اللمة ذهب إلى القرعة.

(٣) وهو احتياجهما إليه فأيديهما عليه، وعليه فوجه دليل الاشتراك هو بعينه وجه دليل القرعة.

(٤) كما هو القول الثاني المتقدم.

(٥) تصرف صاحب الغرفة في هذا السقف المذكور، لأنه أرض غرفته، هو أكثر من تصرف صاحب الأسفل فيه، لأن الإنسان يتصرف بأرض بيته أكثر من تصرفه بسفحه.

(٦) لا يمكن إحداثه بعد بناء البيت الأسفل، بل يُبْنَى مع بناء البيت الأسفل، كالأزج، وهو على ما في المصباح «يبنى طولاً، ويقال: الأزج السقف، والجمع أزاج مثل سبب وأسباب»، وبناء الأزج كما في جامع المقاصد «هو بناء معروف بقعد فوق الجدران بالجلس والآجر غالباً، ولا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يُفعل قبل امتداد الجدار في العلو، لأنه لا بد من إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل =

الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه^(١) إلى إخراج بعض الأجزاء^(٢) عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه، ليكون حاملاً للعقد^(٣)، فيحصل به^(٤) الترصيف^(٥) بين السقف والجدران، فهو لصاحب السفلى يمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه.

(الرابعة: إذا تنازع صاحب عُرف الخان، وصاحب بيوته في المسلك^(٦))،

= العقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإنه باتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له انتهى، وإذا عرفت بناء الأزج فصاحب الأسفل يده عليه فيكون صاحب الغرفة خارجاً، فالثاني مدع والأول منكر، لموافقة قوله الظاهر، فيقدم قوله مع يمينه.

(١) احتياج الأزج وهو العقد.

(٢) أجزاء الجدار.

(٣) هذا الجزء الخارج عن سمت الجدار هو الحامل للعقد.

(٤) بالجزء الخارج.

(٥) وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر.

(٦) صاحب بيوت الخان، أي: صاحب بيوت الخان السفلى، وصاحب العُرف هو صاحب بيوت الخان العليا، فلو تداعيا الصحن الذي وضعت المرقاة في صدره، والصدر هو نهايته في السعة، وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب، فكل منهما يقول: إن الصحن له يُقضى من الصحن لصاحب الأعلى بما يسلك فيه إلى العلو، أو فقل يُقضى من الصحن بعمير له، ولكن هذا المر في الصحن يشاركه صاحب الأسفل فيه أيضاً، والزائد عن المر يكون لصاحب الأسفل فقط، هذا على المشهور، وذلك لأن يد صاحب الأسفل على نفس المر لاقتفاره إلى السلوك في الصحن إلى بيوته السفلى، ويد صاحب الأعلى على المر أيضاً لسلوكه إلى غرفة العليا، ومع ثبوت أيديهما معاً عليه فلو ادعاه كل واحد منهما فكل منهما مدع ومنكر فيتحالفان وهو لهما.

وأما الزائد عن المر فلا يد لصاحب الأعلى عليه، لأنه لا يفتقر في السلوك إلى الزائد، مع أن يد صاحب الأسفل عليه بحسب الظاهر، فالثاني منكر والأول مدع، فيقدم قول صاحب الأسفل مع يمينه.

واحتتمل الشهيد في الدروس الاشتراك بينهما في تمام الصحن، المر والزائد عليه، لأن صاحب الأعلى لا يُكلف بالمرور على خط مستوي، ولا يُمنع من وضع شيء في الصحن =

والمراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله: (حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه، وحلف الآخر على الزائد)، لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة^(١)، أو معين لا يزيد عن القدر^(٢)، لم يكن على الآخر^(٣) حلف، لعدم منازعته له^(٤) في الزائد.

ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك^(٥) كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف، وله عليه يد في جملة الصحن، وأما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه دار لبيوته، فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به.

وفي الدروس رجح كون المسلك بينهما، واختصاص الأسفل بالباقي^(٦)، وعليه جماعة، لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه^(٧)، وينفرد^(٨) بالباقي،

= ولا من الجلوس قليلاً، وهذا إمارَةٌ على أنه ذو يدٍ على تمام الصحن، كما أن صاحب الأسفل كذلك، فكل منهما مدعٍ ومنكرٍ فيتحالفان ويكون الصحن لهما.

وحكم الماتن في اللعنة هنا بكون المر للآعلى فقط والباقي من الصحن للأسفل فقط، لأن يد الأعلى على المر كما هو واضح، لأنه مسلكه إلى الأعلى فصاحب الأسفل يكون مدعياً فيقدم قول صاحب الأعلى في المر مع يمينه، وأما الزائد من الصحن فيد صاحب الأسفل عليه فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، وسيأتي بيان ضعفه.

(١) جملة تعليلية، لكون المراد من المسلك في كلام الماتن هو تمام الصحن، لأنه لو كان النزاع بينهما على خصوص المسلك لا على تمام الصحن، فالمسلك المتنازع عليه إما معين لا يزيد عن قدر المسلك، أو مسلك في الجملة، وعلى كل منهما فلا يجوز للأعلى أن يطالب الأسفل باليمين على الزائد لعدم التنازع فيه، مع أن الماتن قد حكم بكون اليمين على الأسفل في الزائد، وهذا كاشف عن أن النزاع في تمام الصحن، ولذا حملنا لفظ المسلك على التمام.

(٢) عن قدر سلوكه.

(٣) وهو الأسفل بالنسبة للزائد.

(٤) لعدم منازعة الأعلى للأسفل.

(٥) وهو قول المصنف وقد تقدم، وفيه: أن يد الأعلى على المر غير مشكوك فيه، وهذا لا ينفي وجود يد صاحب الأسفل عليه كما عليه المشهور.

(٦) وهو قول المشهور.

(٧) في المسلك.

(٨) ينفرد الأسفل بالباقي من الصحن.

فيكون قَدْرُ المسلك بينهما، واحتمل^(١) الاشتراك في العرصة أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستوي، ولا يمنع من وضع شيء فيها، ولا من الجلوس قليلاً، فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن^(٢) تشاركاً في المر إليه^(٣)، أو اختص به الأعلى^(٤)، وإن كان المرقى في دهليزه^(٥) خارجاً^(٦)، لم يشارك الأسفل في شيء من الصحن، إذ لا يد له على شيء منها^(٧)، ولو كان المرقى في ظهره^(٨) اختص صاحب السفلى بالصحن والدهليز أجمع.

(و) لو تنازعا (في الدرجة)^(٩) يحلف العلوي، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفلى، وكما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها^(١٠)،

(١) الشهيد في الدروس.

(٢) كما هو الغالب، وقد بُني النزاع السابق على ذلك.

(٣) إلى المرقى، والمشاركة هو قول المشهور المتقدم، وأيضاً يتشاركان في المر على احتمال المصنف في الدروس، لأن اشتراكهما في تمام الصحن مستلزم لاشتراكهما في المر.

(٤) على قول المصنف في اللعنة هنا.

(٥) قال في المسالك: «والدهليز بكسر الدال ما بين الباب والدار، وهو فارسي معرب».

(٦) كان المرقى إلى الأعلى في دهليز الخان عند باب الخان، لم يشارك الأعلى الأسفل في صحن الخان، بل يكون تمام الصحن للأسفل لوجود يده عليه، مع عدم وجود يد للأعلى عليه كما هو واضح.

(٧) من عرصة الصحن.

(٨) ظهر الخان، فيختص صاحب الأسفل بالصحن بتمامه وبالدهليز أجمع، لأن يده عليهما، بخلاف الأعلى فلا يد له عليهما.

(٩) فيفرض بها لصاحب الأعلى مع يمينه، لاختصاصه بالتصرف بها بالسلوك، فهو صاحب اليد عليهما، وهي وإن كانت موضوعة في أرض الصحن التي هي للأسفل، إلا أن مجرد الوضع لا يوجب كون الأسفل صاحب يد عليها.

(١٠) للأعلى عند النزاع في محل الدرجة، أما مع عدم المنازعة فيحكم لمن يدهيها.

إن قلت: إن الدرجة في أرض الأسفل، لأنها في الزائد عن المر، والزائد للأسفل.

قلت: ما قبل وضع الدرجة كان محلها للأسفل فيدها عليها فيقدم قوله مع يمينه عند =

(وفي الخزانة تحتها^(١) يقرع) بينهما^(٢)، لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، وكونها هواء الملك الأعلى، وهو كالقرار، فيقرع. ويشكل بما مر في السقف^(٣)، ويقوى استوائهما فيها مع حلف كلي لصاحبه، وهو اختياره في الدروس، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها^(٤). ويشكل أيضاً الحكم في الدرجة^(٥) مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قُضي

= التنازع، وأما بعد البناء فبحسب الظاهر أن الأعلى هو صاحب اليد على الحل، إذ لعله قد اشترى المحل المذكور من الأسفل.

(١) تحت الدرجة.

(٢) لأن لكل واحد منهما شاهداً على أنه صاحب يد عليها، فباختبار أن الدرجة لصاحب العلو، وإذا ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض كما يملك عنائه إلى السماء فيكون الأعلى صاحب يد عليها، وباختبار أن الخزانة متصلة بملك الأسفل فهو صاحب يد كذلك، ومع التنازع فكل منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان كما عليه المحقق والفاضل والشهيد في الدروس.

وذهب الماتن هنا إلى القرعة، لأن تعيين الخزانة مشكل وهو مجرى القرعة، وفيه: أن القرعة تجري إذا علمنا على نحو القطع أن الخزانة لأحدهما فقط، لأن موردها فيما لو كان المتنازع لأحدهما واقعاً إلا أنه مشتبه ظاهراً، أما مع احتمال الاشتراك فلا تأتي القرعة.

(٣) في سقف البيت في المسألة الثالثة المتقدمة، وقد تقدم الإشكال أيضاً هنا، وتبين وجهه.

(٤) تحت الخزانة، فوضع الآلات من كيزان ونحوها لا يجعل صاحب الأسفل صاحب يد على نحو الانحصار.

(٥) بالحكم فيها للأعلى مع اختلافهما بالخزانة التي تحت الدرجة، فلو حكمنا بكون الخزانة لهما كما هو مذهب جماعة، أو بكون الخزانة للأسفل بحسب القرعة كما هو قول الماتن هنا مع أن البناء الذي هو فوق الدرجة للأعلى فتكون الدرجة كالسقف المتوسط بين البيت السفلي والغرفة الفوقية، وعليه فكما جرى النزاع في السقف على أقوال يجب أن يجري في الدرجة، مع أن الحكم فيها للأعلى بغير خلاف.

وفيه: أن قياس الدرجة على السقف غير صحيح، لأن الدرجة عما يحتاج إليها العلوي فقط بخلاف السقف المذكور فإنهما بحاجة إليه معاً.

بالخزانة لهما^(١)، أو حُكِمَ بها للأسفل بوجه^(٢) تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، لعين ما ذكر^(٣)، خصوصاً مع الحكم بها^(٤) للأسفل وحده^(٥)، فينبغي حيثئذ^(٦) أن يجري فيها^(٧) الخلاف السابق^(٨) ومرجح^(٩)، ولو قضينا بالسقف للأعلى^(١٠) زال الإشكال هنا^(١١)، وإنما يأتي^(١٢) على مذهب المصنف هنا^(١٣)، وفي الدروس^(١٤)، فإنه^(١٥) لا يجامع اختصاص العلوي بها^(١٦) مطلقاً^(١٧).

(الخامسة: لو تنازع راكب الدابة، وقابضُ لجامها) فيها^(١٨) (حلف الراكب)^(١٩) لقوة يده، وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض.

(١) كما هو مذهب جماعة.

(٢) وهو القرعة على مبنى الماتن هنا.

(٣) الخلاف في السقف يجري في الدرجة لأنهما من مورد واحد.

(٤) بالخزانة.

(٥) لو خرجت القرعة باسمه وهو مبنى الماتن هنا.

(٦) حين الحكم بكون الخزانة للأسفل وحده.

(٧) في الدرجة.

(٨) المتقدم في السقف.

(٩) والشارح قد زجج الاشتراك مع التحالف فراجع.

(١٠) وهو القول الثاني المتقدم في الشرح في المسألة الثالثة.

(١١) حيث تكون الدرجة هنا للعلوي، وهذا ما حكم به الجميع من دون مخالف.

(١٢) يأتي الإشكال.

(١٣) في اللمعة حيث حكم في السقف بالقرعة بينهما، فلو خرجت باسم الأسفل لكان

مناقضاً للحكم بكون الدرجة للعلوي، لأن الدرجة والسقف متحدان الحكم.

(١٤) يأتي الإشكال حيث جعل السقف مشتركاً فلا يكون العلوي مختصاً به، فكيف يكون

العلوي مختصاً بالدرجة، مع أن حكمها حكم السقف.

(١٥) حكم المصنف في السقف في اللمعة والدروس.

(١٦) بالدرجة.

(١٧) في كل الأحوال.

(١٨) في الدابة.

(١٩) ذهب الشيخ في المبسوط إلى تقديم قول الراكب مع يمينه، لأن يد كل منهما على الدابة،

إلا أن يد الراكب على الدابة أقوى من يد قابض اللجام، وتصرف الراكب أشد من تصرف =

وقيل: يستويان في الدعوى، لاشتراكهما في اليد، وقوتها لامدخل له في الترجيح، ولهذا لم تؤثر في ثوبٍ بيد أحدهما أكثره كما سيأتي، وما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً، وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما^(١)، وهو قوي، فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينة، وأما اللجام فيقضي به لمن هو في يده^(٢)، والسرج لراكبه^(٣).

(ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره فهما سواء^(٤))، لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد^(٥)، بخلاف الركوب وقبض اللجام، نعم لو كان أحدهما ممسكاً له، والآخر لابساً^(٦)

= الآخر، وزيادة اليد وشدة التصرف تجعل الراكب هو صاحب اليد دون قابض اللجام.

وذهب الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر وغيرهما إلى أنها سواء في الدعوى، لثبوت يد كل منهما عليها، وزيادة التصرف للراكب لم تثبت أنها مرجح، كما أن قوة يد الراكب لا مدخل لها في الترجيح بعد ثبوت يد الآخر، فيتحالفان، وهي لهما.

(١) فقد عُرِف المدعي بأنه إذا تَرَكَ ترك، وبأن قوله مخالف للأصل، وبأن قوله مخالف للظاهر، وعُرِف المنكر بأنه إذا تَرَكَ ترك، وبأن قوله موافق للأصل، وبأن قوله موافق للظاهر.

فالراكب لو تَرَكَ الدابة لتركه قابض اللجام وكذا العكس، والراكب لو تركه قابض اللجام على الدابة لانتهت الدعوى، وكذا العكس.

والراكب قوله مخالف للأصل، إذ الأصل عدم كون الدابة له، وكذا يجري في قابض اللجام، والراكب قوله مخالف للظاهر، لأن الظاهر وهو العرف يرى أن الدابة لقابض لجامها عند انفراده، وكذا العكس، لأن العرف يرى أن الدابة لراكبها عند انفراده.

(٢) لأن يد القابض عليه دون الراكب، فالأول منكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٣) لثبوت يده عليه دون قابض اللجام.

(٤) لاشتراكهما في مسمى اليد، ولا ترجيح لزيادة اليد، إذ لم يثبت أنها دليل شرعي، وعليه فكل منهما مدعٍ ومنكر فيتحالفان.

(٥) لأن العرف يرى أن كلاً منهما متصرف بالثوب بدون الترجيح بقلته أو كثرته، بخلاف مسألة الراكب وقابض اللجام حيث يرى العرف أن الراكب متصرفاً بالدابة أكثر من تصرف الآخر.

(٦) فيد كل منهما على الثوب، إلا أن اللابس يده أقوى وتصرفه أشد وأكثر فيجري هنا ما يجري في مسألة الراكب والقابض في الدابة، إلا أن يقال كما في المسالك: «وربما قيل =

فكمسألة الراكب والقابض، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة.

(وكذا) لو تنازعا (في العبد وعليه ثياب لأحدهما^(١)) ويدهما (عليه) فلا يُرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده^(٢) إذ لا دخل للابس في الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالِكها، أو بقوله، أو بالعارية، ولا يرد مثله في الركوب، لأن الراكب ذو يد^(٣) بخلاف العبد، فإن اليد للمدعي، لا له^(٤)، ويتفرع عليه^(٥) ما لو كان لأحدهما عليه^(٦) يدٌ، وللآخر ثياب خاصة فالعبرة بصاحب اليد.

(ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمة الحاملة^(٧)) وإن كان للآخر عليها

= هنا بتقديم اللابس، لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا وهو غالب على الثوب مستقل اليد انتهى.

(١) مع فرض ثبوت أيديهما عليه، فهما فيه سواء، وثياب أحدهما لا مدخلة لها في زيادة الملك، إذ قد يلبسها بغير إذن مالِكها أو بالعارية، فهي ليست يداً عرفاً.

(٢) كما يرجح الراكب بزيادة وصف الركوب على يده المشتركة مع يد الآخر، ومن هنا وقع الترجيح بالركوب دون الترجيح باللبس.

(٣) فالراكب له يدٌ على الدابة، وقد تقوّت بالركوب، وصاحب الثياب وإن كان له يدٌ على العبد لكن لم تقوّ باللبس، لأن الثياب وإن كانت تحت يد العبد، إلا أن العبد لا يدٌ له فالثياب تحت يد المدعي من رأس، فلم يسلم للمدعي إلا يده على العبد دون اللبس.

(٤) لا للعبد.

(٥) على كون اللبس ليس يداً.

(٦) على العبد.

(٧) لو اختلف اثنان في ملكية البهيمة الحاملة فهنا فرعان:

الأول: أن لا يكون لأحدهما يدٌ على البهيمة إلا حمل أحدهما عليها فيقدم قوله مع يمينه، لأنه يستفاد من وجود الحمل عليها كونه مستقلاً بها وصاحب يد عليها.

الثاني: أن يكون لأحدهما حمل عليها وللثاني يدٌ ككونه مسكاً بزمامها، فهي كمسألة الراكب وقابض اللجام، إلا أن هناك وقع الخلاف وهنا لا خلاف في تقديم صاحب الحمل لكونه أشدّ تصرفاً وأشدّ يداً، قال الشارح في المسالك: «إلا أن مسألة الحمل أقوى، ولهذا لم يذكر فيها خلافاً، ووجهه أن الحمل أقوى دليلاً على كمال الاستيلاء، فإن الركوب أسهل تعلقاً من الحمل، وفي الدروس جعل الراكب ولابس الثوب وذا الحمل سواء في الحكم، وهو كذلك» انتهى.

يد أيضاً بقبض زمام، ونحوه، لدلالة الجمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح، وفي الدروس سوى بين الراكب، ولابس الثوب، وذي الجمل في الحكم، وهو حسن، (و) كذا يرجح (صاحب البيت في) دعوى (الغرفة) الكاتنة (عليه وإن كان بابها مفتوحاً) إلى المدعي الآخر^(١)، لأنها موضوعة في ملكه وهو هواء بيته، ويجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى وغيرها، وإلا قُدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى، مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، وعدم تأثير قوة اليد^(٢).

(السادسة: لو تداعيا جداراً غير متصل بيناهما^(٣)، أو متصلاً بينهما) معاً اتصال ترصيف^(٤)، وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثاً بعد وضع الحائط المتصل به (فإن حلفاً، أو نكلاً فهو لهما، وإلا) فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر (فهو للحالف، ولو اتصل بأحدهما) خاصة^(٥) (حلف) وقُضي له به.

(١) لو تداعيا غرفةً على بيت أحدهما غير أن بابها إلى ملك الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت قطعاً، لكونها في ملكه الذي هو عنان بيته، وهذا العنان تابع للقرار، ويجرد فتح الباب إلى الغير لا يُفيد يداً عرفاً.

نعم لو فرض كون الآخر - مع كون باب الغرفة مفتوحاً إلى ملكه - متصرفاً فيها بسكنى وغيرها، فيقدم قول الساكن مع يمينه، لأنه صاحب يد بالتصرف، والآخر وإن كان صاحب يد أيضاً إلا أن الساكن يده أصلية فعلية لأنه متصرف بالغرفة، والثاني يده تبعية لأنه مالك للقرار فيكون مالكاً لمحل الغرفة لأنه عنان لذلك القرار، واليد الفعلية أولى وأقوى من التبعية.

(٢) لأنه لم تثبت كونها مرجحة لليد.

(٣) لكنه كان بين أرضيهما، فأيديهما عليه فيتحالفان، ويكون الجدار بينهما على التنصيف.

(٤) وهو تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً بعد البناء، وهذا الاتصال المذكور دال على أيديهما معاً على الجدار، فيحلفان ويكون لهما بالتنصيف.

(٥) بحيث اتصل الجدار بيناهما اتصال ترصيف، فالانصال المذكور يقتضي كون صاحب البناء المتصل ذا يد على الجدار، فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر.

ومثله مالو كان لأحدهما عليه قبة^(١)، أو غرفة، أو سُترة، لصيرورته بجميع ذلك ذا يد، فعليه اليمين مع فقد البينة.

(وكذا لو كان) لأحدهما خاصة (عليه جذع)^(٢) فإنه يُقضى له به بيمينه^(٣)، أولهما فلهما، ولو اتصل بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى^(٤)، وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات، ومع الآخر الباقية^(٥)، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف (أما الخوارج)^(٦) من أحد الجانبين أو منهما من نقش ووتيد ورفّ ونحوها (والروازن) كالطاقات (فلا ترجيح بها)، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر (إلا معاهد القمط)^(٧) بالكسر، وهو الحبل الذي

- (١) ومثل التصريف الكاشف عن اليد ما لو كان لأحدهما قبة أو غرفة أو ستره - بالضم كل ما يستر الشيء - فصاحبها ذو يد على الجدار، فيقدم قوله مع يمينه، لأنه منكر.
- (٢) ذهب الشيخ إلى أنه لا يُقضى لصاحب الجذع بأنه ذو يد، لجريان العادة بالتسامح للدجار في ذلك، ولدلالة كون الجدار بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذع من أحدهما مزيد انتفاع فقط، وزيادة التصرف لا تقتضي الترجيح لإحدى اليدين على الأخرى.
- وفيه: منع ظاهر، لأن وضعه بين الملكين دال على ثبوت اليدين لو كان مجرداً، أما مع وضع الجذع لأحدهما فيكون صاحب اليد هو الواضع دون الآخر، فيقدم قول صاحب الجذع مع يمينه لأنه منكر، وهذا ما عليه المشهور.
- (٣) على القول المشهور، وكذا ما بعده.
- (٤) فالانصال التصريفي يعطي أن أحدهما صاحب يد، ووضع الجذع يفيد أن الآخر صاحب يد، وعليه فهو لهما مع التحالف، خلافاً للشيخ حيث حكم بكون وضع الجذع لا يفيد اليد للتسامح به في العادة.
- (٥) بحيث كان لأحدهما الاتصال وللآخر غرفة أو قبة أو ستره فيساويان، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف.
- (٦) قال في المسالك: «المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتيد ورف ونحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح للملكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، ومثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة» انتهى.
- (٧) أصل المسألة أنه لو اختلفا في حُصّ، قُضي لمن إليه معاهد القمط، وفي المسالك: «الحُصّ بالضم البيت، يعمل من القصب»، ويؤيده ما في المصباح المنير حيث قال: «الحُصّ من البيت من القصب»، وأما في الجواهر فالحُصّ «بالضم ما يعمل من القصب شبه =

يُشَدُّ به الحُصَّ، وبالضم جمع قِماط، وهي شداد الحُصَّ من ليف وُحوص وغيرها، فإنه يقضى بها، فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا (في الحُصَّ) بالضم، وهو البيت الذي يعمل من القَصَب ونحوه على المشهور بين الأصحاب، ومنهم من جعل حكم الحُصَّ كالجدار بين الملكين، وهو الموافق للأصل^(١).

= الجدار حاجزاً بين الملكين انتهى.

وأما القمط، فإن كانت بالضم فهي جمع قِماط، وهي شداد الحُصَّ من ليف أو حوص أو نحوهما، وإن كانت بالكسر فهي جبل يُشَدُّ به الحُصَّ، وعليه فلو تنازعا في شبه الجدار المبني من القصب بين الملكين، أو في البيت المبني من القصب وهو بين الملكين، قُضِيَ لمن إليه الجبل الذي يُشَدُّ به الحُصَّ، على المشهور، لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن حُصَّ بين دارين، فذكر أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبلة القمط)^(١)، وخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (أنه قضى في رجلين اختصما إليه في حُصَّ، فقال: إن الحُصَّ للذي إليه القماط)^(٢)، وعن أبي حنيفة عدم الترجيح بمعاقد القمط، وكذا عن المحقق في النافع، مع حمل الخبرين المتقدمين على أنهما قضية في واقعة فلا يتعدى الحكم فيها، ويكون حكم الحُصَّ حكم الجدار بين الملكين.

(١) لأن الحُصَّ كالجدار.



كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

الشركة بفتح الشين فكسر الراء^(١)، وحُكي فيها كسر الشين فسكون الراء (وسبها)^(٢) قد يكون إرثاً) لعين، أو منفعة، أو حق، بأن يرثنا مالاً أو منفعة دار

(١) قال في المصباح المنير: «وشرك وزان كَلِم وكَلِمَة، بفتح الأول وكسر الثاني - إلى أن قال - ثم حُفّف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المُخَفَّف أغلب، فيقال: شِرْك وشِرْكة، كما يقال: كَلِم وكَلِمَة على التخفيف، نقله الحجة في التفسير وإسماعيل بن هبة الله الموصلی على ألفاظ المهذب، ونصّ عليه صاحب المحكم وابن القطّاع انتهى.

(٢) اعلم أن الشركة تطلق على معنيين:

الأول: اجتماع حق مالکین فصاعداً في الشيء الواحد على سبيل الشیاع، وهذا هو المتبادر من معنى الشركة لغةً وعرفاً، قال في المسالك: «إلا أنه لا مدخل له في الحكم الشرعي - من الصحة والبطالان - الترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المنفردة إلى الإيجاب والقبول، والحكم عليها بالصحة والبطالان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقدٍ وغيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر فهراً، بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بهذا المعنى» انتهى.

الثاني: عقد ثمرته جواز تصرف المالك بالشيء الواحد على سبيل الشیاع فيه، وهذا المعنى للشركة هو الذي أوجب إدراجها في جملة العقود، وبهذا المعنى يلحقها حكم الصحة والبطالان.

والشركة بالمعنى الأول قد تكون بسبب إرث أو بسبب عقدٍ أو بسبب حيازة أو بسبب مزج وعلى كل التقادير فالمشترك قد يكون عيناً أو منفعة أو حقاً، ومثال ما لو كان سبب الشركة إرثاً هو: كان يرث ثلاثة من الأخوة داراً لمورثهم، أو يرثون منفعة دارٍ قد استأجرها مورثهم، أو يرثون حق الخيار الثابت لمورثهم، وعلى مثل هذا فقس بقية =

استأجرها مورثهم، أو حق شفعة، وخيار، (وعقداً^(١)) بأن يشتريا داراً بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزءاً مشاعاً منها ولو على التعاقب، أو يستأجرها^(٢)، أو يشتريا بخيار لهما^(٣)، (وحيازة^(٤)) لبعض المباحات (دفعة) بأن يشتركا في نصب حباله، ورمي سهم مثبت فيشتركا في ملك الصيد، ولو حاز كل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كل بما حازه^(٥)، إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه^(٦) في تملك نصف ما يجوز، وإلا اشتركا أيضاً على الأقوى، فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب^(٧) وقد لا توجه في الدفعة^(٨)، (ومزجاً)^(٩) لأحد ماليهما بالآخر بحيث (لا يتميز) كل منهما عن

= الأمثلة، وسيذكر الشارح البقية الواقعة، وإلا فبعض الصور المتقدمة لا صغرى لها كما سيأتي التنبيه عليه.

(١) كأن يشتري ثلاثة داراً، أو يستأجرون منفعة دار، أو يصالحون على حق تحجير، فيكون الحق لهم، فالعقد الموجب للشركة قد يوجبها في عين أو منفعة أو حق.

(٢) مثال للمنفعة.

(٣) فيكون حق الخيار لهما.

(٤) عطف على العقد والارث، وهو في مقام بيان اسباب الشركة، والحيازة تتحقق فيما لو اشتركا في نصب حباله الصيد المشتركة بينهما، أو يشتركان في رمي السهم المشترك لهما، فيحوزان بالنصب أو الرمي طيراً فهو لهما شراكة، وقد تتحقق فيما لو اقتلعا شجرة أو اغترقا ماء، ولصدور العمل منهما فتكون الشجرة أو الماء شراكة، هذا والحيازة تكون سبباً في الشراكة في الأعيان فقط كما هو واضح

(٥) لما سيأتي من أن الحيازة سبب للملك، فإذا حاز أحدهما شجرة فتكون ملكاً له، ولا تكون مورداً للشركة، إلا إذا جوزنا شركة الأبدان على ما سيأتي من أنهما يشتركان بعقد على أن يكون عمل أحدهما ملكاً لهما، وسيأتي أنها باطلة إلا من الإسكافي.

(٦) سيأتي أنه هل تتحقق الوكالة في الحيازة أو لا، فعلى القول بالجواز فلو نوى بالحيازة عنه وعن موكله فيكون كل منهما قد حاز النصف فهي لهما، وعلى القول بالعدم فالوكالة لا تقع، ونبيته لا معنى لها، فالحيازة للأول والملك له فقط بدون اشتراك.

(٧) كما لو نوى كلي منهما عن الآخر حال كون نية أحدهما متقدمة.

(٨) كما لو حاز كل منهما عن نفسه لا عن وكيله.

(٩) عطف على الحيازة والعقد والارث، وهو السبب الرابع للشركة، كأن يمتزج مال أحدهما بمال الآخر بحيث لا يتميزان، سواء كان المزج بسبب فعل أحدهما أم بفعلهما أم بسبب

الآخر، بأن يكونا متفقين جنساً ووصفاً، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز - وإن عسر - كالحنطة بالشعير، أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة، ونحو ذلك فلا اشتراك، ولا فرق هنا بين وقوعه اختياراً، أو اتفاقاً.

(والشركة قد تكون عيناً) أي: في عين كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة^(١) في شيء من أعيان الأموال، (ومنفعة) كالاتسراك في منفعة دار استأجرها، أو عبد أوصي لهما بخدمته، (وحقاً) كمنفعة، وخيار، ورهن، وهذه الثلاثة^(٢) تجري في الأولين^(٣)، وأما الأخيران^(٤) فلا يتحققان إلا في العين، ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزین بها - حيث نجوزه^(٥) - متميزة^(٦) ثم امتزجت بحيث لا تميز.

(والمعتبر) من الشركة شرعاً عندنا (شركة العنان)^(٧) بكسر العين، وهي

= ثالث، والمزج قد يتحقق في العين كمزج الزيت بالزيت، إلا أنه لا يجري في المنفعة، نعم بعضهم فرض مثلاً للمزج بالمنفعة، كما لو استأجر شخص دراهم للتزین بها بناء على جواز ذلك ثم مزجت الدراهم بغيرها من الدراهم المستأجرة كذلك، حيث كان لكل درهم خصوصية فيتحقق المزج بمنافع الدراهم المستأجرة.

- (١) من الإرث والعقد والحيازة والمزج.
- (٢) من كون المشترك عيناً أو منفعة أو حقاً.
- (٣) في الأولين من أسباب الشركة، وهما الإرث والعقد.
- (٤) وهما الحيازة والمزج.
- (٥) لأنه يُشكل على صحة استتجار الدراهم لمنفعة التزین، مع أن الأصل عدمها.
- (٦) صفة للدراهم.

(٧) وهي شركة الأموال، بمعنى أن يكون لكلٍ منهما مالاً، فيمزج كلٌّ مع الآخر، ويشترطان العمل به بأبدانها، ويتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن شريكه.

وهذه الشركة لا بد فيها مع اشتراك المالين من صيغة عقدية من إيجاب وقبول على أن يعملوا بالمال المشترك ليكون الربح لهما والخسارة عليهما، وهذا هو المعنى الثاني للشركة، وبهذا المعنى صح إدراجها في باب مستقل من أبواب الفقه، وهي بهذا المعنى يلحقها الحكم الشرعي من الصحة والبطلان، فإذاً الشركة عقد على التكسب بالمال المشترك، فإن =

شركة الأموال، نسبت إلى العنان، وهو سَيْرٌ^(١) اللجام الذي يمسك به الدابة، لاستواء الشريكين^(٢) في ولاية الفسخ، والتصرف، واستحقاق الربح على قدر

= كان المال مشتركاً قبل المعاملة فهو وإلا فلا بد من مزجه ليصير مشتركاً، وهذه الشركة تصح عندنا بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع بقسميه كما في الجواهر. وتسمى بشركة العنان، والعنان بالكسر هو سَيْر اللجام الذي يمسك به الدابة، والسَيْر هو ما يُقَدُّ من الجلد، بل هو «قَدَّةٌ من الجلد مستطيلة»، وإذا تقرر ذلك فقد اختلفوا فيما أخذت منه كلمة العنان.

ف قيل من عنان الدابة، ولذا قال في المصباح المنير: «وقال بعضهم: مأخوذة من عنان الفرس، لأنه يملك بها - أي بشركة العنان - التصرف في مال الغير كما يملك التصرف في الفرس بعنانه انتهى».

أو لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر رأس المال أو كاستواء طرفي العنان.

أو لتساوي الفارسين إذا استويا على فرسيهما وتساويا في السير، فيكونان سواء، لكون كل منهما قابضاً على دابته بالعنان يسيرها كيفما شاء، فكذلك الشريكان يستويان في التصرف في المال المشترك.

أو لأن كل واحدٍ منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العنان الدابة.

أو لأن الأخذ بعنان الدابة حبسٌ لإحدى يديه على العنان مع أن يده الأخرى مطلقة يستعملها كيفما شاء، وكذلك الشريك يمنع بالشركة نفسه عن التصرف في المال المشترك كما يشتهي، وهو مطلق التصرف في سائر أمواله.

أو أنها مأخوذة من «عن» إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكلٍ منهما مال لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة ولذلك أجمع على صحتها.

أو أنها مأخوذة من «المعانة» وهي المعارضة، فكل واحدٍ منهما عارض بما أخرجه ما أخرجه الآخر، وهذا ما قاله الزمخشري، وقد جعله مردداً بين هذا المعنى وبين معنى ثانٍ، وهو أن العنان مؤلف من طاقين مستويين، وبشركة الأموال يكون الشريكان مستويين في التصرف.

(١) يفتح الأول وسكون الثاني.

(٢) إذا كانت العنان مأخوذة من عنان الدابة، فالأخذ إما لاستواء الشريكين أو لتساوي الفارسين، أو لكون كلٍ منهما يمنع الآخر كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بالعنان حبس لإحدى يديه مع إطلاق الأخرى فالجهات أربع.

رأس المال، كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الآخذ بعنانها يجبس إحدى يديه عليه ويطلق الأخرى كالشريك يجبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله.

وقيل: من «عن» إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة، وقيل: من «المعانة» وهي المعارضة، لمعارضة كل منهما بما أخرجه الآخر.

(لشركة الأعمال)^(١) بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه، ويشتركا في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرأ ونوعاً^(٢) أم اختلف فيهما^(٣) أم في

(١) وهي المسماة بشركة الأبدان، بأن يقع العقد بين اثنين على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفقا في العمل كخياطين، أم اختلفا كالخياط مع النساج، وكذلك تحصل الشركة المذكورة فيما لو وقع العقد بينهما على أن ما يحصله أحدهما كالخيازة فهو لهما على نحو الاشتراك.

وهي باطله، ويختص كل منهما بأجرته وبما حازه، بلا خلاف إلا من ابن الجنيدي، ودليلهم الإجماع بعد عدم الدليل الخاص على الجواز من الكتاب والسنة، فضلاً عن عدم تحقق موضوع الشركة هنا، إذ موضوعها المال المشترك وهنا لم يتحقق مزج ماليهما، بل كل ما يحصله أحدهما متميزاً عما يحصله الآخر، فيكون لصاحبه، لا له ولشريكه.

نعم ما أورده العلامة في التذكرة (من شركة سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغتمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتي بشيء، فأقرهم النبي ﷺ وشركهم جميعاً) غير ثابت من طرفنا^(١)، ولا يوجد له جابر.

(٢) كأن يكون أجره كل منهما بقدر أجره الآخر مع كونهما خياطين.

(٣) كأن يكون أحدهما خياطاً والآخر نساجاً، وكان أجره أحدهما أكثر من الآخر، وهذا كله إشارة إلى خلاف بعض العامة، فمنهم من منع من صحتها مطلقاً موافقاً للإمامية، ومنهم من أجازها مطلقاً مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافها، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح.

أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك^(١) أم في تحصيل مباح^(٢)، لأن كل واحد منهما متميز ببدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين، وهما^(٣) متميزان.

(ولا) شركة (المفاوضة)^(٤) وهي أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه^(٥) من أرش جنابة، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز^(٦)، ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك.

ولا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، وثياب البدن، وجارية يتسرى بها، فإن الآخر لا يشارك فيها، وكذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجنابة على

(١) وكان مملوكاً للغير كالخياط والنساج.

(٢) كالحيازة.

(٣) المالان.

(٤) قال الشارح في المسالك: «وهي أن يشترك شخصان فصاعداً على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنابة وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان والكفالة، ومقاسمة ما يحصل له من الميراث ويجده من ركاز ولقطة ويكتسبه في تجارته بماله المختص به، ولا يستثنى من ذلك إلا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها، فإنه لا يشاركه، وكذا يستثنى من الغرم الجنابة على الحر ويذل الخلع والصداق إذا أزم أحدهما.

وقال صاحب إصلاح المنطق: شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما، وهو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها بذلك، وهي باطلة إلا عند أبي حنيفة ومن شدّد انتهى.

وعلى كل فهي باطلة بلا خلاف فيه بيننا، لعدم الدليل على جوازها من كتاب أو سنة، ولأن هذه الشركة لا توجب المزج بين المالين، بل يكون كل مال متميزاً عن الآخر، فكما أن الغنم له فالغرم عليه، ولا دليل على أن الغرم أو بعضه على الآخر.

(٥) ما يلتزمه الآخر.

(٦) قال في المصباح النير: إنه «المال المدفون في الجاهلية، وهو قول أهل الحجاز، ويُقال هو: المعدن» انتهى.

الحر، وبذل الخلع^(١)، والصداق إذا لزم أحدهما^(٢).

(و) لا شركة (الوجوه)^(٣) وهي أن يشترك اثنان وجيهان^(٤) لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة، على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما، أو أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجيه لا مال له، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يُسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما، أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه^(٥) له، وهذه الثلاثة^(٦) بمعانيها^(٧) عندنا باطلة.

(و) المشتركان شركة العنان (يتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه^(٨).

(١) بالنسبة للمرأة إذا كانت أحد الشريكين.

(٢) أحد الشريكين.

(٣) قال الشارح في المسالك: «شركة الوجوه تفسيرات، أشهرها: أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما. وقيل: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، ويشترط أن يكون الربح بينهما.

وقيل: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال، ويكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يُسلمه إلى الوجيه، والربح بينهما.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له، والكل عندنا باطل خلافاً لابن الجنيدي، فإنه جوزها بالمعنى الأول، ولأبي حنيفة مطلقاً انتهى.

وبطلانها للإجماع المدعى، ولأنه لا دليل على جوازها، ولأنه لم يتحقق المزج بين المالين فلم يتحقق موضوع الشركة.

(٤) معتبران عند الناس.

(٥) بعض الربح.

(٦) من شركة الأعمال والمفاوضة والوجوه.

(٧) بالتفسيرات الواردة في شرح الثلاثة.

(٨) بحسب مقدار المال، وكذا عليه من الخسارة بحسب ماله، ولم يذكر الماتن الخسارة =

والضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً، فلو عبّر به^(١) لكان أخصر وأدل على المقصود، إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبة، (ولو شرطاً غيرهما)^(٢) أي: غير التساوي في الربح على تقدير

= واقتصر على الربح، لتقدم الربح على الخسارة، مع أنه إذا ذكر الربح فيكون حكم الخسارة معروفاً حينئذ، بلا خلاف في ذلك، لأن الربح نايغ للمال لأنه نماؤه، فإذا كان مال أحدهما مساوياً لمال الآخر كان الربح بينهما بالتصنيف، والخسارة على المال، لأن من له الغنم فعليه الغرم، فلو كان أحد المالين كالآخر كان الغرم عليهما بالتصنيف، ومنه يعرف حكم الربح والخسارة عند اختلاف مقدار المالين.

(١) يكون الربح على نسبة المال، لكان أخصر من عبارة المصنف، لأن المصنف قد ذكر نسبة الربح عند التساوي ونسبته عند اختلاف المالين، ولكان أدل، لأن عبارة الشارح تفيد أن الاختلاف في الربح مسبب عن اختلاف المالين، أما عبارة المصنف فلا تدل على أن سبب الاختلاف في الربح هو الاختلاف في المالين، وذلك لو كان لأحدهما ثلثا المال وللآخر الثلث الباقي فيجب أن يكون الربح على مقدار نسبة المالين، ولكن لو شرط بجعل الربح بينهما على أن يكون لصاحب الثلثين ثلاثة أرباع الربح ولصاحب الثلث ربعاً لصدق اختلاف الربح عند اختلاف المالين كما هو مقتضى عبارة الماتن، مع أن المصنف لا يريد هذه الصورة من عبارته هنا.

(٢) لو شرطاً زيادة الربح مع تساوي المالين، أو شرطاً تساوي الربح والخسران مع تفاوت المالين، فقد وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: الصحة، وإليه ذهب المرتضى، مدعياً عليه الإجماع، وتبعه عليه جماعة منهم العلامة وولده، لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، ولعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(٢)، ولأصالة الصحة في العقود، وبناء الشركة على الإرفاق لكل منهما، ومن جلته موضع النزاع.

الثاني: البطلان للشرط مع بطلان عقد الشركة، وذهب إليه الشيخ وابن إدريس والمحقق والقاضي، بل نُسب إلى الأكثر، لانقضاء دليل الصحة، ولأنه أكل للمال بالباطل، لأن الزيادة ليس في مقابله عوض لأن الفرض أنه ليس في قبالة الزيادة عمل، ولم يقع اشتراط الزيادة في عقد معاوضة كالبيع، ليضم شرط زيادتها إلى أحد الغرضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، مع أن الأسباب المثمرة للملك معدودة، وليس هذا واحداً منها، فيكون اشتراط الزيادة اشتراطاً لتملك شخص مأل غيره بغير سبب ناقل للملك، =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤.

تساوي المالين بأن شرطاً فيه^(١) تفاوتاً حينئذ^(٢)، أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كمية (فالأظهر البطلان) أي: بطلان الشرط، ويتبعه بطلان الشركة^(٣)، بمعنى الإذن في التصرف، فإن عملاً كذلك^(٤) فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ويكون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله^(٥).

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

= وإذا بطل الشرط بطل العقد المشروط، إذ لم يقع التراضي بالشركة ولا الإذن في التصرف إلا على ذلك التقدير، وقد تبين فساده، فلا يندرج تحت عموم «أوفوا بالعقود»^(٨)، ولا تحت بقية العمومات الواردة في دليل القول الأول، والإجماع المدعى من قبل السيد المرتضى على القول الأول معارض بالإجماع المدعى على القول الثاني من ابن إدريس، ومع الغض عن المعارضة لإجماع السيد موهون لذهاب الأكثر إلى خلافه.

الثالث: صحة عقد الشركة دون الشرط، وهو قول أبي الصلاح الحلبي، وهو مبني على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

- (١) في الربح.
- (٢) حين تساوي المالين.
- (٣) وهو القول الثاني المتقدم، والمراد من بطلان الشركة بطلان عقدها، أما نفس الشركة من مزج المالين فلا يمكن بطلانها لتحقق المزج في الخارج، ولما كان المراد من الشركة هو عقدها قال الشارح عقيب ذلك: «بمعنى الإذن في التصرف».
- (٤) مع بطلان الشركة والشرط.
- (٥) ما قابل عمله واستلزم من إنفاقٍ يجعل في ماله وله أجرة عمله.
- (٦) تقييد البطلان.
- (٧) وإن شرطت الزيادة في الربح لمن له زيادة عمل فهو جائز بلا خلاف فيه ولا إشكال، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه.

وقيل^(١): يجوز مطلقاً^(٢)، لعموم «الأمر بالوفاء بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم»، وأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه موضع النزاع.

(وليس لأحد الشركاء التصرف) في المال المشترك (إلا بإذن الجميع)^(٣) لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً، (ويقتصر من التصرف على المأذون)^(٤) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى) المأذون (ضمن)^(٥).

واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة^(٦)، كذلك تطلق على العقد المثمر جوازاً تصرف الملاك في المال المشترك، وبهذا المعنى^(٧) اندرجت الشركة في قسم العقود، وقبلت الحكم

(١) وهو القول الأول المتقدم.

(٢) من عقد وشرط.

(٣) بما أن الشركة على معنيين، فالأول هو اجتماع حق الملاك في الواحد على سبيل الشباع بسبب الارث أو العقد أو الحيازة أو المزج، وهذه الشركة لو تمت فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن بقية الشركاء، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ومجرد اشتراك المال لا يدل على الإذن، سواء كان الاشتراك باختيار الشركاء أم لا، لأن الإذن بالتصرف أمرٌ زائد على مفهوم الشركة بهذا المعنى.

والمعنى الثاني للشركة هو عقد ثمرته جواز التصرف في المال المشترك لتحصيل الربح على أن يكون الربح لهما والخسران عليهما بنسبة المال، والشركة بهذا المعنى تدل على الإذن بالفحوى، لأن العقد هنا لا بد أن يدل على عملهما بالمال المشترك، ودلالته على العمل دلالة على إذن كل منهما بالتصرف للآخر.

(٤) فإن أطلق الإذن تصرف كيفما شاء من وجوه التجارة والاسترباح، مرابحة ومساومة وتولية، وإن قيد الإذن تصرف على مقدار خصوص الإذن كما هو واضح.

(٥) لعموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١)، لأنه متصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو مما لا إشكال فيه.

(٦) من المزج والحيازة والعقد والارث.

(٧) الثاني.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكتر العمال ج ١٠ ص ٣٦٥ رقم الحديث ٢٩٨١١.

بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول، والمصنف «رحمه الله» أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن المبحوث عنه هنا^(١)، (ولكليل) من الشركاء (المطالبة بالقسمة)^(٢) عرضاً^(٣) - بالسكون - وهو ما عدا التقدين (كان المال، أو نقداً، والشريك أمين)^(٤) على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له في

(١) وفيه: أن المصنف قد أشار إلى المعنى الثاني عند تعرضه لشركة العنان، بل هو بيان لتمام المعنى الثاني من الشركة حيثئذ، وأما الإذن المبحوث عنه هنا فهو إشارة إلى المعنى الأول، لأن المعنى الثاني مما يجوز للشريك التصرف في المشترك لتحقيق الإذن، فنفي التصرف للشريك إلا بعد إحراز الإذن كما هو عبارة الماتن هنا إنما يجري في المعنى الأول كما هو واضح.

(٢) الشركة بمعنيها غير لازمة، وعليه فيجوز لكل شريك أن يطالب بالقسمة، أما الشركة بالمعنى الأول فواضح، إذ لا يجب على الإنسان مخالطة غيره في ماله، مع أن الأصل أن يتصرف كلٌ منهما في ماله كيفما شاء، ومن جملة التصرف إفرازه وقسمته عن غيره.

وأما الشركة بالمعنى الثاني فهي عقدٌ، ومرجعه إلى الإذن للغير في التصرف مع مزج المالين، والإذن في معنى الوكالة، فيجوز له أن يرجع فيه كما يرجع في وكالته.

(٣) قال في المصباح «العَرْضُ بفتح العين متاع الدنيا، والعَرْضُ بالسكون المتاع، قازراً: والدرهم والدنانير عينٌ وما سواهما عَرْضٌ، والجمع عُرُوضٌ مثل فلس وفلوس، وقال أبو عبيد: العُرُوضُ الأمتعة التي لا يدخلها كيلٌ ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً انتهى، وفي مجمع البحرين: «العَرْضُ بفتح العين جمعه عُرُوضٌ كفلس وفلوس، وكل شيء عَرْضٌ سوى الدرهم والدنانير» وعليه فإذا كان العَرْضُ هو كل متاع سوى التقدين فالمعنى أن أحد الشريكين لو طالب بالقسمة فله المطالبة بحصته من العين الموجودة المشتركة بينهما، لأن حقه منحصر فيها سواء كانت العين نقداً أم عَرْضاً، وليس له المطالبة أن يدفع الشريك قيمة ما له من دراهم ودنانير لو كان المال المشترك عَرْضاً، نعم له المطالبة بالنقد إذا كان المال المشترك نقداً.

(٤) لأنه مع الإذن - كما عرفت - يكون وكيلاً، والوكيل أمين من قبل المالك، ولا يضمن الأمين لو تلف المتاع تحت يده بغير تفریط بلا خلاف ولا إشكال، وستمرّ عليك النصوص الكثيرة في الوديعة^(١) والعارية^(٢) والإجارة^(٣) على أن الأمين لا يضمن.

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوديعة.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العارية.

(٣) الوسائل الباب - ٢٨ - ٢٩ و٣٠ - من أبواب الإجارة.

وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعد)^(١) وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال، (أو تفریط)^(٢) وهو التفتير في حفظه، وما يتم به صلاحه (ويقبل يمينه في التلف)^(٣) لو ادعاه^(٤) بتفریط وغيره^(٥) (وإن كان^(٦) السبب ظاهراً) كالخرق، والغرَق، وإنما خصه^(٧) لإمكان إقامة البينة عليه، فربما احتتمل عدم قبول قوله فيه، كما ذهب إليه بعض العامة، أما دعوى تلفه بأمر خفي كالسرق فمقبول إجماعاً.

(وإنكره مشاركة الذمي وإيضاحه)^(٨) وهو أن يدفع إليه مالاً يتجر فيه والربح

(١) التعدي فعلٌ وجودي بأن يفعل في المال ما لا يجوز فعله.

(٢) التفریط أمرٌ عديم، بأن يترك فعلاً يجب فعله لحفظ المتاع، وعلى كل فمع التعدي أو التفریط يكون خائناً بسبب فعله، فيضمن لمعوم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١).

(٣) لو ادعى الشريك تلف المال المشترك، سواء ادعى التلف لسبب ظاهر كالغرَق أم الحرق أم ادعاه لسبب خفي كالسرقة، يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، لأنه أمين، والأمين مُصدّق، وخالف بعض العامة وهو الشافعي فأوجب عليه البينة في الأول، وهو ضعيف. والشريك المدعي قد جعلناه مُنكراً، لأن شريكه لما لم يصدقه في دعواه فكأنه ادعى عليه الحيانة بالتفریط أو التعدي وهو ينكر، فلذا قُدّم قوله مع يمينه.

(٤) ادعى التَّلَفَ شريكه الآخر، بحيث أن الآخر قد ادعى عليه التلف بتفریط، والأول يدعي التلف لسبب ظاهر أو خفي من دون تفریط، فيقدم قول الأول مع يمينه، لأن الشريك أمين.

(٥) غير التفریط هو التعدي.

(٦) لما عطف المصنف كلامه هنا، فهو ظاهر أنه يقدم قول الأمين مع يمينه، سواء كان السبب غير ظاهر أم ظاهراً.

(٧) السبب الظاهر، فخصه لينبه على خلاف بعض العامة، وقد تقدم.

(٨) للأخبار:

منها: خبر ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه ودبعة، ولا يصفاه المودة)^(١)، وخبر السكوئي عن أبي =

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١١.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشركة حديث ١.

لصاحب المال خاصة^(١)، (وإيداعه) لقول الصادق عليه السلام: (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يُبضعه بضاعة، ولا يُودعه وديعة، ولا يصفاه المودة).

(ولو باع الشريكان سلعةً صَفَقَةً^(٢))، وقبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركه

= عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم)^(١).

والثاني مطلق يشمل الذمي والحربي، والأول مقيد بالذمي، غير أن الإطلاق والتقييد لا يجريان في غير الأحكام الإلزامية، فإطلاق الخبر الثاني غير مقيد وهو دال على مطلق الكافر، وهذا ما عليه فتوى القوم، وقد نفى عنه الخلاف في الغنية.

(١) على أن يكون للعامل أجره عمله، والربح والخسارة لصاحب رأس المال.

(٢) إذا باع الشريكان سلعةً بينهما صفقة، ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن بنية أنه له، شاركه الآخر فيه، على المشهور، لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فما يحصل من الثمن فهو لهما، وللأخبار.

منها: المرسل عن أبي حمزة (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتهما الذي بأيديهما، وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقترض أحدهما ولم يقترض الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يُذهب بماله)^(٢).

ووجه الاستدلال أن المال الغائب لما كان ملاً مشتركاً فما يحصل لأحدهما فهو بينهما، فكذلك الثمن فهو مال مشترك لهما فما يحصل لأحدهما فهو لكليهما، وخالف ابن إدريس إلى أن لكلٍ منهما ما يقبضه ولا يشاركه الآخر فيه، بدليلين:

الأول: أن لكل واحدٍ من الشريكين أن يُبريء الغريم - وهو المشتري - من حقه، وبينه ويصالح على شيء منه دون الآخر، ومتى أبرأه برىء الغريم من حق الشريك المبريء وإن بقي حق الشريك الآخر، وكذا إذا صالح، وعليه فكما لا يشارك الآخر الشريك المصالح والمبريء فكذا لا يشاركه لو استوفى.

الثاني: أن متعلق الشركة بينهما هو العين، وقد ذهبت ولم يبق منها إلا عوضها، وهو دين في ذمة المشتري، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة فلا =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشركة حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشركة حديث ١.

الأخر) فيه^(١) على المشهور، وبه^(٢) أخبار كثيرة، ولأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه^(٣) بينهما كذلك^(٤).

وقيل: لا يشارك^(٥)، لجواز أن يبىء^(٦) الغريم من حقه، ويصالحه عليه من غير أن يسري إلى الآخر، فكذا الاستيفاء، ولأن متعلق الشركة هو العين وقد ذهبت، والعمود أمر كلي لا يتعين إلا بقبض المالك، أو وكيله، ولم يتحقق^(٧) هنا بالنسبة إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه^(٨).

وعلى المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته^(٩)، بل يتخير^(١٠) بينهما^(١١)، وبين مطالبة الغريم بحقه^(١٢)، ويكون قدر حصة الشريك في يد

= يشاركه الآخر فيما أخذ، لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، والمفروض هنا أن الشريك القابض لم يقبض إلا لنفسه، فكيف نحكم بكون الآخر له شيء في المقبوض.

(١) في المقبوض.

(٢) وبالحكم بالمشاركة.

(٣) من الثمن.

(٤) مشترك بينهما.

(٥) لا يشارك الآخر.

(٦) لجواز أن يبىء الشريك الغريم من حقه.

(٧) القبض.

(٨) كما هو المفروض.

(٩) مشاركة الشريك القابض.

(١٠) الشريك غير القابض.

(١١) بين المشاركة.

(١٢) وسبب التخيير أن المال الكلي في الذمة وهو عوض العين وقد طلب الشريك الأول منه شيئاً فإذا قبضه تعين أن يكون له، لما مر من أنه يتعين بالقبض، وعليه فإذا أجاز الشريك الثاني هذا القبض فيكون القبض عنهما وهولهما، وإن لم يجز فيبقى حقه في ذمة الغريم يطالبه.

وفيه: أن هذا مخالف لما تقدم من أن كل جزء من الثمن مشترك، ولذا كان ما قبضه أحدهما فهو لهما معاً.

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

وموضع الخلاف^(١٣) مع حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك

= وعلى كلي فعلى التخيير تكون حصة الشريك غير القابض عند الشريك القابض كالتناع تحت يد الفضولي، فإن أجاز الشريك غير القابض هذا القبض فالمقبوض لهما، والنماء تابع للأصل فيكون النماء لهما أيضاً.

(١) أجاز الشريك غير القابض قبضَ الشريك الآخر.

(٢) مَلَكَ المَجِزُ قدر حصته الموجود تحت يد القابض.

(٣) المقبوض.

(٤) على القابض.

(٥) تقدير الإجازة وتقدير الرد، هذا والمراد أن الضمان على القابض فيما قبضه قبل اختيار الشريك، سواء اختار فيما بعد الإجازة أم الرد، وليس المراد الضمان بعد الإجازة أو الرد، لأنه مع الإجازة فلا ضمان لأنه أمين، ومع الرد فلا ضمان لاختصاص المال بالقابض.

(٦) القابض.

(٧) من دون أن يكون للشريك الآخر حق المشاركة.

(٨) بحيث يبيع الشريك حقه من الثمن للمشتري المديون بثمن معين على وجه يسلم من الربا، فيختص الشريك حينئذ بالثمن المعين المقبوض، وكذا لو صالح عن حقه بثمن معين على وجه يسلم من الربا.

(٩) وجه الأولوية أن الربا يجري في البيع بالاتفاق بخلاف الصلح فإنه فيه خلافاً.

(١٠) كأن يقول الشريك للمشتري: أبرأتك من حقي من ثمن المتاع بشرط أن تهبني عوضاً معيناً.

(١١) يحيل الشريك بالحق الذي له ثالثاً على المشتري المديون، وتكون الإحالة كالمقبض.

(١٢) يضمّن للشريك حقه ضامن عن المشتري، وبالضمان ينتقل حق الشريك إلى ذمة الضامن.

(١٣) الخلاف في أصل المسألة فيما لو باع الشريكان سلعة وكان أحدهما مؤجلاً، أما لو كان =

فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل، واحترز ببيعهما صفقة^(١) عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وإن كان^(٢) لواحد، كما لا فرق في الصفقة^(٣) بين كون المشتري واحداً ومتعددأ، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، وفي حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث^(٤)، والإتلاف^(٥)، والافتراض^(٦) من المشترك.

(ولو ادعى المشتري من المشتركين)^(٧) المأذونين (شراء شيء لنفسه، أولهما

= أحدهما قد باع حصته من السلعة حالاً، والآخر مؤجلاً، أو كان كل منهما قد باع بمؤجل إلا أن أجل أحدهما أقل من أجل الآخر، وعند حلول الأجل القليل أو في الحال مع كون الآخر مؤجلاً قبض الشريك حصته فتعين له، لأن حصة الآخر مؤجلة بحسب الغرض ولم يستحق شيئاً حين قبض الأول.

(١) وهي العقد الواحد، وهو احتراز عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد، وإن كان العقدان لواحد، بحيث كان المشتري منهما واحداً، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما، بلا خلاف فيه، لأن الثمن المعين المقبوض لأحدهما قد تعين بالعقد الصادر من القابض فلا حصة للآخر فيه.

(٢) البيع.

(٣) لا فرق بين أن يبيع الشريكان السلعة صفقةً لمشتري واحد أو مشتريين، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، فيكون الثمن من الاثنين مالاً مشتركاً، ويجري فيه النزاع السابق عند قبض أحدهما بعضه.

(٤) فيما لو ورثا مالاً واحداً من مورثهم، فهم شركاء قبل القسمة فلو قبض أحدهما بعضه فهما شريكان فيه على المشهور.

(٥) لو أتلف ثالث مال الشريكين، فقيمة المتلف مال مشترك، فلو قبض أحدهما بعضها فيجري فيه النزاع المتقدم.

(٦) كأن يقترض ثالث مال الشريكين، فما يدفعه أداء فهو شركة، فلو قبض أحدهما بعضه فيجري فيه النزاع المتقدم.

(٧) فهنا فرعان:

الأول: ما لو اشترى أحد الشريكين شيئاً فادعى الآخر أنه اشتراه لهما وأنكر المشترك المشتري وقال: إني اشتريته لنفسي، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن المشتري وإن كان شريكاً وهو وكيلٌ عن شريكه إلا أنه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة، لأنها ليست لازمة، فإذا نوى الشراء لنفسه صح وقوع له، غير أن الآخر يدعي أنه وقع =

حلف) وقُبل بيمينه، لأن مرجع ذلك^(١) إلى قصده وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف، مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تُعلم إلا من قبله، لإمكان الإطلاع عليه بإقراره.

= الشراء لهما والمشتري ينكر ذلك، فالمشتري منكر فلذا قدم قوله مع يمينه، يبقى أن المدعي يدعي على الآخر شيئاً لا يمكن له أن يطلع عليه، لأنه يدعي على الآخر أنه نوى عنهما، والنية من الأمور الباطنية لا يمكن أن يطلع عليها إلا صاحبها، ولازمه أن لا تكون الدعوى مسموعة فيقدم قول المشتري بغير يمين، إلا أن المدعي وإن لم يمكن له الإطلاع عليها بنفسه إلا أنه يُحتمل أن يطلع عليها لو أقر الآخر بها، فلذا على المدعي إذا أراد أن تكون دعواه مسموعة فعليه أن يجعلها دعوى بالإقرار بحيث يدعي أن الآخر أقر بالشراء لهما، ولذا قال الشارح في المسالك: «وإنما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموع، بأن يدعي إقراره بذلك ونحوه، أما لو ادعى الإطلاع على نية ذلك لم يكن مسموعاً، لأنه محال، فلا يمكن معرفته إلا من قبله» انتهى.

الثاني: أن يشتري أحد الشريكين شيئاً ويدعي المشتري أنه اشتراه لهما ويُنكر الآخر، فيقدم قول المشتري مع يمينه بلا خلاف أيضاً، لأن المشتري وكيل أمين، فقوله مقبول في الفعل الموكل فيه فدعواه مسموعة من غير بينة، إلا أن الآخر بإنكاره يدعي عدم وقوع الشراء لهما والأول ينكر ذلك بدعواه المتقدمة، فيقدم قول المنكر مع يمينه.

وأيضاً على الشريك الآخر هنا أن يجعل الدعوى اللازمة لإنكاره مسموعة، بأن تكون الدعوى على الإقرار بالشراء لنفسه، لا على الإطلاع على نيته، لأنه محال.

(١) من كون الشراء لهما أو لنفسه.



كتاب المضاربة

(كتاب المضاربة^(١))

(وهي أن يدفع مالاً إلى غيره ليُغَمَّل فيه بحصة معينة من ربحه) مأخوذة من الضرب^(٢) في الأرض، لأن العامل يضرب فيها^(٣) للسعي على التجارة وابتغاء

(١) المضاربة معاملة بين شخصين على أن يدفع أحدهما مالاً للآخر ليعمل به، على أن يكون للعامل حصة معينة من الربح كالنصف أو الثلث أو الربع، ويدل على مشروعيتها النصوص الكثيرة:

منها: خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذي يعمل به مضاربة، له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال)^(٤).

(٢) فهي مأخوذة من الضرب، والضرب إما للضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعي في التجارة ولابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبب عنهما، أو للضرب في الربح لكل منهما بسهم، أو للضرب في المال لما في المضاربة من ضرب المال وتقليبه، ويقال للعامل مضارب بكسر الراء، لأنه الذي يضرب في الأرض وهو الذي يُقَلَّب المال، ولم يشتق أهل اللغة لرب المال اسماً من المضاربة، وأهل الحجاز يسمونها قراضاً، إما من القرض وهو القطع، ومنه المقراض لأنه يُقرض به، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلّمها للعامل أو اقتطع له قطعة من الربح، أو من المقارضة وهي المساواة والموازنة يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، ووجهه أن المال هنا من المالك والعمل من العامل فقد تساوى في قوام العقد، لتساويهما في أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته، ويقال هنا للمالك مقارض بالكسر، وللعامل مقارض بالفتح.

(٣) في الأرض.

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المضاربة حديث ٤.

الريح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبب عنهما، فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الريح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه.

وأهل الحجاز يسمونها قراضاً من القرض وهو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعة وسلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعة من الريح في مقابلة عمله، أو من المقارضة وهي المساواة، ومنه: «قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك»^(١).

ووجه التساوي هنا^(٢) أن المال من جهة، والعمل من أخرى، والريح في مقابلتهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الريح وإن اختلفا في كميته^(٣).

(وهي جائزة من الطرفين)^(٤).....

(١) قاله أبو الدرداء من أصحاب النبي ﷺ على ما قيل^(١)، ومعناه ساوهم ما داموا مساوين لك، فإن تركت مساواتهم لم يتركوا مساواتك، أو عارض الناس بالسوء ما داموا متعرضين لك بالسوء ولو كان معارضتك لهم من باب دفع سوتهم عن نفسك، فإن تركتهم ولم تقابلهم بالسوء لم يتركوك، والثاني أولى.

(٢) في المضاربة.

(٣) قال الشارح في المسالك تبعاً للتذكرة: «واعلم أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترط كون الريح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترط شيئاً، فإن شرطاً بينهما فهو قراض - مضاربة - وإن شرطه للعامل فهو قرض، وإن شرطه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئاً فكذا ذلك - أي بضاعة - ويكون الريح للمالك تبعاً للمال إلا أن للعامل أجرة المثل» انتهى، وله فائدة أخرى وهي: أن عقد المضاربة يقتضي أن يكون العامل ودعياً أميناً مع صحة العقد وعدم ظهور الريح، وهو شريك مع ظهور الريح، ومع التعدي غاصب، وفي تصرفه وكيل، ومع فساد العقد أجبر له أجرة المثل، ومن الواضح عدم إنشاء هذه العقود بإنشاء عقد المضاربة، بل المراد أنه يتبعه أحكام هذه العقود حيثئذ.

(٤) بلا خلاف فيه بل ادعي عليه الإجماع كما عن جماعة، وهو الحجة للخروج عن قاعدة اللزوم في العقود، ولأن المضاربة وكالة في الابتداء ثم قد تصير شركة عند ظهور الريح، والوكالة والشركة جائزان فلا محالة تكون المضاربة جائزة.

سواء نضّ المال^(١) أم كان به عُروض، يجوز لكلٍ منهما فسخها، ومن لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه^(٢). وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه^(٣) بالفعل أيضاً^(٤) قولان^(٥)، لا يخلو ثانيهما من قوة.

(ولا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها)^(٦) بمعنى أنه لا يجب الوفاء

(١) قال القوي في المصباح المنير: «وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً، قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً انتهى، ولذا قال الشارح في المسالك: «المراد بانضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان». والمعنى أن المضاربة يجوز فسخها سواء كان المال الذي دفعه صاحبه إلى العامل عُروضاً - أي متاعاً - أم ناضاً، والمراد بالعُروض هو المتاع، وذلك عندما يشتري العامل المتاع بالمال المدفوع من صاحبه، والمراد بالنض رجوع الدراهم والدنانير كما كانت بحيث قد دفع رب المال الدراهم أو الدنانير وقد اشترى بها العامل أمتعة ثم باعها فيقال حينئذ نضّ المال.

هذا وسكت عن صورة وهي: ما لو كان العامل لم يشتري شيئاً بالمال المدفوع إليه، وفي جميع الصور يجوز فسخ المضاربة من الطرفين لما تقدم من الأدلة.

(٢) يدل على العقد، وصحة إنشاء العقد الجائز بكل لفظ دال عليه مبني على مشهور القدماء حيث التزموا بذلك في قبال العقد اللازم فاشتروا في إنشائه خصوص اللفظ الصريح، وقد تقدم في كتاب البيع كفاية الإنشاء بكل لفظ سواء كان العقد جائزاً أم لازماً، بل جواز الإنشاء بالفعل الدال عليه كالكتابة والمعاطاة.

(٣) جواز وقوع القبول.

(٤) كجواز وقوعه باللفظ.

(٥) فعن العلامة في التذكرة والمحقق الثاني في جامع المقاصد الاكتفاء بالفعل، بل في الرياض نسبتها إلى عدم الخلاف، وظاهر الشارح هنا التفريق بين القبول والإيجاب، بحيث يصح وقوع القبول باللفظ والفعل بخلاف الإيجاب فينحصر وقوعه باللفظ دون الفعل، وهذا ما ذهب إليه العلامة في جملة من كتبه، وأشكل صاحب الجواهر بأن التفرقة بين الإيجاب والقبول مع عدم الدليل عليها مشكل.

(٦) ليس ذكر الأجل في المضاربة مفسداً لها، بل لو ذكر الأجل في عقد المضاربة لا يصير العقد لازماً، بل يجوز فسخها قبله، ولا يجب الوفاء بهذا الشرط بلا خلاف فيه، للأصل، لأن أصل المضاربة جائزة فلا يكون الشرط المثبت فيها على خلاف أصلها، ولذا =

بالشرط^(١)، ولا تصير لازمة بذلك، ولا في الأجل بل يجوز فسخها فيه^(٢)، عملاً بالأصل^(٣)، (ولكن) اشتراط الأجل (يشتر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد)، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده^(٤)، وكذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعاً خاصاً^(٥).

ويفهم من تشريكه^(٦) بين اشتراط اللزوم والأجل، تساويهما في الصحة، وعدم لزوم الشرط.

والمشهور أن اشتراط اللزوم مبطل^(٧)، لأنه مناف لمقتضى العقد، فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص وهو غير مناف، ويمكن أن يريد المصنف ذلك^(٨)، وإنما شُرِك بينهما في

= قال سيد الرياض: «الجواز أصله بلا خلاف كما مضى، فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى» انتهى.

وإذا تقرر عدم وجوب الوفاء بشرط الأجل فذكر الأجل في متن العقد يفيد أن الإذن بالتصرف من رب المال للعامل مقيد بمدة الأجل، فيمنع العامل من التصرف بعد هذه المدة، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعد الأجل.

وأما اشتراط اللزوم في عقد المضاربة فهو شرط باطل، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، وعلى المشهور أن الشرط الفاسد مفسد فيبطل عقد المضاربة حينئذ، وعليه فتكون عبارة الماتن في عدم صحة اشتراط اللزوم على ظاهرها.

(١) شرط اللزوم، وهو ظاهر في صحة العقد وإن بطل الشرط، وهو مبني على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

(٢) في الأجل.

(٣) بالأصل المتحقق في المضاربة، وهو الجواز.

(٤) بعد الأجل.

(٥) كالبيع بخيار، قال الشارح في المسالك: «لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها، وإن ضاقت لسبب هذه - أي الشروط - التجارة» انتهى، لأن التصرف من العامل تابع للإذن، والإذن مقيد.

(٦) تشريك المصنف.

(٧) أما أنه باطل فلا خلاف فيه.

(٨) البطلان في شرط اللزوم، وعدم وجوب الوفاء في شرط الأجل.

عدم صحة^(١) الشرط مطلقاً^(٢) وإن افترقا في أمر آخر^(٣).

(ويقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع^(٤) التجارة، ومكانها، وزمانها، ومن يشتري منه، ويبيع عليه، وغير ذلك^(٥) فإن خالف ما عين له ضمن المال^(٦)، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط، للأخبار الصحيحة، ولولاها^(٧) لكان التصرف باطلاً، أو موقوفاً على الإجازة.

(ولو أطلق) له الإذن^(٨) (تصرف بالاسترباح) في كل ما يظن فيه حصول

(١) لا يجب الوفاء به.

(٢) سواء كان الشرط للزوم أم للأجل.

(٣) وهو البطلان وعدمه.

(٤) كتجارة الخشب أو الثوب، ويمكن أن يريد به من مرابحة ومساومة ونحو ذلك.

(٥) بلا خلاف فيه، لأن التصرف من العامل تبعاً لإذن المالك، والإذن مقيد بالتصرف لا عمالة يكون مقيداً.

(٦) للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (عن الرجل يُعطي المال، وينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السلام: يضمن المال، والربح بينهما)^(١)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعطي الرجل المال فيقول له: انت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما)^(٢).

(٧) لولا الأخبار لكان التصرف بمقتضى القواعد باطلاً، بمعنى أن الربح بتمامه لصاحب المال، والعامل لا أجر له ولا ربح، أما عدم الربح لأنه ليس بمضاربة لعدم الإذن، وأما عدم الأجرة لأنه عمل تبرعي أو موقوف على الإجازة.

(٨) قال المحقق في الشرائع: «وإذا أذن له في التصرف تولى بإطلاق الإذن ما يتولاه المالك»، وقال الشارح في المسالك عقيب ذلك: «المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربة، إذ لا يفتقر العامل معها - أي مع المضاربة - في جواز التصرف إلى إذن آخر، وكان حقه أن يقول: ولو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما ذكر، وحاصل ذلك أن المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح، كان إطلاق العقد مقتضياً لفعل ما يتولاه =

الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، ويتولى أيضاً بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيّه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، ولا أجرة له^(١) على مثل ذلك، حملاً للإطلاق على المتعارف، وله الاستئجار على ما جرت العادة به^(٢) كالدلالة، ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها.

(وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال)^(٣) والمراد بالنفقة ما يحتاج

= المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش ونشره وطيّه وإحرازه وبيعه وقبض ثمنه وإيداعه الصندوق ونحو ذلك.

وهذا النوع لو استأجر عليه فالأجرة عليه - أي على العامل - خاصة، حملاً للإطلاق على المعتاد - أي أن هذا من عمل التاجر فكذلك يكون من عمل المأذون العامل - أما ما جرت العادة بالاستئجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر فله - أي العامل - الاستئجار عليه حملاً على المعتاد أيضاً، ولو عمل هذا النوع بنفسه - أي العامل - لم يستحق أجرة لأنه متبرع في ذلك، انتهى، وكلامه متين وبه يتم شرح عبارة الشهيدين هنا، نعم إطلاق العقد في المضاربة يُحمل على كل تصرف بالمال بما يظن فيه الربح من غير أن يتقيد التصرف بمكان أو زمان أو تجارة، ويحمل الإطلاق على كل تصرف يتولاه المالك فيجوز للمأذون العامل أن يفعله عملاً بالمعرف الذي هو الضابط في ذلك.

(١) للعامل.

(٢) بالاستئجار، وكان من العادة عدم مباشرة التاجر له بنفسه.

(٣) اختلف فيه على ثلاثة أقوال.

القول الأول: - وهو المشهور - أن جميع ما ينفقه العامل في السفر من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك، مما هو داخل في نفقته حال السفر فهو من أصل المال، للأخبار.

منها: صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه)^(١)، وما موصولة عامة تشمل كل نفقة في السفر.

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المضاربة حديث ١.

فيه^(١) إليه من مأكولٍ، وملبوسٍ، ومشروبٍ، ومركوبٍ، وآلات ذلك، وأجرة المسكن، ونحوها، ويراعي فيها ما يليق به عادة مقتصدًا، فإن أسرف حسب عليه، وإن قتر لم يحسب له، وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها ولو من الزاد

= القول الثاني: أن القدر الزائد عن نفقة الحضر من أصل المال، بدليل أن نفقة الحضر على العامل بالاتفاق، فما سواه في السفر يُحتسب عليه أيضاً، والزائد يكون من مال المضاربة فيكون ما يحصل بسبب السفر هو الزيادة ليس إلا، وأما غيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً فلا بد منه فلا يكون السفر علةً فيه.

القول الثالث: أن جميع نفقة السفر على العامل كنفقة الحضر، لأن المبيع مال المالك، والأصل أن لا يتصرف العامل فيه إلا بما دلّ عليه الإذن، ولم يدل الإذن إلا على حصّة من الربح، فلا يستحق العامل سواها وتكون النفقة عليه حضراً أو سفراً، وكلا القولين غير معروفين القائل، مع أن القول الثالث هو الموافق للقواعد، ولكن النصوص دالة على الأول وهو المتبع، ولا بدّ من التنبيه على أمور:

الأول: المراد بالنفقة كل ما يحتاج إليه العامل في السفر بما هو مضارب من مأكول وملبوس ومركوب ونحو ذلك، ويراعي فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حسب عليه، لعدم إذن الشارع بالإسراف، ولو قتر على نفسه لم يحسب له، لعدم النفقة الفعلية، مع أن المستثنى في الخبر النفقة الفعلية، لحمل كل لفظ على الفعلية لا على القوة والشأنية والتقدير كما هو الأصل في ذلك عرفاً.

ثم إن عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من المأكول يجب رده إلى مال المضاربة، لأنه مع البقاء المذكور يتبين عدم وقوع الباقي نفقةً للعامل حال سفره، أو يتركه وديعة إلى أن يسافر إذا كان العامل ممن يتكرر سفره لنفس ذلك المال.

الثاني: المراد من السفر هو السفر العرفي لا الشرعي، والمراد بالثاني ما يجب فيه التقصير، ويحمل على العرفي حملاً للفظ السفر الوارد في صحيح علي بن جعفر وغيره على المعنى العرفي، للقطع بعدم إرادة الشرعي هنا للانصراف، وعليه فلو كان السفر قصيراً دون المسافة أو كان طويلاً وأتم الصلاة فيه للإقامة نفقة العامل تلك المدة من أصل مال المضاربة.

الثالث: أن نفقة العامل في السفر من مال المضاربة وإن لم يظهر ربحٌ بعدُ، للإطلاق في الخبر المتقدم، ولذا عبر الفقهاء بكون النفقة من أصل المال للإشعار بذلك.

(١) في السفر.

يجب رده إلى التجارة، أو تزكته^(١) إلى أن يسافر إن كان^(٢) ممن يعود إليه قبل فساد^(٣).

ولو شرط عدمها^(٤) لزم، ولو أذن له بعده فهو تبرع محض^(٥)، ولو شرطها فهو تأكيد^(٦)، ويشترط حينئذ^(٧) تعيينها^(٨) لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع، ولا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح، وإلا كانت منه^(٩).

(١) ترك ما بقي من الأعيان بطريق الوديعة.

(٢) كان العامل ممن يعود إلى السفر.

(٣) فساد ما بقي من أعيان النفقة.

(٤) لو شرط المالك عدم النفقة بمعنى أن لا تكون من أصل مال المضاربة للزم الشرط، لأن الشرط جائز، لأنه غير منافٍ لمقتضى عقد المضاربة، فيلزم لعموم الخبر (المؤمنون عند شروطهم)^(١٠).

(٥) لو أذن المالك للعامل بأن تكون النفقة من أصل المال بعد الشرط السابق بالعدم، فهو تبرع من المالك، لأنه غير لازم عليه لا بمقتضى العقد للخروج عنه بالشرط، ولا بالشرط لأنه يقتضي عدم، وعليه فإذا كان تبرعاً فيجوز للمالك الرجوع فيه متى شاء.

(٦) لو شرط المالك أن تكون النفقة من مال المضاربة فهو تأكيد، لأن عقد المضاربة يقتضي ذلك للنص المتقدم، فشرطه تأكيد لمقتضى العقد، نعم هو شرط لازم لا تأكدي على القولين الآخرين.

(٧) حال كون الشرط تأكيدياً.

(٨) تعيين النفقة، قال في المسالك: «وهل يشترط تعيينها حينئذ وجه قوي حذراً من الجهالة في الشرط، الذي هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع»، وقال في الجواهر: «بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول - أي على القول الأول - بكون شرطها تأكيدياً - لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل» انتهى.

(٩) من الربح، وفي التذكرة والمسالك أنها من الربح مقدّمة على حق العامل، ضرورة كون ذلك كالحسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من الربح، وفي الرياض أن إطلاق النص والقنوى يقتضي كون النفقة من أصل المال حتى مع وجود الربح.

ومؤنة المرض في السفر على العامل^(١)، وكذا سفر لم يؤذن فيه^(٢) وإن استحق الحصة، والمراد بالسفر: العرفي، لا الشرعي، وهو^(٣) ما اشتمل على المسافة، فينفق^(٤) وإن كان قصيراً أو أتم الصلاة^(٥)، إلا أن يخرج عن اسم المسافر^(٦)، أو يزيد^(٧) عما تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

واحترز بكمال النفقة عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل^(٨): إنه لا ينفق فيه سواه^(٩)، ونبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح^(١٠) كما مر^(١١).

(وليشتري نقداً بنقد البلد^(١٢))، بثمن المثل فما دون) فلو اشترى نسيئة أو بغير

(١) وكذا مؤنة الموت، لأن مؤنتهما لم تتعلق بالتجارة.

(٢) لم يؤذن العامل في هذا السفر فنفته عليه حيثئذ، لأن إطلاق النفقة في الصحيح المتقدم منصرف إلى السفر المأذون من قبل المالك، وغير المأذون إما بتجاوز المأذون أو بالتوجه إلى غير جهة المأذون، فلا تكون النفقة حيثئذ من مال المضاربة، نعم لو حصل الربح فله حصة منه للشرط في ذلك.

(٣) الشرعي.

(٤) من مال المضاربة.

(٥) إما بالإقامة أو لكونه كثير السفر ففي الموردين تكون النفقة من مال المضاربة مع صدق السفر العرفي.

(٦) كأن تكون المسافة قصيرة جداً بحيث لا يصدق معها أنه مسافر.

(٧) يزيد بسفره عما تحتاج إليه التجارة، فالنفقة من مال العامل حتى يصدق عليه الوصف بأنه مسافر في التجارة.

(٨) وهو القول الثاني.

(٩) لا ينفق في السفر سوى الزائد، فيكون الزائد من مال المضاربة، وأما الباقي فعلى العامل.

(١٠) لكون أصل المال معتبراً في الإنفاق، سواء ظهر الربح أم لا.

(١١) عند قول الشارح «بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح».

(١٢) عامل المضاربة إما أن يشتري بمال المضاربة متاعاً أو يبيع هذا المتاع، وهنا تعرض للأول، فإن أراد شراء متاع بمال المضاربة فعليه أن يشتريه حالاً لا نسيئة، بمعنى أن لا =

نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضولياً، فإن أجازته المالك صح، وإلا بطل، لما في النسبة من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك^(١)، وقد لا يقدر عليه^(٢)، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع^(٣)، وحملًا في الأخيرين^(٤) على المتعارف، وما فيه الغبطة^(٥) كالوكيل.

(وليع كذلك)^(٦) بنقد البلد نقداً^(٧) (بشمن المثل فما فوقه) لما في النسبة من

= يدفع العامل من مال المالك فيما بعد، فالنسبة غير جائزة، لأن إطلاق عقد المضاربة يقتضي أن يشتري العامل بعين المال لأنه المتيقن من المضاربة، ولأنه قد يتلف هذا المال تحت يد العامل فعلى المالك أن يدفع ثمن المتاع من غير مال المضاربة، والتصرف في غير مال المضاربة غير مأذون فيه العامل.

ثم على العامل أن يشتري المتاع بنقد البلد، لأن إطلاق العقد يقتضيه، فلا يجوز له الشراء بنقد غير البلد، كالإطلاق في الوكالة.

وعلى العامل أن يشتري المتاع بشمن المثل فما دون، ولا يجوز شراء المتاع بالأزيد عن ثمن المثل، لتضييع مال المالك مع القدرة على المحافظة عليه، كالوكيل أيضاً، وعليه فيشترط في تصرفات العامل في مال المالك الغبطة، أي: ما فيه المصلحة، فلو خالف كان شراؤه فضولياً، لأنه غير مأذون فيه.

(١) وعليه فربح هذا المتاع الذي تعلق ثمنه في الذمة لا يُسمى ربح مضاربة، لأن المضاربة عرفاً تنصرف إلى المال الذي تحت يد العامل، لا إلى ذمة المالك.

(٢) لا يقدر المالك على أداء ما في ذمته، فلا يكون مأذوناً فيه، لأن المالك لم يأذن إلا فيما هو القادر عليه.

(٣) فيستكشف عدم الأذن من عدم الغرض، إذ قد يتعلق غرضه فيما دفعه فقط.

(٤) في نقد البلد وثن المثل.

(٥) لأن المقصود من العقد الاسترباح.

(٦) لبيع بغير نسبة وبنقد البلد، وبشمن المثل فما فوقه، وهنا تعرض للمورد الثاني وهو بيعه للمتاع الذي اشتراه بمال المضاربة، ثم كون البيع بغير نسبة لما في بيع النسبة من التغير بمال المالك، وكونه بنقد البلد لإطلاق عقد المضاربة كالإطلاق في الوكالة، وكونه بشمن المثل فما فوق للتضييع فيما لو باعه بأدون من ثمن المثل مع القدرة على تحصيل الزائد.

(٧) ليس نسبة.

التغريب بمال المالك، وحلاً للإطلاق^(١) على المتعارف، وهو نقد البلد كالوكالة^(٢).
وقيل: يجوز بغيره^(٣)، وبالعرض مع كونه مظنة للربح، لأن الغرض
الأقصى منها ذلك^(٤)، بخلاف الوكالة، وفيه قوة.
ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصاً، أو عموماً كتصرف برأيك، أو
كيف شئت جاز بالعرض قطعاً، أما النقد^(٥) وضمن المثل فلا يخالفهما إلا مع
التصريح^(٦)، نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.
(وليشتري بعين المال)، لا بالذمة^(٧) (إلا مع الإذن في الذمة) ولو بالإجازة،
فإن اشترى فيها بدونها^(٨) ولم يذكر المالك لفظاً ولا نية وقع له، ولو ذكره لفظاً
فهو فضولي، ونية خاصة فهو للعامل ظاهراً، وموقوفاً باطناً، فيجب التخلص من
حق البائع.

- (١) دليل نقد البلد.
- (٢) ولم يذكر الثالث لتقدم دليله في الشراء.
- (٣) بغير نقد البلد - أي بلد البيع - وكذا يجوز بيعه بالعرض، قال في المسالك: «لأن الغرض
الأقصى منها - أي المضاربة - تحصيل الربح، وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض،
والأقوى جوازه بها مع الغبطة انتهى».
- (٤) الربح.
- (٥) في قبالة النسبة.
- (٦) بحيث لا يدل الإذن العام على هذا التصرف، لأنه محمول على المتعارف، والمتعارف هو
التصرف المفيد لتحصيل الربح مع أن البيع نسبية وبدون المثل يخالف لتحصيل الربح، بخلاف
العرض فإن التصرف فيه مع الغبطة مشمول للإذن العام، لأن ليس فيه نقصان ربح.
- (٧) لا يشتري العامل المتأخر نسبية، وهذا قد تقدم، وإنما أعاده تمهيداً لما بعده.
- (٨) لو اشترى في الذمة بدون الإذن ولو بالإذن اللاحق، فتارة يذكر العامل المالك في متن
العقد، بمعنى أن الثمن في ذمة المالك ولم يُجز المالك فيقع العقد باطلاً، لبطلان عقد
الفضولي مع عدم إجازة المالك، وأخرى يذكر المالك نية ولم يذكره في لفظ العقد ولم يُجز
المالك، فالعقد لا يكون عقداً عن المالك لعدم إجازته، ويُحكم بالعقد على العامل بمعنى
عليه أن يتخلص بنفسه من البائع، وهو الحكم بكون العقد ظاهراً عن العامل وإن كان
واقعاً باطلاً لكونه عن المالك ولم يُجز المالك، ولو لم يذكر المالك لا لفظاً ولا نية فالعقد
واقع عن العامل واقعاً وظاهراً وعليه دفع الثمن إلى البائع.

(ولو تجاوز^(١) ما حدّ له المالك) من الزمان والمكان والصنف (ضمن^(٢))، والربح على الشرط) كما مر، أما لو تجاوز بالعين^(٣)، والمثل^(٤) والنقد^(٥) وقف على الإجازة، فإن لم يميز بطل.

(وإنما تجوز المضاربة (بالدراهم والدنانير)^(٦) إجماعاً، وليس ثمة علة مقنعة غيره، فلا تصح بالعروض^(٧) ولا الفلوس^(٨) ولا الدين، وغيرها^(٩)، ولا فرق بين المعين والمشاع^(١٠)).

(وتلزم الحصة^(١١) بالشرط^(١٢))، دون الأجرة، لأنها معاملة صحيحة فيلزم

- (١) العامل.
- (٢) ضمن مال المضاربة، ويكون الربح بينهما على ما شرط في العقد، وتقدم الكلام فيه.
- (٣) عين المال، بحيث اشترى أو باع بغير نقد البلد.
- (٤) بحيث اشترى المتاع بأكثر من ثمن مثله، أو باعه بالأدون.
- (٥) بحيث باعه نسيئة، فيقف البيع في الجميع على الإجازة وإلا بطل، لأن البيع في الثلاثة الأخيرة فضولي، والفرق بينها وبين ما لو تجاوز ما حدّ له المالك أن مخالفة ما صرح به المالك قد ورد فيه النصوص بكون البيع صحيحاً والربح على ما شرط مع كون الضمان على العامل وقد تقدمت، بخلاف ما هنا فلا بد من إعمال القواعد، وهي قاضية بما سمعت من كون البيع فضولياً لعدم الإذن فيه.
- (٦) قال في المسالك: «واشترط ذلك في المال موضع وفاق، ونقله في التذكرة، وهو العمدة»، وقال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه»، وعُلم أيضاً بأن المضاربة معاملة تشمل على غرر، إذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول، وإنما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة فتختص بما تسهّل التجارة به وتروج في كل حال، وهو التقدان فقط دون غيره.
- (٧) جمع غرض، وهو المتاع وكل شيء عدا النقدين على ما تقدم بيانه، والدليل عليه قيام الإجماع على غيره، وكذا بالنسبة لما بعده.
- (٨) جمع فلس، وهو المسكوك من النحاس لا من الذهب ولا الفضة.
- (٩) كالذهب والفضة غير المسكوكين.
- (١٠) لا فرق في الدراهم والدنانير التي تجوز فيها المضاربة بين المعينة أو المشاعة، مثل قوله: ضارب بحصتي في هذا المال المشترك.
- (١١) الحصة من الربح للعامل.
- (١٢) الشرط المذكور في متن عقد المضاربة، وعمل النزاع أن المضاربة هل هي معاملة صحيحة أو لا؟ فعلى الأول يجب الالتزام بالشرط الوارد في عقدها، على أن الربح بالنصف أو =

مقتضاها، وهو ما شرط للعامل من الحصة، وفي قول نادر: أن اللازم أجره المثل، وأن المعاملة فاسدة، لجهالة العوض، والنصوص الصحيحة على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه.

(والعامل أمين^(١) لا يضمن إلا بتعد، أو تفريط)^(٢) ومعهما^(٣) يبقى العقد، ويستحق^(٤) ما شرط له وإن ضمن المأل.

(ولو فسخ المالك فللعامل أجره مثله إلى ذلك الوقت) الذي فسخ فيه (إن لم يكن) ظهر (ربح)^(٥)، وإلا فله حصته من الربح.

= الثالث ونحوهما، وعليه قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلاً من أصحابنا كما في المسالك، وقال في الجواهر: «الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيها»، بالإضافة إلى النصوص، وقد تقدم بعضها.

وعن المفيد والشيخ في النهاية أن الربح كله للمالك، وللعامل أجره المثل، لأن المعاملة باطلة لجهالة العوض، ورّد بمخالفته للنصوص الكثيرة، مع أن الجهالة بالعوض لا تضرّ في الكثير من العقود كالزراعة والمساقاة.

(١) بالاتفاق، وعليه الأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذي يُعمل به مضاربة، له من الربح وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال)^(١).

(٢) بالاتفاق للأخبار:

منها: خبر الحلبي المتقدم، وصحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يُعطي الرجل المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال عليه السلام: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما)^(٢)، وهو دال أيضاً على أنه بالتجاوز لا يفسخ العقد، ولذا كان الربح بينهما، بالإضافة إلى أن التعدي والتفريط ليسا من موجبات الفسخ.

(٣) مع التعدي أو التفريط.

(٤) العامل.

(٥) اعلم أن عقد المضاربة من العقود الجائزة فيصح فسخه من المالك أو العامل، وقد يفسخ =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المضاربة حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المضاربة حديث ٢.

وربما أشكل الحكم بالأجرة^(١) على تقدير عدم الريح، بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، وتسلبت المالك على الفسخ من مقتضياتها^(٢)، فالعامل قادم على ذلك^(٣)، فلا شيء له سوى ما عُيِّن.

ولو كان المال عُروضاً^(٤) عند الفسخ فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم

= بطروء ما يقتضي الانفساخ من موت أحد الطرفين أو جنونه، وعلى التقادير الثلاثة فإما أن يكون المال كله ناضباً أو يكون النض لقدر رأس المال دون الريح إذ الريح عروض، أو يكون المال بجميعة عُروضاً أو ببعضه.

وعلى التقادير الاثني عشر إما أن يكون قد ظهر ربح أو لا، فالصور أربع وعشرون، وقد تعرض الشهدان لبعضها، وعليه فلو فسخ المالك مع ظهور الريح فللعامل حصته من الريح على الشرط المذكور في العقد بلا خلاف، ولو فسخ المالك مع عدم ظهور الريح، فعن المحقق وجماعة أن للعامل أجرة المثل إلى وقت الفسخ، لأن عمله محترم وقد صدر منه بإذن المالك، ولم يصدر منه على وجه التبرع فله أجرته.

وعن غيرهم أنه لا شيء للعامل، لأنه أقدم على الحصة من الريح على تقدير وجودها، ولم توجد، ولا شيء له غيرها مع كون المالك مسلطاً على الفسخ متى شاء.

(١) أجرة المثل.

(٢) المضاربة.

(٣) على أنه مستحق للحصة من الريح على تقدير وجودها، وأنه لا شيء له غير ذلك مع علمه بتسلب المالك على الفسخ متى شاء.

(٤) كان مال المضاربة متاعاً بالشراء، فتارة قد ظهر الريح وأخرى لا، فمع ظهور الريح في المتاع بأن زادت قيمته السوقية بعد الشراء فللعامل حصته في هذه الزيادة، وعليه فإن رضي المالك ببيع المتاع على أن يأخذ العامل حصته من الريح فهو، وإن لم يرض المالك بالبيع فللعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك مع طلب من الحاكم ليجبره على البيع.

ومع عدم ظهور الريح في المتاع فهو للمالك، ولكن هل للعامل أن يبيعه من دون رضا المالك لاحتمال أنه يربح فيه فيكون له حصة من الريح، قولان:

الأول: عدم الجواز، لكون المتاع ملكاً للمالك، فلا يجوز للعامل أن يتصرف فيه من دون رضا صاحبه.

الثاني: الجواز، لتعلق حق العامل به، حيث يُحتمل وجود رغب في المتاع يزيد في الثمن فيحصل الريح، ورَدَّ: بعدم تحقق الريح عند احتمال وجود الراغب في الشراء، إلا أن =

يدفع المالك إليه حقه منه^(١)، وإلا^(٢) لم يميز^(٣) إلا بإذن المالك، وإن رجا^(٤) الربح حيث لا يكون بالفعل^(٥).

ولو طلب المالك انقاضه^(٦)، ففي إيجاب العامل عليه قولان، أجودهما عدم.

ولو انفسخ العقد من غير المالك، إما بعارض^(٧) يفسد العقد الجائز أو من قبل العامل فلا أجره له، بل الحصة إن ظهر ربح^(٨)، وقيل: له الأجرة أيضاً^(٩).

= يكون الراغب موجوداً بالفعل ويريد الشراء بأزيد من قيمته فهو في قوة ظهور الربح، ورُدَّ: الاستثناء أيضاً بعدم صدق الربح عرفاً عليه، ويأنه لو سلم فيصير العامل شريكاً، ومع ذلك لا يسقط إذن المالك إلا عند الامتناع.

(١) من الربح، وعند امتناع المالك عن بيعه.

(٢) وإن لم يكن به ربح.

(٣) لم يميز البيع من قبل العامل.

(٤) بحيث يحتمل العامل وجوده وراغب يزيد في الثمن.

(٥) وظاهره أنه لو كان الربح فعلياً فيجوز البيع، وفعليته عند وجود الراغب فعلاً، وقد عرفت ما فيه.

(٦) لو كان مال المضاربة عُروضاً وقد فُسخ عقد المضاربة، فهل للمالك إلزام العامل ببيع المتاع - وهذا هو معنى الانقاض - أو لا؟

فقيل: بأنه يجب على العامل أن ينض المال، ويجوز للمالك إلزامه بذلك، لأن العامل قد أخذ المال نقداً، فيجب عليه أن يرده كذلك، لعموم النووي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١).

ورُدَّ: بأن دليل الضمان لا يشمل المقام، لأن العامل هنا مأذون فلا يضمن، مع أن وجوب النض بما لا دليل عليه، فمجراه البراءة عند الشك فيه.

(٧) كعروض ما يقتضي انفساخ العقد كموت أحدهما أو جنونه، وعليه فإن لم يظهر الربح فلا شيء للعامل من الربح لعدمه، ولا من الأجرة لإقدامه على أن يكون له حصته من الربح ولم تظهر، وكذا لو فسخ العامل عند عدم ظهور الربح.

(٨) فلو انفسخ العقد أو فسخه العامل فله حصته من الربح على تقدير ظهوره، وعن العلامة في التذكرة أن له أجرة المثل، وهو ضعيف.

(٩) كما له أجرة عند فسخ المالك على قول المحقق وجماعة، وهو مختار الماتن هنا، وهذه هي الصور التي تعرض لها الشهيديان من أربع وعشرين صورة، ومنها يعرف حكم البقية.

(و) والقول قول العامل في قدر رأس المال^(١١)، لأنه منكر للزائد، والأصل^(١٢)

معه .

(و) في (قدر الربح)^(١٣) لأنه أمين، فيقبل قوله فيه .

(وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد)^(١٤) لترتفع الجهالة عنه، ولا يُكتفى بمشاهدته، وقيل: تكفي المشاهدة^(١٥)، وهو ظاهر اختياره هنا^(١٦)، وهو مذهب الشيخ والعلامة في المختلف^(١٧)، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، وللأصل^(١٨)، ولقوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم)، فإن قلنا به^(١٩) واختلفا في قدره^(٢٠) فالقول

(١) لو قال رب المال: إن مال المضاربة مائة، فقال العامل: هو خمسون، فيكون العامل منكرًا للزيادة فيقدم قوله مع يمينه، لكونه منكرًا للزيادة، ولموافقة قوله ظاهر الشرع، لأنه أمين شرعاً، فيقبل قوله .

(٢) وهو ظاهر الشرع بكونه أميناً، أو براءة ذمة العامل من الزيادة .

(٣) فلو اختلفا في قدر الربح، فقال المالك: ربحت مائة، فقال العامل: بل خمسين، فالعامل منكرٌ، لموافقة قوله ظاهر الشرع، حيث حكم الشارع بكونه أميناً، فيقدم قوله مع يمينه .

(٤) فيكون رأس المال معلوماً بالقدر والوصف، للنهي عن الغرر، وعن الشيخ في المبسوط والعلامة في المختلف أنه تكفي المشاهدة لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، ورُدَّ: ببقاء الجهالة ولا ترتفع إلا مع العلم بالقدر والوصف، وقال الشارح في المسالك: «وَحَكَى فِي الْمَخْتَلَفِ عَنِ الشَّيْخِ الْقَوْلَ بِجَوَازِ الْمُضَارَبَةِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدِ بِالْمَشَاهِدَةِ، وَقَوَاهُ فِي الْمَخْتَلَفِ عَنِجًا بِالْأَصْلِ، وَقَوْلُهُ ﷺ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^(١) انتهى .

(٥) القول للشيخ والعلامة .

(٦) اختيار الماتن في اللعنة، لأنه مع تعيين قدر المال لا يقع التنازع، وعليه فلا يقع إلا مع المشاهدة، والماتن قد فرض التنازع في قدر المال فيكون من القائلين بكفاية المشاهدة، وفيه: أن جميع الفقهاء المشترطين للتعيين قد فرضوا التنازع فراجع كتبهم .

(٧) ولهما قول آخر وهو المجازفة من غير تعيين ولا مشاهدة .

(٨) أصالة عدم التعيين .

(٩) بالاكْتِفَاءَ بِالْمَشَاهِدَةِ .

(١٠) قدر المال .

قول العامل كما تقدم، للأصل^(١)، والأقوى المنع^(٢).

(وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك^(٣)، كمن ينعق عليه) أي: على المالك، لأنه تحسير محض، والغرض من هذه المعاملة الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه^(٤) كان فضولياً مع علمه بالنسب^(٥) والحكم^(٦)، أما مع جهله بهما، أو بأحدهما ففي صحته وعتقه عن المالك، أو إلحاقه بالعالم وجهان، مأخذهما: انصراف^(٧) الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به فلا يدخل

(١) أصالة عدم الزيادة، فيكون العامل منكراً.

(٢) المنع من الاكتفاء بالمشاهدة.

(٣) قال في المسالك: «لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلاً، ومن جملته شراء من ينعق على المالك، لأنه تحسير محض، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد» انتهى، والغرض المقصود من العقد هو الربح.

(٤) شراء من ينعق على المالك تارة بغير إذن المالك وأخرى بإذنه، وعلى الأول فتارة يكون العامل عالماً بنسب من يشتريه وعالماً بكونه ينعق على المالك وأخرى يكون جاهلاً بهما وثالثة بأحدهما.

فلو اشتراه بغير الإذن مع العلم بالنسب والانتحاق فيكون الشراء عن المالك شراءً فضولياً، ويتوقف على إجازة المالك ككل عقد فضولي، فإن أجاز فيكون كمثل ما لو اشتراه بإذن المالك، وسيأتي الكلام فيه عند التعرض للشق الثاني، وإن لم يُجز بطل الشراء وكأنه لم يقع.

ولو اشتراه بغير الإذن مع جهله بهما أو بأحدهما فنظر، قال الشارح في المسالك: «فيحتمل كونه كذلك - أي فضولياً - لأن الإذن في هذا الباب إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه، والتباس الأمر ظاهراً - على العامل - لا يقتضي الإذن، غاية أنه غير آثم لجهله.

ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهراً ولا ضمان على العامل، لأن العقد المذكور إنما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر، لا في نفس الأمر، لاستحالة توجه الخطاب إلى العاقل، لاستلزامه تكليف ما لا يطاق، وكما لو اشترى معيماً لم يعلم بعيه فتلف بذلك العيب انتهى.

(٥) بنسب من يشتريه وأنه أبو المالك.

(٦) وهو الانتحاق.

(٧) دليل إلحاقه بالعالم وأن العقد فضولي.

هذا^(١) فيه^(٢) مطلقاً^(٣)، ومن كون^(٤) الشرط^(٥) بحسب الظاهر^(٦)، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل، كما لو اشترى معيماً لا يعلم بعيبه فتلف به^(٧)، (و) كذا (لا يشتري من رب المال شيئاً)^(٨)، لأن المال له، ولا يُشترى مال الإنسان بماله.

(ولو أذن في شراء أبيه)^(٩) وغيره ممن ينعق عليه (صح وانعق) كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان (وللعامل الأجرة)^(١٠) سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع

(١) شراء من ينعق على المالك مع جهل العامل بنسبه أو بالاعتاق.

(٢) في الإذن المنصرف إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به.

(٣) سواء كان جاهلاً بهما أم بأحدهما.

(٤) دليل صحة الشراء وصحة العتق عن المالك ولو قهراً.

(٥) الإذن المنصرف، وهو شرط ضمني في العقد.

(٦) شرط بحسب ظاهر العامل فلا يشمل الغافل.

(٧) فتلف بالعيب.

(٨) لأن البيع فيه نقل وانتقال، وهو غير متحقق بالشراء من رب المال، لأن مال المضاربة

ماله ولا يُشترى مال الإنسان بماله، ولأن الإذن في المضاربة للاسترباح، وهو محمول عرفاً على الاسترباح من غير المالك فلا يكون العامل مأذوناً بالاسترباح من نفس المالك.

(٩) هذا هو الشق الثاني من المسألة السابقة، وعليه فإذا أذن المالك بشراء أبيه من مال المضاربة

صح الشراء بلا إشكال، كما لو اشترى نفس المالك أباه، أو اشتراه وكيله؛ وينعق على المالك لما سيأتي في باب العتق من عدم تملك الإنسان أحد أبويه.

ومع الاعتاق فإن كان ثمنه تمام مال المضاربة بطلت المضاربة، لأن الإذن من المالك بالشراء المذكور يكون فسخاً لها، وإن كان الثمن بعضاً من مال المضاربة فتبطل المضاربة

في البعض لأنه فسخ كما تقدم، وتبقى صحيحة في الباقي، لوجود الإذن مع عدم صدور فسخ بالنسبة للباقي.

(١٠) العامل إذا اشترى من ينعق على المالك فتارة يبحث في صحة الشراء والاعتاق مع إذن

المالك بالشراء وعدمه، وهذا ما تقدم، وأخرى يبحث عما للعامل في المبيع على تقدير إذن المالك بالشراء، لأنه مع عدم الإذن يكون عمله تبرعياً فلا أجره له، ولا شيء

غيرها.

وعليه فلو أذن المالك للعامل بشراء من ينعق على المالك فتارة يظهر ربح حين الشراء بأن =

عدمه فظاهر إلا على الاحتمال^(١١) السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأما مع ظهوره^(١٢) فلبطلان المضاربة بهذا الشراء^(١٣)، لعدم كونه^(١٤) من متعلق الإذن^(١٥)، لأن متعلقه^(١٦) ما فيه ربح ولو بالمظنة^(١٧)، وهو^(١٨) منفي هنا^(١٩)، لكونه^(٢٠) مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه^(٢١) بطلت^(٢٢).

= زادت قيمته السوقية وأخرى لا ربح فيه، وعلى الأول فالملحكي عن بعض أن رب المال يضمن للعامل حصته من الربح، لتحقق ملك العامل عند ظهور الربح ولا يقدر العتق القهري بإذن المالك، الذي مرجعه استرداد طائفة من ماله بعد ظهور الربح، وإتلافها، وكما يضمن في الأخير يضمن في المقام.

وفيه: أن العامل يملك حصته من الربح عند الظهور إن لم يكن عقد المضاربة قد بطل بهذا الشراء، مع أن عقد المضاربة قد بطل فلا حصة للعامل من الربح، لأن الإذن في المضاربة هو إذن لما اقتضى التقلب والاسترباح، ومع الإذن بشراء من ينعق على المالك كما هو المفروض فلا يكون إذناً بالمضاربة، بل يكون فسخاً لها ورجوعاً عنها، نعم له أجره المثل حيثئذ، لأن عمله محترم غير متبرع به.

وعلى الثاني - عند عدم ظهور الربح - فلا شيء للعامل من الربح لعدم ظهوره، ولكن له أجره المثل لأنه غير متبرع به.

(١) والاحتمال السابق هو كون العامل عالماً بتسلط المالك على الفسخ متى شاء، وقد أقدم على العمل بأن له حصة من الربح على تقدير ظهوره فليس له إلا هذه الحصة إذا ظهر الربح، والمفروض عدم الظهور فلا شيء له من الربح ولا من أجره المثل.

(٢) ظهور الربح.

(٣) بسبب هذا.

(٤) لعدم كون هذا الشراء.

(٥) إذن المضاربة.

(٦) متعلق إذن المضاربة.

(٧) لأنه إذن يقتضي التقلب.

(٨) الإذن الذي يقتضي التقلب.

(٩) في شراء من ينعق على المالك.

(١٠) كون الشراء.

(١١) في شراء من ينعق على المالك.

(١٢) المضاربة.

ويحتمل ثبوت الحصة إن قلنا بملكها بالظهور^(١) لتحققه^(٢) ولا يقدح عتقه^(٣) القهري، لصدوره^(٤) بإذن المالك، كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهوره^(٥)، وحينئذ^(٦) فيسري^(٧) على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب.

(ولو اشترى) العامل (أباً نفسه)، وغيره ممن ينعق عليه (صح)^(٨) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعق نصيبه) أي: نصيب العامل، لاختياره السبب المفضي إليه^(٩)، كما لو اشتراه بماله، (ويسمى

(١) عند ظهور الربح.

(٢) تحقق ظهور الربح، لأنه مفروض هذا الفرع.

(٣) عتق من تحقق فيه ظهور الربح.

(٤) صدور الشراء.

(٥) بعد ظهور الربح.

(٦) وحين ظهور الربح.

(٧) يسري العتق القهري إلى حصة العامل، والسريان إما ليسار المالك أو لأن المالك الذي هو شريك العامل قد اختار السبب وهو الشراء، واختيار السبب اختيار للمسبب الذي هو العتق هنا.

(٨) صح الشراء وكان من مال المضاربة، ولا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا.

وعلى الأول فمع كون العامل يملك حصته عند ظهور الربح ينعق نصيبه من الربح، ويسري العتق في الباقي، ولكن ليس على العامل، بل يسمى المعتق في باقي قيمته، سواء كان العامل موسراً أم معسراً، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لصحيح ابن أبي عمير عن محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال عليه السلام: يُقَوِّمُ فَإِنْ زَادَ دَرَاهِمًا وَاحِدًا أَعْتَقَ وَاسْتَسْعَى فِي مَالِ الرَّجُلِ)^(٩)، وترك الاستفصال في جواب السؤال ينزل منزلة العموم في المقال، وعليه سواء كان العامل موسراً أم معسراً فيسمى المعتق في الباقي.

وقيل - كما في الجواهر أنه احتمال - إنه مع سريان العتق فالباقي على العامل إذا كان موسراً مع حمل الرواية على ما لو كان معسراً، جمعاً بين الرواية وبين ما سيأتي في باب العتق أن الذي يختار السبب يلزم بالسبب، والعامل قد اختار سبب العتق وهو الشراء فالانعاق بتمامه عليه.

(٩) إلى العتق.

المعتق) وهو الأب (في الباقي) وإن كان الولد موسراً، لصحبة محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام الحاكمة باستسعائه^(١) عن غير استفعال.

وقيل: يسري على العامل مع يساره، لاختياره السبب^(٢) وهو موجب لها^(٣) كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وحملت الرواية على إعساره جمعاً بين الأدلة. وربما فرق بين ظهور الربح حالة الشراء، وتجده^(٤)، فيسري في الأول^(٥) دون الثاني^(٦)، ويمكن حمل الرواية عليه^(٧) أيضاً.

وفي وجه ثالث بطلان^(٨) البيع، لأنه^(٩) منافع لمقصود القراض، إذ الغرض^(١٠) هو السعي للتجارة التي تقبل التقليل للاسترباح، والشراء المتعقب للمعتق ينافي^(١١)، والوسط^(١٢) قوي لولا معارضة إطلاق النص الصحيح.

- (١) باستسعاء المعتق.
- (٢) وهو الشراء.
- (٣) للسرية فيلزم العامل بتمامها.
- (٤) تجدد الربح بعد الشراء.
- (٥) وهو ظهور الربح حالة الشراء.
- (٦) التجدد، بناءً على أن الربح إذا تجدد بعد الشراء لا يكون الشراء مجموع السبب حتى يقال: إنه اختار السبب الموجب للسرية، بل السبب هو الشراء مع ارتفاع قيمة السوق الذي لا اختيار للعامل فيه، بل ارتفاع القيمة هو السبب القريب، فلا يلزم العامل بالقيمة لعدم اختياره.
- (٧) على الثاني.
- (٨) وهو احتمال، ومفاده أن الشراء المذكور منافع لمقصود القراض، إذ الغرض منه هو السعي للتجارة التي تقتضي التقليل والاسترباح، وهذا الشراء المتعقب بالمعتق منافع لذلك فلا يكون مأذوناً فيه، فيكون موقوفاً على الإجازة.
- وهذا الاحتمال من المحقق والشهيد الثانيين كما في الجواهر، وفيه: أنه اجتهد في مقابل النص الذي هو صحيح ابن أبي عمير المتقدم.
- (٩) شراء من ينعق على العامل.
- (١٠) من القراض.
- (١١) ينافي غرض القراض.
- (١٢) وهو القول الثاني من أن المعتق يسري ويكون على العامل الموسر، وأنه على المعتق إذا كان العامل معسراً.



كتاب الودیعة

(كتاب الوديعة^(١))

(وهي استنابة في الحفظ) أي: استنابة فيه^(٢).....

- (١) لا خلاف في مشروعيتها، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(٢)، والنبوي (أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)^(٣)، ومثله غيره.
- والوديعة تطلق على دفع المال للغير، قال في المصباح: «وأودعت زيدا مالاً دفعته إليه ليكون عنده وديعة، وجهها ودائع».
- ولكن وقع النزاع بين الفقهاء أن ألفاظ العقود كالبيع والإجارة والوديعة والصلح هي أسماء للعقود أو لما يترتب عليها، وعليه فمن عرّف الوديعة بأنها الاستنابة في الحفظ فيكون مبناه أن اسم الوديعة يطلق على نفس عقدها.
- وأشكل على هذا التعريف بإشكالات.
- منها: أن العقد مفتقر إلى إيجاب وقبول، والتعريف المتقدم من الاستنابة متضمن لمعنى الإيجاب فقط، فلا بد من ضمنية القبول إليه، فيقال: الوديعة هي الاستنابة وقبولها.
- ومنها: أن التعريف شامل للوكالة فلا يكون مانعاً للأغيار، لأن الوكالة تقتضي الاستنابة في حفظ ما وكل في بيعه وغيره، ورّد: بأن حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في الحفظ، بل حقيقتها الإذن فيما وكل فيه، والحفظ من توابع هذا الإذن، بخلاف الوديعة فحقيقتها الاستنابة، والتعريف إنما يكون لذات الشيء لا للوازمه وتوابعه.
- (٢) في الحفظ.

(١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

(٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوديعة حديث ١٢.

بالذات، فلا يرد^(١١) مثل الوكالة في بيع شيء، أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها^(١٢) تستلزم الاستنابة فيه^(١٣) إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات^(١٤) الإذن فيما وُكِّل فيه.

ثم الاستنابة^(١٥) إنما تكون من المودع^(١٦)، والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين، فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي.

وكأنَّ التعريف، لما كان لعقدها - كما علم من مذهب المصنف^(١٧) - وكانَّ المعتبر منه^(١٨) الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه^(١٩)، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه^(٢٠) لم تؤثر^(٢١).

(وتفتقر إلى إيجاب وقبول^(٢٢)) كغيرها من العقود، (ولا حصر في الألفاظ

(١) تعرض للإشكال الثاني.

(٢) الوكالة.

(٣) في الحفظ.

(٤) والقصد الذاتي من الوكالة.

(٥) تعرض للإشكال الأول.

(٦) وعليه فالاستنابة هي معنى الإيجاب فأين القبول؟

(٧) حيث ذهب إلى أن أسماء المعاملات هي أسماء للعقود لا لما يترتب عليها.

(٨) من العقد.

(٩) تسامح في إطلاق الوديعة كعقد على خصوص الإيجاب، قال الشارح في المسالك: «إن

القبول هنا بالقول ليس بشرط، بل يقوم الفعل مقامه، فكأن المتوقف عليه العقد هو

الإيجاب خاصة، وإن كانت الوديعة لا تتم إلا بهما انتهى.

(١٠) عن القبول.

(١١) فلذا اقتصر في تعريف الوديعة على الاستنابة، غاية يكون المراد منها هو الاستنابة التامة

المستلزمة للقبول.

(١٢) لأن الوديعة معاملة بين شخصين، فلا بد من الإيجاب والقبول فيها، ويدل عليه خير

عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو

استمتمت على سيف أو استصحبني واستشارني، ثم قبلت ذلك منه لأديت إليه الأمانة^(١٣))، =

الدالة عليها) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كل لفظ دل عليها، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها^(١) اختياراً.

(ويكفي في القبول الفعل^(٢))، لأن الغرض منه^(٣) الرضا بها^(٤)، وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول، باعتبار دخولها^(٥) في ضمانه، والتزامه بحفظها بواسطة القبض - وإن لم يحصل الإيجاب فيه^(٦) - أولى^(٧)، إلا أن

= وهي من العقود الجائزة بالاتفاق، لأن الاستنابة في الحفظ توكيل فيه، والوكالة جائزة، ومقتضى جواز عقدها من الطرفين عدم انحصار ألفاظ إيجابها وقبولها بلفظ خاص صريح، بل يصح إنشاؤها بكل لفظ دال على ذلك كما هو المشهور على ما تقدم، وقد تقدم جواز ذلك في العقود اللازمة، بل وكفاية الكتابة والفعل الدالين على الإنشاء.

(١) لمعنى الوديعة، وذلك للتوسع في العقد الجائز دون اللازم.
(٢) قال الشارح في المسالك: «أطلق المصنف وجماعة هنا أنه يكفي القبول بالفعل، مع اعترافهم بكونها عقداً، نظراً إلى أن الغاية منها إنما هو الرضا بالاستنابة، وربما كان الفعل أقوى فيه - في الرضا بالاستنابة - عن القول، باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه حينئذ لو قصر بخلاف القبول الفعلي، فإنه وإن لزمه ذلك شرعاً إلا أنه ليس صريحاً في الالتزام من حيث إنه عقد جائز، فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره، واليد توجب الحفظ إلى أن ترده إلى مالكه لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»، وهذا أحسن إلا أن فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد.

ومن ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها إذن - أي الوديعة - لا عقد، وفرغ عليه عدم اعتبار القبول القولي، وآخرون إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ أودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً، وإن قال: أحفظه ونحوه - مما هو على غير صيغ العقود - لم يفتقر إلى القبول اللفظي كالوكالة، وهو كلام موجه انتهى.

وفي الرياض عن الأخير «ووجهه غير واضح».

(٣) من القبول.

(٤) بالاستنابة.

(٥) دخول الوديعة في ضمانه، عند وضع اليد عليها المحقق للقبول الفعلي.

(٦) في هذا القبض.

(٧) هو ملتزم بحفظها عند قبضها وإن لم يحصل الإيجاب، فمع حصول الإيجاب أولى أو أن القبول الفعلي أولى من القبول اللفظي، لأن في الفعلي تدخل الوديعة في ضمانه ويجب عليه أن يلتزم بحفظها لعموم «على اليد» بخلاف القبول القولي عند عدم القبض، فلو =

فيه^(١) خروجاً عن باب العقود التي لا تتم بصيغة^(٢) من الطرفين، ومن ثم قيل: إنها^(٣) إذن مجرد، لا عقد، وكيف كان لا تجب مقارنة القبول للإيجاب^(٤) قولياً كان^(٥)، أم فعلياً.

(ولو طرحها عنده^(٦)).....

= فسح قيل تحقق القبض فلا يظهر أثر لهذا القبول، وهذا ما صرح به الشارح في المسالك، فيكون المعنى الثاني أولى.

(١) في الاكتفاء بالقبول الفعلي.

(٢) صيغة واحدة، بل لا بد من صيغتين..

(٣) الودعة.

(٤) قال في الرياض: «بلا خلاف يظهر، وبه صرح في المفاتيح، وأنه لا ريب فيه ولا شبهة، حيث يكون القبول فعلياً، ولو كان قولياً ففيه نوع مناقشة، لولا حكاية عدم الخلاف التي هي حجة عامة انتهى.

(٥) القبول.

(٦) الإيجاب منحصر باللفظ أو بالإشارة والتلويح عند الشارح، والقبول قد يتحقق بالقول وقد يتحقق بالفعل، وعليه فهنا صور:

الأولى: أن يضع المال عنده ولم يحصل من صاحب المال ما يدل على الاستنابة في الحفظ من قول أو إشارة أو تلويح، فقبله قولاً، فللودعي لا يجب عليه الحفظ ولا ضمان عليه، أما أنه لا يجب عليه الحفظ فلعدم تحقق عقد الودعة لاشتراط القول أو الإشارة في الإيجاب ولم يحصل كل منهما، ومع عدم الإيجاب فلا عقد، وأما أنه لا يجب عليه الضمان، فلأن المال لم يدخل تحت يده، حيث لم يقبضه بحسب الفرض وإن قبل قولاً.

الثانية: أن يضع المال عنده من غير إيجاب فقبله فعلاً، فلا يتحقق عقد الودعة لعدم الإيجاب، إلا أن الودعي يضمن، لأن المال داخل تحت يده، فيندرج تحت عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(٧).

الثالثة: أن يتلفظ المالك بالإيجاب مع الطرح فيقبل الآخر قبولاً قولياً، وبه يتم عقد الودعة، فيجب عليه الحفظ ولا يضمن إلا مع التقصير.

الرابعة: نفس الصورة الثالثة إلا أنه يقبل قبولاً فعلياً، فيتم عقد الودعة إلى آخر ما ذكر في الثالثة.

(١) سنن البيهقي ج٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكتر العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١١.

ولم يحصل منه ^(١) ما يدل على الرضا، ولا قبضها ^(٢)، (أو أكرهه على قبضها ^(٣)) لم تصر وديعة، لانتفاء القبول الشرعي فيهما ^(٤).

وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً، أو ما في حكمه ^(٥) يفيد ^(٦)، وقد لا يحصل، بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني ^(٧) لا تصير وديعة وإن قبل قولاً أو فعلاً، لكن في الثاني ^(٨) يجب عليه الحفظ للبد، لا للوديعة، وفي الأول ^(٩) تتم بالقبول بهما ^(١٠) فيجب عليه الحفظ.

= الخامسة: أن يصدر الطرح من المالك سواء تقارن الطرح مع الإيجاب من قول أو إشارة أم لا، والودعي لم يقبلها قولاً ولا فعلاً، فلم يتم عقد الوديعة فلا يجب عليه حفظها من باب الوديعة، ولا ضمان عليه لعدم تحقق القبض.

وفي المسالك أنه يأنم إذا تلفت بعد غياب المالك، لأنه يجب عليه الحفظ من باب المعاونة على البر وإعانة المحتاج، فلو تلفت فلا يضمن وإنما يأنم، ورُد: بأن المعاونة مستحبة وليست بواجبة.

السادسة: ما لو أكره على قبض الوديعة فلا وديعة، لعموم رفع (ما استكرهوا عليه) ^(١١)، فلا قبول شرعاً وليست يده بيد حيثئذ، فلا يجب الحفظ ولا يضمن عند التلف.

- (١) من الودعي.
- (٢) فلم يصدر منه قبول، لا بالقول ولا بالفعل، وهذه هي الصورة الخامسة.
- (٣) هذه هي الصورة السادسة.
- (٤) في هاتين صورتين، غايته ففي السادسة قد صدر القبول إلا أنه ليس بشرعي للإكراه.
- (٥) كالإشارة.
- (٦) يفيد معنى الإيجاب.
- (٧) في الطرح المجرد، فلا وديعة، لعدم الإيجاب وإن قبل الودعي قولاً أو فعلاً، وهذه هي الصورة الأولى والثانية.
- (٨) ما لو قبل الودعي فعلاً، وهي الصورة الثانية فيضمن لعموم النوي المتقدم.
- (٩) الطرح الذي انضم إليه القول أو الإشارة للمهمة لمعنى الإيجاب وقبل الودعي قولاً أو فعلاً فيتم عقد الوديعة، وهذه هي الصورة الثالثة والرابعة.
- (١٠) بالقول أو بالفعل.

وحيث لا يجب^(١) لعدم القبول^(٢) قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك وتركها، وخيف عليها الذهاب^(٣) فيجب من باب المعاونة على البر كفاية، لكن لا ضمان بتركه^(٤).

وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقاً^(٥)، بل يجوز تركها وإن قبضها به^(٦) في حضور المالك وغيبته، إلا أن يكون المكره مضطراً إلى الإيداع فيجب إعانته عليه كالسابق.

فقوله: «فلا يجب حفظها» مطلق في الثاني^(٧) من حيث الوديعة، ومع عدم القبول، أو القبض^(٨) في الأول^(٩) على ما فصل.

(ولو قبل) الوديعة قولاً، أو فعلاً (وجب) عليه (الحفظ)^(١٠) ما دام

(١) لا يجب الحفظ.

(٢) عدم القبول من الودعي، فلا عقد للوديعة، ولكن يجب عليه الحفظ من باب المعاونة كما في الصورة الخامسة.

(٣) التلف.

(٤) بترك الحفظ، فلا ضمان لعدم اليد، ولكنه آثم لمخالفته الواجب، وقد تقدم عدم الوجوب.

(٥) سواء قبض أم لا.

(٦) بالإكراه، فلا يجب الحفظ، لعدم تحقق القبول الشرعي.

(٧) في الإكراه.

(٨) عدم القبض.

(٩) في الطرح.

(١٠) فيجب على الودعي بلا خلاف فيه، لأن الحفظ من مقتضيات الوديعة، فلو لم يجب حفظها لم يجب أداؤها، مع أن الودعي مما يجب عليه رد الوديعة، للأخبار:

منها: النبوي (أذ الوديعة إلى من ائتمنك ولا تخن من خاتك)^(١)، وللأخبار الآتية والدالة على الضمان عند عدم الحفظ، فلو لم يكن الحفظ واجباً لم يكن وجباً للضمان عند تركه.

مستودعاً، وكذا بعده^(١) إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه^(٢)، وبذلك^(٣) يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ، وعدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز^(٤).

(ولا ضمان عليه^(٥)) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدي فيها^(٦)) بأن ركب الدابة^(٧)، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود (أو التفريط) بأن

(١) بأن يفسخ عقدها، فيجب عليه الحفظ بعد الفسخ، لاستلزام تركه إضاعة المال المنهي عنه في الشريعة، مع استلزام تركه للضرر على المالك، بالإضافة إلى إطلاق أدلة رد الوديعة المتقدمة الشامل لمفروض مسألتنا، ولا يتم الرد إلا بالحفظ.

(٢) حكم المالك، وهو الوكيل.

(٣) يكون الوديعة يجب حفظها ولو بعد الفسخ.

(٤) فلا يأتي الإشكال بأن الوديعة عقد جائز ويجوز للودعي الفسخ متى شاء فكيف يجب عليه الحفظ مطلقاً، ورده: بأنه يجب عليه الحفظ مطلقاً ولو بعد الفسخ إلى أن يردها إلى المالك لما تقدم من الأدلة، وهذا لا ينافي جواز فسخها متى شاء الودعي.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان)^(١)، وخبر أبان عن أبي جعفر عليه السلام (إلى أن قال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً)^(٢).

(٦) مع التعدي أو التفريط يضمن بلا خلاف، للأخبار:

منها: مكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام (في رجل دفع إلى رجل وديعة، وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوَقَعَ عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله)^(٣).

(٧) اعلم أن حفظ الوديعة إنما يكون بحسب العادة، فالثوب يحفظ في الصندوق والشاة في المراح والدابة في الاصطبل، وكل شيء في حرزه بحسب عادة العرف، ولذا قال الشارح في المسالك: «لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع، كان المرجع فيه إلى العرف مما عُدَّ منه حفظاً لمثل تلك الوديعة، وكان هو الواجب ولم يتعقبه ضمان لو فُرض تلفها معه» انتهى.

(١) (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوديعة حديث ٥١.

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الوديعة حديث ١.

قَصْر في الحفظ عادة (فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان^(١)) إن لم يكن سبباً في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها^(٢) مع مظنته^(٣)، ومثله ما لو أخير بها اللص فسرقها.

ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، وأمره له^(٤) بدفعها إليه كرهاً، لانتفاء التفريط فيهما، فينحصر الرجوع على الظالم فيهما على الأقوى.

وقيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني، وإن استقر الضمان على الظالم^(٥).

= وعلى هذا فالضابط في ترك الحفظ بالتعدي أو التفريط يرجع فيه إلى الثرف، وإن حصر التقصير بعضهم في ستة وهي: الانتفاع بها، والإيداع، والتقصير في دفع المهلكات، والمخالفة في كيفية الحفظ، والتضييع بأن يلقيها في مضية، والجحود.

(١) فلا ضمان على الودعي، لعدم صدق التقصير عند الأخذ القهري، نعم هذا مشروط بعدم كون الودعي سبباً في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعي بها إلى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن لأنه فرط في الحفظ، ومثله ما لو أخير اللص فسرقها.

(٢) وصل إلى الظالم خبر الوديعة.

(٣) مظنة وصول الخبر وأخذ الظالم لها، فلو ظن الودعي ذلك وأظهرها، فإنه ضامن، لأنه فرط في الحفظ.

(٤) وأمر الظالم للودعي بدفع الوديعة إليه كرهاً، فلا فرق بين الصورتين في عدم ضمان الودعي، لأنه غير مقصر، على المشهور بين الأصحاب، وعن أبي الصلاح وأبي المكارم والعلامة في التذكرة جواز رجوع المالك مخيراً على الظالم والودعي إذا سلم الودعي الوديعة للظالم قهراً، دون ما لو أخذها الظالم فالمالك يرجع عليه خاصة.

ووجه التخيير أن المالك مما يجوز له الرجوع على الظالم لعدم النسيء المتقدم، ولهذا العموم يجوز له الرجوع على الودعي لأنه باشر التسليم فكانت الوديعة تحت يده، وفيه: أنه لا سبيل على المحسن، لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(١)؛ والودعي محسن ولم يفرط في الحفظ بحسب الفرض.

(٥) بمعنى لو رجع المالك على الودعي جاز للودعي أن يرجع على الظالم، بخلاف ما لو رجع على الظالم فلا يجوز له أن يرجع على الودعي، فالضمان بالأخير على الظالم.

(ولو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها^(١). بالوسائل الموجبة لسلامتها (وجب ما لم يؤد إلى تحمل الضرر الكثير^(٢)، كالجرح، وأخذ المال^(٣)) فيجوز تسليمها حينئذ وإن قدر على تحمله^(٤)، والمرجع في الكثرة^(٥) والقلّة إلى حال المكزّه، فقد تعدّ الكلمة السيرة من الأذى كثيراً في حقه، لكونه جليلاً لا يليق بحاله ذلك، ومنهم من لا يعتد بمثله، وأما أخذ المال فإن كان مال المستودع^(٦) لم يجب بذله مطلقاً^(٧)، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها^(٨) ما أمكن، فلو ترك مع القدرة على سلامة البعض فأخذ^(٩) الجميع ضمن^(١٠) ما يمكن

(١) عن الوديعة عند أخذ الظالم لها، وكان الدفع لائقاً به وجب عليه، بلا خلاف فيه، لأنه مقدمة للحفاظ المأمور به على نحو الإطلاق، فلو لم يفعل مع قدرته على الدفع حتى أخذها الظالم كان الودعي مقصراً فيضمن.

(٢) على الودعي.

(٣) مال الودعي، فلا يجب عليه الدفع حينئذ، لأن تحمل الضرر ودفع المال ضرر، وهو منفي في الشريعة.

(٤) تحمل الضرر أو دفع المال، فلا يجب للإطلاق في أدلة نفي الضرر.

(٥) كثرة الضرر وقتله، قال في المسالك: «المرجع في كثرة الضرر وقتله إلى حال المكزّه - الودعي - فمنهم من يعدّ الكلمة السيرة من الأذى كثيراً في حقه لكونه شريفاً لا يليق بحاله ذلك، ومنهم من لا يعتد بأمثال ذلك، وهكذا القول في الضرب وأخذ المال» انتهى.

(٦) الودعي، فلا يجب بذله، لأنه ضرر عليه، وهو منفي وإن كان قادراً على تحمله، وقال سيد الرياض: «وفيه نظر لوجوب الحفظ ولا يتم إلا به، فيجب، والضرر يندفع بالرجوع إلى المالك بعد نيته» انتهى، أي: بعد نية الرجوع حتى لا يكون متبرعاً.

(٧) سواء استوعب المأل المدفوع الوديعة أم لا.

(٨) من باب وجوب حفظ الباقي، لأن هذا الباقي مما يجب حفظه، سواء بقي المدفوع تحت يد الودعي أم دفعه إلى الظالم، وبما أن وجوب حفظ الباقي متوقف على بذل المدفوع فيجب بذله حينئذ.

(٩) أخذ الظالم جميع الوديعة.

(١٠) ضمن الودعي ما يمكن سلامته، لأنه مع عدم الدفع المذكور - وقد أثبتنا وجوبه - فهو مقصّر فيضمن.

سلامته، وإن لم يمكن إلا بأخذها^(١) أجمع فلا تقصير، ولو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله^(٢) لا يستوعب قيمتها^(٣) جاز، ورجع مع نيته^(٤).

ولو أمكن حفظها عنه بالاستتار منه وجب^(٥) فيضمن بتركه (نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها^(٦) الظالم فيوري) بما يخرج عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان، ويخصه^(٧) بوقت، أو جنس، أو مكان، أو نحوها، مغاير لما استودع،

(١) لا يمكن دفع الظالم إلا بدفعها أجمع، فلا تقصير على الودعي ولا ضمان.

(٢) مال الودعي.

(٣) قيمة الوديعة.

(٤) ورجع على المالك مع نية الرجوع، وبدونها يكون الدفع تبرعاً.

(٥) وجب الاستتار، ووجوبه من باب المقدمة للحفظ الواجب.

(٦) باليمين، هذا وقد تقدم وجوب الحفظ على الودعي، فإذا أراد الظالم أخذها فإن تمكن من الدفع من دون ضرر يجب، لأنه مقدمة للحفظ الواجب، ولو توقف على بذل المال ففيه التفصيل المتقدم، ولو توقف الدفع على الكذب لجاز، بل وجب، ولو توقف الدفع على اليمين فتجب من باب وجوب المقدمة للحفظ الواجب، بلا خلاف في ذلك ولا إشكال، وللأخبار:

منها: خبر إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال عليه السلام: لا جناح عليه، وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه، قال عليه السلام: لا جناح عليه، وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال عليه السلام: نعم^(١)، ومرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (اليمين على وجهين - إلى أن قال - فأما الذي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً، ولم تلزمه الكفارة، فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره)^(٢)، ومقتضى هذه الأخبار جواز الحلف مطلقاً، إلا أن الفقهاء قيدوها إذا لم يقدر على التوراة، وإلا فيجب عليه الحلف مؤزباً بما يخرج عن الكذب، لأن الضرورة تُقدر بقدرها، وعليه فإن أمكن الحلف بدون كذب - وهذا لا يكون إلا مع التوراة - فيجب، وإلا فيجوز الحلف كاذباً.

(٧) عدم الاستيذان المحلوف عليه.

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الأيمان حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الأيمان حديث ٩.

وإنما تجب الثورية عليه مع علمه بها^(١)، وإلا سقطت، لأنه^(٢) كذب مستثنى للضرورة^(٣)، ترجيحاً^(٤) لأخف القبيحين^(٥) حيث تعارضاً.

(وتبطل) الوديعة (بموت كل منهما^(٦)): المودع والمستودع، كغيرها من العقود الجائزة، (وجنونه وإغماؤه) وإن قصر وقتها^(٧) (فتبقى) في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه^(٨) أو وليه أو يده^(٩) بعد صحته^(١٠)

(١) مع علم الودعي بالتورية.

(٢) الحلف.

(٣) وهي حفظ مال المسلم.

(٤) تعليل للاستثناء.

(٥) والقبيحان هما قبيح الكذب وقبيح إذهاب حق الأدمي، فيقدم حق الأدمي، ويجوز الكذب حينئذ.

(٦) تقدم أن الوديعة عقد جائز من الطرفين، وإذا كانت كذلك فتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه، للإجماع على بطلان العقود الجائزة بذلك.

فلو عرضت هذه الأمور للمالك فتبقى الوديعة عند الودعي أمانة شرعية لا مالكية، والفرق بينهما أن المالكية ما كانت بإذن المالك، والشرعية ما كانت بإذن الشارع دون المالك، وهنا لا إذن للمالك بعد جنونه أو إغماؤه أو موته فتكون شرعية.

ومن جهة أخرى فالأمانة الشرعية غير مضمونة، لإذن الشارع له في وضع يده عليها إلى أن يردها، ومن جهة ثالثة فمن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها على الفور إلى مالكيها أو من يقوم مقامه، فإن آخر عن ذلك مع قدرته بضمن، ولو تعذر الوصول إلى المالك أو من يقوم مقامه سلمها إلى الحاكم لأنه ولي الغائب، ووجوب ردها فوراً لعدم إذن المالك، وما إذن الشارع بوضع اليد عليها إلا لحفظها وإصالتها إلى مالكيها، وهذا ما يقتضي الوجوب الفوري للرد، بخلاف الأمانة المالكية فلا يجب ردها إلا مع طلب مالكيها، لأن وضع الودعي يده عليها إنما كان بإذن من المالك، ومن جهة رابعة فلو عرضت هذه الأمور للودعي فتبقى الأمانة تحت يد وارثه أو وليه إلى آخر ما ذكر من أحكام الأمانة الشرعية.

(٧) وقت الجنون والإغماء.

(٨) وارث الودعي.

(٩) يد الودعي.

(١٠) بعد صحة الودعي من الجنون أو الإغماء.

على تقدير عروضه^(١) له^(٢) (أمانة شرعية) أي: مأذوناً في حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطلان إذنه^(٣) بذلك^(٤)، ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة^(٥) إلى ردها وإن لم يطلبها المالك.

(ولا يقبل قول الودعي) وغيره ممن هي في يده (في ردها إلا ببينة^(٦))، بخلاف الأمانة^(٧) المستندة إلى المالك، فإنه لا يجب ردها بدون الطلب^(٨)، أو ما في حكمه^(٩) كأنقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله^(١٠) في ردها^(١١) كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية^(١٢)، والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعية^(١٣) ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة، والمضاربة

(١) عروض السبب الموجب لإبطال الوديعة.

(٢) للودعي.

(٣) إذن المالك.

(٤) بعروض هذه الأمور من الجنون أو الإغماء.

(٥) على نحو الفور.

(٦) لأنه مدع وأصاله عدم الرد على عكس قوله، بخلاف الأمانة المالكية فإنه منكر لو ادعى الرد ولم يصدقه المالك، لأنه أمين فيقبل قوله فيه مع اليمين.

(٧) سواء كان وديعة أم عارية أم غيرهما، وقد تقدم أن الودعي منكر لو ادعى الرد ولم يصدقه المالك.

(٨) الطلب من المالك.

(٩) حكم الطلب.

(١٠) قول المؤمن.

(١١) رد الأمانة المستندة إلى إذن المالك.

(١٢) فلو ادعى المستعير رد العارية لا يقبل قوله مع اليمين لأنه مدع، بل يطالب بالبينة، وسيأتي بحثه في بابها.

(١٣) قال الشارح في المسالك: «ولها - أي للأمانة الشرعية - صور كثيرة:

أحدها: ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان، وكذا غيرها من الأمانات كالمضاربة والشركة والعارية.

ومنها: ما لو أطارت الريح ثوباً ونحوه إلى داره.

ومنها: ما لو انتزع المخصوب من الغاصب بطريق الحسبة.

بموت، ونحوه، وما تُطْبِرُه الريح إلى دار الغير من الأمتعة، وما ينزع من الغاصب بطريق الحسبة، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه^(١) بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسياناً، وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة - كالصندوق - من مال لا يدخل في المبيع، واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك، وضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعاً ولم يأذن فيه المالك.

(ولو عتِن) المودع (موضِعاً للحفظ اقتصر) المستودِعُ (عليه)^(٢) فلا يجوز نقلها

= ومنها: ما لو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها.

ومنها: ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز والبيض، وعلم به المولى فإنه يجب عليه رده إلى مالكه أو وليه.

ومنها: ما لو استعار صندوقاً ونحوه، أو اشتراه، أو غيره من الأمتعة فوجد فيه شيئاً به، فيكون أمانة شرعية وإن كان المُستعار مضموناً.

ومنها: اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك، وضابطه: ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الأذن فيه شرعاً انتهى.

(١) لأنه مع عدم الخوف بالتلف فليس وديعةً كما سيأتي بحثه.

(٢) اقتصر الودعي عليه وجوباً، بلا خلاف فيه، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، وعليه فلو نقلها عن الموضع العتِن إلى ما هو أدون حرزاً يضمن للتعدي، وإنما الخلاف في صورتين:

الأولى: ما لو نقلها إلى الأحرز، فقد ذهب جماعة إلى جواز نقلها حيثنذ محتجين بالإجماع، وبدلالة مفهوم الموافقة عليه، وذهب الكثير منهم إلى عدم جواز النقل المذكور، ومع مخالفة هذا الكثير - منهم الشيخ في النهاية وابن زهرة والعلامة والحلي - فكيف ينعقد الإجماع، وأما مفهوم الموافقة فلا يجري، لاختلاف الأغراض في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً.

نعم إن فهم من تعيين الموضع أنه من باب المثال لمكان الأحرز جاز النقل إلى الأحرز، لعدم خصوصية المكان المعتبر حيثنذ.

الثانية: ما لو نقلها إلى المساوي، فقد نقل المحقق قولاً عن بعض الجواز، لتوافق المتساويين في الضرر والنفع، ورّد: بأن إلحاق مساويه به قياس محض وهو باطل، نعم على ما تقدم إن كان ذكر المكان من باب المثال فيجوز التعدي عنه إلى مساويه لعدم خصوصية المكان المعتبر.

إلى غيره وإن كان أحفظ عملاً بمقتضى التعيين، واختلاف الأغراض في ذلك.

وقيل: يجوز إلى الأحفظ، لدلالته عليه^(١) بطريق أولى، وهو ممنوع^(٢)، وجوز آخرون التخطي إلى المساوي، وهو قياس باطل، وحيث^(٣) فيضمن بنقلها عن المعين مطلقاً^(٤) (إلا أن يخاف تلفها فيه^(٥) فينقلها عنه^(٦)) إلى الأحفظ، أو المساوي مع الإمكان، فإن تعذر فالأدون، (ولا ضمان) حيث^(٧) للإذن فيه شرعاً، وإنما جاز المساوي هنا^(٨) لسقوط حكم المعين بتعذره^(٩) فينتقل إلى ما في حكمه وهو^(١٠) المساوي، أو ما فوقه، ويمكن شمول كلامه^(١١) للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي، كما يشمل المنع^(١٢).....

(١) لدلالة المعين على الأحفظ.

(٢) لما تقدم من اختلاف الأغراض.

(٣) وحين عدم جواز النقل حتى إلى الأحرز.

(٤) سواء نقلها إلى الأحفظ أم المساوي أم الأدون.

(٥) في المعين.

(٦) عن المعين، لسقوط وجوب الحفظ في المكان المعين، لأن بقاءها في المعين الموجب لتلفها

منافٍ لوجوب حفظ الوديعة، وعليه فينقلها إلى الأحرز أو المساوي مع الإمكان، وعند

التعذر فينقلها إلى الأدون لعدم قدرته على الحفظ إلا بذلك فيتعين، ثم على تقدير جواز

النقل لخوف التلف فلو نقلها عن المكان المعين فتلفت فلا ضمان عليه بلا خلاف فيه

لعدم تقصيره، ولأنه محسنٌ.

(٧) حين النقل عن المكان المعين، أو حين وضعها في غير المعين عند خوف تلفها في

المعين.

(٨) عند خوف التلف.

(٩) بسبب تعذر المعين.

(١٠) ما في حكم المعين.

(١١) كلام الماتن حيث قال «إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه»، وهو شامل للنقل إلى

الأدون، حتى مع القدرة على المساوي، مع أنه مع قدرته على المساوي لا يجوز النقل إلى

الأدون لأن الوديعة يُعدّ حيثُ مقتصراً فلو تلف يضمن.

(١٢) المراد بالمنع هو منع نقلها عن المعين، وهو مستفاد من كلامه «ولو عين المودع موضعاً

للحفظ اقتصر المستودعُ عليه»، والحاصل أنه لا يجوز نقلها من المكان المعين إلى الأعلى

عند عدم خوف التلف وإن ذهب البعض إلى الجواز.

من الأعلى^(١) عند عدمه^(٢)، ويشمل^(٣) أيضاً فيهما^(٤) ما لو نهاء عن غير المعين وعدمه^(٥)، وهو كذلك^(٦).

(ويحفظ)^(٧) الوديعة (بما جرت العادة به^(٨)) في مكان الوديعة وزمانها، لأن الشارع لم يحد لها حداً، فيرجع إلى العادة (كالثوب، والنقد في الصندوق) المقلد، أو الموضوع^(٩) في بيت محرز عن الغير^(١٠)، (والدابة في الاصلطيل) المضبوط بالعلق، (والشاة في المراح) كذلك^(١١)، أو المحفوظ بنظر المستودع.

وهذه الثلاثة^(١٢) مما جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر، وقد يفتقر إلى أمر

- (١) والمعنى إلى الأعلى، وإلا فلو أريد النقل من الأعلى إلى غيره لكان نقلاً إلى الأدون وهو غير جائز بالاتفاق ولا معنى لإبرازه من كلام الماتن، بخلاف النقل إلى الأعلى فيحسن إبرازه من كلام الماتن لوجود الخلاف فيه.
- (٢) عدم الخوف.
- (٣) كلام المصنف.
- (٤) في الصورتين السابقتين.
- (٥) وعدم النهي، أما مع عدم النهي فهو مورد الصورتين السابقتين على ما تقدم بيانهما، وأما مع النهي فلو عتین موضعاً ونهاء عن النقل حتى إلى الأعلى ولا خوف على الوديعة من التلف فلا يجوز نقلها، لأنه كما لا يجوز مع عدم النهي فمع النهي أولى.
- وكذا لو عتین له موضعاً وقد خاف عليها من التلف فلا بد من نقلها حتى إلى الأدون عند فقد المساوي والأحرز حتى مع النهي، لأنه بدون النقل المذكور يكون مقصراً ويضمن.
- (٦) والشمول المذكور في محله، وفيه: أنه في محله عند خوف التلف فيجوز نقلها إلى الأدون سواء نهاء عنه أم لا بشرط تعذر المساوي، لا مع وجدان المساوي وإلا لكان مقصراً.
- (٧) الودعي.
- (٨) بالحفظ، قد تقدم أن الحفظ واجب وليس له كيفية مخصوصة من قبل الشارع، فالمرجع فيه إلى العرف على وجه لا يُعدّ الودعي مضيقاً ومفترطاً وخائناً ومهملاً ومتعدياً.
- (٩) صفة للصندوق.
- (١٠) هذه أمثلة عرفية لحفظ الثوب والنقد، ويمكن حفظهما في غير الصندوق.
- (١١) المضبوط بالعلق.
- (١٢) من الصندوق والاصلطيل والمراح.

آخر^(١)، أو يقوم غيرها مقامها عادة^(٢).

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع^(٣) بين من يملكه وغيره، ولا بين من يعلم أنه لا حرز له وغيره^(٤) (ولو استودع من طفل، أو مجنون ضمن^(٥))، لأنهما ليسا أهلاً للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعي فيضمن، إلا

(١) حرز هذه الأمور الثلاثة قد يفترق إلى أمرٍ آخر، كما لو كان الصندوق المغفل أو الموضوع في بيت مُحْرز عن الغير مما يخاف عليه من السرقة، فهو بحاجة حينئذ إلى حارس أو نقله إلى مكان آمن لا يخاف عليه عادة من السرقة.

(٢) أو يقوم غير هذه الأحراز الثلاثة المذكورة مقامها، كوضع النقد في محفظة يضع فيها نقوده، مما يُعدُّ حرزاً عرفاً وهكذا.

(٣) يجب على الودعي حفظ الوديعة في حرزها سواء كان مالكاً للحرز أم لا، ولا يقال إنه مع عدم تملكه للحرز فلا يجب، لأنه يقال: إن الحفظ الواجب متوقف على إيجاد الحرز وعلى وضع الوديعة فيه، فيجب عليه إيجاد الحرز عند عدم تملكه مع وضع الوديعة فيه حينئذ.

(٤) يجب على الودعي حفظ الوديعة في حرزها سواء علم المودع أن عنده حرزاً أم لا، ولا يقال: إنه مع علم المودع أنه لا حرز عنده وقد قدم إليه الوديعة فيكون إذناً في عدم حفظها في حرزها، لأنه يقال: الحفظ واجب على الودعي وهو متوقف على إيجاد الحرز ووضعها فيه، وعلم المودع بعدم وجود الحرز لا يقتضي الإذن للودعي بوضعها في غير حرزها كما هو واضح.

(٥) لو كان المودع طفلاً أو مجنوناً فلا تصح الوديعة، لاعتبار الكمال في طرفي عقدها، كخيرها من العقود، بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر، وعليه فلو صدر من أحدهما الإيجاب فهو كالعدم، وكذا الإذن في القبض لكونهما مسلوبَي العبارة شرعاً، فلو وضع الودعي يده على الوديعة والحال هذه فيكون وضعاً بغير حق، لعدم الإذن بحسب الفرض، فيضمن لمعوم النبي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١).

ثم بعد الوضع المذكور يجب على الودعي رد المال إلى وليهما، ولا يجوز رده إليهما للحجر عليهما، فلا يبرأ الودعي إلا برد المال إلى وليهما الخاص أو العام عند تعذر الخاص.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث

أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة^(١)، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن^(٢)، ولا فرق بين كون المال لهما، أو لغيرهما^(٣)، وإن ادعيا إذنه^(٤) لهما في الإيداع.

(و) حيث يقبض الوديعة منهما مع جوازه^(٥) أولاً معه^(٦) (يبرأ بالرد إلى وليهما) الخاص، أو العام مع تعذره^(٧)، لا إليهما^(٨) (ويجب إعادة الوديعة على المودع) مع المطالبة^(٩).....

(١) بنية التقرب لله سبحانه وتعالى، من أجل حفظ أموالهما فيكون محسناً فلا يضمن لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(١١)، إلا أن بعضهم كالمحقق حكما بالضمان عليه وأن الإحسان إنما يرفع حرمة التصرف في مال الغير ليس إلا، وأما الضمان فباقي لعموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(١٢)، وهو كما ترى.

(٢) عند خوف التلف، لحرمة التصرف في مال المولى عليه إلا مع الضرورة، ومع إمكان أخذ الإذن لا ضرورة في الين.

(٣) غير الطفل والمجنون، فلو صدر منهما الإيجاب لإيداع مالهما أو مال غيرهما فهو كالعدم لأنهما مسلوبا العبارة، وكذا إذنهما في القبض، وكذا لو ادعيا إذن المالك لهما في توكيلهما عنه في الإيداع، كل ذلك لسلب عبارتهما شرعاً.

(٤) إذن الغير.

(٥) جواز القبض في صورة خوف التلف.

(٦) مع عدم جواز القبض عند عدم خوف التلف.

(٧) تعذر الخاص، وتقدم الكلام فيه.

(٨) للحجر عليهما.

(٩) يجب رد الوديعة لو طلبها المودع، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾^(١٣)، وللأخبار:

منها: النبوي (أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)^(١٤).

(١) سورة التوبة، الآية: ٩١.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥٨ رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١١.

(٣) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٤) مستدرک الوسائل الباب ١ - من أبواب الوديعة حديث ١٢.

في أول وقت الإمكان^(١) بمعنى^(٢) رفع يده عنها، والتخلية^(٣) بين المالك وبينها، فلو كانت في صندوق مُقفلٍ ففُتِحَ عليه، أو بيت محرز فكذلك، لا نقلها إلى المالك زيادة على ذلك^(٤).

والعذر الشرعي^(٥) كإكمال الصلاة^(٦) وإن كانت نفلًا - على الأقوى - مالم يتضرر المالك بالتأخير^(٧)، والعادي كانتظار انقطاع المطر، ونحوه كالعقلي، وفي

= ثم إن هذا الوجوب عند المطالبة، لأنه مع عدمها لا يجب الرد بل يجوز، لأن الوديعة عقد جائز من الطرفين.

(١) قال في الرياض: ولعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفورية هو وجوب الانتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، ومطالبة الرد تنفصي انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد انتهى.

(٢) تفسير للرد، فليس المراد منه مباشرة للرد وتحمل مؤنة هذا الرد، بل المراد منه رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت موضوعة في صندوق لكفى أن يفتح له، وإن كانت في بيت محرز فكذلك، وهكذا، والدليل عليه أن الودعي نائب في الحفظ فقط فلا يجب عليه تحمل مؤنة الرد ولا مباشرة.

(٣) عطف تفسيري لرفع اليد.

(٤) على رفع اليد والتخلية.

(٥) قد عرفت أنه يجب على الودعي رد الوديعة عند المطالبة في أول أوقات الإمكان، ووجوب هذا الرد مشروط بالإمكان العقلي كسائر الأحكام التكليفية لقبح تكليف العاجز، فلو طالبه المودع وكان الودعي في حاجة ضرورية له فلا يجب عليه الرد إلا بعد اقتضاء الحاجة، وهذا موضع وفاق بينهم.

ولكن هل وجوب الرد مشروط بالإمكان الشرعي بحيث لو كان في صلاة واجبة أو نافلة فلا يجب الرد حتى تنقضي الصلاة، ذهب جماعة منهم الشارح هنا وفي المسالك إلى ذلك، لأن المانع الشرعي كالمانع العقلي، وخالف العلامة في التذكرة إلى عدم كون النافلة عذراً شرعياً لجواز قطعها، مع أنه في باب الوكالة من كتابه المذكور ذهب إلى كونها عذراً.

ثم هل المانع العادي كالمانع العقلي؟ بحيث لو طلبها المودع وكان بين الودعي وبينها حائل من مطر. ونحوه فيؤخر الرد إلى حين انقضائه، هو كذلك، لأن تحمل المانع العادي حرج وغسار، وهما متفيان في الشريعة.

(٦) فإن كانت واجبة فهي موضع وفاق، وإن كانت نفلًا فالمخالف هو العلامة في التذكرة.

(٧) فلو تضرر وكان تضرره أرجح من مخالفة المانع الشرعي، فيقدم حق المالك في الرد ولا يكون الشرعي مانعاً حيثئذ.

إكمال الطعام والحمام وجهان^(١)، والمعتبر في السعي القصد^(٢) وإن قدر على الزيادة والحكم^(٣) ثابت كذلك^(٤) (وإن^(٥) كان) المودع (كافراً) مباح المال كالحربي، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها^(٦) من غير قيد، وروى الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: (سألته عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالا، له قيمة، والرجل الذي عليه المال^(٧) رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئاً، والمودع رجل خارجي

(١) منشؤها اختلاف تشخيص الحرج والمشقة بتركهما.

(٢) المعتبر في مشي الإنسان شرعاً و عرفاً هو القصد في مشيه، لا العذو ولا الهرولة، قال الله تعالى: ﴿واقصد في مشيك﴾^(١)، هذا بالنسبة لمطلق المشي، وأما لو كان رد الوديعة بالمعنى المتقدم من التولية متوقفاً على المشي، فلا يجب على الودعي إلا القصد فيه.

(٣) من القصد في المشي.

(٤) في رد الوديعة.

(٥) وصلية، وهو متعلق بوجوب رد الوديعة على المودع عند المطالبة، وعليه فيجب رد الوديعة ولو كان المودع كافراً، حربياً كان أو غيره، بلا خلاف فيه، لإطلاق قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾^(١)، وللأخبار الكثيرة:

منها: خير عتبة بن مصعب عن أبي عبد الله عليه السلام (ثلاثة لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصة: أداء الأمانة إلى البر والفاجر، والوفاء بالعهد للبر والفاجر، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين)^(٢)، وفي ثانٍ (لا عذر لأحد فيها)^(٣) إلى آخره، وفي ثالث (فاتقوا الله وأدوا الأمانة إلى الأسود والأبيض وإن كان حرورياً، وإن كان شامياً)^(٤)، وفي رابع (اذ الأمانة إلى من اتمنتك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام)^(٥)، وفي خامس (أدوا الأمانة ولو إلى قاتل ولد الأنبياء)^(٦).

وعن أبي الصلاح وجوب رد الوديعة - إن كانت للكافر- إلى سلطان الإسلام في غيبة الإمام عليه السلام، ودليله بأنه فيء للمسلمين، وفي الرياض أنه شاذ.

(٦) في قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾^(٨).

(٧) الودعي.

(١) سورة لقمان، الآية: ١٩.

(٢) سورة النساء، الآية: ٥٨.

(٣) (٧٧ و٦٥ و٦٤ و٦٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعة حديث ١ وملحقه ٣ و٤ و٦.

(٤) سورة النساء، الآية: ٥٨.

شيطان، فلم أذغ شيئاً^(١)، فقال ﷺ: قل له: يرذُ عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله^(٢)، وعن الصادق ﷺ (أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوساً^(٣)) .

(ويضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبة)^(٤)، وإمكان الرد على الوجه السابق^(٥)، لأنه^(٦) من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه^(٧)، (أو أودعها لغيره^(٨))، ولو لزوجته، أو ثقة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطر إليه^(٩) بأن خاف عليها من حرق، أو سرقة، أو نهب لو

(١) لم أترك شيئاً في حق الرجل إلا ذكرته مما يدل على أنه شيطان خارجي .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعة حديث ٩ .

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعة حديث ٥ .

(٤) لو أهمل الرد في أول أوقات إمكان الرد ضمن بلا إشكال ولا خلاف، لانقطاع الإذن بالاستئابة في الحفظ بسبب المطالبة، فتقلب يده من يد مؤتمن إلى يد متعمد فيندرج تحت عموم النبوي المتقدم .

(٥) أهمل الرد بعد المطالبة في أول أوقات الرد عقلاً وشرعاً وعرفاً .

(٦) الإهمال المذكور .

(٧) إمكان الرد .

(٨) إذا أودعها الودعي غيره من غير ضرورة ولا إذن من المالك يضمن، وهو موضع وفاق بينهم، لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، ولما كتبه محمد بن الحسن إلى أبي محمد ﷺ (رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فصاعت، فهل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع ﷺ: هو ضامن لها إن شاء الله)^(١) .

ولا فرق في هذا الغير بين زوجته وولده وعبده وغيرهم، ولا بين الثقة وغيره، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلاً بها أو شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره، كل ذلك لإطلاق الوكيل .

(٩) إلى الإيداع، فلو حصل ضرورة الإيداع بأن خاف عليها من حرق أو سرقة أو نهب أو أراد سفراً وتعذر ردها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم، ولو تعذر ذلك أودعها العدل حينئذ، ولا تسمى وديعة حينئذ عند الحاكم أو العدل لما قاله في الجواهر بما ملخصه «أن الودعي عليه أن يحافظ على شيئين: المحافظة عليها من حيث إنها وديعة، =

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الوديعة حديث ١ .

بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك والحاكم أودعها العدل، وفي حكم إيداعها اختياراً^(١) إشراك الغير في اليد ولو زوجة وولداً، ووضَعُها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، (أو سافر^(٢) بها كذلك) أي: من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاماً، أو خاصاً^(٣)، أو إيداعها العدل فترك وأخذها معه فيضمن.

أما مع الضرورة بأن تعذر جميع ما تقدم، وخاف عليها في البلد^(٤)، أو اضطر^(٥) إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ. والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً^(٦)،

= والحفاظ عليها من حيث كونها مالاً محترماً، ومع الضرورة يرتفع وجوب حفظ الوديعة ويبقى عليه المحافظة من حيثة كونها مالاً محترماً، فيضعها عند الحاكم ليحفظها لأنها مال محترم، ومع تعذره فعند العدل، ولا تسمى وديعة، إذ الوديعة هي الاستئابة في الحفظ، والمالك لم يأذن للودعي في استئابة الحاكم أو العدل.

(١) إيداعها للغير اختياراً، فكذا يضمن لو أشرك الغير في حفظها، وكذلك لو وضعها في محل مشترك في التصرف فيكون مفترطاً في الجميع فيضمن.

(٢) عطف على «لو أهمل أو أودعها للغير»، فإنه يضمن لو سافر بها من غير ضرورة ومع عدم إذن المالك بذلك، بلا خلاف فيه، لأن إذن المالك مع الإطلاق يتناول الحفظ في الحضر فقط عملاً بالعادة، ولأن السفر لا يخلو من خطر في الجملة، فالسفر بها تغريب بمال المالك وتعرض له للتلف، فيُعَدّ الودعي معه مفترطاً في حفظها.

نعم لو أجهته الضرورة للسفر بها كما لو اضطر إلى السفر وخاف عليها من السرقة ولم يمكن له ردها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل فلا ضمان عليه لأنه محسن، وكذا لو أذن المالك له بالسفر بها فلا ضمان، لعدم التعدي من الودعي حينئذ.

(٣) بأن كان وكيله في حفظ ودائمه.

(٤) بأن خاف عليها السرقة مثلاً.

(٥) بحيث لا وقت عنده لردها لأنه خائف عليها في البلد فيسقط وجوب الرد.

(٦) قال الشارح في المسالك: «المعتبر في تعذر الوصول إلى المالك ووكيله والحاكم المشقة الكثيرة، وهو المعبر عنه بالتعذر عرفاً، لا معناه لغة، لما في إلزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المفيين» انتهى.

وفي السفر^(١) العرفي أيضاً، فما قصر عنه^(٢) كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه^(٣) مصاحبها مع أمن الطريق^(٤)، ولا يجوز إيداعها في مثله^(٥) مع إمكان استصحابها، واستثنى منه^(٦) ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع منتجاً^(٧)، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم المالك عليه^(٨).

(أو طرحها^(٩)) في موضع تتعفن فيه) وإن كان حزرًا لمثلها، لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمور أخر^(١٠)، هذا منها، وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندي للكتب.

(١) وأما السفر البحوث عنه في المقام فهو العرفي لا الشرعي، لأن إذن المالك له بالحفظ مقتصر على حال الحضر في قبال السفر العرفي، لا في قبال السفر الشرعي، وعليه فيجوز له استصحابها في حدود البلد بحيث لا يصدق عليه أنه مسافر عرفاً مع صدق أنه ما زال في الحضر.

(٢) عن السفر العرفي.

(٣) في هذا التردد.

(٤) لأنه مع الخوف فهو مفزط في الحفظ لو استصحابها معه.

(٥) في مثل هذا الخروج الذي لا يسمى سفراً عرفياً، وعليه فلا يجوز له إيداعها عند الحاكم أو العدل، لأنه ليس مضطراً لرفع يده عن الوديعة.

(٦) واستثنى من السفر الموجب للضمان ما لو أودع المالك وديعته للودعي حال كون الودعي مسافراً، ومع علم المالك بحاله فهو إذن منه إليه باستصحابها في هذا السفر.

(٧) قال في المصباح المنير: «انتجع القوم إذا ذهبوا لطلب الكلاء في مواضع»، فلو أودعها المالك من هو منتجع فيجوز للودعي السفر بها حيثنذ من غير ضمان، لقدوم المالك على ذلك، حيث أودعه المال وهو على تلك الحال، وليس على الودعي حيثنذ ترك السفر لأجلها، لوجود الإذن في السفر بها، بدلالة القرينة الحالية.

(٨) على الإيداع حال سفر الودعي، فهو إذن له بالسفر بها.

(٩) عطف على ما «لو أهمل» فيضمن للتفريط، والحاصل أنه لو طرحها في موضع عفن مدة بحيث تتعفن في هذه المدة كالأقمشة، أو وضعها في مكان ندي مدة بحيث تفسد فيها كالكتب، فيضمن في صورتين للتفريط، وقال في المسالك: «والمرجع في ذلك كله إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفاً بحسب المدة التي يضعها فيها» انتهى.

(١٠) كما تقدم أن الصندوق المغفل حرز للنقد ولكن مع خوف السرقة يحتاج مع إقفاله إلى حراسته أو نقله، وكذلك هنا فالوضع المعين حرز للأقمشة أو الكتب إلا أن عفونه أو رطوبته تمنع من وضع الوديعة فيه مدة بحيث يؤثر العفن أو الرطوبة.

وضابطه: ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه، (أو ترك سقي الدابة، أو علفها^(١) ما لا تصبر عليه عادة)، ومثلها المملوك.

والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالتقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذ^(٢)، وإن ماتت بغيره^(٣).

ولا فرق في ذلك^(٤) بين أن يأمره^(٥) بهما^(٦)، ويطلق، وينهاه^(٧).

(١) عطف على ما «لو أهمل» فيضمن، واعلم أنه يجب على الودعي سقي الدابة وعلفها بما يحفظ نفسها، بلا خلاف فيه، لأن علفها وسقيها من مقدمات حفظها الواجب عليه، وأن المراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم، وأولى منه ما لو كانت الوديعة آدمياً كالعبد، وعليه فإذا وجب على الودعي العلف والسقي فأهمل، فإما أن تموت الدابة أو تهزل فتتقص قيمتها، وعلى الأول فيضمن قيمتها لتحقق التفريط، وكذا على الثاني فيضمن نقصانها، بل لو ترك العلف أو السقي فماتت بغير ذلك فهو ضامن أيضاً، لأنه بالترك المذكور يصير ضامناً لأن يده حينئذ يد عدوان فتندرج تحت عموم النبوي المتقدم وإن ماتت بغير هذا، وقال في المسالك: «هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة» انتهى.

(٢) حين التقصير المذكور.

(٣) بغير التقصان المذكور.

(٤) في الضمان.

(٥) يأمر المالك الودعي.

(٦) بالعلف والسقي.

(٧) اعلم أن وجوب السقي والعلف ثابت على الودعي لأنهما من مقدمات الحفظ، غايته لو أنفق الودعي رجع على المالك بما عُزِم، والرجوع عليه عند وجود أمره واضح، ثم مع النهي يبقى وجوب العلف والسقي ثابتاً على الودعي، لكون الوديعة ذات كيد حراء، ولكونها نفساً محترمة، فيكون حفظها حقاً لله وإن أسقط المالك حقه منها بالنهي، بالإضافة إلى أن إتلاف المال منهى عنه فنهيه كالعدم، ولذا قال في المسالك: «ولا إشكال في وجوبهما مع النهي» انتهى، وإنما الكلام في شيئين:

الأول: لو أنفق الودعي مع النهي هل يرجع على المالك أو لا؟ مقتضى القواعد جواز الرجوع، لأن الودعي محسن ولا سبيل على المحسنين فلا يلزم بكون النفقة عليه، ولكن بما أن المالك له حق التصرف في بقية ماله فلا سبيل للودعي على ماله حتى يرجع عليه بغير إذنه، فلذا إذا استطاع الودعي التوصل إلى إذن المالك بالنفقة أو إذن وكيله فهو، وإلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ويرجع مع نية الرجوع، ولو =

لوجوب^(١) حفظ المال عن التلف، هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة^(٢)، وهو أحد القولين في المسألة.

والأقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة^(٣) لا على غيره، نعم يجب^(٤) في الحيوان مطلقاً^(٥)، لأنه ذو روح، لكن لا يضمن بتركه كغيره^(٦).

واعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك^(٧) بالإنفاق أنفق ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق^(٨) توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ورجع به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن

= تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع، فاشتراط إذن المالك أو وكيله فلمدم تسلط الودعي على بقية مال المالك، واشتراط إذن الحاكم فلائنه ولي الممتنع، واشتراط الإشهاد فمن باب الإرشاد بمعنى لو ادعى الودعي النفقة وأنكر المالك لأمكن للودعي إثبات حقه بالبينة، واشتراط نية الرجوع لئلا يكون عمله تبرعاً، ولا رجوع مع التبرع.

الثاني: لو ترك الودعي العلف والسقي مع النهي فهل يضمن أو لا؟ ذهب المحقق وجماعة إلى عدم الضمان، لأن الدابة للمالك ومع النهي المذكور يكون المالك قد أسقط الضمان عنه، كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر، غايته أن الودعي مأثوم لتركه حق الله تعالى.

وقيل: يضمن، وفيه ما قاله في الجواهر: «خلافاً لبعض فأجرى حكم الوديعه مع النهي إلا أنه كما ترى، للأصل - البراءة من الضمان - بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره» انتهى.

وأما لو أطلق المالك بحيث لا أمر بالعلف والسقي ولا نهي، فوجوب السقي والعلف ثابت على الودعي، لأنهما من مقدمات الحفظ الواجب، فلو أنفق وأراد الرجوع فله ذلك كما فضل سابقاً عند نهي المالك.

(١) تعليل للضمان في الصور الثلاثة.

(٢) عبارة المصنف.

(٣) بالذات، وما وجوب الحفظ على الودعي إلا بالعرض، فثبت عند عدم النهي ويسقط مع النهي.

(٤) الحفظ.

(٥) سواء ناه أم لا.

(٦) كغير الحيوان مثل الشجرة، فترك سقيها مع النهي لا يوجب الضمان.

(٧) هذا هو القسم الأول المتقدم في الشرح.

(٨) هذا هو القسم الثالث.

أرادته^(١)، وقَبِلَ قوله^(٢) فيها^(٣)، وفي القدر بالمعروف^(٤)، وكذا القول مع نهي المالك له عنه^(٥)، وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره^(٦)، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما.

(أو ترك نشر الثوب^(٧)) الذي يفسده طول مكثه كالصوف، والإبريسم (للربيع) حتى لو لم يندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه، وكذا عرضه على البرد.

ومثله توقف نقل الدابة^(٨) إلى الحرز، أو العلف، أو السقي على الركوب، والكتاب على نقله، والنظر فيه فيجب ذلك كله، ويحرم بدونه^(٩)، (أو انتفع بها^(١٠)) لا لذلك^(١١)، (أو مزجها)^(١٢) بماله، أو بمال غيره بحيث لا يتميز،

(١) أراد الوديعة الرجوع.

(٢) قول الوديعة.

(٣) في النفقة، فلو ادعى الوديعة النفقة وأنكر المالك، فيقبل قول الوديعة مع يمينه، لأنه مؤتمن فهو المنكر، وكذا يقبل قوله في قدر النفقة.

(٤) المتعارف، بحيث ادعى الإنفاق المتعارف عند الناس.

(٥) عن الإنفاق، وهذا هو القسم الثاني، بحيث لو أراد الرجوع فعليه أن يستأذن إلى آخر ما ذكر.

(٦) لأنه من مقدمات الحفظ، وكذا ما بعده.

(٧) عطف على ما «لو أهمل»، قال في المسالك: «يجب في كل وديعة ما يقتضي بقاءها، ودفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادة، حتى لبسه لو لم يندفع ضرره، فلو أخلّ بذلك ضمن سواء أذن المالك فيه أم سكت، لأن الحفظ واجب عليه مطلقاً فيجب كل ما يتوقف عليه إذا كان مقدوراً انتهى».

(٨) كما يجب نشر الثوب لحفظه كذلك يجب ركوب الدابة لو توقف نقلها إلى الحرز أو إلى السقي والعلف إلى ركوبها، وكذلك لو توقف حفظ الكتاب على نقله وغير ذلك، كل ذلك من باب وجوب مقدمة الحفظ الواجب.

(٩) كما تجب هذه التصرفات من باب المقدمة كذلك تحرم لو لم يتوقف الحفظ عليها، وعليه فيأثم ويضمن.

(١٠) عطف على ما «لو أهمل»، فلو انتفع بالوديعة فيضمن لأنه متعد.

(١١) ولم يكن الانتفاع من باب مقدمة الحفظ.

(١٢) فإنه يضمن للتعدّي، والأمثلة واضحة.

سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد، ومثله لو خلطها بمال للمالكها غير مودع عنده، للتعدي في الجميع.

(وليرد) الوديعة حيث يؤمر به^(١)، أو يريده هو^(٢) (إلى المالك^(٣) أو وكيله) المتناول وكالته مثل ذلك^(٤)، مخبراً^(٥) فيهما^(٦)، (فإن تعذر) المالك، أو وكيله (فالحاكم) الشرعي (عند الضرورة إلى ردها)، لا بدونه^(٧)، لأن الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلته^(٨).

وإنما جاز الدفع إليه^(٩) عند الضرورة دفعاً للحرج والاضرار، وتنزيلاً

(١) بالرد، وإيجاب رد الوديعة على الودعي عند مطالبة المالك عما قد تقدم.

(٢) يريد الودعي الرد بدون أمر من المالك، لأن الوديعة عقد جائز فيجوز للودعي الرد والفسخ.

(٣) لما كانت الوديعة من العقود الجائزة فيجوز لكل من الطرفين الفسخ، وعليه فيجب على الودعي ردها إلى المالك، ولا يبرأ بردها حيثئذ إلى الحاكم، لأنه لا ولاية له على الحاضر الرشيد، نعم يجوز ردها إلى وكيل المالك، سواء كان وكيلًا عاماً أم لخصوص قبض ودائعه، لأن يد الوكيل يد الموكل.

ولو عجز عن ردها إلى المالك أو وكيله، وكان مضطراً إلى ردها، ولا يمكن حفظها عنده إما للعجز عن الحفظ أو لعروض خوف يفتقر معه إلى التستر، حال كون هذا التستر منافياً لرعايتها، أو للخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من الضرورات فيجوز حيثئذ دفعها إلى الحاكم، لأنه ولي الغائب في حفظ أمواله.

وإن تعذر إيصالها إلى الحاكم أودعها الثقة ولا ضمان عليه في الموردين الأخيرين، لمكان الضرورة، نعم إن لم يكن له عذر لم يجوز دفعها إلى الحاكم أو الثقة، وإن كان له فسخ الوديعة، لأنه قد التزم الحفظ فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، لأن المالك لم يرضَ بغير يد الودعي، ولا ضرورة إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر، بلا خلاف في ذلك كله كما في المسالك.

(٤) قبض الوديعة.

(٥) الودعي في مقام الرد.

(٦) في المالك ووكيله.

(٧) لا بدون الاضطرار.

(٨) بمنزلة الوكيل في الحفظ، بل هو وكيل في الحفظ حقيقة.

(٩) إلى الحاكم.

له^(١) حيثُذ منزلة من لا وكيل له، وتحقق الضرورة بالمعجز عن الحفظ، وعروض خوف يفترق معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعاً لماله، أو استقلالاً، أو الخوف عليها من السرقة، أو الحرق، أو النهب، ونحو ذلك، فإن تعذر الحاكم حيثُذ أودعها الثقة، ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن^(٢)، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم، أو المالك.

(ولو أنكر الوديعة حلف^(٣)) لأصالة البراءة، (ولو أقام) المالك (بها بينة قبل حلفه ضمن^(٤))، لأنه متعمد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: لا تستحق عندي شيئاً^(٥)) وشبهه) كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها ولا عوضها، فلا

(١) للمالك حين تعذر حفظها عند الودعي.

(٢) لأنه متعمد، حيث تصرف من غير إذن المالك، ولا ضرورة تلجئه إلى ذلك، وكذا ما بعده.

(٣) لو ادعى رجل وديعة على آخر فأنكر الثاني، فيقدم قول الثاني مع يمينه، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأنه منكر حيث لو تُرك ترك، ولأصالة عدم اشتغال ذمته بالرد.

(٤) فلو ادعى رجل وديعة على آخر فأنكر الثاني، وأقام الأول الذي هو المدعي البينة على ذلك، قُدم الأول مع بينته، لأن تقديم قول المنكر عند فقدان الأول للبينة، وعليه فيلزم الثاني بالوديعة وعليه ردها، وبعد إثبات الوديعة تحت يده ظاهراً بحسب البينة فهو ليس بمؤمن، لارتفاع أمانته بالجحود، بل هو خائن، فيده على العين يدٌ غير مؤتمنة فتندرج تحت عموم النبي المتقدم، فلو تلفت قبل الرد يضمن.

(٥) لو ادعى عليه الوديعة فقال: لا تستحق عندي وديعة، فلم ينكر الإبداء، بل أنكر وجود وديعة مستحقة عنده، فهو منكر يقدم قوله مع يمينه عند فقد المدعي البينة.

أما لو أتى المدعي بالبينة فيثبت على المنكر أنه ودعي وأن عنده وديعة، ويلزم بالرد، فلو ادعى التلف حيثُذ أو الرد سمعت دعواه هذه، ولم يقع تناقض بين هذه الدعوى وبين إنكاره السابق، لأنه مع تلفها اللاحق أو الرد لا تكون عنده وديعة مستحقة، وتكون هذه الدعوى بالتلف أو الرد تفسيراً وتأويلاً لإنكاره السابق.

ومما تقدم تعرف أن لو ادعى التلف بعد إنكاره السابق أو ادعاه ابتداءً من غير سبق الإنكار المذكور فلا يكون جاحداً للأمانة وليس عليه ضمان لأنه أمين، فإن صدقه المالك بدعواه التلف فهو وإلا كان القول قول الودعي في التلف مع يمينه، ويشهد له مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المؤدع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام : =

يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يقبل قوله بيمينه أيضاً، لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده، ولا يناقض قوله البينة، ولو أظهر لإنكاره الأول تأويلاً^(١) كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها، أو ضمانها، ونحو

= نعم، ولا يمين عليه^(١).

ولم يخالف إلا الشيخ في المسوط فلم يقبل قول الودعي في التلف إلا بالبينة، لأنه مدع، فيندرج تحت عموم «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»، وفي الجواهر قال عنه: «رماه بعضهم بالشذوذ».

ثم على القول بتقديم قول الودعي في التلف فهل يقدم قوله مع يمينه كما هو مقتضى القواعد، أو أنه لا يمين عليه مطلقاً، تمسكاً بظاهر الخبر المتقدم كما عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة، أو أنه لا يمين عليه إلا مع التهمة كما عن ابن الجنيد وأبي الصلاح جمعاً بين الخبر والقواعد، والأقوى الأول وهو المنسوب للأكثر، إعمالاً لقواعد القضاء بعد كون الخبر مراسلاً.

(١) في المسألة السابقة لم ينكر الإيداع بل أنكر الوديعة المستحقة وقد عرفت ما فيها، وفي المسألة الأسبق قد أنكر الإيداع ومطلق الوديعة وعليه فلو أتى المدعي للوديعة بالبينة وأتى المنكر بتأويل بأن ادعى التلف أو الرد حينئذ، وفسر أن قصده من إنكار الإيداع والوديعة ادعاء التلف أو الرد، فهل تسمع دعواه الجديدة بالتلف أو الرد أو لا؟

قيل: لا تسمع دعواه ولا تقبل بيته لو شهدت له بالتلف، لأنه بإنكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقة، فلا تسمع لتناقض كلاميه، ومع عدم سماع دعواه الجديدة لا تقبل البينة عليها.

وقيل: تسمع دعواه وتقبل بيته لعموم «البينة على من ادعى»، وهو مدع بالتلف هنا، والتناقض الحاصل بين كلاميه مدفوع لجواز صدور الحجود الأول عن نسيان فيعذر، وهو اختيار المحقق في الشرائع والعلامة في التذكرة.

وقيل: بالتفصيل من أنه إذا أظهر لإنكاره السابق تأويلاً كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها فتقبل بيته بعد سماع دعواه، وإذا لم يظهر لإنكاره السابق تأويلاً فلا تقبل البينة ولا تسمع الدعوى، وقد اختاره الشهيد واستحسنه الشارح في المسالك، وفيه: أنه خروج عن مفروض المسألة - كما في الجواهر - لأن التأويل المذكور لا يصلح تفسيراً لإنكار الإيداع، فلا يسمع منه هذا التأويل تمسكاً بظاهر كلامه.

ذلك فالأقوى القبول أيضاً، واختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته .

(والقول قول الودعي في القيمة لو فرّط^(١)) لأصالة عدم الزيادة عما يعترف به .

وقيل: قول المالك، لخروجه^(٢) بالتفريط عن الأمانة .

ويضعف: بأنه^(٣) ليس مأخذاً للقول .

(وإذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه)^(٤) إن اتحد، (أو إلى من يقوم

مقامه) من وكيل، وولي، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية،

والإ^(٥) فيلى الأهل^(٦)، وولي الناقص، (ولو سلمها إلى البعض) من دون إذن

الباقيين (ضمن للباقي) بنسبة حصتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، وتجب

المبادرة إلى ردها إليهم حينئذ^(٧) كما سلف^(٨)، سواء علم الوارث بها أم لا^(٩) .

(١) لو فرّط الودعي أو تعدى فتلّف المال، واختلف في القيمة، فقال المالك: قيمتها مائة،

فقال الودعي: خمسون، فقيل: بتقديم قول المالك مع يمينه، وهو للشیخ محتجاً بأن

الودعي بالتفريط أصبح خائناً فلا يكون قوله مسموعاً .

وعن الأكثر تقديم قول الودعي مع يمينه، لأنه منكرٌ للزيادة، وتقديم قوله من ناحية

إنكاره هذه الزيادة لا من ناحية كونه أميناً .

(٢) لخروج الودعي .

(٣) بأن اتّمان الودعي .

(٤) موت المودع فسخ لعقد الوديعة، لأنها من العقود الجائزة التي تبطل بموت أحد طرفيها،

وتكون الوديعة حينئذ عند الودعي أمانة شرعية، يجب ردها فوراً إلى وارثه، لأنهم هم

المالكون لماله بعد موته شرعاً، وعليه فإن كان لكل الورثة وكيلٌ أو ولي سَلَمَها إليه، لأن يد

الوكيل أو الولي يد الموكل والمولى عليه، ومع تسليم الوديعة إلى بعض الورثة دون البعض

من غير إذن البقية فإنه يوجب ضمان حصص الباقيين من الوديعة، بلا خلاف في ذلك كله

ولا إشكال، وضمانه في الأخير لأنه متعدّد، حيث تصرف فيها بغير إذن مَلَكَها .

(٥) وإن لم يتفقوا في الأهلية .

(٦) كان أهلاً للتسليم، وهو الكامل الجامع لشرائط البلوغ والعقل وعدم الحجر .

(٧) حين موت المودع .

(٨) في الأمانة الشرعية، وهي هنا كذلك .

(٩) قال الشارح في المسالك: وتوجب المبادرة إلى التسليم المذكور، لأنها بموت المودع صارت

أمانة شرعية، ولا فرق في وجوب المبادرة بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا، وقال =

(ولا يبرأ)^(١) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فرط)^(٢) بتركه غير مُقفل، ثم قفله، ونحوه، لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله^(٣) برده عليه^(٤)، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد^(٥) له الإستئمان بغير رد^(٦) كأن يقول له:

= بعض الشافعية: إنه مع علمهم لا يجب الدفع إلا بعد الطلب، ونفى عنه في التذكرة البأس انتهى.

(١) لا يبرأ من الضمان.

(٢) لو تعدى الودعي أو فرط، فإنه يضمن على تقدير التلف أو النقصان كما تقدم، فلو أعاد الثوب إلى الحرز بعد لبسه فهل يبرأ من الضمان السابق أو لا؟ مقتضى القواعد عدم الإبراء لثبوت الضمان عند التعدي واستصحابه بعد انتهائه، وظاهرهم الإتفاق عليه، ولا يسقط الضمان عنه إلا أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله، وهذا متحقق بأحد أمور: الأول: أن يرد الودعي الوديعة بعد التفريط، ثم يجدد المالك لنفس الودعي عقدها من جديد، وفي هذا لا إشكال في سقوط الضمان، لأنه وديعة مستأنفة لا تفريط فيها فيترب عليها حكمها من كون الودعي أميناً.

الثاني: لو قال المالك بعد التفريط: أذنت لك في حفظها، أو استأمتك عليها مع عدم فسخ العقد الأول، فعن جماعة منهم المحقق والشارح أنه يرتفع الضمان، لأن الضمان لحق المالك وقد رضي بسقوطه، بإحداثه ما يقتضي الأمانة، وعن جماعة عدم ارتفاع الضمان بما ورد من المالك، لاستصحاب الضمان بعد كون ما صدر من المالك ليس عقداً جديداً للوديعة قطعاً، لعدم فسخ العقد السابق.

الثالث: ما لو أبرأ المالك الودعي من الضمان، والضمان يسقط بالإبراء، لأن الضمان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بالإبراء، وقيل: إن الإبراء لا موضوع له هنا، لأن مورده هو المال الثابت في الذمة فيصح حينئذ إبراء الغريم منه، وأما مقامنا فلا مال ثابت للمالك في ذمة الودعي، غاية أن عليه الضمان بمعنى لو تلف العين وجب عليه بدلها أو قيمتها، والحال أنها لم تتلف إلى الآن، فالإبراء المبحوث عنه هنا هو إسقاط لما سببت من المال، وقد عرفت أن مورده هو المال الثابت.

(٣) زوال الضمان.

(٤) هذا هو الأمر الأول، ومعناه: برد المضمون على المالك ثم يجدد المالك للودعي عقد

الوديعة من جديد.

(٥) الأمر الثاني المتقدم.

(٦) بغير فسخ للعقد.

أودعتها، أو أستأمتك عليها، ونحوه^(١) على الأقوى.

وقيل: لا يعود بذلك^(٢)، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه^(٣)، أو يبرئه^(٤) من الضمان على قول قوي.

(ويقبل قوله بيمينه في الرد^(٥)) وإن كان مدعياً بكل وجه^(٦) على المشهور، لأنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك، والأصل براءة ذمته.

هذا إذا ادعى ردها على من اتئتمه^(٧)، أما لو ادعاه على غيره^(٨) كوارثه^(٩)،

(١) كأن يقول: احفظها عندك.

(٢) لا يعود حكم الأمانة بالاستئتمان ويبقى حكم الضمان.

(٣) بإيداع المصوب عنده.

(٤) معطوف على قوله «أو يجد له»، وهو الأمر الثالث المتقدم.

(٥) لو ادعى الودعي الرد فأنكر المالك، قدم قول الودعي مع يمينه، لموافقة قوله لظاهر الشرع، لأنه محسن وأمين، ولأنه قابض لمصلحة المالك، ولأن الأصل براءة ذمته، هذا على المشهور، وعن العلامة في القواعد وغيره التنظر فيه، لكونه مدعياً بحسب ظاهر كلامه لأنه يدعي الرد، فيقدم قول المالك حينئذ، لأنه منكر والأصل عدم الرد.

ثم على القول بتقديم قول الودعي، فهل يُقدّم قوله مع اليمين أو بدونها، فيه نفس الخلاف المتقدم في دعواه التلف.

(٦) وإن كان الودعي مدعياً بحسب كل تعاريف المدعي، غير أن إطلاقه ليس في محله، لأن من جملة التعاريف أن المدعي من تَرَكَ تَرَكَ، وهو غير منطبق على الودعي عند دعوى الرد، لأنه لو ترك لم يتركه المودع من طلب الوديعة، نعم هو مدعٍ، لأن قوله على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم الرد.

(٧) على المالك.

(٨) لو ادعى الرد على غير المالك، وأنكر المالك الرد إلى غيره، فعلى الودعي البينة، لأن الودعي برده إلى غير المالك يكون مفزطاً ومعه لا أمانة له، فلا يُقدّم قوله لظاهر الشرع، بل يكون قوله على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم الرد فهو مدعٍ، وهو مما لا خلاف فيه.

(٩) تمثيل للغير، والمعنى ولو كان ذلك الغير وارث المالك، وهذا الوارث كغيره من الأمتاء، وعليه فلو ادعى ردها إلى واحدٍ من الأمتاء فيكون قد ردها على غير المالك، ويأتي فيه الكلام المتقدم.

فكغيره من الأمتاء، لأصالة عدمه^(١)، وهو^(٢) لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه^(٣).
 ودعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده.

(١) عدم الرد.

(٢) الواو حالية، والضمير راجع إلى المالك، والمعنى أن المالك لم يأتمن هذا الغير.

(٣) فلا يُكلف المالك بتصديق الودعي لو ادعى الرد إلى الغير.



كتاب العارية

كتاب العارية^(١)

بتشديد الياء، وتخفف^(٢)، نسبة إلى «العار^(٣)»، لأن طلبها عار، أو إلى «العار^(٤)»، مصدر ثانٍ لأعرته إعارة، كالجابة للإجابة، أو من «عار^(٥)» إذا جاء

(١) قال في المصباح المنير: «وتعاوروا الشيء واعتوروه تداوروه، والعارية من ذلك، والأصل فعلية بفتح العين، قال الأزهري: نسبة إلى العارة، وهي اسم من الإعارة، يقال: أعرته الشيء إعارة وعاره مثل ألعته إطاعة وطاعة، وأجته إعابة وجابة.

وقال الليث: سميت عارية لأنها عازٌ على طالبها، وقال الجوهري مثله، وبعضهم يقول: مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، وهما غلط، لأن العارية من الواو، لأن العرب تقول: هم يتعاورون العواري ويتعورونها، بالواو، إذا أعار بعضهم بعضاً والله أعلم، والعار وعار الفرس من الياء، فالصحيح ما قاله الأزهري، وقد تخفف العارية في الشعر، والجمع العواري انتهى.

(٢) قد سمعت أن تخفيفها ضرورة في الشعر فقط كما في المصباح، وقال الشارح في المسالك: «وقال الخطائي: إن اللغة الغالبة العارية وقد تخفف انتهى، وظاهره أنها تخفف في غير الشعر أيضاً.

(٣) كما عن الليث والجوهري على ما في المصباح، وهو المنقول عن النهاية الأثيرية، وتقدم تغليب المصباح لهذا القول.

(٤) اسم مصدر للإعارة، وهو المقصود من قوله: «مصدر ثانٍ لأعرته إعارة»، وهذا القول عن الأزهري، وهو الذي صححه المصباح.

(٥) من عار الفرس، إذا خرج من يد صاحبه، ومن هذا الفعل قيل للبطل عيار، لتردده في بطالته.

وذهب، لتحويلها من يد إلى أخرى، أو من «التعاور»^(١) وهو التداول، وهي من العقود الجائزة^(٢) تشر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل^(٣) غالباً^(٤)، (ولا حصر أيضاً^(٥)) أي: عوداً إلى ما ذكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجاباً وقبولاً، بل كل ما دل^(٦) على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب.

(١) كما يظهر من الصباح، ولكن ظاهره أيضاً أنه راجع إلى الإعارة.

(٢) العارية عقد شرع لإياحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، ولا خلاف ولا إشكال في مشروعيتها، لبناء العقلاء عليها مع عدم نهي الشارع عنها، ولقاعدة السلطنة الاستفادة من النبوي (الناس مسلطون على أموالهم)^(١)، ولقوله تعالى: ﴿وَيُضْمَنُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٢)، ففي مجمع البحرين «الماعون اسم جامع لمتافع البيت كالقدر والدلر والملح والماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته»، وحديث المناهي (نهي النبي ﷺ أن يمنع أحد الماعون جاره، وقال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيامة، ووكّله إلى نفسه، ومن وكّله إلى نفسه فما أسوأ حاله)^(٣)، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الآية الشريفة المتقدمة: (هو القرض يقرضه والمعروف يصطنعه ومتاع البيت بعيره)^(٤)، ونحوه خبر سماعة^(٥)، ومقتضى هذه الأخبار وجوب العارية عليه عند الطلب، ولكنها محمولة على الاستحباب المؤكد للإجماع المدعى كما عن جماعة.

(٣) العين.

(٤) احترازاً من المنحة كما سيأتي.

(٥) كما كان كل لفظ كافياً في إنشاء الإيجاب والقبول في الوديعة، كذلك يكفي كل لفظ في إيجاب وقبول العارية، لأنها من العقود الجائزة، وهذا مبني على ما تقدم من التوسع في العقود الجائزة دون اللازمة، إذ يشترط في الثانية صراحة ألفاظ إيجابها وقبولها، وقد تقدم عدم الدليل عليه مع كفاية كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب والقبول سواء كان ذلك في العقود اللازمة أم الجائزة.

(٦) من الألفاظ.

(١) غوالي اللئالي، ج ٣ ص ٢٠٨ رقم الحديث ٤٩.

(٢) سورة الماعون، الآية: ٧.

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١٢.

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ٣ و٢.

ويكفي الفعل في القبول^(١)، بل لو استفيد رضاه من غير^(٢) الألفاظ كالكتابة^(٣) والإشارة، ولو مع القدرة على النطق^(٤) كفى.

ومثله^(٥) ما لو دفع إليه ثوباً حيث وجده عارياً^(٦)، أو محتاجاً إلى

(١) كما عن الكثير من الأصحاب - كما في المسالك - لما ذكروه في الوديعة والوكالة ونحوهما من أن المقصود من القبول هو الرضا، وقد يتحقق بنفس الفعل، لجريان العادة بمثله، وعن بعضهم اشتراط اللفظ في القبول كاشتراطه في الإيجاب، وعُلمل كما في الرياض بأنه هو الموافق للأصل، إذ الأصل هو اللفظ في العقود، وفيه: قد تقدم في كتاب البيع أن المدار على صدق العقد عرفاً، ومن الواضح صدقه على كل ما يدل على إنشاء الإيجاب والقبول، سواء كان باللفظ أم بالفعل أم بالكتابة، ولذا جازت المعاطاة في البيع وفي بقية العقود اللازمة إلا ما خرج بالدليل كالزواج والطلاق.

(٢) فإذا كان الفعل كافياً في القبول لكشفه عن الرضا، فكل ما دل على الرضا من غير الألفاظ كالكتابة والإشارة يكون كافياً أيضاً، هذا بالنسبة لشرح عبارة الشارح، وإلا فقد تقدم أن المدار على صدق العقد عرفاً، وهو صادق في الفعل وغيره مما يدل على إنشاء الإيجاب والقبول.

(٣) أما على المبنى المتقدم من عدم حصر الإنشاء باللفظ فواضح، وأما على مبنى الشارح من الاقتصار في العقود اللازمة والجائزة على الألفاظ فهو مشكك، لأن صدق العقد على غير اللفظ في مقامنا موجب لصدق العقد بغير الألفاظ في بقية العقود، وعلى تقدير المنع في البقية فيجب الالتزام بالمنع هنا.

(٤) لأن الفعل كافٍ في الرضا مع القدرة على النطق فكذلك الكتابة والإشارة.

(٥) ومثل الفعل في القبول الفعل في الإيجاب، بحيث يكون كافياً في الإنشاء.

(٦) قال العلامة في التذكرة: «لا تقتصر العارية إلى لفظ، بل يكفي قرينة الأذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعارة أو الاستعارة، لا من طرف المعتبر ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً فدفع إليه قميصاً فلبسه تمت العارية، وكذا لو فرش لضيفه فراشاً أو بساطاً أو مصل أو حصيراً، أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها، أو مخدة فانتكأ عليها، كان ذلك إعارة» انتهى، وظاهره أن الإيجاب والقبول لا يحتاجان إلى اللفظ بل يتحققان بالفعل، وهذا ما أرسله الشارح هنا، إلا أن الشارح اكتفى بالفعل في إنشاء الإيجاب ولم يتكلم عن قبوله وأنه باللفظ أو بالفعل، وإن كان السياق يقتضي أن يكون القبول بالفعل، والشارح جعل هذا المورد مساوياً لما سبق، مع أن السابق هو الاكتفاء بالفعل في القبول وما عطف عليه هنا هو الاكتفاء بالفعل في الإيجاب والقبول، وإن كان مثله من ناحية كفاية الفعل.

لبسه^(١)، أو فرش لضيفه فراشاً^(٢)، أو ألقى إليه وسادة، أو مخدة^(٣)، واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه^(٤)،

= ثم إن هذا لا يتم إلا إذا قلنا بجريان المعاطة في العقود، وهذا مما لم يلتزم به القدماء فضلاً عن العلامة والشارح.

على أن هذا ليس من العارية في شيء بل هو من جواز الانتفاع بالأذن، وهو أعم من العارية التي هي من العقود بالاتفاق، نعم لو قصد بدفع الثوب ونحوه ضيفاً مخصوصاً وأراد بالدفع إنشاء الإيجاب فأخذه الآخر وقصد بالأخذ إنشاء القبول لكان من العارية، ولكن المتعارف ليس كذلك، بل المتعارف هو الإذن بالانتفاع ليس إلا.

(١) مع ضميمة أيس الآخر له.

(٢) فجلس عليه.

(٣) فانكأ عليها.

(٤) قال في التذكرة: «إنه لا يشترط فيها - أي لا يشترط اللفظ في العارية -، ولا في الإيجاب ولا في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالة على الظن بالرضا، لأنه عقد ضعيف، لأنه بشر إباحة الانتفاع، وهي - أي إباحة الانتفاع - قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه في صديقه كفى في الانتفاع انتهى».

وظاهره أن إباحة الانتفاع - لا العارية - مما يكفي فيها حسن الظن بالصديق لأية الأذن، وهي قوله تعالى: «ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم، أو بيوت إخوانكم، أو بيوت أخواتكم، أو بيوت أصمامكم، أو بيوت عماتكم، أو بيوت أخوالكم، أو بيوت خالاتكم، أو ما ملكتم مفاتحه، أو صديقكم، ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً»^(١)، حيث إن ظاهر الآية دال على كفاية حسن الظن بالصديق في إباحة الانتفاع بكل ما يملكه، وفيه: أن الآية مقتصرة على تناول الأكل وليس على مطلق الانتفاع بكل ما يملك، نعم الإذن بتناول الأكل يدل على تناول الأضعف بمفهوم الموافقة، والتعدي إلى الأضعف متوقف على ملاحظة خصوصيتين في المأذون فيه هنا، وهما: كون الأكل المأذون فيه محدوداً بمدة يسيرة عرفاً، وكون الأكل المأذون فيه مما يقتضي إتلاف عين مخصوصة وهي الطعام، وما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير.

وينبغي تقييده^(١) بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد في الآية، بجواز الأكل^(٢) من بيته^(٣) بمفهوم الموافقة^(٤)، وتعديه^(٥) إلى من تناولته^(٦) من الأرحام، لا مطلق حسن^(٧) الظن، لعدم الدليل، إذ المساوي قياس، والأضعف ممتنع بطريق أولى^(٨).

(ويشترط كون المعير كاملاً^(٩) جائز التصرف^(١٠)، ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي^(١١) لمال نفسه، ووليهِ^(١٢)،

= ثم إن المرجع في الصديق إلى العرف، ولا بدّ مع حسن الظن في الصديق - كما في المسالك - عدم الكراهة منه، وإلا فقد تتفق الكراهة في الكثير مما يملكه مع تحقق الصداقة.

(١) تقييد جواز الانتفاع بمناعه، بكون منفعته أقل ضرراً من المأذون من الأكل، حتى تدل عليه الآية بالأولوية.

(٢) متعلق بالإذن الوارد في الآية.

(٣) بيت الصديق، والجار والمجور متعلقان بالأكل.

(٤) متعلق لتناول الإذن لما كانت منفعته أقل ضرراً.

(٥) تعدي الحكم بجواز الانتفاع، والمعنى أن الإذن بالأكل للصديق كما يدل بالفحوى على الإذن بالأقل ضرراً كذلك الإذن للإرحام بالأكل يدل على الأقل بالفحوى أيضاً.

(٦) الآية.

(٧) ولو إلى مساوي المأذون أو الأشد منه.

(٨) لأن المساوي ممتنع لأنه قياس فالأشدّ ممتنع بطريق أولى، وسماه بالأضعف لضعفه بالنسبة إلى تناول الآية له.

(٩) بالغاً عاقلاً، لأن المجنون والصبي مسلوبا العبارة شرعاً.

(١٠) فلا تصح العارية من السفهيه والمجور عليه، لأن الإعارة تصرف منه في ماله، والمفروض أنه ممنوع من التصرف بالحجر.

(١١) يجوز للصبي أن يعير ماله بإذن الولي، مع أنه قد تقدم في كتاب البيع أنه لا يجوز للصبي أن يبيع ماله وإن أذن الولي، والفرق بينهما هو ما قاله في المسالك وغيره أن العارية لما كانت عقداً جائزاً فيكفئ فيها بكل ما دل على رضا المعير وإن لم يكن لفظاً، فصدور الإذن من الولي كان بمنزلة الإيجاب، والإذن حاصل منه للصبي فلذا صح هنا، بخلاف العقود اللازمة كالبيع فيشترط في إيجابها اللفظ، وإذن الولي ليس لفظاً فلا يتعقد إيجاب حينئذ.

(١٢) يصح إعارة الصبي من مال وليه بإذن الأخير، لأن المعير حقيقة هو الولي وإذنه إيجاب كما تقدم.

لأن المعتبر إذن الولي، وهو^(١) كافٍ في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا^(٢) لم يقبل قول الصبي في حقه، إلا أن تنضم إليه^(٣) قرائن تفيد الظن المتأخّر للعلم^(٤) به^(٥)، كما إذا طلبها^(٦) من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسله بها، ونحو ذلك، كما يقبل قوله^(٧) في الهدية^(٨)، والإذن^(٩) في دخول الدار بالقرائن، ولا بد مع إذن الولي له^(١٠) في إعارة ماله من وجود المصلحة بها^(١١) بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت^(١٢)، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله^(١٣)، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال، ونحو ذلك.

(وكون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها^(١٤)) فلا يصح إعارة ما لا يتم

(١) إذن الولي.

(٢) وإن لم يعلم المستعير بإذن الولي فلا يقبل قول الصبي في حق الولي بأنه قد أذن، لسلب عبارته شرعاً.

(٣) إلى إخبار الصبي.

(٤) وهو المسمى بالاطمئنان.

(٥) بإذن الولي.

(٦) طلب المستعير العارية.

(٧) قول الصبي.

(٨) لأنه محتف بقرائن تفيد الاطمئنان بصدقه، والقرائن هي إرسال الهدية معه.

(٩) وكما يقبل قول الصبي في إذن الولي في الهدية عند إرسالها معه، كذلك يقبل قوله في إذن الولي في دخول الدار للقرائن المحتفة به.

(١٠) للصبي.

(١١) بالعارية، لأن تصرفات الولي منوطة بالقبطة، كما تقدم في كتاب الحجر.

(١٢) وقت العارية.

(١٣) مال الصبي، بحيث توقف انتفاع الصبي بالمستعير على كون مال الصبي عارية عند المستعير، وكانت منفعة الصبي أقوى حتى تكون العارية من ماله لمصلحة.

(١٤) شرط للعين المستعارة، وهو أن كل ما يصح الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه فهو مما تصح عاريته، وهو من مقتضيات معنى العارية عرفاً، ولأن الإذن إذن بالانتفاع فقط فلا بد من بقاء العين، فنصح العارية في مثل الثوب والدابة، ولا تصح عارية الأطعمة والأشربة التي تذهب عينها بالانتفاع بها.

الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمة، ويستثنى من ذلك المنحة^(١) وهي الشاة المستعارة للحلب، للنص.

وفي تعديده إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان^(٢)، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.
(وللمالك الرجوع فيها متى شاء^(٣))،

(١) المنحة بالكسر، وهي العطية، قال في المصباح المنير: «المنحة - بالكسر - في الأصل الشاة أو الناقة يعطيها صاحبها رجلاً يشرب لبنها ثم يردها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حين أطلق على كل عطاء انتهى».

والمنحة بالمعنى المتقدم على ما في المصباح مما تجوز إعارتها بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع كما عن جماعة وإن كانت على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعارة هو عين لا منفعة، فهو يستعير الشاة ليستفيد من عينها، فلذا كانت على خلاف الأصل، والدليل هو الإجماع، إلا أن في التذكرة استدلال على جوازها بالنبوي المروي عن العامة (العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والغريم غارم)^(١)، والنبوي الدال على ردها دال على مشروعيتها.

(٢) وظاهرهم التعدية إلى غير الشاة من البقر والماعز والناقة، ولذا قال في المسالك: «وعذوا الحكم إلى غير الشاة مما يتخذ للحلب من الأنعام وغيرها» انتهى، وعُدَى العلامة في التذكرة إلى جواز إعارة الغنم للانتفاع بصوفها ونحو ذلك، وتنظر الشارح في المسالك بالتعدية، لأن الحكم في المنحة على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد الوفاق واليقين وهو إعارة الشاة للبنها فقط، وقيل: إن المنفعة أمرٌ عرفي فقد تُعد بعض الأعيان منفعة وإن كانت عيناً، كاللبن في الشاة فإنه ينظر العرف منفعة وليس عيناً، وعليه فالمنحة عارية لا تحتاج إلى دليل سوى دليل مشروعية مطلق العارية، لأن العين المستعارة هي الشاة وهي لا تتلف، وما يُتلف هو من قبيل المنفعة وليس هو مورد العارية، وعليه فيجوز التعدية إلى غير الشاة ويجوز التعدية إلى غير اللبن، لكون غير اللبن من الصوف والوبر والشعر من قبيل المنافع لا الأعيان.

(٣) عقد العارية جائز من الطرفين بلا خلاف فيه، لأن قوامه الإذن بالإباحة، ومن الواضح جواز الرجوع بالإذن ويلزمه جواز الرجوع عن الرضا به الذي هو قوام القبول، وعليه =

(١) كنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١٣. وقريب منه سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٦ رقم

لاقتضاء جواز العقد ذلك^(١)، (إلا في الإعارة للدفن) أي: دفن الميت المسلم ومن يحكمه^(٢) فلا يجوز الرجوع فيه^(٣) (بعد الطم)، لتحريم نبشه، وهتك حرمة، إلى أن تندرس عظامه.

ولو رجع قبله^(٤) جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل^(٥)، فمؤنة الحفر لازمة لولي الميت^(٦)، لقدموه^(٧) على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره^(٨)،

= فيجوز لكل من المتعاقدين فسخ العارية متى شاء، ويستثنى من ذلك موارد.
منها: إعارة الأرض لدفن ميت مسلم، فلا يصح الرجوع بعد الدفن لتحريم نبشه وهتك حرمة إلى أن تندرس عظامه، وهو موضع وفاق كما في المسالك، وبلا خلاف فيه كما في الرياض وغيره.

(١) جواز رجوع المالك عند مشيئته.

(٢) كالطفل والمجنون ولقبط دار الإسلام.

(٣) في إعارة الأرض للدفن.

(٤) قبل الطم، والرجوع قبل الطم إما بعد الحفر وقبل وضع الميت في لحده أو بعد الحفر وبعد الوضع، ففي الصورة الأولى يجوز له الرجوع لعدم محذور الهتك والنبش بعد عدم تحقق الوضع كما يجوز له الرجوع قبل الحفر، ولو رجع المالك حرّم الدفن، لكونه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه وهو محرم، وهذا مما لا إشكال فيه ولا خلاف.

وفي الصورة الثانية صرح أكثر من واحد من الأصحاب بجواز رجوع المالك قبل المواراة لعدم صدق النيش حيثئذ، وقيل: بعدم الجواز لما في إخراج الميت من لحده قبل الطم من هتك حرمة، ولذا أفتى الفقهاء في باب التكفين بقرض نجاسة كفن الميت إذا تعذر التغليف في القبر، وما ذلك إلا لكون الإخراج بعد الوضع وقبل الطم مستلزماً لهتك. (٥) إما استصحاب الجواز أو أصالة البراءة.

(٦) قال الشارح في المسالك: «قال في التذكرة: ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت، ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك - بحيث وصى الميت بالدفن في الأرض العارية -، إذ لا تقصير فيه فينبغي كونه من مال الميت» انتهى.

(٧) قدوم ولي الميت على الحفر في الأرض العارية للدفن، مع علمه بأنه يجوز للمالك الفسخ متى شاء، فإذا رجع المالك وهو عالم بجواز ذلك له فيكون الولي قد قصر، فالمؤنة عليه للتقصير.

(٨) غير المكان المستعار، ومع التعذر بالإقدام على الحفر في المستعار لا تقصير فيه وإن علم بجواز فسخ المالك، لكن هذا مشروط بكون مؤنة الحفر في المستعار أقل أو مساوية لمؤنة الحفر في المكان المتعذر، أما لو كانت مؤنة الحفر أزيد فهو مقصر بالزائد، وعلى كل فمع

عما لا يزيد عوضه عنه^(١) فيقوى كونه^(٢) من مال الميت، لعدم التقصير، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه^(٣).

ويستثنى آخران أيضاً: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يُستدرَك، كما لو أعاره لوحاً رُفِعَ به سفينته وُلِّجَ^(٤) في البحر فلا رجوع للمستعير^(٥) إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها^(٦) مع نزعها من غير ضرر، ولو رجع قبل دخول السفينة^(٧)، أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز^(٨)، مع احتمال الجواز مطلقاً^(٩) وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر، والثاني الاستعارة للرهن بعد وقوعه^(١٠) وقد تقدم.

= عدم التقصير تكون مؤنة الحفر من مال الميت، خلافاً للتذكرة حيث جعلها من مال الولي مطلقاً.

- (١) مما لا يزيد عوض المستعار عن عوض غيره المتعذر.
- (٢) كون عوض المستعار.
- (٣) في الحفر، والإذن حاصل من المالك للولي قبل الرجوع.
- (٤) دخل في اللجة.
- (٥) لا رجوع له ما دامت السفينة في البحر، لما فيه من الضرر بالغرق، الموجب لذهاب مال أو تلف نفس.
- (٦) أمكن إصلاح السفينة في داخل البحر مع نزع المعار من غير ضرر.
- (٧) قبل دخولها في البحر.
- (٨) جواز رجوع المالك، إذ لا ضرر على المستعير حيثئذ.
- (٩) ولو كانت في البحر إلا أنه لا يجب التسليم إليه، أما جواز الرجوع للمالك فلأنه الأصل في العارية، وأما عدم وجوب تعجيل التسليم فلما فيه من الضرر على المستعير في التسليم الفوري.
- وفائدة هذا الاحتمال أنه يجب على المستعير ردها فوراً بعد زوال الضرر، لأنه بعد فسخ المالك تكون العارية أمانة شرعية لا مالكية، والأمانة الشرعية يجب ردها فوراً في أول أوقاته، ويجب بعد زوال الضرر مباشرة من غير مطالبة من المالك.
- (١٠) بعد وقوع الرهن، فلا يجوز للمالك الرجوع في العارية بعد رهنها، وقد تقدم بحته في كتاب الرهن.

(وهي أمانة) في يد المستعير (لا يضمن^(١) إلا بالتعدي، أو التفريط) إلا ما استثنى^(٢) (وإذا استعمار أرضاً^(٣)) صالحة للزرع، والغرس، والبناء عادة (غرس،

(١) لا خلاف ولا إشكال في كون العارية أمانة عند المستعير فلا يضمن، للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه^(١))، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وليس على المستعير عارية ضماناً^(٢)) .

واستثنى منه مواضع .

منها: ما لو تعدى أو فرط فلا خلاف في ضمانه، إذ النصوص قد حكمت بأمانته ومع التعدي أو التفريط لا أمانة، فتقلب يده من يد ائتمان إلى يد عدوان فيضمن، هذا فضلاً عن أن المالك لم يأذن له بالتعدي أو التفريط .

ومنها: ما لو اشترط ضمانها عليه فيضمن لو تلفت بلا خلاف فيه، ويدل عليه صحيح الحلبي الأول المتقدم، ومثله غيره .

ومنها: عارية الذهب والفضة وإن لم يشترط ضمانها، وسيأتي الكلام فيها مفصلاً عند تعرض الماتن لها .

(٢) من اشترط ضمانها وعارية الذهب والفضة .

(٣) أطلق الأصحاب جواز الانتفاع بالعارية للمستعير، والمرجع في تقدير نوع الانتفاع منها وصفته وقدره إلى العرف بحسب العادة السارية فيه، فلو أعاره بساطاً اقتضت العادة بالانتفاع به بالفرش ونحوه من الوجوه المتعارفة، ولو أعاره لحافاً اقتضت العادة بالانتفاع به غطاءً ولا يجوز افتراشه لعدم جريان العادة بذلك، ولو أعاره حيواناً للحمل اقتضت العادة بتحميله قدرأ معيناً فلا تجوز الزيادة وهكذا .

ثم لو تعددت منافع العين المعارة، فإن عيّن المعير نوعاً منها تعين لدوران جواز الانتفاع مدار الإذن، والإذن مقيد بحسب الفرض، وإن عمّم جاز الانتفاع بجميع وجوه منافع العين، كأن يُعيّره الأرض وهي صالحة للغرس والزرع والبناء، والتعميم هو التنصيص على جواز الانتفاع بجميع المنافع، فيجوز للمستعير - والحال هذه - عموم الانتفاع لعموم الإذن .

وإن أطلق المعير إذنه فلم يقيد بنوع ولم ينص على التعميم فيجوز مطلق الانتفاع تمسكاً بإطلاق الإذن، وهو بمنزلة التعميم .

أو زرع، أو بنى) مُخْتَبَرًا^(١) فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، وله الجمع بينها^(٢) بحسب الإمكان، لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل^(٣) في الإطلاق، أو التعميم، ومثله^(٤) ما لو استعار دابة صالحة للركوب والحمل.

(ولو عتین له جهة لم يتجاوزها^(٥)) ولو إلى المساوي والأدون، عملاً بمقتضى التعيين، واقتصاراً على المأذون.

وقيل: يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضرراً وهو ضعيف، ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض في ذلك^(٦)، نعم لو علم انتفاء الغرض بالعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا^(٧) مطلقاً^(٨)، كما

(١) المستعير.

(٢) بين هذه المنافع.

(٣) هذا الانتفاع.

(٤) مثل إعاره الأرض.

(٥) كان الكلام المتقدم من ناحية لزوم العمل بإذن المعير، وكلامنا هنا في أنه لو أذن المعير للمستعير في الانتفاع من جهة من جهات منافع العين، فهل يجوز للمستعير أن يتعدى إلى الأضعف بالأولوية أو لا؟ كمن أعاره أرضاً للمغرس فهل يجوز له أن يزرع، والزرع أقل ضرراً من غرس الأشجار، ذهب جماعة منهم الشهيدان والمحقق والعلامة في التبصرة إلى عدم التعدي إلى المساوي فضلاً عن الأضعف اقتصاراً على القدر المأذون، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ولم يصدر من المعير إذن بالمساوي ولا بالأضعف.

وذهب بعضهم كالشيخ في المبسوط والحلي في السرائر وابن زهرة في الغنية إلى جواز التعدي إلى الأضعف للأولوية، وفيه: أنه من الجائز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص من التصرف، ومع هذا التعلق لا يتعدى في الإذن لعدم ملاحظة غير المأذون من قبل المالك.

وعن العلامة في التحرير والتذكرة جواز التخطي إلى المساوي أيضاً، وفيه: أنه قياس باطل إلا إذا علم أن التخصيص في الإذن من باب المثال، وبه يخرج عن موضع النزاع، إذ النزاع في التخصيص لا في التمثيل.

(٦) في الإذن بالانتفاع.

(٧) فلا يجوز.

(٨) سواء علم بانتفاء غرض المعير بالمعين أم لا، وفيه: أنه مع العلم بانتفاء الغرض فيكون ذكر العين من باب المثال، والتمثيل لا يصلح لتقييد الإذن بخلاف التخصيص.

أنه مع النهي عن التخطي يجرم مطلقاً^(١).

وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره^(٢) ضمن الأرض^(٣) ولزمه الأجرة لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها^(٤) ما قابل المأذون على الأقوى^(٥)، لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجرة، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلياً في ضمن النهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزته، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون، لأنه^(٦) بعض ما استوفى من المنفعة وإن ضمن الدابة أجمع^(٧).

(١) يجرم التمدي إلى الأدون والمساوي، وهو معنى الإطلاق، ودليله أنه مع النهي فالتصريح بعدم التمدي وأن الإذن مقتصر على المعين ثابت.

(٢) تعدى المستعير إلى غير المعين.

(٣) كما لو أعاره الأرض للغرس فزرع أو بنى، والأول تعدية إلى الأدون، والثاني تعدية إلى الأشد، أو أعاره الأرض لغرس معين من الشجر فزرع صنفاً آخر مماثل له وهو تعدية إلى المساوي.

وعلى كل فمع التمدي هل يلزم المستعير الأجرة لمجموع ما فعل، أو يسقط منها مقدار أجرة المأذون فيه ويثبت الزائد خاصة، قد يُستدل للأول بأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه وهو مستلزم لثبوت الأجرة كمالاً، ويستدل للثاني بأن المعير قد أباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عوض، نعم مع تخطيه إلى غيرها كان مقدار منفعة المأذون مباحاً له فيضمن الزائد ليس إلا، وقد قوّى الشارح الأول في الروضة هنا وفي المسالك.

وفصل العلامة بين النهي عن التخطي وبين الإطلاق، فأوجب الأجرة كمالاً مع النهي، وأسقط التفاوت مع الإطلاق، وأشكل عليه بعدم وضوح الفرق بينهما، لأن التخطي في الحالين غير مأذون فيه، غاية أنه في النهي قد نص على المنع، وفي الإطلاق جاء المنع من إطلاق عدم الإذن، وهذا لا يوجب اختلافاً في الحكم المذكور، هذا كله مع كون العين المعارة تحت يده مضمونة بحيث لو تلفت فيطالب ببدلها أو قيمتها، لأن يده يد عدوان حينئذ.

(٤) من أجرة المجموع.

(٥) في قبالة تفصيل العلامة وقبالة إسقاط منفعة المأذون.

(٦) المأذون، فهو بعض المنفعة التي استوفها فلا أجرة له، بخلاف النوع المخالف بحيث أذن في الزرع مع نهي عن الغرس فغرس فيضمن الأجرة كمالاً.

(٧) لأن يده يد عدوان.

(ويجوز له بيع غروسه، وأبنته ولو على غير المالك^(١)) على المشهور، لأنه^(٢) مالك غير ممنوع من التصرف فيه^(٣) فبيعه ممن يشاء.

وقيل: لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه^(٤) برجوع المعير^(٥)، وهو^(٦) غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف ومستحق القتل قصاصاً.

ثم إن كان المشتري جاهلاً بحاله^(٧) فله الفسخ للعيب، لا إن كان

(١) إذا أذن المعير للمستعير بغرس الأرض المعارة أو بالبناء فيها فغرس أو بنى فهل يجوز للمستعير أن يبيع عند غرسه وبناءه على غير المالك أو لا، بعد الاتفاق من دون إشكال على جواز البيع المذكور على المالك، لوجود المقتضي مع عدم المانع، فالأول لأن الغرس ملك للمستعير فيجوز بيعه لعموم أدلة مشروعية البيع، والثاني عدم المانع من البيع لكون الغرس في أرض المشتري، فإذا اشتراها لا يمنعه أحد من الوصول إليه مع عدم توقف الوصول على التصرف في ملك الغير.

وأما البيع على غير المالك فالمشهور على الجواز، وعن الشيخ في المبسوط العدم، ودليله أن الغرس في معرض القلع والبناء في معرض الهدم لأن المعير له سبيل على ملكه فمع البيع من المستعير تبطل العارية، لأن البيع منه فسخ، ولا يوجد إذن في بقاء الغرس أو البناء بين المالك والمشتري فيجوز للمالك حينئذ مطالبة المشتري بقلع غرسه وبناءه من أرضه، ومع احتمال القلع فيكون الغرس أو البناء في معرض التلف لعدم ماليته.

وفيه: أن احتمال قلعه لا يخرجه عن المالية السوغة لبيعه، فكما جاز بيع الحيوان المشرف على التلف والعبد المستحق للقتل من باب القصاص مع أنه في معرض التلف فكذلك مقامنا، وإذا جاز البيع لكونه مالاً فهو مملوك للمستعير، والمستعير غير ممنوع من التصرف فيه، فيجوز له بيعه ممن يشاء، وهو دليل المشهور.

(٢)

المستعير.

(٣) في البناء والغرس.

(٤) ملك المشتري.

(٥) ويطالبه بالقلع.

(٦) عدم استقرار ملك المشتري.

(٧) يكون البائع مستعيراً، فله الفسخ، لأن المبيع في غير أرض البائع مع جواز قلعه عيب فيه، فله الفسخ بخيار العيب.

عالمًا^(١) بل ينزل منزلة المستعير.

ولو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صح^(٢)، ووُزِعَ الثمن عليهما^(٣)، فيقسط على أرض مشغولة به^(٤) على وجه الإعارة مستحق القلع بالأرض^(٥)، أو الإبقاء^(٦) بالأجرة، أو التملك^(٧) بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق القلع

(١) فلو كان عالمًا بالحال فلا خيار له، لإقدامه على ذلك، بل يُنزل المشتري منزلة المستعير، فكما أن المستعير عندما زرع كان يعلم بجواز فسخ المالك للمعقد مع مطالبته بالقلع ويكون الضرر على المستعير لإقدامه على ذلك، فالمشتري مثله.

(٢) لو اتفق المعير والمستعير على بيع الأرض والغرس معاً بعقد واحد، وأن يكون في قباليهما ثمنٌ واحد، صح البيع بلا إشكال، لكون الأرض والغرس ملكاً لهما، ويجوز لهما التصرف في ملكهما، ومن التصرف الجائز البيع.

(٣) على ملكهما، والتوزيع مبني على أن المالك هل يجوز له فسخ العارية قبل أوان حصاد الزرع أو لا، فعلى الأول يُقوّم الأرض خالية وعلى الثاني مشغولة، ثم إن التوزيع مبني على كون المستعير هل له الحق في مطالبة المالك بالأرض، على تقدير القلع أو لا، فعلى الأول يقوّم الزرع أنه مُستحق القلع الآن بالأرض للنقصان الحاصل فيه بسبب القلع، وعلى الثاني يقوّم الزرع بأنه مُستحق القلع بدون أرض وإن نقصت قيمته بسبب القلع.

ثم على القول بدفع الأرض لا يجب على المستعير قلع زرعه عند الطلب قبل دفع الأرض من المالك، فلو لم يدفع الأرض جاز للمستعير إبقاء زرعه إلى حين الدفع، غير أن هذا الإبقاء مشروط بكونه بأجرة جماعاً بين منفعة الأرض للمالك وبين أرض المستعير، وعليه فيقوم الزرع بكونه مستحق القلع الآن بالأرض إلا أن عليه أجرة الأرض.

(٤) بالزرع.

(٥) مبني على جواز فسخ المالك عقد الوديعة قبل أوان الحصاد بما فيه من ضررٍ على المستعير، ومبني على أن المستعير يستحق الأرض لو نقص الزرع بسبب القلع.

(٦) معطوف على «بالأرض»، والمعنى أن الثمن يُقسط على أرض مشغولة بالزرع على وجه الإعارة مع كون الزرع مستحق القلع، باقياً بالأجرة، وهذا القول مبني على جواز الفسخ للمالك، وعلى أن المستعير عليه أجرة الأرض لو أبقى الزرع عند عدم دفع المالك للأرض.

(٧) عطف على قوله «الإعارة»، والمعنى أن الثمن مقسط على أرض مشغولة بالزرع على وجه التملك بالقيمة من قبل المالك إذا رضي المستعير بذلك، وعلى زرع مستحق القطع إما بالأرض أو بالأجرة، وهو مبني على جواز الفسخ من قبل المالك قبل أوان الحصاد.

على أحد الوجوه^(١) فللكل^(٢) قسط ما يملكه^(٣).

(ولو نقصت) العين المعارة (بالاستعمال لم يضمن^(٤)) المستعيرُ النقص، لاستناد التلف^(٥) إلى فعل مأذونٍ فيه ولو من جهة الإطلاق^(٦)، وتقييده بالنقص^(٧) قد يفهم أنها^(٨) لو تلفت به^(٩) ضمنها، وهو أحد^(١٠) القولين في المسألة، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً^(١١) وإن دخل^(١٢) في الإطلاق، فيضمنها آخر

(١) من الأرض أو الأرض مع الأجرة.

(٢) من المعير والمستعير.

(٣) فما للأرض فهو للمعير، وما للزرع فهو للمستعير، على أن التقويم المذكور تلحظ نسبة من الثمن فلو قومت الأرض بأربعين والزرع بعشرة فيقسم الثمن أخماساً وهكذا.

(٤) لو نقصت العين المعارة أو تلفت بالاستعمال من غير تعبد أو تفريط فلا ضمان على المستعير، لأنه مأذون في الاستعمال وإن ترتب عليه النقصان أو التلف، ولصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تُعْرَم على مستعير العارية إذا هلكت إذا كان مأموناً^(١))، ومثله غيره.

ونقل الشارح في المسالك قولاً - لم يُعرف قائله - بضمان العين لو تلفت بالاستعمال، لأن الظاهر عدم تناول إذن المعير لهذا الاستعمال المتعبد بالتلف، على أن يكون ضمانها في آخر حالات وجودها.

وفيه: أنه اجتهاد في قبالة النص فلا يقبل، مع رد دعوى انصراف الإذن عن هذا الاستعمال بعد فرض عدم التعدي أو التفريط من المستعير.

(٥) تلف البعض الذي هو النقصان.

(٦) إطلاق الإذن.

(٧) تقييد الاستعمال بالنقص.

(٨) العين المعارة.

(٩) بالاستعمال.

(١٠) وهو القول الثاني الذي لم يُعرف قائله.

(١١) للانصراف.

(١٢) الاستعمال المتلف داخل في إطلاق الإذن.

حالات التقويم^(١)، وقيل: لا يضمن أيضاً كالنقص، لما ذكر من الوجه^(٢)، وهو الوجه.

(ويضمن العارية باشتراط الضمان^(٣)) عملاً بالشرط المأمور بالكون معه^(٤)، سواء شرط ضمان العين^(٥) أم الأجزاء^(٦) أم هما^(٧)، فيتبع شرطه.

(ويكونها ذهباً، أو فضة^(٨)) سواء كانا دنانير ودراهم أم لا، على أصح

(١) آخر حالات وجودها، وهو حين التلف.

(٢) من كون فعله مأذوناً فيه ولو من جهة إطلاق الإذن.

(٣) تقدم أنه لا خلاف فيه، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه^(١))، ومثله غيره.

(٤) مع الشرط في النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٢).

(٥) عند التلف.

(٦) عند النقصان.

(٧) عند التلف أو النقصان.

(٨) فإنها مضمونة وإن لم يشترط ضمانها، بلا خلاف في الدراهم والدنانير، وإنما الخلاف

في غيرها من المصوغ وغيره، ذهب إلى الاختصاص فخر المحققين والقطيفي وسيد الرياض وابن حمزة في الوسيلة، لجملة من الأخبار الصريحة في الدرهم والدينار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً^(٣))، وخبر عبد

الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونة، اشترط صاحبها أو لم يشترط^(٤)).

وعن الشيخ والعلامة والشهيدان ضمان مطلق الذهب والفضة، للأخبار.

منها: صحيح زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال عليه السلام: جميع

ما استعرت فتوى - أي هلك - فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة، فإنها يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك

لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك^(٥))، وموثق إسحاق بن عمار =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العارية حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العارية حديث ١ و٣ و٢.

القولين، لأن فيه جمعاً بين النصوص المختلفة^(١).

وقيل: يختص بالنقدين، استناداً إلى الجمع^(٢) أيضاً، وإلى الحكمة الباعثة على الحكم^(٣)، وهي^(٤) ضعف المنفعة المطلوبة منهما^(٥) بدون الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبةً بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما^(٦).

ويضعف: بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما^(٧)، وضعف المنفعة حينئذ لا

= عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليهما السلام (العارية ليس على مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضة، فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا)^(١).

وصناعة الإطلاق والتقييد تقتضي حمل الذهب والفضة على الدينارين والدراهم، وأن الحكم بالضمان مختص بهما، غير أن قد ثبت في محله عدم حمل المطلق على المقيد إذا كانا مثبتين، لذا توقف جماعة في الحكم في غير الدينار والدرهم منهم العلامة في التذكرة.

(١) بعد عدم حمل المطلق على المقيد لأنهما مثبتان.

(٢) لتقييد المطلق بالمقيد.

(٣) وهو حكم الضمان، والحاصل أن منفعة الدينار والدرهم منحصرة بالإنفاق وإذهاب العين، وعلى فرض وجود منفعة أخرى كالتزوين مثلاً فهي ضعيفة، بخلاف منفعة مطلق الذهب والفضة فهي غير منحصرة بالإنفاق بل لها منافع كثيرة والتزوين منها، وعليه فلما كانت منفعة الدينار والدرهم مختصة بإتلاف العين فيناسبها الحكم بالضمان، بخلاف منفعة الذهب والفضة فيناسبها عدم الضمان، لأن منفعتهما كثيرة في غير الإنفاق، إذ يستفيد المستعير بهما ويرجعهما إلى المالك.

ويضعف: بأن هذا لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعي لأنه مبني على الاستحسان، ولأن إعارة الدينار والدرهم إنما تصح على تقدير بقاء عينهما، وبقاء العين شرط في صحة العارية، وعليه فما فرض من التعليل بإذهاب العين بالإتلاف منافي لمعنى العارية، ولأن ضعف المنفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعارة البعير وقطعة من الخصير.

(٤) الحكمة.

(٥) من الدينار والدرهم.

(٦) بعاريتهما.

(٧) هذا هو الرد الثاني المتقدم.

مدخل له في اختلاف الحكم^(١)، وتقدير منفعة الإنفاق^(٢) حكم بغير الواقع^(٣).

(ولو ادعى) المستعيرُ (التلفَ حلف^(٤)) لأنه أمين، فيقبل قوله فيه^(٥) كغيره^(٦)، سواء ادعاه^(٧) بأمر ظاهر^(٨) أم خفي^(٩)، ولإمكان صدقه^(١٠)، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

(ولو ادعى الرد حلف المالك^(١١))،

(١) وهو الرد الثالث المتقدم.

(٢) في الدينار والدرهم.

(٣) إذ يمكن إعارتهما مع عدم إنفاق عينهما.

(٤) لأنه المنكر، لموافق قوله ظاهر الشرع من حيث كونه أميناً، وإن كان بحسب ظاهر كلامه مدعياً، لأنه يدعي التلف.

(٥) في التلف.

(٦) كغيره من الأمانة، كالودعي ومَنْ كانت يده على العين بإذن المالك.

(٧) ادعى التلف.

(٨) كالتلف السبب عن الحرق.

(٩) كالسرق.

(١٠) تعليل ثانٍ لقبول قوله، فبالإضافة إلى أمانته يمكن أن يكون صادقاً في دعوى التلف فلو لم يقبل قوله مع يمينه لكان مدعياً وكان المُعير هو المنكر، فلو قدم قول المُعير مع يمينه لوجب على المستعير ردّ العارية، وإذا نكل عن أداء حق الناس حُبس، وبما أن العين يتعذر عليه ردها لتلفها واقعاً لأن المفروض صدقه، فيقتضي ذلك تخليده في السجن.

(١١) فالمالك منكره، إذ الأصل عدم الرد، وأمانة المستعير لا تقتضي تصديقه في الرد، لأن المستعير قد قبض لمصلحة نفسه بخلاف الودعي، فإنه قد قبض لمصلحة المالك، فالودعي محسن ولا سبيل على المحسن، فلذا قُبِل قول الودعي في الرد دون المستعير، إذ المستعير حينئذ ليس محسناً.

وفيه: لو كان المناط في تقديم قول الودعي هو إحسانه لجرى في الوكيل لو ادعى الرد، لأن الوكيل محسن حيث قبضه لمصلحة الموكل، مع أنه قد وقع الإنفاق على عدم قبول قول الوكيل بالرد، وإنما القبول لقول الموكل مع يمينه، ومن هنا يستكشف أن الأمين مطلقاً إذا ادعى الرد فهو مدع بحسب ظاهر كلامه فيقدم قول صاحبه المنكر، وأما الودعي فقد قبل قوله في الرد للنص، وهو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن =

لأصالة عدمه^(١)، وقد قبضه^(٢) لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه^(٣)، بخلاف الودعي.

ومعنى عدم قبول قوله فيه^(٤) الحكم بضمانه^(٥) للمثل، أو القيمة، حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً^(٦)، لما تقدم في دعوى التلف^(٧).

(وللمستعير الاستئطال بالشجر^(٨)) الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس

= المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال عنه : نعم، ولا يمين عليه^(١).

- (١) عدم الرد.
(٢) قبض المأجر.
(٣) في الرد.

(٤) ومعنى عدم قبول قول المستعير في الرد أنه يُلزم بالرد لو حلف المغير، فإن كانت العين موجودة عنده على تقدير كذب دعواه فهو، وإن كانت العين غير موجودة عنده على تقدير صدقه فالحكم عليه بالرد هو الحكم بضمان مثلها أو قيمتها.

وبما أن واقع حاله غير معلوم لنا فيحكم عليه بدفع المثل أو القيمة من أجل عدم تخليده في الخيس، لأنه مع الحكم عليه برد العين وكانت العين متعذرة لعدم وجودها عنده فيجس لتكوله عن أداء حق الناس حتى يرد، ومع تعذر الرد يُجَلد.
(٥) ضمان المستعير.

(٦) سواء تعذر الرد أم لا، ويتعذر على تقدير صدقه، وينتهي التعذر على تقدير كذبه.

(٧) وهو الدليل الثاني على قبول قول المستعير في دعوى التلف.

(٨) إذا استعار أرضاً للغرس فغرسها فهل يجوز للمعير دخول الأرض والاستئطال بالشجر أو لا، لا إشكال في جواز الدخول إلى الأرض، لأنها ملكه، فله الدخول إليها في أي وقت شاء، ويجوز له أن يستئطل بشجرها وإن كان الشجر ملكاً لغيره، لأنه حال الاستئطال جالس في ملكه كما لو جلس في أملاكه الأخرى غير المعارة واتفق له التظليل بشجر غيره، أو جلس في أرض مباحة واتفق له التظليل بشجر غيره، ثم هل يجوز للمستعير دخول الأرض والاستئطال أو لا، لا إشكال في جواز دخول المستعير إلى الأرض، لأن الشجر ملكه فله الدخول لأجل الشجر بأن يسقيه ويمرسه ويهذه ونحو ذلك، وليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمر كالتفرج، لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها.

وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به^(١)، كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، وحرثه، وحراسته، وغيرها، وليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالتفرج، (وكذا) يجوز (للمعير) الاستئصال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظليل بشجر غيره، أو في المباح كذلك^(٢)، وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف في الشجر.

(ولا يجوز) للمستعير (إعارة العين المستعمارة إلا بإذن المالك^(٣))، لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة، نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه، ووكيله، لكن لا بعد ذلك إعارة، لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل.

وحيث يعير^(٤) يضمن العين والمنفعة^(٥)، ويرجع المالك على من شاء منهما،

= وأما الاستئصال فإن جاز الدخول لمصلحة الشجر فيجوز له الاستئصال حال كون الدخول جائزاً، وإن كان الدخول ممنوعاً كما لو كان للتفرج فلا يجوز له الاستئصال لأنه تصرف منه عه.

وقال الشارح في المسالك: «تنبيه: يعلم من قولهم إن المستعير ليس له الدخول للتفرج أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك» انتهى.

(١) بالتصرف بغير الغرس.

(٢) واتفق له التظليل بشجر غيره.

(٣) بلا إشكال ولا خلاف ضرورة اقتضاء عقد العارية إباحة المنافع لخصوص المستعير، لا تملكه إياها حتى يملكها ثم يعيرها إلى غيره، نعم يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه أو وكيله، ولا يُعد ذلك إعارة الوكيل، لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل.

(٤) وحيث يُعير المستعير بغير إذن المالك فقد تعدى فيضمن العين لو تلفت لعدوانه، وكذا يضمن المستعير الثاني العين لو تلفت تحت يده، لعدم الإذن له من قبل المالك.

ويرجع المالك على أيهما شاء بأجرة المثل عن مدة الإعارة الثانية، لضمأن كل منهما منافع العين المستوفاة وغير المستوفاة، مالية المنفعة مطلقاً، وقد فوّنت على المالك، فيضمنها الأول لعدوانه، والثاني لعدم إذن المالك له.

(٥) مطلقاً، المستوفاة منها وغيرها.

فإن رجع^(١) على المستعير الأول لم يرجع^(٢) على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة^(٣) فيرجع عليه^(٤) ببدل العين خاصة^(٥)، ولو كان^(٦) عالماً استقر الضمان عليه^(٧) كالغاصب^(٨)، وإن رجع^(٩) على الثاني رجع^(١٠) على الأول بما لا يرجع عليه به^(١١) لو رجع عليه^(١٢)،

(١) لو رجع المالك على المستعير الأول بأجرة المثل وببدل العين لو تلفت فلا يرجع الأول على الثاني، إن كان الثاني جاهلاً بكونها عارية، إلا إذا كانت العارية مضمونة عليه على كل حال، كعارية الذهب والفضة فيرجع الأول عليه حيثئذ، لأن الثاني ضامن لها على كل حال.

وإن كان الثاني عالماً بكونها عارية من غير إذن مالكها فيرجع الأول عليه، لأن الضمان يستقر على من تلفت العين تحت يده، والمفروض أنها تلفت تحت يد الثاني، وتكون المسألة حيثئذ كتعاقب الأيدي الغاصبة على العين، مع استقرار الضمان على من تلفت العين عنده.

(٢) المستعير الأول.

(٣) كعارية الذهب والفضة.

(٤) فيرجع الأول على الثاني الجاهل.

(٥) ولا يرجع الأول على الثاني ببدل المنافع، الذي هو أجرة المثل، لتسليط الأول للثاني عليها، فكيف يرجع بيدها؟

(٦) المستعير الثاني.

(٧) على الثاني، لتلف العين تحت يده، فيرجع الأول عليه.

(٨) كمسألة تعاقب الأيدي الغاصبة على العين، مع تلفها تحت يد أحدهم.

(٩) ولو رجع المالك على المستعير الثاني، فإن كان عالماً لا يرجع على المستعير الأول لاستقرار الضمان عليه، إذ لو رجع لكان قد أُلِّفَ العين بدون عوض، وإن كان جاهلاً رجع على الأول، لأن الأول قد غرّه بأن العارية له، والمغرور يرجع على من غرّه، إلا أن تكون العارية مضمونة، فلا يرجع الثاني على الأول وإن كان الثاني جاهلاً لأنها مضمونة عليه على كل حال، مع علمه بأنها عارية وإن جهل بأنها لغير المستعير الأول.

(١٠) الثاني.

(١١) بما لا يرجع الأول على الثاني به.

(١٢) لو رجع المالك على الأول، وهذا لا يكون إلا في صورة جهل الثاني، حال كون العارية غير مضمونة.

لخروره^(١)، (ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة صح^(٢)) عملاً بالشرط.

(ولو شرط سقوطه^(٣) مع التمدي أو التفريط احتمال الجواز^(٤)) لأنه^(٥) في قوة الإذن له^(٦) في الإتلاف فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر).

ويحتمل عدم صحة الشرط، لأنهما^(٧) من أسباب الضمان، فلا يعقل إسقاطه^(٨) قبل وقوعه^(٩)، لأنه^(١٠) كالبراءة مما لم يجب، والأول أقوى^(١١).

(١) تعليل لعدم رجوع الأول على الثاني.

(٢) صح شرط الإسقاط، لمعوم (المؤمنون عند شروطهم)^(١)، ولخصوص صحيح زرارة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال عليه السلام: جيع ما استعرت فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه)^(٢).

(٣) سقوط الضمان.

(٤) قيل: يصح الشرط، لمعوم (المؤمنون عند شروطهم)^(٣)، ولأن معنى شرط سقوط الضمان عند التمدي هو الإذن في إتلافه، وإذا أذن في التلف لا يضمن التالف كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر.

وقيل: لا يصح الشرط، باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، إذ الضمان مسبب عن التمدي أو التفريط لا قبلهما، فكيف يسقط قبل حصول سببه؟ فإسقاط الضمان بمعنى الإبراء ولا يصح الإبراء مما لم يجب.

(٥) شرط سقوط الضمان.

(٦) للمستعير.

(٧) التمدي والتفريط.

(٨) إسقاط الضمان.

(٩) قبل وقوع سبب الضمان.

(١٠) إسقاط الضمان.

(١١) لأن الشرط بمعنى الإذن أولى من كونه بمعنى الإبراء.

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العارية حديث ٢.

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(ولو قال الراكب: أمرتنيها، وقال المالك: أجرتكها حلف الراكب^(١))، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير^(٢)، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمته منها^(٣).

(وقيل): يحلف (المالك)^(٤)، لأن المنافع أموال كالأعيان، فهي بالأصالة لملك العين، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، وأصالة براءة ذمته^(٥) إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك^(٦)، لا من مطلق الحق^(٧) بعد استيفائه منفعة ملك غيره، (وهو أقوى) ولكن لا يقبل قوله^(٨) فيما يدعيه من الأجرة، لأنه فيها مدع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع، بل يحلف^(٩)

- (١) فالقول قول الراكب مع يمينه، كما عن الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والأردبيلي، لأن المالك مدع للأجرة والراكب ينكرها، والأصل عدم اشتغال ذمة الراكب بالأجرة.
- (٢) فالمالك يزعم أنه مَلِكُ المنافع بالإجارة، والمستعير يزعم أنه ملكها بالإعارة.
- (٣) والأصل براءة ذمة مدعي العارية من الأجرة.
- (٤) على المشهور، لأن المنافع مَالٌ للمالك كالعين، فالأصل ملكية المالك للمنافع، والراكب يدعي ملكيتها بغير عوض، وهو على خلاف الأصل المتقدم، فهو المدعي والمالك منكر، فيقدم قول المالك مع يمينه.
- وقول الراكب الموافق لأصالة عدم اشتغال ذمته بالأجرة لا يجعله منكرًا مطلقاً، بل يجعله منكرًا بالنسبة إلى القيمة التي يدعيها المالك فقط، ولا يجعله منكرًا مطلقاً، لأنه معترف باستيفاء منافع الغير.
- وعليه فإذا حلف المالك سقطت دعوى الراكب بالإعارة، وثبتت دعوى المالك بأنها مستأجرة، ولكن لا تثبت أجرة المسمى من قبل المالك، لأن المالك بخصوصها مدع والراكب ينفيها بدعواه العارية، ولا يمكن الأخذ بقول الراكب فتنتفي أجرة المسمى وثبتت أجرة المثل.
- (٥) ذمة الراكب.
- (٦) من أجرة المسمى.
- (٧) وأنه قد استوفى منافع الغير.
- (٨) قول المالك في أجرة المسمى.
- (٩) المالك، والمعنى فيمين المالك لا تثبت إلا نفي العارية فقط، أما مقدار الأجرة فهو شيء آخر لا يثبت بيمينه لأنه مدع به والآخر منكر، غير أن هذا المنكر - وهو الراكب - لما لم =

على نفي العارية، (ويثبت له^(١) أجره المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه^(٢)، (إلا أن تزيد) أجره المثل (على ما لدهاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه^(٣) بعدم استحقاقه سواء^(٤).

ويشكل^(٥): بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة^(٦) على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجره المثل، والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه^(٧)، وحلفه^(٨) على نفي الإعارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها^(٩)، وإثبات أقل

= يؤخذ بقوله في دعوى العارية لا يؤخذ بقوله بنفي مقدار الأجرة مطلقاً، فضلاً عن اعترافه باستيفاء المنافع في ملك الغير، فثبت أجره المثل دون أجره المسمى.

(١) للمالك.

(٢) من الغير.

(٣) اعتراف المالك.

(٤) سوى المسمى، وهو اختيار العلامة في القواعد أيضاً.

(٥) ويشكل نفي الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل، ووجهه أن أجره المثل ثابتة على الراكب لاعترافه باستيفاء منافع ملك الغير، فهي ثابتة عليه، سواء حلف المالك أم لا، وأما نفي الزائد عنها من أجره المسمى فلا دليل عليه، لأن يمين المالك إنما هي على نفي العارية وليست على إثبات الأجرة أو نفيها، فلا يصح نفي الزائد المذكور إلا بحلف الراكب، لأنه المنكر للأجرة مطلقاً، مع أن المشهور لم يلزموا الراكب بيمين على نفيه، كما ألزموا المالك بيمين على نفي العارية.

وبهذا يُضعف قول المشهور، وأن الأقوى أنهما يتحالفان، لأن كلاً منهما مدعٍ ومنكر، فالمالك مدع للإجارة ومنكرٌ للإعارة والراكب بالعكس، وهذا مورد التحالف، فيحلف المالك على نفي العارية ويحلف الراكب على نفي الأجرة المدعاة من قبل المالك، وتثبت أجره المثل لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، إلا أن تكون أجره المسمى أقل، فيثبت الأقل لاعتراف المالك بعدم استحقاقه سوى المسمى، وهذا ما عليه العلامة في المختلف والشهيد في بعض تحقیقاته وتبهما جماعة عليه.

(٦) أجره المسمى.

(٧) نفي الزائد.

(٨) حلف المالك.

(٩) إثبات الإجارة مع لوازم أجرتها السماة.

الأميرين^(١) باليمين^(٢) مسلم^(٣)، لكن يبقى النزاع في الزائد^(٤) على تقديره لا يندفع^(٥)، إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله^(٦) فيحلف المالك عليها^(٧)، ويأخذ الزيادة.

فالأقوى حيثئذ أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإجارة، والراكب على نفي الإجارة ويثبت أقل الأمرين^(٨)، لانتفاء الزائد من المسمى^(٩) بيمين المستعير، والزائد عن أجره المثل^(١٠) باعتراف المالك^(١١)، وهذا هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقیقاته.

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة لها أجره عادة، أو ما يدعي^(١٢)

(١) من أجره المثل وأجره المسمى، على تقدير كون أجره المثل أقل.

(٢) باليمين من قبل المالك.

(٣) وفيه: أن الأقل - وهو أجره المثل في المثال المفروض - قد ثبت، لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، ولم يثبت ليمين المالك، لأن يمينه على نفي الإجارة.

(٤) وهو الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل.

(٥) لا يتنفي.

(٦) نكول الراكب عن اليمين مع حلف المالك اليمين المردودة عليه فيثبت الزائد، غير أنه قد ثبت بيمينين من قبل المالك، بيمين المنكر حال كونه نافياً للعارية، ويمين المدعي المردودة، حال كونه قد ادعى الأجره، هذا مع أن المشهور قد اكتفى بيمين واحدة من المالك وأنها بيمين المنكر في مقام نفي الإجارة ولم يتعرضوا لمقام إثبات الزائد.

(٧) على الإجارة.

(٨) من أجره المثل ومن أجره المسمى، فلو كانت أجره المثل هي الأقل فهي ثابتة لاعتراف الراكب بالاستيفاء كما تقدم، ولو كانت أجره المسمى هي الأقل فهي ثابتة لاعتراف المالك بعدم استحقاق سواها.

(٩) إذا كانت أجره المثل أقل.

(١٠) إذا كانت أجره المسمى أقل.

(١١) وهو اعترافه بعدم استحقاقه سوى المسمى.

(١٢) المالك، والمعنى ما تقدم يجري فيما لو وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة يدعي المالك كونها مدة الإجارة، أو وقع الاختلاف بعد مضي مدة لها أجره عادة.

كونها مدة الإجارة، أما قبله^(١) فالقول قول الراكب في نفي الإجارة، وتُستردُّ العين^(٢).

-
- (١) قبل الانقضاء، بحيث وقع الاختلاف بعد العقد، ولم يقع من الراكب استيفاء للمنافع أبداً، فلا إشكال ولا خلاف - كما في الجواهر - في تقديم قول الراكب مع يمينه في عدم الإجارة، لأن المالك يدعي ثبوت الأجرة عليه، والأصل عدم اشتغال ذمته بها. ولم يدع الراكب هنا استيفاء المنافع بغير عوض، حتى يُعارض بالأصل من أن المنافع للمالك، لأنه لا استيفاء أبداً، وهذا هو الفارق بين فرعنا والفرع المتقدم.
- (٢) لأن الإجارة باطلّة بيمين الراكب، والعارية باطلّة لدعوى المالك للإجارة، لأن بدعواه المذكورة ينفي العارية، ونفيه لها فسخ منه لها على تقدير ثبوتها واقعاً، لأنها من العقود الجائزة، وهذا النفي كافٍ في فسخها، فلا بدّ من رد العين إلى مالكيها حيثئذ، لعدم إذن من المالك بوضعها تحت يد الراكب، لا بالإجارة ولا بالعارية.



كتاب المزارعة

(كتاب المزارعة^(١))

(وهي لغة مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منهما.....)

(١) لا إشكال في مشروعيتها، لأنها معاملة عقلانية لم يردع عنها الشارع، ولجملة من الأخبار المتعرضة لإحكامها وسيأتي التعرض لها، بل إنها مستحبة، ففي خبر الواسطي (سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن الفلاحين، قال: هم الزارعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة، وما بعث الله نبياً إلا زراعاً، إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطاً)^(٢)، وفي خبر ثانٍ (إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع كيلاً يكرهوا شيئاً من قطر السماء)^(٣)، وفي ثالثٍ (الكيمياء الأكبر الزراعة)^(٤)، وفي رابعٍ (الزارعون كنز الأنام يزرعون طيباً، أخرجه الله ﷻ، وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة، يدعون المباركين)^(٥)، وفي خامسٍ (سئل النبي ﷺ أي الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده، قال: فأبي الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر، يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة، قال: فأبي المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير ويروح بخير، قال: فأبي المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل المطعمات في المحل، نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق، اشتدت به الريح في يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها، قيل: يا رسول الله: فأبي المال بعد النخل خير فسكت، فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء ويُعد الدار، تغدو مدبرة وتروح مدبرة، لا يأتي خيرها إلا من =

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات التجارة حديث ٣.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المزارعة والمساقاة حديث ٢ و ٨.

(٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المزارعة والمساقاة حديث ٧.

معاً^(١)، لكنها في الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة من حاصلها)^(٢) إلى أجل معلوم، ونُسب الفعل^(٣) إليهما^(٤) بفعل^(٥) أحدهما مع طلب الآخر^(٦)،

= جانبها الأشأم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة^(١)، وتسمى بالمخابرة، ولعله من الخبرة بمعنى النصب، أو من المخابرة بمعنى الأرض الرخوة.

(١) المزارعة مفاعلة من الزرع، والمفاعلة لغة تقتضي وقوع الزرع منهما، غير أن المزارعة في الاصطلاح معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، بحيث يوقع صاحب الأرض والعامل معاملة على الأرض ليزرعها العامل ويكون للمالك حصّة من الزرع، وهذا يفيد أن الزرع لم يقع إلا من العامل فقط، وقد يجاب تحقيقاً للمعنى اللغوي القاضي بوقوع الزرع منهما أن صاحب الأرض بإيقاعه المعاملة مع العامل قد أمر العامل بالزرع ويطلق على الأمر بالزرع لفظ الزرع نظراً إلى سببية الأمر في وقوع الزرع، كالمضاربة فالعامل فيها قد وقع منه الضرب إلا أن رب المال لما أمر فكانه مضارب أيضاً.

(٢) عزفها الأكثر بأنها معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، والمعاملة جنس تشمل إجارة الأرض وبيعها والمساقاة، ويقيد «على الأرض» تخرج المساقاة، لأنها معاملة على الأصول القائمة لسقيها بحصة من ثمرها، ويقيد «بحصة من حاصلها» تخرج الإجارة والبيع، لأنها معاملة على الأرض بعموض معينين، بل لو كان هذا العموض من حصة المحاصل لبطلت الإجارة والبيع، لأن العموض المعين يجب أن يكون متحققاً، والحصة من المحاصل قد لا تتحقق عند عدم نتاج الأرض شيئاً من الزرع.

وزاد المصنف وجماعة على التعريف «إلى أجل معلوم»، وهذا القيد من جملة شروط المزارعة، فذكره في التعريف إما لبيان الواقع من أنها لا تصح إلا بهذا الشرط، أو لإخراج المزارعة الفاسدة، لأن مجهولية الأجل توجب فساد المزارعة، أو للاستطراد في ذكر هذا الشرط من باب الكشف عن ماهية بذكر بعض شروطها، وكان استطراداً هنا، لأن الكشف في التعريف إنما يكون في الأركان، وهي الأجزاء من جنس وفصل، ولا يتم بذكر الشروط.

(٣) وهو الزرع.

(٤) إلى العامل ورب الأرض.

(٥) بسبب فعل أحدهما، وهو زرع العامل.

(٦) طلب الزرع من رب الأرض.

فكانه^(١) لذلك فاعل^(٢) كالمضاربة، وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها^(٣) بالذات على الأصول^(٤)، وبالحصّة^(٥) إجارة الأرض للزراعة، أو الأعم^(٦)، إذ لا تصح^(٧) بحصة من الحاصل، وقيد الأجل^(٨) لبيان الواقع^(٩)، أو تخصيص للصحيحة^(١٠)، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها^(١١) الكشف عن الماهية^(١٢)، وإن لم يكن ذكرها^(١٣) من وظائف التعريف^(١٤).

(وعبارتها^(١٥)): زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، وشبهه) كقبّلتك هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحاً.

(١) فكان رب الأرض لطلبه الزرع.

(٢) زارع.

(٣) المساقاة.

(٤) الشجر القائم.

(٥) وخرج بالحصّة.

(٦) إجاتها للأعم من الزراعة وغيرها.

(٧) إجارة الأرض.

(٨) الذي ذكره المصنف.

(٩) من أنه شرط فيها.

(١٠) تخصيص للتعريف بالصحيحة، مع إخراج المزارعة الفاسدة.

(١١) بهذه الشرائط.

(١٢) ماهية المزارعة.

(١٣) ذكر الشرائط.

(١٤) إذ وظيفته الاقتصار على الأجزاء في مقام الكشف عن الماهية.

(١٥) المزارعة معاملة بين رب الأرض والعامل، فهي عقد مؤلف من الإيجاب والقبول، وهو

عقد لازم بلا خلاف في ذلك، ويقضي الأمر بالفناء بالعقود إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل على إخراج المزارعة، وعلى مبنى مشهور القدماء لما كانت المزارعة من العقود اللازمة فيشترط في إيجابها وقبولها كل لفظ صريح، فلا ريب في الاجتزاء حينئذ في الإيجاب بلفظ «زارعتك، وسلّمت إليك، وقبّلتك الأرض، وعاملتك على الأرض بحصة من حاصلها»، ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الإنشاء صريحاً، وكذا القبول، وقد اختار العلامة في القواعد الاكتفاء بالقبول الفعلي، وقال عنه في الجواهر: «وما اختاره العلامة في القواعد في غير عمله».

والمشهور جوازها بصيغة «أزرع»^(١) هذه الأرض»، استناداً إلى رواية قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره^(٢)، فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظاً) على الأقوى^(٣) كغيره^(٤).

(وعقدها لازم^(٥))، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(٦)، إلا ما أخرجه الدليل،

= وقد تقدم كفاية صدق العقد، وهو صادق عرفاً على كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب والقبول، وإن لم يكن صريحاً، بل تكفي المعاطاة والكتابة ونحو ذلك من الدوالي العرفية على إنشاء الإيجاب والقبول.

نعم لا يصح إنشاء الإيجاب بلفظ الأمر، لعدم تحقق الإنشاء به عرفاً، إلا أن المشهور أجازوا ذلك، استناداً إلى خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبنر وثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقرأ)^(١)، وخبر النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان (أنه قال: في الرجل يزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للبنر وثلث للأرض، قال: لا يسمي شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول: أزرع فيها كذا وكذا، إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً)^(٢).

والوارد فيهما صيغة المضارع كما في الوسائل والجواهر وغيرهما.

ورُدَّ المشهور بأن الرواية لا تدل على الأمر بل على المضارع، وبأن الرواية لا تدل على وقوع الإيجاب بهذه الصيغة من المضارع وإلا لوجب ذكر القبول، مع أنه غير مذكور، وهذا كاشف عن أن هذا المذكور في الرواية من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ليقتر الأمر بينهما.

(١) كفعل أمر.

(٢) لأن العقد اللازم لا يصح إنشاؤه إلا بلفظ الماضي عند المشهور.

(٣) في قبالة مخالفة العلامة.

(٤) كغيره من العقود اللازمة.

(٥) تقدم الكلام فيه.

(٦) في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣).

(١) (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المزارعة والمساقاة حديث ١٠٥٠.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

وليس هذا^(١) منه^(٢) إجماعاً.

(ويصح التقابل فيه^(٣))، لأنه معاوضة محضة فيقبلها^(٤) كالبيع، (ولا تبطل بموت أحدهما^(٥))، لأن ذلك من مقتضى اللزوم.

ثم إن كان الميت العامل^(٦) قام وارثه مقامه في العمل، وإلا^(٧) استأجر الحاكم عليه^(٨) من ماله^(٩)، أو على^(١٠) ما يخرج من حصته، وإن كان^(١١) المالك بقيت^(١٢) بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل، واستثنى من الأول^(١٣) ما لو

- (١) عقد المزارعة.
- (٢) مما أخرجه الدليل.
- (٣) في عقد المزارعة، والتقابل هو إبطال العقد المستند إلى اختيار المتعاقدين، ويصح التقابل فيه لإطلاق أدلة الإقالة، كما ورد في الخبر (من أقال مسلماً عشرته أقاله الله تعالى يوم القيامة)^(١).
- (٤) يقبل الإقالة.
- (٥) كغيره من العقود اللازمة، لأن مقتضى اللزوم عدم بطلانه، وللإستصحاب.
- (٦) إذا كان الميت صاحب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، وإن كان العامل قام وارثه مقامه في العمل، أو استأجر الحاكم من مال العامل أجيراً أو يستأجر من الحصة التي له من الحاصل، نعم لو شرط المالك على العامل مباشرته للعمل فيبطل عقد المزارعة بموت العامل، لعدم إمكان تحقق الشرط، سواء كان موته قبل خروج الزرع أم بعده، واستشكل الشارح في البطلان بعد خروج الزرع، لأنه قد ملك الحصة وإن وجب عليه بقية العمل، فخرج الحصة عن ملكه بعد ذلك بعيد، وردّه في الجواهر بأن الملك وإن حصل لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل من نفس العامل، والمفروض عدمه.
- (٧) وإن لم يكن للعامل وارث.
- (٨) على العمل.
- (٩) من مال العامل.
- (١٠) يستأجره على ما يخرج من حصة العامل.
- (١١) الميت.
- (١٢) المزارعة.
- (١٣) فيما لو كان الميت هو العامل.

شرط عليه^(١) العمل بنفسه فمات قبله^(٢).

ويشكل لو مات بعده^(٣) خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل لأنه قد ملك الحصة.

(ولا يبد من كون النماء مشاعاً^(٤)) بينهما (تساويا فيه^(٥))، أو تفاضلاً^(٦)) فلو شرط لأحدهما شيء معين^(٧) وإن كان البذر، وللآخر الباقي، أولهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها^(٨) ما يزيد على المشروط، وعدمه، (ولو شرط أحدهما

(١) على العامل.

(٢) قبل إتمام العمل ليشمل ما لو باشر العمل وما لم يباشر، والحكم ببطان المزارعة لفوات موضوع الشرط.

(٣) بعد الشروع في العمل.

(٤) بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به، وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس)^(١).

(٥) في النماء كمناصفته بينهما.

(٦) لتصريح الصحيح المتقدم بالتفاضل.

(٧) كأن يشترط للعامل حصة معينة من النماء في قبال البذر على أن الباقي بينهما إشاعة فلا يجوز على المشهور، لعدم تحقق الإشاعة في مجموع النماء، ولجواز أن لا تحصل هذه الحصة المعينة.

وذهب الشيخ وإبن البراج وابن ادريس والعلامة في المختلف إلى جواز استثناء حصة معينة بمقدار البذر على أن يكون الباقي على نحو الإشاعة، لأن النصوص المتقدمة ظاهرة في صحة المزارعة بالحصة المشاعة كالثلث والربع، وهي حاصلة هنا، وعليه فلا تكون النصوص ظاهرة في إشاعة جميع الحاصل بينهما، والأقوى المنع، لظهور النصوص في إشاعة جميع الحاصل، ومنه تعرف بطلان ما لو اشترط أحدهما حصة معينة من باب الرغبة في الاختصاص وليس من باب أنها للبذر، وتعرف بطلان ما لو شرط لأحدهما حصة معينة والباقي للآخر.

(٨) من الأرض.

على الآخر شيئاً يضمنه^(١) مضافاً إلى الحصة) من ذهب، أو فضة، أو غيرها (صح) على المشهور، ويكون قراره^(٢) مشروطاً بالسلامة^(٣)، كاستثناء^(٤) أرتال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط^(٥) بحسابه^(٦)، لأنه^(٧) كالشريك^(٨)، وإن كانت حصته معينة، مع احتمال أن لا

(١) لو شرط أحدهما على الآخر بالإضافة إلى الحصة المشاعة من الحاصل أن يدفع مائة دينار أو مائة درهم أو شيئاً آخر من غير النماء صح الشرط على المشهور، لأن شرط الإشاعة في مجموع الحاصل حاصل، وإنما الزيادة لأحدهما في غير النماء، فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم)^(١).

وقيل: لا يصح، وعن المسالك وغيره أنه لم يُعرف القائل، بل ولا دليله، لمخالفته لعموم نفوذ الشروط من غير تخصيص أو مقيد.

وعلى المشهور فالمشروط له يملك حصة معينة من خارج النماء وحصة مشاعة من مجموع النماء، وعليه فلو خرج النماء سليماً ولم يتعرض للتلف ولا للنقصان بحسب عاداته فيثبت للمشروط له ما تقدم.

ولو تلف بعض النماء أو نقص بحسب عاداته فذهب الشارح إلى سقوط نسبة التالف من الحصة المعنية أيضاً، فلو كانت الحصة المعنية مثلاً مائة دينار، وكان الحاصل بحسب العادة مئة من فنقص إلى الخمسين فنقص الحصة المعنية إلى الخمسين أيضاً، لأن الشرط جعل الحصة المعنية من الخارج كالشريك معهما، فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل النقص على الشريك الثالث.

وفيه: أنه على خلاف عموم أدلة صحة الشرط أو إطلاقها، فلا يسقط من الشرط شيء ولو تلف جميع الحاصل فضلاً عن تلف بعضه.

(٢) قرار الشرط.

(٣) سلامة جميع النماء من التلف أو النقصان.

(٤) تشبيه لكون قرار الشرط مشروطاً بالسلامة، فلو باع جميع الثمرة ما عدا أرتال معلومة منها، فالاستثناء لازم بشرط سلامة البيع من التلف أو النقصان.

(٥) المتعلق بالحصة المعنية.

(٦) بحساب التالف ونسبته.

(٧) الشرط بالحصة المعنية.

(٨) كالشريك معهما، فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل على الثالث، وإن كان الثالث حصة معينة.

يسقط شيء بذلك، عملاً بإطلاق الشرط.

(ولو مضت المدة والزرع باقٍ^(١) فعلى العامل الأجرة^(٢)) لما بقي من المدة، (وللمالك قلعه^(٣)) إذ لا حق للزارع بعدها، فيتخير المالك بين القلع، والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، وإلا^(٤) قلع، ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالقلوع^(٥)، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال^(٦) وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض

(١) يشترط في عقد المزارعة تعيين المدة، بلا خلاف فيه، فإن شرطت مدة معينة فهو، ولو لم تشترط المدة بل وقع عقد المزارعة على زرع الحنطة مثلاً فقط، فهل يصح العقد؟ لأن للزرع أمداً بحسب العادة فيبني العقد عليه ويكتفى بذلك عن ذكر المدة وهذا ما عليه جماعة، أو يحكم ببطلان العقد كما عليه المشهور، لأن أمد الزرع غير مضبوط، فلا بد من التعيين دفعاً للضرر.

وعلى كل فلو عُينت مدة معينة وقد مضت والزرع باقٍ، فهل للمالك إزالته أو لا؟ ذهب المشهور إلى ذلك، لأن العامل يستحق التبقية في المدة، وبعدها يكون المالك مسلطاً على ملكه كيفما شاء، ولأنه لا حق للعامل في إبقائه بعد المدة فلو أبقاه بدون رضا المالك يكون ظلماً.

وعن بعضهم أنه ليس له الإزالة، لأن الزرع قد حصل في الأرض بحيث فلا يكون للمالك قلعه، ولأن للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر الأرض مدة معينة للزرع وانقضت قبل إدراك الزرع.

وعن العلامة في القواعد بأن للمالك القلع مع الأرض، وقال الشارح في المسالك: نعم لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صح، لأن الحق لا يعدوهما، ولكن لا يجبر أحدهما عليه انتهى.

(٢) إن اتفقا على إبقائه بعوض كما سيأتي.

(٣) هذا هو القول الأول، وهو المشهور.

(٤) وإن لم يرض العامل بالأجرة قَلَعَ المالك.

(٥) لأن مقتضى عقد المزارعة قصر حق المالك على الحصة إن سلمت، وقد رضي بذلك وعليه أقدم.

(٦) مع احتمال وجوب الأجرة على الزارع إن كان التأخير بتفريطه لا بسبب طبيعي، ومع تفريطه يكون قد ضُيع منفعة الأرض على المالك في تلك المدة فيضمن الأجرة.

بتأخيرها، ولا فرق في كون المقلوع بينهما^(١) بين كون البذر من مالك الأرض، والمزارع.

وهل يستحق المالك قلعه بالأرض، أو مجاناً قولان^(٢)، وظاهر العبارة ككثير عدمه، وعلى القول به^(٣)، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعاً.

(ولابد من إمكان الانتفاع بالأرض^(٤)) في الزراعة المقصودة منها^(٥)، أو في نوع منها مع الإطلاق^(٦) (بأن يكون لها^(٧) ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع^(٨))، أو تسقيها الغيوث غالباً)، أو الزيادة^(٩) كالنيل، والضابط إمكان الانتفاع بزرعها

(١) فإن جاز للمالك القلع فالمقلوع بينهما على ما اشترطا من الحصة، سواء كان البذر من المالك أم من المزارع، لأن تعيين الحصة قد تم بالعقد ولم يُستثن البذر، بل لو استثنى البذر من الحاصل لكان مبطلاً على القول المشهور، وقد تقدم.

(٢) قول المشهور أن له القلع بدون الأرض، وقول العلامة أن له القلع مع الأرض جمعاً بين الحقيقتين، وقد تقدم.

(٣) بالأرض، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائماً في الأرض بالأجرة إلى أوان حصاده، وكونه بالأجرة لأنه لا يستحق على المالك الإبقاء، وأن يقوم الزرع مقلوعاً، والتفاوت بينهما هو الأرض.

(٤) يعتبر في عقد المزارعة أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها عادة، بأن تكون من الأراضي الزراعية، وأن يكون لها ماء ولو تقديراً، إما من نهر أو بئر أو عين أو غير ذلك، حتى المطر بحيث يكون هذا الماء كافياً لسقي الزرع غالباً، بلا خلاف في ذلك، لمنافاة عدم إمكان الانتفاع بها لمقتضى العقد، إذ العقد ينصرف إلى ما يمكن حصول المقصود من الزراعة، وهو لا يتحقق إلا في الأرض التي يمكن الانتفاع بها على التفصيل المتقدم.

(٥) الزراعة المقصودة من المزارعة، والمراد من المزارعة هو عقدها.

(٦) مع إطلاق عقد المزارعة فيصح للعامل أن يزرع الحنطة مثلاً التي هي نوع من الزراعة المقصودة، فيجب أن تكون الأرض قابلة للانتفاع في هذه الزراعة.

(٧) للأرض.

(٨) قال في المصباح المنير: «المصنع ما يُصنع لجمع الماء نحو البركة والصحريج».

(٩) عطف على الغيوث، والمعنى أن تسقيها الزيادة الحاصلة من ماء نهر، كالزيادة الحاصلة من نهر النيل عند فيضانه.

المقصود عادة، فإن لم يمكن^(١) بطلت^(٢) المزارعة وإن رضي العامل^(٣)، (ولو انقطع) الماء (في جميع المدة^(٤)) مع كونه معتاداً لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة، (وفي الأثناء^(٥) يتخير العامل^(٦)) لطرو العيب^(٧)، ولا يبطل العقد^(٨)، لسبق الحكم بصحته فيستصحب والضرر يتدفع بالخيار، (فإن فسخ^(٩) فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة، لانقاعه^(١٠) بأرض الغير بعوض^(١١) لم يسلم له^(١٢)،

(١) الانتفاع.

(٢) لعدم تحقق الشرط من الانتفاع.

(٣) لأن رضاه لا يجعل الأرض قابلة للانتفاع، مع أن العقد يقتضي أن تكون قابلة لذلك.

(٤) ابتداء واستدامة فتتفسخ المزارعة لفوات الشرط، وإن كان نزولُه معتاداً قبل ذلك.

(٥) بحيث كان الماء موجوداً عند العقود ثم انقطع فيما بعد، وبانقطاعه تخرج الأرض عن

القابلية، قال الشارح في المسالك: «قد عرفت أن إمكان الزرع شرط صحة المزارعة، فإذا

وُجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد لفوات

الشرط لباقي المدة، ولكن المصنف - أي المحقق - والعلامة أطلقا القول بعدم البطلان،

بل حكما بتسلطه - أي العامل - على الفسخ، وكأنهما نظرا إلى صحة العقد ابتداء

فيستصحب، والضرر اللاحق للزراع بانقطاع الماء يجبر بتسليطه على الفسخ انتهى.

(٦) بين الفسخ والإمضاء.

(٧) وهو خروج الأرض عن الانتفاع بسبب انقطاع الماء.

(٨) كما عن المحقق والعلامة، وإلا فمقتضى القواعد البطلان.

(٩) العامل، فعليه أجرة الأرض للمدة السابقة كما عن العلامة في الإرشاد والشهيد، لأن

العامل قد انتفع بالأرض في هذه المدة في قبال عوض للمالك على أن يكون العوض

حصّة من الحاصل، ولم يسلم هذا العوض للمالك لاختيار العامل الفسخ، فالعامل

بالفسخ قد فوّت على المالك عوض الأرض المسمى فيثبت له الأجرة حينئذ.

وفيه: أن فسخ العامل من أجل عدم الانتفاع بالأرض فالزامه بالعقد ضرر عليه ولذا

جوزنا له الفسخ، فلم يكن الفسخ لإضرار الغير بل لرفع الضرر عنه هذا من جهة ومن

جهة أخرى فصل العامل في أرض الغير في المدة مشروط بالحصّة لا بالأجرة، وإذا

فانت الحصّة لا بسبب اختيار العامل فلا شيء عليه حينئذ.

(١٠) العامل.

(١١) وهو الحصّة من الحاصل.

(١٢) للغير الذي هو صاحب الأرض.

وزواله^(١) باختياره^(٢) الفسخ.

ويشكل بأن فسخه^(٣) لعدم إمكان الإكمال^(٤)، وعمله الماضي مشروط بالحصّة، لا بالأجرة، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر، نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك^(٥).

(وإذا أطلق المزارعة^(٦) زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء^(٧) أن شرط عليه^(٨)، وإنما تخير مع الإطلاق،

- (١) زوال العوض.
- (٢) بسبب اختيار العامل.
- (٣) فسخ العامل.
- (٤) فسخه لرفع الضرر عنه لا لإضرار الغير.
- (٥) لأن عقد الإجارة وقع على عوض معين في قبالة استيفاء منافع الأرض في مدة معينة، فلو خرجت الأرض عن الانتفاع في أثناء المدة بطل عقد الإجارة، وثبت على العامل أجرة الأرض لما سلف من المدة، لأن المالك لم يقدم على إجارتها بحصّة من حاصلها، وإنما بعوض معين لمدة معينة، فإن لم تسلم المدة المعينة للعامل قسطت الأجرة على ما مضى وأخذ المالك النسبة.
- (٦) هل تعيين نوع الزرع شرط في صحة عقد المزارعة، ذهب المشهور إلى العدم، وذهب العلامة في التذكرة إلى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركه الضرر، ورُدّ بأن المالك قد دخل على أخصّ الأنواع إذا أطلق، وبإطلاقه يصح للعامل أن يزرع أي نوع ولو كان أضرّها، وعليه فالإطلاق هنا كما لو عمم المالك، لأنه بالتعميم دخل كل فرد من أفراد الماهية باللفظ، والإطلاق قد دل على الماهية من حيث هي، وكل فرد متضمن لهذه الماهية فيكون الأمرُ بها أمراً بكل فرد من أفرادها حيثئذ.
- وعن المحقق الثاني التفريق بين التعميم والإطلاق فمع التعميم يجوز زرع الفرد الأشدّ ضرراً بخلاف الإطلاق فلا يجوز، لأن الإطلاق تجوز للقدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشدّ ضرراً، وضعفه ظاهر، لأن المطلق دال على الماهية من حيث هي، وهي متحققة في كل فرد حتى في الفرد الأشدّ ضرراً، أما لو كان البذر من المالك كما سيأتي في بعض الصور فالتخيير حيثئذ للمالك وهذا واضح، وعلى الإطلاق من قبل المالك يجوز للعامل أن يزرع ما شاء بشرط كون البذر منه.
- (٧) ما شاء المالك.
- (٨) شرط البذر على المالك.

لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه^(١)، وأولى منه لو عمم الإذن، لدلالته^(٢) على كل فرد فرد.

وربما فُرق بين الإطلاق والتعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى^(٣)، بخلاف التعميم، وما ذكرناه يظهر ضعفه.

(ولو عيّن) شيئاً من الزرع (لم يتجاوز ما عُيّن له^(٤))، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب أم صنفياً كالحنطة الفلانية^(٥)، أم نوعياً^(٦) أم غيره^(٧)، لاختلاف الأغراض باختلافه^(٨) فيتعين ما تعلق به، (فلو) خالف (وزرع الأضر^(٩)

(١) ضمن كل فرد.

(٢) لدلالة العموم لفظاً.

(٣) الأشد ضرراً.

(٤) لو عيّن المالك شيئاً من الزرع لم يتجاوز العامل ما عُيّن له، بلا خلاف فيه، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(١١).

(٥) كالحنطة ذات الحب الكبير مثلاً.

(٦) كمطلق الحنطة مثلاً.

(٧) كمطلق الحبوب في قبالة عدم زرع غير الحبوب من الخضراوات.

(٨) باختلاف الزرع.

(٩) فلا تجوز المخالفة بلا خلاف فيه، لعدم وجود مفهوم الموافقة، ولو خالف كان المالك بالخيار إن شاء فسخ وله أجره المثل، وإن شاء أمضى العقد وله الحصّة المسماة مع الأرض لما تضررت به الأرض من زرع الأشدّ ضرراً، كما ذهب إليه العلامة والمحقق، وجواز الفسخ للمالك لعدم وفاء العامل بالشرط، فلو فسخ المالك كان المزروع بتمامه - وهو الأشدّ ضرراً - غير مأذون فيه فيثبت على العامل أجره المثل أعني أجره الأرض.

ولو أمضى المالك العقد فهو إمضاء لما أذن به سابقاً في المعين، غير أن هناك ضرراً زائداً على المعين غير مأذون فيه العامل فيثبت عليه الأرض لهذا الزائد فقط، فالمالك له الحصّة في قبالة المأذون، وله الأرض في قبالة الزائد.

قبل: يتخير المالك بين الفسخ وله أجره المثل) عما زرعه، (وبين الإبقاء، فله المسمى مع الأرض).

ووجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الأضر، فيتخير بين الفسخ لذلك^(١) فيأخذ الأجرة لما زرعه، لوقوعه أجمع بغير إذنه^(٢)، لأنه^(٣) غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمى^(٤) في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرض في مقابلة الزائد الموجب للضرر.

وبشكل^(٥) بأن الحصّة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل، والذي زرعه لم يتناوله العقد، ولا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه^(٦) الحصّة، ومن ثمّ نسبه إلى القيل تنبيهاً على تمرّضه.

والأقوى وجوب أجره المثل خاصة.

(ولو كان) المزروع (أقل ضرراً) من المعين (جاز)^(٧).....

= وأشكل المحقق والشهيد الثانيان وغيرهما كصاحب الرياض بأن الحصّة المسماة قد وقعت في قبيل المعين ولم يحصل، والذي حصل هو زرع الأشد وهو غير مأذون فيه فلا استحقاق للمالك شيئاً من الحصّة، فوجوب أجره المثل للأرض في كل المدة عن الزرع الأشد هو الأقوى.

(١) لمخالفة المعين إلى الأشد.

(٢) في صورة الفسخ.

(٣) المزروع.

(٤) في صورة الإبقاء وعدم الفسخ.

(٥) الإشكال على ما لو أبقى المالك العقد.

(٦) في الذي زرع.

(٧) لو عين المالك نوعاً من الزرع فهل يجوز للعامل الانتقال إلى الأقل ضرراً، فعن جماعة أنه يجوز التعدّي لمفهوم الموافقة، وعن المحقق والشهيد الثانيين عدم الجواز، قال الشارح في المسالك: «وغرض مالك الأرض ليس منحصرأ فيما يتعلق بمصلحة الأرض، بل المقصد الذاتي له إنما هو الانتفاع بالزرع، ومصلحة الأرض تابعة لا مقصودة بالذات، فلا شك أن الأغراض مختلفة في أنواع المزروع، فربما كان غرضه في الأشد ضرراً من حيث نفعه والحاجة إليه وإن حصل للأرض ضرر، ولا يتعلق غرضه بالأخف وإن انتفعت الأرض.

فيستحق^(١) ما سواه من الحصة، ولا أرش^(٢)، ولا خيار^(٣)، لعدم الضرر.

ويشكل بأنه^(٤) غير معقود عليه أيضاً^(٥)، فكيف يستحق فيه^(٦) شيئاً، مع أنه^(٧) نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه.

والأقوى ثبوت أجره المثل أيضاً كالسابق.

(ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل
والموامل^(٨)).

= ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع
المعمل نظراً إلى مصلحة الأرض، وحينئذ فالأقوى عدم التعدي لما عُيِّن مطلقاً انتهى.

هذا ومع جواز التعدي فتعدى العامل فلا يستحق المالك الفسخ لعدم تخلف الشرط، لأن
الإذن بالمعين إذن بالأقل، ولا أرش للمالك لعدم زيادة ضرر على الأرض بحسب
الفرض، نعم يستحق المالك الحصة.

ومع عدم جواز التعدي فتعدى العامل، فقد حكم العلامة بكون المالك بالخيار بين الفسخ
لتخلف الشرط وبين الإبقاء، ومع الفسخ فله أجره المثل عن الأرض في المدة، ومع الإبقاء
فله الحصة المسماة من دون أرش، لأنه لا زيادة ضرر على المالك بحسب الفرض.

وأشكل عليه بأن المالك لو أبقى العقد فالحصة للمعين ولم يحصل، وما حصل غير مأذون
فيه، لأنه حسب الفرض لا يجوز التعدي، فالأقوى أجره المثل.

(١) المالك.

(٢) لعدم زيادة ضرر.

(٣) لأن الإذن بالمعين إذن بالأقل بناء على جواز التعدي.

(٤) بأن المزرع.

(٥) وفيه: أن الإذن بالمعين إذن بالأقل المزرع فيشمه العقد، نعم إشكاله جارٍ بناء على عدم
جواز التعدي مع الحكم بثبوت الحصة للمالك عند الإبقاء كما هو مختار العلامة.

(٦) في المزرع.

(٧) أن المزرع.

(٨) الزرع بحاجة إلى أربعة أمور: الأرض والبذر والعمل وآلات العمل وهي العوامل،
والأصل في المزارعة أن يقدم المالك الأرض، والعامل البقية مع الالتفات إلى أنه لا
يمكن تقديم الأربعة من أحدهما والآخر لا يقدم شيئاً، لأن الثاني لا يُسمى مزارعاً ولا =

وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين^(١) من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا^(٢) واحد وبعض الآخر، ويتشعب من الأركان الأربعة صور كثيرة لا حصر لها^(٣)، بحسب شرط بعضها^(٤) من أحدهما، والباقي من الآخر.

(وكل واحدة من الصور الممكنة جائزة) متى كان من أحدهما بعضهما ولو جزء من الأربعة، ومن الآخر الباقي، مع ضبط ما على كل واحد^(٥)، (ولو اختلفا في المدة حلف^(٦) منكر الزيادة)، لأصالة عدمها، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها^(٧) فكما سبق^(٨)، (و) لو اختلفا (في الحصة) حلف (صاحب البذر)^(٩)، لأن النماء تابع له^(١٠)، فيقدم قول مالكة^(١١) في حصة الآخر، لأصالة عدم خروج ما

= يتحقق موضوع العقد والمعاملة حينئذ، ثم إما أن يقدم أحدهما شيئاً من الأربعة والآخر الباقي، أو يقدم شيئين أو ثلاثة من الأربعة والباقي من الآخر، ولا ثالث، والصور الناتجة يمكن حصرها، وكذا يمكن تقديم بعض الشيء من أحد الأمور الأربعة كنصف البذر ونصف العمل ونصف آلات العمل والباقي من الآخر، وعلى الثاني لا يمكن حصر الصور لعدم حصر الجزء.

وعلى كل فالصور كلها جائزة بلا خلاف فيه، نظراً إلى إطلاق أخبار المزارعة أو عمومها.

(١) من الأربعة التي يحتاجها الزرع.

(٢) عطف على الاثنين، والمعنى يجوز جعل واحد من الأربعة وبعض الآخر من أحدهما والباقي من الآخر.

(٣) إن لوحظ جزء الواحد من الأركان الأربعة.

(٤) كأن يكون جزءاً من الأربعة.

(٥) من المتعاقدين.

(٦) فالقول قول منكر الزيادة، لأصالة عدمها مع يمينه، سواء كان العامل أم المالك، وإن كان الأصل أن يدعي العامل زيادة المدة والمالك ينكرها.

(٧) من المدة بحسب قول المنكر.

(٨) من جواز قلعه للمالك مع الأرض أو بالمجان على الخلاف المتقدم.

(٩) لما كان الحاصل تابعاً للبذر لأنه نماؤه، فإذا اختلفا في قدر الحصة قُدم قول صاحب

البذر في حصة الآخر مع يمينه، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، نعم يثبت للآخر ما يعترف به صاحب البذر أنه له، وبالإعتراف يرفع اليد عن الأصل المذكور.

(١٠) للبذر.

(١١) مالك البذر مع يمينه.

زاد^(١) عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له^(٢)، واتفاقهما^(٣) على عقد تضمن حصّةً إنّما تُقَلُّ^(٤) عنه^(٥) في أصل الحصّة، لا في الحصّة المعينة فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

(ولو أقاما بيّنة قدمت بيّنة الآخر^(٦)) في المسألتين^(٧)، وهو^(٨) العامل في الأولى^(٩)، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله، والبيّنة بيّنة

(١) والزائد هو الفارق بين قوليهما، فلو كان البذر من العامل وادعى المالك أن حصته النصف فادعى العامل أن حصته الربع، كان للمالك الربع مع يمين العامل، لأصالة عدم خروج الربع الثاني عن ملكه، لأن الحاصل تابع للبذر، وهو ملك العامل.

(٢) للزائد.

(٣) دفع توهم، وحاصل الوهم أنهما متفقان على وقوع عقدٍ متضمن لحصّة المالك من النماء باعتبار كون البذر من العامل، ومع هذا الاتفاق فالحصّة للمالك تخرج عن ملك العامل قطعاً، ومع الخروج القطعي فلا أصل بيد العامل حتى يُقدم قوله مع يمينه.

ودفعه أن ما وقع عليه الاتفاق يفيد خروج أصل الحصّة للمالك عن الأصل المتقدم، أما مقدار الحصّة فلا يدل نفس العقد عليه، فتكون الزيادة باقية تحت الأصل الدال على أن النماء تابع للبذر الذي هو ملك للعامل، فيقدم قول العامل مع يمينه فيها.

(٤) الاتفاق.

(٥) عن الأصل.

(٦) الأصل في القضاء أن البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر، وأن لا تسمع بيّنة المنكر لأن وظيفته اليمين فقط، ولذا لو قدّم كلّ منهما بيّنة فلا تسمع إلا بيّنة المدعي فقط لأنها وظيفته، وقد تقدم تسمية المدعي بالخارج والمنكر بالداخل، أما أن المنكر داخل فلكونه صاحب يدٍ أو صاحب أصلٍ أو صاحب ظاهر، ومنه تعرف وجه تسمية المدعي بالخارج وعليه ففي المسألتين السابقتين من النزاع في قدر المدة وقدر الحصّة لو أتى المدعي بالبيّنة فلا تقبل يمين المنكر هذا من جهة ولا تقبل بيّنة المنكر أيضاً لأنه داخل، فلو أقام كلّ منهما بيّنة فتقدم بيّنة الخارج، وهو العامل في الصورة الأولى لأن المنكر لزيادة المدة هو المالك على ما تقدم.

وتقدم بيّنة من ليس له البذر في الصورة الثانية، لأن المنكر هو صاحب البذر على ما تقدم.

(٧) عند التنازع في المدة وفي الحصّة.

(٨) الآخر الذي قدمت بيّنته.

(٩) الصورة الأولى عند التنازع في قدر المدة.

غريمه العامل، ومن ليس له بذر في الثانية^(١) من العامل، ومالك الأرض، لأنه^(٢) الخارج^(٣) بالنظر إلى البذر، حيث قدم قوله^(٤) مع عدم البيّنة.

(وقيل: يقرع)^(٥)، لأنها لكل أمر مشكل.

ويشكل بأنه لا إشكال هنا، فإن كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه، فالقول بتقديم بيّنة المدعي فيهما^(٦) أقوى، (وللمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره)^(٧)، لأنه^(٨) يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم، فيجوز له

(١) الصورة الثانية عند التنازع في قدر الحصة.

(٢) من ليس له البذر.

(٣) المدعي.

(٤) قول الباذر، لأنه منكر.

(٥) ولم يعرف قائله، لأن القرعة لكل أمر مشكل، وفيه: أنه لا إشكال مع العموم الوارد في القضاء أن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر، والتفصيل قاطع للشركة.

(٦) في المسألتين.

(٧) يجوز للعامل أن يزارع ثالثاً، أو يشاركه في بعض حصته، ولا يتوقف ذلك على إذن المالك بلا خلاف فيه، لأن المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض إلى العامل في قبالة حصة من الحاصل للمالك، وإذا تملك العامل منفعة الأرض كان له نقلها إلى غيره في المزارعة، ومشاركة غيره عليها لأن الناس مسلطون على أموالهم، ولا يتوقف ذلك على إذن مالكيها، إذ لا حق له في المنفعة بحسب الفرض، لخروجها عن ملكه في قبالة الحصة المخصوصة، وما يدل على جواز المزارعة المذكورة موثق سماعاً (قلت: الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعماً أو غيره، فيأتيه رجل فيقول له: مني نصف هذا البذر الذي زرعت في الأرض ونصف نفقتك عليّ وأشركني فيه، فقال: لا بأس)^(٨).

وما تقدم تعرف أن مزارعة الغير من قبل العامل عقد مزارعة بيّنة وبين ثالث غير المالك، ليكون من الثالث بعض ما على العامل في قبالة شيء من حصة العامل.

وتعرف أن مشاركة الغير من قبل العامل هي بيع من العامل بعض حصته من الزرع بعوض معلوم لغير المالك.

(٨) المزارع.

نقلها^(١١)، ومشاركةً غيره عليها^(١٢)، لأن الناس مسلطون على أموالهم، نعم لا يجوز له^(١٣) تسليم الأرض^(١٤) إلا بإذن مالكها^(١٥).

وربما اشترط^(١٦) كون البذر منه^(١٧) ليكون تملك الحصة^(١٨) منوطاً به^(١٩)، وبه^(٢٠)

(١) نقل المنفعة، وظاهره جواز مزارعة العامل للغير على تمام ما له من الحصة في قبال تمام منفعة الأرض، وهو أيضاً جائز لما تقدم.

(٢) على منفعة الأرض بأن يبيع شيئاً من الحصة المشاعة بعوض معلوم، غير أنه يشترط في المشاركة شرائط البيع من ظهور الزرع ونحو ذلك.

(٣) للمزارع.

(٤) للغير الذي زارعه أو شاركه.

(٥) لأن المالك قد أذن للمزارع الأول أن يضع يده على الأرض ليستوفي منفعتها، وإذن المالك له بالتسلم للعين لا يعني إذناً له بالتسليم للغير.

(٦) اشترط في صحة مزارعة العامل لغيره أو مشاركته، ولم يعرف القائل.

(٧) من المزارع، لأن البذر إذا كان من المالك فالحاصل له تبعاً للبذر إلا من أذن له، ولم يأذن إلا للعامل بتملك الحصة، فلا يجوز للعامل حينئذ أن يشارك أو يزارع غيره على ملك المالك.

بخلاف ما لو كان البذر من العامل فالحاصل له تبعاً للبذر، وإذا كان الحاصل له فهو قد أذن بتملك المالك لحصة منه على أن يكون الباقي للعامل، فيجوز له أن يشارك أو يزارع الغير حينئذ.

ورّد بأن هذا يجري في المزارعة لا المشاركة، لأن العامل - بعدما ظهر النماء - يملك حصة منه إذا كان البذر من المالك، ومع ملكه لهذه الحصة فلا مانع من تسلطه على بيعها أو بيع بعضها كيفما شاء، بخلاف ما لو لم يظهر الحاصل فهو لا يملك شيئاً، وهو مأذون بالعمل فقط فلا يجوز له أن يأذن لغيره بالعمل فلذا لا تجوز المزارعة.

(٨) تملكها من العامل للغير مزارعة أو مشاركة.

(٩) يكون البذر منه.

(١٠) يكون البذر من العامل يُفترق بين عامل المزارعة وعامل المساقاة، فعامل المزارعة يجوز له المزارعة أو المشاركة لأنه يملك الحاصل بتمامه لأن البذر منه، بخلاف عامل المساقاة فلا يجوز له أن يساقى غيره، لأنه لا يملك الأشجار ولا الأصول القائمة.

بالإضافة إلى أن المقصود من عقد المساقاة هو سقي الشجر من نفس العامل، ولذا لا يجوز له أن يساقى غيره، بخلاف عقد المزارعة فالغرض منها هو تملك حصة للمالك في =

يفرق بينه وبين عامل المساقاة، حيث لم يجز له أن يساقى غيره، وهو^(١) يتم في مزارعة غيره، لا في مشاركته، ويمكن الفرق بينهما^(٢) بأن عمل الأصول^(٣) في المساقاة مقصود بالذات^(٤) كالثمره^(٥)، فلا يتسلط عليه^(٦) من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإن الغرض فيها^(٧) ليس إلا الحصة^(٨)، فلمالكها^(٩) أن ينقلها^(١٠) إلى من شاء.

(إلا أن يشترط عليه^(١١) المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له^(١٢) إدخال غيره مطلقاً^(١٣)، عملاً بمقتضى الشرط^(١٤).

(والخراج على المالك)^(١٥)، لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع،

= قبال تمليك العامل منفعة الأرض مع تمام الحاصل إذا كان البذر منه، وإذا تملك العامل تمام الحصة فيجوز له المشاركة، وإذا تملك تمام منفعة الأرض فيجوز له أن يزارع غيره.

- (١) اشتراط بعضهم لكون البذر من العامل.
- (٢) بين عقد المزارعة وعقد المساقاة، حيث يجوز للعامل في الأولى مزارعة غيره أو مشاركته بخلاف ذلك في الثانية.
- (٣) وعمل الأصول هو السقي.
- (٤) مقصود ذاتي من العقد على أن يكون من نفس العامل.
- (٥) فهي مقصود ذاتي من العقد على أن تكون للعامل في قبال سقيه.
- (٦) على عمل الأصول.
- (٧) في المزارعة، مع عدم شرط المالك على أن يكون العمل من نفس العامل.
- (٨) للمالك.
- (٩) مالك منافع الأرض، وهو العامل.
- (١٠) بالمزارعة أو المشاركة.
- (١١) على العامل.
- (١٢) للعامل.
- (١٣) بالمزارعة أو المشاركة.
- (١٤) لعدم النوي (المؤمنون عند شروطهم)^(١).
- (١٥) الخراج هو ما يأخذه السلطان عن الأراضي المقترحة عنوة، وهي التي تملك تبعاً لتملك =

(إلا مع الشرط)^(١) فيتبع شرطه في جميعه^(٢)، وبعضه^(٣)، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه^(٤)، ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي^(٥) على صاحب^(٦) الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر^(٧) وعليه الأجرة) للباقي^(٨)، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجره مثل العامل والعوامل^(٩)، ولو كان^(١٠) من الزارع فعليه^(١١) لصاحب الأرض أجره مثلها، ولما شرط^(١٢) عليه^(١٣) من الآخرين^(١٤)،

= الآثار الموجودة فيها، وهذا الخراج على المالك لا على العامل، لأنه موضوع على الأرض، ولأصالة براءة ذمة العامل منه.

(١) فيكون على العامل عملاً بمقتضى الشرط.

(٢) جميع الخراج.

(٣) بعض الخراج مع العلم بقدره، كأن يشترط على العامل أن يدفع مائة دينار للخراج.

(٤) من الخراج، كأن يشترط عليه دفع نصف الخراج أو ريعه مثلاً، وكان الخراج معلوماً بتمامه بحسب العادة، ومع العلم بالقدر فلا جهالة.

(٥) الزيادة.

(٦) فلو كان الخراج بحسب العادة على هذه الأرض مائة، وقد شرط على العامل، فزاد السلطان خمسين فوق المائة، فالزيادة على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناول الزيادة، وإنما تناول الخراج بحسب عادته.

(٧) لأن الحاصل نماؤه، فهو مملوك له تبعاً لمملوكية البذر، وعليه فإن كان البذر من الزارع فالحاصل له وعليه أجره المثل عن الأرض لصاحبها، وإن كان البذر من المالك فالحاصل له، وعليه أجره المثل عن العمل للعامل، وعمّا قدمه العامل أيضاً إذا شرط عليه شيء من بقية الأركان الأربعة.

(٨) إذا كان الآخر قد قدم الباقي من الأركان الأربعة.

(٩) للعامل، لأنه مع فرض كون صاحب الأرض قد قدم البذر فلم يبق من الأركان الأربعة إلا العمل والعوامل من الآخر.

(١٠) البذر.

(١١) على الزارع.

(١٢) على صاحب الأرض.

(١٣) بالتشبية، أي: الآخرين من الأركان الأربعة.

ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما^(١)، ولكلٍ منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض، وباقي الأعمال^(٢).

(ويجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع)^(٣) بأن يُقَدَّر ما يخصه من

(١) وهو واضح.

(٢) فلو كان البذر مناصفة فصاحب الأرض قد زرع نصف أرضه ببذره ولا معنى لأن يدفع أجرة المثل عن هذا النصف لنفسه ولا للعامل، لكن على العامل أن يدفع أجرة نصف الأرض، فصاحب الأرض له على العامل أجرة الأرض التي تخصه بحسب حصة العامل وكان على الشارح أنه يأتي بالقيّد الأخير وهو: «بحسب حصة الآخر».

(٣) الخرص هو التخمين، والحاصل أن المالك يجوز له أن يشتري حصة العامل بعد تخمينها في قبالة حِبٍّ من نفس الجنس بل ومن نفس حصة العامل، ووقت الخرص بعد بلوغ الغلة وانعقاد الحب قبل أوان الحصاد، وهذا الشراء بحاجة إلى رضا العامل، وهو بما لا شك فيه.

ولزوم العوض على المالك إنما يكون إذا خرج الحاصل من حصة العامل بالسلامة، فإن تلفت أو بعضها فسيأتي حكمه، وهذا الخرص جائز على المشهور، وهو جائز لكلٍ من المالك والعامل، للأخبار.

منها: صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن النبي ﷺ لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرص عليهم، فجاؤوا إلى النبي ﷺ وقالوا: إنه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبد الله بن رواحة فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء، فإن شاؤوا يأخذون بما خرصت وإن شاؤوا أخذنا)^(١)، ومرسل محمد بن عيسى (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم فيجيتون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال عليه السلام: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحزر لم يجيء كما حرزت وقد نقص، قال عليه السلام: فإذا زاد يرة عليكم؟ قلت: لا، قال عليه السلام: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه)^(٢).

وأشكل عليهم ابن إدريس بأن الخرص إن كان بيعاً فهو محاكمة ومزانية، وهي أن يشتري حمل النخل بتمر والزرع بحنطة، وقد مضى حرمتها في كتاب البيع، وإن كان صلحاً =

الحصة تحميئاً ويُقْبَلُ به^(١) بحبِّ، ولو منه^(٢) بما خرصه به (مع الرضا)^(٣)، وهذه معاملة خاصة مستثناة من المحاقلة^(٤) إن كانت بيعاً، أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامة)^(٥)، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا شيء) على الزراع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة، ولو أتلفه متلف ضامن لم تتغير المعاملة، وطالب المتقبل المتلف بالعرض، ولو زاد فالزائد للمتقبل، ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء، هذا إذا وقعت المعاملة بالتقبيل^(٦)، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه^(٧)، مع احتمال كونه كذلك^(٨)، ولو وقع

= فهو لازم وإن لم يخرج الحاصل بالسلامة، هذا إذا كان العوض من غير الحاصل، ولو كان من الحاصل فهو باطل لاتحاد العوض والم عوض، ووُذِّ بأن هذا الخرص لو كان بيعاً فهو مستثنى من المحاقلة للأخبار المتقدمة، ولو كان صلحاً فلا يضره اتحاد العوض والم عوض مع ورود الأخبار به.

هذا مع أن هذه المعاملة هي المسماة عندهم بالقبالة، وقد تقدم ذكرها في كتاب البيع على أن يكون إيجابها «أقبل حصتك بكذا وكذا» فيقبل الآخر.

(١) بالخرص، على أن تجري صيغة القبالة من المشتري وهو المالك.

(٢) من نفس الزرع المُقَدَّر.

(٣) من العامل.

(٤) بيع الزرع بحبِّ منه.

(٥) بشرط سلامة الحاصل، ولا دليل على هذا الشرط، وقد تقدم الكلام فيه في مسألة القبالة

في بيع الثمار، قال في المسالك: «المشهور أن لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة، فإن

تلفت الغلة أجمع بأفة من قبل الله تعالى فلا شيء على الزراع، ولو تلف البعض سقط

بالنسبة، ولو أتلفها متلف ضامن فهي بحالها، وطالب المتقبل المتلف بالعرض، والحكم

بذلك هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده غير واضح، وحكمه لا يتخلو من إشكال إن لم

يكن انعقد عليه الإجماع، وأتى لهم به، وإنما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه، وتبعه

عليه الباقر معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم، ولو كان التقصان بسبب الخطأ لم

يسقط من المال شيء عملاً بالأصل، وهو مروى عن الكاظم عليه السلام مرسلًا انتهى.

(٦) وتكون عقداً مستقلاً في قبالة البيع والصلح.

(٧) من تغاير العوض والم عوض، مع معلومية كليهما، وهذا يلزم منه أن يكون العوض

من غير الحاصل.

(٨) مع احتمال كون البيع كالقبالة، فلا يشترط فيه شرائط البيع، لإطلاق الأخبار المتقدمة.

بلفظ الصلح فالظاهر أنه^(١) كالبيع^(٢)، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع^(٣).

(١) الصلح.

(٢) فيشترط فيه شرائطه.

(٣) في المسألة الثالثة من بيع الثمار، وقد قال الشارح هناك: «والحق أن أصلها ثابت، ولزومها مقتضى العقد، وباقي فروعها لا دليل عليه» انتهى.



كتاب المساقاة

كتاب المساقاة^(١)

(وهي لغة مفاعلة من السقي^(٢)، واشتق منه^(٣)، دون باقي أعمالها^(٤))،

(١) لا خلاف في مشروعيتها، لأنها معاملة عقلانية لم يردع عنها الشارع المقدس، ولجملة من الأخبار.

منها: خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجلٍ يُعطي الرجل أرضه، وفيها رمان أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسقي هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: لا بأس)^(١).

وأنكر مشروعيتها أبو حنيفة وزُفر من علماء العامة للجهالة والغرر، وهو قول ضعيف في قبال النصوص المتقدمة.

(٢) والمفاعلة تقتضي وقوع السقي من العامل وصاحب الأرض، غير أن وقوع السقي من العامل حقيقة ومن صاحب الأرض باعتبار طلبه السقي عند إيقاع المعاملة، فلا إشكال كما في المزارعة والمضاربة.

هذا وعلى العامل السقي وتهذيب الأشجار وتلقيحها وكل ما يصلحها فتسمية كل هذه الأعمال بالمساقاة ناشئة من أن السقي أظهر هذه الأعمال وأنفعها وأكثرها مؤنة وأشدّها مشقة، فلذا حُصّ اشتقاق المعاملة من السقي فقط دون البقية.

(٣) واشتق اسم المساقاة من السقي.

(٤) أعمال المساقاة.

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بيع المزارعة والمساقاة حديث ٢.

لأنه أنفعها، وأظهرها في أصل الشرعية^(١)، وهو^(٢) نخل الحجاز الذي يُسقى من الآبار مع كثرة مؤنته.

وشرعاً^(٣) (معاملة على الأصول بحصة من ثمرها)^(٤)، فخرجت بالأصول المزارعة، وبالحصة الإجارة المتعلقة بها^(٥) فإنها لا تقع بالحصة^(٦)، والمراد بالثمرة معناها المتعارف^(٧)، لتردده في المعاملة على ما يقصد ورقه وورده، ولو لوحظ

(١) قال الشارح في المسالك: «المساقاة مفاعلة من السقي، وخص الاشتقاق منه - أي السقي - دون باقي الأعمال التي تتوقف عليه المعاملة، لأنه أظهرها وأنفعها في أصل الشرعية، لوفوعه بالحجاز التي يُسقى فيها النخل من الآبار، ولأنه أكثر مؤنة وأشد مشقة من غيره من الأعمال، وعرفاً ما ذكره المصنف» انتهى، وما ذكره المحقق «فهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها».

وعليه فالمراد بأصل الشرعية أن لفظ المساقاة قد وضع في زمن الشارع لهذا المعنى، وهو المفاعلة من عمل العامل من سقي وتهذيب وإصلاح ومن عمل المالك لأمره بذلك، وقد حُصَّ الاشتقاق من السقي لأن الوضع قد تم في الحجاز، وأهل الحجاز أكثر حاجة إلى سقي نخيلهم من الآبار دون بقية الأعمال، وقد نقل لفظ المساقاة بحسب الحقيقة التشريعية إلى أنها معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها، وهذا النقل إلى التشريعية هو المعبر عنه بالعرف في المسالك، وبالشرع في الروضة هنا.

(٢) الوضع في أصل الشرعية.

(٣) بحسب الحقيقة التشريعية، وقد عُبِّرَ عنه في المسالك بالوضع العرفي.

(٤) فالمعاملة جنس يتناول كل معاوضة، ويقيد «على الأصول» تخرج المزارعة، لأنها معاملة على الأرض، ويقيد «بحصة من ثمرتها» تخرج إجارة الأرض المشجرة وإن صحت، ولكن لا تصح بحصة من ثمرة الشجر نفسه، بل لا بد من كون العوض معيناً مضموناً في الذمة. هذا وعرفها الكثير «بأنها معاملة على الأصول الثابتة بحصة من ثمرها»، ويقيد «الثابتة» تخرج الخضراوات والمغارس، وهي أن يقدم المالك الأرض للعامل على أن يفرسها ليكون الشجر بينهما بحسب الشرط القائم بينهما.

(٥) بالأصول الثابتة.

(٦) بالحصة من ثمر نفس الشجر، بل بأجرة معينة معلومة مضمونة.

(٧) وهو ما يؤكل، ولا يراد بالثمرة كل نماء للشجر مقصود عند الغارس وإن لم يؤكل، كورق الحناء الذي يقصد عند غرس شجره مع أنه غير مأكول، فلا يراد ذلك، لأن المصنف قد تردد في صحة المساقاة على ما يقصد ورقه وورده.

إدخاله^(١) أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه^(٢) الورق المقصود والورد، ولم يقيد الأصول بكونها ثابتة - كما فعل غيره - لأن ذلك^(٣) شرط لها^(٤)، وذكره^(٥) في التعريف غير لازم^(٦)، أو معيب^(٧)، ومن قيد به^(٨) جعله وصفاً للشجر مخصصاً لموضع البحث، لا شرطاً.

(وهي لازمة^(٩) من الطرفين) لا تنسخ اختياراً، إلا بالتقابل^(١٠).

(وإيجابها^(١١) ساقيتك، أو عاملتك، أو سلّمت إليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحاً، كقبلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاة، ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي، وزاد في التذكرة تعهد نخلي، أو اعمل فيه^(١٢)، وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر من غير نص مخصص مشكل.

(١) إدخال ما يُقصد ورقه وورده في المساقاة كان المراد من الثمرة كل نماء للشجر مقصود عند الغارس وإن لم يؤكل.

(٢) في نماء الشجر.

(٣) الثبات للأصول.

(٤) للمساقاة، وليس من وظيفة التعريف ذكر الشروط.

(٥) الثبات.

(٦) إن ذكر الثبات بعنوان كونه شرطاً.

(٧) إن ذكر بعنوان كونه جزءاً.

(٨) ومن قيد التعريف بالثبات فلم يذكره بعنوان الجزئية ليكون معيباً، ولا بعنوان الشرطية ليكون غير لازم، وإنما جعله وصفاً للشجر ليخصص موضع البحث في المساقاة.

(٩) بلا خلاف فيه، لعموم «أوفوا بالعقود»^(١).

(١٠) وهو فسح للعقد بالتراضي، لعموم أدلة الإقالة، وقد تقدمت في آخر كتاب البيع وفي كتاب المزارعة.

(١١) لما كانت المساقاة من العقود اللازمة كان لا بد في إيجابها وقبولها من اشتراط اللفظ الماضي الصريح الدال على الإنشاء على المشهور، وقد تقدم أنه لا دليل عليه، بل يكفي كل دال يدل على الإنشاء، سواء كان لفظاً أم فعلاً أم كتابة.

(١٢) وهما ليسا من صيغ الماضي، وعلى مبتاهم أنه لا يصح الإنشاء بغير الماضي.

وقد نوقش في أمر المزارعة^(١) مع النص عليه^(٢)، فكيف هذا^(٣)؟
(والقبول الرضا به)^(٤) وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي، كما مرّ في المزارعة
إذ الرضا يحصل بدون القول.

والأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه^(٥)، لأن الرضا أمر باطني لا يعلم
إلا بالقول الكاشف عنه، وهو السر في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالة على الرضا
بالعمود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطني لا يعلم إلا به^(٦)، ويمكن أن
يريد^(٧) هنا ذلك^(٨).

(وتصح) المساقاة (إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة)^(٩)، سواء (ظهرت)

(١) من جواز صحة إنشائها بلفظ الأمر.

(٢) وقد تقدم، وتقدم أن النص دال على الإنشاء بصيغة المضارع على فرض صحة السند.

(٣) عقد المساقاة مع عدم النص فيه.

(٤) الرضا بالإيجاب، على أن يكون القبول بلفظ الماضي، لأنه من العمود اللازمة، وظاهر
كلام المصنف الاكتفاء بمطلق الرضا به وإن لم يكن الكاشف عنه لفظاً، وهو مشكل على
مبناهم، لعدم الدليل على خروج عقد المساقاة عن أحكام العمود اللازمة.

(٥) على الرضا.

(٦) بالقول، وفيه: أنه يكفي ما عليه العرف من الاكتفاء بكل دالٍ عليه ولو كان غير لفظي.

(٧) المصنف.

(٨) يريد بالرضا نفس اللفظ الدال عليه.

(٩) لا إشكال ولا خلاف في صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة، لتحقق موضوع المساقاة حيث
يوجد عملٌ للعامل في إيجاد الثمرة.

كما أنه إذا ظهرت الثمرة واكتمل نضوجها بحيث لم تحتج إلى عملٍ تستزيد به كما أو
كيفاً فلا تصح المساقاة بلا خلاف فيه، لعدم موضوع المساقاة حينئذ، وإن احتاجت بعد
نضوجها إلى عملٍ كالنقل والحفظ من السارق.

وقد وقع الخلاف في صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة وقبل نضوجها بحيث يبقى للعامل
عملٌ تستزاد به، كالسقي والحرق وتأبير شجر النخل، فعل المشهور - على ما في الحدائق
- الصحة، بدليلين:

الأول: أن الغرض من المساقاة تحصيل الثمرة، وفي المقام بقاء شيء من عمل العامل
تستزاد به، فتصح المساقاة تحصيلاً لهذه الفائدة.

قبل العقد^(١) (أولاً)^(٢).

والمراد بما فيه مستزاد الثمرة نحو الحرث^(٣)، والسقي، ورفع أغصان الكرم على الخشب^(٤)، وتأبير ثمرة النخل، واحترز به^(٥) عن نحو الجذاذ^(٦)، والحفظ^(٧)، والنقل، وقطع الحطب^(٨) الذي يعمل به الدبس، من الأعمال التي لا يستزاد بها الثمرة، فإن المساقاة لا تصح بها^(٩) إجماعاً^(١٠)، نعم تصح الإجارة حينئذ^(١١) على بقية الأعمال بجزء من الثمرة، والجمالة، والصلح^(١٢) (ولابد) في صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه (ثابتاً) بالنون، أو بالثاء^(١٣) المثناة، ويخرج على الأول^(١٤) المساقاة على الودي^(١٥) غير المغروس، أو المغروس الذي لم

= الثاني: أن العقد هنا أبعد عن الغرر للوثوق بالثمره، فيكون العقد أولى عما لو كانت الثمرة معدومة كما في الفرض الأول.

- (١) هذا هو الفرض الثالث.
- (٢) لم تظهر قبل العقد، وهو الفرض الأول.
- (٣) تحت الشجر.
- (٤) عن الأرض لتكتمل الثمرة وتنضج.
- (٥) بمستزاد الثمرة.
- (٦) وهو القطع.
- (٧) حفظها عن السارق.
- (٨) قطع الحطب والنقل اللذان هما مقدمة لعمل دبس العنب والخرنوب ولا تستزاد بهما الثمرة.
- (٩) بهذه الأعمال التي لا تستزاد بها الثمرة.
- (١٠) وهذا هو الفرض الثاني.
- (١١) حين كون الأعمال مما لا تزيد الثمرة، وتصح الإجارة لأن العوض هنا معلوم، وهو جزء معلوم من الثمرة الحاصلة.
- (١٢) لعموم أدلتهم.
- (١٣) ثابتاً.
- (١٤) وهو الثابت.
- (١٥) الودي بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة أخيراً، بوزن الفتى، وهو فسيل النخل قبل أن يفرس، فهو ليس بثابت.

يَعْلَقُ بِالْأَرْضِ^(١)، وَالْمَغَارِسَةُ^(٢)، وَبِالشَّائِي^(٣) ذَلِكَ^(٤)، وَمَا لَا يَبْقَى غَالِباً^(٥) كَالْخَضِرَاوَاتِ، وَيُمْكِنُ خُرُوجُهَا^(٦) بِالشَّجَرِ فَيَتَّحِدُ الْمَعْنِيَانِ، (يَتَفَتَحُ بِشِمْرَتِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ)^(٧) بَقَاءَ يَزِيدُ عَنِ سَنَةِ غَالِباً^(٨)، وَاحْتِرَازٌ بِهِ^(٩) عَنِ نَحْوِ الْبَطِيخِ^(١٠) وَالْبَاذَنْجَانِ وَالْقَطْنِ^(١١) وَقَصَبِ السُّكَّرِ^(١٢)، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَإِنْ^(١٣) تَعَدَّدَتِ اللَّقَطَاتُ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ذَلِكَ الْوَقْتُ^(١٤)، وَبَقِيَ الْقَطْنُ أَزِيدُ مِنْ سَنَةٍ، لِأَنَّهُ خِلَافُ الْغَالِبِ.

(وَفِيمَا لَهُ وَرَقٌ) لَا يَقْصَدُ مِنْ عَمَلِهِ بِالذَّاتِ إِلَّا وَرَقَهُ (كَالْحِنَاءِ)^(١٥) (نَظَرَ) مِنْ أَنَّهُ^(١٦)

- (١) لَمْ يَسْتَقِلْ بَعْدُ، بِحَيْثُ لَمْ تَمْضِ مَدَّةٌ مَعْتَدَةٌ عَلَى زَرْعِهِ حَتَّى تَنْتَبِثَ أَصُولُهُ وَجُذُورُهُ فَلَا يُسَمَّى نَابِتاً.
- (٢) وَهِيَ أَنْ يَدْفَعُ أَحَدُهُمَا أَرْضاً لِلْآخَرِ لِيُغْرِسَهَا الثَّانِي عَلَى أَنْ يَكُونَ الْغَرْسُ بَيْنَهُمَا، فَالْمَغَارِسَةُ خَارِجَةٌ، لِأَنَّهَا مَعَامَلَةٌ لِانْبِثَاتِ الْأَصُولِ، وَلَيْسَتْ مَعَامَلَةٌ عَلَى الْأَصُولِ النَّابِتَةِ.
- (٣) بِقَيْدِ الثَّابِتِ.
- (٤) مِنَ الْوَدِيِّ وَالْمَغْرُوسِ غَيْرِ الْمَسْتَقِلِّ وَالْمَغَارِسَةِ.
- (٥) لِأَنَّهُ لَا سَاقَ لَهُ كَالْبَطِيخِ وَالْبَاذَنْجَانِ، أَوَّلُهُ سَاقٌ وَلَا يَبْقَى غَالِباً كَقَصَبِ السُّكَّرِ.
- (٦) خُرُوجُ الْخَضِرَاوَاتِ الَّتِي لَا سَاقَ لَهَا، وَكَذَا مَا لَا نَبَاتَ لَسَاقِهَا، فَهِيَ خَارِجَةٌ بِالشَّجَرِ بِلَا فَرْقٍ بَيْنَ وَصْفِ الشَّجَرِ بِالنَّابِتِ أَوْ الثَّابِتِ، وَالْقَدْرُ الْمُتَيَقِّنُ مِنْ نِصُوصِ الْمَسَاقَةِ هُوَ الْمَسَاقَةُ عَلَى الْأَشْجَارِ النَّابِتَةِ أَوْ الثَّابِتَةِ، وَفِي غَيْرِهِ لَا دَلِيلَ، فَيَقْتَصِرُ عَلَى الْقَدْرِ الْمُتَيَقِّنِ لِأَنَّ الْمَسَاقَةَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلْجَهَالَةِ وَالغُرُورِ.
- (٧) أَصْلُهُ وَسَاقُهُ، وَهَذَا لِأَزْمِ الشَّرْطِ الْمُتَقَدِّمِ.
- (٨) لِأَنَّ السَّنَةَ هِيَ الْمَقْدَارُ الْغَالِبُ لِنُضُوجِ الثَّمَرَةِ.
- (٩) بِالشَّرْطِ الثَّانِي.
- (١٠) وَهُوَ مِمَّا لَا سَاقَ لَهُ أَيْضاً، وَكَذَا الْبَاذَنْجَانِ.
- (١١) فَيُخْرِجُ، لِأَضْمَحْلَالِ أَصْلِهِ بِحَسَبِ الْعَادَةِ.
- (١٢) لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِأَصْلِهِ، وَلَا ثَمَرَةَ لَهُ بِغَيْرِ الْأَصْلِ.
- (١٣) وَصَلِيَّةٌ.
- (١٤) فَلَوْ قَطَفَ الْبَطِيخَ وَالْبَاذَنْجَانِ عَلَى دَفْعَاتٍ، فَفِي الدَّفْعَةِ الْأُولَى وَإِنْ بَقِيَتْ عَيْنُهُ ذَلِكَ الْوَقْتُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبْقَى أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ، مَعَ أَنَّهُ لَا سَاقَ لَهُ.
- (١٥) وَكَذَا مَا يَقْصَدُ زَهْرُهُ مِنْ غَرْسِهِ كَالْوَرْدِ.
- (١٦) دَلِيلٌ لِنُصْحَةِ الْمَسَاقَةِ عَلَيْهِ، ذَهَبَ الْعَلَامَةُ وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ إِلَى الْجَوَازِ، لِأَنَّ الْوَرَقَ الْمَقْصُودَ كَالثَّمَرَةِ مِنَ الشَّجَرَةِ بِحَسَبِ الْمَعْنَى، فَيَكُونُ مَقْصُودَ الْمَسَاقَةِ حَاصِلاً بِهِ، وَعَلَى الشُّهُورِ =

في معنى الثمرة، فيكون مقصود المساقاة حاصلًا به، ومن أن^(١) هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهالة العوض، فيقتصر بها على موضع الوفاق، ومثله ما يقصد ورده، وأما التوت فمنه ما يقصد ورقه^(٢)، وحكمه كالحناء، ومنه ما يقصد ثمرة^(٣)، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر، والقول بالجواز في الجميع^(٤) متجه.

(ويشترط تعيين المدة)^(٥) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، ولا حد لها في جانب الزيادة، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة، (ويلزم العامل مع الإطلاق) أي: إطلاق المساقاة بأن قال: ساقيتك على البستان الفلاني سنة

= النع، لأن المساقاة على خلاف الأصل للجهالة والغرر، فيقتصر فيها على محل الوفاق، وهو ثمر الشجر ليس إلا.

(١) دليل لعدم الصحة.

(٢) وهو شجر التوت الذكر.

(٣) وهو شجر التوت الأنثى، وهو ملحق ببقية الأشجار التي تقصد ثمرتها، بل هو منها.

(٤) ما يقصد ورقه وما يقصد ورده وشجر التوت بقسميه.

(٥) اشتراط المدة في المساقاة بلا خلاف فيه، فلو ترك ذكر المدة لبطل العقد، ويشترط في المدة شرطان.

الأول: تعيين المدة بما لا تحتمل الزيادة ولا النقصان، وما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج وإدراك الغلة وإن كانت الغلة هي العامل عليها، هذا على المشهور، وقولاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وذهب ابن الجنيد إلى جواز تقدير المدة بإدراك الغلة المساقى عليها نظراً إلى ثبوت الإدراك عادة، فهو كالمعلوم فيجوز بناء العقد عليه، وقال عنه في المسالك «والأجود الأول وإن كان كلامه لا يخلو من وجه».

الثاني: أن تكون المدة مما تحصل فيها الثمرة غالباً، وكذا إن قلت هذه المدة، إذا ساقاه في آخر العمل بحيث يبقى منه وقت يسير فيه مستزاد للثمرة كالشهر، وهذا الشرط الثاني واضح إذ لو شرطت مدة لا تحصل فيها الثمرة غالباً لانتفى موضوع المساقاة ولما حصلت للعامل حصته من الثمرة لعدم وجود ثمرة في البين، وما تقدم تعرف لابتدية ضبط المدة من دون حد لها من جانب الزيادة كما لا حد لها من جانب القلة، نعم هي مشروطة بكون الثمرة تحصل فيها غالباً، وخالف الشافعي من العامة وشرط في جانب الزيادة أن لا تزيد عن الثلاثين سنة، وهو تحكم - كما في المسالك - إذ لا دليل عليه.

بنصف حاصله فقبل (كل عمل^(١) يتكرر كل سنة) مما فيه صلاح الثمرة، أو زيادتها كالحرث^(٢)، والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه^(٣) من الآلات، والعوامل، وتهذيب الجريد^(٤) بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، ومثله أغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة، أو الأصل^(٥)، ومنه زيادة الكرم^(٦)، والسقي، ومقدماته^(٧)

(١) بما أن الأعمال التي تحتاجها الأرض كثيرة، بعضها على المالك، وبعضها على العامل حاول الفقهاء تحديد ما على كل منهما، فكل عمل له الدخل في إيجاد الثمرة وفعليتها وجودتها فهو على العامل، وكل عمل لا تستزاد به الثمرة فهو على المالك، وعُتِبَ عن الأول بالعمل المتكرر كل سنة، لأن الأعمال التي فيها صلاح الثمرة متكررة كل سنة لتكرر الثمرة.

وعليه فالمتكرر كل سنة هو السقي وحراث الأرض وحفرها المحتاج إليه السقي، وما يتوقف عليه السقي من الآلات والعوامل، من البقر وخشب الحراث والسكة، وما يتوقف عليه السقي من الحفر وإصلاح الحفر التي يقف فيها الماء عند وصوله إلى أصول الشجر، وإزالة الحشيش المضر بالأصول من ناحية بقاء الثمرة ونموها، وإزالة الجريد وهو قطع الجزء اليابس من الشجر الذي يضر بقاؤه بالثمرة، ومقدمات السقي كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها من الشمس المصرة بها، ورفعها عن الأرض حيث يضر بها ذلك، واللقاط وهو التقاط الثمرة بحسب نوعها ووقتها، فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاته في الوقت الصالح له، وما يُعمل دساً فكذا، وما يؤخذ للأكل فعند انتهاء نضوجه وهكذا، وإصلاح موضع التشميس إذا افتقرت الثمرة إلى تشميسها على الأرض فيجب إصلاح موضع تشميسها ونقلها إليه وتقليبها فيه، وهكذا بقية الأعمال إلى حين القسمة.

وأما ما على المالك فهو العمل الذي لا يتكرر كل سنة في الأرض، كإصلاح الجدار وبناءه ووضع الشوك في حدود الأرض وهكذا.

(٢) الحرث وإن كان فيه إصلاح للأرض إلا أن فيه إصلاحاً للثمرة.

(٣) كل من الحرث والحفر.

(٤) التهذيب هو قطع ما يحتاج إلى قطعه من الجريد، وهي أغصان النخل، كالجزة اليابس.

(٥) لأنه إذا أُضِرَّ بالأصل فيضر بالثمرة أيضاً.

(٦) ومن العمل الذي يتكرر كل سنة زيادة الكرم، وهو المسمى بتعريش الكرم، وهو قطع أغصانه المصرة بالثمرة.

(٧) مقدمات السقي.

المتكررة كالدلو، والرشا^(١) وإصلاح طريق الماء، واستقائه^(٢)، وإدارة الدولا، وفتح رأس الساقية، وسدها عند الفراغ، وتعديل الشجرة بإزالة ما يضرها من الأغصان^(٣) والورق ليصل إليها الهواء، وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضرها، ولقاطها بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له وما يعمل ديبساً فكذلك، وهكذا، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الشجرة إليه، وتقليبها، ووضعها على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال^(٤).

(ولو شرط بعضه^(٥) على المالك صح) بعد أن يكون مضبوطاً (لا جميعه)، لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل، فلا بد أن يبقى عليه منه شيء فيه مستزاد الشجرة وإن قل، (وتعمين الحصة بالجزء المشاع)^(٦) كالنصف، والثلث، (لا المعين)^(٧) كمائة رطل، والباقي للآخر، أو بينهما^(٨).

- (١) وهو الحبل.
- (٢) استقاء الماء، وفي أكثر النسخ «الاستقاء» وهو تقيء الماء من الحماة ونحوها، والحماة هي الطين كما في المصباح.
- (٣) إزالة الأغصان هنا بعد ظهور الثمرة، وما تقدم من تهذيب الجريد وقطع أغصان الأشجار إنما هو قبل الظهور فلا تكرر في العبارة.
- (٤) قال في الجواهر: «وأما ما ذكره من الضابطين فلا أثر له في شيء من الأدلة، فالنتجـه حيثذ الرجوع في مثل ذلك إلى المتعارف في إطلاق عقد المساقاة مما يجب على العامل والمالك انتهى.
- (٥) بعض العمل الذي يتكرر كل سنة، فلو شرط على المالك صح الشرط، إن بقي للعامل شيء من العمل مما له زيادة في نمو الثمرة وكمالها، وإلا فلو كان الباقي المترتب على العامل لا دخل له في نمو الثمرة، أو شرط جميع العمل على المالك لبطلت المساقاة، لأن العامل لا يستحق شيئاً من الحصة إلا بالعمل فيها، فإذا رقمه عن نفسه بالشرط فلا شيء له حيثذ.
- (٦) لا خلاف من كون حصة العامل مشاعة، سواء تساوت الحصتان أم لا، لأن المساقاة على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على مورد اليقين، وهو الحصة المشاعة كالمزارعة.
- (٧) كمائة رطل لأحدهما والباقي من الخاصل للآخر، لعدم تحقق الإشاعة في مجموع النماء.
- (٨) كون الباقي بينهما، وكذلك تبطل لعدم تحقق الإشاعة في مجموع النماء أيضاً.

(ويجوز اختلاف الحصة في الأنواع)^(١) كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو النوع الفلاني (إذا علمهاها)^(٢) أي: الأنواع، حذراً من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

(ويكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصة (ذهباً، أو فضة)^(٣)،

(١) بحيث كان البستان مزروعاً بالنخل والعنب، ووقع العقد على نصف الحاصل من النخل وربيع الحاصل من العنب، فيصح بلا خلاف فيه، لتحقق الإشاعة في مجموع النماء.

ولكن بشرط أن يعلم كلٌّ من المالك والعامل مقدار كل نوع، كأن يُعلم مقدار موضع النخل كعشرين ذراعاً مثلاً، ومقدار موضع العنب كثلاثين ذراعاً، وهذا الاشتراط حتى لا يكون أقلّ الجزئين - وهو الربيع بالنسبة إلى النصف - قد وقع لأكثر الجنسين من النخل والعنب مع جهل العامل، فإنه إذا كان جاهلاً لزم الغرر، ولو كان عالماً فيصح مع علمه لإقدامه على ما هو المعلوم لديه.

(٢) علماً مواطن ومحالّ الجنسين، كأن يُعلم موطن النخل ومقدار الأرض المزروعة فيه، وكذا العنب.

(٣) صح الشرط بلا خلاف ولا إشكال، لعدم منافاة الشرط لمقتضى العقد وبعد تحقق الإشاعة في مجموع النماء، ومضى مثله في المزارعة، فيلزم الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(١)، وخالف فيه بعض العامة فمنع من الشرط وأبطل العقد، هذا والكلام في موردين:

الأول: هذا الشرط وإن كان صحيحاً إلا أنه مكروه للمالك بلا خلاف فيه، ولا دليل على الكراهة كما اعترف بذلك غير واحد، ولعل مثل عدم الخلاف فيه كافٍ في ثبوت الكراهة كما في الجواهر، وفيه: أن قاعدة التسامح جارية في السنن والمستحبات لا في المكروهات.

والكراهة مخصوصة بما إذا اشترط ذهباً أو فضة، أما لو شرط غيرها بالإضافة إلى الحصة فلا كراهة لعدم الدليل.

الثاني: يجب الوفاء بالشرط على العامل بشرط سلامة الشجرة، وقد مضى مثله في المزارعة، على ما هو المشهور بين الأصحاب، وعليه فإن تلفت الثمرة بأفة سماوية أو لم تخرج الشجرة فيسقط الشرط عن العامل، لأنه لولا السقوط لكان أكل المالك للمشروط أكلاً للمال بالباطل، لأن الشرط أصبح جزءاً من العوض بحيث تكون الحصة مع الشرط =

ولا يكره غيرهما، للأصل، (فلو شرط) أحدهما^(١) (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الثمرة) فلو تلفت أجمع، أو لم تخرج لم يلزم^(٢)، لأنه^(٣) حيثنذ^(٤) أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف ينحسر مع عمله الفاتت شيئاً آخر، ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملاً بالشرط^(٥)، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة^(٦).

(وكلما فسد العقد فالثمره للمالك)، لأنها تابعة لأصلها^(٧)، (وعليه أجره مثل العامل)، لأنه لم يتبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجرة.

هذا إذا لم يكن^(٨) عالماً بالفساد^(٩)، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصه

= للمالك في قبالة حصه العامل، ويمتنع أن يستحق أحد الشريكين عوضه أو بعضه دون أن يستحق الشريك الآخر شيئاً من عوضه، مع أن المفروض أن العامل لا شيء له من الحصه لتلف المجموع أو عدم خروج الثمره.

ولو تلف البعض فيحتمل أن يسقط من الشرط بنسبة التالف، لأن الشرط أصبح شريكاً ثالثاً في البين على ما تقدم بيانه في المزارعه، ويحتمل عدم السقوط عملاً بمقتضى الشرط. هذا واعلم أنه كما يصح الشرط من رب المال على العامل كذلك يصح العكس، ولا كراهة في العكس، لعدم الدليل عليها مع عدم دعوى الإجماع.

(١) من الذهب أو الفضة.

(٢) الشرط.

(٣) لزوم الشرط.

(٤) حين تلف المجموع أو عدم الخروج.

(٥) مع أنه في المزارعه قد جعل عدم السقوط احتمالاً.

(٦) كما على العامل جميع العمل ولو تلف بعض الثمره، فكذلك عليه جميع ما التزمه بالشرط ولو تلف بعض الثمره.

(٧) لأنها نماء الأصل فهي ملك للمالك الأصل ولم يحصل ما يوجب نقلها عنه لفساد العقد، وعلى المالك أجره المثل للعامل، لأنه غير متبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط من الحصه فيرجع إلى الأجرة بلا خلاف في ذلك.

(٨) العامل.

(٩) وإلا فلو كان عالماً بالفساد وقد أقدم فهو متبرع بالعمل فلا يستحق شيئاً.

للعامل^(١)، وإلا فلا شيء له، لدخوله^(٢) على ذلك.

(ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة^(٣) فالأقرب الصحة)، لوجود المقتضي^(٤)، وانتفاء المانع، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم فيدخل^(٥) في عموم (المؤمنون عند شروطهم)، وأما الثاني^(٦) فلأن المانع لا يتخيل إلا كونه^(٧) لم يرض أن يعطيه^(٨) من هذه الحصاة^(٩) إلا بأن يرضى منه^(١٠) من الآخر بالحصاة الأخرى، ومثل هذا^(١١) لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود، والقول بالمنع للشيخ «رحمه الله» استناداً إلى وجه ضعيف،

(١) بحيث يقع العقد مع شرط جميع الثمرة للمالك، ومع الشرط المذكور فيكون العامل قد أقدم على التبرع بعمله فلا شيء له وإن كان جاهلاً بفساد العقد.

(٢) العامل، والمعنى لإقدامه على كون الجميع للمالك فهو متبرع بالعمل.

(٣) بأن قال المالك: ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على البستان الآخر بكذا، فعن الشيخ في المبسوط المنع، محتجاً بأنه كالبيعين في بيع وهو منهي عنه، وبأنه لا لزوم لهذا الشرط، والمراد بالشرط هو المساقاة الثانية، لأنه بمنزلة الوعد ولا يجب الوفاء به.

وفيه: أن التنظير ليس في محله، لأن المقام نظير ما لو باع شيئاً بكذا بشرط أن يبيعه شيئاً آخر بكذا، وهذا ليس منهياً عنه في البيع، وإنما المنهي عنه في البيع هو بيع المتاع حالاً بكذا وموَجَّلاً بكذا، والبيع على تقدير بئمن، وعلى تقدير آخر بئمن، ولا ربط له في المقام كما هو واضح، وبأن هذا الشرط - أعني المساقاة الثانية - وإن كان وعداً إلا أنه شرط في متن العقد فيجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(١).

(٤) المقتضي للصحة.

(٥) اشتراط عقد سائغ.

(٦) انتفاء المانع.

(٧) كون المالك.

(٨) يُعْطَى المالكُ العامل.

(٩) من البستان الأول في المساقاة الأولى.

(١٠) بأن يرضى العامل من المالك بالحصاة الأخرى من البستان الآخر في المساقاة الثانية.

(١١) المانع التخيل.

يظهر ضعفه مما ذكر في وجه الصحة .

(ولو تنازها في خيانة العامل حلف العامل)^(١)، لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، ولأصالة عدمها^(٢).

(وليس للعامل أن يساقى غيره)^(٣)، لأن في المساقاة تسليطاً على أصول^(٤) الغير وعملها^(٥)، والناس يختلفون في ذلك اختلافاً كثيراً، فليس لمن رضي المالك بعمله^(٦) وأمانته^(٧) أن يولي^(٨) من لم يرضه المالك له^(٩)، بخلاف المزارعة^(١٠)، فإن

(١) بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن العامل أمين، حيث هو نائب عن المالك في حفظ مال المالك مع كون يده على المال بإذن المالك والأمين مصدق، فضلاً عن كون المالك يدعي الخيانة والعامل ينكرها، فالقول قول المنكر مع يمينه لأصالة عدم الخيانة.

(٢) عدم الخيانة.

(٣) على المشهور، لأن المساقاة عقد على الأصول المملوكة للمالك، والعامل لا يملك سوى الحصة من الثمرة بعد الظهور، والمالك لم يأذن ولم يسلط إلا العامل، فلا يجوز للعامل أن يسلط غيره بعقد ثانٍ على أصول المالك حينئذ، ولأن عقد المساقاة هو سقي الأصول ونحوه مما هو مقصود بالذات، فلا يجوز للعامل الذي أريد مباشرته للسقي ونحوه بحسب مقتضى العقد أن يعامل غيره عليه بغير إذن المالك، لاختلاف الناس في العمل وتفاوت الأغراض فيه، فرضى المالك بعمل العامل في الأصول لا يدل على رضاه بتسليط العامل غيره على الأصول.

وعن ظاهر الإسكافي - احتمالاً كما في الجواهر - أنه يجوز ولو بدون إذن المالك، كما في الإجارة والمزارعة، وقد قوّاه بعض المتأخرين.

(٤) هذا هو الدليل الأول.

(٥) وهو السقي ونحوه، وهو الدليل الثاني.

(٦) وهو السقي كما في الدليل الثاني.

(٧) عند التسليط على الأصول كما في الدليل الأول.

(٨) وهو العامل.

(٩) للتسليط والعمل.

(١٠) حيث تقدم جواز أن يزارع العامل غيره، لأن العامل قد تملك منافع الأرض والثمره في قبال حصة منها للمالك إذا كان البذر من العامل، فالقصد من المزارعة أن تكون للمالك الحصة في قبال منافع الأرض للعامل سواء عمل فيها بنفسه أم لا، ولذا جاز له مزارعة الغير.

عمل الأرض غير مقصود، وحصة المالك محفوظة على التقديرين^(١).

وأما الفرق^(٢) بأن النماء تابع للأصل، وهو^(٣) من مالك الأصول في المساقاة، ومن الزارع في المزارعة فلمالك الأصل^(٤) تسليط من شاء دون غيره^(٥)، فإنما يتم^(٦) مع كون البذر من العامل، والمسألة^(٧) مفروضة في كلامهم أعم منه^(٨)، ومع ذلك^(٩) فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصة لكل منهما، فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر منه.

وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع، لأن المعاملة ليست على نفس الحصة، بل على الأرض، والعمل، والعوامل، والبذر بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئاً تسلط على نقله مع انتفاء المانع.

(والخراج على المالك)^(١٠).....

(١) من عمل العامل بنفسه أو لا.

(٢) بين المزارعة والمساقاة.

(٣) الأصل.

(٤) في المزارعة وهو العامل.

(٥) وهو العامل في المساقاة.

(٦) هذا الفارق.

(٧) مسألة جواز أن يزارع العامل غيره.

(٨) من كون البذر من العامل، ولذا قُيِّد شرح المسألة بهذا القيد فراجع.

(٩) ومع كون مفروض مسألة مزارعة العامل للغير أعم، فلا بد من إيجاد فارق آخر بين المزارعة والمساقاة يُجَوِّز للعامل أن يزارع غيره، وهو: أن العامل قد تملك الحصة بالعقد، وإذا تملكها فيجوز له أن ينقلها إلى من شاء وإن لم يكن البذر منه، ولا يتأف به عدم وجود الحصة وقت المزارعة الثانية لتكون باطلة، لأن المعاملة حيثئذ ليست على نفس الحصة ليعتبر وجودها، بل على العمل والعوامل والبذر في قبالة تملكه لشيء من الحصة المترقب ظهورها، فيجوز له أن ينقل هذا التسلط للغير في قبالة العمل والعوامل والبذر من ذلك الغير.

وفيه: أن هذا جارٍ في المساقاة أيضاً، فهو ليس بفارق.

(١٠) الخراج ما يأخذه السلطان عن الأراضي المفتوحة عنوة، وهي تملك تبعاً لتملك الآثار فيها، والآثار كالأشجار، فالخراج على مالك الشجر وليس على العامل، لأنه يستحق الحصة بسبب عمله لا بسبب شجره.

لأنه^(١) موضوع على الأرض والشجر^(٢)، فيكون على مالكهما، (إلا مع الشرط)^(٣) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصح مع ضبط المشروط^(٤)، (وتملك الفائدة بظهور الثمرة)^(٥) عملاً بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما، فمتى تحققت^(٦) ملكت كذلك^(٧).

(وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب)^(٨) من المالك والعامل، لوجود

- (١) الخراج.
 - (٢) فقد يوضع الخراج على الأرض، وقد يوضع على الشجر المغروس فيها.
 - (٣) فيصح، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(٩).
 - (٤) فإن كان المشروط جميع الخراج فلا بد من العلم بمقداره بحسب العادة، وإن كان بعضه فلا بد من العلم بمقدار البعض كمائة من ألف، أو كنصف الخراج بعد العلم بمقداره عادة، وقد مضى مثله في المزارعة.
 - (٥) المراد بالفائدة نماء الأصول الذي هو الثمرة، وعليه فتملك بالظهور بين العامل والمالك على النسبة المشتركة بلا خلاف فيه بيننا، وخالف بعض الشافعية وذهب إلى أن العامل لا يملك حصته إلا بعد القسمة، ورُدَّ: بأن الشرط تملك الحصة من الثمرة، والثمره صادقة حين ظهورها، فيجب أن يتحقق الملك حينئذ.
 - (٦) الثمرة.
 - (٧) بينهما.
 - (٨) لتحقق شرط وجوب الزكاة، فالزكاة تجب على الزرع والثمره حين بدو صلاحهما، وكل من المالك والعامل قد ملك الثمرة من حين صدق الاسم قبل بدو الصلاح، فتجب الزكاة حينئذ على من بلغ نصيبه النصاب.
- وخالف ابن زهرة في الغنية فأوجب الزكاة على من كان البذر منه، وهو المالك هنا، محتجاً بأن الحصة للأخر كالأجرة، قال الشارح في المسالك: «وضعفه ظاهر، لأن الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها لا بطريق الأجرة، ثم لو سلم كونها كالأجرة فمطلق الأجرة لا يمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب - بحيث تعلق ملكها بالأجرة بعد بدو صلاحها - إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحها، أو آجر المالك الزرع كذلك لَوَجِبَتْ الزكاة على مالك الأجرة كما لو =

شرط الوجوب وهو تعلق الوجوب بها^(١) على ملكه (ولو كانت المساقاة بعد تعلق^(٢) الزكاة وجوزانها^(٣)) بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد الثمرة حيث جوزانها مع ذلك^(٤) (فالزكاة على المالك)، لتعلق الوجوب بها على ملكه^(٥).

(وأثبت السيد) أبو المكارم حمزة (بن زهرة الزكاة على المالك في المزارعة^(٦) والمساقاة، دون العامل) مطلقاً^(٧)، محتجاً بأن حصته^(٨) كالأجرة، وهو ضعيف، لأن الأجرة إذا كانت ثمرة^(٩)، أو زرعاً^(١٠) قبل تعلق الوجوب^(١١) وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها كذلك^(١٢) بأي وجه كان، وإن أراد كالأجرة بعد ذلك^(١٣) فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح وتعلق^(١٤) الزكاة، لكنه^(١٥) خلاف الإجماع،

= اشترى الزرع كذلك - أي قبل بدو صلاحها - نعم لو كان يذهب إلى أن الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف إجماع الأصحاب، ومع ذلك لا يتم تعليقه بالأجرة، بل يتأخر ملكه عن الوجوب انتهى.

(١) لتعلق وجوب الزكاة بالثمرة وهي على ملك مالكةا فتجب عليه الزكاة.

(٢) بعد بدو الصلاح.

(٣) المساقاة، لأنه يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمرة.

(٤) مع بقاء عمل للعامل يزيد في الثمرة.

(٥) حين بدو صلاحها كانت الثمرة على ملك المالك.

(٦) إن كان البذر من صاحب الأرض.

(٧) سواء تملك العامل حصته قبل بدو الصلاح أم بعده.

(٨) العامل.

(٩) كما في المساقاة.

(١٠) كما في المزارعة.

(١١) وهو قبل بدو الصلاح، فتجب الزكاة على الأجير كما لو اشتراها.

(١٢) قبل تعلق الوجوب.

(١٣) بعد تعلق الوجوب، فليس هو محل النزاع، لأن عمله فيما إذا تملكها حين الظهور وقبل

بدو الصلاح.

(١٤) عطف على «بدو الصلاح».

(١٥) عدم تملك العامل حصته عند الظهور.

ومعه^(١) لا يتم التعليل^(٢) بالأجرة، بل بتأخر ملكه^(٣) عن الوجوب^(٤).

(والمغارسة باطلة)^(٥) وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الغرس بينهما، (ولصاحب الأرض قلمه^(٦))، وله الأجرة) عن الأرض، (لطول بقائه)^(٧) فيها، (ولو نقص^(٨) بالقلع ضمن^(٩) أرشه) وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً، وبقياً في الأرض بالأجرة، ولو كان الغرس من مالك الأرض، وقد شرط على

(١) ومع تملك العامل حصته بعد بدو الصلاح وبعد تعلق الزكاة.

(٢) بنفي الزكاة عن العامل.

(٣) ملك العامل للثمرة

(٤) وجوب الزكاة.

(٥) المغارسة معاملة خاصة على الأرض بأن يدفع مالها الأرض إلى رجل ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما، وهي باطلة - كما في المسالك وغيره - عندنا وعند أكثر العامة، لأن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع، وهو منفي هنا.

وفيه: أن الشارع مخص في المعاملات، فلذا ذهب جماعة من المتأخرين إلى الصحة بعد صدق عنوان العقد عليها، فتندرج تحت عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١).

نعم على القول بالبطلان لا فرق بين كون الغرس من المالك أو العامل أو منهما، وعلى البطلان فالغرس لصاحبه فإن كان من صاحب الأرض فعليه أجرة مثل عمل العامل، لأن العامل لم يحمل متبرعاً بل بالحصة ولم تسلم له، وإن كان الغرس من العامل فعليه أجرة مثل الأرض عن مدة شغله لها، ولصاحب الأرض قلمه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، ولو قلمه المالك حال كون الغرس للعامل فيضمن أرشه، لأنه غرس بإذن المالك وليس هو عرق ظالم حتى لا يكون له حق، وقد تقدم أن الأرض هو التفاوت في القيمة بين كونه قائماً ومقلوعاً.

ولو قلمه العامل حال كون الغرس له فإن أضمر بالأرض فيجب عليه ظم الحفر التي حدثت، وأرش الأرض لو نقصت أو تعيبت بالقلع، وقلع العروق التبقية وهكذا.

(٦) إذا كان الغرس للعامل.

(٧) بقاء الغرس.

(٨) الغرس.

(٩) المالك.

العامل غرسه وعمله بالحصّة فهو للمالكه^(١)، وعليه^(٢) أجرة الغارس، وما عمل فيه^(٣) من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابته)، لأن كلا منهما مسلط على ماله^(٤).

وحيث يقلعه الغارس^(٥) يجب عليه طمّ الحفر، وأرش الأرض لو نقصت به^(٦)، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع في الأرض، ولم يفرق المصنف كالأكثر في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل^(٧)، في استحقاق الأرش^(٨)، وثبوت أجرته^(٩) لو كان الغرس لمالك الأرض، وليس ببعيد الفرق، لتسرع العالم بالعمل^(١٠)، ووضعه الغرس بغير حق، وبه^(١١) فارق^(١٢)

(١) أعني صاحب الأرض.

(٢) على المالك.

(٣) وما عمل العامل في الغرس.

(٤) فلا يجبر على بيعه ولا على نقله بلا خلاف فيه.

(٥) وكان الغرس منه.

(٦) بالقلع.

(٧) قال في المسالك: «ولم يُفرّق الأصحاب في إطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل، بل تَغْيِيلُهُمْ مؤذّن بالتعميم، ولا يبعد الفرق بينهما، وأن لا أرش لصاحب الأرض مع علمه، ولا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أما الأول فلإذن في التصرف فيها بالحصّة مع علمه بعدم استحقاقه، وأما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه انتهى».

(٨) استحقاق المالك أرش نقصان الأرض لو قلع العامل، واستحقاق العامل أرش نقصان الغرس لو قلع المالك.

(٩) ثبوت أجرة العامل لو كان الغرس من مالك الأرض.

(١٠) لعلمه بالبطلان، ولا أرش لنقصان غرسه، لأنه وضعه بغير حق.

(١١) بهذا الفارق بين الجاهل والعالم، فالثاني متسرع ولا أرش له، بخلاف الأول فله أجرة العمل وأرش نقصان الغرس.

(١٢) فارق المغارس، وهو العامل في عقد المغارسة.

المستعير^(١) للغرس، لأنه موضوع بحق وإذن صحيحة شرعاً، بخلاف هذا الغرس^(٢).

(ولو اختلفا في الحصة حلف المالك)^(٣) لأن النماء تابع للأصل فيرجع إلى مالكة في مقدار ما أخرجه منه عن ملكه، مع أصالة بقاء غيره^(٤) وعدم^(٥) انتقاله، وملك^(٦) الغير له (وفي المدة^(٧) يحلف المنكر) لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة.

تم الجزء الأول من الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ويتلوه في الجزء الثاني كتاب الإجارة على يد مصنفها العبد الفقير إلى الله تعالى زين الدين علي بن أحمد الشامي العامل عامله الله بلطفه، وعفى عنه وعنهم وعن جميع المؤمنين بمنه وكرمه، إنه أكرم الأكرمين.

وافق الفراغ منه ظهر يوم الثلاثاء، سادس شهر جمادى الآخرة، سنة ست وخمسين وتسعمائة حامداً لله تعالى، مصلياً على رسوله وآله، مسلماً، مستخفراً، اللهم وفق لإكمالها واجعله خالصاً لوجهك الكريم بمحمد وآله الطيبين الطاهرين.

(١) وهو مفعول به من استعار الأرض للغرس، فلو غرسها وقلع المالك الغرس فعلى المالك الأرض، لأن الغرس قد وضع بحق وإذن من قبل المالك.

(٢) وهو غرس العامل العالم بطلان المغارسة.

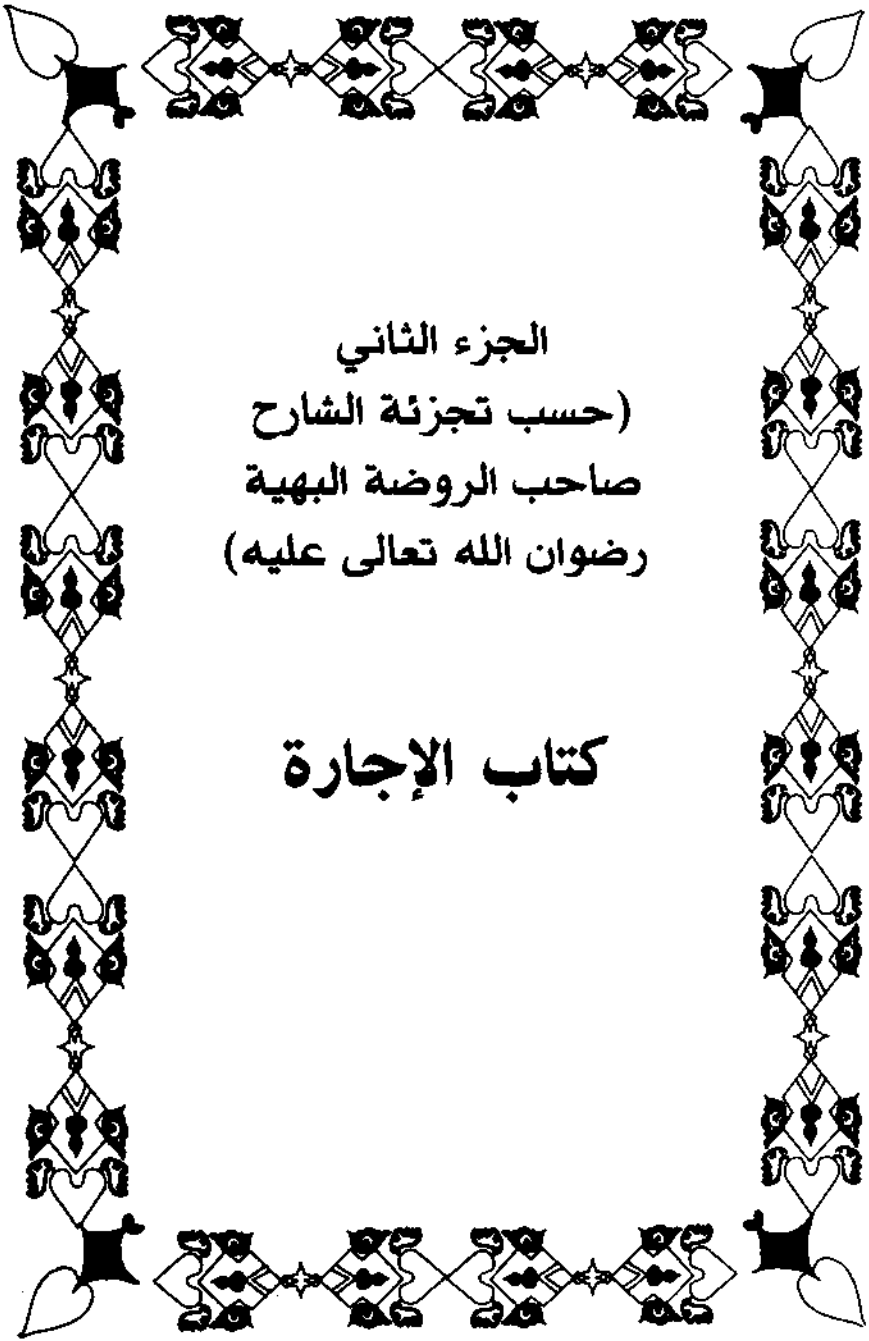
(٣) رجوع إلى أحكام المساقاة، فلو اختلف المالك والعامل في مقدار الحصة، فقال المالك: حصتك ربع، فقال العامل: نصف، فالقول قول المالك مع يمينه، لأن الشجرة نماء الأصول فهي تابعة لها في الملكية أيضاً، فقول المالك موافق لهذا الأصل والعامل مدعٍ للزيادة.

(٤) غير ما أخرجه عن ملكه باعتراه وإقراره.

(٥) وأصالة عدم انتقال هذا الغير.

(٦) وأصالة عدم ملك الغير له.

(٧) يقدم قول منكر الزيادة مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله.



الجزء الثاني
(حسب تجزئة الشارح)
صاحب الروضة البهية
رضوان الله تعالى عليه

كتاب الإجارة

(كتاب الإجارة^(١))

(وهي العقد^(٢) على تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم) فالعقد بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود، وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلق^(٣) بالأعيان، وبالعوض^(٤) الوصية بالمنفعة، وبالمعلوم^(٥) إصداقها^(٦)، إذ ليس في مقابلها^(٧) عوض معلوم وإنما هو البضع.

-
- (١) قال في المسالك: «وهي في اللغة اسمٌ للأجرة، وهي كراء الأجير، لا مصدر آجر يؤجر، فإن مصدره الإيجار، بخلاف باقي العقود فإنه يُعبر عنه بمصدر الفعل أو بإسم المصدر»، وزاد بعضهم مع احتمال أن تكون الإجارة مصدراً سماعياً لآجر، نحو كتب يكتب كتاباً وكتابة، وحينئذ يتحد المقام مع باقي العقود بالتعبير عنه بالمصدر.
 - (٢) على المشهور أنها عقد على تملك المنفعة خاصة بعوض معلوم، والعقد اسم يشمل جميع العقود، وقيد «تمليك منفعة» بخرج البيع لأنه عقد على تملك عين، وقيد «خاصة» بخرج الصلح، لأنه عقد واقع على تملك عين وعلى تملك منفعة، وقيد «بعوض» بخرج الوصية بالمنفعة، وقيد «معلوم» بخرج الصداق إذا كان تملك منفعة، لأن تملك المنفعة إذا كان مهراً لم يكن في قبالة عوض معلوم، وإنما في قبالة البضع.
 - (٣) صفة للصلح.
 - (٤) خرج بالعوض.
 - (٥) وخرج بالمعلوم الذي هو صفة للعوض.
 - (٦) مهر الزوجة.
 - (٧) مقابل منفعة الصداق.

ولكن ينتقض في طرده^(١) بالصلح على المنفعة بعوض معلوم، فانه^(٢) ليس إجارة بناء على جعله أصلاً^(٣).

(وإيجابها آجرتك^(٤))، وأكربتك، أو ملكتك^(٥) منفعتها سنة) قيّد التملك بالمنفعة^(٦)، ليحترز به^(٧) عما لو عبّر^(٨) بلفظ الإيجار والإكراء، فانه^(٩) لا يصح تعلقه إلا بالعين^(١٠)، فلو أوردتها على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار مثلاً

(١) بكونه غير مانع.

(٢) الصلح.

(٣) كما عليه الأكثر في قبال الشيخ الذي جعله فرعاً لما يفيد فائدته، وقد تقدم البحث فيه.

(٤) لما كانت الإجارة من العقود اللازمة كما سيأتي، فيجب في إنشاء إيجابها وقبولها كل لفظ صريح ماضوي على مبنى المشهور، وقد عرفت ما فيه، وعلى كل فالصريح في الإيجاب: آجرتك وأكربتك، يقال: آجرت الدار وأكربتها، أي: ملكت منفعتي للغير.

(٥) التملك يفيد نقل ما تعلق به، فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها فيقال: ملكتك الدار، إذا نقلت ملكيتها للغير، وهذا ليس مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر.

وعليه فيتعين إذا أردنا إنشاء الإيجاب بالتملك في الإجارة أن نضيف التملك إلى المنفعة، لأن الذي يتم نقله بالعوض في مورد الإجارة هو منافع الأعيان، وحتى يكون التملك من الألفاظ الصريحة حيثند فلا بد من الابتداء به فيقال: ملكتك منفعة الدار مدة كذا بكذا من العوض، وفيه ما قاله البعض من أن إنشاء الإيجاب في الإجارة بلفظ التملك مبني على صحة التجوز في صيغ العقود، وهو ممنوع عندهم، والعجب منهم كيف جمعوا بين ميثاقهم وهذا البناء.

نعم على المبنى المنصور من صحة التجوز في صيغ العقود الإنشائية كصحة التجوز في الإخبارات فيصح الإنشاء بلفظ التملك المذكور.

(٦) دون «آجرتك أو أكربتك».

(٧) بالتقييد.

(٨) عن الإيجاب.

(٩) فإن لفظ الإيجار والإكراء.

(١٠) يقال: آجرتك الدار أو أكربتها، ويفيد عرفاً ولغةً تملك منفعتي، بحيث لو أورد اللفظ المذكور على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار لم يصح، لأنه يفيد تملك منفعة متعلقه، ومتعلقه منفعة، فيفيد تملك منفعة المنفعة، وهو باطل إذ لا منفعة للمنفعة.

لم يصح، بخلاف التملك، لأنه^(١) يفيد نقل ما تعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها وليس ذلك^(٢) مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر، فيتعين فيها^(٣) إضافته^(٤) إلى المنفعة، ليفيد نقلها^(٥) إلى المستأجر حيث يعبر بالتملك.

(ولو) عبر بالبيع (ونوى بالبيع الإجارة^(٦) فإن أوردته على العين) فقال: بعتك هذه الدار شهراً مثلاً بكذا (بطل)^(٧)، لإفادته^(٨) نقل العين، وهو مناف للإجارة^(٩) (وإن قال: بعتك سكنها ستة مثلاً^(١٠) ففي الصحة وجهان) مأخذاً أن البيع^(١١) موضوع لنقل الأعيان، والمنافع تابعة لها، فلا يشمر^(١٢) الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به^(١٣)

- (١) التملك.
- (٢) ملك الأعيان.
- (٣) في الإجارة.
- (٤) إضافة التملك.
- (٥) ليفيد التملك نقل المنفعة.
- (٦) على نحو المجاز.
- (٧) نسيه في التذكرة إلى علمائنا، لعدم صحة التجوز في صيغ العقود، بل هو مجاز مستهجن، كلفظ النكاح وإرادة البيع منه أو بالعكس.
- (٨) البيع.
- (٩) بحسب المعنى الحقيقي فيكون مجازاً.
- (١٠) بحيث أورد البيع على المنفعة فالمشهور على المنع، لأنه مجاز ويشترط في العقد اللازم عدم المجاز، وتردد المحقق في الشرائع، وعن العلامة في التحرير احتمال الانعقاد به، لأن البيع بحسب معناه الحقيقي مما يفيد نقل المنفعة تبعاً لنقل العين، وإذا أفاد نقل المنفعة فيصح إنشاء الإجارة به بشرط التصريح بالمنفعة، لأنه من دون التصريح فهو لا يستعمل إلا في نقل الأعيان.
- وفيه: أنه مجاز صريح بعد عدم كون البيع موضوعاً لنقل المنفعة، وعلى مبناهم لا بد من الحكم بالبطالان من دون تردد.
- (١١) دليل البطلان.
- (١٢) البيع.
- (١٣) بالبيع.

الإجارة، وأنه يفيد^(١) نقل المنفعة أيضاً^(٢) في الجملة ولو بالتبع، فيقوم^(٣) مقام الإجارة مع قصدها^(٤)، والأصح المنع.

(وهي لازمة من الطرفين)^(٥) لا تبطل إلا بالتفصيل^(٦)، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ، وسيأتي بعضها، (ولو تعقبها البيع لم تبطل)^(٧) لعدم المنافاة^(٨)، فإن الإجارة تتعلق بالمنافع، والبيع بالعين، وإن تبعتها^(٩) المنافع حيث يمكن^(١٠)

(١) البيع، وهو دليل الصحة.

(٢) كتقل المنافع بحسب الأصل.

(٣) البيع.

(٤) قصد الإجارة.

(٥) بلا خلاف فيه، لأنها عقد فتندرج تحت عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١١)، ولا يخص بالاتفاق.

(٦) لعموم أدلة التفاضل الشاملة لكل عقد.

(٧) لا تفسخ الإجارة ببيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الإجارة بلا خلاف فيه لاختلاف متعلقهما، فالإجارة تعلقت بالمنفعة، والبيع تعلق بالعين، نعم يستحق المشتري العين من حين البيع مسلوبة المنفعة إلى حين انتهاء مدة الإجارة، وبما أنها مسلوبة المنفعة فلو كان المشتري جاهلاً بحقيقة البيع وأنه مؤجر فينتخير بين الإمضاء والصبر إلى انتهاء المدة، وبين الفسخ، لأن إطلاق عقد البيع يقتضي تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب، وهو غير متحقق هنا لكونها مسلوبة المنفعة، بخلاف العالم فلا خيار له، لإقدامه على ذلك، ثم لو فسح المستأجر عقد الإجارة بأحد أسباب الفسخ في أثناء المدة رجعت المنافع في مدة الإجارة إلى البائع وهو المؤجر، دون المشتري، لأن المشتري قد استحق بالعقد العين مسلوبة المنفعة إلى انتهاء المدة، وهذه المنافع هي لغيره قطعاً فإذا خرجت عن ملك المستأجر بالفسخ فيعين أنها للبائع المؤجر.

(٨) بين البيع والإجارة.

(٩) تبعت العين المنافع.

(١٠) دفع وهم، أما الوهم فقد تقدم أن البيع يفيد نقل المنافع بالتبع وإن أفاد نقل العين بالأصل وعليه فيتحد متعلق البيع والإجارة وإن اختلفا استقلالاً وتبعاً.

(سواء كان المشتري هو المستأجر، أو غيره)^(١) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارة على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجرة والثلث، وإن كان غيره^(٢) - وهو عالم بها^(٣) - صبر إلى انقضاء المدة، ولم يمنع ذلك^(٤) من تعجيل الثمن^(٥)، وإن كان جاهلاً بها^(٦) تخير^(٧) بين فسخ البيع، وإمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى انقضاء المدة، ثم لو تجدد فسخ الإجارة^(٨) عادت المنفعة إلى البائع، لا إلى المشتري.

(وعذر المستأجر لا يبطلها)^(٩) وإن بلغ حداً يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو

= وأما الدفع: فالبيع يفيد نقل المنفعة بالتبع حيث يمكن ذلك، وهو كون العين غير مسلوقة المنفعة، أما هنا فالعين مسلوقة المنفعة والبيع لم يُفد إلا نقل العين فقط ولا يفيد بالتبع نقل منافعها، إذ لا منفعة لها مملوكة للبائع بل هي للمستأجر، فلم يتحد متعلق البيع والإجارة.

(١) ما تقدم كان في المشتري غير المستأجر، أما لو كان المشتري نفسَ المستأجر، فالشهور على أن الإجارة لا تبطل بالبيع أيضاً، لنفس ما تقدم من الدليل، ويجتمع على المشتري الأجرة والثلث، أما الأجرة ففي قبالة المنافع وأما الثلث ففي قبالة العين التي كانت مسلوقة المنفعة. وعن العلامة في الإرشاد ونُسب إلى الشيخ فسخ الإجارة بالبيع، لأن ملك العين يستدعي ملك المنافع، فالمشتري يملك المنافع بتملكه للعين، ومعه يبطل سبب تملك المنافع بالإجارة لعدم اجتماع سببين على سبب واحد.

ورُد: بأن العين تستتبع المنافع في النقل والانتقال إذا لم يسبق تملكها بسبب آخر، وعليه فلم يجتمع سببان على سبب واحد.

(٢) وإن كان المشتري غير المستأجر.

(٣) بالإجارة.

(٤) من كون الدار مسلوقة المنفعة فلا يمكن للمشتري الانتفاع بالبيع.

(٥) لأن العقد يقتضي تعجيل الثمن والثلث، وعدم انتفاع المشتري بالعين لأنها مسلوقة المنفعة لا يمنع من تعجيل الثمن حتى يتفجع به البائع كما هو مقتضى العقد.

(٦) بالإجارة.

(٧) المشتري الجاهل.

(٨) من المستأجر أو المؤجر.

(٩) لو وقعت الإجارة على عينٍ وحدث مانعٌ للمستأجر من الانتفاع بمنافعها، فلا تبطل الإجارة، لأن المنفعة التي وقعت مورداً للعقد ما زالت باقية، وإنما المانع من جهته فيستصحب لزوم الإجارة بعد وقوع العقد.

استأجر حانوتاً فسرق متاعه) ولا يقدر على إيداله، لأن العين^(١) تامة صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم، (وإما لو عمّ العذر^(٢) كالثلج المانع من قطع الطريق) الذي استأجر الدابة لسلوكه مثلاً (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما)^(٣)، لتعذر استيفاء المنفعة المقصودة^(٤) حساً، فلو لم يجبر بالخيار لزم الضرر المنفي، ومثله^(٥) ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذ^(٦)، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت^(٧) والزمان^(٨) معين ينقضي^(٩) مدة العذر، ويحتمل^(١٠) انفساخ العقد في ذلك كله^(١١)، تنزيلاً للتعذر منزلة تلف العين^(١٢).

(ولا تبطل) الإجارة (بالموت)^(١٣) كما يقتضيه لزوم العقد، سواء في ذلك

(١) تعليل لعدم بطلان الإجارة.

(٢) بمعنى لم يكن المانع من قبله وإنما كان بأسباب طبيعية، فتعذر حينئذ استيفاء المنفعة المقصودة من الإجارة، كالثلج المانع من سلوك الطريق مع أن إجارة الدابة إنما كان لسلوك هذا الطريق، وكذا لو استأجر الدابة لسلوك طريق معين فعرض مانع شرعي كالخوف من سلوكه لظالم أو متعدي، وعليه فلزوم الإجارة على المستأجر ضرر، وهو منفي، ورفع بثبوت الخيار له بين الفسخ والإمضاء.

(٣) المؤجر والمستأجر.

(٤) من عقد الإجارة وإن أمكن استيفاء غيرها من العين المؤجرة.

(٥) مثل العذر العام.

(٦) حين الخوف.

(٧) فالحيض وتحريم السفر مانعان شرعيان.

(٨) زمن الاستئجار.

(٩) زمن الاستئجار ينقضي في زمن عذرها.

(١٠) ومن هنا قال سابقاً «الأقرب».

(١١) ما عدا العذر الذي يكون من قبل المستأجر.

(١٢) وتلف العين موجب للانفساخ كما سيأتي.

(١٣) اختلف فيه على أقوال، أنها لا تبطل بالموت مطلقاً، سواء كان يموت المؤجر أم المستأجر كما عن المحقق والعلامة، وعليه المتأخرون أجمع كما في المسالك، ونُسب إلى جملة من القدماء كالمرتضى والقديمين، لأن الإجارة من العقود اللازمة، ومن شأن اللزوم عدم البطلان بالموت، لعموم الأمر بالفوف بالعقود، وللإستصحاب.

وقيل: إنها تبطل مطلقاً، وهو المحكي عن المفيد في المنفعة والشيخ في الخلاف والنهاية =

= والدلمي وبنو حمزة وزهرة والبراج، وفي الشرائع نسبته إلى المشهور، لموثق إبراهيم بن محمد الهمداني (كتب إلى أبي الحسن عليه السلام): وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تُعطى الأجرة في كل سنة عند انقضائها، لا يُقدّم لها شيء من الأجرة ما لم يمضِ الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ 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 شيئاً منه فُعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى^(١).

بدعوى أن الجواب مشتمل على شرطيتين، فالأولى (إن كان لها وقت مسمى) الخ... وهي ظاهرة في أن المرأة إذا ماتت بعد إدراك الأنجم المضروبة قبل أخذ الأجرة فلورثتها تلك الأجرة، والثانية (فإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه) الخ... وهي ظاهرة في أن المرأة إذا ماتت في أثناء الأجل المضروب فتستحق الورثة الأجرة عن الماضي دون المستقبل، ولازم ذلك هو الفساد، وأيدهم على هذا التفسير كل من المجلسي وسيد الرياض وصاحب مفتاح الكرامة والشيخ الأعظم.

وذهب الأردبيلي وبحر العلوم إلى أن الخبر من أدلة عدم بطلان الإجارة بالموت، لأن المراد من الوقت في الجواب هو مدة الإجارة، سيما بعد ملاحظة السؤال حيث ورد فيه (هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت، أم تكون الإجارة منقضية بموت المرأة) وهو ظاهر في السؤال عن بطلان الإجارة لموت المؤجر في مدة الإجارة.

وبناء عليه فالجواب ظاهر في أنها لو ماتت فلورثتها تلك الإجارة بحسب الشرطية الأولى وهذا ظاهر في عدم البطلان، وتدفع الأجرة إلى الورثة بالنسبة إلى المنفعة الماضية بحسب الشرطية الثانية، وهذا لا ينافي الصحة.

والحق ما قال الأردبيلي من أنها صريحة في الصحة.

وعن الشيخ في البسوط أنها تبطل بموت المستأجر دون المؤجر، وتبعه ابن طاووس، وعن ابن البراج نسبته إلى أكثر أصحابنا، وما تقدم تعرف ضعفه.

ثم على القول بعدم بطلانها بالموت يستثنى منه مواضع، منها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فإنها تبطل بموته عملاً بالشرط.

موت المؤجر والمستأجر، (إلا أن تكون العين موقوفة) على المؤجر وعلى من بعده من البطون، فيؤجرها مدة ويتفق موته قبل انقضائها فتبطل، لانتقال الحق إلى غيره، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه، ولهذا لا يملك نقلها، ولا إتلافها.

نعم لو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته^(١)، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه، بل من حيث أنه ناظر، ومثله^(٢) الموصى له بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك^(٣)، ولو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضاً^(٤).

(وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه^(٥) تصح إعارته وإجارته) وينعكس في الإجارة كلياً^(٦)، دون الإعارة^(٧)، لجواز إعارة المنحة، مع أن المقصود منها

= ومنها: أن يكون المؤجر موقوفاً عليه وعلى من بعده من البطون عند موته، ثم يموت قبل انتهاء أمد الإجارة، فإنها تبطل بموته، لأن الحق المؤجر قد انتقل إلى غيره بموته، فيلزم رضا المالك الجديد.

ومنها: الموصى له بالمنفعة مدة حياته، فلو أجرها مدة ومات في أثناءها فإنها تبطل أيضاً، لانتهاء استحقاقه ورجوع المنفعة إلى ورثة الميت كما هو واضح.

(١) يموت الناظر، لأنه نائب منابهم جميعاً، فلو عاش مع جميع البطون أو وجد مع البطن الثاني لكان النظر إليه.

(٢) مثل الموقوف عليه.

(٣) يؤجرها مدة ثم يموت قبل انقضاء مدة الإجارة.

(٤) عملاً بالشرط.

(٥) كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه فهو مورد الإجارة، بلا خلاف فيه، لأن موردها ذلك لغةً وعرفاً، ثم إن هذا المورد هو مورد العارية على ما تقدم في بابها، وعليه فكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إجارته وعاريته، وكل ما تصح إجارته تصح إعارته، وكل ما تصح إعارته تصح إجارته.

(٦) والعكس في الإجارة: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إجارته، وفي مثله لا مورد للإجارة.

(٧) والعكس في الإعارة: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إعارته، وهو ليس بكلي، لجواز إعارة المنحة، وهي إعارة الشاة أو الناقة للبون، فيصح إعارتها مع أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بذهاب عينها الذي هو اللبن.

وهو اللبن لا تبقى عينه، ولا تصح إيجارتها^(١) لذلك^(٢) (متفرداً^(٣)) كان) ما يؤجر، (أو مشاعاً)^(٤) إذ لا مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان استيفاء المنفعة^(٥) بموافقة الشريك، ولا فرق بين أن يؤجره^(٦) من شريكه، وغيره عندنا.

(ولا يضمن^(٧) المستأجر العين إلا بالتعدي) فيها، (أو التفريط)^(٨)،

(١) إجارة المنحة.

(٢) لأن استيفاء المنفعة يتم بذهاب العين فلا مورد للإجارة.

(٣) إجارة المتفرد كإجارة الدار، بلا خلاف فيه، لإمكان تسليمه من قبل المؤجر وإمكان استيفاء المنفعة من قبل المستأجر، فلا بد من الصحة لوجود مقتضى بعد كونه عقداً مع عدم المانع.

(٤) كإجارة الحصة المشاعة من الدار كالنصف، ولا خلاف في صحة إيجارتها عندنا، لوجود المقتضى، لعموم «أوفوا بالعقود»^(١)، ولا مانع منه إلا عدم إمكان التسليم من قبل المؤجر وعدم إمكان الاستيفاء من قبل المستأجر، وهو غير مانع، إذ يمكن التسليم بموافقة الشريك، ومعه يمكن للمستأجر استيفاء المنفعة، وعليه لا بد من إذن الشريك في تسليم الحصة المشاعة المؤجرة، ولو أبى رفع أمره إلى الحاكم، لأنه ولي الممتع.

ثم الإشاعة لا تنافي معلومية المتاع، ولذا جاز وقوع البيع عليه فيصح وقوع الإجارة عليه أيضاً. وثم لا فرق في الحكم بين أن يؤجرها الشريك من شريكه أو غيره، لعموم أدلة صحة الإجارة، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد، وهو عندنا موضع وفاق، وخالف بعض العامة فمنع من الإجارة لغير الشريك، وهو تحكم إذ لا دليل له.

(٥) من قبل المستأجر، وإمكان التسليم من قبل المؤجر.

(٦) ضمير المفعول راجع إلى المتاع.

(٧) عدم ضمان المستأجر للعين المؤجرة لأنه أمين، بعد كون وضع اليد عليها بإذن المؤجر، والأصل في الأمين عدم الضمان إلا مع التعدي أو التفريط، فلا يشمل عموم النبوي (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)^(٢)، وللأخبار الآتية.

(٨) فمع التعدي أو التفريط يضمن، بلا خلاف فيه، لعموم «على اليد» بعد ارتفاع أمانته، وللأخبار.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٥، رقم الحديث ١١٥١٩، وكنز العمال ج ١٠ ص ٣٦٠ رقم الحديث ٢٩٨١١.

لأنها^(١) مقبوضة بإذن المالك لحق القابض، ولا فرق في ذلك^(٢) بين مدة الإجارة^(٣) وبعدها^(٤)، قبل طلب المالك وبعده، إذا لم يؤخر^(٥) مع طلبها اختياراً، (ولو شرط) في عقد الإجارة (ضمانها بدونها^(٦) فسد العقد)، لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع، ومقتضى الإجارة، (ويجوز اشتراط الخيار لهما أو

= منها: صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألت عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فتنفقت، ما عليه؟ قال عليه السلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء)^(١).

(١) العين المستأجرة، وهذا تعليل بالأمانة لعدم الضمان عند عدم التعدي أو التفريط.

(٢) في عدم الضمان.

(٣) ما تقدم إنما كان بلحاظ مدة الإجارة.

(٤) بعد مدة الإجارة، فلو تلفت في هذه المدة لا يضمن على المشهور، لبقاء الأمانة القاضية بعدم الضمان، وعن الشيخ وابن الجنيد الحكم بالضمان، لأن العين المؤجرة بعد انقضاء المدة أمانة شرعية لا مالكية، فيجب عليه ردها ولو لم يطلب المالك ولو تلفت كان ضامناً لها، وهذه هي أحكام الأمانة الشرعية.

والمشهور لم يوجبوا الرد عليه فوراً، بل لا يجب الرد حتى لو طلبها المالك وإنما عند الطلب يجب عليه التخلية فقط، والسبب في ذلك لأنها مقبوضة بإذن المالك، بخلاف الأمانة الشرعية فلا إذن للمالك فيها.

(٥) لم يؤخر المستأجر بالتخلية لو طلبها المؤجر، فلو أخر بالتخلية بعد الطلب وتلفت كان ضامناً، لأنه مفريط حيثئذ.

(٦) بدون التعدي أو التفريط، فقد ذهب المشهور إلى فساد الشرط، لمنافاته مقتضى عقد الإجارة من عدم الضمان عند عدم التعدي أو التفريط، ولما دل في السنة على عدم ضمان المستأجر، وقد تقدم، فلا يكون سائغاً، فلا يندرج تحت عموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٢).

وإذا فسد الشرط فسد العقد، لأن الشرط الفاسد مفسد، إذ لا تراضي في العقد إلا بناء على صحة الشرط ولم يسلم، فلا رضا حيثئذ بالعقد، ومعه يفسد، وعن جماعة منهم سيد الرياض عدم بطلان الشرط، لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٣).

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإجارة حديث ١.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

لاحدهما^(١) مدة مضبوطة، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، ولا فرق بين المعينة، والمطلقة عندنا.

(نعم ليس للوكيل والوصي فعل ذلك)^(٢) وهو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم^(٣) بحيث يفسخ^(٤) إذا أراد (إلا مع الإذن^(٥))، أو ظهور الغبطة^(٦) في الفسخ، فيفسخ^(٧) حيث يشترطها^(٨) لنفسه، لا بدون الإذن في الوكيل، ولا الغبطة في الوصي، لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها^(٩) إضافة الخيار^(١٠)

(١) بلا إشكال ولا خلاف كما في الجواهر، لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٣)، بل لا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أو للأجنبي، بشرط كون مدة الخيار معلومة، لئلا يلزم الغرر في الشرط.

ثم لا فرق في ثبوت الخيار في الإجارة المعينة كأن يستأجر هذه العين، وفي المطلقة كإجارة دار موصوفة، أو كأن يستأجره لعمل مطلق غير مقيد، كل ذلك للعموم المتقدم، وخالف بعض العامة فجوّز خيار الشرط في المطلقة دون المعينة، وهو تحكّم، إذ لا دليل له على التفريق.

(٢) الوصي هو ولي الصبي، فليس للوكيل والوصي اشتراط الفسخ للمستأجر، أو اشتراط الفسخ للموكل أو للصبي أو لأنفسهما، أما بالنسبة للوكيل فلأن مقتضى الوكالة إجراء عقد الإجارة اللازم، وهذا يقتضي عدم الخيار لأحد الطرفين إلا إذا أذن الموكل فيجوز للوكيل ذلك تبعاً للإذن.

وأما بالنسبة للوصي فلا يجوز له ذلك إلا مع ظهور الغبطة والمصلحة في ثبوت الخيار، ومعها يجوز.

(٣) من المستأجر والمؤجر.

(٤) ضمير الفاعل راجع لمن أعطي له حق الخيار، وهو المستأجر أو الأعم منه ومن المؤجر.

(٥) بالنسبة للوكيل.

(٦) بالنسبة للوصي.

(٧) كلّ من الوكيل والوصي.

(٨) يشترط الخيرة بمعنى الخيار.

(٩) في الإجارة.

(١٠) إضافته للإجارة، لأنه وكيل في الإجارة، والأصل فيها للزوم.

المقتضي^(١) للتسلط على إبطالها^(٢)، وكذا الوصاية^(٣)، فإن فعل الوصي منوط بالمصلحة.

(ولا يلد من كمال المتعاقدين^(٤)، وجواز تصرفهما) فلا تصح إجارة الصبي وإن كان مميزاً، أو أذن له الولي^(٥)، ولا المجنون مطلقاً^(٦)، ولا المحجور بدون إذن الولي^(٧)، أو من في حكمه^(٨) (ومن كون المنفعة) المقصودة من العين، (والأجرة معلومتين)^(٩).

(١) صفة للخيار.

(٢) إبطال الإجارة.

(٣) فتقتضي أن تقع الإجارة لمال الصبي لازماً على حسب أصلها إلا مع ظهور الغبطة بالفسخ.

(٤) كمالهما بالبلوغ والعقل والاختيار وأن يكونا جائزي التصرف، لعدم الفلاس والسفه ونحوهما من أسباب الحجر، فعقد الصبي والمجنون باطل، لأنهما مسلوبا العبارة شرعاً، لحديث رفع القلم (عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق)^(١)، وعقد المكره باطل، لأنه مسلوب العبارة، لحديث (رفع عن أمي تسعة أشياء: - إلى أن قال - وما أكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطروا إليه)^(٢).

وعقد المحجور عليه باطل، للحجر المانع من التصرف المالي، والإجارة تصرف مالي، بلا خلاف في ذلك كله.

(٥) فعبارة مسلوقة شرعاً، وإذن الولي وتمييزه لا تجعل العبارة مفضاة شرعاً.

(٦) أدوارياً أو مطبقاً.

(٧) فالمحجور الذي له ولي هو المكلف الذي بلغ سفيهاً، وولاية أبيه عليه مستمرة كما مضى في باب الحجر، وعليه فلو أذن الولي صح، لعدم سلب عبارته شرعاً، وإنما مُنع من التصرف لعارض وإذن الولي يرفعه.

(٨) في حكم الولي، وهو الغرماء بالنسبة للمفلس، لأن المفلس ممنوع من التصرف المالي حفظاً لحق الغرماء، وإذا أذنوا له بالتصرف فقد سقط المانع وارتفع.

(٩) أما العلم بالمنفعة التي كانت مورداً للإجارة كعمل العامل إذا استؤجر، ومنفعة الدار، فلا خلاف فيه، للغرر إذا كانت مجهولة.

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

ويتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين^(١) المستأجرة التي هي متعلقة بالمنفعة، أو وصفها بما يرفع الجهالة، وتعيين المنفعة إن كانت متعددة في العين ولم يُرد الجميع^(٢)، وفي الأجرة^(٣) بكليها، أو وزنها، أو عددها إن كانت^(٤) مما يعتبر بها^(٥) في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك^(٦).

(والأقرب أنه لا تكفي المشاهدة في الأجرة عن اعتبارها)^(٧) بأحد الأمور الثلاثة إن كانت مما يعتبر بها، لأن الإجارة معاوضة لازمة مبنية على الغائبة^(٨)، فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين، أما لو كانت الأجرة مما يكفي في بيعها

= والعلم بالمنفعة متحقق إما بتقدير العمل، كخياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه وغلظته وورقته في إجارة عمل العامل، أو بتقدير المدة، كسكنى الدار مثلاً سنة، أو العمل على الدابة كذلك، وبهذا ترتفع الجهالة عرفاً التي هي المدار في تحقق الغرر.

ثم لا يكفي في رفع الجهالة تقدير المنفعة بالعمل أو بالزمن، بل لا بد مع ذلك من مشاهدة نفس الدابة والدار أو وصفهما، ولا بد من تعيين المنفعة من العين عند عدم إرادة جميع منافعها من عقد الإجارة.

وأما العلم بالأجرة التي هي العوض فلا خلاف فيه للغرر أيضاً، والعلم بالأجرة متحقق بالوزن أو الكيل أو العدّ، إذا كانت الأجرة من هذه الأمور الثلاثة، وقيل: تكفي المشاهدة حتى في هذه الثلاثة، كما عن الشيخ والمرضى، لانتهاء معظم الغرر بالمشاهدة. وروى: بأنه قد ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن والعدّ في المكيل وأخويه في البيع مع عدم كفاية المشاهدة، وهذا كاشف عن عدم ارتفاع الغرر بالمشاهدة.

نعم ما تكفي المشاهدة فيه في البيع لرفع الغرر تكفي في الإجارة، وهذا لا يكون إلا في غير هذه الأمور الثلاثة.

(١) مع العلم بتقدير العمل وتقدير المدة على ما سمعته سابقاً.

(٢) جميع المنافع من العين.

(٣) يتحقق العلم بالأجرة.

(٤) هذه الأمور الثلاثة.

(٥) مما يعتبر العلم بها.

(٦) من المكيل أو الموزون أو المعدود.

(٧) اعتبار الأجرة، خلافاً للشيخ والسيد.

(٨) بحسب واقعها.

المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا^(١) قطعاً، وهو^(٢) خارج^(٣) بقرينة الاعتبار^(٤).

(وتملك) الأجرة (بالعقد)^(٥)، لاقتضاء صحة المعاوضة انتقال كل من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل^(٦)، وإنما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك^(٧)، فيتبعها^(٨) النماء متصلاً ومنفصلاً، (ويجب تسليمها^(٩) بتسليم العين) المؤجرة (وإن كانت على عمل فبعده)، لا قبل ذلك^(١٠)، حتى لو كان المستأجر وصياً، أو وكيلاً لم يجز له التسليم^(١١) قبله^(١٢)، إلا مع الإذن^(١٣)

(١) كفت المشاهدة في الإجارة.

(٢) ما يكتفى بمشاهدته في الإجارة.

(٣) خارج عن اشتراط الكيل أو الوزن أو العد في تحقق العلم بالأجرة.

(٤) بقرينة اعتبار المشاهدة في البيع.

(٥) لا خلاف في أن المعاوضة - كل معاوضة سواء كانت بيعاً أم إجارة - إذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين إلى الآخر، لأن المعاوضة هي تبادل مال بمال، ولازمه انتقال للعوضين بمجرد العقد.

(٦) لا يجب تسليم الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة، أو بالعمل إذا كانت الإجارة على عمل العامل لما تقدم في كتاب البيع من وجوب تقديم الثمن فيه، لأن الثمن عوض عنه، تابع له فيؤخر، ويشهد له ما في الخبر (في الحتمال والأجير، قال عليه السلام: لا يبيف عرقه حتى تعطيه أجرته)^(١).

(٧) بحيث يملك المؤجر الأجرة بالعقد، فلو كانت الأجرة معينة وظهر لها نماء متصل أو منفصل فالنماء للمؤجر تبعاً للأجرة وإن لم يدفعها المستأجر بعد.

(٨) يتبع الأجرة.

(٩) تسليم الأجرة.

(١٠) قد تقدم بحثه.

(١١) تسليم الأجرة.

(١٢) قبل العمل، وقبل تسليم العين المؤجرة، لأن الوصاية والوكالة اقتضت وقوع عقد الإجارة، ومن لوازمه دفع الأجرة بعد العمل وبعد تسليم العين المؤجرة، وعليهما أن يلتزما بذلك، فلو دفعا الأجرة قبل ذلك ضمنا حيثنذ.

(١٣) الإذن من الموكل والموصي بدفع الأجرة قبل التسليم والعمل.

صريحاً، أو بشاهد الحال، ولو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج، وامتنع المستأجر من التسليم^(١) تسلط الأجير على الفسخ^(٢).

(ولو ظهر فيها) أي: في الأجرة (عيب^(٣) فلالأجير^(٤) الفسخ، أو الأرض مع التعيين) للأجرة في متن العقد، لاقتضاء الإطلاق^(٥) السليم^(٦)، وتعيينه^(٧) مانع من البذل كالبيع، فيجبر العيب بالخيار (ومع عدمه) أي: عدم التعيين (يطلب بالبدل)^(٨)، لعدم تعيين الميعب أجرة، فإن أوجب إليه^(٩)، وإلا جاز له الفسخ^(١٠) والرضا بالمعيب فيطالب بالأرض^(١١)، لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره.

- (١) تسليم الأجرة، وكان الأجير غير قادر على العمل إلا بقبض الأجرة كالذي أجر نفسه للحج.
- (٢) لأن إزماء بالعمل ضرر، وهو منفي، وأشكل عليه في الجواهر بقوله: «ولا يتخلو من إشكال، بعد فرض إقدامه على الإجارة التي مقتضاها ذلك» انتهى.
- (٣) فإن كانت الأجرة مطلقة في الذمة، بمعنى أن الإجارة قد وقعت على منفعة دار بعوض، معلوم وصفه ولم يعينه في الخارج، تخير المؤجر بين الفسخ للضرر المنفي وبين المطالبة ببذل الميعب، وعن الشهيدين وجماعة الإشكال في الفسخ، لأن الأجرة أسر كلي هنا، وهو غير منحصر في المدفوع فيطالب المؤجر بالبدل، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ، وله - حين تعذر العوض - الرضا بالمعيب مع الأرض عن العوض الفائت في المدفوع.
- وإن كانت الأجرة معينة، بمعنى أن الإجارة قد وقعت على منفعة دار بهذا العوض المقدر والمعين في الخارج، فلو ظهر فيه عيب كان للمؤجر الفسخ أو الإمضاء مع الأرض بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لعين الدليل في المبيع المعين الميعوب، لأن الأدلة مطلقة، وسيذكرها الشارح في الروضة هنا.
- (٤) ما مثلناه إنما هو في الإجارة الواقعة على منفعة عين، وما مثله الماتن إنما هو في الإجارة الواقعة على عمل العامل، ولا تفاوت، فكل ما قيل في المؤجر هناك يقال في الأجير هنا.
- (٥) إطلاق الأجرة في عقد الإجارة.
- (٦) السليم من العيب في الأجرة.
- (٧) تعيين ما ذكر من الأجرة.
- (٨) يبدل المدفوع المعيب.
- (٩) إلى البذل، فقد وصل إليه حقه وهو المطلوب.
- (١٠) جاز له الفسخ عند تعذر البذل، وإزماء بالمعيب ضرر منفي.
- (١١) عوضاً عن الجزء الفائت في المدفوع.

(وقيل: له الفسخ) في المطلقة مطلقاً^(١) (وهو قريب ان تعذر الإبدال) كما ذكرناه، لا مع بدله، لعدم انحصار حقه في المعيب.

(ولو جعل أجرتين على تقديرين^(٢) كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي) يوم (آخر) بأجرة (أخرى، أو) جعل أجرتين إحداهما (في الخياطة الرومية) وهي التي بدرزين، (و) الأخرى على الخياطة (الفارسية) وهي التي بواحد فالأقرب

(١) سواء تعذر البديل أم لا كما عن المحقق في الشرائع والعلامة في الارشاد والتحرير.

(٢) بأن قال المستأجر للأجير: إن خطته على الطريقة الفلانية فلك درهم، وإن خطته على الطريقة الأخرى فلك درهماً، أو أن يقول: إن أتيت بهذا العمل في هذا اليوم فلك درهماً، وإن أتيت به غداً فلك درهم.

فمن جماعة منهم الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة الصحة، لعدم ﴿أوفوا بالمعقود﴾^(١)، وإطلاق أدلة الإجارة بعد صدق المعلومية على عوض الإجارة ومنفعتيها، فإنهما على كل تقدير معلومان والواقع لا يخلو منهما، ولقوله تعالى: ﴿قال إني أريد أن أتكحك إحدى ابنتي هاتين، على أن تأجرني ثماني حجج، فإني أتممت عشراً فمن عندك، وما أريد أن أشق عليك - إلى قوله تعالى - قال ذلك بيني وبينك أيما الأجلين قضيت فلا عدوان علي، والله على ما نقول وكيل﴾^(٢)، ولصحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول: اكريتها منك إلى مكان كذا وكذا، فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة، وسعى ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله)^(٣)، ومثله غيره.

وعن جماعة منهم ابن إدريس والعلامة في المختلف وولده فخر المحققين والمحقق الثاني البطلان، لأن المعلومية غير صادقة على وجه يرفع الإبهام، لأن المستأجر عليه ليس المجموع، ولا كل واحد، وإلا لوجب، فيكون واحداً غير معين، وذلك غرر مبطل للإجارة، كالبيع بشمين نقداً ونسيئة، أو إلى أجلين، وهو في البيع لا يرفع الغرر بالاتفاق فيجب مثله في الإجارة، ومعه يبطل التمسك بعموم الوفاء بالعقد.

وأما الآية فهي ظاهرة في كون الثاني إحساناً لا تقديراً ثانياً للإجارة، وأما الرواية فهي محمولة على الشرط فليست الأجرة فيها على تقديرين، بل الأجرة على تقدير، والزيادة إن حصلت فلها أجرة ثانية على نحو الشرط في متن العقد.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سورة القصص، الآيات: ٢٧ و٢٨.

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإجارة حديث ١.

الصحة)، لأن كلا الفعلين معلوم، وأجرته^(١١) معلومة، والواقع لا يخلو منهما، ولأصالة الجواز.

ويشكل بمنع معلوميته^(١٢)، إذ ليس المستأجر عليه المجموع، ولا كل واحد وإلا لوجبا، فيكون واحداً غير معين، وذلك غرر مبطل لها^(١٣)، كالبيع بثمانين على تقديرين^(١٤)، ولو تحمل^(١٥) مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بثمانين، لاشتراكهما^(١٦) في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة^(١٧).

نعم لو وقع ذلك جعالة^(١٨) توجهت الصحة، لاحتمالها^(١٩) من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة (ولو شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر^(١٠).....)

(١) أجرة كل من الفعلين.

(٢) بمنع معلومية العمل.

(٣) للإجارة.

(٤) نقداً ونسيئة، أو إلى أجلين.

(٥) عقد الإجارة.

(٦) البيع والإجارة.

(٧) المشروط فيها عدم الغرر.

(٨) بأن قال المالك: إن فعلته على كذا فلنك كذا، وإن فعلته على تقدير آخر فلنك كذا جعالة، إما أن يصرح بها، أو يقول: أجعل من يفعل كذا إلى آخر ما تقدم.

وهذا صحيح عندهم، لأن الجعالة تحتمل الجهالة كما سيأتي في بابها، ولذا صحت الجعالة فيمن قال: من ردّ عليّ عبدي فله كذا، مع أن موضع العبد غير معلوم بخلاف الإجارة، وإطلاق أدلة الجعالة يشمل موردنا، خلافاً للعلامة في المختلف حيث منع من ذلك، لأن الجعالة مفتقرة إلى تعيين الجعل وإن جهل العمل، والجعل هنا غير معين.

ورّد: بأن الجعالة تحتمل جهالة الجعل كما تحتمل جهالة العمل، ولذا تصح فيمن قال: من ردّ عليّ عبدي فله نصفه، مع أن قيمة الأبق غير معلومة، كعدم معلومية موضعه. لتحمل الجعالة.

(١٠) بمعنى لو قال: إن نقلت المتاع اليوم فلنك كذا، وإن نقلته غداً فلا شيء لك، فيبطل عقد الإجارة، وعليه فلو أتى الأجير بالعمل - سواء كان على التقدير الأول أم الثاني - فله أجرة المثل، كما هو المشهور، ومستندهم خيران.

الأول: صحيح ابن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كنت جالساً عند قاضٍ من

لم تصح^(١) في مسألة النقل) في اليومين، وثبتت أجره المثل على المشهور.
ومستند الحكمين^(٢) خبران أحدهما صحيح وليس بصريح في المطلوب،

= قضاة المدينة فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا، وإنه لم يفعل، فقال القاضي: ليس له كراه، فقال عليه السلام: فدعوته وقلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، وقلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه، اصطلحا فترادا بينكما^(١).

وفيه: أنه أجنبي عن المدعى، إذ ليس فيه اشتراط عدم الأجرة إن لم يوصله.

الثاني: خبر الحلبي (كنت قاعداً إلى قاضٍ من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، واشتوتطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق أتخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراه لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وأنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسدٌ وفقه كراه، فلما قام الرجل أقبل عليّ أبو جعفر عليه السلام: فقال: هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه^(٢).

وروجه الاستدلال أن الشرط على النقصان جائز ما لم يحط بجميع الكراه، فإن أحاط فالشرط غير جائز.

غير أن سند الخبر مشتمل على منصور بن يونس، وقد وثقه النجاشي وضعفه العلامة وغيره لكونه واقفياً، وكان في يده أموال كثيرة فوقف على إمامة الكاظم عليه السلام ولم يعتقد بإمامة الرضا عليه السلام لأجل ذلك.

وبما أن النصوص ما هو دال غير حجة وما هو حجة غير دال إن غرضنا النظر عن عمل المشهور بها، فلا بد من الرجوع إلى الأصول والقواعد الشرعية المقررة، وهي توجب العلم بالأجرة، والعلم بالأجرة هنا غير متحقق، لاختلاف الأجرة على التقديرين، فعلى الأول له شيء، وعلى الثاني لا شيء له، فلا يدري أجرته حينئذ، وعليه لا بد من الحكم بالظلال، ويكون للأجير أجره المثل، لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(١) الإجارة.

(٢) الأول: جعل الأجرة على التقديرين، والثاني: سقوط الأجرة على التقدير الثاني هكذا =

والآخر ضعيف، أو موثق^(١)، فالرجوع فيهما^(٢) إلى الأصول الشرعية أولى. وللمصنف «رحمه الله» في الحكم الثاني^(٣) بحث نبّه عليه بقوله: (وفي ذلك نظر^(٤))، لأن قضية كل إجارة المنع من تقيضها^(٥) فيمكن أن يجعل مورد الإجارة هنا القسم الذي فرض فيه أجره^(٦)، والتعرض للقسم الآخر الخالي عنها^(٧) تعرضاً في العقد لحكم يقتضيه^(٨)، فإن قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين حيث يطلق عدم^(٩) استحقاق شيء لو لم يُنقل^(١٠)، أو نُقل في غيره^(١١) (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين (قد شرط قضية العقد فلم

= فسر، وهو الظاهر من عبارة الشارح، ولكنه ليس في عمله، لأن الخبرين المذكورين إنما هما مستند الحكم الثاني بتقديره.

- (١) ضعيف على رأي العلامة، وموثق على رأي النجاشي.
- (٢) في الحكمين المذكورين.
- (٣) وهو شرط سقوط الأجرة على التقدير الثاني.
- (٤) وجهه: أن الإجارة هنا لم تكن على تقديرين، وإنما كانت على تقدير واحد، وهو التقدير الأول من جعل العوض في قبال عمله في الزمن المعين، ومن المعلوم أن الإجارة على المنفعة بعوض معلوم في وقت معلوم تقتضي عدم العوض لو أتى بالمنفعة في غير هذا الوقت، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعة أبداً، وهذا اللازم من مقتضيات العقد. وإذا تقرر ذلك فالإجارة هنا لما كانت على تقدير واحد، وكان لها هذا اللازم فقد جعل هذا اللازم شرطاً في متن العقد، وهذا لا يوجب بطلانها، ولازمه ثبوت أجره المسمى لو أتى الأجير بالمنفعة في الوقت المعلوم لا أجره المثل كما ذهب إليه المشهور، كما أن لازمه عدم ثبوت أجره المثل فيما لو أتى الأجير بالمنفعة في غير الوقت المعلوم، كما لا أجره للأجير لو لم يأت بالمنفعة أبداً.
- (٥) وتقيضها هو عدم العوض لو لم يأت بالمنفعة في الوقت المعلوم، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعة أبداً.
- (٦) وهو التقدير الأول.
- (٧) عن الأجرة.
- (٨) يقتضيه العقد الواقع في القسم الأول.
- (٩) خبر لقوله «فإن قضية الإجارة».
- (١٠) أبداً.
- (١١) غير الوقت المعين في متن العقد.

تبطل) الإجارة (في مسألة النقل، أو في غيرها) مما شاركها في هذا المعنى، وهو^(١) اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مقتضى الإجارة الخاصة (غاية ما في الباب أنه إذا أُخْلِ بالمشروط) وهو^(٢) نقله في اليوم المعين (يكون البطلان منسوباً إلى الأجير) حيث فوّت الزمان المعين، ولم يفعل فيه^(٣) ما شرط عليه، فلا يستحق شيئاً، لأنه لم يفعل ما استؤجرَ عليه.

(ولا يكون) البطلان (حاصلاً من جهة العقد) فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير^(٤)، وإثبات^(٥) أجرة المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل الشارع إلى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، ولا استؤجر عليه.

وهذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب، وهو نظر موجه، إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل^(٦) في الزمن المعين، وما خرج عنه^(٧) خارج عنها^(٨)، وظاهر الرواية^(٩)، وكلام الأصحاب أن مورد الإجارة كلا القسمين^(١٠)، ومن ثم^(١١) حكموا بصحتها^(١٢) مع إثبات الأجرة على التقديرين^(١٣)، نظراً إلى حصول

(١) هذا المعنى.

(٢) المشروط.

(٣) في الزمان المعين.

(٤) وهو عدم الأجرة على الشق الثاني.

(٥) ولا وجه للحكم بإثبات أجرة المثل كما عليه المشهور.

(٦) وهو التقدير الأول.

(٧) عن هذا التقدير الأول.

(٨) عن الإجارة.

(٩) وهي خبر الحلبي.

(١٠) من ثبوت الأجرة على الفعل في الزمن المعين، وعدم الأجرة في غيره.

(١١) من كون كلا القسمين مورداً للإجارة.

(١٢) بصحة الإجارة.

(١٣) وهي المسألة الأولى، وهي ثبوت أجرة على تقدير ونقصانها على تقدير آخر، والحاكم

بالصحة هو الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة وجماعة كما تقدم.

المقتضي، وهو^(١) الإجارة المعينة المشتملة على الأجرة المعينة^(٢) وإن تعددت^(٣) واختلفت^(٤)، لانحصارها وتعيينها^(٥) كما تقدم، وبطلانها^(٦) على التقدير الآخر، ولو فرض^(٧) كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة^(٨)، وهو^(٩) النقل في الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان^(١٠) على تقدير فرض أجرة، مع نقله في غيره^(١١) أولى^(١٢)، لأنه^(١٣) خلاف قضية الإجارة^(١٤) وخلاف ما تعلقت به،

- (١) المقتضي، والمراد به مقتضي الصحة.
- (٢) والمعنى بالمنفعة والعموض معلومان على كلي من التقديرين، ومع العلم لا بد من الحكم بالصحة.
- (٣) الأجرة، وكذا المنفعة.
- (٤) الأجرة، فهي على تقدير مغايرة لها على التقدير الآخر زيادة ونقصاناً، وكذا المنفعة فهي على تقدير معجلة وعلى الآخر مؤجلة.
- (٥) الأجرة، وكذا المنفعة.
- (٦) الإجارة، وهو عطف على قوله «ومن ثم حكموا بصحتها مع إثبات الأجرة على التقديرين»، والمعنى قد حكموا ببطلان الإجارة المشتملة على تقدير عدم الأجرة إذا لم يأت بالمنفعة في الزمن المعين.
- (٧) كما هو مورد الإجارة في تنظر الماتن.
- (٨) وهو ثبوت الأجرة على المنفعة في الزمن المعين.
- (٩) القسم الأول.
- (١٠) في الإجارة في المسألة الأولى المشتملة لثبوت الأجرة على التقديرين.
- (١١) غير الزمن المعين، وهو التقدير الثاني من المسألة الأولى.
- (١٢) وجه الأولوية أن التقدير الثاني من المسألة الثانية بناء على أن موردها التقدير الأول فقط هو من لوازم عقد الإجارة ومع ذلك حكم بالبطلان، مع أن التقدير الثاني من المسألة الأولى بناء على أن موردها التقدير الأول هو مناقض لعقد الإجارة وليس من لوازمه، إذ لازمه عدم الأجرة على خلاف التقدير الأول وليس لازمه ثبوت أجرة ولو أقل، وعليه فإذا كان اشتراط لازم العقد في المسألة الثانية مبطلاً، لكان اشتراط نقيض العقد في المسألة الأولى أولى بالبطلان.
- (١٣) فرض الأجرة على خلاف التقدير الأول.
- (١٤) الإجارة المتعلقة بالتقدير الأول، لأن لازمه عدم الأجرة على تقدير غيره، ففرض أجرة على هذا الغير يكون مناقضاً.

فكان أولى بثبوت أجره المثل^(١).

وجعل القسمين^(٢) متعلقهما^(٣) على تقدير ذكر الأجرة^(٤)، والأول^(٥) خاصة^(٦) على تقدير عدمه^(٧) في الثاني^(٨) - مع كونه^(٩) خلاف الظاهر^(١٠) - موجب لاختلاف الفرض بغير دليل.

ويمكن الفرق^(١١) بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما^(١٢) مورد الإجارة^(١٣) حيث أتى بلازمها^(١٤) وهو^(١٥) الأجرة فيهما^(١٦)، وإسقاطها^(١٧) في التقدير الآخر^(١٨) قرينة عدم جعله^(١٩)

(١) لأنه بعد بطلان الإجارة يبطل المسمى وتثبت أجره المثل.

(٢) لو التزم المصنف بكون المسألة الأولى شاملة للتقديرين بخلاف المسألة الثانية فإنها مختصة بالتقدير الأول فقط فهو بالإضافة إلى أنه على خلاف ظاهر كلام الأصحاب موجب لاختلاف الفرض بين المسألتين بلا دليل.

(٣) متعلق الإجارة.

(٤) في كلا التقديرين وهي المسألة الأولى.

(٥) القسم الأول، وهو التقدير الأول الذي ذكرت الأجرة فيه.

(٦) فهو مورد الإجارة فقط.

(٧) عدم ذكر الأجرة.

(٨) في التقدير الثاني، وهو المسألة الثانية.

(٩) هذا الفرق.

(١٠) ظاهر كلام الأصحاب.

(١١) بين المسألتين.

(١٢) جعل التقديرين.

(١٣) في المسألة الأولى.

(١٤) بلازم الإجارة.

(١٥) اللازم.

(١٦) في التقديرين.

(١٧) إسقاط الأجرة.

(١٨) من المسألة الثانية.

(١٩) عدم جعل التقدير الثاني.

مورداً^(١) من حيث نفي اللزوم^(٢) الدال على نفي اللزوم^(٣)، وحيث^(٤) فتزيله على شرط قضية العقد أولى من جعله^(٥) أجنبياً^(٦) مفسداً للعقد بتخلله بين الإيجاب والقبول^(٧).

(ولابد) في صحة الإجارة^(٨) على وجه اللزوم^(٩) (من كون المنفعة مملوكة له) أي: للمؤجر، (أو لمولاه) وهو من يدخل تحت ولايته ببنة، أو وصاية، أو حكم (سواء كانت مملوكة له بالأصالة) كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة لا بالتبعية للعين، ثم أجرها، أو أوصي له بها^(١٠)، (أو بالتبعية) للملكه للعين.

(١) مورداً للإجارة في المسألة الثانية.

(٢) وهو نفي الأجرة.

(٣) وهو الإجارة.

(٤) حال كون التقدير الثاني من المسألة الثانية ليس مورداً للإجارة فيجعل شرطاً لفتضى الإجارة على ما مضى.

(٥) جعل التقدير الثاني في المسألة الثانية.

(٦) أجنبى عن الإجارة المتعلقة بالتقدير الأول.

(٧) فضلاً عن إفساده للعقد من جهة ثانية، وهي تجهيل الأجرة، وقد تقدم الكلام فيه، بالإضافة الى الخير.

يبقى وجه الأولوية في كلام الشارح ناشئة من كون الأصل في العقود الصحة، فإذا حمل التقدير الثاني على كونه شرطاً مع إبقاء صحة العقد فهو أولى من جعله مورداً للإجارة ومبتلاً لها وهو على خلاف أصالة الصحة في العقود.

(٨) يشترط أن تكون المنفعة التي وقع عليها عقد الإجارة مملوكة للمؤجر، بلا خلاف فيه، وهذا من الواضحات، ضرورة عدم تحقق المعاوضة في غير المملوك، فلا يصح لزيد مثلاً أن يعاوض عن مال غيره، وإنما يصح أن يعاوض عن مال نفسه، وعليه فالمنفعة إما مملوكة للمؤجر كما سمعت أو مملوكة لشخص يكون المؤجر نائباً عنه بوكالة أو وصاية أو ولاية كالحاكم الشرعي، وبالنسبة عنه يصح أن يتصرف في مال النوب عنه.

ثم مملوكة المنفعة للمؤجر إما أن تكون تبعاً لملك العين أو منفردة، والأول كمن يملك الدار، وهو يملك منافعتها تبعاً، والثاني كمن يملك منفعتها فقط كمن أوصي إليه بمنفعة الدار أو كانت موقوفة عليه، وعلى كل فمك الملكية فهو حر التصرف فيها، وله أن يعاوض عليها كيفما شاء، بلا خلاف في ذلك كله.

(٩) احتراز عن عقد الفضولي، فإنه صحيح لا على وجه اللزوم، لكنه موقوف على الإجارة.

(١٠) بالمنفعة.

(وللمستأجر أن يؤجر)^(١) العين التي استأجرها، (إلا مع شرط) المؤجر الأول عليه^(٢) (استيفاء المنفعة بنفسه) فلا يصح له^(٣) حينئذ^(٤) أن يؤجر^(٥)، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني^(٦) استيفاء^(٧) المنفعة له بنفسه^(٨) فيصح أن يؤجر أيضاً، لعدم منافاتها^(٩) لشرط المؤجر الأول، فإن استيفاء^(١٠) المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه^(١١)، وعلى تقدير جواز إيجاره^(١٢) لغيره هل يتوقف تسليم العين^(١٣)

(١) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها، بلا خلاف فيه، للنبي (الناس مسطون على أموالهم)^(١)، فهو يعد تملكه المنفعة بعقد الإجارة مسلط عليها كيفما شاء، وللأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وأجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس، ولا يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئاً)^(٢)، وهي وإن كانت واردة في عدم صحة الإجارة بالأكثر، إلا أنها تدل على جواز أن يؤجر المستأجر ما ملكه بعقد الإجارة.

(٢) على المستأجر الأول.

(٣) للمستأجر الأول.

(٤) حين الاشتراط المذكور عليه.

(٥) عملاً بالشرط، بلا إشكال ولا خلاف في ذلك، لأنه بالإجارة الثانية سيستوفي المنفعة غير المستأجر الأول، وهو على خلاف الشرط.

(٦) على المستأجر الثاني.

(٧) استيفاء المستأجر الأول المنفعة للمستأجر الثاني.

(٨) بنفس المستأجر الأول.

(٩) منافاة الإجارة الثانية.

(١٠) المستأجر الأول.

(١١) ولغيره.

(١٢) إيجار المستأجر الأول.

(١٣) من المستأجر الأول للمستأجر الثاني.

(١) غوالي اللثالي ج ٣ ص ٢٠٨ رقم الحديث ٤٩.

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجارة حديث ٣.

على إذن مالكها؟ قيل: نعم^(١)، إذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة، والإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره، فيضمن لو سلمها بغير إذن.

وقيل^(٢): يجوز تسليمها من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين، وقد حكم بجوازها^(٣)، والإذن في الشيء إذن في لوازمه.

وهذا هو الذي رجحه المصنف في بعض حواشيه، وفيه قوة، ويؤيده صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير، وغيرها^(٤) أولى.

(١) كما هو قول الشيخ في النهاية والحلي في السرائر والعلامة في القواعد والمحقق الثاني في جامعه، لأن استحقاقه استيفاء المنفعة والإذن له في التسلم من قبل المالك لا يدلان على جواز تسليمها لغيره، ولو فعل لضمن.

(٢) كما عن الشهيدين وسيد الرياض وجماعة، لأن القبض من ضروريات الإجارة فلا بد أن يأذن المالك بالقبض، والأذن بالقبض إذن في الاستيلاء على العين لاستيفاء منافعتها، والاستيفاء أعم من كونه بنفس المستأجر الأول أو بعقد إجارة ثانية، فالمالك قد أذن له بالقبض المستلزم للاستيفاء الأعم من كونه بنفسه أو بغيره، والإذن بالشيء إذن في لوازمه، وإذا جاز للأول أن يسلم المستأجر الثاني من غير إذن المالك فهو ليس بضامن عند التلف أو النقصان، ويشهد له صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت، فما عليه؟ قال عليه السلام: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء)^(١).

وإذا دلت الرواية على جواز الاستيفاء من غير المستأجر الأول، فتدل على جوازه سواء كان بعقد إجارة أم بإذن من المستأجر الأول.

هذا وجعلها مؤيداً كما في الروضة هنا ليس في محله بعد صراحتها على المطلوب، ولذا قال في المسالك: «والأقوى عدم الضمان لصحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام».

(٣) جواز الإجارة الثانية، وهي من لوازم الإجارة الأولى، والإذن في الأولى إذن في لوازمها وهذا مما لا خلاف فيه.

(٤) غير الدابة التي وقعت مورداً للسؤال في الرواية، ووجه الأولوية أن الدابة بحاجة إلى عناية أكثر من الدار والثوب لو وقعت الإجارة على منفعتها أو خياطتها.

(ولو أجر الفضولي فالأقرب الوقوف على الإجازة) كما يقف غيرها^(١) من العقود^(٢)، وخصها بالخلاف^(٣)، لعدم النص فيها^(٤) بخصوصه، بخلاف البيع، فإن قصة عروة البارقي مع النبي ﷺ في شراء الشاة تدل على جواز بيع الفضولي وشراؤه، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص^(٥)، والأشهر توقفه على الإجازة مطلقاً^(٦).

(ولا بد من كونها) أي: المنفعة (معلومة^(٧)) إما بالزمان) فيما لا يمكن ضبطه

(١) غير الإجازة.

(٢) قال الشارح في المسالك: «ولو أجر غير المالك شيئاً مما يصح للمالك إيجاره فضولياً - أي بدون إذن المالك - هل يقع باطلاً أو يقف على الإجازة قولان، ولا خصوصية لهما بالإجازة، بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي، انتهى، وقد تقدم الخلاف مفصلاً في كتاب البيع.

(٣) خص الإجازة هنا بالخلاف، لاحتمال أن يقال إن الدليل الدال على وقوف عقد الفضولي على الإجازة هو قصة عروة البارقي، حيث أمره النبي ﷺ بشراء شاة بدينار، فاشتري شاتين به، ثم باع إحداهما بدينار، ورثة الدينار مع الشاة الأخرى إلى النبي ﷺ فأجازته بقوله: (بارك الله لك في صفقة يمينك)^(١).

وأنه مختص بالبيع دون غيره، وفي غيره البطلان، وفيه: لم يذهب أحد إلى أن عقد الفضولي متوقف على الإجازة في البيع، وباطل في الإجازة، بل المشهور على التوقف مطلقاً، وابن إدريس والفخر على البطلان مطلقاً إلا في النكاح لورود الأخبار فيه.

(٤) في الإجازة.

(٥) وهو البيع فقط.

(٦) في البيع وغيره من بقية العقود.

(٧) قد تقدم اشتراط العلم بالمنفعة والأجرة للغرر، وتقدم أن الأجرة تُعلم بالكيل أو الوزن أو العد إذا كانت من هذه الأمور الثلاثة وإلا فالمشاهدة، وتقدم أن المنفعة تُعلم بتقدير العمل أو بتقدير الزمان، والأول كمن استأجر أجيراً على خياطة هذا الثوب، أو استئجار الدابة لركوبها إلى الموضع المعين، والثاني كاستئجار الأجير للخياطة شهراً أو استئجار الدابة لركوبها شهراً، والتقدير بكل منهما موجب لرفع الجهالة عرفاً التي هي المدار في رفع الغرر.

ثم إن كل منفعة تعلم بالعمل وتعلم بالزمان فيكفي بتقديرها بأيهما كان، وبعض المنافع لا يمكن ضبطها إلا بأحدهما كالإرضاع فلا بد من ضبطه بالزمان كاستئجارها للإرضاع شهراً، والفحل للضراب لا بد من ضبطه بالعمل كالمرّة والمرتين دون الزمان وهذا واضح.

إلا به (كالسكنى) والإرضاع (وإما به^(١) أو بالمسافة^(٢)) فيما يمكن ضبطه بهما (كالركوب) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين، (وإما به^(٣) أو بالعمل) كاستئجار الأدمي لعمل (كالخياطة) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب.

(ولو جمع بين المدة والعمل)^(٤) كخياطة الثوب في هذا اليوم (فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق) بين العمل والزمان، بحيث يبتدئ بابتدائه وينتهي

(١) بالزمان.

(٢) هو تقدير العمل، فجعلها فسيماً للعمل ليس في محله.

(٣) بالزمان.

(٤) على منفعة، يمكن ضبطها بأحدهما، كخياطة هذا الثوب في هذا اليوم، فالخياطة يمكن تقديرها بالعمل كخياطة هذا الثوب، ويمكن تقديرها بالزمن كخياطة هذا اليوم.

ولو جمع بينهما فلا تخلو المدة إما ظرفاً مطلقاً أو ظرفاً للتطبيق، وعلى الأول بحيث أريد من الظرف الإطلاق بمعنى إرادة الخياطة وأن تقع في هذا اليوم وإن بقي شيء من اليوم بعد انتهاء العمل، وعليه فإن عُلم إتساع المدة لوقوع الفعل فلا ريب في الصحة حينئذ، وإن علم بعدم الاتساع فلا ريب في الفساد للعجز، وعلى الثاني بحيث أريد من الظرف التطبيق بمعنى إرادة الخياطة وأن يشرع الأجير فيها في ابتداء اليوم وينتهي منها بانتهاء ذلك اليوم، وهو باطل حينئذ على المشهور، لاستلزامه الغرر، لإمكان انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل وبالعكس، وإذا انتهى الزمن قبل العمل فإما أن يؤمر بإكمال العمل أو لا، ولا ثالث، وعلى الأول لزم العمل في غير المدة المشتركة، وعلى الثاني يكون تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد.

وأما إذا انتهى العمل قبل الزمن فإما أن يؤمر بالعمل أو لا، ولا ثالث، فإن أمر بالعمل بعد تمامية عمل الثوب لزم الزيادة في العمل عما وقع عليه العقد، وإن لم يؤمر كان تاركاً للعمل في المدة المشروطة، وجميع اللوازم الأربعة على خلاف عقد الإجارة، وغالباً ما يفتق عدم المطابقة بين انتهاء العمل وانتهاء المدة فلا يعلم الأجير بإمكان التطبيق ليسلم له العقد فيلزم الغرر، وعند عدم التطابق لا بد من لازم من اللوازم الأربعة المتقدمة، وهو لازم على خلاف العقد، وذهب العلامة في المختلف إلى الصحة، وقال عنه في المسالك: «واختار في المختلف الصحة محتجاً بأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالباً بفراغ العمل، ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان، والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه - إلى أن قال - والحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقة، وهو خلاف موضع النزاع» انتهى.

بانتهاهه، لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس، فإن أمر بالاكمال في الأول^(١) لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا^(٢) كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد، وإن أمر في الثاني^(٣) بالعمل إلى أن تنتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في المدة المشروطة.

ولو قصد مجرد وقوع الفعل^(٤) في ذلك الزمان صح مع إمكان وقوعه فيه، ثم إن وقع فيه^(٥) ملك الأجرة، لحصول الغرض، وإن خرجت المدة قبله^(٦)، فإن كان^(٧)، قبل الشروع فيه^(٨) بطلت^(٩)، وإن خرجت^(١٠) في أثناءه استحق المسمى لما فعل.

وفي بطلانها^(١١) في الباقي^(١٢)، أو تخيير المستأجر بين الفسخ في الباقي،

(١) في انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل.

(٢) وإن لم يؤمر بالاكمال.

(٣) في انتهاء العمل قبل انتهاء الزمن.

(٤) بأن كان الزمن ظرفاً مطلقاً، وقد تقدم شرحه.

(٥) وقع العمل في الزمن المعين.

(٦) قبل انتهاء العمل والمدة ظرف مطلق.

(٧) خروج الوقت.

(٨) في العمل.

(٩) لوقوعها على منفعة الأجير في الزمن المعين، وقد ارتفعت - أعني الإجارة - بمضي الزمن

فلا موضوع للإجارة حينئذ فتبطل.

(١٠) المدة، بحيث خرجت في أثناء العمل، فما وقع من العمل في أثناء المدة يستحق الأجير

نسبته من المسمى، بمعنى أن تقسط الأجرة على الجميع فيأخذ من الأجرة ما أنجزه، فلو

أنجز نصف العمل وكانت الأجرة مائة فيستحق خمسين وهكذا.

(١١) الإجارة.

(١٢) بقية العمل الذي سيقع خارج الوقت، فيحتمل البطلان، لعدم وقوع تمام العمل في

المدة، ويحتمل التخيير للمستأجر لا للأجير بين فسخ الإجارة والإمضاء في الإكمال، أما

الفسخ فلأن إلزام الإجارة عليه خارج الوقت قد يكون على خلاف غرضه، إذ قد يتعلق

غرضه بإتمام العمل في الوقت المعين، وأما الإمضاء فلأن عقد الإجارة قد وقع على

العمل فقط والزمن ظرف وقيد فقط، وإذا فات القيد فيبقى مورد الإجارة باقياً، ومع

بقائه فلا موجب للحكم بالبطلان إلا إذا لم يرضَ المستأجر فتبطل.

أو الإجازة فيكمل خارجة ويستحق المسمى^(١) وجهان، وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى^(٢)، والأوسط^(٣) أجود.

(ولا يعمل الأجير الخاص)^(٤) وهو الذي يستأجره للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكماً، كما إذا استؤجر لعمل معين، أول زمانه^(٥) اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده^(٦) (لغير المستأجر) إلا بإذنه، لانحصار منفعته فيه^(٧) بالنسبة إلى

- (١) لأن الذي وقع في قبال العمل هو الأجرة السماة بمقتضى العقد لا أجرة المثل.
 - (٢) لأنه مع الفسخ يبطل عقد الإجازة، ومع البطلان فلا مسمى في قبال مجموع العمل حتى يقسط على ما أنجزه، فلا بد أن يكون للأجير أجره المثل عما عمل بعد عدم كونه متبرعاً، لأنه أقدم على أن له الأجرة ولم تسلم.
 - (٣) وهو أن للمستأجر الفسخ والإجازة، ومع الإجازة يستحق المسمى.
 - (٤) المراد من الأجير الخاص هو الذي أجر نفسه على وجه تكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة، ولذا عُرِفَ بأنه الذي يُستأجر للعمل بنفسه مدة معينة.
- وبما أنه لا خصوصية لهذا التعريف، لعدم وروده في الأخبار، قال بعضهم: إن الأجير الخاص كما ينطبق حقيقة على ما تقدم ينطبق على من يؤجر نفسه لعمل قد اشترط عليه في عقد الإجازة الابتداء به في يوم معين، واشترط عليه عدم التواني إذا باشر فيه، وهذه الإجازة بشرطها تفيد أن منافع الأجير من حين الابتداء بالعمل في ذلك اليوم إلى حين الانتهاء مملوكة للمستأجر.
- وإذا تقرر معنى الأجير الخاص فلا يجوز له أن يؤجر نفسه لغير المستأجر في هذه المدة، بل لا يجوز له أن يعمل في هذه المدة لنفسه أو لغيره تبرعاً، لأن منافعه فيها ملك للمستأجر، نعم إذا أذن المستأجر بذلك يصح للأجير حينئذ التصرف بمنافعه تبعاً للإذن.
- ثم هذا كله إذا كان عقد الإجازة قد نصَّ على أن جميع منافع الأجير في هذه المدة مورداً للإجازة، أما لو كان عقد الإجازة مُطلقاً، كما إذا وقعت الإجازة على أن منافع الأجير في هذا الأسبوع للمستأجر، فهناك انصراف إلى منافعه النهارية دون الليلية، وعليه يصح للأجير أن يؤجر نفسه في الليل لغير المستأجر إذا لم يؤد عمله في الليل بمقتضى الإجازة الثانية إلى ضعف في العمل للمستأجر عليه بحسب الإجازة الأولى، فإن أدى إلى الضعف فلا تصح الثانية، لوجوب الوفاء بالأولى على النحو المطلوب، والمطلوب هو العمل في النهار من دون ضعف.

- (٥) زمان العمل المعين.
- (٦) لا يتوانى في العمل بعد أول زمانه.
- (٧) لانحصار منفعة الأجير في المستأجر.

الوقت الذي جرت عادته^(١١) بالعمل فيه كالنهار^(١٢)، أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره^(١٣) إذا لم يؤد^(١٤) إلى ضعف في العمل المستأجر عليه^(١٥).

وفي جواز عمله لغيره في المعين^(١٦) عملاً لا يتنافى حقه^(١٧)، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه^(١٨) وجهان، من التصرف^(١٩) في حق الغير، وشهادة^(٢٠) الحال.

ومثله^(٢١) عمل مملوك لغيره^(٢٢) كذلك^(٢٣)، وباعتبار هذا الانحصار^(٢٤) سمي^(٢٥) خاصاً، إذ لا يمكنه^(٢٦) أن يشرك غير من استأجره في العمل في

(١) عادة الأجير.

(٢) إذا كان هناك انصراف، وكان عقد الإجارة مطلقاً، وأما مع التخصيص على جميع الوقت فلا انصراف.

(٣) لغير المستأجر.

(٤) لم يؤد العمل في الليل لغير المستأجر.

(٥) وهو العمل في النهار.

(٦) هل يجوز للأجير أن يعمل لغير المستأجر في الزمن المعين عملاً ولو تبرعاً لا يتنافى مع عقد الإجارة، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بالحياطة للمستأجر عليها، أو إيقاع عقد حالة ترده في الطريق إلى العمل.

(٧) حق المستأجر.

(٨) بحق المستأجر.

(٩) دليل العدم، والحاصل أن إيقاع العقد كما في المثال منفعة، وقد تملكها المستأجر بعقد الإجارة فلا يجوز للأجير أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه.

(١٠) دليل الجواز، والحاصل أن الحال يشهد بالإذن في مثل ذلك، لأن العمل الصادر غير منافٍ لحق المستأجر، وهو يدل على عدم اشتراط إذن المستأجر فيه.

(١١) مثل الفرع السابق من صدور عمل من الأجير غير منافٍ لحق المستأجر.

(١٢) عمل العبد إذا كان ملكاً للغير، فاستيفاء بعض منافعه التي لا تتنافى مع حق السيد بدون إذن مولاه مما يجري فيه الخلاف المتقدم.

(١٣) لا يتنافى حق المولى.

(١٤) انحصار جميع منافع الأجير في المدة المعينة للمستأجر كما تقدم.

(١٥) الأجير.

(١٦) الأجير.

الزمان المعهود، فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا يخلو إما أن يكون بعقد إجارة، أو جُعالة، أو تبرعاً، ففي الأول^(١) يتخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد، أو بعضها، وبين إبقائه^(٢)، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئاً^(٣) فلا شيء عليه^(٤)، وإن كان^(٥) بعده^(٦) تبعضت الإجارة، ولزمه^(٧) من المسمى بالنسبة، وإن بقي على الإجارة^(٨) تخير في فسخ العقد الطارئ، وإجازته^(٩)، إذ المنفعة^(١٠) مملوكة له^(١١) فالعاقد^(١٢) عليها

(١) أن يعمل للغير بعقد إجارة، فالإجارة الثانية فضولية، لأن الأجير أوقعها على منافعه حال كونها مملوكة للغير، والمستأجر الأول بالخيار بين الرضا به وبين فسخه هذا بالنسبة للعقد الثاني، وأما العقد الأول فيجوز للمستأجر كذلك فسخه أو الرضا به، لفوات بعض المنافع لغيره، إذ المفروض أن الأجير قد عمل للغير.

وعلى كل فإن فسخ المستأجر عقد نفسه فإن كان الأجير لم يعمل له شيئاً فلا يستحق الأجير أجره المسمى لعدم إتيانه بالعمل، وإن كان الأجير عمل شيئاً للمستأجر ثم عمل لغيره، فيستحق الأجير عند فسخ المستأجر مسمى ما فعل، لأن الأجرة موزعة على جميع العمل، وقد أقدم الأجير على بعض العمل في قبال العوض لا تبرعاً، مع احتمال أن يثبت له أجره مثل ما عمل لا أجره مسمى ما فعل.

وأما لو أبقى المستأجر على عقد نفسه فمتناع الأجير ملك له إلا أن هناك عقداً فضولياً عليها سيأتي الكلام فيه.

(٢) إبقاء عقد نفسه.

(٣) للمستأجر.

(٤) على المستأجر، لعدم إتيان الأجير بأي عمل.

(٥) الفسخ.

(٦) بعد عمل الأجير.

(٧) لزم المستأجر من مسمى الأجرة بنسبة ما فعل الأجير، مع احتمال ثبوت أجره مثل ما عمل.

(٨) بقي المستأجر على عقد نفسه.

(٩) لأن العقد الطارئ عقد فضولي متوقف على رضا المستأجر، لأنه المالك لمنافع الأجير.

(١٠) منفعة الأجير.

(١١) للمستأجر.

(١٢) وهو الأجير.

فضولي، فإن فسخه^(١) رجع إلى أجره المثل^(٢) عن المدة الفائتة، لأنها^(٣) قيمة العمل المستحق له^(٤) بعقد الإجارة وقد أئلف^(٥) عليه، ويتخير في الرجوع بها^(٦) على الأجير، لأنه المباشر للإتلاف، أو المستأجر^(٧)، لأنه المستوفي، وإن أجازته^(٨) ثبت له^(٩) المسمى فيه^(١٠)، فإن كان^(١١) قبل قبض الأجير له^(١٢) فالمطالب به

(١) فسخ المستأجر العقد الفضولي، فلا بد أن يطالب بقيمة المنافع التي بذلها الأجير للثالث، لأن منافع الأجير هي للمستأجر وقد كانت تحت يد الأجير واستوفاهما ثالث، غير أن الأجير غير مأذون بالتصرف فيها فهو ضامن، والثالث قد تصرف فيها حال كونها ملكاً للغير فهو ضامن أيضاً، وعليه فيجوز للمستأجر الرجوع على الأجير وعلى الثالث.

(٢) وهي قيمة المنافع المستوفاة من الأجير للثالث.

(٣) أجره المثل.

(٤) للمستأجر.

(٥) العمل.

(٦) بأجره المثل.

(٧) المستأجر الثاني، وهو الثالث.

(٨) أجاز المستأجر العقد الفضولي، فيملك حينئذ المسمى في هذا العقد، لأنه عوض المنافع التي هي مملوكة للمستأجر المجيز، وهنا إما أن يكون الأجير قد قبض المسمى في هذا العقد أو لا، وعلى الثاني فالمستأجر يطالب بالمسمى نفس الثالث ولا يطالب الأجير، لأن المالك يطالب بالعوض من انتقل إليه المعوض، والمعوض هو عند الثالث.

وعلى الأول فالمسمى إما أن يكون معيناً أو كلياً في الذمة، وعلى الأول فيطالب المستأجر بالمسمى المعين من هو تحت يده، والمفروض أنه مقبوض من الأجير فيطالب الأجير به، ولو نقله الأجير عن ملكه بعقد فيطالب المستأجر من اشتراه وهكذا، وعلى الثاني فإما أن يميز المستأجر القبض أيضاً كما أجاز العقد، لأن العوض أمرٌ كلي غير متعين في مصداق ومع إجازته للقبض فقد رضي بحقه الكلي المتعين في مصداق، وعليه فيطالب المستأجر الأجير حينئذ، لأن المقبوض تحت يد الأجير، وإما أن لا يميز القبض فيكون العوض ما زال في ذمة الثالث الذي هو المستأجر الثاني، فيطالبه المستأجر المجيز، نعم يرجع المستأجر الثاني على الأجير بما دفعه إليه لظهور أن المدفوع إليه لم يكن عوضاً.

(٩) للمستأجر.

(١٠) في العقد الطارىء.

(١١) ما أجازته المستأجر.

(١٢) لمسمى العقد الطارىء.

المستأجر^(١)، لأن الأجير هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فأجاز المالك، فإن الفضولي لا يُطالب بالثمن، وإن كان^(٢) بعد القبض وكانت الأجرة معينة فالمطالب بها من هي في يده، وإن كانت^(٣) مطلقة فإن أجاز^(٤) القبض أيضاً^(٥) فالمطالب الأجير، وإلا^(٦) المستأجر، ثم المستأجر^(٧) يرجع على الأجير بما قبض مع جهله^(٨)، أو علمه^(٩) وبقاء العين، وإن كان عمله بجعالة^(١٠) تخير مع عدم فسخ إجارته بين إجازته^(١١) فيأخذ المسمى، وعدمه^(١٢) فيرجع بأجرة المثل، وإن عمل تبرعاً^(١٣) وكان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة

- (١) المستأجر الثاني.
- (٢) ما أجازته المستأجر.
- (٣) الأجرة المسماة في العقد الفضولي.
- (٤) المستأجر.
- (٥) كما أجاز العقد الطارئ.
- (٦) وإن لم يجز القبض فيطالب المستأجر الثاني.
- (٧) الثاني يرجع على الأجير بما قبضه، إذا كان الثاني جاهلاً بأن الأجير فضولي، سواء أتلف الأجير ما قبضه أم لا، لأنه مغرور، والمغرور يرجع على من غره.
- (٨) مطلقاً، سواء أتلف الأجير ما قبضه أم لا.
- (٩) علم المستأجر الثاني بأن الأجير فضولي، فيرجع عليه بما قبضه بشرط بقاء العين، أما مع تلفها فلا رجوع، لأن المستأجر الثاني يعلم بكون الأجير فضولياً وقد سلطه على إتلاف العوض، نعم مع بقاء العين ولو سلطه على الإتلاف فيجوز له الرجوع ما دام ملكه موجوداً.
- (١٠) لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر بجعالة، فالمستأجر مخير بين فسخ عقد نفسه وإمضائه لعين الدليل السابق في صورة الإجارة، فإن أمضى العقد الأول فهو مخير بين فسخ عقد الجعالة وإمضائه، لعين الدليل السابق أيضاً في صورة الإجارة، وإن أمضى عقد الجعالة استحق المسمى فيه، ولو فسخه والمفروض أن الأجير قد عمل للثالث فيستحق المستأجر أجرة المثل عن هذا العمل كما في صورة الإجارة.
- (١١) إجازة عقد الجعالة.
- (١٢) عدم ما ذكر من الإجازة، وهو الفسخ.
- (١٣) لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر تبرعاً، فالمستأجر الأول مخير بين فسخ عقد نفسه وإمضائه، لعين الدليل في صورة الإجارة، ولو فسخ فيأتي الكلام المتقدم في صورة الإجارة، وإن أمضى فيطالب هنا بأجرة المثل عما وقع من منافع الأجير لغيره إن كان =

من شاء منهما^(١) بأجرة المثل، وإلا^(٢) فلا شيء، وفي معناه^(٣) عمله لنفسه^(٤)، ولو حاز^(٥) شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك^(٦) ما ذكرناه^(٧).

(ويجوز للمطلق)^(٨) وهو الذي يُستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة كتحصيل الخياطة يوماً، أو عن^(٩) المدة مع تعيين المباشرة كأن يجيئ له ثوباً بنفسه من غير تعرض إلى وقت، أو مجرد عنهما^(١٠) كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان، وسُمي مطلقاً^(١١)،

= لها أجرة مثل، والمطالب هو الأجير أو الثالث، وعلى أيهما رجع جاز، لما قلناه سابقاً في صورة الإجارة، ولو لم تكن لهذه المنافع أجرة مثل فلا شيء له، وكذا نفس الكلام لو عمل الأجير المختص نفسه.

- (١) من الأجير والثالث.
- (٢) وإن لم يكن للعمل أجرة في العادة.
- (٣) معنى التبرع.
- (٤) لنفس الأجير.
- (٥) حاز الأجير الخاص شيئاً من المباحات حال كون جميع منافعه ملكاً للمستأجر، فلو حاز شيئاً من المباحات الأصلية بنية التملك لنفس الأجير تملك الأجير ذلك، لأن الحيازة للمباح مع نية التملك سبب لملك المحيز.
- (٦) في الحيازة.
- (٧) وهو ثبوت أجرة المثل، لإتلافه على المستأجر.
- (٨) المراد من الأجير المطلق هو الذي يُستأجر لعمل مجرد، إما مجرد عن المباشرة بنفسه، أو مجرد عن الوقت المعين، أو مجرد عنهما، والأجير المطلق إذا كان مستأجراً ليعمل واحداً من الأقسام الثلاثة فيجوز له أن يعمل لغير المستأجر ولو بعقد إجارة ثانٍ، ولا يتخيل المانع عن صحة الإجارة الثانية إلا المناقاة بين الإجارتين، وهي منتفية هنا، لأن الإجارة الأولى قد تعلقت بعمل هو كالدَيْن في الذمة، وهذا لا ينافيه عمل آخر - كدَيْن ثانٍ في الذمة - إذا تعلق به إجارة ثانية.

(٩) مجرد عن المدة.

(١٠) عن المدة والمباشرة.

- (١١) عِبْر الكثير عنه بالمشترك، لعدم انحصار منفعته لشخص معين، فصدق الاشتراك عليه حقيقة، من حيثية أنه يحق له أن يعمل للمستأجر الأول، ويحق له أن يعمل لغيره، فيجوز له أن يُشرك مع المستأجر الأول غيره على عملٍ بشرط تغيُّر متعلق الإجارتين.

لعدم انحصار منفعتها^(١) في شخص معين، فمن ثمَّ جاز له^(٢) أن يعمل لنفسه وغيره، وتسميته بذلك أولى من تسميته مشتركاً كما صنع غيره، لأنه^(٣) في مقابلة المقيد وهو الخاص، وبيان هذا^(٤) الخاص باعتباراته الثلاثة^(٥)، إذ الأول^(٦) مطلق بالنسبة إلى المباشرة، والثاني^(٧) بالنسبة إلى المدة، والثالث^(٨) فيهما معاً.

وللمصنف «رحمه الله» قول^(٩) بأن الإطلاق^(١٠) في كل الإجازات يقتضي التعجيل، وأنه^(١١) يجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجرداً عن المدة خاصة

= وباعتبار أن المطلق في قبال الخاص الذي تقدم تعريفه، وهو الذي كانت جميع منافعه في مدة معينة للمستأجر، فهو مقيد بقيدتين: الزمن والمباشرة، وبما أن الخاص هو المقيد فيناسب لمقابلته أن يكون مطلقاً لا مشتركاً، ولذا كان المطلق تارة مجرداً عن قيد الزمن، وأخرى عن قيد المباشرة، وثالثة عنهما معاً. ولهذا كله عدل الشهيد عن تعبيرهم، وعبر عنه بلفظ المطلق.

- (١) منفعة المطلق.
- (٢) للمطلق.
- (٣) المطلق.
- (٤) المطلق، وهو فاعل لقوله «يبين»، والخاص مفعول به.
- (٥) من كونه مجرداً عن المباشر، ومجرداً عن الزمن، ومجرداً عنهما.
- (٦) وهو المجرد عن المباشرة.
- (٧) وهو المجرد عن الزمن.
- (٨) وهو المجرد عن المباشرة والزمن.
- (٩) في بعض تحقیقاته كما في المسالك، وحاصله: أن كل إجارة مطلقة من ناحية الزمن فيجب التعجيل على الأجير في الفعل، فلو أوقع عقد الإجارة على خياطة هذا الثوب ولم يقيد بزمان خاص، فتجب المبادرة إلى فعل المستأجر عليه فوراً، لأن الإجارة عقد، وقد أمرنا بالوفاء به بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، والأمر يدل على الفورية.
- ومع وجوب المبادرة إلى فعل المستأجر عليه فإن أوقع عقد إجارة ثانٍ قبل أن يتم العمل للمستأجر الأول فهي باطلة للتناهي بين العقدین، كما تبطل الإجارة الثانية في الأجير الخاص. وفيه: أنه لا دليل يدل على الفورية في الأوامر.
- (١٠) تجريد الإجارة عن الزمن المعين.
- (١١) الشأن والواقع.

فينفسه^(١)، وإلا^(٢) تحير بينه وبين غيره، وحيث^(٣) فيقع التنافي بينه^(٤)، وبين عمل آخر في صورة المباشرة^(٥)، وفرع عليه^(٦) عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما منع الأجير الخاص، ويرشد إليه^(٧) ما تقدم في الحج من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع^(٨) نصاً^(٩)، أو حكماً^(١٠)، كما لو اطلق فيهما^(١١)، أو عين في احديهما بالسنة الأولى، واطلق في الأخرى، وما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور.

- (١) فهو غير مجرد عن قيد المباشرة.
- (٢) وإن كان مجرداً عن المباشرة، فيجوز للأجير أن يؤجر نفسه بعقد إجارة ثانٍ لغير المستأجر الأول وإن لم يتم العمل الأول، لأن العمل المستأجر عليه الأول لا يجب أن يباشره بنفسه، فيجوز للأجير أن يستأجر عليه ويؤجر نفسه لعملٍ ثانٍ.
- (٣) حين تجب المبادرة على الأجير إلى العمل الأول للإطلاق في الإجارة الأولى، وهذا لا يتم إلا إذا كان العمل مقيداً بالمباشرة، ومطلقاً من ناحية الوقت.
- (٤) بين العمل الأول.
- (٥) في صورة اشتراط المباشرة دون المدة.
- (٦) وفرع المصنف على وقوع التنافي.
- (٧) إلى عدم صحة الإجارة الثانية هنا.
- (٨) إيقاع الحج.
- (٩) كما لو صرح بالاتحاد، وذلك فيما لو استأجره على الحج عن أبيه في هذه السنة فلا يجوز له أن يؤجر نفسه عن شخص آخر في نفس هذه السنة، ولكن الإجارتين قد نصتا على إيقاع الحج في هذه السنة، فلا تصح الثانية للتنافي.
- (١٠) كان اتحاد إيقاع الحج حكم الإجارتين، وذلك عند الإطلاق، والإطلاق إما أن يكون فيهما، كما لو أوقع عقد الإجارة للحج عن شخص، وأوقع عقداً آخر للحج عن شخص آخر، ولم يقيد أيّاً منهما بكونه في هذه السنة، فهو محمول عليها للانصراف.
- وإما أن يكون الإطلاق في أحد العقدين مع حمله على هذه السنة انصرافاً، ومع التصريح بها في العقد الآخر، وفي الجميع لا تصح الثانية، للتنافي بينها وبين الأولى.
- (١١) في الإجارتين.

(وإذا تسلم) المستأجر (العين^(١)) ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع) بها^(٢) فيما استأجرها له^(٣) (استقرت الأجرة) وإن لم يستعملها، وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها^(٤) المستأجر حتى انقضت المدة^(٥) أو مضت مدة^(٦) يمكنه الاستيفاء فتستقر الأجرة، (ولابد من كونها) أي: المنفعة (مباحة^(٧)) فلو استأجره

(١) استقرت الأجرة، بلا خلاف فيه، لأن الأجرة تثبت بالعقد، وإن لم يجب تسليمها إلا بعد تسليم العين، وإذا ثبتت بمجرد العقد فلا تستقر على المستأجر استقراراً ثابتاً إلا بتسليمه العين ومضي مدة يمكن استيفاء المنافع منها، وعليه فلو تسلم المستأجر العين وقد مضت المدة المذكورة فتستقر الأجرة وإن لم يستوف المنافع إذ لا تقصير من جهة المؤجر، بل هو الذي أقدم على إضرار نفسه بتركه الانتفاع.

واشترط تسليم العين هنا، لأنه لا يجب دفع الأجرة إلا بعد تسليم العين، واشترط مضي المدة، لعدم العلم بأن المنافع ستسلم له، إلا إذا بقيت العين تحت يده صالحة للانتفاع مدة العقد، أو مضي مدة يمكن الاستيفاء منها فيما لو قُذرت المنفعة بالعمل فقط.

(٢) بالعين.

(٣) لهذا الانتفاع.

(٤) فلم يقبضها المستأجر حتى مضت مدة الانتفاع، فلا تقصير من المؤجر، بل المستأجر أقدم على إضرار نفسه بتركه القبض.

(٥) المدة المعينة في متن العقد.

(٦) كما لو قدرت المنفعة بالعمل لا بالزمان، كأن يستأجره على خياطة هذا الثوب، وقد بذل الأجير نفسه مدة يمكن أن يستوفى فيها منه الخياطة المذكورة.

(٧) فلو آجره مسكناً ليجرز به الخمر، أو دكاناً لبيع آلة محرمة فيه، أو أجيراً ليحمل له مسكراً، أو جارية للغناء، أو كاتباً ليكتب له الكفر، أو معلماً ليعلمه الكفر أو السحر لم تنعقد الإجارة، لأنه إعانة على الإثم والعدوان، قال تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١)، ولخبر جابر عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يؤاجر بيته فيبيع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام أجره)^(٢)، ولخبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (أما وجوه الحرام من وجوه الإجارة فينظر أن يؤجر الإنسان على حمل ما يجرم عليه أكله أو

(١) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

لتعليم كفر، أو غناء)، ونحوه^(١) من المعلومات الباطلة، (أو حمل مسكر بطل) العقد، ويستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الازالة^(٢) أو التخليل، فإن الإجارة لهما جائزة، (وأن يكون مقدوراً على تسليمها^(٣) فلا تصح إجارة الأبق)، لاشتمالها^(٤) فيه^(٥) على الغرر (وإن ضم إليه) شيئاً متمولاً^(٦) (أمكن الجواز)، كما يجوز في البيع، لا بالقياس، بل لدخولها^(٧) في الحكم^(٨) بطريق أولى^(٩)،

= شربه أو يؤاجر نفسه في صنعة ذلك الشيء أو حفظه أو لبسه أو يؤاجر نفسه في هدم المساجد ضرراً، وقتل النفس بغير حل أو عمل التصاوير والأصنام والمزامير والبرابط والخمر والخنزير والميتة والدم أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرماً عليه من غير جهة الإجارة فيه، وكل أمر يُنهى عنه في جهة من الجهات فيحرم على الإنسان إجارة نفسه فيه أو له، أو شيء منه أو له إلا لمنفعة من استأجرته كالذي يستأجر له الأجير يحمل له الميتة يتخياها عن آذاه أو أذى غيره وما أشبه ذلك^(١٠).

نحو الكفر والغناء. (١)

(٢) فإراقتة واجبة فتجوز الإجارة فيه، وتخليله جائز فتجوز الإجارة فيه أيضاً.

(٣) تسليم المنفعة بتسليم العين، فلو لم يمكن تسليم المنافع لمن أجزر عبداً أبقاً بطلت الإجارة بلا خلاف فيه، لأن بذل المال في قبالة غير المقدور تسليمه سفه، لأن غير المقدور لا مال له بنظر العقلاء، وغرر من ناحية إمكان تسليمه وعدمه.

نعم لو ضم إلى غير المقدور شيئاً يمكن تسليمه وهو مما يُعد عند العقلاء مالاً، ففيه تردد، فظاهر القواعد جوازه، وتردد في التذكرة والمحقق في الشرائع، ووجه التردد من عدم القدرة على التسليم في المنفعة فيبطل العقد، ومن جواز بيع غير المقدور تسليمه مع الضميمة المقدور تسليمها، وإذا جاز في البيع فيجوز في الإجارة.

(٤) الإجارة.

(٥) لأنه غير مقدور على تسليمه.

(٦) مما له مالية بنظر العقلاء.

(٧) الإجارة.

(٨) وهو الجواز.

(٩) لأنه إذا جاز في البيع الذي شرط فيه التعمين من جميع الوجوه، فيجوز في الإجارة التي ليس التعمين فيها شرطاً من جميع الوجوه بطريق أولى.

لا احتمالها^(١) من الغرر ما لا يحتمله^(٢)، وبهذا الإمكان^(٣) أفتى المصنف في بعض فوائده.

ووجه المنع فقد النص المجوز هنا^(٤)، فيقتصر فيه على مورده، وهو البيع، ومنع^(٥) الأولوية، وعلى الجواز هل يعتبر في الضميمة إمكان أفرادها^(٦) بالإجارة^(٧)، أم بالبيع^(٨)، أم يكفي كل واحد منهما^(٩) في كل واحد منهما^(١٠) أوجه^(١١): من حصول^(١٢) المعنى في كل منهما، ومن أن^(١٣) الظاهر ضميمة كل شيء إلى جنسه، وقوى المصنف الثاني^(١٤)، ولو آجره^(١٥) عن يقدر على

(١) الإجارة.

(٢) البيع.

(٣) إمكان الجواز.

(٤) في الإجارة، بخلاف البيع فقد ورد فيه النص، ويقتصر فيه على مورده.

(٥) إذ يجوز الانتفاع بالعبد الأبق في البيع كعتقه وإن كان أبقاً، بخلاف الإجارة فلا بد من التسليم حتى ينتفع به، فالنات في بيعه غير محرز حتى نعرف ثبوته في الإجارة.

(٦) أفراد ضميمة الإجارة.

(٧) بأن تصلح مورداً للإجارة بنفسها.

(٨) بأن تصلح ضميمة الإجارة مورداً للبيع.

(٩) من البيع والإجارة.

(١٠) من ضميمة البيع وضميمة الإجارة، فيكفي في ضميمة البيع إيجارها، وفي ضميمة الإيجار بيعها.

(١١) هما وجهان في المسالك، حيث قال «وفي اعتبار أفرادها بجنس ما يضم إليه ففي البيع يفرد بالبيع، وفي الإجارة بالإجارة، أو يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما وجهان» انتهى، وتظهر الثمرة في العين الموقوفة وفي مسلوقة المنفعة، ففي الموقوفة يصح إيجارها ولا يصح بيعها، وفي مسلوقة المنفعة يصح بيعها ولا يصح إيجارها، وعليه فالنزاع هل يكفي في ضميمة الإجارة العين التي يمكن إيجارها أو مطلق الضميمة كمسلوقة المنفعة، لأنها ضميمة في البيع، وهل يكفي في ضميمة البيع العين التي يمكن بيعها أو مطلق الضميمة كالموقوفة، لأنها ضميمة في الإجارة.

(١٢) دليل الوجه الثاني، والمعنى هو تحقق أفرادها بالمعاوضة بيعاً أو إجارة.

(١٣) دليل الوجه الأول.

(١٤) ضميمة كل شيء إلى جنسه، الذي هو دليل الوجه الأول.

(١٥) آجر غير المقدور على تسليمه.

تحصيله^(١) صح من غير ضميعة، ومثله^(٢) المغصوب^(٣) لو آجره الغاصب، أو من يتمكن من قبضه.

(ولو طرأ المنع)^(٤) من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أوجرت له، (فإن كان المنع قبل القبض فله الفسخ)، لأن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذرها^(٥)، ومطالبة المؤجر^(٦) بالمسمى لفوات المنفعة، وله الرضا بها^(٧) وانتظار زوال المنع، أو مطالبة^(٨) المانع بأجرة المثل لو كان غاصباً، بل يحتمل مطالبة المؤجر بها أيضاً^(٩)، لكون العين مضمونة عليه^(١٠) حتى يقبض،

- (١) بحيث آجر العبد الأبق لشخص يمكن له أن يقبض عليه، صح بلا إشكال، لارتفاع المانع وهو الغرر من عدم التسليم، لتحقق التسلم.
- (٢) ومثل غير المقدور على تسليمه.
- (٣) فلو آجر المالك العين المغصوبة لنفس الغاصب صح أيضاً، بلا إشكال لوجود المقتضي من كونه عقداً، وعدم المانع لأن الغاصب قابض.
- (٤) لو طرأ المانع الذي يمنع من الاستيفاء كما لو منعه ظالم، وكان الطروء بعد العقد فتارة يكون قبل القبض وأخرى بعده.
- وعلى الأول كان المستأجر بالخيار بين الفسخ أو الرجوع على الظالم بأجرة المثل للمنافع التي فاتته، ووجه التخيير أن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذر الاستيفاء، لأن إلزامه بالعقد مع تفويت منافع العين عليه ضررٌ منفي، وإذا فسخ يطالب المؤجر بأجرة المسمى إن كان قد دفعها إليه.
- وله الالتزام بالعقد لتامية أركانه، ومطالبة الظالم بأجرة المثل، لأنه باشر الإلتلاف عدواناً، وعلى الثاني سيأتي بحته.
- (٥) تعذر العين، لطرؤ المانع من استيفاء المنفعة منها.
- (٦) ومطالبة المستأجر المؤجر بالمسمى.
- (٧) وللمستأجر الرضا بالعين.
- (٨) مطالبة المستأجر المانع الذي هو الظالم.
- (٩) ويحتمل مطالبة المستأجر المؤجر بأجرة المثل لو لم يفسخ كما يطالب الظالم، لأن العين مضمونة على المؤجر حتى يتحقق القبض، وفوات المنفعة قبل القبض مما يتحملة المؤجر، نعم لو رجع المستأجر على المؤجر، رجع الثاني على الظالم لأنه المباشر للإلتلاف.
- وفيه: أن الثابت في ذمة المؤجر هو المسمى على تقدير قبضه لو فسخ المستأجر، لا أجرة المثل عند عدم الفسخ، لأنه لم يباشر العدوان.
- (١٠) على المؤجر.

ولا يسقط^(١) التخيير بزوال المانع في أثناء المدة، لأصالة بقاءه^(٢)، (وإن كان) المنع (بعده) أي: بعد القبض^(٣)، (فإن كان)^(٤) تلفاً بطلت^(٥) الإجارة، لتعذر تحصيل المنفعة المستأجر عليها، (وإن كان غصباً لم تبطل)، لاستقرار العقد بالقبض، وبراءة المؤجر، والحال أن العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها، وإنما المانع عارض، (ويرجع المستأجر على الغاصب) بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده، ولا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها، والظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر، وغيره.

(ولو ظهر في المنفعة عيب^(٦))

- (١) لا يسقط تخيير المستأجر بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين الالتزام بالعقد والرجوع بأجرة المثل حتى لو ارتفع المانع، للاستصحاب، ولفوات مجموع المنفعة بما هو مجموع.
 - (٢) بقاء التخيير المذكور.
 - (٣) لو كان المانع من الاستيفاء بعد القبض لم تبطل الإجارة قطعاً، وليس للمستأجر الفسخ لأصالة اللزوم في العقود، ولعدم كون العين مضمونة على المؤجر لتحقق القبض، نعم يستحق المستأجر على الظالم أجرة مثل المنفعة الفائتة، بلا فرق في الحكم بين كون الغاصب هو المؤجر أو لا، ولا بين كون المانع قد وقع في أول مدة الإجارة أو في أثنائها، كل ذلك لاستصحاب اللزوم بعد استقرار العقد بالقبض.
 - (٤) المنع.
 - (٥) لو تلفت العين بطلت الإجارة لتعذر تحصيل المنفعة، ولهذا الدليل تبطل الإجارة لو تلفت العين قبل القبض أيضاً، ولا معنى لتقييد التلف بما بعد القبض مع أن التلف ليس مانعاً بل مُعدماً للعين، فتسميته بالمانع ليس في محله.
 - (٦) إذا وجد المستأجر بالعين عيباً سابقاً على العقد كان بالخيار بين فسخ الإجارة أو الرضا بالعين من دون أرض، أما الفسخ فلا خلاف فيه، لأن حقه في المنفعة، وأبى عيب في العين موجب لنقصان المنفعة، فله الفسخ حينئذ للضرر المنفي.
- وأما الرضا بالعين من دون أرض فهذا ما صرح به جماعة، لأن العقد قد وقع على مجموع المنفعة في قبالة مجموع الأجرة، فإما أن يرضى بالعقد أو يفسخ، والضرر المتوجه عليه مرفوع عنه بثبوت الخيار، وقد ثبت الأرض عند الإمضاء في البيع للنص فيقتصر عليه في مورده.
- وأشكل عليهم بأن الإطلاق في عقد الإجارة لما كان منزلاً على العين الصحيحة كان الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر، ولم يحصل، وهو ما يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين، فلا بد من الأرض تحقيقاً للتقابل بين العوضين.

فله الفسخ)، لفوات بعض المالية^(١) بسببه^(٢) فيجبر^(٣) بالخيار، ولأن الصبر على العيب ضرر منفي.

(وفي الأرض) لو اختار البقاء على الإجارة (نظر) من وقوع^(٤) العقد على هذا المجموع^(٥)، وهو باق، فاما أن يفسخ، أو يرضى بالجميع، ومن كون^(٦) الجزء الفائت، أو الوصف^(٧) مقصوداً للمستأجر، ولم يحصل، وهو^(٨) يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فيجبر بالأرض، وهو حسن.

وطريقة معرفته^(٩) أن ينظر إلى أجرة مثل العين سليمة، ومعيبة، ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة، وإن اختار^(١٠) الفسخ وكان^(١١) قبل مضي شيء من المدة فلا شيء عليه^(١٢) وإلا^(١٣) فعليه من المسمى بنسبة ما مضى إلى المجموع.

(ولو طراً) العيب (بعد العقد فكذلك^(١٤) كانهدام المسكن) وإن كان بعد

(١) في المنفعة.

(٢) بسبب العيب.

(٣) الفوات.

(٤) دليل عدم ثبوت الأرض.

(٥) من المنفعة.

(٦) دليل ثبوت الأرض.

(٧) الوصف الفائت، وهما فائتان من العين المستأجرة.

(٨) فوات الجزء أو الوصف المقصودين للمستأجر.

(٩) معرفة الأرض.

(١٠) المستأجر.

(١١) الفسخ.

(١٢) على المستأجر، لعدم استيفائه شيئاً من المنفعة.

(١٣) وإن لم يكن قبل مضي شيء من المدة، بل قد مضى من المدة شيء فعل المستأجر من

المسمى بمقدار ما مضى من المدة.

(١٤) للمستأجر خيار الفسخ لتقصان المنفعة، وللزوم الضرر على المستأجر.

إن قلت: طرؤه العيب بعد العقد إنما يكون بعد تصرف المستأجر في العين، والتصرف

مسقط للخيار.

استيفاء شيء من المنفعة، ولا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار، لأن المعتبر منه^(١) ما وقع في العوض المغيب الذي تعلق به المعاوضة، وهو^(٢) هنا المنفعة، وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف، وإنما يتخير مع انهدام المسكن^(٣) إذا أمكن الانتفاع به^(٤) وإن قل^(٥)، أو أمكن إزالة المانع^(٦)، وإلا بطلت، ولو أعاده^(٧) المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه^(٨) شيء معتد به^(٩)، ففي زوال الخيار نظر، من زوال^(١٠) المانع، وثبوت الخيار^(١١) بالانهدام فيستصحب، وهو أقوى.

(ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة أولاً)^(١٢) للأمر به في بعض

= قلت: المنافع التي لم يستوفها لم يتصرف بها، والفسخ إنما هو بالنسبة لهذه المنافع، لا للمنافع التي استوفهاها.

(١) من التصرف المسقط للخيار.

(٢) العوض المغيب.

(٣) إذا كان العيب هو الانهدام، فيشترط أن لا يكون الهدم لجميع الدار، وإلا فلا يعتبر أنه عيب بل هو تلف، وإنما يكون الهدم عيباً لو طرأ على جملة من الدار وبقيت منه جملة أخرى، فيثبت للمستأجر حينئذ الفسخ إن لم يبادر المؤجر لإصلاح ما انهدم، فلو أصلحه بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً فلا خيار للمستأجر، لعدم فوات شيء من المنافع عليه، وذهب جماعة إلى بقاء الفسخ له، لثبوت الخيار بالانهدام، ويستصحب عند الإصلاح.

(٤) بالمسكن.

(٥) الانتفاع.

(٦) عند هدم الجميع، وإلا فلو لم يمكن إزالة المانع مع هدم جميعه تبطل الإجارة لعدم تحقق متعلقها.

(٧) أعاد المسكن.

(٨) على المستأجر.

(٩) من منافع المسكن.

(١٠) دليل زوال الخيار.

(١١) دليل عدم الزوال.

(١٢) قبل العقد بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خير مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلم ما أجره، ومن استأجر أجيراً ثم حبسه عن الجمعة يبوء =

الأخبار، فعن الصادق عليه السلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره)، وعن الرضا عليه السلام (أنه ضرب غلماناً حيث استعملوا رجلاً بغير مقاطعة وقال عليه السلام: إنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصت أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته)، (وأن توفيه) أجرته (عقيب فراغه) من العمل^(١)، قال الصادق عليه السلام في الحمال والأجير: (لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته)، وعن حنان بن شعيب قال: تكارينا لأبي عبد الله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له

= بإئمه، وإن هو لم يجبه اشتراكاً في الأجر^(٢)، وخبر سليمان بن جعفر (كنت مع الرضا عليه السلام في بعض الحاجة فأردت أن أنصرف إلى منزلي فقال لي: أنصرف معي فبُت عندي الليلة، فانطلقت معه فدخل إلى داره مع المغيب فنظر إلى غلمانهم يعملون في الطين أوارى الدواب^(٣) وغير ذلك، وإذا معهم أسود ليس منهم، فقال عليه السلام: ما هذا الرجل معكم؟ فقالوا: يعاوننا ونعطيه شيئاً، قال: قاطعتموه على أجرته؟ قالوا: لا، هو يرضى منا بما نعطيه، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط وغضب لذلك غضباً شديداً. فقلت: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال: إني قد نيتهم عن مثل هذا غير مرة أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته، واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته^(٤).

(١) لصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام في الحمال والأجير قال: (لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته)^(١)، وخبر ابن شعيب قال (تكارينا لأبي عبد الله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له وكان أجلهم إلى العصر، فلما فرغوا قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم)^(٥).

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإجارة حديث ٢.

(٢) الإرية: الإخية وهي عروة تربط إلى وتد مدقوق وتشد فيها الدابة، وربما قيل للمملف كما عن المصباح المنير.

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإجارة حديث ١.

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الإجارة حديث ١ و٢.

وكان أجلهم إلى العصر فلما فرغوا قال لمعتب: (أعطهم أجورهم قبل أن يجف عرقهم).

(ويكره أن يُضْمَنَ)^(١١) أي: يُعْرَمَ عوض ما تلف بيده، بناءً على ضمان

(١) إذا أفسد الأجير بفعله المتاع الذي بيده، كالصانع، والبيطار يجف على الحافر، والحجام يجني في حجامته، والختان يتجاوز حد الختان، والقصار يخرق الثوب، فإنه يضمن سواء كان حاذقاً أم لا، وسواء كان بحضور رب المال أم غيبته، وسواء كان الأجير خاصاً أم لا، وسواء كان فعله في ملكه أم في ملك المستأجر، بلا خلاف في ذلك، بل وسواء كان منه بتعدٍ أم لا، كما عليه المشهور، للأخبار.

منها: صحيح الخليلي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يُعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن)^(١١)، وصحيحه الآخر عنه عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يُضْمَنُ القصار والصانع احتياطاً للناس، وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً)^(١٢)، وخبر إسماعيل عن أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الثوب أذفعه إلى القصار فيخرقه؟ قال: اغرمه، فإنك إنما دفعت إليه ليصلحه ولم تدفع إليه ليفسده)^(١٣)، وخبر يونس (سألت الرضا عليه السلام عن القصار والصانع أيضاً؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا)^(١٤)، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام رُفِعَ إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه، فضرب السمار فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام)^(١٥)، وعن جماعة عدم الضمان عند عدم التفريط لأصالة البراءة، ولأن الأخبار المتقدمة الدالة على ضمانهم ناظرة إلى التفريط بقرينة قوله عليه السلام (فأفسد)، وخبر السكوني حجة عليهم، لأنه ظاهر في عدم التفريط ويؤيده ما رواه السكوني أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطيب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه وإلا فهو له ضامن)^(١٦)، وصحيح داود بن سرحان عنه عليه السلام (في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو أتكسر منه، فقال عليه السلام: هو ضامن)^(١٧).

ولو تلف المتاع تحت يد الأجير من غير تفريط وبغير فعله فلا ضمان لعدم مباشرته =

(١) (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجارة حديث ٢٩ و٤.

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجارة حديث ٨ و٩ و١٠.

(٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١.

(٧) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١.

الصانع^(١) ما يتلف بيده^(٢)، أو مع قيام البينة على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه^(٣) عليه لو قضينا بالنكول (إلا مع التهمة له) بتقصيره على وجه يوجب الضمان^(٤).

(مسائل:)

(الأولى: من تقبل عملاً فله تقبيله غيره بأقل) مما تقبله به (على الأقرب)^(٥)،

= للإتلاف، وإذا تقرر ذلك من ضمان الأجير مطلقاً إذا تلف بفعله، فقد ورد في كلمات القوم أنه يكره تضمين الأجير إلا مع التهمة، بحيث لو كان الأجير ضامناً فيكره تضمينه إذا كان مأموناً، ويشهد له أخبار.

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس، وكان أبي يتطول عليه إذا كان مأموناً)^(١)، ومرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أبي يضمن الصائغ والقصار ما أفسدوا، وكان علي ابن الحسين عليه السلام يتفضل عليهم)^(٢)، وظاهر التفضل والتطاول ثبوت الضمان، ولكن كان بناؤه عليه السلام على عدم التضمن إذا كان مأموناً، فلذا يكره التضمن حينئذ.

(١) وهو العامل الأجير.

(٢) بفعله.

(٣) اليمين.

(٤) فلا كراهة حينئذ، بعد كون كراهة التضمنين إذا كان مأموناً.

(٥) من تقبل عملاً في ذمته من غير اشتراط المباشرة لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال عليه السلام: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً)^(٣)، وصحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال عليه السلام: لا)^(٤).

وعن العلامة والشهيدين والمحقق الثاني الكراهة لصحيح أبي حمزة المتقدم بعد روايته بأنه عليه السلام قال: (لا بأس)، كما في التذكرة والسرائر، ويرده: أن المروي منه في كتب الحديث هو قوله عليه السلام: (لا).

(١) (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجارة حديث ٤ و٢٠.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجارة حديث ١ و٤.

لأصالة الجواز، وما ورد من الأخبار دالاً على النهي عنه يحمل على الكراهية جمعاً بينها وبين ما يدل على الجواز، هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا إشكال في المنع، وإذا لم يحدث فيه حدثاً وإن قل^(١)، (ولو أحدث فيه حدثاً فلا بحث) في الجواز، للاتفاق عليه حيث^(٢)، وعلى تقدير الجواز^(٣) فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبل^(٤)، لأنها مال الغير فلا يصح

= نعم إذا عمل فيه عملاً فيجوز تقييله بالأقل بالاتفاق للأخبار.

منها: قوله عليه السلام في صحيح ابن مسلم المتقدم (إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً)، وخبر أبي محمد الحيات عن مجمع (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الثياب وأخيظها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ قال عليه السلام: أليس تعمل فيها؟ فقلت: أقطعها وأشتري لها الخيوط، قال عليه السلام: لا بأس^(١))، وخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (عن الرجل الحيات يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل، قال عليه السلام: لا بأس، قد عمل فيه^(٢))، ويكفي فيه صدق العمل والحدث، هذا إذا لم تشترط عليه المباشرة، وإلا فمع الاشتراط فلا يجوز للأجير أن يقبله غيره بنقيصة أو زيادة، لوجوب الوفاء بالشرط على الأجير، لعموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٣).

(١) فكذلك لا إشكال في المنع في صورة المباشرة.

(٢) حين الإحداث عند عدم اشتراط المباشرة.

(٣) جواز التقبيل للغير مطلقاً على غير المشهور، وعند إحداث الحدث لو كان بنقيصة أو زيادة على مبنى المشهور.

(٤) لا يجوز للأجير أن يدفع العين إلى المتقبل الثاني وهو الأجير الثاني بدون إذن المالك على المشهور، لأن العين مال للغير فلا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه المالك، وإجارة المالك للأول لا تدل على تسليم العين من الأول للثاني، وكذا إجارة الأول للثاني لا تدل على إذن المالك في التسليم، وعليه فلو جاز للأول التقبيل فلا بد من استئذان المالك بالتسليم، وإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، لأنه ولي الممتنع، ولو تعذر الحاكم أو إذنه فيحتمل جواز التسليم بدون إذن المالك، لتعارض حق المعامل الثاني وحق المالك، ويقدم =

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجارة حديث ٦.

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

تسليمه^(١) لغيره^(٢) بغير إذنه، وجواز إجارته^(٣) لا ينفيه^(٤)، فيستأذن المالك فيه^(٥)، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر ففي جوازه^(٦) بغير إذنه، أو تسلطه^(٧) على الفسخ وجهان، وجواز التسليم بغير إذنه مطلقاً^(٨) - خصوصاً إذا كان المتقبل ثقة - قوي.

(الثانية: لو استأجر عيناً فله إجارتها بأكثر مما استأجرها به)^(٩)،

= العامل وفاة للعقد، ويحتمل تسلط الأول على الفسخ، لأن المالك مسلط على ماله ولم يرض بتسلم الثاني وفي هذا ضرر على الأول.

وعن العلامة في المختلف جواز التسليم إلى الثاني، أذن المالك أولاً، حيث يجوز التحويل لصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألت عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فتفتت ما عليه؟ قال عليه السلام : إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء)^(١٠).

ووجه الاستدلال أنه إذا كان الضمان ساقطاً عند تسليمها بغير إذن المالك لاستيفاء المنفعة المملوكة لغير المالك، فالضمان ساقط سواء كان هذا الغير متقبلاً ثانياً أم لا. وعن ابن الجنيد جواز التسليم من غير ضمان إذا كان المتقبل الثاني مأموناً، وهو الذي قواه الشارح هنا وفي المسالك.

(١) تسليم مال الغير.

(٢) لغير مالكة.

(٣) إجارة المتقبل الأول للثاني.

(٤) لا ينافي اشتراط إذن المالك.

(٥) في التسليم.

(٦) جواز التسليم بغير إذن المالك.

(٧) تسلط الأول.

(٨) أذن المالك أو لا، وتعذر الحاكم أو لا.

(٩) الأكثر على العدم، استناداً إلى أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يستأجر الدار ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها، قال عليه السلام : لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً)^(١١).

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإجارة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجارة حديث ٤.

= وعن جماعة الكراهة، لظهور قوله ﷺ (لا يصلح ذلك) في الصحيح المتقدم في الكراهة، وللجمع بينها وبين أخبار قد دلت على الجواز كما في المسالك، وردده في الجواهر بقوله: «إنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمة في المذكورات أصلاً فضلاً عن الصريح في الكراهة» انتهى.

وعن جماعة عدم الجواز إذا كانت العين داراً أو حانوتاً أو رحىً أو أجيراً، اقتصاراً على موارد النصوص، وأما غيرها فتبقى على الأصل من الجواز، فقد ورد في الدار صحيح الحلبي المتقدم، وورد في الحانوت والأجير خبر أبي المغرا عن أبي عبد الله ﷺ (في الرجل يستأجر الأرض ثم يؤاجرها أكثر مما استأجرها، فقال ﷺ: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير، إن فضل الأجير والحانوت حرام)^(١)، ومثله غيره، وورد في الرحى خبر أبي بصير عن أبي عبد الله ﷺ (إني لأكره أن أستأجر رحىً وحدها ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن أحدث فيها حدثاً، أو أغرمت فيها غرامة)^(٢)، ومثله غيره.

وكذا السفينة فقد ورد في خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه ﷺ (لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينة ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئاً)^(٣)، ومفهومه دال على ثبوت البأس في هذه الثلاثة عند عدم الحدث والإصلاح، وهو ظاهر في الحرمة، نعم ورد في الأرض أخبار تدل على الجواز.

منها: خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله ﷺ (عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يؤاجرها بأكثر مما تقبلها به، ويقوم فيها بحظ السلطان، فقال ﷺ: لا بأس به، إن الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت، إن فضل الأجير والبيت حرام)^(٤)، ومثله خبر إبراهيم بن ميمون^(٥).

بعد اتفاق الجميع على أنه إذا أحدث في العين المستأجرة حدثاً فيجوز له أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها لخبر أبي بصير وصحيح الحلبي المتقدمين.

ثم إن ابن الجنيد وتبعه عليه غيره قد استدل على عدم الجواز، بأن المستأجر الأول لو =

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجارة حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجارة حديث ٥.

(٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجارة حديث ٢.

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجارة حديث ٣ و٥.

للأصل^(١)، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود.

(وقيل: بالمتع إلا أن تكون) إجارتها (بغير جنس)^(٢) الأجرة، أو يحدث فيها صفة كمال) استناداً إلى روايتين^(٣) ظاهرتين في الكراهة، وإلى استلزامه الربا، وهو^(٤) ضعيف، إذ لا معاوضة على الجنس الواحد^(٥).

(الثالثة: إذا فُرِط في العين) المستأجرة (ضمن قيمتها يوم التفريط)^(٦)، لأنه

= استأجر العين بفضة أو ذهب، ثم أجرها بالأكثر من ذهب أو فضة عند عدم حدوث حدث أو إصلاح للزم الربا في البين، لأن الأجرة في الثاني لو كانت فضة مثلاً مع كونها فضة في الأول للزم التفاضل بينهما في المعاوضة، وهو عين الربا، وؤد: بأن الربا في العوضين إذا كانا من جنس واحد مع كونهما متعلقين لعقد واحد لا لعقدين كما في مقامنا.

(١) أصالة الصحة في العقود.

(٢) كما ذهب إليه ابن الجنيّد.

(٣) وهما خبر أبي بصير وصحيح الحلبي، ففي الأول (إني لأكرهه)، وفي الثاني (لا يصلح) وهما ظاهران في الكراهة.

(٤) استلزامه للربا.

(٥) بل معاوضتان.

(٦) قد تقدم أن المستأجر أمين غير ضامن عند عدم تفريطه وعدم تعديده، وأنه ضامن مع التعدي أو التفريط، بلا خلاف في ذلك كله، وإنما الكلام في أنه يضمن العين وقت التعدي أو وقت التلف أو أعلى القيم من يوم العدوان إلى يوم التلف، ذهب الأكثر إلى أنه يضمن قيمتها يوم العدوان، لذيل صحيح أبي ولاد (سألته عن الرجل التعدي في البغل، قال عنه: نعم، قيمة البغل يوم خالفته)^(١)، ولأنه وقت التعدي قد خوطب بالضمان. وقيل: يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى يوم التلف، لأن الاشتغال اليقيني يستدعي البراءة اليقينية، وهو أحوط.

وعن المسالك وجماعة أنه يضمن قيمته يوم التلف، لأن ما قبل التلف كان ضامناً للعين، ولا ينتقل الأمر بالضمان إلى القيمة إلا حين تلفها، وقد تقدم ماله الدخول في كتاب البيع، وسيأتي مفصلاً في كتاب الغصب.

يوم تعلقها بذمته، كما أن الغاصب يضمن القيمة يوم الغصب، هذا قول الأكثر، (والأقرب) ضمان قيمتها (يوم التلف) لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قبله وإن حكم بالضمان^(١)، لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى القيمة، وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة^(٢)، أما لو كان^(٣) بسبب نقص في العين فلا شبهة في ضمانه^(٤)، (ولو اختلفا في القيمة^(٥) حلف الغارم)، لأصالة عدم الزيادة، ولأنه منكر، وقيل: قول المالك إن كانت دابة، وهو ضعيف.

(الرابعة: مؤنة العبد والدابة على المالك)^(٦) لا المستأجر، لأنها تابعة للملك،

(١) إلا أنه ضمان للعين، وهي موجودة، فلا ينتقل إلى ضمان القيمة.

(٢) القيمة السوقية.

(٣) اختلاف قيمتها.

(٤) ضمان هذا النقص، بعد كون يده يد عدوان وضمان، لأنه متعد.

(٥) قيمة العين المستأجرة التالفة، فقال المالك: مائة، وقال المستأجر: خمسون، قدم قول المستأجر الغارم، لأنه منكر بحسب ظاهر كلامه، ولأصالة عدم الزيادة.

وعن الشيخ أنه يقدم قول المستأجر الغارم إذا كان التالف غير دابة، وأما لو كان دابة فالقول قول المالك وإن ادعى الزيادة، لصحيح أبي ولاد الحنات (فإن أصاب البخل كسر أو دبر أو غمز، قال عليه السلام: عليك ما بين الصحة والعيب يوم ترده، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك)^(١)، وهو ظاهر في أن المالك يحلف، ولا يحلف إلا المنكر.

وفيه: أنه لا مندوحة - كما ذهب إليه الأصحاب - من تقديم الغارم لا المالك، لقوة الأصل، خصوصاً مع عملهم به كما في الرياض، فيرجح على الرواية.

(٦) كما عن العلامة والمحقق والشهيد الثانيين وجماعة، لأن المتفق عليه مأل للمالك فالغرم عليه كما أن الغنم له، ولأصالة عدم وجوبها على غيره، إلا أن يشترط أنها على المستأجر فتلزم للشرط.

وعن جماعة منهم الشيخ وابن إدريس والمحقق والعلامة في الإرشاد أنها على المستأجر، لأنه يجب عليه حفظ العين لكونها أمانة عنده، ومن مقدمات حفظها النفقة عليها، وروى =

وأصالة عدم وجوبها على غير المالك، وقيل: على المستأجر مطلقاً^(١)، وهو ضعيف، ثم إن كان المالك حاضراً عندها انفق، وإلا استأذنه المستأجر في الإنفاق ورجع عليه، (ولو انفق عليه المستأجر بنية الرجوع) على المالك (صحح مع تعذر إذن المالك، أو الحاكم) وإن لم يشهد^(٢) على الإنفاق على الأقوى، ولو أهمل^(٣) مع غيبة المالك ضمن لتفريطه إلا أن ينهيه المالك^(٤)، (ولو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفتحه على المستأجر في المشهور)^(٥)، استناداً إلى رواية سليمان بن سالم عن

= بأن حفظها على المالك، لا على المستأجر، ولو انحصر الحفظ على المستأجر لغيبه المالك فينفق ويرجع على المالك إذ لا دليل على وجوب الإنفاق من ماله، وغاية ما يُثبت عليه الحفظ بأن يحفظها بمال المالك لا بماله.

ثم على تقدير كون النفقة على المالك فيجب عليه تقديم النفقة إن كان حاضراً، ولو كان غائباً استأذنه المستأجر بالإنفاق ورجع عليه، فإن تعذر استأذنه الحاكم، فإن تعذر أنفق بنية العود وأشهد على الإنفاق من باب تيسر إقامة البيعة له لو ادعى الإنفاق، وإن لم يتمكن من الإشهاد انفق بنية الرجوع ورجع كمثل نفقة العين المرهونة، فإنها على الرهن لا الرهنين، وقد تقدم دليل هذه الأحكام هناك.

(١) سواء شرط المالك كون النفقة على المستأجر أم لا.

(٢) لأن وجوب الإشهاد إرشادي، حتى يتمكن المستأجر من إثبات دعواه بالنفقة، وهذا لا دخل له في أصل الرجوع على المالك.

(٣) المستأجر، ولم يتفق أصلاً ضمن، لأنه يجب عليه الحفظ وإن لم يكن من ماله.

(٤) فمع نهي المالك لا ضمان عليه، على الخلاف السابق في كتاب الرهن من جواز ترك النفقة عند النهي، كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر، أو أنه لا يجوز له الترك حتى مع النهي، تقديماً لحق الله، فيما لو كانت العين ذات روح، كالعبد والدابة، وعليه فيضمن لو ترك النفقة وأهملها.

(٥) لخبر سليمان بن سالم (سألت أبا الحسن عليه السلام - إلى أن قال - وعن رجلٍ استأجر رجلاً بفقعة مسماة ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه إلى أرضٍ أخرى، فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمام فعمل مَنْ؟ قال عليه السلام : على المستأجر)^(١)، ولأن غنم الأجير في هذه المدة للمستأجر فعليه الغرم، ورُدَّ: بأن سليمان بن سالم لم يُمدح ولم يذم، فهو مجهول الحال، ولا جابر له، إذ العلامة في التذكرة نقل عن ابن المنذر عدم الخلاف في =

الرضا عنه ^(١)، ولا استحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة عليه.

والأقوى أنه ^(٢) كغيره ^(٣)، لا تجب نفقته ^(٤) إلا مع الشرط، وتحمل الرواية مع سلامة سندهما عليه ^(٥)، واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جهته الأجرة، وحيث يشترط فيه ^(٦) وفي غيره من الحيوان على المستأجر يعتبر بيان قدرها ^(٧) ووصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ^(٨) ابتداء فإنه يكفي القيام بعادة أمثاله.

(الخامسة: لا يجوز إسقاط المنفعة المعينة) ^(٩) أي: الإبراء منها، سواء كان

= كون النفقة على الأجير، وعليه ابن إدريس والمحقق الثاني وجماعة، ومع إعراض هؤلاء لا يكون الخبر مجبوراً، ومنه تعرف أن نفقة الأجير كيفية نفقات العين المستأجرة، فكما أن نفقة العين المستأجرة على المالك، فكذلك نفقة الأجير على نفسه، إلا مع الشرط بكونها على المستأجر فتلزم، للزوم العمل بالشرط.

وأما استحقاق المنافع للغير فلا يمنع من ثبوت النفقة على الأجير، لأن منفعة للغير في قبالة الأجرة.

(١) الأجير.

(٢) مما يستأجر.

(٣) على المستأجر.

(٤) على الشرط.

(٥) في هذا الأجير، بأن تكون الأجرة على المستأجر.

(٦) قدر النفقة ووصفها، لئلا يلزم الغرر في الشرط.

(٧) على المستأجر، بحكم الشارع كما عن البعض وقد تقدم، فلا يعتبر قدرها ووصفها، بل تحال إلى العادة، فيلزم عليه نفقة أمثال العين المستأجرة، والغرر الموجود في المقام مغتفر لحكم الشارع بكونها على المستأجر.

(٨) المنفعة التي وقع عليها عقد الإجارة تكون تارة في ذمة الأجير وأخرى في العين الخارجية، فالأولى كمن يستأجره على عمل خياطة ثوب ما، والثانية كمن يستأجر هذه الدار الخارجية لمدة سنة.

وبما أن الإبراء هو إسقاط ما في الذمة كما هو معناه لغة وعرفاً، فيجوز للمستأجر أن يُبرئ الأجير من المنفعة الثابتة في ذمته، ولا يجوز للمستأجر أن يُبرئ المؤجر من المنفعة المتحققة في العين الخارجية، لأن الإبراء لا يصح تعلقه بالأعيان ولا بمنافعها بعد =

بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه^(١)، لأنه^(٢) عبارة عن إسقاط ما في الذمة، فلا يتعلق بالأعيان، ولا بالمنافع المتعلقة بها^(٣)، (ويجوز إسقاط) المنفعة (المطلقة)^(٤) المتعلقة بالذمة وإن لم يستحق^(٥) المطالبة بها، (وكذا الأجرة)^(٦) يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمة، لا إن كانت عيناً، (وإذا تسلم) أجيراً ليعمل له عملاً (فتلف لم يضمن)^(٧) صغيراً كان أم كبيراً، حرّاً كان أم عبداً، لأنه قبضه^(٨) لاستيفاء منفعة مستحقة، لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه، فكان أمانة في يده^(٩)، ولا فرق بين تلفه مدة الإجارة وبعدها^(١٠)،

= اختصاصه بإسقاط ما في الذم، بلا فرق في الحكم المذكور بين لفظ الإبراء أو الإسقاط أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على معنى الإبراء.

- (١) على الإبراء.
- (٢) الإبراء.
- (٣) بالأعيان.
- (٤) غير المعينة.
- (٥) المستأجر لا يستحق مطالبة الأجير بها لعدم حلول وقتها، إلا أنها قد استقرت في ذمة الأجير بالعقد فيصح الإبراء منها، لأن الإبراء إسقاط ما في الذم.
- (٦) يصح الإبراء من الأجرة المطلقة دون المعينة، أما الأولى كمن استأجر أجيراً بمائة درهم ولم يُعَيِّن فذمة المستأجر مشغولة بها من حين العقد فيجوز للأجير إبراءه منها، وأما الثانية كمن يستأجر أجيراً على هذا العوض الخارجي فلا يجوز للأجير إبراء المستأجر منه، لعدم تعلق الإبراء بالأعيان الخارجية ولا بمنافعها، وهذا الفرع بشقيه من إبراء الأجرة والمنفعة المطلقين دون المعيتين مما لا خلاف فيه ولا إشكال كما في الجواهر.
- (٧) إذا تسلم المستأجر أجيراً بعقد صحيح ليعمل له عملاً أو صنعة فهلك الأجير لم يضمن المستأجر، كان الأجير كبيراً أو صغيراً، حرّاً كان أو عبداً، مع فرض عدم التفريط من المستأجر، بلا خلاف ولا إشكال، وفي المسالك أنه موضع وفاق منا ومن العامة، لأن المستأجر لا يمكن له استيفاء المنفعة التي يستحقها من الأجير إلا بإثبات يده عليه فكانت يده يد أمانة، فلا يضمن إلا مع التفريط.
- (٨) لأن المستأجر قبض الأجير.
- (٩) فكان الأجير أمانة في يد المستأجر.
- (١٠) بعد مدة الإجارة، أما تلفه في مدة الإجارة فلما سمعت أن يده على الأجير يد أمانة، وأما تلفه بعد مدة الإجارة فلأن المستأجر لا يجب عليه رد العين على المالك على تقدير كونها مملوكة، وإنما الواجب عليه التخلية بين العين ومالكها، وأما لو كان حرّاً فبعد =

إلا أن يجسه^(١) مع الطلب بعد انقضاء المدة، فيصير بمنزلة المغصوب، وسيأتي إن شاء الله أن الحر البالغ لا يُضمن مطلقاً^(٢)، وما عليه من الثياب تابع له^(٣)، ولو كان^(٤) صغيراً أو عبداً ضمنه.

(السادسة: كل ما يتوقف عليه نافية المنفعة^(٥) فعلى المؤجر^(٦)

= انقضاء الإجارة لا يجب على المستأجر رده إلى مالكة لأنه حرٌّ فيخلّ سبيله فقط، فلو تلف لا يضمن المستأجر.

نعم لو كان الأجير مملوكاً وحسه المستأجر بعد طلب المالك ولم يخلّ بينه وبين مالكة صار الأجير بمنزلة المغصوب، فيضمن المستأجر الأجير لو تلف لعدوانه، ولو كان الأجير حرّاً وقد حسه المستأجر فلا يضمن إذا كان الحر بالغاً، وأما لو كان الحر صغيراً فيضمن، كما سيأتي تفصيله في كتاب الغصب.

(١) إذا كان الأجير مملوكاً.

(٢) مغصوباً أو لا.

(٣) ما على الحر من الثياب تابع للحر في عدم الضمان، لأن الثياب تحت يد صاحبها الحر، والحر لا يدخل تحت اليد.

(٤) الأجير.

(٥) استيفاء المنفعة.

(٦) ما يتوقف عليه الانتفاع من العين المستأجرة على أقسام، قسم يجب على المالك بغير خلاف، كعمارة الخيطان والسقوف وعمل الأبواب ومجرى الماء، وقسم يجب على المستأجر بغير إشكال، كمن يستأجر بئراً ليتنفع بها بتجميع مياه الأمطار فيها والاستفادة من هذه المياه، فالاستقاء والدلو والبكرة على المستأجر بغير خلاف أيضاً.

وقسم ثالث قد اختلف فيه، كالخياط في الخياطة كمن يستأجر أجيراً ليخيط له هذا الثوب، فخيطان هذه الخياطة هل هي على الأجير أو على المستأجر، وكذا المداد للكتابة والصيغ للصبغة ونحو ذلك، فعن جماعة أنها على الأجير، لأن العمل واجب عليه فتجب عليه مقدماته، وهذه من المقدمات، إلا أن تكون هناك عادة قاضية بالوجوب على المستأجر، وعن العلامة والشارح أنه مع عدم العادة أو اضطرارها فهذه الأمور على المستأجر، لأن المقصود من عقد الإجارة هو العمل، وأما الأعيان المتوقف عليها العمل فغير داخلية في مفهوم الإجارة حتى تجب على الأجير.

ورّد: بأن وجوب هذه الأعيان على الأجير ليس من أجل دخولها في مفهوم الإجارة، بل من باب المقدمة للفعل الواجب، فهي واجبة على من وجب عليه الفعل، وهو الأجير.

كالتقرب^(١) والزمّام^(٢)، والحزام^(٣)، والسرج، والبرذعة^(٤)، ورفع المحمل^(٥)، والأحمال^(٦)، وشدها، وحطها، والقايد^(٧)، والسائق إن شرط مصاحبته^(٨)، (والمداد في النسخ)^(٩) لتوقف إيفاء المنفعة الواجبة عليه^(١٠) بالعقد اللازم، فيجب^(١١) من باب المقدمة.

والأقوى الرجوع فيه^(١٢) إلى العرف، فإن انتفى^(١٣) أو اضطرب فعلى المستأجر، لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك^(١٤) هو المقصود من إجارة العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب اذهابها لأجلها^(١٥)، إلا في مواضع نادرة تثبت على خلاف الأصل كالرضاع،

- (١) مثل سَبَب، ما يوضع على ظهر البعير ليصير صالحاً للركوب.
- (٢) وهو الحبل الذي يُقاد به البعير.
- (٣) ما يُشدّ به القَبّ والرحل من تحت ظهر البعير لئلا ينقلب.
- (٤) قال في المصباح المنير: «البرذعة: حلس يجعل تحت الرحل، بالبدال والذال، والجمع البراذع، هذا هو الأصل، وفي عرف زماننا هي للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس» انتهى.
- (٥) ووضعه على ظهر البعير.
- (٦) رفعها عن الأرض وجعلها على ظهر الدابة.
- (٧) هو الذي يأخذ بقيدها من أمام، والسائق هو الذي يسوقها من خلف.
- (٨) إن شرط المستأجر على المؤجر مصاحبة السائق أو القائد للدابة.
- (٩) نسخ الكتب.
- (١٠) على ما ذكر من الأمثلة.
- (١١) يجب ما يتوقف إيفاء المنفعة عليه.
- (١٢) فيما يتوقف استيفاء المنفعة عليه.
- (١٣) العرف، ولا عادة في البين.
- (١٤) العمل.
- (١٥) يجب إذهاب الأعيان لأجل الإجارة، لأنه قد قصد من عقد الإجارة خصوص العمل، وبما أن العمل متوقف على أعيان خارجية، فالأصل أن تكون على المستأجر إلا في مواضع فتكون على المؤجر، ومن هذه المواضع: الإرضاع والاستحمام. أما الأول كمن يستأجر امرأة على إرضاع ولده، فالإجارة قد وقعت على نفس العمل أعني المراضعة والإرضاع، وهذا العمل متوقف على عين خارجية وهي اللبن، وبما أن =

والاستحمام، ومثله^(١) الخيوط للمخياطة^(٢)، والصبغ للصبغة، والكش^(٣) للتلفيح، (وكذا يجب) على المؤجر (المفتاح في الدار)^(٤)، لأنه^(٥) تابع للغلق المثبت الذي يدخل في الإجارة، بل هو^(٦) كالجزة منه^(٧) وإن كان^(٨) منقولاً، ومن شأن المنقول أن لا يدخل في إجارة العقار الثابت، وأما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل، لانتفاء التبعية عرفاً.

(السابعة: لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر) لها^(٩)، سواء كان هو المالك أم غيره، لأصالة عدمها.

= اللبن داخل في مفهوم الإرضاع الذي هو مورد الإجارة، فيجب اللبن على الأجير. وأما الثاني كمن يوقع عقد إجارة بينه وبين صاحب الحمام لينتفع بالحمام بالاستحمام فيه، والاستحمام متوقف على الماء، فالماء داخل هنا في مفهوم الإجارة فيجب على صاحب الحمام المؤجر دون المستأجر.

(١) مثل ما ذكر من الإرضاع والاستحمام.

(٢) فهي على الأجير دون المستأجر.

(٣) بالضم، وهو الغبار الذي يؤخذ من ذكور النخل ليوضع في إنائها، ففي هذه الأمور الثلاثة فالخيوط والصبغ والكش على الأجير لدخولها في مفهوم الإجارة، بخلاف الباقي فالأعيان المتوقف عليها العمل هي على المستأجر، وإن كان في الثلاثة الأخيرة إشكال واضح، لعدم دخول الخيوط والصبغ والكش في مفهوم الإجارة بعد كون العقد قد قصد منه العمل فقط، والعرف غير قاضٍ بكونها على الأجير، ولو جعل العرف هو الحاكم لكان متيناً.

(٤) المراد به مفتاح الغلق، والغلق هو القفل الثابت في الباب، فكما يجب على المؤجر تسليم الدار، ومن توابعها الغلق فيجب عليه تسليم الغلق، ومن توابع الغلق مفتاحه فيجب عليه، وهذا بخلاف مفتاح القفل، والقفل هو القفل المنقول دون الثابت، فلا يجب تسليمه ولا تسليم مفتاحه، لانتفاء التبعية بينه وبين الدار لكونه منقولاً.

(٥) المفتاح.

(٦) المفتاح.

(٧) من الغلق.

(٨) المفتاح.

(٩) للإجارة، لو تنازعا في أصل الإجارة فالقول قول منكرها مع يمينه، كما في كل منكر، لأصالة عدم وقوعها، سواء كان المنكر هو المالك أم المستأجر، بلا خلاف ولا إشكال.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع، رجع كل مال إلى صاحبه^(١)، وإن كان^(٢) بعد استيفاء شيء منها^(٣)، أو الجميع^(٤) الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه^(٥) متعلق العقد، وكان المنكر^(٦) المالك، فإن أنكر مع ذلك^(٧) الإذن في

(١) بحيث كانت العين تحت يد غير مالكتها، وكان لهذا الغير مالٌ تحت يد المالك، فادعى المالك الإجارة وأن هذا المال عوض، وأنكر الآخر وأن تقديم الدار كان تبرعاً فترجع الدار إلى مالكتها ويرجع المال إلى صاحبه.

(٢) النزاع المذكور.

(٣) من المنافع.

(٤) جميع المنافع، بحيث من يدعي الإجارة يدعيها لسنة، والدار هي تحت يد الطرف الآخر سنة، فلو ثبتت الإجارة لكان المستأجر قد استوفى جميع منافعها.

(٥) الجميع الذي استوفاه غير المالك.

(٦) وعلى هذا التقدير الأخير من كون النزاع بعد استيفاء المنافع أو بعضها فتارة يكون المالك مدعياً للإجارة وأخرى يكون المستأجر.

وعلى الثاني فالمالك منكر فيحلف وتنتفي الإجارة، ثم لو أنكر المالك الإذن في التصرف في العين أيضاً، كما أنكر الإجارة فيحلف على عدم الإذن، وله أجره مثل المنافع المستوفاة من العين، وعليه فهذه الأجرة إما مساوية للمسمى في العقد الذي انتفى أو أزيد أو أقل.

فإن كانت مساوية فلا كلام، فله تمام أجره المثل، وإن كانت أزيد فلإنما أن يكون قد قبض المسمى أو لا، فإن قبض المسمى فله حق المطالبة بالزيادة، وإن لم يقبض فله حق المطالبة بالمثل بما فيه الزيادة عن المسمى.

وإن كانت أجره المثل أنقص من المسمى فتارة يكون المسمى مقبوضاً وأخرى لا، فمع قبض المسمى يجب على المالك رد الزيادة، لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد من المسمى عن المثل، لأنه منكر للإجارة، وإن كان لا يجوز لخصمه طلب هذه الزيادة منه، لأن الخصم معترف بكون المالك مستحقاً لها، لأنه معترف بالمسمى وأنه للمالك عند دعواه الإجارة. ومع عدم قبض المسمى فليس للمالك طلب الزيادة، لأنه غير مستحق لها، وإن وجب على الخصم إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعية.

وأما على الأول من كون المالك مدعياً للإجارة وخصمه المنكر فسيأتي.

(٧) مع إنكاره الإجارة.

التصرف وحلف^(١) استحق^(٢) أجره المثل^(٣)، وإن زادت عن المسمى بزعم الآخر^(٤)، ولو كان المتصرف يزعم تعيينها^(٥) في مال مخصوص وكان^(٦) من جنس النقد الغالب، لزم المالك قبضه عن أجره المثل فإن ساواها^(٧) أخذه، وإن نقص^(٨) وجب على المتصرف الإكمال، وإن زاد^(٩) صار الباقي مجهول المالك^(١٠)، لزعم المتصرف استحقاق المالك له وهو^(١١) ينكر، وإن كان^(١٢) مغايراً له، ولم يرض

(١) حلف المالك، وظاهره أن عليه حلفاً واحداً، مع أنه لا بد من حلفين، واحد لنفي الإجارة وآخر لنفي الإذن في التصرف، لأنه إذا انتفت الإجارة وثبت الإذن في التصرف فلا يستحق أجره المثل، فإثبات أجره المثل متوقف على حلفين منه.

(٢) المالك.

(٣) وهذا في صورة مساواة المثل للمسمى.

(٤) متعلق بقوله «المسمى»، وهذه هي الصورة الثانية، وكلامه يشمل الصورة الثالثة أيضاً، مع أنه في الثالثة لا يستحق من أجره المثل إلا بمقدار المسمى.

(٥) تعين أجره المسمى، بحيث يدعي الإجارة ويدعي أن أجرتها معينة، وما تقدم كان في دعواه الأجرة على نحو كلي في الذمة.

وعليه فأجرة المسمى إما أن تكون من النقد الغالب أو لا، وعلى الأول يجب على المالك أخذ المسمى المتعين في النقد الغالب على التفصيل المتقدم، بحيث لو ساوى المسمى أجره المثل فهو، وإن نقص المسمى عن المثل فيجب أخذ المسمى وعلى المتصرف الزيادة حتى يساوي المثل، وإن زاد المسمى فيجب على المالك رد الزيادة وإن لم يجز للمتصرف طلبها هذا كله إذا كانت مقبوضة، ومع عدم القبض لا يجوز للمالك طلب الزيادة عن المثل من المسمى، ولا بد للمتصرف من إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعية.

وعلى الثاني سيأتي بحثه.

(٦) المال المخصوص.

(٧) ساوى المتعين أجره المثل.

(٨) نقص المتعين عن أجره المثل.

(٩) زاد المتعين عن أجره المثل.

(١٠) فما زاد من المتعين لا يجوز للمالك قبضه، لاعترافه بعدم استحقاقه، لكونه منكراً للإجارة، ويجب على المتصرف دفعه، لاعترافه بكونه للمالك، لأن المتصرف يدعي الإجارة وأن المتعين أجرتها، فمن هنا صار الزائد مجهول المالك.

(١١) المالك ينكر استحقاقه للزائد، بإنكاره أصل الإجارة.

(١٢) كان المسمى المتعين في مال مخصوص بحسب زعم المتصرف مغايراً للنقد الغالب وهو =

المالك به^(١) وجب عليه^(٢) الدفع من الغالب، وبقي ذلك^(٣) بأجمعه مجهولاً، ويضمن العين^(٤) بانكار الإذن^(٥)، ولو اعترف به^(٦) فلا ضمان.

وإن كان المنكر المتصرف^(٧) وحلف وجب عليه^(٨) أجره المثل، فإن كانت^(٩)

= الشق الثاني المتقدم، فعلى المتصرف الدفع من الغالب بمقدار أجره المثل، ويبقى المسمى التعين مجهولاً، لأن المتصرف معترف بكونه للمالك فيخرج عنه، ولا يجوز للمالك قبضه لأنه معترف بعدم استحقاقه له.

(١) بالمعين بدلاً عن أجره المثل.

(٢) على المتصرف أن يدفع من الغالب بمقدار أجره المثل.

(٣) التعين.

(٤) يضمن المتصرف العين، لأن المالك منكر للإجارة ومكّر للإذن، فيد المتصرف على العين يد عدوان وضمنان، نعم لو اعترف المالك بالإذن وإن أنكر الإجارة فلا ضمان.

(٥) من قبل المالك.

(٦) لو اعترف المالك بالإذن فلا ضمان على المتصرف.

(٧) هذا هو الشق الأول من كون النزاع بين المالك وخصمه بعد استيفاء المنافع، وهو ما لو كان المالك مدعياً للإجارة والمتصرف منكرأ، فيحلف المتصرف وتنتفي الإجارة، إلا أنه على المتصرف أجره المثل عن المنافع المستوفاة من العين، لأن المالك لم يقدمها بنية التبرع، بل في قبالة أجره المسمى ولم تسلم له، ثم إن أجره المثل إما أن تكون مساوية للمسمى في العقد أو أزيد أو أقل، وعلى الأول لا كلام في أن تمام أجره المثل للمالك، وعلى الثاني بأن كانت أجره المثل أزيد فلا يخلو الأمر إما أن يكون المسمى قد قبضه المالك أو لا، فمع قبضه يجب على المتصرف دفع الزائد من المثل عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك لأجره المثل بالغأ ما بلغت، لأنه منكر للإجارة، ومع عدم القبض فيجب على المتصرف دفع المثل بما فيه الزيادة عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك لتمام المثل، إلا أن المالك لا يجوز له طلب الزيادة، لأنه معترف بعدم استحقاقه إلا بمقدار المسمى.

وعلى الثالث بأن كانت أجره المثل أنقص، فإن كانت أجره المسمى مقبوضة من المالك فيجب على المالك رد الزيادة من المسمى، لثبوت بطلان الإجارة ظاهراً بسبب حلف المتصرف، وإن كان المسمى غير مقبوض من المالك فلا يجب على المتصرف الدفع إلا بمقدار المثل، لبطلان الإجارة ظاهراً فلا مسمى، ولا يثبت على المتصرف إلا أجره مثل المنافع المستوفاة.

(٨) على المتصرف.

(٩) أجره المثل.

أزيد من المسمى بزعم المالك^(١) لم يكن له^(٢) المطالبة به إن كان دفعه، لاعترافه باستحقاق المالك له ووجب عليه دفعه^(٣) إن لم يكن دفعه، وليس للمالك قبضه^(٤)، لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى، وإن زاد المسمى عن أجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه^(٥)، وسقط^(٦) إن لم يكن، والعين ليست مضمونة عليه^(٧) هنا^(٨)، لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة.

(ولو اختلفا في قدر الشيء المستأجر)^(٩) بفتح الجيم، وهو العين المستأجرة، بأن قال: أجرتك البيت^(١٠) بمائة، فقال: بل الدار أجمع بها^(١١) (حلف النافي)، لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفقا عليه، وقيل: يتحالفان وتبطل الإجارة، لأن كلا منهما مدع ومنكر، (وفي رد العين^(١٢) حلف المالك)، لأصالة

(١) متعلق بقوله «المسمى».

(٢) للمتصرف، فلا يجوز له المطالبة بالزائد إن كان قد دفع الزائد.

(٣) ووجب على المتصرف دفع الزائد إن لم يكن قد دفعه.

(٤) قبض الزائد، لأن المالك معترف بأنه لا يستحق أزيد من المسمى.

(٥) على تقدير قبض المالك للمسمى.

(٦) وسقط الزائد عن المتصرف، فلا يدفع إلا بمقدار المسمى، لاعتراف المالك بعدم استحقاقه للزائد عن المسمى لدعواه الإجارة.

(٧) على المتصرف، لاعتراف المالك بكون العين أمانة بالإجارة.

(٨) فيما لو ادعى المالك الإجارة وأنكرها المتصرف.

(٩) فقال المستأجر: أجرنتي الدار بمائة، فقال المالك: بل أجرتك نصفه أو الجانب الفلاني

منه أو الغرفة الفلانية منه بمائة، فالقول قول منكر الزيادة، وهو المالك غالباً، لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفق عليه.

وقال الشارح في المسالك: «وربما قيل بالتحالف»، وقال في الجواهر: «واحتمال

التحالف لأن كلا منهما مدع ومنكر ضعيف، لأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على

شيء في مورد العقد، كأن يقول المستأجر: الإجارة على البيت بمائة، فيقول المالك: بل

الإجارة على البستان بمائة، وأما في مسألتنا فقد اتفقا على شيء أنه مورد العقد واختلفا

في الزائد فيقدم قول المنكر».

(١٠) البيت هو عُرف الدار، والدار هو البيت مع الساحة.

(١١) بالمائة.

(١٢) بأن قال المستأجر: رددت العين، فأنكر المالك، حلف المالك، لأنه منكر بحسب ظاهر

قوله، ولأصالة عدم الرد.

عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه، فلا يقبل قوله فيه^(١)، مع مخالفته للأصل.
 (وفي هلاك^(٢) المتاع المستأجر عليه حلف الأجير)، لأنه أمين، وإمكان صدقه فيه^(٣)، فلو لم يقبل قوله فيه^(٤) لزم تخليده في الحبس^(٥)، ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفي كالسرق^(٦).

= إن قلت: قد قُبل قول الودعي في رد الوديعة، فليقبل قول المستأجر هنا في الرد.
 قلت: قبول قول الودعي هناك للنص بكونه أميناً، ولأنه قبض لمصلحة الودع، بخلاف المستأجر فقد قبض لمصلحة نفسه.

- (١) لا يقبل قول المستأجر في الرد.
 (٢) لو ادعى الصانع هلاك المتاع عنده من غير تفريط ولا تعدي، وأنكر المالك، فالمشهور أن الصانع يكلف بالبيئة، ومع عدمها يحلف المالك ويضمن الصانع، للأخبار.
 منها: صحيح الخليلي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل جمال أسترى منه إبلاً، وبعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه؟ فقال: إن شاء أخذ الزيت - إلى أن قال - ولكن لا يُصدق إلا بيينة عادلة)^(١)، وقيل: يُقدم قول الصانع مع يمينه، كما عليه جماعة منهم الشيخ وابن إدريس والعلامة، بل في السرائر أنه الأظهر في المذهب وعليه العمل، للأخبار.
 منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سأل عن الصباغ والقصار فقالا: ليس يضمنان)^(٢)، وخبر بكر بن حبيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه، فقال: إن اتهمته فاستحلفه، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء)^(٣)، وقد ادعى الشيخ إجماع الفرقة وأخبارهم على هذا القول.

- (٣) في الهلاك، فيصدق لأنه أمين.
 (٤) في الهلاك.
 (٥) لأنه لو لم يقبل قوله فيه، وقبل قول خصمه لكُلف بالرد، ولو كان تالفاً واقعاً لاستحال عليه الرد، ولو استحال لكان غير مؤد لحقوق الناس فيجب حبسه، وبما أنه يستحيل الرد مطلقاً فيلزم تخليده في السجن.
 (٦) خلافاً للشافعي حيث فرق بينهما، ففي الظاهر كلفه بالبيئة، وفي الحنفى اكتفى منه باليمين.

(١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الإجارة حديث ١.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجارة حديث ١٤ و١٦.

(وفي كيفية الإذن) في الفعل (كالقباء، والقميص)^(١) بأن قطعه الخياط قباء فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصاً (حلف المالك)، لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله، والأصل عدم ما يدعيه الخياط من الإذن، ولقبول قول المالك في أصل الإذن، وكذا في صفتها، لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص.

وقيل: يحلف الخياط، لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش، والأصل عدمه^(٢).

وعلى المختار^(٣) إذا حلف المالك يثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وقباء، ولا أجرة له على عمله، وليس له فتنه^(٤) ليرفع ما أحدثه

(١) فلو قطع الخياط الثوب قباءً مدعياً الإذن من المالك، فقال المالك: لم أمرك بذلك، وإنما أمرتك بقطعه قميصاً.

ف قيل: القول قول المالك مع يمينه على المشهور، لأن قول المالك مقدم في أصل الإذن عند وقوع الخلاف، فكذا يقدم في صفة الإذن عند الاختلاف، ولأن الخياط يدعي التصرف المسقط للضمان بالإذن على الوجه القبلي، والمالك ينكر ذلك.

وقيل، وهو للشيخ في الخلاف ووكالة المسوط: يقدم قول الخياط، لأن المالك بدعواه يدعي على الخياط الأرش، والخياط ينكر، والأصل عدم الأرش.

(٢)

(٣) من تقديم قول المالك مع يمينه، فإذا حلف المالك فلا أجرة للخياط على عمله، لأنه عمل من غير إذن المالك، وعلى الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وبين كونه مقطوعاً قباءً، لأنه مأذون بالقطع القميصي، وما زاد عنه إلى القطع القبلي لا إذن فيه فيتحمل أرشه.

(٤) وليس للأجير فتح الثوب القبلي لو أراد رفع ما أحدثه من العمل، وهو القبائية، إذا كانت الخيوط من المالك، إذ ليس للخياط عين يمكن انتزاعها، ولا يمكن انتزاع العمل لأنه ليس بعين، فهو كما لو نقل متاع الغير من مكان إلى آخر عدواناً، فليس له رده إلى عمله الأول، إلا بطلب من المالك.

ولو كانت الخيوط من الأجير ففيه وجهان:

الأول: جواز أخذها، لأنها عين ماله، وهي باقية، والناس مسلطون على أموالهم، وعدوانه لا يسقط حرمة ماله.

من العمل إن كانت الخيوط للمالك، إذ لا عين له^(١) ينزعها، والعمل ليس بعين، وقد صدر عدواناً ظاهراً.

ولو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب.

ووجه المنع^(٢) استلزامه التصرف في مال الغير، ولو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها^(٣) خيطاً لتصير خيوطه^(٤) في موضع خيوط الخياط إذا سلها^(٥) لم يجب اجابته، لأنه^(٦) تصرف في مال الغير، يتوقف على إذنه^(٧)، كما لا يجب عليه^(٨) القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط^(٩).

(وفي قدر الأجرة حلف المستأجر)^(١٠)، لأصالة عدم الزائد، وقيل:

الثاني: لا يجوز الأخذ، لأن الأخذ يستلزم التصرف في مال الغير، ولأن الخياط يدعي أن الخيوط ملك للمالك تبعاً للعمل القبائي الذي يدعيه الخياط، ويدعي أن المالك قد ظلمه بالإنكار.

وفيه: أن نزع الخيوط وإن استلزم تصرفاً في مال الغير، فإن أحدث نقصاً في العين فيجير بالأرض، وأما دعوى الخياط أن الخيوط للمالك تبعاً للعمل القبائي فهو يدعي ذلك بعقده وقد انفسخ ظاهراً بحلف المالك.

(١) للأجير.

(٢) منع نزع الخيوط.

(٣) من خيوط الخياط.

(٤) خيوط المالك.

(٥) سلها الخياط.

(٦) شد خيط المالك بخيط الخياط.

(٧) إذن الغير، وهو الخياط هنا.

(٨) على الخياط.

(٩) لأن الناس مسلطون على أموالهم، فلا يُجبرون على البيع.

(١٠) لو قال المستأجر: الأجرة خمسون، فقال المالك: إنها مائة، قدم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكرٌ للزيادة بعد أصالة عدم وقوع الزيادة.

وقيل: بالتحالف، ولم يُعلم قائله، ووجهه أن كلاً منهما مدع ومنكر، وهو ضعيف، لأن مورد التحالف ما لو لم يتفقا على شيء من الأجرة، وهنا قد اتفقا على قدر معين واختلفا في الزائد فيقدم قول منكره، وبه تم بحث الإجارة، والله الحمد أولاً وآخرأ.

يتحالفان كما لو اختلفا في قدر المستأجر، لأن كلا منهما مدع ومنكر، وهو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، ومقدار العين، والمدة، وإنما تخالفا على القدر الزائد عما يتفقان عليه، فيحلف منكره.



كتاب الوكالة

كتاب الوكالة^(١)

بفتح الواو وكسرهما (وهي استنابة في التصرف) بالذات^(٢)، لثلا يرد الاستنابة في نحو القراض، والمزارة، والمساقاة، وخرج بقيد الاستنابة الوصية بالتصرف، فإنها إحداث ولاية، لا استنابة، وبالتصرف الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ خاصة، وتفتقر إلى إيجاب وقبول^(٣)، لأنها من جملة العقود وإن كانت جائزة.

(١) قال في المصباح المنير: «وكلته توكيلاً فتوكل قبل الوكالة، وهي بفتح الواو، والكسر لغة انتهى، وهي لغة التفويض، وشرعاً بأنها «الاستنابة في التصرف»، فالاستنابة بمنزلة الجنس يشمل الأمانات المالكية، كالوديعة والعارية والقراض ونحوها عما فيها قبض بإذن المالك، نعم بقيد «الاستنابة» تخرج الوصية، فالوصية بالتصرف إحداث ولاية على العين، لا استنابة عن المالك بالتصرف.

وبقيد «في التصرف» تخرج الوديعة، فهي استنابة في الحفظ خاصة، ومع هذا تبقى المزارة والمساقاة والقراض مندرجة في التعريف، ويمكن إخراجها بزيادة قيد «بالذات» على التعريف، لأن الاستنابة في التصرف في هذه المذكورات ضمنية، لأن المقصود بالذات منها هو العمل زرعاً أو سقياً أو ربحاً.

ويبقى إشكال، وهو أن المتبادر من التعريف المتقدم خصوص الاستنابة في التصرف الفعلي دون القولي، مع أن الوكالة تصح في الأفعال والأقوال، ولذا ذهب بعضهم إلى تعريفها بأنها «عقد يفيد نيابة الغير في شيء».

(٢) قيد لإخراج القراض والمزارة والمساقاة.

(٣) لما كانت الوكالة معاملة بين شخصين فهي عقد مؤلف من إيجاب وقبول.

(وإيجابها^(١)) وكلمتك، أو استنتبتك)، أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على الاستنابة في التصرف، وإن لم تكن على نهج الألفاظ المعتبرة في العقود^(٢)، (أو الاستيجاب والإيجاب^(٣)) كقوله: وكلني في كذا، فيقول: وكلتك، (أو الأمر

(١) لما كانت الوكالة من العقود الجائزة كما سيأتي فيصح إيقاع إيجابها وقبولها بكل لفظ دال عليهما، ولا تخصيص للألفاظ الصريحة كما هو مبنى القوم في العقود الجائزة.

بل ولا تشترط الماضوية في الإيجاب، لخبر عروة البارقي عندما قال له النبي ﷺ (اشتر لنا شاة بدينار فذهب واشترى شاتين بدينار)^(٤)، وهو دال على إنشاء الإيجاب بالأمر بالتصرف، ودال على تحقق القبول بالرضا الفعلي لا القولي، ولذا توسعوا في عقد الوكالة بالخصوص ما لم يتوسعوا في غيره من العقود الجائزة، فذهبوا إلى أن الإيجاب يتحقق بالماضي كقوله: «وكلتك»، وبالأمر «كن وكيلي أو اشتر لي كذا وكذا»، بل لو قال الموكل: نعم، عقيب الاستفهام التقريري من الوكيل: كوكلتني في كذا، لكفى في الإيجاب.

وذهبوا إلى أن القبول يتحقق باللفظ الماضي «قبلت»، وبكل لفظ يدل على الرضا بالإيجاب وإن لم يكن ماضوياً، وبالفعل الدال على الرضا بالإيجاب، قال العلامة في التذكرة: «والأصل في ذلك أن الذين وكلهم النبي ﷺ لم يُنقل عنهم سوى امتثال أمره» انتهى، فضلاً عن دلالة خبر عروة البارقي المتقدم عليه، وهذا كله مما لا خلاف فيه كما في الرياض.

ولكن قد عرفت أكثر من مرة كفاية كل ما عليه العرف في إنشاء الإيجاب والقبول ولو كان العقد لازماً، ولذا يصح الإنشاء بالماضي وبالأمر وبالجملة الأسمية، وبالقول المجاز وبالفعل، ولا خصوصية للوكالة في هذا.

ثم لا إشكال ولا كلام في مشروعية الوكالة، ولعلها من ضروريات الدين كما في الجواهر، ويدل عليه فضلاً عن النصوص الكثيرة قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ﴾^(٥).

(٢) وإن لم تكن بصيغ الماضي.

(٣) يكفي الاستيجاب من الوكيل والإيجاب من الموكل، بمعنى تأخر الإيجاب والاكتفاء عن القبول بالاستيجاب، كقوله: وكلني في كذا، فقال: وكلتك.

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٨٦ رقم الحديث ١١٦١٧.

(٢) سورة الكهف، الآية: ١٩.

بالبیع، والشراء^(١) كما دل عليه قول النبي ﷺ لعروة البارقي: (اشتر لنا شاة).

(وقبولها قولي) كقبلت، ورضيت، وما أشبهه^(٢)، (وفعلي) كفعله^(٣) ما أمره بفعله، (ولا يشترط فيه) أي: في القبول (الفورية)^(٤) بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طالت المدة^(٥)، (فإن الغائب يوكل) والقبول^(٦) متأخر، وكان جواز توكيل الغائب موضع وفاق، فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلا^(٧) فهو فرع المدعى.

(ويشترط فيها التنجيز^(٨)) فلو عُلقت على شرط متوقع^(٩)، كقدوم المسافر، أو صفة مترتبة^(١٠)، كطلوع الشمس لم يصح^(١١).

وفي صحة^(١٢).....

(١) يكفي في الإيجاب الأمر بالفعل الذي يريد أن يوكله فيه.

(٢) من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب وإن لم تكن بالماضي.

(٣) كفعل الوكيل ما أمره الموكل بفعله.

(٤) فلو صدر الإيجاب من الموكل، وبعد سنة قبل الوكيل، صح عقد الوكالة، وعن تذكرة العلامة أنه إجماعي، واستدل بعضهم عليه بجواز توكيل الغائب، ولا بد أن يتأخر قبوله، لأنه غائب عن بلد الموكل.

ورّد: بأنه مستلزم للدور، لأن جواز توكيل الغائب فرع تراخي القبول عن الإيجاب، فلو كان تراخي القبول متوقفاً على جواز توكيل الغائب للزم الدور.

وأجيب: بأننا نستدل على جواز التراخي في مطلق القبول بالإجماع، والدليل على صحة وقوع الإجماع إجماعهم على صحة توكيل الغائب، إذ لا خصوصية في قبول الغائب.

(٥) إلى سنة.

(٦) الواو حالية.

(٧) وإن لم يجعله شاهداً بل دليلاً للزم منه الدور.

(٨) شرط الوكالة أن تقع منجزة بلا خلاف فيه، فلو عُلقت على شرط لبطلت، لأن التعليق منافي للجزم في إرادة المعنى من اللفظ عند الإنشاء، مع أنه يشترط في العقود الجزم الفعلي للمعنى حتى يتحقق الإنشاء.

(٩) وهو ما يمكن وقوعه وعدمه.

(١٠) وهي ما كان وجودها في المستقبل محققاً.

(١١) التعليق، فنبتل الوكالة.

(١٢) تقدم بطلان الوكالة لو عُلقت على شرط متوقع أو صفة مترتبة، فإذا تصرف الوكيل بعد =

التصرف بعد حصول الشرط^(١)، أو الصفة^(٢) بالإذن الضمني قولان منشؤهما: كون الفاسد^(٣) بمثل ذلك^(٤) إنما هو العقد، أما الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا^(٥)، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة، دون الإذن، ولأن الوكالة^(٦) أخص من مطلق الإذن، وعدم الأخص^(٧) أعم^(٨) من عدم الأعم^(٩)، وأن الوكالة^(١٠) ليست أمراً

= فساد العقد، فهل يصح تصرفه كما عن العلامة في التذكرة، لأن فساد العقد لا يوجب فساد الإذن الضمني للتصرف، إذ الإذن بالتصرف أعم من العقد، وبطلان الخاص لا يدل على بطلان العام، ولذا لو قال: بع كذا بعوض مجهول على أن لك العشر من ثمنه، تبطل الوكالة، ولكن إذا باع صح الشرط لوجود الإذن في البين، أو لا يصح تصرفه، لأن الإذن وإن كان أعم من الوكالة، إلا أن الإذن الضمني بالتصرف ليس بأعم بل هو مساو، فانتفاء الوكالة انتفاء للإذن حيثئذ.

وأما ما استدلل به من التنظير فليس في محله، لأن الجعل المشروط بأن له العشر من ثمنه فليس جزءاً من الوكالة، وإنما هو شرط زائد عليها، لصحة الوكالة بدون هذا الشرط. إذا تقرر ذلك فيبطلان الوكالة في العوض المجهول مستلزم لبطلان الإذن الضمني فيها، ويبقى الجعل على حاله، ومن ضمنه الإذن الحاصل فيه، فلو باع بعد بطلان الوكالة كان له العشر من الثمن لوجود الإذن في الجعل.

(١) الشرط المتوقع.

(٢) الصفة المتوقعة، ومعهما تبطل الوكالة، فهل يصح التصرف من الوكيل بالإذن الضمني حيثئذ.

(٣) دليل الصحة.

(٤) يمثل الشرط والصفة عندما علقت الوكالة عليهما.

(٥) لكون الإذن أعم من العقد.

(٦) دليل ثاني للصحة، إلا أنه راجع للأول، فلا تغفل.

(٧) تمة للدليل الثاني، والمراد من عدم الأخص هو عدم الوكالة وبطلانها.

(٨) لا يلزم.

(٩) عدم الإذن، فلا يكون بطلان الوكالة الذي هو عدم الأخص مستلزماً لعدم الإذن الذي هو عدم الأعم، لاحتمال بطلان الوكالة مع بقاء الإذن.

(١٠) دليل عدم الصحة.

زائداً على الإذن^(١)، وما يزيد عنه^(٢) من مثل الجعل أمر زائد عليها^(٣)، لصحتها بدونها^(٤)، فلا يعقل فسادها مع صحتها^(٥).

(ويصح تعليق التصرف^(٦) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: وكلتك في كذا، ولا تتصرف إلا بعد شهر، لأنه^(٧) بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها^(٨) الجامع^(٩) لشرائطها^(١٠) التي من جملتها^(١١) التنجيز، وإن كان^(١٢) في معنى التعليق^(١٣)، لأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط فلا تقع بدونها^(١٤)، وإن أفاد فائدتها^(١٥)).

(١) الإذن الضمني فيها، بل هما متساويان.

(٢) ما يزيد عن الإذن الضمين، وفي هذا ردّ على التنظير المتقدم.

(٣) على الوكالة.

(٤) لصحة الوكالة بدون الجعل، وهذا تعليل لزيادة الجعل على الوكالة.

(٥) لا يعقل فساد الوكالة مع صحة الإذن الضمني فيها.

(٦) كأن يقول: وكلتك في كذا، ولا تتصرف إلا بعد شهر مثلاً، فالوكالة منجزة غير

معلّقة، وإن كان التصرف فيها معلّقاً، ومع تنجز الوكالة فلا بد من صحة عقدها،

والتصرف الذي علّق هو شرط زائد على أصل الوكالة المنجزة، وله حق الشرط حتى لو

كان الشرط هو تعليق التصرف بعد صحة الوكالة، وهذا بما لا خلاف فيه.

(٧) تعليق التصرف.

(٨) أصل الوكالة.

(٩) صفة للأصل.

(١٠) شرائط الوكالة الصحيحة.

(١١) من جملة الشرائط.

(١٢) تعليق التصرف.

(١٣) تعليق الوكالة، والمعنى أن تنجز الوكالة وتعليق التصرف وإن كان في معنى تعليق

الوكالة، إلا أن العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط التي من جملتها

عدم تعليق العقود، وتبطل إذا تجردت عنها وإن أفاد العقد الفاقد للضوابط فائدة العقد

المشتمل عليها.

(١٤) فلا تقع العقود بدون هذه الضوابط.

(١٥) وإن أفاد المجرد عن الضوابط فائدة العقود المنوطة بهذه الضوابط.

(وهي جائزة من الطرفين^(١)) فلكل منهما إبطالها في حضور الآخر وغيبته،

لكن^(٢)

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار التي سيأتي بعضها في عزل الموكل وكيله.

(٢) الكلام في موردين، الأول: لو عزل الموكل الوكيل، فلا خلاف ولا إشكال في بطلان الوكالة إذا كان الوكيل حاضراً، وإنما الكلام في الوكيل الغائب، فهل يحكم ببطلان الوكالة مع علم الوكيل بالعزل خاصة، فلو تصرف قبل الإعلام نفذ على الموكل كما هو المشهور، أو يحكم بالعزل بعد إعلامه إن أمكن، وإلا فمع الإشهاد، كما عن الشيخ في النهاية وأبي الصلاح وابني البراج وحرزة والحلي، أم يحكم بالعزل مطلقاً، أعلمه أو لا، أشهد أو لا، كما عن العلامة في القواعد، أقوال ثلاثة. استدلل للأول بالأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور، وأشهد بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال عليه السلام: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماضٍ على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي).

قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل، أو يبلغه أنه قد عُزل عن الوكالة، فالأمر على ما أمضاه؟ قال عليه السلام: نعم.

قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر، ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال عليه السلام: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يُبلغه، أو يشافهه بالعزل عن الوكالة^(١).

وصحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج كما أعلمه بالدخول منها)^(٢).

واستدل للثاني بالاجماع المدعى كما عن ابن زهرة في الغنية، ولا دليل سواه، والنصوص المتقدمة حجة عليه، وهو اجتهاد في قبال النص.

واستدل للثالث بأن به رواية تدل على مدعاه، وفيه: أنه لو سلم بذلك، لكانت رواية =

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوكالة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوكالة حديث ١.

إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً^(١)، (ولو عزله) الموكل^(٢) (اشترط علمه) بالعزل^(٣) فلا ينعزل بدونه في أصح الأقوال.

والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره، وإن كان عدلاً واحداً^(٤)، لصحيفة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام، ولا عبرة بخبر غيره^(٥) وإن تعدد، ما لم يحصل به^(٦) العلم^(٧)، أو الظن المتأخم له^(٨)، (ولا يكفي) في انعزاله (الإشهاد)^(٩) من الموكل على عزله على الأقوى، للخبر السابق، خلافاً للشيخ وجماعة.

(و) حيث كانت جائزة (تبطل بالموت)^(١٠)، والجنون، والإغماء^(١١) من كل

= مرسلة لا تقاوم هذه النصوص المتقدمة، واستدل له أيضاً بأن الوكالة عقد جائز، ومن حق الموكل أن يفسخ على جميع الأحوال، وفيه: أنه مع النص لا يمكن الالتزام فيه، بل لا بد من تقييده بمضمون الأخبار.

الثاني: لو عزل الوكيل نفسه في حضور الموكل أو غيبته ينعزل وتبطل الوكالة، لأن الوكالة لما ثبت أنها جائزة من طرف الموكل كما هو مضمون الأخبار المتقدمة، فهي جائزة من طرف الوكيل أيضاً، لعدم القائل بالفصل.

- (١) مع حضور الموكل وغيابه.
- (٢) ففي حضور الوكيل تبطل بلا خلاف.
- (٣) على المشهور، وهذا في غياب الوكيل.
- (٤) لصحيفة هشام بن سالم المتقدم، فإنه قد صرح بكونه ثقة واحداً.
- (٥) غير العدل.
- (٦) بخبر الغير.
- (٧) وحجته ذاتية.

(٨) للعلم، وهو الاطمئنان، وهو العلم العادي، وحجته عرفية.

(٩) كما عن الشيخ وجماعة، إذا لم يمكن إعلامه بالعزل.

(١٠) بموت كلي منهما، بلا خلاف فيه، أما في موت الوكيل فلأن الإذن من الموكل مختص بالوكيل فلا يعم وارثه حتى ينتقل إليه، وأما في موت الموكل فلأن العين الموكل بها قد انتقلت إلى الورثة، ومعه يعتبر إذنتهم لا إذن مورثهم.

(١١) الجنون والإغماء، أدوارياً أو مطبقاً في كل من الوكيل والموكل مبطل للوكالة بلا خلاف فيه، وعليه الإجماع كما عن جماعة.

واحد منهما، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، وسواء أطبق الجنون أم كان أدواراً، وسواء علم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم، (وبالحجر على الموكل فيما وَكَّلَ فِيهِ^(١)) بالسفه، والفلس، لأن منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه.

وفي حكم الحجر طرَوْ الرق على الموكل^(٢) بأن كان حربياً فاسترق، ولو كان وكيلاً^(٣) صار بمنزلة توكيل عبد الغير.

(ولا تبطل بالنوم ولو تناول^(٤))، لبقاء أهلية التصرف (ما لم يؤد إلى الإغماء) فتبطل من حيث الإغماء، لا من حيث النوم، ومثله السكر^(٥)، إلا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل، والولي (وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة^(٦)) كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، وفي حكمه^(٧) فعله ما ينافيها كعتقه.

(وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمن المثل^(٨))، إلا بنقصان

(١) لأنه بالحجر يمنع من التصرف، والوكالة تصرف بالعين بالنيابة، فكما يمنع من التصرف بالأصالة فمن باب أولى يمنع من التصرف بالاستتابة.

(٢) فإنه يصير عبداً، وكل فعل منه - سواء كان بماله أم بغيره - محتاج إلى إذن مولاه.

(٣) بأن طرأ عليه الرق فتبطل الوكالة، لأنه يصير عبداً للغير، فيحتاج إلى إذن سيده.

(٤) لأصالة الصحة في العقود، ولعلمية عدم معاملة الشارع للنوم معاملة الجنون.

(٥) ومثل النوم السكر، لأصالة الصحة، ولعدم معاملة السكران معاملة المجنون شرعاً، إلا إذا اقتضى السكر فسقاً، وذلك عند السكر الاختياري، وقد اشترط في الوكيل العدالة، كوكيل الوكيل، ووكيل ولي اليتيم.

(٦) كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه بنفسه، أو وكله في بيع عبد ثم أعتقه، فتبطل الوكالة لارتفاع موضوعها، وكذا تبطل بتلف موضوعها، كما لو وكله في بيع العبد ثم مات العبد، أو وكله بشراء عبد بهذا الدينار فتلف الدينار.

(٧) حكم فعل ما تعلقت به الوكالة فعل ما ينافيها.

(٨) لو وكله في بيع متاع ولم يعين ثمناً، فيحمل الإطلاق على البيع بثمن المثل، لأن ثمن المثل هو المتعارف، والإطلاق محمول على المتعارف.

وقد استثنى الشارح في المسالك وهنا موضعين.

الأول: النقصان عن ثمن المثل بالشيء اليسير الذي يتسامح الناس بمثله ولا يناقشون به =

عنه^(١)، يتسامح بمثله^(٢) عادة، كدرهم في مئة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه^(٣)، فلا يجوز الإقتصار عليه^(٤)، حتى لو باع بخيار لنفسه^(٥) فوجد في مدة الخيار باذلاً للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له^(٦)، إلا أن يعين له قدرأ^(٧) فلا يجب^(٨) تحصيل الزائد وإن بُذل^(٩)، (حالات)^(١٠) فلا يجوز بالمؤجل

= كدرهم ودرهمين في الألف، ووجهه: أن هذا التقصان متعارف أيضاً، فيحمل الإطلاق عليه.

الثاني: حمل الإطلاق على المتعارف من ثمن المثل عند عدم وجود باذلٍ للأزيد، وإلا لو وجد باذل الأزيد فيجب على الوكيل أن يبيعه المتاع، لأن البيع له حيثئذ مصلحة للموكل.

- (١) عن ثمن المثل.
- (٢) بمثل هذا التقصان.
- (٣) من ثمن المثل.
- (٤) على ثمن المثل.
- (٥) لو باع الوكيل المتاع بثمن المثل مع خيار الفسخ له لمدة معينة ثم وجد في زمن الخيار باذلاً للأزيد فيجب عليه الفسخ مقدمة لبيع الباذل الزيادة، لأن فيه مصلحة للموكل.
- وقد احتمله في الجواهر احتمالاً، ولعله من باب أن البيع بثمن المثل قد وقع مراعيّاً لما فيه مصلحة الموكل حال البيع، ووجود الباذل بعد العقد غير موجب للفسخ لعدم التفريط من الوكيل حين صدور البيع.
- (٦) إن تناولت وكالة الوكيل لجعل الخيار لنفسه بالإضافة إلى البيع.
- (٧) فلو عين الموكل قدرأ معيناً من الثمن ووجد الوكيل باذلاً للأزيد فلا يجب على الوكيل بيع الباذل، والفرق بين مقامنا والسابق هو أن الموكل هنا قد حدد الثمن بخلافه هناك فلا بد من حمل الإطلاق على ما فيه مصلحة للموكل، ومصلحته ببيع الباذل للأزيد كما هو واضح.
- (٨) على الوكيل.
- (٩) وإن بُذل الزائد من قبل باذله.
- (١٠) وأيضاً إطلاق الوكالة في البيع يقتضي على الوكيل بيع المتاع بثمن حال لا نسبة، سواء كان المؤجل أزيد من ثمن المثل أم لا، لوجوب حمل الإطلاق على ما فيه مصلحة المالك، ومصلحته إنما هي في الحال دون المؤجل.

مطلقاً^(١) (بنقد البلد)^(٢)، فإن اتحد^(٣) تعين، وإن تعدد باع بالأغلب^(٤)، فإن تساوت النقود باع بالأنفع^(٥) للموكل، فإن استوت نفعاً تخير^(٦) (وكذا) التوكيل (في الشراء)^(٧) يقتضيه^(٨) بضمن المثل حالاً بنقد البلد، (ولو خالف) ما اقتضاه الإطلاق، أو التنصيص^(٩) (ففضولي)^(١٠) يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة المالك. (وإنما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه^(١١))

- (١) سواء كان أزيد من ثمن المثل أم لا.
 - (٢) وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي على الوكيل أن يبيع المتاع بنقد البلد، حلاً للإطلاق على المتعارف.
 - (٣) نقد البلد إذا اتحد تعين لتفرده.
 - (٤) لأن المتعارف هو الأغلب عند التعدد، لتعارف الأغلب أكثر من الغالب.
 - (٥) لأن الوكيل مأمور بمراعاة مصلحة الموكل.
 - (٦) بالتخير العقلي، لأن المتعديدين متساويان من كل جهة مقصودة بحسب الفرض.
 - (٧) وإطلاق الوكالة في شراء المتاع يقتضي شراؤه بضمن المثل وبكونه حالاً بنقد البلد.
 - (٨) يقتضي الشراء.
 - (٩) إذا وكله ببيع متاع وقد عتق له الثمن.
 - (١٠) لأنه غير مأذون فيه من قبل المالك، بعد كون الإذن على ما ذكره من التنصيص وعلى المتعارف بعد حل الإطلاق عليه، فغيرهما غير مأذون فيه حيثئذ.
 - (١١) يشترط في متعلق الوكالة أمران.
- الأول: أن يكون ممكناً بالإمكان العقلي والشرعي، فلا تجوز الوكالة في الأمور المستحيلة عقلاً أو المنوعة شرعاً كالغصب والسرقه والقتل، فلو غصب أو سرق أو قتل بوكالة الغير فالإثم على الفاعل وعليه الضمان دون الموكل.
- الثاني: أن لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه مباشرة من نفس المكلف، وإلا لو تعلق غرض الشارع بإيقاعه من نفس المكلف فلا تصح الوكالة فيه، إذا تقرر ذلك فتعرف أنه كما تصح فيه النيابة تصح فيه الوكالة، وكذا العكس، ضرورة أن الوكالة هي نيابة في التصرف عن الغير، نعم يبقى الكلام في كيفية تعلق غرض الشارع بكل فعل، فبعضها كالصلاة والصوم والحج قد تعلق غرض الشارع بإيقاعها من نفس المكلف وقد اشترط فيها المباشرة، وبعضها كالبيع وتوابعه من قبض الثمن والمثمن والرهن والصلح والحوالة والكفالة والضمان والشركة والوكالة والعمارة والإبراء والوديعة والوصية وغيرها لم يتعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف لها، فتصح النيابة فيها والوكالة.

كالعتق) فإن غرضه فيه ^(١١) فك الرقبة، سواء أحدثه ^(١٢) المالك أم غيره، (والطلاق) فإن غرضه منه رفع الزوجية كذلك ^(١٣).

ومثله النكاح ^(١٤)، (والبيع) ^(١٥)، وغيرها من العقود، والإيقاعات (لا فيما يتعلق) غرضه ^(١٦) بإيقاعه ^(١٧) من مباشر بعينه.

ومرجع معرفة غرضه في ذلك ^(٨) وعدمه إلى النقل ^(٩)، ولا قاعدة له ^(١٠) لا تنخرم، فقد علم تعلق غرضه بجملة من العبادات ^(١١)، لأن الغرض منها ^(١٢) امتثال المكلف ما أمر به وانقياده وتذلل به فعل المأمور به، ولا يحصل ذلك بدون المباشرة (كالطهارة) فليس له الاستنابة فيها أجمع ^(١٣)، وإن جاز في غسل الأعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها ^(١٤)، مع تولية النية، ومثل هذا لا يعد توكيلاً

= ولا بدّ من النقل حتى نعرف تعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف فيه وعدمه، إذ لا ضابطة كلية جارية تُفصل في جميع الأفعال، ومع الشك في فعل ما فالأصل صحة الوكالة والنيابة، ولذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على اعتبار المباشرة، واستدل لهم بأصالة عدم اشتراط المباشرة.

(١) غرض الشارع في العتق.

(٢) أحدث الفك.

(٣) رفعها من يده الساق أو لا.

(٤) لأن غرض الشارع فيه إثبات العلقة الزوجية، سواء أحدثها الزوجان أم غيرهما.

(٥) لأن غرض الشارع فيه النقل والانتقال، سواء أحدثه المالك أم غيره.

(٦) غرض الشارع.

(٧) بإيقاع الفعل.

(٨) في المباشرة.

(٩) النقل الشرعي.

(١٠) لغرض الشارع في المباشرة وعدمها.

(١١) كالصلاة والصوم والحج والوضوء والغسل والتيمم بخلاف الزكاة والخمس.

(١٢) من العبادات.

(١٣) قيد للمنفى، فلا تجوز الاستنابة في جميع الطهارات الثلاث، لأنه هو التولي للنية وإن

وتكل في غسل الأعضاء ومسحها.

(١٤) مباشرة الأعضاء غسلًا ومسحًا.

حقيقياً^(١)، ومن ثم يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانة على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق^(٢).

(والصلاة الواجبة في) حال (الحياة)^(٣) فلا يستتاب فيها مطلقاً^(٤) إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز استنابة الحي^(٥) في الحج الواجب، أو فيهما^(٦) خاصة على بعض الوجوه.

واحترز بالواجبة^(٧) عن المندوبة، فيصح الاستنابة فيها في الجملة^(٨) كصلاة الطواف المندوب، أو في الحج المندوب^(٩) وإن وجب^(١٠)، وصلاة الزيارة^(١١).

وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه^(١٢)، وبالجملة فضبط متعلق

(١) لبقاء التكليف بالفعل والعمل، ولذا هو يستعين بالغير في إيصال الماء إلى العضو، وهذا لا يسمى توكيلاً، ولذا يصح الاستعانة في إيصال الماء ممن لا يصح توكيله كالمجنون والصغير.

(٢) الإيصال المذكور.

(٣) لأنه بعد الوفاة يصح القضاء عنه، ولكنه ليس بعنوان الوكالة، لأن الوكالة هي النيابة عن شخص حي.

(٤) في حالتي القدرة والعجز.

(٥) الاستنابة عن الحي، فهي من باب إضافة المصدر إلى مفعوله، والاستنابة في حال العجز فقط.

(٦) في ركعتي الطواف خاصة عند النسيان، إذا امتثل الأصيل بقية أجزاء الحج الواجب خصوصاً الركنية منها.

(٧) الصلاة الواجبة.

(٨) بعض الموارد.

(٩) خاصة.

(١٠) تصح الوكالة في ركعتي طواف الحج المندوب، وإن وجب على الموكل إكماله عند الشروع فيه.

(١١) زيارة أحد المعصومين عليهم السلام.

(١٢) قال في المسالك: «ففي جواز التوكيل فيه نظر، وإطلاق جماعة من الأصحاب المنع من الاستنابة في العبادات يشملها» انتهى.

ولم يبين وجه التنظر مع أن أدلة الخطاب - وإن كان ندباً - موجهة إلى نفس المكلف مباشرة، ومعه لا يصح التوكيل به كما جزم بذلك غيره.

غرض الشارع في العبادات وغيرها يحتاج إلى تفصيل، ومستند نقلي.

(ولا بد من كمال المتعاقدين) بالبلوغ^(١)، والعقل^(٢)، فلا يُؤكّل، ولا يتوكّل الصبي، والمجنون مطلقاً^(٣) (وجواز تصرف الموكل^(٤)) فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته، وخصّ الموكل، لجواز كون المحجور في الجملة^(٥) وكيلاً لغيره، فيما حجر عليه فيه من التصرف كالسفيه، والمفلس مطلقاً^(٦)، والعبد بإذن سيده^(٧).

(١) فيشترط البلوغ في الموكل، لسلب عبارة الصبي لرفع القلم عنه، مميزاً كان أو لا، أذن وليه أو لا.

واستثنى الشيخ وجماعة أنه إذا بلغ عشرين عاماً جاز له أن يوكل فيما له التصرف فيه كالوصية للأرحام والصدقة والعنق والطلاق، بدعوى جواز مباشرته بنفسه لها، فيجوز له التوكيل فيها، وفي الشرائع نسبته إلى الرواية، وفي جامع المقاصد أن القول به وإن كان مشهوراً إلا أن مستنده غير واضح.

واشترط البلوغ في الوكيل مما لا خلاف فيه ولا إشكال بعد سلب عبارته شرعاً.

(٢) اشترط العقل في الموكل بلا خلاف فيه ولا إشكال بعد رفع القلم عنه، بل لو عرض الجنون بعد التوكيل أبطل الوكالة، لإبطاله الإذن، ومع عدم الإذن لا وكالة.

واشترط العقل في الوكيل أيضاً مما لا خلاف فيه ولا إشكال لسلب عبارته شرعاً، بلا خلاف فيهما بين الجنون الدائم أو الأدوارى.

(٣) ظاهر القيد أنه للمجنون فيشمل الأدوارى والدائم، ولو شمل الصبي أيضاً فيكون إشارة إلى أنه بلغ عشرين أو لا، مميزاً أو لا، أذن وليه أو لا.

(٤) يشترط في الموكل جواز التصرف في الفعل الذي وكل فيه، بمعنى أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس، ووجهه واضح لأنه إذا كان ممنوعاً من التصرف فيه بنفسه فمن باب أولى أن يمنع من التصرف فيه بالاستتابة.

نعم لو كان محجوراً وكان له حق التصرف في غير ماله الدخّل في المحجور عليه كالطلاق فتصح الاستتابة عنه فيه لصحة مباشرته للفعل.

(٥) في تصرفاته المالية إذا كان المال له والتصرف لنفسه.

(٦) وإن لم يأذن الغرماء في المفلس ولا الولي في السفه، لأن الغرماء لهم حق في ماله لا في مال الغير، وكذا الولي له حق الإشراف عليه في مال نفسه، وأما مال الغير لمنفعة الغير بإذن الغير فلا حق على المحجور عليه فيصح توكيله في ذلك.

(٧) فيصح أن يتوكّل بإذن سيده، ولا يصح أن يتوكّل بغير إذنه، لأنه تصرف في مال الغير =

(وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر^(١)) في مجلسه^(٢) (كالغائب)^(٣) على

= بغير إذنه، بلا خلاف فيه ولا إشكال.

ولا يصح أن يوكل إلا بإذن سيده أما على القول بعدم ملكه فواضح، وأما على القول بملكه فلأنه محجور عليه للرق، نعم يجوز له أن يوكل في طلاق زوجته إذا كانت حرة أو أمة لغير سيده على المشهور، لأنه مما يصح أن يباشره بنفسه من دون إذن سيده، وقد منع منه جماعة واشتروا الإذن، لعدم جواز طلاقه إلا بإذن السيد، وسيأتي تحرير النزاع في باب الطلاق.

(١) الغائب عن زوجته لو وكل شخصاً حاضراً في بلدها في طلاقها، فتصح الوكالة لوجود المقتضي من كون الطلاق مما تصح النيابة فيه، وعدم المانع، إذ المانع المتخيل هو غياب الزوج، وغيابه ليس من مفسدات الوكالة، وإلا لما جاز توكيل الغائب في أي أمر، مع أنه جائز بالاتفاق.

ولو وكل الزوج الحاضر حاضراً في طلاق زوجته فكذلك تصح الوكالة، لما تقدم من المقتضي وعدم المانع، ولعموم صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها، أيجوز ذلك؟ قال عليه السلام: نعم^(١))، وترك الاستفصال في مقام الجواب عن السؤال ينزل منزلة العموم في المقال، ومنع منه الشيخ والقاضي ابن البراج وجماعة للجمع بين الصحيح المتقدم وبين خبر زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تجوز الوكالة في الطلاق)^(٢)، بحمل رواية زرارة على الحاضر، ورواية الأعرج على الغائب. وفيه: أن خبر زرارة مشتمل على جعفر بن سماعة وهو واقفي، وفي السند عدة مجاهيل، وهو معارض بالأخبار التي جوزت الوكالة - وقد تقدم بعضها - وهي مطلقة، على أن حمله على خصوص الحاضر مما لا دليل عليه فالجمع تبرعي، ولا بد من رده إلى أهله.

(٢) مجلس الطلاق، وإليه ذهب أبو الصلاح الحلبي في الكافي وتبعه عليه الشارح هنا وفي المسالك، مع أن المحكي عن الشيخ في النهاية أن الاعتبار في غياب الموكل هو غيابه عن البلد، وهو الظاهر من صحيح سعيد الأعرج.

(٣) ظاهره أنه لا فرق بين حضور الوكيل وغيابه، وهو على خلاف مفروض المسألة وخلاف الظاهر من عبارات الفقهاء، لأن مفروضها أن الوكيل حاضر على كل حال فوكالته صحيحة بلا فرق بين غياب الموكل وحضوره، إلا أن يكون المراد من عبارة الماتن: ويجوز للحاضر كالغائب أن يوكل في الطلاق ومعه لا إشكال.

أصح القولين، لأن الطلاق قابل للنيابة، وإلا لما صح توكيل الغائب، ومنع الشيخ من توكيل الحاضر فيه^(١)، استناداً إلى رواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة.

(ولا يجوز للوكيل أن يوكل^(٢) إلا مع الإذن صريحاً) ولو بالتعميم، كاصنع ما شئت، (أو فحوى، كاتساع متعلقها^(٣)) بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه^(٤) كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم^(٥) إلا بمساعدة.

ومثله^(٦) عجزه عن مباشرته^(٧)، وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به^(٨)

- (١) في الطلاق.
- (٢) وقع الخلاف بينهم في أنه لو قال الموكل للوكيل: اصنع ما شئت، فهل هو إذن في التوكيل بمعنى أن يوكل الوكيل شخصاً آخر في العمل الذي تعلق به وكالة الأول، فالمشهور على أنه إذن في التوكيل، لأن «ما» من صيغ العموم، وإذا شاء الوكيل أن يوكل فقد دخل في عموم الإذن.
- وعن العلامة في التذكرة المنع، محتجاً بأن «ما» تفيد العموم، إلا أنه تعميم لما يفعله الوكيل بنفسه من الأفعال، فلا يتناول التوكيل.
- ومع عدم هذه الصيغة المتقدمة فليس للوكيل أن يوكل عن الموكل، لأن الوكيل نائب عنه فيقتصر فعله على مقدار نيابته، والتوكيل غير داخل، وهذا مما لا خلاف فيه ولا إشكال.
- نعم يجوز للوكيل التوكيل بإذن صريح من الموكل، وكذا لو دل اللفظ على التعميم كالصيغة المتقدمة، وكذا لو قامت القرينة الحالية على الإذن كما لو وكله فيما لا يباشره الوكيل بنفسه عادة، لترفعه عنه أو عجزه عنه أو عن بعضه لانتساعه، كالزراعة في الأماكن البعيدة التي لا يقوم الوكيل بزراعتها إلا بمساعدة.
- وترفعه وعجزه عن العمل قرينة على الإذن مع علم الموكل بذلك، وإلا فلو لم يعلم لم يجر التوكيل لانتفاء القرينة من جانب الموكل فينتفي الإذن بالتوكيل، خلافاً لابن حنبل وابن أبي ليلى حيث جوزا توكيل الوكيل للغير إذا مرض الوكيل أو غاب مع عدم وجود إذن من الموكل، وهو ضعيف، لأن الغياب والمرض ليسا قرينة على الإذن من الموكل.
- (٣) متعلق وكالة الوكيل.
- (٤) تدل القرائن على الإذن للوكيل في التوكيل.
- (٥) الزراعة.
- (٦) ومثل اتساع متعلقها.
- (٧) عجز الوكيل عن مباشرة الفعل الذي وُكِّل فيه.
- (٨) مع علم الموكل بالعجز.

(وتَرْفَعُ الوكيل عما وَكَّلَ فيه عادة) فإن توكيله حيثُذ^(١) يدل بفحواه على الإذن له فيه^(٢)، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا^(٣) لم يجوز، لأنه^(٤) مستفاد من القرائن، ومع جهل الموكل بحاله^(٥) ينتفي.

وحيث أذن له في التوكيل^(٦) فإن صرح له^(٧) بكون وكيله وكيلاً عنه^(٨)، أو عن الموكل لزمه^(٩) حكم من وكله^(١٠)، فينعزل^(١١) في الأول^(١٢)

(١) حين ترفعه عن الفعل الذي وَكَّلَ فيه.

(٢) على الإذن للوكيل في التوكيل.

(٣) وإن لم يعلم الموكل بترفعه.

(٤) الإذن في التوكيل.

(٥) بحال الوكيل من الترفع، وكذا العجز، فينتفي الإذن المستفاد من علم الموكل حيثُذ.

(٦) حيث أذن الموكل للوكيل في التوكيل فلا يخلو إما أن يأذن له في التوكيل عن نفس الوكيل، أو عن الموكل، أو أن يطلق.

وعلى الأول فلو وَكَّلَ الوكيل شخصاً عن نفسه فيكون الوكيل الثاني نائباً عن الأول، وتبطل وكالة الثاني بعزل الأول له وبعزل الموكل له، وتبطل أيضاً بموت الثاني أو جنونه وبموت وحنون الوكيل الأول أو الموكل، وتبطل لو عزل الموكل الأول، لأن الثاني فرع الأول وينتفي الفرع بانتفاء الأصل، خلافاً للشافعي حيث حكم بعدم انعزال الثاني وإن عَزَلَ الأول، لأن توكيل الثاني إنما كان بإذن الموكل فيكون الحق للموكل دون الأول، ورُدَّ: بأنه مع انعزال الأول ينتفي موضوع وكالة الثاني، ومع انتفاء موضوعها تبطل.

وعلى الثاني يكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل كالوكيل الأول، ويكونان وكيلين عن الموكل في عرض واحد، بلا إشكال ولا خلاف، وليس لأحدهما عزل الآخر، ولا تبطل وكالة أحدهما بموت الآخر أو جنونه أو عزله عن الوكالة، لعدم الارتباط بين الوكالتين، وإنما تبطل وكالة كل واحد منهما بعزله من قبل الموكل أو بموته أو جنونه أو بموت أو جنون نفس الموكل.

وعلى الثالث فسيأتي البحث فيه عند تعرض الشارح له.

(٧) فإن صرح الموكل للوكيل الأول.

(٨) بكون الثاني وكيلاً عن الأول.

(٩) لزم الثاني.

(١٠) من الوكيل الأول والموكل.

(١١) الثاني.

(١٢) في صورة كونه وكيلاً عن الأول.

بانعزاله^(١)، لأنه فرعه^(٢)، وبعزل كل منهما^(٣) له^(٤)، وفي الثاني^(٥) لا يعزل إلا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله^(٦).

وإن أطلق^(٧) ففي كونه^(٨) وكيلاً عنه^(٩)، أو عن الموكل، أو تخيير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء أوجه، وكذا مع استفادته^(١٠) من الفحوى^(١١)، إلا أن

(١) بانعزال الأول.

(٢) لأن الثاني فرع الأول، وينتهي الفرع بانتهاء الأصل.

(٣) من الموكل والوكيل الأول.

(٤) للوكيل الثاني.

(٥) صورة كون الثاني وكيلاً عن الموكل.

(٦) من جنون وموت الموكل أو جنون وموت الوكيل الثاني.

(٧) أطلق الموكل للوكيل الأول الإذن في التوكيل، وهذا هو الشق الثالث المتقدم فأوجه.

الأول: أن الثاني وكيل عن الأول، لأن التوكيل المأذون فيه الأول إنما هو للتسهيل عليه، فيكون توكيلاً عنه، وإليه ذهب غير واحد من الأصحاب.

الثاني: أن الثاني وكيل عن الموكل، كما عليه العلامة في القواعد والتذكرة والحلي في السرائر والكرمي في جامعه، لأن توكيل الأول بالتوكيل هو تصرف بإذن الموكل، فيقع عن الموكل لكون الإذن منه، ولأن ذلك هو المتبادر، ولأن الحق في التصرف إنما هو للموكل وليس للوكيل إلا النيابة، والنيابة الثانية في التصرف تكون عن الأصيل لا عن النائب.

الثالث: أن الوكيل مخير بين أن يوكل عن نفسه أو عن موكله، وهو ظاهر الشرائع للمحقق، ووجه التخيير صلاحية الإطلاق لشموله لكلا المصدقين.

(٨) الثاني.

(٩) عن الأول.

(١٠) استفادة الإذن في التوكيل.

(١١) من القرائن الحالية كاتساع متعلق الزراعة أو عجز الوكيل أو ترفعه عما وُكِّل فيه مع علم الموكل، فالإذن المستفاد من هذه القرائن مطلق تأتي فيه الأوجه الثلاثة المتقدمة في الإطلاق اللفظي، نعم في الإذن المستفاد من القرائن معمول على أن الثاني وكيل عن الأول لا عن الموكل، باعتبار أن الإذن ناشئ من قرينة عجز الوكيل وترفعه، فيكون الإذن في التوكيل حينئذ من أجل التسهيل على الأول، وهذا يناسب كون الثاني وكيلاً عن الأول.

كونه^(١) هنا^(٢) وكيلاً عن الوكيل أوجه.

(ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة^(٣)) فيما وُكِّل فيه ليكون ملياً بتحقيق مراد الموكل، (عارفاً باللغة التي يُحاور بها) فيما وُكِّل فيه، ليحصل الغرض من توكيله.

وقيل: إن ذلك واجب، وهو^(٤) مناسب لمعنى الشرط بالنسبة إلى الأخير^(٥)، (ويستحب لذوي المروءات^(٦)) وهم أهل الشرف والرفعة والمروءة (التوكيل في المنازعات)، ويكره أن يتولوها بأنفسهم لما يتضمن من الامتهان، والوقوع فيما يُكره، رُوي «أن علياً عليه السلام وُكِّل عقيلاً في خصومة، وقال: إن

= وأشكل عليه: بأن الإذن المستفاد من القرائن الحالية لا إطلاق فيه، إذ الإطلاق في اللفظ لا في الأحوال، وعليه فإن أفاد الإذن الناشئ من القرينة قسماً من الأقسام فهو وإلا فيكون الإذن مجملاً.

(١) كون الثاني.

(٢) في الإذن المستفاد من الفحوى.

(٣) وعارفاً باللغة على المشهور، وفي النهاية للشيخ: «ينبغي أن يكون الوكيل» إلى آخره، وقد صرح أكثر من واحد أنه ليس المراد بالاستحباب هنا الاستحباب التكليفي، إذ لا أمر بذلك حتى يترتب عليه الثواب فيكون تعبير الشيخ أوفق بالمقام ومن جهة أخرى ذهب ابن البراج وأبو الصلاح الحلبي إلى وجوبه، وهو ضعيف، لعدم الأمر به، ومن جهة ثالثة فالمراد بتام البصيرة أن يكون ملياً بتحقيق مراد الموكل، والمراد بالعارف باللغة أنه عارف باللغة التي يقع فيها المحاورة في الفعل الذي وُكِّل به، ليحصل الغرض من توكيله.

(٤) الوجوب.

(٥) العارف باللغة، والمعنى أن الوجوب هو اشتراط صحة الوكالة بكونه عارفاً باللغة ليحصل الغرض من التوكيل.

(٦) وهم أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان، فلذا يُكره لهم تولي المنازعة بأنفسهم، لما رُوي عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه وُكِّل عقيلاً في خصومة وقال: إن للخصومة قُحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها)^(١).

(١) المعنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٠٥، والنهاية لابن الأثير ج ٤ ص ١٩.

للخصومة فُخماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها) - والقلم
بالضم المهلكة - والمراد هنا أنها تُفجَم بصاحبها إلى ما لا يريد.

(ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل^(١)) من حيث إنه ارتداد، وإن كانت قد
تبطل من جهة أخرى في بعض الموارد، ككونه^(٢) وكيلاً على مسلم، فإنه^(٣) في
ذلك^(٤) بحكم الكافر، ولا فرق بين الفطري وغيره، وإن حكم ببطلان
تصرفاته^(٥) لنفسه، (ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم، على قول) الشيخ^(٦)،

(١) لا يشترط في الوكيل إلا البلوغ والعقل، فيصح توكيل الفاسق والكافر، لأن ضابط
الوكالة أن يكون الفعل مما تصح فيه النيابة حتى لو كان النائب كافراً.

وإذا كان الكفر لا يمنع من صحة الوكالة ابتداءً فلا يمنع من صحتها في الأثناء، وعليه
فلا تبطل وكالة المرتد، سواء كان عن فطرة أم عن ملة.

وعن الفخر في شرح الإرشاد بطلان الوكالة في الفطري، لأنه بحكم الميت لوجوب قتله
بل يجب عليه قتل نفسه، فهو مشغول بما هو أهم من مصلحة الموكل، ولأن الفقهاء قد
حكّموا ببطلان تصرفاته.

وفيه: أن المرتد ما لم يُقتل أو يقتل نفسه فهو صالح للنيابة عن الغير، وحكم الفقهاء
ببطلان تصرفاته إنما هو عن نفسه لا عن الغير.

نعم قد تبطل وكالته لا من حيثية الإرتداد، بل من حيثية أخرى كما لو كان وكيلاً على
مسلم لداعي شؤونه، فإذا ارتد بطلت وكالته، إذ لا سبيل للكافر على المسلم كما سيأتي
بيانه، وتبطل وكالة المرتد أيضاً إذا اشترطنا العدالة في الوكيل، كوكيل الوكيل ووكيل
ولي اليتيم.

(٢) المرتد.

(٣) المرتد.

(٤) في وكالته على مسلم.

(٥) تصرفات المرتد.

(٦) بما أن الوكالة عقد بين الموكل والوكيل، وهما تارة مسلمان وأخرى كافران، وثالثة
مختلفان، بحيث يكون الموكل مسلماً والوكيل كافراً أو العكس، فالصور أربع، وقد
تتعلق الوكالة في تحصيل حق الموكل من ثالث، وهو تارة مسلم وأخرى كافر، فالصور
ثمان، وهي:

١ - الموكل مسلم والوكيل مسلم على مسلم، ٢ - الموكل مسلم والوكيل مسلم على ذمي،

٣ - الموكل مسلم والوكيل ذمي على مسلم، ٤ - الموكل مسلم والوكيل ذمي على ذمي، =

والأقوى الجواز على كراهية، للأصل^(١)، (ولا الذمي على المسلم لمسلم، ولا للذمي قطعاً) فيهما^(٢)، لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية، (وباقى الصور جائزة، وهي ثمان) بإضافة الصور الثلاث المتقدمة إلى باقياها، وتفصيلها: أن كلاً من الموكل والوكيل والموكل عليه إما مسلم، أو كافر، ومنه تتشعب الثمان، بضرب قسمي^(٣) الوكيل في قسمي الموكل، ثم المجتمع في قسمي الموكل عليه، ولا فرق في الكافر بين الذمي وغيره كما يقتضيه التعليل^(٤).

= ٥ - الموكل ذمي والوكيل مسلم على مسلم، ٦ - الموكل ذمي والوكيل مسلم على ذمي، ٧ - الموكل ذمي والوكيل ذمي على مسلم، ٨ - الموكل ذمي والوكيل ذمي على ذمي، هذا والمدار في الوكالة على الثالث ما كان فيها نوع من القهر والغلبة كاستيفاء حقوق الأدميين كحق القذف والتنازع، والصور صحيحة ما عدا ما لو كان الموكل مسلماً والوكيل ذمياً على مسلم، وكذا لو كان الموكل ذمياً والوكيل ذمياً على مسلم، فلا يجوز، لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم، المنفي بالآية ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾^(١)، وناقشهم في الجواهر بأن السبيل المنفي هو الحجة، وصاحب الحق له حجة على خصمه سواء كان صاحب الحق مسلماً أم ذمياً، وكذا يجوز لصاحب الحق أخذ حقه من خصمه بالمباشرة فيصح الأخذ بالاستتابة حينئذ، إلا أن يكون هناك إجماع على المنع.

وأما باقي الصور فكلها صحيحة ما عدا ما لو كان الموكل ذمياً والوكيل مسلماً على مسلم فقد حكم المشهور بالكراهة، وعن المحقق التردد، وعن الشيخ في النهاية الحكم بالمنع وتبعه ابن زهرة وأبو الصلاح، لأن قبول المسلم للوكالة عن الذمي على المسلم إثبات سبيل للكافر على المسلم وهو منفي، وفيه: ما تقدم من ضعف الاستدلال بالآية.

قال الشارح في المسالك: «واعلم أن المصنف والجماعة عبروا عن الكافر بالذمي، ولا فرق من حيث الحكم، بل إذا ثبت المنع في الذمي ثبت في غيره بطريق أولى انتهى».

(١) أصالة الصحة في العقود.

(٢) في الصورتين الأخيرتين.

(٣) وهو إسلام الوكيل وكفره.

(٤) الموجود في الآية.

(ولا يتجاوز الوكيل ما أخذ له^(١)) في طرف الزيادة والنقصان (إلا أن تشهد العادة بدخوله) - أي: دخول ما يتجاوز - في الإذن (كالزيادة في ثمن ما وكَّل في بيعه) بضمن معين^(٢)، إن لم يعلم منه^(٣) الغرض في التخصيص به^(٤)، (والنقيصة في ثمن ما وكَّل في شرائه) بضمن معين، لشهادة الحال غالباً بالرضا بذلك^(٥) فيهما^(٦)، لكن قد يتخلف، بأن لا يريد الإشطاط في البيع، أو غيره من الأغراض.

(وتثبت الوكالة بعدلين^(٧)) كما يثبت بهما^(٨) غيرها^(٩) من الحقوق المالية، وغيرها^(١٠)،

(١) اقتصار الوكيل على ما أُذن له مما لا شبهة فيه، لوجوب التقيد بالإذن، من حيث الجنس والنوع والشخص والوصف والقدر والعين والنقد والنسيئة ونوع المعاملة والزمان والمكان وما شاكل ذلك، ولو خالف توقف على الإجازة من الموكل، نعم قد يأذن الموكل بشيء إلا أن العادة تشهد بجواز الزيادة والنقيصة، فيدخل في الإذن لقرينة العادة، كما لو أُذن له بالبيع نسيئة فباعه حالاً، أو أُذن له أن يبيع بضمن معين فباعه بالأزيد، فيصح البيع لأن الإذن بالأقل نفعاً للموكل إذن بالأزيد من باب أولى.

وكذا لو أُذن له بالشراء حالاً فاشترى نسيئة، أو أُذن له بالشراء بضمن معين فاشترى بالأقل، نعم يُتعدى إلى الأزيد والأنقص مع القرينة، إلا إذا علم أن الغرض على ما عيّن الموكل فلا يجوز التمدي، كما لو تعلق غرضه ببيع المتاع بضمن معين للإرفاق وعدم الشطط، أو تعلق غرضه بالبيع نسيئة لتسهيل المعاملة على المشتري، أو تعلق غرضه بالشراء حالاً للخوف على الثمن.

(٢) متعلق بقوله «في بيعه».

(٣) من الموكل.

(٤) بالضمن المعين.

(٥) بالتجاوز.

(٦) في الزيادة والنقيصة.

(٧) لو ادعى الوكالة عن شخص لا تثبت دعواه إلا ببينة، وهي الحجة الشرعية، وهي وظيفة المدعي، والوكيل هنا مدَّع، أو بتصديق الموكل، لأن التصديق منه إقرار على نفسه، وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

(٨) بالعدلين.

(٩) غير الوكالة.

(١٠) غير الحقوق المالية، كإثبات الوصية والنسب ورؤية الأهله، على ما تقدم بيانه في كتاب الشهادات.

(ولا تقبل فيها^(١) شهادة النساء منفردات^(٢))، لاختصاصها^(٣) بما يعسر إطلاع الرجال عليه، والوصية^(٤) كما سلف في بابه، (ولا منضمت)^(٥) إلى الرجال، لاختصاصها^(٦) حينئذ^(٧) بالمال، وما في حكمه^(٨)، والوكالة ولاية على التصرف وإن ترتب عليها^(٩) المال، لكنه^(١٠) غير مقصود.

(ولا تثبت بشاهد ويمين)، لما ذكر^(١١)،

(١) في الوكالة.

(٢) لأن شهادة النساء منفردات غير مقبولة إلا بما لا يجوز للرجال النظر إليه كالولادة واستهلال الولد حياً وعيوب النساء الباطنة، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (يجوز شهادة النساء وحدهن في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه)^(١)، وخبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (أجيز شهادة النساء في الغلام صاح أو لم يصح، وفي كل شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه)^(٢).

(٣) اختصاص شهادة النساء منفردات.

(٤) لاختصاصها بالوصية، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر ربيعي عن أبي عبد الله عليه السلام (في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل؟ قال عليه السلام: يُجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها)^(٣).

(٥) عطف على منفردات، تقدم في كتاب القضاء اختصاص شهادة النساء منضمت إلى الرجال بالمال والدين، وما يكون غرضه مالياً كدعوى الجنابة الموجبة للدية، فلا تقبل شهادتهن منضمت في إثبات الوكالة، لأن الوكالة ولاية في التصرف، وليس الغرض منها مالياً، وإن ترتب عليها في بعض موارد.

(٦) اختصاص شهادة النساء.

(٧) حين الانضمام إلى الرجال.

(٨) من كون الغرض منه مالياً.

(٩) على الوكالة.

(١٠) المال غير مقصود من الوكالة أصالة.

(١١) من كون الشاهد مع اليمين مختصاً بالمال والدين، وما كان الغرض منه مالياً على ما تقدم بيانه في كتاب الشهادات.

إلا أن يشتمل على جهتين^(١)، كما لو ادعى شخص على آخر وكالة بجعل، وأقام شاهداً وامرأتين، أو شاهداً وحلف معه^(٢)، فالأقوى ثبوت المال، لا الوكالة وإن تبعضت الشهادة^(٣)، كما لو أقام ذلك^(٤) بالسرقة، يثبت المال لا القطع، نعم لو كان ذلك^(٥) قبل العمل لم يثبت شيء، (ولا بتصديق الغريم^(٦)) لمدعي الوكالة عليها^(٧) في أخذ حق منه^(٨) لغيره^(٩)، لأنه^(١٠) تصديق في حق غيره^(١١).

هذا إذا كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عيناً^(١٢)، أما لو كان ديناً ففي

(١) إلا أن يشتمل ما ادعاه الوكيل على جهتين، جهة الوكالة وجهة المالية، كما لو ادعى الوكيل على الموكل جُعلاً على وكالة قد فعل مقتضاها، وأقام شاهداً مع امرأتين أو شاهداً مع يمين المدعي، فذهب جماعة إلى ثبوت المال دون الوكالة.
إن قلت: يلزم منه التبعض في قبول الشهادة من جهة المالية، والرد من جهة الوكالة، مع أنها شهادة واحدة.

قلت: هنا دعويان الجعل والوكالة، وقبول الشهادة في الأولى دون الثانية يلزم منه تبعض في الدعوى لا في الشهادة، كما لو ادعى شخص على آخر مالاً، وأنه قد سرقه، وشهد بذلك شاهداً مع امرأتين أو مع يمين المدعي فيثبت المال دون القطع.

(٢)

مع الشاهد.

(٣) بل التبعض بالدعوى.

(٤) من شهادة الواحد مع امرأتين، أو مع يمين المدعي.

(٥) إقامة الشاهد الواحد مع المرأتين أو مع يمين المدعي على ما ادعاه الوكيل من الوكالة بجعل ولم يفعل مقتضاها، فلا يثبت للوكيل شيء لعدم عمله، ولبطلان الوكالة على تقدير ثبوتها بإنكار الموكل.

(٦) لو ادعى على شخص الوكالة عنه في قبض دينه من غريمه، فصدّق الغريم الوكيل في دعواه، فلا تثبت الوكالة بموافقة الغريم، لأن إقراره نافذ في حقه، لا في حق الموكل خصوصاً مع إنكاره.

(٧) على الوكالة، والمعنى أن الغريم صدّق الوكيل في دعواه الوكالة.

(٨) من الغريم.

(٩) لغير الوكيل.

(١٠) تصديق الغريم، وهذا تعليل لعدم ثبوت الوكالة بتصديق الغريم.

(١١) غير الغريم، وهو الموكل.

(١٢) أصل المسألة ما لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريمه، فإن أقام المدعي

البينة على ذلك وجب على الغريم تسليمه حق الموكل، سواء كان الغريم مُصدّقاً أم =

منكراً، وسواء كان الحق عيناً أم ديناً، وإن فقد المدعي البينة فلا يخلو إما أن ينكر الغريم الدعوى أو أن يُصدقه، ومع الإنكار فالقول قوله بلا يمين، لأنه ليس منكرأً حقيقياً، إذ المنكر الحقيقي هو الذي إذا أقر نفذ إقراره فيه، وهنا لو أقر الغريم بتنفيذ إقراره في حق غيره، ومع التصديق من الغريم لمدعي الوكالة فإما أن يكون الحق الثابت عليه عيناً أو ديناً.

وعلى الأول لا يؤمر الغريم بالتسليم إلى المدعي، لأن تصديق الغريم إقراراً منه، وإقراره غير نافذ في حق المالك، لأنه إقرار في حق الغير، نعم يجوز للغريم عند التصديق أن يسلمها إلى المدعي إذ ليس هناك منازع على العين غيرهما، ويبقى المالك الغائب على حجته، فإذا حضر وصدق المدعي في دعواه أنه وكيل برىء الغريم من الدفع، وإن كذب المالك المدعي فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكالة، ومدعيها مدع بحسب ظاهر قوله، وأصلالة عدم الوكالة فيطالب بالبينة.

وعليه فإن حلف المالك فتبطل دعوى وكالة المدعي، فإن كانت العين باقية في يد المدعي فللمالك الحق بالرجوع على أي شيء من مدعي الوكالة والغريم، لتعاقب أيديهما على العين، وكلاهما ضامنان، أما المدعي فلأنه غاصب، وأما الغريم فلأنه متعدي.

وعليه فإن طالب المالك مدعي الوكالة بإرجاعها فليس للمدعي أن يرجع على الغريم بالإرجاع، لأن العين تحت يد المدعي، وإن طالب المالك الغريم بإرجاعها، طالب الغريم المدعي بإحضارها حتى يرجعها الغريم إلى المالك.

وإن كانت العين نالفة تختار المالك بالرجوع على من شاء منهما لتعاقب أيديهما، فإن رجع على المدعي بالمثل أو القيمة لم يرجع المدعي على الغريم، سواء كان التلف تحت يد المدعي بتفريط أم لا، لاعتراف المدعي بأن الغريم برىء بدفعها إليه، وهو مدع للوكالة ومعترف بالقبض.

وإن رجع المالك على الغريم فإن كان التلف عند المدعي بلا تفريط، لا يرجع الغريم على المدعي، لأن الغريم قد صدق المدعي على الوكالة، والوكيل الحقيقي أمين، لا يضمن لو تلفت العين عنده بلا تفريط، وبتصديق الغريم له يكون عنده أميناً فكيف يرجع عليه. وإن كان التلف عند المدعي بتفريط يرجع الغريم على المدعي وإن صدقه، لأن الوكيل ضامن عند التفريط.

هذا كله إذا كان الحق عيناً، وأما لو كان ديناً فإن أنكر الغريم دعوى مدعي الوكالة فالقول قوله بلا يمين، وإن صدقه فهل يجب على الغريم تسليم الدين للمدعي؟

ذهب ابن إدريس والمحقق الثاني وجماعة إلى الوجوب، لأن الغريم بتصديقه قد أقر، =

وجوب دفعه^(١) إليه^(٢) بتصديقه^(٣) قولان: أجودهما ذلك^(٤)، لأنه^(٥) إقرار في حق نفسه^(٦) خاصة، إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة، أو وكيله^(٧)، فإذا حضر^(٨) وأنكر بقي دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه^(٩) في ذلك^(١٠)، وإنما ألزم الغريم بالدفع^(١١) لاعترافه^(١٢) بلزومه^(١٣).....

= والإقرار نافذ في حق نفسه فيؤخذ بإقراره، ويؤمر بالتسليم للمدعي، وإذا أتى المالك فإن صدق فهو، وإن أنكر فهو على حجته.

والفرق بين الدين والعين في قبول إقرار الغريم في الأول دون الثاني، أن الدين سيدفعه الغريم من خالص ماله، فإذا أقر بصحة دعوى المدعي فيؤمر بالدفع إليه من ماله، بخلاف العين فلو أمر بالتسليم سيدفع مال الغير إلى الوكيل، فمن هنا كان إقرار الغريم في العين إقراراً في حق الغير، وفي الدين إقراراً في مال نفسه، وذهب الشيخ ويحيى بن سعيد والعلامة وولده فخر المحققين وجماعة إلى عدم الوجوب، لساواة الدين للعين، لأن تسليم الدين إنما هو للموكل، واعتراف الغريم بكون المدعي وكيلاً لا يثبت في حق الموكل.

- (١) دفع الدين.
- (٢) إلى مدعي الوكالة.
- (٣) بتصديق الغريم.
- (٤) وجوب التسليم والدفع.
- (٥) التصديق.
- (٦) نفس الغريم، لأنه سيدفعه من خالص ماله.
- (٧) ولذا وجب عليه الدفع ليتحقق القبض حتى يتعين حق المالك.
- (٨) المالك الغائب.
- (٩) على المالك.
- (١٠) في وجوب دفع الغريم للمدعي، لأن حق المالك محفوظ في ذمة الغريم.
- (١١) دفع وهم، وحاصل الهم أنه كيف يجب على الغريم الدفع للمدعي أولاً، ثم يجب عليه الدفع للمالك ثانياً عند إنكاره، والحق واحد.
- ورده أن الدفع الأول للمدعي لاعترافه، والدفع الثاني للمالك، لأنه صاحب الحق ولم يصله.
- (١٢) اعتراف الغريم.
- (١٣) لزوم الدفع.

له^(١)، وبهذا^(٢) يظهر الفرق بينه^(٣) وبين العين، لأنها^(٤) حق محض لغيره^(٥)، وفاتها لا يستدرك^(٦).

نعم يجوز^(٧) له تسليمها إليه^(٨) مع تصديقه له^(٩)، إذ لا منازع له^(١٠) الآن^(١١)، ويبقى المالك على حجته، فإذا حضر وصدق الوكيل براء الدافع، وإن كذبه فالقول قوله^(١٢) مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله^(١٣) مطالبة من شاء منهما^(١٤) بردها، لترتب أيديهما على ماله، وللدافع مطالبة الوكيل بإحضارها^(١٥) لو طولب به^(١٦)، دون العكس^(١٧) فإن تعذر ردها، بتلف وغيره تخيير^(١٨) في الرجوع على من شاء منهما^(١٩)، فإن رجع على الوكيل لم يرجع^(٢٠)

- (١) للمدعي، لأنه قد صدقه.
- (٢) من الدفع من خالص مال الغريم.
- (٣) بين الدين.
- (٤) العين.
- (٥) لغير الغريم.
- (٦) إذ مع دفعها إلى المدعي لا يمكن دفعها إلى المالك.
- (٧) للغريم.
- (٨) تسليم العين للمدعي.
- (٩) مع تصديق الغريم للمدعي.
- (١٠) للمدعي.
- (١١) حال غياب المالك.
- (١٢) قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكالة.
- (١٣) للمالك.
- (١٤) من الغريم والمدعي.
- (١٥) لأن العين عند المدعي، لأنه سلمه إياها بحسب الفرض.
- (١٦) طولب الغريم بالإحضار.
- (١٧) لأن العين تحت يد المدعي، فلا معنى لإحضار الغريم لها.
- (١٨) المالك.
- (١٩) من الغريم والمدعي.
- (٢٠) الوكيل.

على الغريم مطلقاً^(١)، لاعترافه^(٢) ببراءته^(٣) بدفعها إليه^(٤)، وإن رجع^(٥) على الغريم لم يرجع^(٦) على الوكيل مع تلفها في يده^(٧) بغير تفريط، لأنه^(٨) بتصديقه له^(٩) أمين^(١٠) عنده، وإلا^(١١) رجع عليه.

(والوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدي) وهو موضع وفاق^(١٢).

(ويجب عليه^(١٣) تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طوِّلب به^(١٤))، سواء في

(١) سواء كان التلف بتفريط من المدعي أم لا.

(٢) اعتراف الوكيل.

(٣) براءة الغريم.

(٤) بدفع العين إلى الوكيل المدعي.

(٥) المالك.

(٦) الغريم.

(٧) يد الوكيل.

(٨) لأن الوكيل.

(٩) بتصديق الغريم للوكيل.

(١٠) خبر لقوله «لأنه».

(١١) وإن لم يكن التلف بغير تفريط، بل كان بتفريط من المدعي رجع الغريم عليه، لأن الوكيل ضامن عند تفريطه.

(١٢) بل لا خلاف فيه بين المسلمين، وقد تقدم أكثر من مرة أن الأمين الذي وضع يده على مال غيره بإذن المالك لا يضمن، ومنه الوكيل، إلا بتعد أو تفريط.

(١٣) على الوكيل.

(١٤) بلا خلاف ولا إشكال، لأنه وكيل على المال من قبل مالكة، فإن طالبه المالك به يجب عليه تسليمه له، نعم مع عدم المطالبة لا يجب على الوكيل التسليم، لأنه قبضه بإذن المالك وبحسب الفرض لم يطلبه المالك.

ثم لو طالبه به وامتنع عن التسليم لعذر فلا يضمن بلا خلاف فيه، لأنه معذور غير متعدي، والعذر كما نص عليه أكثر من واحد يشمل العقلي والشعري والعرفي، والأول فيما لو كان التسليم غير مقدور، والثاني فيما لو كان مشغولاً بإتمام الصلاة الواجبة أو المستحبة، والثالث فيما لو كان مشغولاً بإتمام الحمام، نعم لو طالبه به وامتنع لا لعذر فالوكيل ضامن بلا خلاف، لأنه متعدي، وكذلك يكون متعدياً لو ارتفع العذر وآخر التسليم مع المطالبة.

ذلك المال الذي وُكِّل في بيعه وثمنه^(١)، والمبيع الذي اشتراه وثمنه قبل الشراء، وغيرها^(٢)، ونبه بقوله: «إذا طُلب» على أنه لا يجب عليه^(٣) دفعه إليه^(٤) قبل طلبه^(٥)، بل معه^(٦)، ومع إمكان الدفع شرعاً^(٧) وعرفاً كالوديعة^(٨) (فلو أُخر مع الإمكان) أي: إمكان الدفع شرعاً، بأن لا يكون في صلاة واجبة مطلقاً^(٩)، ولا مريداً لها مع تضيق وقتها، ونحو ذلك من الواجبات المنافية، أو عرفاً، بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها، ولا في حمام أو أكل طعام، ونحوها من الأعذار العرفية (ضمن، وله أن يمتنع) من التسليم (حتى يُشهد)^(١٠) على الموكل بقبض

(١) بعد بيعه.

(٢) غير هذه الأمور.

(٣) على الوكيل.

(٤) إلى الموكل.

(٥) طلب الموكل.

(٦) مع الطلب.

(٧) ولم يتكلم عن الإمكان العقلي لوضوح اشتراطه.

(٨) كما يجري جميع ذلك في الوديعة، والمعجب من العلامة في التذكرة حيث حكم برد الموكَّل فيه مع الإمكان العقلي والشرعي والعرفي مع جعل العذر الشرعي شاملاً للصلاة الواجبة والمندوبة، مع أنه في الوديعة خصَّ العذر الشرعي بالواجب دون النفل، مع أن الأمر في الوديعة أسهل على الداعي، لأنها مبنية على الإحسان المحض الذي يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة، إذ قد يدخلها أغراض للوكيل كالجعل وغيره، ولا أقل من المساواة.

(٩) تضيق وقتها أو لا.

(١٠) وقع الخلاف بينهم في أن من بيده أو في ذمته مَالٌ للغير هل يجوز له الامتناع عن التسليم إلى صاحب الحق حتى يُشهد عليه بالقبض، أو يجب التسليم وإن لم يتحقق الإشهاد.

ذهب الشيخ في المبسوط إلى أن من يُقبل قوله في الرد كالودعي لا يجوز له الامتناع، بل يجب عليه الدفع عند المطالبة وإن لم يتحقق الإشهاد، وبين من لا يقبل قوله في الرد كالمستعير فيجوز له الامتناع عن الدفع حتى يُشهد، خوفاً من جحود صاحب الحق، فُطالب المستعير بالبيئة وهي مفقودة، فيلزم بالدفع ثانياً، وفي هذا ضررٌ عليه، بخلاف الأول فلو جحد صاحب المال القبض فالقول قول الودعي مع يمينه.

حقه^(١)، حذراً من إنكاره^(٢)، فيضمن له ثانياً^(٣)، أو يلزمه^(٤) اليمين.

(وكذا) حكم^(٥) (كل من عليه حق وإن كان^(٦) ودبعة يقبل قوله) في ردها، لافتقاره إلى اليمين^(٧)، فله دفعها^(٨) بالإشهاد وإن كان صادقاً.

ولا فرق في ذلك^(٩) بين من^(١٠) يكون له على الحق بيعة، وغيره، لما ذكرناه من الوجه^(١١)، هذا هو أبعاد الأقوال في المسألة، وفرق بعضهم^(١٢) بين من يقبل

= وذهب يحيى بن سعيد إلى أن من يقبل قوله في الرد كالودعي، لا يجوز له الامتناع كما تقدم، وبين من لا يقبل قوله في الرد كالمستعير فإن كان الأخذ بيعة فله الامتناع حتى يُشهد وإلا فلا، لأنه مع عدم الأخذ بيعة يمكن له إنكار أصل الحق على وجه يُصدق بأن يقول: لا يستحق عندي شيئاً فيقبل قوله مع يمينه، لأنه منكر، بخلاف ما لو ثبت الحق عنده بيعة فلا يمكنه إنكار أصل الحق بل يحتاج إلى إثبات الدفع، وهذا لا يتحقق إلا بالإشهاد فله الامتناع عن التسليم حتى يُشهد حينئذ، وقد نُسب هذا التفصيل إلى الشافعية. وعن مشهور المتأخرين أنه يجوز لمن عنده مال للغير أو دين الامتناع عن التسليم حتى يشهد، سواء قُبل قوله في الرد أم لا، لأن قبول قوله في الرد يحتاج إلى اليمين، وتكلف اليمين ضررٌ عظيم وإن كان صادقاً وقد أذن فيه الشارع، خصوصاً في بعض الناس فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

- (١) بقبض الموكل حقه.
- (٢) إنكار الموكل.
- (٣) فيضمن الوكيل للموكل ثانياً.
- (٤) يلزم الوكيل اليمين، وفيه: أنه مما لا يقبل قوله في الرد فكيف يلزم باليمين، نعم يجري هذا في الودعي.
- (٥) من الامتناع حتى يشهد، وهذا قول مشهور المتأخرين.
- (٦) الحق.
- (٧) عند قبول قوله في الرد.
- (٨) دفع اليمين.
- (٩) من أن له الامتناع حتى يُشهد.
- (١٠) صاحب الحق، سواء كان له على الحق بيعة أم لا.
- (١١) وهو افتقار الغريم إلى اليمين، فله دفعها بالإشهاد.
- (١٢) وهو الشيخ في البسوط.

قوله في الرد^(١)، وغيره^(٢)، وآخرون^(٣) بين من عليه بقبض الحق بينة^(٤)، وغيره^(٥)، ودفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله خصوصاً في بعض الناس، فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

(والوكيل في الوديعة^(٦)) مال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع، (بخلاف الوكيل في قضاء الدين^(٧))، وتسليم المبيع^(٨) فليس له ذلك^(٩) (حتى يشهد).

(١) فليس له الامتناع.

(٢) فله الامتناع.

(٣) وهو يحيى بن سعيد.

(٤) فله الامتناع حتى يشهد، إذا كان ممن لا يقبل قوله في الرد.

(٥) ممن ليس على قبضه بينة وكان ممن لا يقبل قوله في الرد فليس له الامتناع عن الدفع.

(٦) الوكيل في الإيداع - أي: إيداع مال شخص عند آخر - لا يجب عليه الإشهاد عند الدفع للودعي، بحيث لو أنكر الودعي فيما بعد لا يضمن الوكيل بسبب عدم الإشهاد، إذ عدم إقامة الإشهاد عند الإيداع لا يعد تفریطاً منه، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لأن الإيداع مبني على الإخفاء فعدم الإشهاد عليه هو السيرة، والوكيل لم يخالفها عند عدم إشهاده فلا يكون مفرطاً.

نعم استشكل العلامة في التذكرة في عدم وجوب الإشهاد، ويرده ما تقدم.

ثم لو أنكر المالك على الوكيل الدفع للودعي، فالقول قول الوكيل لأنه أمين، فلا يجب عليه الإشهاد من هذه الحيثية حتى يدفع إنكار المالك، إذ يمكن له دفعه باليمين.

(٧) لو وُكِّل في قضاء دين عن المديون، وقضى الدين ولم يشهد على الدائن بالقبض، فأنكر الدائن الدفع إليه فيما بعد فالوكيل ضامن هنا، لأنه مفرط، لأن قضاء الدين مبني على الإجهار به فيناسبه الإشهاد عليه، ومع عدم إشهاد الوكيل يكون قد خالف السيرة في ذلك، فهو مفرط ضامن كما عن الشيخ والعلامة وولده والشهيد والمحقق الثاني.

وفي الشرائع والقواعد للعلامة التردد فيه، بل جزم الأردبيلي بعدم الضمان، لعدم صدق التفریط عرفاً، إذ السيرة ليست قائمة على الإشهاد في قضاء الدين، ولا أقل من الشك في ذلك، والأصل عدم الضمان.

(٨) ما يجري في قضاء الدين يجري في التسليم المذكور.

(٩) من قضاء الدين وتسليم المبيع.

والفرق أن الوديعة مبنية على الإخفاء، بخلاف غيرها، ولأن الإشهاد^(١) على الودعي لا يفيد ضمانه^(٢)، لقبول قوله في الرد، بخلاف غيره^(٣) (فلو لم يُشهد)^(٤) على غير الوديعة (ضمن)، لتفريطه، إذا لم يكن الأداء^(٥) بحضرة الموكل، وإلا^(٦) انتفى الضمان، لأن التفريط حيثئذ مستند إليه^(٧).

(ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد^(٨) بإذن الموكل)، لانقضاء المانع حيثئذ^(٩)، ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار^(١٠)، ولو أطلق له الإذن^(١١) ففي

(١) دليل ثان لعدم ضمان الوكيل لو لم يشهد في الإيداع، وحاصله أن الإشهاد على الإيداع لا يفيد، لأنه لو ادعى الودعي التلف فالبينة بالقبض لا توجب عليه الضمان، لأن البينة المذكورة توجب قبض المال، وبدعواه التلف لا يضمن، لأنه مصدق في دعواه التلف والرد كما تقدم في بابه.

(٢) ضمان الودعي.

(٣) غير الودعي، من الدائن والمشتري فالإشهاد على الدفع إليهما يخرج المدين والبايع عن عهدة الضمان إن لم يعترف الخصم بالقبض.

(٤) الوكيل.

(٥) الدفع.

(٦) وإن كان الأداء بحضرة الموكل فلا يجب على الوكيل الإشهاد، لأنه وكيل بالدفع فقط، وعدم الإشهاد حيثئذ مستند إلى الموكل لا إلى الوكيل.

(٧) إلى الموكل.

(٨) لو أذن الموكل كوكيله في بيع ماله من نفسه، فيجوز للوكيل تولي طرفي الإيجاب والقبول، فالإيجاب من حيثية الوكالة والقبول من حيثية الأصالة، على الأكثر، لوجود مقتضي انتفاء المانع، أما مقتضي فلوجود إذن المالك في البيع المذكور، وأما عدم المانع إذ ليس المانع إلا كونه وكيلاً، وهذا لا يصلح للمانعة، لإطلاق أدلة البيع.

وعن الشيخ وجماعة المنع للتهمة، وفيه: منع التهمة، مع وجود الإذن، ومراعاة مصلحة الموكل المعتبرة في فعل كل وكيل.

(٩) حين إذن الموكل.

(١٠) بالأصالة في القبول والوكالة في الإيجاب.

(١١) لو أطلق الموكل لوكيله الإذن في بيع ماله، فيجوز للوكيل حيثئذ أن يبيع على نفسه كما عن الشيخ في النهاية والعلامة وولده والشهيد في بعض الحواشي والخلبي، لوجود مقتضي وعدم المانع على ما تقدم.

توليها^(١) لنفسه قولان، منشؤهما: دخوله^(٢) في الإطلاق، ومن ظاهر^(٣) الروايات الدالة على المنع، وهو أولى.

واعلم أن توليه طرفي العقد أعم من كون البيع أو الشراء^(٤) لنفسه^(٥)، وموضع الخلاف مع عدم الإذن^(٦) توليه لنفسه، أما لغيره^(٧) بأن يكون وكيلاً

= وعن المشهور المنع للثمة، ولأن إطلاق الإذن منصرف إلى غير الوكيل، إذ المفهوم من الاستنباط في البيع البيع على غيره، وخير هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك، وإن كان الذي عندك خيراً منه)^(١)، وخير إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يبعث إلى الرجل فيقول له: ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، قال عليه السلام: لا يقربن هذا، ولا يدنس نفسه، إن الله عز وجل يقول: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض...﴾ الآية، وإن كان ما عنده خيراً مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده)^(٢)، ومثلها غيرها.

وهي محمولة على الكراهة عند أصحاب القول الأول لظهور بعضها في ذلك كقوله عليه السلام (ولا يدنس نفسه)، وللجمع بينها وبين خبر ميسر (قلت له: يميني الرجل فيقول: تشتري لي، ويكون ما عندي خيراً من متاع السوق، قال: إن أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك، وإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق)^(٣)، واعلم أن النزاع هنا ليس من حيثية واحدة بل من حيثية الأخيار، وانصراف الإذن، ومن حيثية التهمة، ومن أن المغايرة الاعتبارية بين الأصيل والوكيل تحقق التغاير حتى يجوز للوكيل تولي طرفي العقد.

(١) طرفي العقد.

(٢) دخول الوكيل في إطلاق الإذن، وهو دليل الجواز.

(٣) دليل المنع.

(٤) لو وكله في شراء شيء.

(٥) لنفس الوكيل.

(٦) عدم الإذن، صريحاً من الموكل.

(٧) لغير الوكيل، بأن يبيع مال الموكل لشخص آخر، وكان الآخر موكلاً له بالشراء أو يشتري لشخص مال الموكل، وكان الغير موكلاً له كذلك.

لهما^(١)، فلا إشكال، إلا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً، وذلك^(٢) لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه، (ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر^(٣)) لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل.

وتظهر فائدة إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع^(٤)، فيدعي الموكل حصولها لئتم له العقد، وينكرها الوكيل ليتزلزل ويتسلط على الفسخ.

(ولو اختلفا في الرد حلف الموكل^(٥))، لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة

(١) للبايع والمشتري.

(٢) على القول بمنع تولي طرفي العقد.

(٣) فالقول قول المنكر مع يمينه، بلا خلاف ولا إشكال، وهو منكر بحسب ظاهر كلامه، وأصالة عدمها، سواء كان المنكر الموكل أم الوكيل، أما إنكار الوكالة من الموكل فواضح إذ هو الغالب، وأما إنكار الوكالة من الوكيل، والموكل يدعيها، فيما لو وقع بينهما عقد لازم واشترط فيه إيقاع التوكيل في وقت معين.

فالموكل يدعيها ليخرج عن عهدة الشرط ويبقى العقد لازماً، والوكيل ينكرها ليثبت تخلف الشرط فيتزلزل العقد ويصير له الفسخ بخيار تخلف الشرط.

(٤) الأمر هو الشرط في العقد اللازم، وهو التوكيل الذي لا يتلافى حين النزاع، لأنه مقيد بوقت خاص، وإلا لو شرط أصل الوكالة من دون تحديد لها بوقت خاص، لكان الموكل حين النزاع يوكله ويحقق الشرط.

(٥) بأن ادعاه الوكيل وأنكره الموكل، فإن كانت وكالته يجعل كلف الوكيل البينة، لأنه مدع والموكل منكر، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة عدم الرد.

وإن كانت وكالته بغير جعل، فقيل: يقبل قول الوكيل مع يمينه على المشهور، لأنه محسن كالودعي، ولأنه أمين إذ قبض المال بإذن مالكه.

وعن ابن إدريس وعليه مشهور المتأخرين أنه يقبل قول الموكل المالك مع يمينه، لأصالة عدم الرد، وكون الوكيل أميناً لا يستلزم القبول، لأن الأمانة أعم من قبول قوله وعدمه في الرد، نعم أماتته تفيده في قبول قوله في التلف كما سيأتي، وأما الإحسان فكذلك لا ينافي عدم قبول قوله.

إن قلت: المحسن لا سبيل عليه، مع أن عدم قبول قوله مستلزم لثبوت الحق عليه يمين الخصم، ويمين الخصم سبيل عليه.

بجعل أم لا^(١).

(وقيل)^(٢): يحلف (الوكيل، إلا أن تكون بجعل) فالموكل، أما الأول^(٣) فلأنه^(٤) أمين، وقد قبض المال لمصلحة المالك، فكان محسناً محضاً كالودعي، وأما الثاني^(٥) فلما مر^(٦)، ولأنه^(٧) قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض، والمستأجر^(٨).

ويضعف^(٩): بأن الأمانة لا تستلزم القبول^(١٠)، كما لا يستلزمه^(١١) في الثاني^(١٢) مع اشتراكهما^(١٣) في الأمانة، وكذلك الإحسان^(١٤)، والسبيل المنفي^(١٥)

= قلت: نفي السبيل على المحسن عام، وما من عام إلا وخُص، وإلا فلو لم يكن مخصّصاً بما ذكر للزم تقديم قول الوكيل في دعوى الرد، ولا يقبل قوله إلا مع اليمين، مع أن إثبات اليمين عليه سبيل وهو منفي بالآية، ولو قدم قوله بدون يمين فهو على خلاف الاتفاق.

- (١) وهو قول مشهور المتأخرين.
- (٢) هو مشهور القدماء.
- (٣) حلف الوكيل إن كانت الوكالة بغير جعل.
- (٤) الوكيل.
- (٥) حلف الموكل إن كانت الوكالة بجعل.
- (٦) من أصالة عدم الرد الموافق لقول الموكل.
- (٧) الوكيل.
- (٨) ولا يقبل قولهما في الرد مع اليمين، بل يقبل قول خصمه مع اليمين.
- (٩) تقديم قول الوكيل في الرد فيما لو كانت الوكالة بغير جعل.
- (١٠) فيما لو كانت الوكالة بغير جعل.
- (١١) الأمانة لا تستلزم القبول.
- (١٢) فيما لو كانت الوكالة بجعل.
- (١٣) اشتراك الصورة الثانية مع الأولى في الأمانة، لأن الوكيل فيهما قد قبض مال المالك بإذنه.
- (١٤) فهو أعم من صورتين، غايته مع عدم الجعل يكون محسناً محضاً.
- (١٥) في قوله تعالى: ﴿ما هلّ المحسنين من سبيل﴾^(١).

مخصوص^(١)، فإن اليمين^(٢) سبيل.

(و) لو اختلفا (في التلف)^(٣) أي: تلف المال الذي بيد الوكيل كالعين المؤكّل في بيعها وشرائها^(٤)، أو الثمن^(٥)، أو غيره (حلف الوكيل) لأنه أمين^(٦)، وقد يتعذر إقامة البيّنة على التلف فافتنح بقوله، وإن كان مخالفاً للأصل، ولا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهر، وخفي^(٧)، (وكذا) يحلف لو اختلفا (في التفريط)^(٨)، والمراد به ما يشمل التعدي، لأنه منكر، (و) كذا يحلف لو اختلفا (في القيمة)^(٩) على تقدير ثبوت الضمان، لأصالة عدم الزائد.

(١) له موارد معينة، وليس هذا منها، لأنه لو قدمنا قوله تمسكاً بالآية لقدمناه مع اليمين، وإثبات اليمين عليه سبيل، وهو منفي بالآية أيضاً، كما أن إثبات يمين الخصم عليه سبيل منفي، فلزم من التمسك بالآية بنفي السبيل عنه تقديم قوله بلا يمين، وهذا ما لا يمكن الالتزام به، ومن هنا تعرف عدم صحة التمسك بالآية في هذا المورد.

(٢) له أو عليه.

(٣) يقدم قول الوكيل مع يمينه، بلا خلاف ولا إشكال، للإجماع المدعى كما عن المتوسط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك.

وتقديم قوله على خلاف الأصل، إذ هو مدع للتلف، لكنه لو لم يقدم قوله لطولب بإقامة البيّنة ولو تعذرت أو تعسرت لوجب عليه رد نفس العين، ولو كان صادقاً في دعواه لتعذر الرد، وهذا ما يلزم منه التخليد في الحبس، وهو عسر وحرَج متفيان.

(٤) إذا تلفت بعد الشراء.

(٥) وهو ما لو تلف بعد البيع فيما لو وُكّل في البيع، أو تلف قبله إذا وُكّل في الشراء.

(٦) لا يصح التعليل بالأمانة، إذ هي أعم من قبول قوله وعدمه، نعم الدليل الإجماع، لثلا يلزم تخليده في السجن كما علمت.

(٧) وعن الشافعي التفريق ففي الأول يُلزم بالبيّنة وفي الثاني يُكتفى منه باليمين.

(٨) إذ يدعيه المؤكّل وينكره الوكيل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله، وليس المراد من التفريط خصوص الأمر العدمي، في قبال التعدي الذي هو الأمر الوجودي، بل ما يعمهما، إذ المراد منه ما هو غير مأذون فيه.

(٩) لو ثبت الضمان على الوكيل عند تلف العين إما لإقراره بالتفريط، أو لإقامة البيّنة على ذلك، فادعى المؤكّل أن قيمة التالف مائة، وأنكر الوكيل وقال: خسون، قدم قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر، لأصالة عدم ثبوت الزائد في ذمته.

(ولو زوجه امرأة بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة^(١)

(١) بحيث أنكر الموكل الوكالة، كان القول قوله مع يمينه، ويُلزم الوكيل بمهر الزوجة المسمى في العقد، كما عن الشيخ في النهاية وابن حزة في الوسيلة والآبي في كشفه والعلامة في التحرير والإرشاد والقواعد وجماعة، أما تقديم قول الموكل مع يمينه فلاه منكر، لأصالة عدم وقوع الوكالة، بلا خلاف في ذلك، وأما إلزام الوكيل بتمام المهر فلخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل زوجه أمه وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه^(١))، بناء على تنزيله على دعوى الوكالة، ولأن المهر يجب بالعقد وقد حصله فلا بد أن يثبت تمامه، وتصنيفه بالطلاق قبل الدخول غير جارٍ هنا، إذ لا طلاق بحسب الفرض، وعن المشهور أن الوكيل يُلزم بنصف المهر، لخبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي، ولم يُشهد على ذلك.

فذهب وخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال عليه السلام: يُعزم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضنع حقها، فلما لم يشهد عليه بذلك الذي قال له حلّ لها أن تتزوج ولا يحلّ للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول: ﴿فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾، فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل، وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام، وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج^(٢)، وصحيح أبي عبيدة الخدء عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يستم أرضاً ولا قبيلة ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال عليه السلام: إن كان للمأمور بيته أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، وإن لم يكن له بيته كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها، ولها نصف الصداق إن فرض لها صداقاً، وإن لم يكن سئى لها فلا شيء لها^(٣))، بناء على أن المراد من الصداق أولاً هو نصف الصداق بدليل ما ورد فيما بعد.

وعن المحقق في الشرائع ومال إليه جماعة منهم العلامة وولده والشارح والمحقق الثاني أنه =

- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.
 (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوكالة حديث ١.
 (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١.

(حلف)^(١)، لأصالة عدمها^(٢) (وعلى الوكيل نصف المهر)^(٣) لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام، ولأنه^(٤) فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق، (ولها التزويج) بغيره، لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة (ويجب على الزوج) فيما بينه وبين الله تعالى (الطلاق إن كان وكلاً) في التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها^(٥) وتعريضها^(٦) للتزويج بغيره محرم، (ويسوق نصف المهر إلى الوكيل)^(٧)، للزومه له^(٨) بالطلاق، وغرم الوكيل له بسببه^(٩).

= يحكم ببطلان العقد ظاهراً، لعدم ثبوت الوكالة بعد حلف الموكل على عدمها، ولا يغرم الوكيل ولا الموكل، لعدم ثبوت العقد، والمهر من لوازم العقد، نعم يجب على الموكل أن يطلقها فيما بينه وبين الله عز وجل إن كان الوكيل صادقاً وهو عالم بذلك، وأن يسوق إليها نصف المهر إن لم يكن دفعه الوكيل بحسب الواقع، وإلا فقد عرفت أنه ظاهراً لا يثبت شيء من المهر لا على الموكل ولا على الوكيل، وإلا فيدفعه للوكيل لأنه عُزِمَ بسببه.

وأما المرأة فلا إشكال ولا خلاف في أن لها التزويج وإن لم يطلق الموكل، إذا لم تكن عالة بالوكالة، لأنها خلية في ظاهر الشرع كما هو صريح خبر عمر بن حنظلة، وأما لو كانت عالة بالوكالة فلا يجوز لها التزويج قبل حصول الطلاق، لأنها معترفة بزواجيتها للموكل، فإن وقع الطلاق من الموكل فهو، وإن امتنع فهل يجبر على الطلاق دفعاً للضرر أو لا يجبر لانقضاء النكاح ظاهراً؟

وعلى الثاني من عدم إجباره على الطلاق فهل تتسلط على الفسخ دفعاً للضرر، أو يتسلط الحاكم لأن له ولاية على الممتنع أو تبقى العلقة الزوجية حتى يطلق، أو يموت، أوجه ثلاثة، ولكن مقتضى الأخبار جواز التزويج مطلقاً.

- (١) الزوج.
- (٢) عدم الوكالة.
- (٣) قول المشهور، وهو القول الثاني المتقدم في الشرح.
- (٤) إنكار الزوج.
- (٥) إنكار الوكالة، أو إنكار زوجيته منها.
- (٦) تعريض الزوجة.
- (٧) سراً إن أبي عن الجهار كما في الرياض.
- (٨) لزوم نصف المهر للزوج بسبب الطلاق.
- (٩) تغريم الوكيل للنصف بسبب الزوج، لأنه أنكر.

(وقيل: يبطل) العقد (ظاهراً، ولا عُزْم على الوكيل^(١))، لعدم ثبوت عقد حتى يحكم بالمهر، أو نصفه، ولأنه^(٢) على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنه^(٣) عوض البضع، والوكيل ليس بزوج، والحديث^(٤) ضعيف السند، وإلا لما كان عنه عدول مع عمل الأكثر بمضمونه^(٥)، والتعليل بالفسخ فاسد^(٦)، فالقول الأخير^(٧) أقوى.

نعم لو ضمن الوكيل^(٨) المهر كله، أو نصفه لزمه حسب ما ضمن، وإنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها^(٩)، وإلا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها^(١٠) بزعمها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عالة بالحال، ولو امتنع من الطلاق حيثنذ^(١١) لم يجبر عليه^(١٢)، لانتهاء النكاح ظاهراً، وحيثنذ^(١٣) ففي تسلطها على الفسخ دفعاً للضرر، أو تسلط الحاكم عليه^(١٤)، أو على الطلاق، أو

- (١) لا تمام المهر ولا نصفه، وهو قول المحقق ومن تبعه، وهو القول الثالث المتقدم في الشرح.
- (٢) المهر.
- (٣) المهر.
- (٤) خبر عمر بن حنظلة، وضعفه لاشتمال سنده على داود بن الحصين، وهو واقفي، وعلى دينار بن الحكم، وهو مجهول.
- (٥) وفيه: أن عمل الأصحاب جابر لو هن السند، فلا يصح رده من حيثية ضعف سنده حيثنذ، فضلاً عن وجود صحيح أبي عبيدة المتقدم.
- (٦) من أثبت المهر أو نصفه على الوكيل فقد علته بأن العقد قد انفسخ بحلف الزوج على نفي الوكالة، والتعليل عليل، لأن مثل هذا ليس بفسخ حقيقي، وإلا لو كان كذلك لما وجب على الزوج واقماً أن يطلق على تقدير وكالته.
- (٧) من عدم المهر ولا نصفه، لا على الوكيل ولا على الموكل، كما هو قول المحقق ومن تبعه.
- (٨) للزوجة تمام المهر أو نصفه عن الزوج، فيجب على الوكيل حيثنذ للضمان، لا للخبر المتقدم.
- (٩) على الوكالة.
- (١٠) المرأة.
- (١١) حين تصديقها للوكيل بالوكالة.
- (١٢) لم يجبر الزوج على الطلاق.
- (١٣) حين عدم إجباره على الطلاق.
- (١٤) على الفسخ.

بقاؤها كذلك^(١) حتى يطلق أو يموت^(٢)، أوجه، ولو أوقع الطلاق معلّقاً على الشرط^(٣): كإن كانت زوجتي فهي طالق صح، ولم يكن إقراراً، ولا تعليقاً مانعاً، لأنه^(٤) أمر يعلم حاله، وكذا في نظائره، كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا، أو غيره من العقود.

(ولو اختلفا في تصرف الوكيل^(٥)) بأن قال: بعث، أو قبضت، أو اشتريت

(١) زوجة.

(٢) وفي نسخة «أو تموت»، وهو ليس بصحيح، لأن رفع الزوجية عنها، إنما يحصل بطلاقها أو يموت زوجها، أما مع موتها فلا معنى للحكم، سواء كانت زوجة أم لا.

(٣) شرط زوجيتها، والألف واللام عهدية، صح الطلاق، لأن هذا ليس تعليقاً على شرط متوقع أو صفة مترتبة، وإنما الشرط دائر مدار علمه، فإن كان قد صدر منه التوكيل فهي زوجة ويصح جعل الزوجية حينئذ شرطاً، بل هو جعلٌ لشيء حاصل فلا تعليق واقعاً، لأن التعليق هو جعل لشيء سيحصل أو يتوقع حصوله.

(٤) الشرط المذكور.

(٥) بحيث ادعى الوكيل وفروع التصرف الموكّل به وأنكره الموكل، كأن يدعي الوكيل بيع المتاع الذي وُكِّلَ ببيعه وقد تلف الثمن، فأنكر الموكل البيع، أو ادعى الوكيل شراء المتاع الذي وُكِّلَ بشراؤه وأنه سُرق فأنكر الموكل الشراء، قيل: يقدم قول الوكيل، لأنه أمين، ولأنه أقر بما له أن يفعله، فيندرج تحت القاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»، وهو مالك للتصرف فيملك الإقرار به، ولأن الاختلاف راجع إلى فعله، وهو أعلم به، وإلى هذا القول ذهب غير واحد.

وقيل: يُقدم قول الموكل، لأصالة عدم الفعل، وإليه ذهب المحقق الثاني، واختلف كلام العلامة هنا، ففي القواعد جزم بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف، وفي التذكرة جزم بتقديم قول الموكل إن كان النزاع بعد عزل الوكيل، واستقر كون الحكم كذلك قبل العزل، وتوقف في التحرير.

قال الشارح في المسالك: «واعلم أنه لا يُحتاج إلى تعيين التصرف في فرض المسألة، يكون الثمن قد تلف في يد الوكيل، بأن يقول: بعثت وقبضت الثمن وتلف في يدي، كما ذكره بعضهم، تبعاً لتقييده بذلك في التحرير، لأن الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذُكر سابقاً مطلقاً، وهو أمرٌ خارج عن هذه المسألة، وإنما حاصل هذه دعوى الموكل عدم التصرف بالبيع ونحوه ليرتفع العين، والوكيل يدعي الفعل، سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أم لا» انتهى.

(حلف) الوكيل، لأنه أمين وقادر على الإنشاء^(١)، والتصرف إليه، ومرجع الاختلاف إلى فعله، وهو أعلم به.

(وقيل): يحلف (الموكل)، لأصالة عدم التصرف، وبقاء الملك على مالكه، والأقوى الأول.

ولا فرق بين قوله في دعوى التصرف: بعث وقبضت الثمن وتلف في يدي، وغيره^(٢)، لاشتراك الجميع في المعنى، ودعوى التلف أمر آخر، (وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به السلعة) كأن قال الوكيل: اشترت به مائة، والحال أنه يساوي مائة^(٣)، ليتمكن صحة البيع، فقال الموكل: بل بثمانين، يقدّم قول الوكيل^(٤)، لأنه أمين، والاختلاف في فعله، ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته، وهو الأقوى.

وقيل: قول الموكل، لأصالة برائته^(٥) من الزائد، ولأن في ذلك^(٦) إثبات حق للبائع عليه^(٧) فلا يسمع.

(١) فيملك الإقرار به، لأنه مالك للتصرف.

(٢) من دون دعوى التلف.

(٣) كما ذكره العلامة في التحرير، وإلا لم يكن الشراء صحيحاً، لما تقدم من حمل الإطلاق في الإذن على ثمن المثل، إذا تعلق الغرض به، فلا يجوز بالأدنى كما لا يجوز بالأعلى.

(٤) كما عن الشيخ في المبسوط وجماعة، لأنه أمين والفعل فعله وهو أعلم به، ولأن الظاهر أن الشيء يشتري بثمن مثله، وهو يدعي ذلك، فيكون قوله موافقاً لهذا الظاهر.

وعن العلامة في الإرشاد وجماعة تقديم قول الموكل، لأصالة برائة الموكل من الزائد، لأنه غارم، ولأن تقديم قول الوكيل تقديماً لحق البائع على الموكل مع إنكاره فلا يسمع، لأن إقرار الغير نافذ في حقه لا في حق غيره.

ورُدّ: بأن قول الوكيل نافذ في حقه بعدما كان أميناً، وعليه لا معنى لجريان أصل البرائة مع أمانة الوكيل.

(٥) براءة الموكل.

(٦) تقديم قول الوكيل.

(٧) على الموكل.



كتاب الشفعة

(كتاب الشفعة^(١))

(وهي) فُعلَةٌ من قولك: شَفَعْتُ كذا بكذا إذا جعلته شفِعاً به، أي: زوجاً،

(١) لا خلاف ولا إشكال في مشروعيتها، للأخبار الكثيرة.

منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما)^(١)، والمرسل عن أحدهما عليه السلام (الشفعة لكل شريك لم يقاسم)^(٢).

وخالف جابر بن زيد والاصم فأنكروا الشفعة، وهما محجوجان بهذه النصوص، هذا والشفعة وزان غرفة، قال الشارح في المسالك: «مأخوذة من قولك: شَفَعْتُ كذا بكذا، إذا جعلته شفِعاً به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفِعاً بنصيب صاحبه، ويقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، ومنه شاة شافع، للتي معها ولذا لتقويها به» انتهى.

واختلف في أنها مأخوذة من الشفع بمعنى الضم، أو من الشفع بمعنى الزيادة، أو من الشفع بمعنى التقوية، أو من الشفاعة أقوال أربعة، وعن أكثر من واحد من أصحابنا أنها مأخوذة من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد مما يُضم إليه، ولذا قال في مجمع البحرين: «الشفعة كغرفة قد تكرر ذكرها في الحديث، وهي في الأصل التقوية والإعانة، وفي الشرع استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركة، واشتقاقها على ما قيل من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأن كان واحداً وترأ فصار زوجاً شفِعاً، والشافع: الجاعل الوتر شفِعاً، ويقال: الشفعة اسم للملك المشفوع مثل اللقمة، اسم للشيء المقوم، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك» انتهى.

(١) (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الشفعة حديث ١ و٣.

كأن الشفيع يجعل نصيبه شفيعاً بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة، ومنه^(١) الشفاعة والشفع، وشرعاً^(٢) (استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته)، ولا يحتاج إلى قيد الاتحاد^(٣) وغيره^(٤)، مما يعتبر في الاستحقاق^(٥)، لاستلزام الاستحقاق^(٦) له^(٧).

(١) ومن هذا المعنى وهو التقوية والإعانة، حيث إن في الشفاعة تقوية وإعانة للمشفوع له على ذنبه، ومن هذا المعنى الشفع بمعنى الزوج، لأنه يتقوى بالآخر.

(٢) فعن أبي الصلاح وابني زهرة وإدريس أنها «استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته»، وعن القواعد للعلامة هي «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع»، وفي الشرائع «استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع»، وفي النافع «استحقاق حصة الشريك لانتقالها بالبيع» إلى غير ذلك من التعريفات التي يقصد منها التمييز في الجملة، فلا يضرها عدم مساواتها للمعروف، قال في الجواهر: «ضرورة معلومية كون المراد منها التمييز في الجملة، لترتب الأحكام عليها، وإلا فتمامه - أي تمام المعنى - يعلم بالإحاطة التامة بالأدلة التي ستعرفها إن شاء الله، وليس المراد منها التحديد الحقيقي»، وقال في الرياض «والتحقيق أن هذه التعريفات اللفظية لا يُقدح فيها ما يُورد، أو يرد عليها من النقض والناقضة، وإنما المقصود منها التمييز في الجملة» انتهى.

(٣) لا يحتاج التعريف المذكور إلى قيد إتحاد الشريك الذي يثبت له حق الشفعة، والمعنى أن التعريف لا يحتاج إلى تقييد الشريك بالواحد ولا يحتاج إلى تقييد استحقاق الشريك الحصة من شريكه بسبب بيعها على ثالث، ولا يحتاج إلى تقييد الحصة المبيعة من غير المنقول، ويكون الشركة قابلة للقسمة، لأن هذه الأمور الأربعة تذكر في الأحكام لا في تعريف الشفعة.

(٤) غير الاتحاد من بقية القيود.

(٥) الاستحقاق جنس أو بمنزلة الجنس يدخل فيه استحقاق مالٍ بالإرث والحيازة والإحياء وغيرها، وحتى يتخصص الاستحقاق بالشفعة فلا بدّ من القيود التي ذكرها الماتن ولكن ذكر الأمور المتقدمة لا تدخل في التعريف لأنها تذكر في الأحكام.

(٦) الاستحقاق المذكور في التعريف.

(٧) لقيد الاتحاد ولغيره من بقية القيود الأربعة.

وإنما يفترق إلى ذكرها^(١) في الأحكام، ولا يرد النقض في طرده^(٢) بشراء^(٣) الشريك حصة شريكه، فإنه^(٤) بعد البيع يصدق^(٥) استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته، إذ ليس في التعريف أنها^(٦) مبيعة لغيره أو له^(٧)، وكما يصدق الاستحقاق بالأخذ^(٨) يصدق بنفس الملك.

ووجه دفعه^(٩): أن الاستحقاق المذكور هنا^(١٠) للشريك المقتضي لكونه شريكاً^(١١) حال شركته، والأمر في البيع ليس كذلك^(١٢)، لأنه حال الشركة غير مستحق^(١٣)، وبعد الاستحقاق^(١٤) ليس بشريك، إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل، لأنه^(١٥) المعتبر شرعاً^(١٦)، لا ما كان فيه شريكاً مع ارتفاع الشركة^(١٧)،

(١) ذكر القيود الأربعة المقدمة.

(٢) أنه غير مانع.

(٣) وحاصل الإشكال: أنه لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه التعريف المذكور، لأن المشتري قد استحق حصة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، فالشريك كما يستحق الحصة المبيعة لغيره، كذلك يستحق الحصة المبيعة لنفسه، مع أن الثاني ليس بشفعة وهو مما يصدق عليه التعريف، فلا يكون مانعاً للأخبار.

(٤) الشأن والواقع.

(٥) يصدق التعريف على ما لو اشترى الشريك حصة شريكه مع أنه ليس بشفعة واقعاً.

(٦) الحصة.

(٧) لغير الشريك أو له.

(٨) تعريف الشفعة بالاستحقاق كما يصدق على الأخذ بالشفعة يصدق على هذا البيع.

(٩) دفع الإشكال: أن الشريك بعد بيع الحصة ليس بشريك بسبب زوال تليس مبدأ الاشتراك عنه بعد البيع، فهو بعد البيع ليس بشريك، نعم قد كان شريكاً.

(١٠) في تعريف الشفعة.

(١١) فعلاً، ولذا قال: حال شركته.

(١٢) ففي البيع لم يستحق الشريك حال شركته.

(١٣) لأنه لم يتحقق البيع.

(١٤) وبعد البيع.

(١٥) الشريك الفعلي.

(١٦) ولذا يجب حمل الألفاظ الواردة في الكتاب والسنة على الفعلية.

(١٧) فمع الارتفاع لا يكون شريكاً إلا على القول بكون المشتق موضوعاً للأعم.

نظراً^(١) إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه^(٢) في المشتق.

نعم يمكن ورود ذلك^(٣) مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة، ولو قيد^(٤) المبيع بكونه لغير المستحق، أو علّق الاستحقاق بتملك الحصة فقال: استحقاق الشريك تملك الحصة المبيعة إلى آخره^(٥) سلم من ذلك^(٦)، لأن استحقاق التملك^(٧) غير استحقاق الملك.

(ولا تثبت لغير) الشريك (الواحد)^(٨) على أشهر القولين، وصحيح الأخبار

(١) تعليل للمنفى.

(٢) المبدأ.

(٣) النقض على التعريف بكونه غير مانع، وهو الإشكال الثاني، وحاصله، ما لو تعدد الشركاء فإذا كانوا ثلاثة وباع أحدهم أحد الشريكين الباقيين فقد انتقلت حصة أحد الشريكين للآخر بسبب البيع، مع أن هذا البيع ليس بشفعة، والتعريف صادق عليه فلا يكون مانعاً.

(٤) المصنف لو قال في تعريف الشفعة: استحقاق الشريك الحصة المبيعة لغيره في شركته لارتفع الإشكالان المتقدمان.

(٥) آخر ما ذكر في التعريف.

(٦) من الإشكاليين السابقين.

(٧) بالشفعة غير استحقاق ملك الحصة بالبيع.

(٨) ذهب المشهور إلى عدم ثبوت الشفعة مع الزيادة على الشريكين، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة)^(١)، ومرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرها فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم)^(٢)، وذهب ابن الجنيد إلى ثبوت الشفعة مطلقاً، وإن زاد الشركاء على اثنين، لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (في الدار بين قوم اقتسموها، وأخذ كل واحد منها قطعة فبناها، وتركوا بينهم ساحة، فيها مرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال عليه السلام: نعم، ولكن يُسدّ باباً إلى الطريق أو ينزل من فوق السطح، فإن أراد =

يدل عليه، وذهب بعض الأصحاب^(١) إلى ثبوتها مع الكثرة، استناداً إلى روايات^(٢) معارضة بأقوى منها (وموضوعها)^(٣) وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه:

= صاحب الطريق يبعه فإنهم أحق به وإلا فهو طريقه حتى يجلس على ذلك الباب^(٤)، ومصحح منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دارٍ فيها دور، وطريقهم واحد في عرصة، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا في الشفعة؟ فقال عليه السلام: إن باع الدار وحول بابها إلى طريقٍ غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة)^(٥)، وخبر السكوني عن جعفر بن محمد عليه السلام (الشفعة على عدد الرجال)^(٦)، وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (الشفعة على الرجال)^(٧)، وخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء)^(٨)، وهو جمع، وأقله ثلاثة.

وذهب الصدوق إلى أن الشفعة تثبت للكثرة في الأرض، ولا تثبت لغير الواحد من الشركاء في الحيوان، خبر عبد الله بن سنان (سألت عن مملوكٍ بين شركاء، وأراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم إلى البيع قال لشريكه: أعطني، قال: هو أحق به، ثم قال: لا شفعة في حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً)^(٩)، فهو مخصص بالعبد والحيوان، وأما الأخبار المتقدمة الدالة على ثبوت الشفعة للأكثر من شريكين فهي واردة في الأراضي بعد حمل مطلقها على مقيدها، هذا والأخبار المعارضة لقول المشهور محمولة على التقيّة لموافقته العامة.

(١) وهو ابن الجنيّد والصدوق، ويكون إشارة إلى القولين الأخيرين.

(٢) بعضها صحيح.

(٣) موضوع الشفعة، اختلف الأصحاب في محل الشفعة من الأموال المنقولة بعد اتفاقهم على ثبوتها في العقار القابل للقسمة كالأرض والبساتين.

فأكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين على ثبوتها في كل منقول، لمرسّل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الشفعة لمن هي؟ وفي أي شيء هي؟ ولمن تصلح؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟).

=

(١) (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الشفعة حديث ٢ و١.

(٣) (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٥ وملحقه.

(٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الشفعة حديث ١.

(٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٧.

(ما لا ينقل كالأرض والشجر)^(١) إذا بيع منضمّاً إلى مَغرسة^(٢)، لا منفرداً، ومثله

= فقال عليه السلام: الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحدٍ منهم^(٣)، وبعضه ما في خبر ابن سنان المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا شفعة في الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً)^(٤)، وخبر الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الشفعة في الدور، أشيء واجب للشريك؟ ويُعرض على الجار وهو أحق بها من غيره؟ فقال عليه السلام: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن)^(٥)، والأخير مطلق يشمل بيع المنقول وغيره.

وذهب مشهور المتأخرين إلى عدم ثبوت الشفعة إلا في غير المنقول مما يقبل القسمة عادة، بل في التذكرة أنه المشهور، استضعافاً لمرسل يونس، وخبر جابر عن النبي صلى الله عليه وآله (الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ أو يدع)^(٦)، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في ربح ولا في حمام)^(٧)، وخبر سليمان ابن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس في الحيوان شفعة)^(٨)، ومرسل الكافي (إن الشفعة لا تكون إلا في الأرضين والدور فقط)^(٩)، ومثلها غيرها.

(١) الشجر والأبنية إن بيعت مع الأرض التي هي فيها فلا إشكال في ثبوت الشفعة فيها تبعاً للأرض، لدخولها في عموم النص المتقدم الوارد بثبوت الشفعة في الربع والأرض، وإن بيعت منفردة أو منضمّة إلى أرض أخرى غير ما هي فيها فينبى ثبوت الشفعة فيها وعدمه على القولين السابقين، فمن عتم أنبتها فيها، ومن خصص موردها بالمعقار لم يوجبها هنا، لأنها لا تدخل منفردة، وضم الشجر والبناء إلى غير أرضها لا ينفع لعدم التبعية للأرض المبيعة.

(٢) الأرض التي عُرس فيها.

- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٢.
- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٧.
- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشفعة حديث ١.
- (٤) كنز العمال ج ٧ ص ٤ رقم الحديث ١٧٦٨٥.
- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشفعة حديث ١.
- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٦.
- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشفعة حديث ٢.

البناء^(١)، فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها^(٢) فلا شفعة فيها، وإن انضمت^(٣) إلى أرض غيره كالشجر إذا انضم إلى غير مغرسة.

(وفي اشتراط إمكان قسمته قولان)^(٤) أجودهما اشتراطه^(٥)، لأصالة عدم ثبوتها^(٦) في محل النزاع^(٧)، وعليه^(٨) شواهد من الأخبار، لكن في طريقها ضعف، ومن لم يشترط نظر إلى عموم أدلة ثبوتها، مع ضعف المخصص، وعلى

(١) إذا بيع منضمّاً إلى أرضه.

(٢) كالغرفة العليا بحيث يكون أرضها سقفاً لغرفة أحدهما، فيأتي فيها الخلاف المتقدم، فمن عثم ثبت الشفعة فيها، ومن خصص بالمقار لم يوجبها هنا.

(٣) الغرفة.

(٤) هل يشترط في محل ثبوت الشفعة إمكان قسمته أو لا؟ ذهب المشهور خصوصاً بين المتأخرين إلى اشتراط كون المحل قابلاً للقسمة الإجبارية، أي: التنصيف، واحتجوا عليه برواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علياً عليه السلام قال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم)^(١)، ولازمه قبول الشركة للقسمة عند إرادة الشريك، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحى، ولا في حمام)^(٢)، وعدم ثبوت الشفعة فيها لعدم إمكان قسمتها.

وذهب المفيد والمرتضى وابن زهرة وإدريس والطبرسي وابن البراج إلى عدم اشتراط القسمة، لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة من غير تخصيص، لاستضعاف الروايتين السابقتين، إذ السكوني عامي ومثله طلحة بن زيد، ولأن مقتضى لثبوت الشفعة هو إزالة الضرر عن الشريك، وهو قائم في غير القابل للقسمة، بل هو أقوى من القابل لها، لأن القابل لها يمكنه التخلص من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره فيكون ثبوت الشفعة في غير القابل بطريق أولى.

(٥) اشتراط إمكان قسمته.

(٦) عدم ثبوت الشفعة.

(٧) ومحل النزاع هنا ما لا يمكن قسمته، فإذا شككنا في ثبوت الشفعة فيه فالأصل عدمه.

(٨) على الاشتراط.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الشفعة حديث ٧.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشفعة حديث ١.

الأول^(١) فلا شفعة في الحِثام الصغير، والعضائد الضيقة^(٢)، والنهر، والطريق الضيقين، والرحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها، وبيتها^(٣).

وفي حكم الضيق قلة النصيب^(٤) بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة (ولا تثبت) الشفعة (في المقسوم)^(٥) بل غير المشترك مطلقاً^(٦)، (إلا مع الشركة)^(٧)

(١) من اشتراط إمكان القسمة.

(٢) عضد الشيء ما يشاد أو يُبنى حوله ليشد به، والمراد به هنا عضائد الباب من الخشب على يمين الداخل ويساره.

(٣) بيت الرحى.

(٤) على القول باشتراط إمكان القسمة في محل ثبوت الشفعة فيشترط أن يكون المحل قابلاً للقسمة بدون ضرر على الشريك، وأما إذا استلزم الضرر فلا يكون المحل قابلاً للقسمة، والمراد بالضرر هو المبطل لنفعة المال أصلاً على تقدير القسمة، بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقه أو لقلته النصيب، أو لأن أجزاءه بعد القسمة لا يُنتفع بها وإلا فلو بقي للسهم بعد القسمة نفعٌ تثبت الشفعة.

وُفسر الضرر بأن تنقص قيمة المقسوم نقصاناً فاحشاً بالقسمة عما قبلها، وفسره ثالث أن تبطل المنفعة المقصودة قبل القسمة، وإن بقيت فيه منافع غيرها بعد القسمة، كالحمام والرحى فإنهما يخرجان بالقسمة عن الانتفاع بهما في النسل والطحن، وكلام الشارح هنا ناظر إلى الأول.

(٥) ذهب الأصحاب إلا العماني ابن أبي عقيل إلى اشتراط الشفعة في الشركة بالفعل، فلا تثبت بالجوار ولا فيما قسم، لما تقدم من الأخبار، كالمرسل عن أحدهما عَلَيْهِ السَّلَامُ (الشفعة لكل شريك لم يُقاسم)^(١)، وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ (أن علياً عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم)^(٢)، وجوز ابن أبي عقيل الشفعة في المقسوم ولم يُذكر له دليل، والنصوص المستفيضة المروية من طريقي الخاصة والعامة الظاهرة في غير المقسوم حجة عليه.

(٦) سواء لم يُشترك فيه أصلاً أم كان وقد قُسم، حيث إنه بعد القسمة هو غير مشترك.

(٧) استثنى المشهور من حكمهم صورة واحدة وهي: ما إذا اشترك في الطريق أو الشرب، وكل واحد من الشريكين له حصة من الأرض أو البستان على ذلك الطريق، وهما غير =

في المجاز^(١) وهو الطريق، (والشرب^(٢)) إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم.

وهل يشترط قبولهما القسمة كالأصل^(٣)؟ إطلاق العبارة^(٤) يقتضي عدمه^(٥)، وفي الدروس اشترطه^(٦)، والأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة^(٧)، نعم لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

= مشتركين في الأرض والبستان، فلو باع أحدهما نصيبه من الأرض ونحوها مع ما له من الحصة في الطريق أو الشرب، فالشفعة تثبت في مجموع المبيع وإن كان بعضه غير مشترك، فلو أفرد الأرض في البيع فلا شفعة حيث لا شركة، ولو باع حصته من الطريق أو الشرب فقط تثبت الشفعة فيه إن كان واسعاً وإلا فالخلاف المتقدم من إمكان قسمته أو لا، والذي يدل على هذا الاستثناء مصحح منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، وطريقهم واحد في عرصة، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا في الشفعة؟ فقال عليه السلام : إن باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة^(٨)).

(١) على وزن مفعل، أي: مكان الاجتياز.

(٢) قال في الصحاح «بالكسر هو الحظ من الماء».

(٣) الأصل هنا هو الدار أو البستان لأنه المبيع حقيقة، وعليه فهل يشترط قبول الطريق والشرب للقسمة مع أن الرواية المتقدمة لم تتعرض لكون الطريق أو الشرب قابلاً للقسمة، ذهب المحقق إلى اشتراط كون الطريق قابلاً للقسمة لو بيع منفرداً كما في كل بيع تثبت فيه الشفعة، أما لو بيع منضمماً إلى الدار فيكفي قبول أصل الدار للقسمة، لأن الدار هي المبيع حقيقة، والطريق تابع لها فلا يعتبر في الطريق حينئذ القبول للقسمة. والشهيد في الدروس اشترط كون الطريق قابلاً للقسمة، سواء بيع منفرداً أم منضمماً إلى الدار، لا اشتراط ذلك في كل مشفوع.

(٤) عبارة الماتن للمجاز والشرب.

(٥) عدم اشتراط قبول القسمة.

(٦) اشترط قبول القسمة، سواء بيعا منفردين أم لا.

(٧) كما هو قول المحقق.

(ويشترط قدرة الشفيع على الثمن)^(١)، وبذله للمشتري^(٢)، فلا شفعة للعاجز^(٣)، ولا للممتنع مع قدرته^(٤)، والمماطل^(٥)، ويرجع في العجز إلى اعترافه^(٦)، لا إلى حاله، لإمكان استدانته، ولا يجب على المشتري قبول الرهن، والضامن، والعموض^(٧)، (وإسلامه^(٨) إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفعة لكافر

(١) لا خلاف في بطلان شفعة العاجز عن دفع الثمن مع عدم رضا المشتري بالصبر، ولا يكفي الضامن، ولا أن يبذل الرهن، أو عوض الثمن، ويدل عليه خبر علي بن مهزيار (سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟

قال عليه السلام : إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف، وزيادة ثلاثة أيام، فإن وافاه - وفاه نسخة أخرى - وإلا فلا شفعة له^(١).

والخبر وإن كان بصدد شريكه البائع إلا أن الأصحاب جروا الحكم إلى المشتري لعدم خصوصية فيه، إذ خصوصية الحكم في عجز الشفيع وقدرته.

(٢) وبذل الثمن للمشتري، لأنه لا يكفي القدرة على الدفع مع عدم البذل، والخبر ابن مهزيار المتقدم حيث قال: (فإن وفاه)، وهو ظاهر في البذل لا في القدرة.

(٣) تفرغ على القدرة.

(٤) تفرغ على البذل.

(٥) وهو الممتنع مع قدرته، فالمعطف توضيحي تفسيري.

(٦) قال في المسالك: «يتحقق العجز باعترافه، وهل يتحقق بإعساره وجهان، أجودهما العدم لإمكان تحصيله بقرض ونحوه انتهى».

(٧) عوض الثمن.

(٨) اشترط إسلام الشفيع إذا كان المشتري مسلماً، لأن الشفيع سيأخذ المبيع من المشتري على وجه القهر عند عدم رضا الثاني، والأخذ قهراً سبيل على المسلم، فلا يثبت إلا للشريك المسلم، والخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس لليهودي والنصراني شفعة)^(١)، ومثله خبر طلحة بن زيد^(٢)، المحمولان على ما لو كان المشتري مسلماً.

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الشفعة حديث ١.

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشفعة حديث ٢ و١.

مطلقاً^(١) على مسلم، (ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام)^(٢) ولو ملفقة^(٣)، وفي دخول الليالي وجهان^(٤)، نعم لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين كالاكتكاف، ولو ادعى أنه^(٥) في بلد آخر أجل زماناً يسع ذهابه، وإيابه^(٦)، وثلاثة (ما لم يتضرر المشتري) لبعده البلد عادة كالعراق من الشام.

وفي العبارة أن تضرر المشتري يُسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً^(٧)، والموجود في كلامه في الدروس وكلام غيره اعتباره^(٨) في البلد النائي خاصة.

= وما تقرر يظهر فيما لو كان الشفيع مسلماً فله الشفعة على المشتري، مسلماً كان أو كافراً، وسواء كان الشراء من مسلم أم من كافر، ولو كان الشفيع كافراً فلا شفعة له على المشتري المسلم، سواء اشترى من مسلم أم من كافر، نعم لو كان الشفيع كافراً فله الشفعة على المشتري الكافر، سواء اشترى من مسلم أم من كافر.

(١) سواء كان ذمياً أم لا، لعموم الدليل النافي.
(٢) لإحضاره، بلا خلاف فيه، لخبر علي بن مهزيار المتقدم، هذا إذا كان الثمن في البلد، ولو كان في غير بلد حضورهما أجل مقدار ذهابه إليه وأخذه وعوده مع ثلاثة أيام كما يقتضيه الخبر المتقدم، وأيضاً هو مما لا خلاف فيه، نعم قيد الحكم الثاني في الغنية بما إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر، وإلا بطلت شفيعته، لنفي الضرر، وقد ادعى عليه ابن زهرة الإجماع.

(٣) بحيث يُحسب له من الرابع ما فاته من الأول.
(٤) فعلى القول بأن اليوم شامل لليل، فتعتبر الليالي الثلاث وإلا فلا، وعلى القول بالعدم فالليالي الوسطى وهي ليلة اليوم الثاني والثالث داخلة تبعاً لدخول يوم الثالث في وقت الانتظار من دون أن تدخل ليلة اليوم الأول، إلا إذا كان الأخذ فيها فتدخل حينئذ.
(٥) الثمن.

(٦) وكذلك يسع أخذ الثمن فيه.

(٧) سواء كان في البلد النائي أم في غيره.

(٨) اعتبار سقوط الإمهال بتضرر المشتري فيما لو كان الثمن في البلد النائي فقط، وخبر علي بن مهزيار لم ينص على سقوط الثلاثة بتضرر المشتري، ودليل نفي الضرر مطلق يشمل النائي وغيره فلا بد من التعميم، إلا أن الإجماع المدعي في الغنية مقتصر على خصوص النائي، فيقتصر فيه على القدر المتيقن منه.

(ووثبت) الشفعة (للغائب)^(١) وإن طالت غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه، أو وكيله، ولا عبارة يتمكن من الإشهاد^(٢)، وفي حكمه^(٣) المريض^(٤)، والمحجوس ظلماً، أو بحق يعجز عنه^(٥)، ولو قدر عليه^(٦) ولم يطالب بعد مضي زمان يتمكن من التخلص والمطالبة بطلت.

(و) كذا ثبت (للصبي والمجنون والسفيه)^(٧)، ويتولى الأخذ لهم (الولي مع

(١) بلا خلاف ولا إشكال، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام : وصي النبي بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة، وقال: للغائب شفعة)^(١).

بلا فرق بين طول غيبته وقصرها لإطلاق الخبر، ولو بعد السنين المتطاولة، نعم لو تمكن الغائب من المطالبة بالشفعة بنفسه أو وكيله الحاضر فكالحاضر تبطل شفעתه إن أضر مع إمكان المطالبة، وكذا لا تسقط شفعة الغائب لو ترك الإشهاد على المطالبة وإن تمكن من الإشهاد لإطلاق الخبر المتقدم.

(٢) الإشهاد على المطالبة.

(٣) حكم الغائب.

(٤) الذي لا يمكنه المطالبة فهو كالغائب، وكذا المحجوس ظلماً أو بحق إذا عجز عن أدائه، أما لو كان المحجوس بحق لا يعجز عن أداء الحق المترتب عليه فهو كالمطلق، لأنه قادر على الخروج من الحبس، والأخذ بالشفعة، فلو لم يخرج بطلت شفעתه.

(٥) عن الحق المترتب عليه.

(٦) على الحق.

(٧) وكذا المفلس، بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق أدلة ثبوت الشفعة، وللخصوص خبر السكوني الوارد في الصبي، وقد تقدم في شفعة الغائب، وعليه فيجوز لولي الصبي والمجنون والسفيه أن يتولى الأخذ بالشفعة من المشتري مع الغبطة، قال في الجواهر: «نعم قيده المصنف - أي المحقق - ومن تأخر عنه يكون ذلك مع الغبطة، إلا أنه لم نجد في كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف وغيره، ولعله لحظ الرغبة المراد بها المصلحة في الخبر المزبور انتهى، نعم عن بعضهم عدم اشتراط ظهور الغبطة، بل يكفي عدم المفسدة إذا كان الولي هو الأب أو الجد، وهو مبني على كون تصرفاتهما مشروطة بظهور المصلحة أو يكفي عدم المفسدة، وقد تقدم بحثه أكثر من مرة.

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشفعة حديث ٢.

الغبطة) لهم في الأخذ كسائر التصرفات، ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي^(١)، وغيره، وكما يأخذ لهم^(٢) يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا يأخذ^(٣) لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته (فإن ترك)^(٤) في موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، إلا إن ترك^(٥) لعدم المصلحة، ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الأخذ^(٦) نظراً إلى وجود السبب^(٧) فيستصحب، أم لا^(٨)، التفاتاً

(١) بحيث يكون ولي الطفل شريكه، فلو باع الولي عن نفسه حصته لثالث فيجوز للولي بحسب الولاية الأخذ بالشفعة للطفل الحصة المبيعة.

(٢) وكما يأخذ الولي لهم بالشفعة فيما لو باع شريكهم عن نفسه يأخذ الولي منهم حصتهم المبيعة للغير، فيما لو باعها وليهم لثالث، وعليه فيجوز لوليهم إذا كان شريكاً أن يأخذ منهم ما باع عنهم ما هو بشركته.

(٣) الولي، فيما لو كان ولياً لطفلين شريكين في عقار، ورأى من مصلحة أحدهما بيع حصته فلو باعها فيجوز لنفس الولي أن يأخذ بالشفعة عن المولى عليه الآخر إذا كان في الأخذ مصلحة.

(٤) الولي، بحيث لو ترك الولي المطالبة بالشفعة، مع وجود المصلحة في الشفعة، فيجوز للصبي بعد بلوغه وللمجنون بعد إفاقة الأخذ بالشفعة بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأن التأخير هنا لعذر، وهو الصبا والجنون، مع أن تقصير الولي لا يسقط حقهما الثابت لهما حين قصورهما، ولا يتوهم أن الحق لهما قد تجدد بالكمال حتى نطالب بالدليل على حدوثه، بل الحق لهما مستمر من حين البيع، وإنما التجدد أهليتهم حينئذ.

(٥) الولي، فلو ترك لعدم مصلحة في الأخذ فالترك مشروع ونافذ في حقهم، ومع الترك يسقط حق المطالبة بالشفعة، فلا يجوز لهما المطالبة بالشفعة بعد الكمال، وهذا ما ذهب إليه العلامة والمحقق الثاني والشارح وجماعة، حتى أن صاحب الرياض ادعى عدم الخلاف في ذلك، وذهب الشيخ في الخلاف إلى ثبوت حق الشفعة لهما بعد الكمال وإن كان ترك الولي مشروعاً، لأن الشفعة حقهما وليس على سقوطها بترك الولي دليل، وفيه: أن فعل الولي نافذ عليهما كما هو نافذ لهما.

(٦) حال ترك الولي للشفعة، فلا يعلم أن تركه لعدم المصلحة في الأخذ أو لتقصير منه.

(٧) الأخذ بالشفعة بعد كمالهم، نظراً إلى ثبوت مقتضى الشفعة وهو البيع في الشركة، ومع الشك بالسقوط عند ترك الولي فيستصحب السبب لهم بعد الكمال.

(٨) فليس لهم الأخذ بالشفعة بعد كمالهم، لأن فعل الولي مقيد بالمصلحة، ومع عدم العلم بكون الترك للمصلحة، فقاعدة حمل فعل المسلم على الصحة تقتضي أن يكون الترك نافذاً في حقهم فتسقط الشفعة بتركه، وليس لهم حق المطالبة بعد الكمال.

إلى أنه^(١) مقيد بالمصلحة ولم تعلم، وجهان، أوجههما الثاني.

أما المفلس فتثبت له أيضاً^(٢)، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه، أو رضي المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص حقَّ الغرماء، ولا يجب عليه^(٣) الأخذ ولو طلبوه منه^(٤) مطلقاً^(٥) (ويستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد)^(٦)

(١) فعل الولي.

(٢) تثبت الشفعة له كما تثبت للصبي والمجنون والسفيه، وقد تقدم دليله، ولكن بما أن الغرماء قد تعلق حقهم بماله فلا يجوز له أن يتصرف في ماله ويدفع ثمن المشفوع إلا برضا الغرماء، أو بأن يرضى المشتري ببقاء الثمن في ذمة المفلس، أو بإبرائه، أو بأن يدفع الغرماء المال، بلا خلاف في ذلك كله ولا إشكال.

وعليه فلو أخذ بالشفعة وتملك الشقص فيتعلق به حق الغرماء، لأنه ماله كما في كل مال متجدد له، نعم ليس للغرماء إجباره على الأخذ بالشفعة وإن بذلوا الثمن، ولا يجوز لهم منعه عن الأخذ بالشفعة إن كان المشتري يرضى بإبرائه أو ببقاء الثمن في الذمة، لأنه ليس لهم حق إجباره على التكسب كما ليس لهم حق منعه من التكسب.

(٣) على المفلس.

(٤) طلب الغرماء الأخذ بالشفعة من المفلس.

(٥) بذلوا الثمن أو لا، رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمته أو لا.

(٦) إذا اشتمل بيع المشفوع على خيار، فلا يخلو إما أن يكون الخيار للمشتري أو لا.

فلا إشكال ولا خلاف في أن الشفيع يستحق الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الخيار، سواء كان لهما أم لأحدهما أم للأجنبي، لأن العقد بعد انقضاء الخيار لازم، وقد استقر ملك المشتري، مع أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

ولو كان الخيار للمشتري فللشفيع الأخذ بالشفعة بنفس العقد، بلا خلاف كما في المسالك، لتحقق انتقال الملك عن البائع ودخوله في ملك المشتري، وثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

وعن الشيخ في خلافه في باب الخيار أنه ينتقل عن البائع بنفس العقد، ولا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى مَلَكَ المشتري بالعقد الأول، ولازم كلامه عدم ثبوت الشفعة هنا لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعة.

ولو كان الخيار للبائع أولهما أو للبائع والأجنبي فعلى المشهور حصول الشفعة بنفس العقد، لتحقق نقل المبيع إلى المشتري بنفس العقد، وقد عرفت أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشتري.

وإن كان فيه خيار) بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به^(١)، فلو أوقفناه^(٢) على انقضاء الخيار كالشيخ توقف^(٣) على انقضائه^(٤).
(و) على المشهور^(٥) (لا يمنع) الأخذ^(٦) (من التخاير)^(٧)، لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري^(٨))، أو البائع^(٩) الفسخ بطلت) الشفعة وإلا استقر الأخذ.

= وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن البراج في مهذبه وابن زهرة في الغنية عدم ثبوت الشفعة بنفس العقد، لأن الملك لم ينتقل عن البائع.

- (١) بالعقد.
- (٢) أوقفنا انتقال المبيع إلى ملك المشتري.
- (٣) توقف استحقاق الأخذ بالشفعة.
- (٤) انقضاء الخيار.
- (٥) من نقل المبيع إلى ملك المشتري بالعقد، سواء كان الخيار للمشتري أم للبائع، ولازمه ثبوت الشفعة من حين العقد.
- (٦) الأخذ بالشفعة.
- (٧) من ثبوت الخيار لأحد الطرفين.
- (٨) لو كان الخيار للمشتري فالأخذ من شريك البائع الذي هو الشفيع يسقطه، لعدم الفائدة من إثباته له حينئذ، إذ غرض المشتري من إثباته هو رجوع الثمن عليه على تقدير الفسخ، وهذا حاصل من الشفيع، ولذا قال في المسالك: «فظاهرهم سقوط خياره لانقضاء الفائدة في فسخه» انتهى كلامه.
- وعليه فمع سقوط خياره بأخذ الشفيع فلا يكون للمشتري الفسخ بعد الشفعة حتى يكون اختياره موجباً لبطئها كما صرح بذلك الماتن والشارح هنا، ولذا قال في الجواهر: «وأما خيار المشتري ففي المسالك: إن ظاهرهم سقوط خياره، وإن كنا لم نتحققه، بل ظاهر كلامه في الروضة خلافه» انتهى.
- (٩) لو كان الخيار للبائع فأخذ الشفيع المبيع بالشفعة لا يسقطه، كما صرح بذلك العلامة في جملة من كتبه وفخر المحققين وثاني الشهيدين وغيرهم، بل تكون صحة الشفعة مراعى فيها عدم الفسخ بالخيار، وإلا لو فسخ البائع بطلت الشفعة، قال في الجواهر: «ولعل وجه ما ذكروه من المراعاة أن الشفيع بشفعته صار بمنزلة المشتري، ففي الحقيقة ملكه بالعقد الأول الذي فيه الخيار، بل في بعض النصوص^(١): ليس للشفيع إلا الشراء والمبيع =

وجعل بعض الأصحاب^(١١) الأخذ^(١٢) بعد انقضاء الخيار^(١٣) مع حكمه بملكه^(١٤) بالعقد^(١٥)، نظراً إلى عدم الفائدة به^(١٦) قبله^(١٧) إذ ليس له^(١٨) انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار^(١٩)، لعدم استقرار ملكه، والظاهر أن ذلك^(٢٠) جائز^(٢١)، لا لازم، بل يجوز قبله^(٢٢) وإن منع^(٢٣) من العين، والفائدة^(٢٤) تظهر في النماء^(٢٥) وغيره^(٢٦).

= الأول، انتهى، نعم في التحرير قوى العلامة سقوط خيار البائع بأخذ الشفعة، وإن توقف فيما بعد، وقد نسب هذا القول من سقوط الخيار لابن إدريس.

(١) وهو الشيخ في الخلاف، وقد تقدم كلامه.

(٢) الأخذ بالشفعة.

(٣) لأن ملك المشتري لا يتحقق إلا بالانقضاء.

(٤) يملك المشتري.

(٥) بسبب العقد، ولكن لا يتم الملك إلا بعد الانقضاء.

(٦) بالأخذ بالشفعة.

(٧) قبل الانقضاء، لعدم انتقال المبيع إلى ملك المشتري.

(٨) للشفيع.

(٩) لأن الشفعة متوقفة على ملك المشتري للمال المشترك، وملكه بعد انقضاء الخيار.

(١٠) من الأخذ بالشفعة وانتزاع العين بعد انقضاء الخيار.

(١١) لأنه يجوز الأخذ قبل الانقضاء أيضاً، لأن ملك المشتري قد تحقق بالعقد حتى على مبنى

الشيخ كما صرح بذلك في كلامه المتقدم.

(١٢) قبل الانقضاء.

(١٣) الشفيع، لعدم استقرار ملك المشتري للمبيع حتى يؤخذ منه، بل يجوز للمشتري حيث

إعمال خياره، وبه تبطل الشفعة.

(١٤) فائدة الأخذ بالشفعة في زمن الخيار، وإن لم ينتقل المبيع إلى المشتري كما هو مبنى الشيخ

في الخلاف.

(١٥) فلو أخذ الشفيع بالشفعة في زمن الخيار فالنماء له لخروج المبيع عن ملك البائع وعدم

دخوله في ملك المشتري فيتعين أنه للشفيع ويكون النماء له، وإن أخذ بعد زمن الخيار

فالنماء للمشتري، لأن النماء تابع لأصله في الملك، وأصله للمشتري قبل الشفعة، مع

كون الشفعة توجب رجوع أصل المبيع دون نمائه.

(١٦) كتلفه، ومؤنة المبيع كمؤنة الحيوان، فإنها على الشفيع في زمن الخيار لو أخذ بالشفعة،

وعلى المشتري لو أخذ بالشفعة بعد زمن الخيار.

واحتتمل المصنف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ^(١)، لانتهاء فائدته^(٢)، إذ الغرض^(٣) الثمن، وقد حصل^(٤) من الشفيع، كما لو أراد^(٥) الرد بالعيب فأخذ الشفيع.

ويضعف: بأن الفائدة^(٦) ليست منحصرة في الثمن، فجاز أن يريد^(٧) دفع الدرك عنه.

(وليس للشفيع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع، أو يدع)^(٨) لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة، ولأن حقه في المجموع من حيث هو المجموع كالحيار^(٩)،

(١) قد تقدم أنه قول الجميع بشهادة المسالك، فراجع.

(٢) فائدة الحيار للمشتري.

(٣) غرض المشتري من الحيار هو الثمن لو فسخ.

(٤) الثمن.

(٥) أراد المشتري ردّ الحصة المبيعة بالعيب فأخذ الشفيع الحصة بالشفعة، وأخذها بالثمن الذي دفعه المشتري، فلا يثبت حينئذ للمشتري خيار الرد لانتهاء الموضوع وهو المبيع المعيب.

(٦) فائدة خيار المشتري.

(٧) يريد المشتري بالحيار دفع ضمان المبيع ودركه عن نفسه لو أصيب بالتلف، وإن كان مستحقاً للغير بالشفعة.

(٨) بلا خلاف فيه، لأن حق الشفيع في مجموع المبيع كما هو الظاهر من النصوص، ففي رواية الغنوي التقدمة (الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن)^(١)، ومرسل يونس المتقدم (فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره)^(٢)، وباعتبار أن الشفعة على خلاف الأصل، إذ الأصل لزوم البيع، فيقتصر فيها على الظاهر من الأخبار، وهو أخذ المجموع، فلو أخذ البعض خاصة فلا يتحقق أخذ المجموع فيمنع، ولأن في أخذ البعض تبعيض الصفقة على المشتري، وهو ضرر عليه.

(٩) فلا يجوز التبعيض بالحيار، فإما أن يفسخ العقد أو يقيه كما هو.

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشفعة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٢.

حتى لو قال^(١): أخذت نصفه^(٢) مثلاً بطلت^(٣) الشفعة، لمنافاته الفورية، حيث تعتبر^(٤).

(ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد)^(٥) أي: بمثله^(٦)، لعدم إمكان الأخذ بعينه^(٧)، إلا أن يتملكه^(٨)، وليس بلازم، (ولا يلزمه غيره)^(٩) من دلالة، أو وكالة، أو أجرة نقد، ووزن، وغيرها، لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه^(١٠)، (ثم إن كان الثمن مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً فقيمه)^(١١).

- (١) الشفيع.
 - (٢) نصف المبيع.
 - (٣) للتبويض، ولمنافاته الفورية، إذ أخذ النصف فقط منافٍ لفورية أخذ المجموع بالشفعة، وعن أبي يوسف تلميذ أي حنيفة الصحة، لاستلزام أخذ النصف أخذ الجميع، لعدم صحة أخذ النصف وحده، وهو واضح الضعف.
 - (٤) الفورية، وسيأتي بحثها.
 - (٥) بلا خلاف فيه بين العامة والخاصة، للأخبار:
- منها: رواية الغنوي المتقدمة (الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن)^(١)، وظاهره الثمن الذي وقع عليه العقد، سواء كان مساوياً لثمن المثل أم لا، وأما ما غرمه المشتري من دلالة أو وكالة وغير ذلك من المؤن على العين، أو على تحقق البيع فلا يلزم الشفيع بدفعها، لعدم كونها من الثمن، بل هي من توابع البيع.
- (٦) قال في الجواهر: «لا خلاف ولا إشكال في أنه يدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً كالذهب والفضة وغيرها، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، مضافاً إلى أن المتيقن من الروي من نصوص الطرفين من أنه يأخذ بالثمن بعد القطع بعدم إرادة نفس الثمن الذي ملكه البائع، ولا تسلط للشفيع عليه» انتهى.
 - (٧) بعين ثمن العقد، لأنه ملك البائع إلا أن يتملكه الشفيع من البائع بوجه من وجوه النقل، ولكن تملك الشفيع له ليس بلازم من حيثية الشفعة، إذ يكفي مثل الثمن مقداراً.
 - (٨) أن يتملك الشفيع الثمن الذي عند البائع.
 - (٩) ولا يلزم الشفيع غير ثمن العقد.
 - (١٠) توابع الثمن أو البيع.
 - (١١) كما لو كان الثمن حيواناً أو جوهرة، فمن الشيخ في الخلاف والعلامة في المختلف ومال =

وقيل: لا شفعة هنا^(١)، لتعذر الأخذ بالثمن، وعملا برواية لا تخلو عن ضعف، وقصور عن الدلالة.

وعلى الأول^(٢) يعتبر قيمته^(٣) (يوم العقد)، لأنه^(٤) وقت استحقاق الثمن،

= إليه في التحرير والمحقق الثاني في جامعه أنه تسقط الشفعة حينئذ، لخبر علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى داراً بريقي وبنز وجوهر، فقال عليه السلام: ليس لأحد فيها شفعة)^(١)، وقد وصفها العلامة في التحرير بالصحة، ولأن أخبار الشفعة مثل رواية الغنوي المقدمة (فهو أحق بها من غيره بالثمن)^(٢)، ناظرة إلى المثلي فقط، لأن الاستعمال الحقيقي للفظ الثمن في الرواية متعذر، فيحمل على أقرب المجازات وهو المثلي. وعن الأكثر منهم الشيخ في غير الخلاف والعلامة في غير المختلف إلى ثبوت الشفعة في القيمي، لعموم أدلة ثبوت الشفعة، ولضعف خبر ابن رثاب إذ في طريقه الحسن بن سماعة وهو واقفي هذا من ناحية السند، وأما من ناحية المتن فالمنع لم يعلم من حيثية قيمة الثمن، بل يشمل المنع لكون الشركاء متعددين ونحو ذلك، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، وأما تعذر الاستعمال الحقيقي في رواية الغنوي فمتعين إلا أنه يحمل على أقرب المجازات وهو المثلي في المثلي والقيمي في غيره، ثم على القول بثبوت الشفعة في القيمي فلو أراد الشفيع أخذ المبيع فهل يأخذه بقيمة وقت العقد كما عليه الأكثر، لأنه وقت استحقاق الأخذ بالشفعة، وعين الثمن متعذرة فينتقل إلى قيمته في ذلك الوقت.

وقيل: يأخذ الشفيع الحصة بقيمة وقت الأخذ، لأنه وقت الدفع، إذ مع الأخذ بالشفعة يجب على الشفيع الدفع، وبما أن العين متعذرة فينتقل إلى القيمة، وقال عنه في الجواهر: لم نعرف القائل به.

وقيل: يأخذ الشفيع الحصة بأعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ كالغاصب، وهو المحكي عن فخر المحققين، وهو ضعيف، لعدم القول بالقياس، على أنه قياس مع الفارق.

(١) إذا كان الثمن قيمياً.

(٢) من ثبوت الشفعة في المثلي والقيمي.

(٣) قيمة الثمن.

(٤) يوم العقد.

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشفعة حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشفعة حديث ١.

فحيث لا يمكن الأخذ به^(١) تعتبر قيمته حيثه^(٢).

وقيل: أعلى القيم من حينه^(٣) إلى حين دفعها^(٤) كالغاصب، وهو ضعيف، (وهي^(٥) على الفور)^(٦) في أشهر القولين، اقتصاراً فيما خالف الأصل على عمل

(١) بالثمن لكونه قيمياً.

(٢) حين وقت العقد.

(٣) من حين العقد.

(٤) دفع قيمة الثمن.

(٥) الشفعة.

(٦) على المشهور، بل في الجواهر أنه لا خلاف فيه بين المتأخرين، للنبوي (الشفعة لمن واثبها)^(١)، وهو ظاهر في الفورية وإلا فلا معنى لجعلها للوائب فقط، والنبوي الآخر (الشفعة كحلّ العقال)^(٢)، وهو ظاهر في أنه عند حلّ العقال لا بد من أخذ البعير وإسماكه فكذلك الشفعة عند العلم بها لا بد من الأخذ بها وإلا نفوت، ولخبر علي بن مهزيار المتقدم (إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال وإلا فليبيع وبطلت شفيعته في الأرض)^(٣)، إذ لو كانت الشفعة على نحو التراخي لم تبطل وإن تأخر عن الثلاثة.

وللخبر المتقدم (وللغائب شفعة)^(٤)، الظاهر أن الغيبة عذر له في التأخير، ولو كانت على نحو التراخي فهي ثابتة للغائب والحاضر وإن لم يأخذ بالشفعة.

ولأن التراخي مستلزم لإضرار المشتري وهو منفي، لأن المشتري لو غرس أو بنى وجوزنا للشفيع الأخذ بالشفعة ولو في الزمان المتطاوّل سيسرر المشتري برفع الغرس والبناء.

ولأن الشفعة على خلاف الأصل إذ الأصل كون البيع لازماً وكون الناس مسلطين على أموالهم فالمشتري متسلط على المبيع لأنه ماله، والشفعة تبطل للزوم وتبطل التسلط فيقتصر فيها على مورد الوفاق، وهو الفور.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٨٧، والمغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٧٨.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٧٨ رقم الحديث ١١٥٨٨، وكنز العمال ج ٧ ص ٤ رقم الحديث ١٧٦٨٦، وص ١٠ رقم الحديث ١٧٧١٨.

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الشفعة حديث ١.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشفعة حديث ٢.

الوفاق، ولما زوي أنها كحلّ العقال، ولأنها شرعت لدفع الضرر، وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى، لأنه إن تصرف كان معرضاً للنقص، وإن أهمل انتفعت فائدة الملك.

وقيل: على التراخي، استصحاباً لما ثبت، وأصالة^(١) عدم الفورية فهو مخرج عن الأصل، والرواية عامية، نعم روى علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام إنظاره بالثمن ثلاثة أيام، وهو يؤذن بعدم التراخي مطلقاً^(٢)، ولا قائل بالفرق، وهذا^(٣) حسن.

وعليه^(٤) (فإذا علم وأهمل) عالماً مختاراً (بطلت) ويعذر^(٥) جاهل الفورية

= وعن ابن الجنيد والمرتضى وأبي المكارم والحلي وابن إدريس أن الشفعة على التراخي استضعافاً للثبوتين السابقين، ولأن البيع سبب في استحقاق الشفعة والأصل ثبوت الشيء استصحاباً على ما كان إلى أن يثبت المزيل، ولأصالة عدم الفورية عند الشك بتقيد حق الشفعة بها، وأما الضرر فيزول بضمان الشفيع الأرض على تقدير القلع، وأما كون الشفعة على خلاف الأصل فلا يضر أنها على نحو التراخي لقيام الدليل على ذلك. هذا وباعتبار أن الشيخ قائل بالأول والسيد بالثاني، وكُل منهما قد ادعى الإجماع على قوله، وهما متعاصران، قال الشارح في مسالكة: «ودعوى الإجماع من الجانبين تحكم ظاهرٌ، وهذا مما يُرشد بفساد هذه الدعوى، وعدم الوثوق بها في مواضع الاشتباه لكثرة المجازفة الواقعة فيها» انتهى.

(١) عند الشك في قيد الفورية فأصالة العدم جارية، وهذه الأصالة هي المخرج عن الأصل المتقدم في دليل القول الأول.

(٢) بلا فرق بين الثلاثة وغيرها، ولا قائل بالفرق بينهما.

(٣) القول بعدم التراخي.

(٤) وعلى القول بالفورية.

(٥) لما ثبت الشفعة على نحو الفورية فللشفيع المطالبة بالخال بلا خلاف ولا إشكال، كما أنه لا خلاف ولا إشكال إذا أُخّر عن المطالبة لعذر لا تبطل شفيعته، ويُشعر بذلك نصوص الغائب، إذ الغيبة لا تبطل الشفعة باعتبار أنها عذرٌ، ونصوص التأجيل لغية الثمن. ويتبين أن التأخر إذا كان لغرض صحيح أو عذرٍ معتبر لا يَجَلُّ بالفورية، وإنما التأخر وعدم الأخذ رغبة عنها هو الموجب لسقوط الشفعة.

وعليه فمع جهله بثبوت الشفعة له أو النسيان فهما عذرٌ له وليس إعراضاً، فكذلك جهله بالفورية أو نسيانها، وكذا غيرها من الأعذار فيما لو كان محبوساً بحقٍ وهو عاجز عن أدائه وعاجز عن التوكيل.

كجاهل الشفعة وناسيها.

وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة، وكذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً^(١)، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة والسنن المعهودة، وانتظار الجماعة لها، والأكل، والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، وتشجيع المسافر، وشهود الجنائز، وقضاء حاجة طالبها^(٢)، وعيادة المريض، ونحو ذلك، لشهادة العرف به^(٣)، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده^(٤) بحيث لا يمنعه^(٥) من شغله.

ولا بد من ثبوت البيع عنده^(٦) بشهادة عدلين^(٧)، أو الشياخ، فلا عبرة

(١) إذا وجبت المبادرة إلى المطالبة بالشفعة عند العلم بالبيع لأنها على الفور، فتجب المبادرة على ما جرت العادة بذلك، ولا تجب المبادرة بكل وجه ممكن عقلاً فقط، بل بكل وجه ممكن عقلاً وعادة، فلو كان ماشياً وعلم فلا تجب الهرولة والسمي الزائد عن المتعارف، ولو علم ليلاً لا تجب المبادرة بل يجوز له انتظار الصباح، ولو علم وهو متشاغل بالصلاة واجبة أو مندوبة لا يجب عليه قطعها وجاز الصبر حتى يتمها وإن كان القطع سائغاً له. ولو دخل عليه وقت الصلاة صبر حتى يتطهر ويصلي، ولو علم بذلك في الحمام جاز له قضاء وطره منه، ونحو ذلك من الأعذار العرفية.

(٢) طالب الحاجة.

(٣) بمعدوريته.

(٤) عند الشفيع.

(٥) لا يمنع الأخذ بالشفعة الشفيع من شغله.

(٦) عند الشفيع.

(٧) لما كان ثبوت الشفعة متوقفاً على بيع حصة الشريك، فيعتبر علم الشفيع بالبيع، لأن الشفعة ثابتة للعلم به، لا للبيع الواقعي، بدليل ثبوت الشفعة للغائب عند حضوره لا عند البيع.

ومع اعتبار علم الشفيع بالبيع فيثبت العلم بالمعينة والمساعدة للبيع، وباعتراف المتبايعين أمامه، وبإخبار عدلين لأنهما الحجة الشرعية، وبإخبار عدد متواتر مما يمتنع تواطؤهم على الكذب، ولو لم يطلب مع حصول العلم بالبيع بواحد مما ذكر بطلت شفيعته بناءً على الفورية.

وأما لو أخبره عدد لا يبلغ حد التواتر، ولكن مما تحصل به الاستفاضة، ويفيد إخبارهم الظن الغالب المتأخخ للعلم، والمسمى بالاطمئنان، ففيه خلاف منشؤه، أن حق الشفعة =

بخبر الفاسق، والمجهول، والصبي، والمرأة مطلقاً^(١) وفي شهادة العدل الواحد وجه، واكتفى به المصنف في الدروس مع القرينة^(٢)، نعم لو صدق^(٣) المخبر كان كثبوته^(٤) في حقه، وكذا لو علم صدقه^(٥) بأمر خارج.

(ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقابل^(٦)، أو فسخ بعيب^(٧)) أما

= يثبت بالظن الغالب أو لا، والظاهر أن الاطمئنان حجة عرفية كحجة العلم الذاتية.

ولو كان المخبر واحداً عدلاً فإن صدقه ولم يطالب بطلت شفته، لأنه مع التصديق يكون عالماً، وقد يحصل العلم بخبر الواحد إذا احتفَّ بالقرائن، وإن لم يصدقه أو سكت لا تبطل الشفعة مع عدم الأخذ لعدم ثبوت البيع بخبره، لأنه ليس بحجة شرعاً لاعتبار التعدد، لأنه مندرج في الشهادة المشترط فيها التعدد، وعليه فلو أخبره واحد غير عدل أو امرأة عادلة أو غير عادلة فلا يثبت علمه بالشفعة، لأنه ليس واحداً منها بحجة شرعاً، وكذا لو أخبره صبي أو صبيان.

(١) عادلة أو لا.

(٢) المفيدة للعلم.

(٣) صدق الشفيع المخبر.

(٤) ثبوت البيع في حقه.

(٥) علم صدق المخبر بقرائن خارجية.

(٦) التقابيل من الإقالة، وقد مضى في أواخر كتاب البيع أن الإقالة فسخ للعقد وإرجاع كل عوض لمن انتقل منه، وأن دليلها عام يشمل كل العقود، وعليه فلو تقابيل المتبايعان وهما البائع الشريك والمشتري بعد ثبوت الشفعة، فلا يسقط حق الشفعة، لسبق حق الشفيع على حق الإقالة، لأن حق الشفيع يثبت بالبيع، والإقالة تثبت برضا المتبايعين بذلك بعد البيع، وهذا مما لا خلاف فيه.

وعليه فلو أخذ الشفيع بالشفعة بعد الإقالة، فالأخذ يرفع الإقالة من حينه، لأن الأخذ المذكور فسخ لها، والفسخ يوجب رفع المفسوخ من حين الفسخ، ولا يبطله من أصله كما هي قاعدة الفسخ، وتظهر الثمرة في أن نماء البيع المتخلل بين الإقالة وفسخها بالشفعة للبائع، ونماء الثمن للمشتري.

(٧) لو باع الشريك حصته من العقار بقيمة كالعبد مثلاً، وكان هناك عيب في الثمن أو الثمن فيئت خيار العيب لأحد المتبايعين كما يثبت حق الشفعة للشفيع، فهل يجوز لأحد المتبايعين فسخ العقد بخيار العيب وإبطال الشفعة أو لا، فالمشهور على تقديم حق الشفيع إما لأن الشفعة حق ثبت بالعقد، وحق الفسخ يثبت عند العلم بالعيب وهو بعد العقد، =

مع التقايل فظاهر، لأنه^(١) لاحقٌ للعقد، والشفعة تثبت به^(٢) فتقدم، وأما مع العيب فلأن استحقاق الفسخ به^(٣) فرع دخول الميب في ملكه^(٤)، إذ لا يعقل رد ما كان ملكاً للغير، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت^(٥) تثبت الشفعة فيقتربان^(٦)، ويقدم حق الشفيع، لعموم أدلة الشفعة للشريك، واستصحاب الحال^(٧)، ولأن فيه^(٨) جمعاً بين الحقين، لأن العيب إن كان في الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمة الشقص^(٩)، وإن كان في الشقص فالمشتري يطلب الثمن، وهو^(١٠) حاصل له^(١١) من الشفيع، بخلاف ما إذا قدمنا البايع في الأول^(١٢) فإنه^(١٣) يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عيناً وقيمة، وكذا لو قدمنا المشتري^(١٤).

= فيقدم حق الشفعة لأنه أسبق، أو لأن حق الفسخ وإن ثبت بالعقد كحق الشفعة وكانا مقترنين إلا أن عموم أدلة الشفعة تقدم حق الشفعة على حق الفسخ، لأن في التقديم المذكور جمعاً بين الحقين، أما حق الشفيع فظاهر، وأما حق صاحب الخيار فيرجع إلى القيمة بخلاف ما لو قدمنا حق صاحب الخيار فيقتضي سقوط حق الشفيع، وبقيّة الأقول ستأتي عند تعرض الشارح لها.

(١) التقايل.

(٢) بالعقد.

(٣) بالعيب.

(٤) ملك أحد التبايعين، وهو صاحب خيار العيب.

(٥) وقت وقوع العقد صحيحاً.

(٦) الشفعة والفسخ بخيار العيب.

(٧) حال ثبوت الشفعة.

(٨) في تقديم حق الشفيع.

(٩) لأن الشقص في حكم التالف، لأن الشفيع سيأخذه بحق الشفعة.

(١٠) الثمن.

(١١) للمشتري.

(١٢) في كون الثمن معيماً، فلو فسخ البايع بخيار العيب يبطل حق الشفيع في عين البيع

وقيمته.

(١٣) تقديم حق البايع.

(١٤) في كون الثمن معيماً، ومع فسخ المشتري بخيار العيب يبطل حق الشفيع في عين البيع

وقيمته.

وربما فُرِّق^(١) بين أخذ الشفيع قبل الفسخ^(٢)، وبعده، لتساويهما^(٣) في الثبوت، فيقدم السابق في الأخذ، ويضعف بما ذكرناه^(٤).

وقيل^(٥): بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده^(٦)، فيكون العيب أسبق.

وفيه نظر، لأن مجرد وجود العيب^(٧) غير كاف في السببية^(٨)، بل هو مع العقد، كما أن الشركة غير كافية في سببية الشفعة، بل هي^(٩) مع العقد، فهما^(١٠) متساويان من هذا الوجه^(١١)، وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوة^(١٢)، إلا أنها^(١٣) لا توجب التقديم، فالعمل على ما اختاره المصنف أولى^(١٤).

(١) لم يُعرف قائله، ولذا قال في الجواهر: «كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال في المسألة».

(٢) يقدم حق الشفيع قبل الفسخ دون ما بعده.

(٣) تساوى حق الشفيع وحق صاحب الخيار، لأن كلاً منهما قد ثبت بالعقد، فهما متساويان ثبوتاً.

(٤) من ترجيح وتقديم حق الشفيع.

(٥) وهو للعلامة في التحرير، بتقديم حق صاحب الخيار، لأن العيب موجود حال البيع، والشفعة تثبت بعد تمامية البيع، فالعيب مقدم، ورُدَّ: بأن نفس وجود العيب حال العقد لا يوجب الخيار، بل العيب مع العقد الناقل للمعيب هو الموجب، وهذا لا يتم إلا بعد تمامية البيع كالشفعة.

(٦) بعد العقد.

(٧) حال العقد.

(٨) سببية الخيار، بل العيب مع العقد هما السبب.

(٩) الشركة.

(١٠) العيب والشفعة.

(١١) حال العقد أو بعد تماميته.

(١٢) لكون العيب جزء سبب في ثبوت الخيار، بخلاف الشركة فإنها خارجة عن العقد.

(١٣) هذه القوة، لا توجب التقديم في قبال مرجحات الشفعة.

(١٤) يبقى الفرق بين خيار العيب وبقية الخيارات، مع أنه قد حُكِم سابقاً في كتاب الشفعة

بسقوط خيار المشتري مع الشفعة، وأن خيار البائع لا يسقط بل مع الخيار المذكور لا =

ولو اختار^(١١) البائع أخذ أرش الثمن المغيب من المشتري رجح المشتري به^(١٢) على الشفيع إن كان^(١٣) أخذ بقيمة المغيب، أو بمعيب مثله، وإلا فلا^(١٤)، ولو ترك البائع الرد والأرش^(١٥) مع أخذ الشفيع له^(١٦) بقيمة المغيب أو مثله، فلا رجوع له بشيء^(١٧)، لأنه^(١٨) كإسقاط بعض الثمن.

وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص^(١٩) قبل أخذ الشفيع أخذه^(٢٠) الشفيع بما بعد الأرش، لأنه^(٢١) كجزء من الثمن، ولو أخذه^(٢٢) بعد أخذ

= شفعة، وغُلِّل بأن صاحب الخيار هنا مظلوم بخلاف غيره، والتعليل عليل، لأن صاحب خيار غير المغيب قد حُكِم بتقديم حقه على حق الشفيع فيما لو كان الخيار للبائع فالمظلوم يجب أن يُقدم حقه من باب أولى.

(١) بناءً على تقديم حق الشفيع، وقد اختار البائع إمضاء البيع وإن كان الثمن معيباً، لكنه طالب بالأرش.

(٢) بأرش الثمن.

(٣) الشفيع، لأن الشفيع قد أخذ المبيع من المشتري بقيمة الثمن المغيب، ولما دفع المشتري الأرش تبين أن الثمن الذي وقع في العقد على المبيع هو الثمن المسمى مع الأرش لاقتضاء عقد البيع السلامة في العوضين، فيكون وجوب الأرش من مقتضى العقد فيرجع المشتري به على الشفيع كما رجح عليه بقيمة الثمن المغيب.

(٤) فلو أخذ الشفيع المبيع بقيمة الثمن الصحيح، أو بصحيح مثل الثمن المغيب، فما يدفعه المشتري من الأرش لا يرجع به على الشفيع.

(٥) عند إمضائه البيع مع إسقاط حقه بالأرش.

(٦) للمبيع من المشتري.

(٧) فلا رجوع للمشتري على الشفيع بشيء من الأرش.

(٨) ترك البائع الأرش.

(٩) إذا كان المبيع معيباً بخلاف السابق فإن العيب في الثمن، وقد اختار المشتري هنا إمضاء البيع وإن كان الثمن معيباً لكنه طالب بالأرش.

(١٠) أخذ المبيع الشفيعاً بالقيمة التي دُفعت من الثمن بعد إسقاط الأرش، لأن الأرش من مقتضيات العقد، وقد رجح المشتري على البائع بالأرش فلم يدفع من الثمن إلا ما قد دفعه سابقاً بعد استثناء الأرش.

(١١) الأرش، وقد سقط بدفع البائع له للمشتري.

(١٢) أخذ المشتري أرش المبيع بعد أخذ الشفيع المبيع بالثمن المسمى الذي دفعه المشتري.

الشفيع رجع الشفيع به^(١).

ويفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان^(٢) بغيره^(٣) بطلت^(٤)، وقد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار، وبقي تجدد الفسخ بذاته^(٥) كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، وفي بطلانها به^(٦) قول، من حيث إنه^(٧) يوجب بطلان العقد، وآخر^(٨) بعدمه^(٩)، لأن البطلان من حين التلف لا من أصله، فلا يزيل^(١٠) ما سبق من استحقاقها^(١١)، وثالث^(١٢) بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فثبتت، وبعده فتبطل، والأوسط^(١٣) أوسط^(١٤).

(١) بالأرش، ويرجع على المشتري، ودليله قد ظهر مما تقدم.

(٢) الفسخ.

(٣) بغير العيب.

(٤) بطلت الشفعة على تفصيل قد تقدم.

(٥) كما لو تلف الثمن المعين في العقد قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع، وهل يتبعه بطلان الشفعة أو لا؟

فمن الشيخ والفاضل في المبسوط والتذكرة البطلان، لأن الشفعة تثبت بالبيع، وإذا بطل البيع تبطل الشفعة.

وعن الفاضل في المختلف وولده والماتن عدم البطلان، لأن البيع وإن كان باطلاً لكن يحكم ببطلانه من حين حصول تلف الثمن لا من أصل العقد، والشفعة تثبت بنفس العقد قبل الحكم بالبطلان، فيكون حقها أسبق.

وفضل العلامة في القواعد فيما لو كان تلف الثمن قبل أخذ الشفيع فتبطل الشفعة، لأنه إذا بطل البيع بطلت، وإن كان التلف بعد أخذ الشفيع لم تبطل لسبق حق الشفيع، وتردد المحقق في الشرائع وكذا غيره.

(٦) وفي بطلان الشفعة بتجدد الفسخ.

(٧) تجدد الفسخ.

(٨) وقول آخر.

(٩) بعدم بطلان الشفعة.

(١٠) بطلان البيع.

(١١) استحقاق الشفعة.

(١٢) قول ثالث.

(١٣) وهو القول بعدم البطلان.

(١٤) أعدل.

(و) كذا (لا) تسقط الشفعة (بالمقود اللاحقة)^(١) للبيع (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب، أو وقف) لسبق حق الشفيع على ما تأخر من المقود، (بل) للشفيع إبطال ذلك كله) والأخذ بالبيع الأول، (وله^(٢) أن يميز) البيع (ويأخذ بالبيع الثاني)، لأن كلاً من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، والثاني^(٣) صحيح وإن توقف على إجازة الشفيع، فالتعيين إلى اختياره^(٤).

(١) يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع، لأن المبيع داخل في ملكه بالعقد والناس مسلطون على أموالهم، وعليه فيجوز للمشتري أن يتصرف فيه بما يوجب الشفعة أيضاً كالبيع، وبما لا يوجبها كالوقف فلو وقف المشتري المبيع أو جعله مسجداً فللشفيع إزالة ذلك كله وأن يأخذ بالشفعة، بلا خلاف فيه منا، لسبق حق الشفيع، وعن بعض العامة المنع، لعدم جواز نقض الوقف، وهو واضح الضعف.

ولو باع المشتري المبيع، فالبيع الصادر من المشتري موجب للشفعة أيضاً، لأن بيع الشريك حصته موجب للشفعة وهذا بيع من الشريك الذي هو المشتري لحصته، وللشفيع حينئذ شفعتان، شفعة بالعقد الأول على المشتري الأول وشفعة بالعقد الثاني على المشتري الثاني، وكما يجوز للشفيع أخذ المبيع من المشتري الأول بالثمن المسمى في العقد الأول فيجوز له الأخذ من المشتري الثاني بالثمن المسمى في العقد الثاني، وكذا لو زادت العقود على اثنين فنفس الحكم.

ثم إن أخذ الشفيع من المشتري الأول بعد دفع ثمن العقد الأول بطل البيع المتأخر، وإن أخذ الشفيع من المشتري الأخير بثمن عقده صح السابق، لأن الرضا بالآخر مستلزم للرضا بما سبق، وإن أخذ من المشتري المتوسط بثمن عقده صح ما تقدم عليه لأنه متوقف عليه وبطل ما تأخر عنه، وبما تقدم يظهر أن المبيع لو اشتراه المشتري الأول بعشرة، واشتراه الثاني بعشرين، واشتراه الثالث بثلاثين، بعقود متعاقبة، فإن رجع الشفيع على الأول أخذ المبيع بعد دفع العشرة وبطل ما تأخر من بيوع، غايته يرجع المشتري الثالث بثلاثين على الثاني، ويرجع الثاني بعشرين على الأول، لأن المبيع سيؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده كما انفسخ عقد الثاني، وإن رجع الشفيع على الثالث الأخير أخذ المبيع بعد دفع الثلاثين وصح ما تقدم من البيوع، وإن رجع الشفيع على الثاني بعشرين صح الأول وبطل الثالث، ويرجع الثالث على الثاني بثلاثين لأن المبيع سيؤخذ منه وقد انفسخ عقده.

(٢) للشفيع.

(٣) البيع الثاني.

(٤) فتعيين الأخذ بالشفعة راجع إلى اختيار الشفيع.

وكذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة، وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده.

ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره^(١) الشفيع بين اللازمة وغيرها، ولا بين المعوض عنها وغيرها، فيأخذ الواهب الثمن ويُرجع العوض إلى باذله (والشفيع يأخذ من المشتري)^(٢)، لا من البائع، لأنه^(٣) المالك الآن (ودركه) أي: درك الشقص لو ظهر مستحقاً^(٤) (عليه)^(٥) فيرجع عليه^(٦) بالثمن وبما اغترمه^(٧) لو

(١) اختار البطلان، والمعنى أنه لا فرق بين جميع تصرفات المشتري التي للشفيع فسخها والأخذ من المشتري بثمن عقده، فيتملك الشفيع المبيع حينئذ بالشفعة دون الموهوب الذي انفسخت هبته، وعليه فإن كانت هبته بلا عوض فلا إشكال ولا كلام، وإن كانت بعوض فيصير الذرك على الواهب الذي هو المشتري، لأن الأخذ بالشفعة يفسخ كل ما يترتب على البيع، وعليه فيأخذ المشتري الثمن من الشفيع ويدفع عوض الهبة إلى باذله لبطلان الهبة بالشفعة، وبما تقدم يظهر ضعف ما عن الفخر في الإيضاح من أن الثمن للموهوب له إذا كانت الهبة لازمة، وهو المنقول عن الشهيد في بعض حواشيه.

(٢) لا إشكال ولا خلاف في أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري، لأنه المتيقن من أدلة ثبوت الشفعة، فلو بان البيع معيباً بفعل المشتري كان ضمانه عليه، ولا يأخذ الشفيع من البائع الذي كان شريكاً له لفرض انقطاع سلطانه عن العين بالبيع.

لكن لو طالب الشفيع بالشقص وكان الشقص في يد البائع ولم يتسلمه المشتري فلا يجب على المشتري القبض من البائع ثم دفعه إلى الشفيع حتى لو التمس الشفيع ذلك، بل يُقال للشفيع: خذ من البائع أو دعه بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لأن الغرض من الشفعة قبض الشفيع للشقص وهو يحصل من البائع مباشرة، ولأن قبض الشفيع بعد المطالبة كقبض المشتري، لانتقال الحق إلى الشفيع، فلا وجه لتكليف المشتري بالقبض من البائع، وعن بعض العامة وجوب القبض على المشتري ثم دفعه إلى الشفيع، لأن الشفيع بمنزلة مشترٍ من المشتري، وهو ممنوع، لأن أخذ الشفيع أخذاً قهري وإن لم يرض المشتري.

(٣) المشتري.

(٤) لأن المشتري باعه للثالث.

(٥) على المشتري.

(٦) فيرجع الشفيع على المشتري بما دفعه إليه من الثمن.

(٧) بما اغترمه الشفيع للثالث مالك الشقص، لأنه معيب بفعل المشتري، وقد أخذه الثالث بقيمته صحيحاً، وأخذه الشفيع بقيمته معيباً.

أخذه المالك، ولا فرق في ذلك^(١) بين كونه في يد المشتري، ويد البائع بأن لم يكن أقبضه^(٢)، لكن هنا^(٣) لا يكلف المشتري قبضه منه^(٤)، بل يكلف الشفيع الأخذ منه، أو الترك^(٥)، لأن الشقص هو حق الشفيع، فحيثما وجده أخذه، ويكون قبضه^(٦) كقبض المشتري، والدرك عليه^(٧) على التقديرين^(٨).

(والشفعة تورث)^(٩) عن الشفيع كما يورث الخيار، وحد القذف، والقصاص، في أصح القولين، لعموم أدلة الإرث، وقيل: لا تورث، استناداً إلى رواية ضعيفة السند، وعلى المختار^(١٠) فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثة) على نسبة

(١) في كون أخذ الشفيع من المشتري.

(٢) لم يكن البائع أقبض الشقص للمشتري.

(٣) فيما لو كان تحت يد البائع.

(٤) من البائع.

(٥) ترك الأخذ بالشفعة.

(٦) قبض الشفيع.

(٧) على المشتري.

(٨) تقدير كون الشقص تحت يد المشتري، وتقدير كونه تحت يد البائع.

(٩) اختلف الأصحاب في ذلك، فعن الأكثر أنها تورث، للمرسل عن النبي ﷺ (ما ترك الميت من حق فهو لورثته)^(١١)، وكما يندرج فيه حق الخيار وحق القذف بلا خلاف فيندرج فيه حق الشفعة.

وعن الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حزة في الوسيلة والطبرسي أنها لا تورث، ونسبه في المبسوط إلى الأكثر، تعويلاً على خبر محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين أنه قال (لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم، وقال: إن رسول الله ﷺ قال: لا يُشفع في الحدود، وقال: لا تورث الشفعة)^(١٢)، ولكن في السند ضعف، إذ طلحة بن زيد بترى، ومحمد بن يحيى غير معروف.

(١٠) من تورثها، فهي على حد ما يورث المال، لأنها حق مالي، فيرث الذكر ضعف الأنثى، =

(١) الجواهر ج ٣٧ ص ٣٩١، وإن عُلّق بأنه لا مصدر لهذا المرسل في كتب الفريقين، وإنما هو مشتهر على ألسنة الفقهاء، وأما الموجود في الكتب (من مات وترك مالاً فلورثته) كما في الوسائل الباب

- ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجارية والإمامة حديث ٤.

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الشفعة حديث ١.

سهامهم، لا على رؤوسهم، فللزوجة مع الولد الثمن، ولو عفى أحد الزوّات عن نصيبه لم تسقط^(١)، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفاوا إلا واحداً أخذ الجميع، أو ترك) حذراً من تبعض الصفقة على المشتري، ولا يقدح هنا^(٢) تكثّر المستحق وإن كانوا شركاء^(٣)، لأن أصل الشريك متحد، والاعتبار بالوحدة عند البيع، لا الأخذ.

(ويجب تسليم الثمن أولاً^(٤)) جبراً لقهر المشتري (ثم الأخذ)^(٥) أي: تسلّم

= بلا خلاف فيه، وعن بعض الشافعية أنها تورث على الرؤوس وعدد الزوّات لا على فروضهم، وهو ضعيف، لعدم المخصص لكيفية إرث الشفعة عن بقية الموروث، بل الشفعة مثله.

وعلى المختار أيضاً فلو عفى أحد الزوّات عن نصيبه لم تسقط الشفعة، وإن قلنا بكونها على الفورية وقلنا بسقوطها إذا عفا المورث، لأن الحق لا يسقط بعفو البعض بعد كون الحق للجميع، وعليه فمن لم يعفَ إما أن يأخذ الجميع أو يترك، لئلا تبعض الصفقة على المشتري.

(١) الشفعة.

(٢) عند تورث الشفعة، وهذا دفع وهم، أما الوهم فإنه يشترط في الشفيع أن يكون واحداً فلو تعدد الشركاء فلا شفعة كما تقدم، فكيف تثبت الشفعة هنا لأكثر من واحد من الزوّات.

وأما الدفع فالمعتبر هنا حال البيع لا حال الأخذ، لأن المعتبر هو وقت ثبوت الحق وهو حال البيع، وفي هذه الحالة كان الشريك واحداً، لأن المورث واحدٌ ولذا ثبتت الشفعة، وإن كان بعد ثبوتها قد انتقلت إلى المتعدد بالإرث.

(٣) شركاء في حق الشفعة.

(٤) في الشفعة، فيجب على الشفيع أولاً دفع الثمن حتى يدفع المشتري بعد ذلك المبيع، قال الشارح في المسالك: «وإنما اعتُبر هنا دفع الثمن أولاً، ولم يعتبر ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع، بل اعتبر التسليم معاً، لأن هذه معاوضة قهرية أخذ المعوض فيها بغير رضا المشتري فيجبر - أي قهره - بتسليم الثمن إليه أولاً، بخلاف البيع فإن مبتاه على الاختيار، فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبداة من الآخر، وهذه في الحقيقة علة مناسبة، لكن لا دلالة في النصوص عليها، وإثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال، نعم اعتبرها العامة في كتبهم، وهي مناسبة على قواعدهم» انتهى، وقواعدهم هي الاستحسان الذي هو أصل لهم وهم أصله.

(٥) أخذ الشفيع المبيع بالشفعة.

المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولي، فإنه^(١) متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفورية (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أي: الثمن (في ذمته)^(٢) فله^(٣) أن يتسلم المبيع أولاً، لأن الحق في ذلك^(٤) للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك.

والمراد بالشفيع هنا المشتري، لما ذكرناه^(٥)، إما تجوزاً لكونه سبباً في إثبات الشفيع، أو وقع سهواً.

(ولا يصح^(٦) الأخذ إلا بعد العلم بقدره^(٧))،

(١) الأخذ بالشفعة القولي.

(٢) ذمة الشفيع، وحق العبارة أن تكون إلا أن يرضى المشتري بكون الثمن في ذمة الشفيع بطريق الدين، ومن هنا أُسّر كلام الماتن بعدة تفسيرات:

الأول: ما عن الشارح هنا أن المراد من لفظ الشفيع هو المشتري تجوزاً، لأن المشتري سبب في إثبات حق الشفيع خارجاً، وقد أطلق المسبب على السبب.

الثاني: ما عن الشارح هنا أيضاً أن هذا التعبير عن المشتري بلفظ الشفيع من باب سهو القلم.

الثالث: ما عن الشارح أيضاً في حاشيته على اللمعة كما في الطبعة الحجرية حيث قال: «بتقدير اللام، أي للشفيع بكون الثمن في ذمة الشفيع بطريق الدين».

الرابع: أن يجعل لفظ الشفيع في عبارة الماتن منصوباً، ويكون المعنى: إلا أن يرضى المشتري عن الشفيع، وحذف لفظ المشتري ونُصب الشفيع للدلالة على أنه في محل نصب.

الخامس: أن يجعل لفظ «يرضى» من باب الإفعال أي «يرضى»، فيكون المعنى: إلا أن يرضى الشفيع المشتري بكون الثمن في ذمته، أي: في ذمة الشفيع.

(٣) للشفيع حينئذ أن يتسلم المبيع أولاً إن رضي المشتري بإبقاء الثمن ديناً.

(٤) في تسليم الثمن أولاً.

(٥) من أن الحق في ذلك للمشتري.

(٦) للشفيع.

(٧) بقدر الثمن، وكذا الضمان الآتية، هذا وأعلم أنه إذا بلغ الشفيع البيع فقال: أخذت

بالشفعة، فإن كان عالماً بالثمن صح الأخذ وترتب الأثر عليه، وإن كان جاهلاً لا يصح، لأن الأخذ بالشفعة في معنى المعاوضة، حيث يؤخذ الشقص بالثمن الذي بيع

به، فيشترط علم الشفيع بالثمن حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل، =

(وجنسه)، ووصفه، لأنه^(١) معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين (فلو أخذه^(٢) قبله^(٣) لغا^(٤) ولو قال^(٥): أخذته^(٦) بمهما كان^(٧))، للغرر، ولا تبطل بذلك^(٨) شفيعته، ويغتر بعد اجتماعه^(٩) بالمشتري السؤال^(١٠) عن كمية الثمن والشفص بعد السلام والكلام المعتاد.

(ولو انتقل الشفص بهبة^(١١))، أو صلح، أو صداق فلا شفعة) لما تقدم في

= فالثمن ينقص ويزيد والأغراض تختلف فيه قلة وكثرة.

وعليه فلا يكفي الأخذ بالشفعة مع عدم العلم بالثمن جنساً أو قدراً أو صفأً، وإن رضي بالثمن مهما كان، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يرفع حكمه المترتب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع النهي عن الغرر، ويكون مثله مثل ما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به.

ومع الجهل بالثمن يبطل الأخذ خاصة دون الشفعة، فيجدد الأخذ حين العلم بالثمن.

(١) الأخذ بالشفعة.

(٢) أخذ الشفيع الشفص.

(٣) قبل العلم بالثمن.

(٤) الأخذ.

(٥) الشفيع.

(٦) أخذت الشفص.

(٧) الثمن، فيبطل أيضاً، وتكون «لو» وصلية.

(٨) بطلان الأخذ.

(٩) اجتماع الشفيع.

(١٠) فالعلم بالثمن وبكمية الشفص المباع مع السؤال عن صحة المشتري والسلام عليه من الأعدار الشرعية والعرفية.

(١١) يشترط في ثبوت الشفعة للشريك انتقال حصة شريكه لثالث بالبيع، فلو انتقلت حصة

شريكه لثالث بصدقة أو هبة أو صداقاً أو صلحاً فلا شفعة على المشهور، لظهور

النصوص في تخصيص الشفعة بالبيع، ففي رواية الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام

(الشفعة في البيع)^(١)، وفي مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الشيء بين =

تعريفها^(١) من اختصاصها بالبيع، وما ذكر^(٢) ليس بيعاً، حتى الصلح بناء على أصالته^(٣)، (ولو اشتراه^(٤) بضمن كثير ثم عوضه عنه بيسير^(٥))، أو أبراه^(٦) من

= شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره^(١)، وهي تدل على حصرها بالبيع، إما لمفهوم الوصف كما في الخبر الأول، أو لمفهوم الشرط كما في الخبر الثاني، قال الشارح في المسالك: «وليس عليه دليل صريح وإنما تضمنت الروايات ذكر البيع، وهو لا ينافي ثبوتها بغيره، ومن ثم خالف ابن الجنييد فأثبتها بمطلق النقل حتى الهبة بعوض وغيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضي التخصيص» انتهى كلامه، وهذا القول ليس في محله، لأن لفظ البيع لم يذكر لأنه المسؤول عنه فقط، بل علقت الشفعة عليه وصفاً أو شرطاً، وهو يدل على الحصر عرفاً.

وأعلم أنه يجوز للشريك البائع أن يحتال بإسقاط شفعة شريكه، وذلك لو نقل حصته لثالث بغير البيع، لأن الشفعة مختصة بالبيع كما عرفت.

- (١) تعريف الشفعة.
 - (٢) من الهبة والصلح والصداق.
 - (٣) هو أصل مستقل كما عليه المشهور، وأما على قول الشيخ في المبسوط من أنه إذا أفاد فائدة البيع فهو بيع فثبت فيه الشفعة حيثئذ.
 - (٤) اشترى الثالث الشقص.
 - (٥) عوض المشتري البائع عن الثمن الكثير بقدر يسير.
 - (٦) أبرأ البائع المشتري من الأكثر، أي: أكثر الثمن، وأعلم أنه لو باع الشريك حصته لثالث بضمن أكثر من ثمن المثل، وقبض من المشتري أقل من ثمن العقد وقد أبراه من الباقي، إما اتفاقاً أو تواطؤاً على ذلك قبل البيع لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفعة، صح ذلك ووجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يدفع ثمن العقد، لا الثمن الذي دفعه المشتري فعلاً، بلا خلاف في ذلك، لظهور الأخبار أن الشفيع عليه ثمن العقد، ففي رواية الغنوي المتقدمة (فهو أحق بها من غيره بالثمن)^(٧)، أي: ثمن العقد. وكذا يجوز للشريك بيع حصته بضمن ثم يتواطأ مع المشتري على أن يدفع عوض الثمن شيئاً يسيراً لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفعة.
- ثم لو خالف البائع مقتضى المواطأة وطالب المشتري بدفع ثمن العقد فيجب على المشتري =

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الشفعة حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشفعة حديث ١.

الأكثر) ولو^(١) حيلة على تركها (أخذ الشفيع بالجميع)^(٢) إن شاء، لأنه^(٣) الثمن والباقي^(٤) معاوضة جديدة، أو إسقاط^(٥) لما ثبت، ومقتضى ذلك^(٦) أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري^(٧)، وجائز للبائع أخذه^(٨)، وإن كان بينهما^(٩) مواطأة على ذلك^(١٠)، إذ لا^(١١) يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في ذمته^(١٢)، ولا يثبت في ذمته^(١٣) إلا ما يستحق البائع المطالبة به.

وقال في التحرير: «لو خالف أحدهما ما تواطنا عليه^(١٤) فطالب^(١٥) صاحبه بما أظهر له^(١٦).....»

- = دفعه لأن التواطؤ وعد من البائع، ومخالفة الوعد لا تبطل العقد، وإن أتم البائع بالمخالفة المذكورة إلا أن يكون التواطؤ شرطاً في العقد فيجب الوفاء به للزوم الوفاء بالشرط، ولم يخالف في ذلك كله إلا العلامة في التحرير، وسيأتي نص كلامه في الروضة.
- (١) ولو كان التعويض أو الإبراء حيلة منهما على ترك الشفعة من قبل الشفيع.
 - (٢) جميع ثمن العقد.
 - (٣) الجميع.
 - (٤) من التعويض باليسير، فهو معاوضة جديدة بين البائع والمشتري.
 - (٥) من إبراء الأكثر، فهو إسقاط من البائع لما ثبت له في ذمة المشتري.
 - (٦) والمقتضى لذلك.
 - (٧) بأن يدفعه إلى البائع.
 - (٨) لأن الناس مسلطون على أموالهم، فلا يلزم البائع بقبضه، بل يجوز له إخراجه عن ملكه بإسقاطه بالمعاوضة عليه باليسير.
 - (٩) بين البائع والمشتري.
 - (١٠) من التعويض أو الإبراء.
 - (١١) تعليلٌ لوجوب أخذ الشفيع بجميع الثمن.
 - (١٢) بسبب عقد البيع.
 - (١٣) ذمة المشتري.
 - (١٤) يمكن تصوير مخالفة البائع للمواطأة، بأنه سيطلب بالأكثر لو خالف، وأما تصوير مخالفة المشتري للمواطأة حتى يدفع الأكثر لو خالف فهو غير ممكن عقلاً، بحيث لا يقدم عليه العاقل الرشيد المحافظ على ماله.
 - (١٥) المخالف للمواطأة.
 - (١٦) المحكي عن التحرير: «بما ظهر»، وهو الأوفق، لأن المراد به هو الثمن الذي ظهر في العقد.

لزمه^(١) في ظاهر الحكم ويحرم عليه^(٢) في الباطن، لأن صاحبه^(٣) إنما رضي بالعقد المتواطء، «(أو ترك^(٤) الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم^(٥)».

(ولو اختلف الشفيع والمشتري في) مقدار (الثلث حلف المشتري)^(٦) على المشهور، لأنه^(٧) أعرف بالعقد، ولأنه^(٨) المالك، فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه.

ويشكل بمنع كون حكم المالك كذلك^(٩) مطلقاً^(١٠)، وقد تقدم قبول قول

(١) لزم المشتري دفع الثمن الذي ظهر في العقد.

(٢) ويحرم على البائع أخذه واقعاً.

(٣) صاحب المخالف، فلو كان المخالف هو البائع فصاحبه - وهو المشتري - قد رضي بالعقد الذي ذكر فيه الثمن على أساس المواطة، لا مطلقاً، وقد عرفت ضعفه مما تقدم فلا نعيد.

(٤) عطف على قول الماتن «أخذ الشفيع بالجميع».

(٥) وهو تمام الثمن في العقد.

(٦) فلو اختلفا في مقدار الثمن بعد اتفاقهما على وقوع الشراء، فقال المشتري: ألف مثلاً، فقال الشفيع: خمسمائة، ولا بينة لأحدهما، فالقول قول المشتري مع يمينه على المشهور ولم يخالف إلا ابن الجنييد والشارح، وقد استدل للمشهور بأدلة:

الأول: أن المشتري هو أعرف بالعقد وما وقع عليه من الشفيع.

الثاني: أن المشتري هو المالك، فلا يُنتزع الشيء من تحت يده إلا بما يدعيه.

الثالث: أنه ذو اليد، فيقدم قوله مع يمينه.

الرابع: أن المشتري منكر، لأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئاً في ذمته ولا تحت يده، وإنما يدعي الشفيع استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع، والمشتري ينكره، ولا يلزم من قول المشتري: إني اشتريته بالألف، وإن كان أكثر، أن يكون مدعياً على الشفيع، وإن كان مدعي الأكثر مدعياً بحسب الأصل، إلا أن المشتري هنا ليس كذلك، لأنه لا يدعي تغريم الشفيع بالألف لأنه لم يطلب الأخذ بالشفعة.

وقد ناقشهم الشارح في هذه، وستأتي المناقشة.

(٧) المشتري؛ وهو الدليل الأول للمشهور.

(٨) المشتري، وهو الدليل الثاني للمشهور.

(٩) هو المقدم مع يمينه، لأنه منكر.

(١٠) في كل الموارد.

المنكر^(١) في كثير^(٢)، خصوصاً مع تلف العين، وعموم «اليمين على من أنكر» وارد هنا^(٣)، ومن ثم ذهب ابن الجنييد إلى تقديم قول الشفيع، لأنه منكر، والاعتذار للأول^(٤) بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته، ولا تحت يده، إنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه^(٥) بالشفعة بالقدر الذي يدعيه، والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله^(٦): «اشتريته بالأكثر، أن يكون^(٧) مدعياً عليه^(٨) وإن كان^(٩) خلاف الأصل^(١٠)، لأنه^(١١) لا يدعي استحقاقه إياه^(١٢)

- (١) منكر الزيادة وإن لم يكن مالكاً.
- (٢) أي: كثير من الموارد، كما لو اختلف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة، فيقدم قول منكر الزيادة وإن كان مستأجراً مع أنه ليس بمالك، وكذا لو اختلف المتبايعان في مقدار الأجل بعد الاتفاق على التأجيل، فيقدم قول المنكر ولو كان مشترياً مع أنه ليس بمالك، وكذا إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فيقدم قول المشتري مع يمينه خصوصاً في صورة تلف العين، وقد وردت الرواية بذلك، كما حرر كل في بابه فراجع، وفي هذا رد على دليلهم الثاني.
- (٣) وهو ردٌ لدليلهم الأول، حاصل الرد: أن الشفيع لا ينزع في أصل البيع ولا في ثبوت الشفعة، وإنما النزاع في القدر الواجب دفعه عند الأخذ بالشفعة، فالمشتري يدعي الزيادة والشفيع منكر، فيندرج تحت عموم النبوي (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)^(١).
- (٤) وهو تقديم قول المشتري مع يمينه، والاعتذار له بمعنى الاستدلال له، وهذا عرض لدليلهم الرابع، ولا نعيد.
- (٥) ملك الشفيع، من باب إضافة المصدر إلى المفعول.
- (٦) قول المشتري.
- (٧) المشتري.
- (٨) على الشفيع.
- (٩) جعل مدعي الأكثر ليس مدعياً.
- (١٠) إذ الأصل أن مدعي الأكثر مدع.
- (١١) لأن المشتري، وهو تمليلٌ لعدم لزوم كون المشتري مدعياً.
- (١٢) استحقاق المشتري للأكثر على الشفيع، ولا يطلب المشتري تغريم الشفيع بالأكثر، لأنه لا يطلب منه الأخذ بالشفعة.

عليه، ولا يطلب تخريمه إياه، إنما يتم^(١١) قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده^(١٢) فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع، ويأتي فيه^(١٣) جميع ما سبق^(١٤).

لا يقال: إنه لا يأخذ^(١٥) حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره^(١٦)، فما داماً متنازعين لا يأخذ^(١٧) ويتجه الاعتذار^(١٨)، لانا نقول: المعتبر في أخذه^(١٩) علمه بالقدر بحسب ما عنده^(٢٠)، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه^(٢١) بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعي.

ويمكن أيضاً^(٢٢) أن يملك^(٢٣) الشقص برضا المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده^(٢٤) فيصير المشتري مدعياً، وتظهر الفائدة^(٢٥) لو أقاما بينة،

- (١) شروع في رد هذا الدليل الرابع، والجملّة واقعة في عمل رفع خير للاعتذار.
- (٢) بعد الأخذ بالشفعة، فالمشتري يدعي ثبوت الأكثر في ذمة الشفيع، والشفيع منكر فيقدم قوله مع يمينه.
- (٣) في كون النزاع بعد الأخذ بالشفعة.
- (٤) من كون الشفيع منكرأ فيقدم قوله مع يمينه وإن لم يكن مالكا، لعموم النبوي المتقدم (اليمين على من أنكر).
- (٥) لا يصح الأخذ من الشفيع.
- (٦) بقدر الثمن.
- (٧) لا يصح الأخذ، لعدم العلم بقدر الثمن.
- (٨) لأن النزاع دائماً يكون قبل الأخذ بالشفعة.
- (٩) أخذ الشفيع.
- (١٠) ما عند الشفيع.
- (١١) في الثمن بعد تملك الشفيع الشقص، فيكون منكرأ، كما توضح بيانه فيما سبق.
- (١٢) جواب ثانٍ عن الإشكال الذي أورده بلفظ: «لا يقال».
- (١٣) الشفيع، فيتملك الشقص برضا المشتري على أن يكون الثمن في ذمة الشفيع، ثم بعد التملك الواقع قبل دفع الثمن وقع النزاع في قدره.
- (١٤) بعد التملك.
- (١٥) بين القولين، فعلى المشهور فالمشتري منكر فلو قدم بينة مع بينة الشفيع قدمت بينة الشفيع، لأنه مع تعارض البيئات تقدم بينة المدعي، لأنها من وظيفته، والمنكر وظيفته =

فالحكم لبينة الشفيع على المشهور، وبينه المشتري على الثاني.

(ولو ادعى أن شريكه اشترى بعده)^(١) وأنه^(٢) يستحق عليه^(٣) الشفعة،
فأنكر الشريك التأخر^(٤) (حلف الشريك) لأنه منكر، والأصل عدم الاستحقاق،
(ويكفيه^(٥) الحلف على نفي الشفعة)^(٦) وإن أجاب بنفي التأخر^(٧)، لأن الغرض^(٨)
الاستحقاق، فيكفي اليمين لنفيه^(٩)، وربما كان^(١٠) صادقاً في نفي

= اليمين فقط ولا تسمع منه البينة، والمدعي هنا الشفيع، لذا قدمت بينته، بخلاف قول
ابن الجنيّد فمع تعارض البيّنات منهما تقدم بينة المشتري، لأنه المدعي حيثئذ.

(١) إذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه اشترى بعده على وجه يستحق عليه الشفعة فأنكر
الأخر، ومثاله ما لو باع شخص نصف ملكه مشاعاً، فيصير المشتري شريكاً في
النصف، ثم باع المالك النصف الآخر لآخر، فيصير المشتريان شريكين، وقد ادعى
أحدهما أن شريكه اشترى بعده لياخذ منه النصف بالشفعة فأنكر، فيقدم قول المنكر مع
يمينه، بلا خلاف فيه ولا إشكال كما في الجواهر، لأصالة عدم تحقق شرط الشفعة،
وهو بيع حصة شريكه حال الشراكة.

وعليه فلو حلف المنكر أنه لا يستحق عليّ شفعة جاز، ولا يكلف المنكر باليمين على أنه
لم يشتر بعد المدعي، وإن كان المنكر قد أجاب بذلك، بلا خلاف فيه منا، وعن بعض
الشافعية التفصيل من أن المنكر إن أجاب بنفي الشفعة فيكفيه اليمين على نفيها، وإن
أجاب بنفي الشراء بعد شراء المدعي، فلا يكفى منه بالحلف على نفي الشفعة، بل لا بد
من الحلف على نفي الشراء.

ورّد: بأن الغرض من الحلف على نفي الشفعة حاصل وإن أجاب بعدم تأخر الشراء،
لأن غاية هذا الجواب هو نفي الشفعة عنه.

(٢) المدعي.

(٣) على المشتري الآخر الذي اشترى بعد شراء المدعي.

(٤) التأخر في الشراء.

(٥) للمنكر.

(٦) وهو الأخص.

(٧) بنفي تأخر الشراء، وهو الأعم، ونفي التأخر أعم، لأن الشراء قد يقع متأخراً وتسقط
الشفعة بإحدى مسقطاتها.

(٨) من إنكار تأخر الشراء.

(٩) لنفي استحقاق الشفعة عليه.

(١٠) المنكر.

الاستحقاق^(١) وإن كان الشراء متأخراً، لسبب من الأسباب المسقطه للشفعة، فلا يكلف الحلف على نفيه^(٢).

ويحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به^(٣)، لأنه^(٤) ما أجاب به^(٥) إلا ويمكنه الحلف عليه^(٦)، وقد تقدم مثله في القضاء، (ولو تداعيا السبق^(٧) محالفاً)، لأن كل واحد منهما مدع، ومدعى عليه، فإذا تحالفا استقر ملكهما، لاندفاع دعوى كل منهما يمين الآخر (ولا شفعة)، لانتفاء السبق.

(١) في نفي استحقاق الشفعة.

(٢) على نفي التأخر.

(٣) بنفي تأخر الشراء كما عن بعض الشافعية.

(٤) الشأن والواقع.

(٥) بنفي التأخر.

(٦) وأيضاً قد وقع منه نفي التأخر، فيجب أن تكون اليمين على ما قد وقع.

(٧) السبق في الشراء، فكل منهما يدعي السبق في الشراء وينكره الغير، فكل منهما مدع

ومنكر فيتحالفاً، ويثبت ملكهما، ولا شفعة لأحدهما على الآخر.



كتاب السبق والرماية

كتاب السبق والرماية^(١)

وهو عقد شُرِع لفائدة التمرن على مباشرة النضال والاستعداد لممارسة

(١) السبق يسكون الباء مصدر «سَبَقَ» كضرب مصدر «ضَرَبَ»، وفي الصحاح جعله مصدر «سابق»، وكلاهما صحيح، إلا أن الثاني أوفق، لأن الواقع في معاملة السبق كون العمل بين اثنين فصاعداً، فباب المفاعلة به أولى.

وأما السَّبَقُ بتحريك الباء فهو العوض المبدول لمن سبق أولاً، ويقال له الخطر، بالتحريك، والندب بالتحريك أيضاً، ويقال له: الرهن، والسبق عرفاً وكذا المسابقة إجراء الخيل وما شابهها في حلبة السباق ليُعلم الأجود منها، والأفرس من الرجال المتسابقين.

والرمي والرماية هي المناضلة بالسهم ليُعلم حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي.

أما مشروعيتها فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾^(١)، وقال تعالى حكاية عن أخوة يوسف ﴿يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا﴾^(٢)، وهو ظاهر في مشروعيتها السبق في الجملة، ومن السنة أخبار.

منها: مرفوع عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله ﷺ في قول الله ﴿وَأَعِدُوا﴾: إنه الرمي)^(٣)، وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس شيء تحضره الملائكة إلا الرمان، وملاعبة الرجل أهله)^(٤)، وخبر عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله ﷺ: كل =

(١) سورة الأنفال، الآية: ٦٠.

(٢) سورة يوسف، الآية: ١٧.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السبق والرماية حديث ٣.

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق والرماية حديث ٤.

القتال، والأصل فيه قوله ﷺ: (لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر^(١))، وقوله ﷺ^(٢) (إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر، والخف، والریش، والنصل).

(وإنما ينعقد السبق^(٣) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ، والعقل^(٤) (الحاليين من الحجر)^(٥)، لأنه يقتضي تصرفاً في المال (على الخيل، والبغال، والحمير)^(٦).....

= لهو المؤمن باطل، إلا في ثلاث: في تأديه الفرس، ورميه عن قوسه، وملاعبته امرأته، فانهن حق^(١)، وخبر حفص البخترى عن أبي عبد الله ﷺ (أنه كان يحضر الرمي والرهان)^(٢)، وفائدة السبق والرمية بعث النفس على الاستعداد للقتال، والهداية لممارسة النضال، وهي من أعظم الفوائد الدينية لما يحصل بها من غلبة العدو في الجهاد لأعداء الله تعالى شأنه، الذي هو أعظم أركان الإسلام، وبهذه الفائدة يخرج عن اللهو واللعب المنهي عن المعاملة عليهما.

- (١) وهو خبر الحسين بن علوان عن أبي عبد الله عن أبيه ﷺ (قال رسول الله ﷺ: لا سبق إلا في حافر أو نصل أو خف)^(٣)، أو خبر حفص عن أبي عبد الله ﷺ (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، يعني النضال)^(٤).
- (٢) ففي مرفوعة الصدوق قال الصادق ﷺ (إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخف والریش والنصل، وقد سابق رسول الله ﷺ أسامة بن زيد، وأجرى الخيل)^(٥).
- (٣) عقد المسابقة المتضمن للجعل والرهن.
- (٤) لرفع القلم عن الصبي والمجنون.
- (٥) فلا ينعقد سبق المحجور عليه، للمنع من التصرف المالي، والجعل والرهن تصرف مالي.
- (٦) لأنه يجوز السبق على الحافر كما تقدم في الأخبار، والحافر للدابة كالتقدم للإنسان، وهذا يندرج تحته الخيل والبغال والحمير لكونها من ذوات الحافر، بلا خلاف في ذلك عندنا كما في المسالك، وخالف بعض العامة في جواز المسابقة على البغال والحمير، وأنها لا =

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق والرمية حديث ٥.

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السبق والرمية حديث ٤.

(٣ و٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق والرمية حديث ٤ و١.

(٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق والرمية حديث ٦.

وهي داخلة في «الحافر» المثبت في الخبر، (والإبل والفييلة)^(١) وهما داخلان في «الخف»، (وعلى السيف)^(٢)، والسهم، والحراب^(٣) وهي داخلة في «النصل»، ويدخل السهم في «الريش» على الرواية الثانية^(٤) إذا اشتمل عليه^(٥)، تسمية

= يصلحان للكرّ والفرّ، ولا يُقاتل عليهما غالباً، وفيه: أن كَرَّ كل حيوان وفرّه بحسب حاله، بالإضافة إلى شمول النص المتقدم لهما فقد قاتل أمير المؤمنين عليه السلام العدو على بغلة رسول الله ﷺ^(١).

(١) لا خلاف في جواز المسابقة على الخف لما تقدم من الأخبار، والخف يشمل الإبل والفييلة بلا خلاف فيه عندنا، ولأن الإبل تشارك الخيل في المعنى المطلوب منها حالة الحرب من الانعطاف وسرعة الإقدام، ولذا كانت العرب تقاتل عليها، وكذا الفييلة، ولذا كانت قبائل الهند والحبيشة تقاتل عليها، ومنع بعض العامة من شمول المسابقة للفييلة، لأنه لا يحصل بها الكر والفرّ، ورُدّ: بأنه اجتهاد في قبال النص، بعد كون الخف شاملاً لهما، مع أن فرّ وكر كل حيوان بحسبه.

(٢) لا خلاف في جواز المسابقة على النصل لما تقدم من الأخبار، ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسكين والسيف والرمح، قال في الصحاح: «النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح»، وقال في الصحاح أيضاً: «النشاب السهام».

ومما تقدم يظهر أن المُحدّد كالذبوس والعصا لا يدخلان، إلا إذا جُمع في رأس العصا حديدة لتندرج تحت النصل.

(٣) جمع خزّية، وهي الآلة من الحديد دون الرمح.

(٤) وهي مرفوعة الصدوق، إذ يراد من الريش السهم ذو الريش، لا الطير، لأنه يُمنع من المسابقة على الطير كما سيأتي.

وعطف النصل على السهم ذي الريش في المرفوعة من باب عطف العام على الخاص، على أنه في خير العلاء بن سيابة إسقاط النصل، وإبداله بالريش، وهذا يؤيد ما قلناه من كون المراد من الريش هو السهم الراتش، ففي خير العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله ﷺ قد أجرى الخيل وسابق، وكان يقول: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش، وما سوى ذلك فهو قمار حرام)^(٢).

(٥) إذا اشتمل السهم على الريش.

(١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٩.

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق والرماية حديث ٣.

للشيء باسم جزئه، وأطلق السبق على ما يعم الرمي تبعاً للنص^(١)، وتغليباً للاسم^(٢)، (لا بالمصارعة، والسُّفْن، والطيور، والعدو)^(٣)، ورفع الأحجار،

(١) حيث ورد (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل) كما في خير حفص المتقدم^(٤)، والمسابقة في الخف والحافر، والنصل إذا أريد منه السهم فهو رمي ورماية.

(٢) لاسم السبق على الرمي.

(٣) لا تجوز المسابقة المشتملة على عوض وجعل بالطيور، ولا بالقدم، ولا بالسفن، ولا بالمصارعة، ولا بغير ذلك، مما هو غير الخف والحافر والنصل، بلا خلاف فيه، ويدل عليه الأخبار المتقدمة الحاصرة لجواز المسابقة في الأمور الثلاثة، والدالة على لعن الملائكة الرهان في غير الأمور الثلاثة، وأنه قمار حرام كما في خبر العلاء بن سبابه المتقدم.

نعم عن بعض العامة جواز المسابقة بالجميع مع الرهن والعوض، لأن الطيور مما يمكن الاحتياج إليها في الحرب، بحمل الكتب واستعلام حال العدو، وكذا المسابقة بالأقدام، لأن الحرب على القدم متعارف كالخرب بالسفن، فتصح المسابقة فيهما، لما فيهما من الاستعداد للقتال، وللنبوي المروي من طرق العامة (أنه ﷺ صارع ركائنه، أو يزيد بن ركائنه وقد صارعه ثلاث مرات، كل مرة على شاة، فصرع خصمه في الثلاث وأخذ منه ثلاث شياه)^(٥).

والخبر لم يثبت عندنا، بل الظاهر ثبوت خلافه، وهو الخبر المتقدم المفيد للحصر، ثم لو خلت هذه الأمور من العوض فهل يجوز السبق فيها أو لا على قولين، فالمشهور على المنع، حرمة اللعب واللهو الشاملين لهذه الأمور، وتمسكاً بالأخبار السابقة الحاصرة لجواز السبق في الأمور الثلاثة، ووجه الاستدلال بها أن لفظ السبق الوارد فيها إنما هو على قراءة السكون، وهو نفي المسابقة، ومع حصر المسابقة في الأمور الثلاثة فلازمه المنع من المسابقة في غيرها مع عوض أو بدونه.

وعن جماعة منهم الشارح الجواز، لأن المشهور في قراءة السبق فتح الباء، والسبق يفتح الباء هو بذل العوض، فالأخبار الحاصرة في الأمور الثلاثة تنفي مشروعية بذل العوض في غيرها وأما المسابقة في غيرها من دون عوض فهي على ما هي عليه من أصالة جواز عملها مضافاً لما يترتب عليها من فوائد، تنفيذ الاستعداد للقتال، وبهذه الفوائد تخرج عن اللهو واللعب، على أن مطلق اللعب واللهو ليس بحرام.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق والرمية حديث ١.

(٢) المراسيل لأبي داود ص ٢٣٥، رقم الحديث ٣٠٨، والمصنف لعبد الرزاق ج ١١ ص ٤٢٧، رقم

الحديث ٢٠٩٩.

ورميها، ونحو ذلك، لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعية ما خرج عن الثلاثة.

هذا إذا تضمن السبق بذلك^(١) العوض، أما لو تجرد عنه^(٢) ففي تحريمه^(٣) نظر، من دلالة النص^(٤) على عدم مشروعيته، إن رُوي السبق بسكون الباء ليفيد نفي المصدر، وإن رُوي بفتحها - كما قيل^(٥) : إنه^(٦) الصحيح رواية - كان المنفي^(٧) مشروعية العوض عليها^(٨)، فيبقى الفعل^(٩) على أصل الإباحة، إذ لم يرد شرعاً ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصاً مع تعلق غرض صحيح بها^(١٠)، ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح فاحتمال الأمرين يُسقط دلالته^(١١) على المنع^(١٢).

(ولا بد فيها^(١٣) من إيجاب وقبول على الأقرب)^(١٤)، لعموم قوله تعالى:

(١) بالمصارعة ونظائرها.

(٢) تجرد السبق عن العوض.

(٣) تحريم السبق بهذه الأمور المذكورة من المصارعة والسفن والطيور والعدو بغير عوض.

(٤) شروع في دليل المنع، والمراد بالنص هو الأخبار الحاصرة للسبق في الأمور الثلاثة، ولازمه عدم مشروعية السبق في غيرها، بناء على قراءة السبق بسكون الباء، ليفيد أن المنفي هو مطلق المسابقة.

(٥) بل قال في المسالك: «إن المشهور في الرواية فتح الباء».

(٦) فتح الباء.

(٧) لأن السبق بالفتح هو العوض.

(٨) على هذه الأمور من المصارعة والسفن وكل ما عدا الثلاثة المتقدمة.

(٩) فعل المصارعة ونظائرها بدون عوض على الإباحة.

(١٠) يخرجها عن اللعب واللهو.

(١١) دلالة النص.

(١٢) منع فعل المصارعة ونظائرها بدون عوض، لأنه إذا لم يثبت فتح الباء في الرواية فلا يثبت سكون الباء، بل يبقى كلٌّ منهما محتمل، ومع احتمال فتح الباء لا يصح التمسك بالخبر على المنع المتوقف على سكون الباء، لأنه إذا جاء الاحتمال سقط الاستدلال.

(١٣) في المسابقة.

(١٤) لا بد في المسابقة من إيجاب وقبول، كغيرها من العقود على المشهور، فتكون لازمة، لأصالة لزوم في كل عقد، وعن الشيخ والعلامة في المختلف أنها جمالة، فلا تقتصر إلى =

= قبول، ويكفي فيها البذل، كما يكفي في الجمالة أن يقول: من رد عليّ عبدي فله كذا، وتكون حينئذ جائزة.

ثم إن البعض بنى الخلاف في اللزوم والجواز على أن المسابقة عقد أو إيقاع، فعلى الأول تكون لازمة، وعلى الثاني جائزة، وبعضهم عكس فبنى كونها عقداً أو إيقاعاً على لزومها وجوازها، بعد اتفاق الكثير منهم أنها لو كانت عقداً فهي إجارة، ولو كانت إيقاعاً فهي جمالة، وذهب بعض المتأخرين إلى أنها عقد أو إيقاع مستقل.

ومنشأ الخلاف في الجميع أن المسابقة تتضمن عوضاً على عمل، وهذا معنى مشترك بين الإجارة والجمالة، والمسابقة تشتمل على اشتراط العمل في استحقاق العوض، وتشتمل على اشتراط كون العوض معلوماً، وهذا من خواص الإجارة.

والمسابقة مما يجوز فيها إيهام العامل في السبق، إذ يصح فيها جعل العوض لمن سبق مع عدم معرفته، وتشتمل على جهالة ما يحصل من العامل، إذ لا يُعلم حصول السبق، ولا يعلم إتمامه، ويصح فيها بذل الأجنبي، وهذه من خواص الجمالة.

ولذا وقع الخلاف في أنها إجارة فتفتقر مع الإيجاب إلى القبول، وتكون عقداً ولازمة، أو أنها جمالة يكفي فيها الإيجاب، وتكون إيقاعاً وجائزة.

ولكن فيها أحكاماً تختلف عن أحكام الإجارة والجمالة، فالعوض لا يشترط اعتباره في المسابقة بخلاف الإجارة والجمالة، والعمل راجع إلى العامل في المسابقة بخلاف الإجارة والجمالة فإنه راجع إلى الغير، ولذا ذهب البعض إلى أن المسابقة عقد مستقل برأسه، ويؤيده جعل المسابقة كتاباً مستقلاً في الفقه على غرار غيرها من العقود.

ثم بعد كل هذا فالظاهر أنها عقد، إذ النزاع ليس في عقديتها وعدمه، وإنما النزاع في لزومها وجوازها بعد المفروغية من أنها عقد، كما يظهر من العلامة في المختلف وجماعة، ولم يبحث في عقديتها إلا المحقق في الشرائع.

وعلى تقدير عقديتها فإن كان بعد حصول السبق فلا بد من القول بلزوم بذل العوض، عملاً بما وقع عليه العقد، لعموم «أوفوا بالعقود»^(١)، ولعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(٢)، وإن كان قبل حصول السبق، سواء تلبس العامل والمسابق بالعمل أم لا =

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)، (والمؤمنون عند شروطهم) وكل من جعله^(٢) لازماً حكم بافتقاره إلى إيجاب وقبول^(٣).

وقيل: هو جعالة^(٤) لوجود بعض خواصها^(٥) فيه^(٦)، وهي^(٧): أن بذل العوض فيه^(٨) على ما لا يوثق بحصوله^(٩) وعدم تعيين العامل^(١٠)، فإن قوله: من سبق فله كذا غير متعين عند العقد، ولأصالة عدم^(١١) اللزوم، وعدم^(١٢) اشتراط القبول، والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه^(١٣)، وهو^(١٤) موضع النزاع، سلمنا^(١٥) لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً وجوازاً، وإلا لوجب

= فالأشبه الجواز، لأنه التزام ببذل العوض عند حصول السبق، وقبل الحصول يجوز له الرجوع عن شرطه، إذ لا دليل على وجوب الالتزام بما وعد، بل حالها حال الجمالة حيثنذ من أن لكل منهما فسخها ابتداءً وفي الأثناء.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) جعل السبق.

(٣) لأنه إجارة.

(٤) فلا تحتاج إلى القبول، بل يكفي البذل.

(٥) خواص الجمالة.

(٦) في السبق، وهذا الدليل الأول على كونه جعالة.

(٧) الخاصة.

(٨) في السبق.

(٩) وهو السبق، إذ قد لا يحصل لتقارن المتسابقين.

(١٠) لأن السابق غير معلوم.

(١١) استصحاب عدمه، وهذا الدليل الثاني على كونه جعالة.

(١٢) فإذا شككنا في اشتراط القبول فالأصل عدم الاشتراط، وهذا الدليل الثالث على كونه جعالة.

(١٣) بتحقيق العقد.

(١٤) التحقق موضع النزاع، فيكون التمسك بعموم الوفاء بالعقد تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية، وهو الدليل الرابع على كونه جعالة.

(١٥) سلمنا كون السبق عقداً، ولكن عموم الوفاء بالعقد لا يدل على لزوم كل عقد، وإنما يدل على وجوب الوفاء بالعقد كما هو طبعه، فإن كان لازماً فعلى نحو اللزوم، وإن كان جائزاً فعلى نحو الجواز، وإلا لو كان عموم الوفاء بالعقد دالاً على لزوم كل عقد لوجب =

الوفاء بالعقود الجائزة، وفيه^(١) نظر، لأن وجود^(٢) بعض الخواص لا يقتضي الاتحاد^(٣) في الحكم مطلقاً^(٤)، وأصالة عدم اللزوم^(٥) ارتفعت بما دل عليه، والأصل في الوفاء^(٦) العمل بمقتضاه^(٧) دائماً، وخروج العقد الجائز تخصيص للعام، فيبقى^(٨) حجة في الباقي، نعم الشك بقي في كونه^(٩) عقداً^(١٠).

(وتعيين العوض)^(١١).....

= أن تكون العقود الجائزة لازمة، وهذا باطل بالاتفاق، وهو استدلال للعلامة في المختلف، ومحل النظر فيه واضح، لأن عموم الوفاء بالعقد دال على اللزوم في كل عقد كما هو ظاهر العموم، والعقود الجائزة لولا الدليل على جوازها لكانت لازمة بحسب العموم ولا ضير في ذلك.

(١) في القول إن السبق جمالة.

(٢) ردّ للدليل الأول.

(٣) بحيث يكون السبق متحداً مع الجمالة في الحكم مطلقاً لزوماً وجوازاً.

(٤) حتى في اللزوم والجواز.

(٥) ردّ للدليل الثاني، والمعنى أن أصالة عدم مرفوعة بما دل على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقد.

(٦) ردّ للدليل الرابع بحسب شقه الثاني، والمعنى أن الأمر بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى العقد مطلقاً، وهذا هو اللزوم، وأما العقود الجائزة فقد خرجت بالدليل إذ لولاه لقلنا بلزومها، وخروجها عن العام لا يرفع حجية العام في الباقي.

(٧) بمقتضى العقد.

(٨) العام.

(٩) كون السبق.

(١٠) وهذا تسليم من الشارح للشق الأول من الدليل الرابع.

(١١) تقدير المال الذي يُبذل للسابق، فيشترط تعيينه جنساً وقدرًا، لأنه عوض عن فعل مُحلَّل فيشترط فيه العلم، فلو شُرط مالٌ ولم يُعيّن أو تسابقاً على ما سبقتان عليه فيما بعد، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد للغرر، وإفصائه إلى التنازع المخالف لحكمة الشارع.

نعم على القول بكون السبق جمالة فتجاوز الجهالة في العوض على بعض الوجوه، حيث لا يُفرضي إلى التنازع، ولا يُمنع من التسليم كجعل عبده الفلاني أو جزء منه.

مع أن المال ليس بشرط في عقد المسابقة، لخبر طلحة بن زيد (أغار المشركون على سرح المدينة فنأدى فيها منادٍ: يا سؤ صباحاه، فسمعها رسول الله ﷺ، فركب فرسه في طلب =

وهو المال الذي يبذل للسابق منهما^(١) قَدْرًا، وجنسًا، ووصفًا.

وظاهر العبارة^(٢) ككثير: أنه^(٣) شرط في صحة العقد، وفي التذكرة أنه ليس بشرط، وإنما المعتبر تعيينه لو شرط، وهو حسن.

..... (ويجوز كونه^(٤))

= العدو، وكان أول أصحابه، ولحقه أبو قتادة على فرس له، وكان تحت رسول الله ﷺ سرج دفناه من ليف، ليس فيه أشر وبطر، فطلب العدو فلم يلقوا أحداً، وتابعت الخيل، قال أبو قتادة: يا رسول الله، إن العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق فقال: نعم، فاستبقوا فخرج رسول الله ﷺ سابقاً، ثم أقبل عليهم فقال: أنا ابن العوانك من قريش، إنه لهو الجواد البحر، يعني فرسه^(١)، وهو ظاهر في جواز المسابقة من دون مال، ولكن يُعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه، للفرر على ما تقدم.

(١) من المتسابقين.

(٢) عبارة الماتن.

(٣) أن المال.

(٤) المال، واعلم أن السبق إذا تضمن مالا فإنه يصح، ففي خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين عليهما السلام (أن رسول الله ﷺ أجرى الخيل وجعل سبقها أوافي من فضة)^(١)، ومثله غيره.

وعليه فإذا أن يكون المال من المتسابقين أو من أحدهما أو من ثالث، والثالث إما الإمام أو غيره، فالصور أربع.

الأولى: أن يُخرج المال الإمام، وهو جائز باتفاق المسلمين كما في المسالك، إذا كان البذل من بيت المال، لأن النبي ﷺ سابق بين الخيل وجعل بينها سبقاً منه كما في خبر غياث المتقدم، وخبر طلحة عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله ﷺ أجرى الخيل التي أضمرت من الحصى - الحفي خ ل - إلى مسجد بني زريق، وجعل سبقها ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقا، أي نخلة، وأعطى المصلي عذقا، وأعطى الثالث عذقا)^(٢)، ومثله غيرها، ولأن ذلك يتضمن حثاً على تعلم الجهاد والفروسية وإعداد أسباب القتال، وفيه مصلحة بين المسلمين وطاعة وقربة.

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق والرماية حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق والرماية حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السبق والرماية حديث ١.

منهما معاً^(١)، ومن أحدهما^(٢)، وفائدته^(٣) حينئذ^(٤) أن البازل إن كان هو السابق

= الثانية: أن يخرج المَالُ غيرُ الإمام، ولم يكن من المتسابقين، وهو جائز عندنا وعند أكثر العامة كما في المسالك، لأنه بذل مالٍ في طاعة وقربة، بل يُتاب عليه مع نية التقرب. وعن بعض العامة أنه لا يجوز أن يُخرج المَالُ غيرُ المتسابقين إلا الإمام، لاختصاص النظر في الجهاد به، وضعفه ظاهر، لأن تهيئة أسباب الجهاد غير مختصة به، بالإضافة إلى عموم الأخبار المؤثِّعة للسبق.

الثالثة: أن يُخرج المَالُ أحدَ المتسابقين، بأن يقول لصاحبه: إن سَبَقْتُ فلك عليّ عشرة، وإن سَبَقْتُ أنا فلا شيء عليك، وهو جائز عندنا للأصل، وهو جواز المسابقة تمسكاً بعموم الأخبار مع انتفاء المانع، وعن بعض العامة لا يصح لأنه قمار، وهو ضعيف، لأنه اجتهاد في قبال النص.

الرابعة: أن يُخرج المَالُ كلا المتسابقين معاً، بأن يخرج كل واحدٍ منهما عشرة دراهم مثلاً، على أن يجوز العشرين السابقَ منهما، وهو جائز عندنا على المشهور، تمسكاً بعموم الأخبار، وعن ابن الخنيد منا أنه لا يجوز إلا بوجود المُحلَّل، وهو ثالث في السباق، إن سَبَقَ أخذَ السبقيين، وإن سَبَقَ لم يُغرَم، عملاً برواية عامية وهي: رواية أبي هريرة عن النبي ﷺ (أنه قال: من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار)^(١).

وفيها مع ضعف سندها عدم دلالتها، إذ هي أجنبية عن المدعى، حيث لا تدل على وجوب وجود المُحلَّل في المسابقة لو كان المَالُ من المتسابقين، وعن الشافعي اشتراط وجود المُحلَّل مطلقاً عند وجود المَالِ حتى تصح المسابقة عملاً بهذه الرواية، وقد عرفت عدم دلالتها على لزوم وجوده.

وسُفي الثالث مُحلَّلاً، لأنه على مذهب الشافعي أن عقد المسابقة حرامٌ إلا بوجوده.

(١) هذه هي الصورة الرابعة.

(٢) هذه هي الصورة الثالثة.

(٣) دفع توهم، وحاصل الوهم: أنه لا فائدة في هذه الصورة، وهي بذل المَالِ من أحدهما بحيث إذا سبق فهو له، ودفعه: أن المَالِ إذا سبق البازل رجع إليه، وإن سبق الغير أخذَ الغيرُ مَالَ البازل.

(٤) حين البذل من أحدهما.

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٣٤، رقم الحديث: ١٩٧٧٠، وكتر العمال ج ٤ ص ٣٤٥، رقم الحديث:

أحرز ماله، وإن كان غيره^(١) أحرزه (ومن بيت المال)^(٢) لأنه^(٣) معد للمصالح وهذا منها، لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد، (ومن أجنبي)^(٤) سواء كان الإمام^(٥) أم غيره، وعلى كل تقدير فيجوز كونه عيناً^(٦) ودينياً، حالاً ومؤجلاً.

(ولا يشترط المحلّل)^(٧) وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط^(٨) في عقده^(٩)، فيسابق معهما من غير عوض يبذله، ليعتبر^(١٠) السابق منهما^(١١)، ثم إن سبق^(١٢) أخذ العوض، وإن لم يسبق لم يغرم، وهو بينهما كالأمين، وإنما لم يشترط للأصل^(١٣)، وتناول ما دل على الجواز^(١٤) للعقد الخالي منه^(١٥)، وعند بعض^(١٦) العامة، وبعض^(١٧)

- (١) وإن كان السابق غير الباذل أحرز ماله الباذل.
- (٢) هذه هي الصورة الأولى.
- (٣) بيت المال.
- (٤) هذه هي الصورة الثانية.
- (٥) والبذل من ماله لا من بيت مال المسلمين.
- (٦) كون العوض، وقد عرفت أن المسابقة لا يُشترط فيها ذكر العوض، ولكن لو ذكر لكان مثله مثل بقية الأعراض الواقعة في المعاملات، لأنه عوض عن عمل السابق، فيصح كونه دينياً وعينياً، وحالاً ومؤجلاً، أو بعضه حالاً والآخر مؤجلاً، كما يصح في بقية الأعراض.
- (٧) خلافاً للشافعي في جميع صور المسابقة عند اشتغالها على المال، وخلافاً لابن الجنييد فيما لو كان المال من التسابقين.
- (٨) متعلق بقوله: «يدخل».
- (٩) عقد السبق، وهو متعلق بقوله «بالشرط».
- (١٠) ليعلم.
- (١١) من المتراهنين.
- (١٢) المحلّل.
- (١٣) أصالة عدم الاشتراط.
- (١٤) جواز السبق من عموم الأخبار.
- (١٥) من المحلّل.
- (١٦) وهو الشافعي.
- (١٧) ابن الجنييد.

أصحابنا هو شرط، وبه^(١) سمي محلاً، لتحريم العقد بدونه عندهم، وحيث شرط لزم، فيُجري دابته بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، وإلى ما شرط مع التعيين، لأنهما^(٢) بإخراج السبق^(٣) متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرهما.

(ويشترط في السبق تقدير المسافة)^(٤) التي يستبان فيها (ابتداءً، وغايةً) لئلا يؤدي إلى التنازع، ولاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً ظاهراً، لأن من الخيل ما يكون سريعاً في أول عدوه، دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس، فيتمكس الحكم (وتقدير الخطر)^(٥) وهو العوض إن شرطاه^(٦)، أو مطلقاً^(٧).

(وتعيين ما يُسبق عليه)^(٨) بالمشاهدة ولا يكفي الإطلاق^(٩)، ولا التعيين

(١) باشرط المحلل في عقد السبق.

(٢) المتراهنين.

(٣) بالتحريك، أي: لما أخرج التراهنان العوض فهما متنافران، وهذا تعليل لجريان دابته بينهما، ولذا قال الشارح «فيدخل بينهما لقطع تنافرهما».

(٤) لما كان عقد المسابقة من عقود المعاوضات فلا بد من الضبط الراجع للغرر، المحصل للعاية المطلوبة منه، ولا يتم ذلك إلا بأمر، أنهاها العلامة في التذكرة إلى اثني عشر أمراً، وقد ذكر الماتن بعضاً منها:

تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً، لأنه لو لم يكن هناك غاية معينة، فقد يديمان السير حرصاً ويتعبان وتهلك الدابة، ولأن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يأخذ في الضعف، وهو كثاف الخيل، وصاحبه يبغي قصر المسافة، ومنها ما يضعف في الابتداء ثم يقوى ويشتد في الانتهاء وهو هجانه، وصاحبه يبغي طول المسافة، ومع اختلاف الأغراض لا بد من الإعلام والتنصيص على ما يقطع النزاع.

(٥) العوض، وقد تقدم دليله.

(٦) المتسابقان.

(٧) بناءً على القول باشرطه في صحة أصل العقد، ولم يعرف قائل به.

(٨) ما يسابق عليه من فرس أو بعير، فيشترط تعيينه بالمشاهدة، لأن المقصود من المسابقة هو امتحان الفرس، ليُعرف شدة سيره، وهذا ما يقتضي التعيين، وفي الاكتفاء بالوصف وجه، لكنه ضعيف لعدم إفادته الغرض، إذ لا يتم إلا بالتشخيص، وعليه فحيث يعين المتسابقان الفرسين بالعقد فلا يجوز الإبدال حيثئذ.

(٩) إطلاق المسابقة على فرسٍ ما.

بالوصف^(١)، لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً (وا احتمال^(٢) السبق في المعينين^(٣)) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه (فلو علم قصور أحدهما^(٤) بطل)، لانتهاء الفائدة حينئذ، لأن الغرض منه^(٥) استعمال السابق، ولا يقدر رجحان سبق أحدهما^(٦) إذا أمكن سبق الآخر، لحصول الغرض معه^(٧).

(وأن يجعل السبق) بفتح الباء وهو العوض (لأحدهما) وهو السابق منهما، لا مطلقاً^(٨)، (أو للمحلل^(٩) إن سبق، لا لأجنبي)، ولا للمسبق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر، أو للمصلي^(١٠)، والأقل^(١١) للسابق، لنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، وهو الحث على السبق، والتمرن عليه، (ولا يشترط التساوي في الموقف^(١٢))

(١) كأن يُعَيَّن الفرس صاحب السن الفلاني أو الوصف الفلاني.

(٢) هذا من جملة الشروط، ومعناه احتمال كون كل واحد من المتسابقين يسبق الآخر، لأن الغرض من المسابقة هو استعمال السابق منهما، والاستعمال يتحقق مع احتمال سبق كل منهما، بحيث لو علم سبق أحدهما قطعاً على الآخر لم يكن للاستعمال فائدة.

(٣) من الفرسين.

(٤) وأن الآخر سابق قطعاً.

(٥) من عقد السبق.

(٦) مع إمكان سبق الآخر، لأنه مع هذا الإمكان تبقى فائدة للاستعمال.

(٧) مع إمكان سبق الآخر.

(٨) فلا يجوز جعل العوض لأحدهما ولو كان مسبقاً، بل لأحدهما بشرط أن يكون سابقاً.

(٩) فجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، لأنه لو جُعل لغيرهما لم يميز، لأنه مغزوت للغرض من عقد المسابقة، إذا الغرض التحريض في طلب العوض، فلا بد أن يجعل للسابق منهما ومن المحلل.

وعليه فلو جُعل للمسبق فلا يصح، لأن كلاهما يحرص على كونه مسبقاً لتحصيل العوض، فيفوت الغرض، وهو الحض على ممارسة القتال والمسابقة بأفضل وجه.

وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبق، أما لو جُعل الشيء اليسير للمسبق فيصح، لحصول الغرض بالنسبة للباقي الكثير.

(١٠) وهو الذي يأتي بعد السابق، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(١١) من العوض.

(١٢) هل يشترط التساوي في الموقف بين الفرسين، قيل: نعم، ولم يُعرف قائله، لانتهاء =

للأصل^(١)، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية.

وقيل: يشترط، لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس، وفروسية الفارس مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون مستنداً إليه^(٢)، فيخل بمقصوده^(٣)، ومثله^(٤) إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى^(٥).

(والسابق هو الذي يتقدم على الآخر بالعنق^(٦)) ظاهره اعتبار التقدم بجميعة،

= معرفة جودة الفرس والفارس مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون مستنداً إلى التفاوت بين الموقفين، فيخل بمقصود المسابقة.

والأشهر عدم الاشتراط، لأن عقد المسابقة مبني على التراضي، فيصح مع احتمال السبق لكل منهما، على أنه قد يحصل الغرض من معرفة جودة الفرس والفارس إذا عُنِيَ المبدأ والغاية لكل منهما وإن اختلف موقفهما.

(١) من أن عقد المسابقة مبني على التراضي، والتراضي هنا حاصل فيشمله عموم الأدلة.

(٢) إلى عدم التساوي.

(٣) فيخل عدم التساوي بمقصود العقد.

(٤) ومثل عدم التساوي في الموقف.

(٥) يشترط إرسال الدابتين دفعة، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا؟ لم يجز، لأنه منافٍ للغرض من عقد السبق، لأن النسب ربما يكون مستنداً إلى إرسال أحدهما أولاً.

ولم يخالف أحد في الإرسال مع وجود الخلاف في اشتراط التساوي في الموقف، والفرق بين المسألتين أن التفاوت بين الموقفين مضبوط، فيمكن معه رفع الجهالة بالتفاوت بين الغائتين، بخلاف إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى فالجهالة متحركة مع وحدة المسافة غاية وابتداء.

نعم يمكن ضبط الغائتين بين الفرسين بحسب الزمن، بحيث يكون السباق على من يقطع هذه المسافة بأقصر وقت، وعليه فلا يضر إرسال أحدهما دابته قبل الآخر، إلا أنه غير ملحوظ عند الأصحاب.

وما تقدم يظهر أن قول الشارح «ومثله إرسال إحدى الدابتين» أي: ومثل مسألة التفاوت في الموقف في الحكم بالبطان على القول به القول بإرسال إحدى الدابتين.

(٦) جرت عادة الفقهاء بذكر أسماء العشرة من الخيل التي جرت في الحلبة من الأول إلى العاشر، فالسابق هو الذي أحرز السبق، وكان الأول، إلا أنه وقع الخلاف بينهم في المقدار الذي يسبق به الثاني.

وقيل: يكفي بعضه^(١)، وهو حسن^(٢)، ثم إن اتفقا في طول العنق، وقصره^(٣) أو سبق الأقصر عنقاً ببعضه^(٤) فواضح، وإلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد^(٥)، ولو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق^(٦).

وفي عبارة كثير: أن السبق يحصل بالعنق والكتد معاً، وهو - بفتح الفوقانية أشهر من كسرهما - مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وعليه يسقط اعتبار بعض العنق، وقد يتفق السبق بالكتد وحده كما لو قصر عنق السابق به^(٧)، أو

= فالمشهور أن السابق هو المتقدم بالعنق والكتد، أما العنق فواضح معناه، وأما الكتد بفتح التاء وكسرهما، هو العالي بين أصل العنق والظهر، ويُعتبر عنه بالكاهل.

وعن ابن الجنيد الاكتفاء بالأذن لتحقق السبق، لقول النبي ﷺ (بُعِثت والساعة كفرسي رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه)^(١)، وأجيب بالحمل على المبالغة نحو قوله ﷺ: (من بنى مسجداً كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة)^(٢)، مع امتناع بناء مسجد كذلك، وكذا قد يكون أحد الفرسين هو السابق فيرفع رأسه فيتقدم الآخر عليه بأذنه.

وفي كلا القولين إشكال من حيثية عدم ثبوت معنى خاص للسبق عند الشارع، فلا يجب على الفقيه تشخيصه، وإنما هو راجع إلى العرف أو إلى تعيين التراخين.

بعض العنق، ولم يُعرف قائله. (١)

إن ساعد عليه العرف والعادة كما قيده صاحب الرياض. (٢)

وسبق أحدهما الآخر ببعض العنق فيتحقق السبق. (٣)

سبق الأقصر ببعض عنقه فأيضاً يتحقق السبق، وأما الأطول عنقاً فلا بد أن يسبق الأقصر بما يوازي التفاوت بين العنقين وزيادة، حتى يتحقق أنه سبقه ببعض عنقه.

القدر الزائد بينهما، والأكثر هو الزيادة. (٥)

لو سبق الطويل القصير ببعض ما يوازي التفاوت بين العنقين، فالقصير هو السابق، لأنه لو كانا متساويين في غاية المسافة لوجب أن يكون الطويل أسبق من القصير بما يوازي التفاوت بين العنقين، فلو كان دون التفاوت فالقصير أسبق.

بالكتد، لضخامة الكتد ونحافة العنق مع قصره. (٧)

(١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٣، والتذكرة ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به^(١)، والقوائم^(٢) فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق، لأن السبق يحصل بهما^(٣) والجري عليهما.
والأولى حيثئذ^(٤) تعيين السبق بأحد الأربعة^(٥)، ومع الإطلاق^(٦) يتجه الإكتفاء بأحدها، لدلالة العرف عليه، ويطلق على السابق المجلي^(٧).
(والمصلي^(٨) هو الذي يجاذي رأسه صلوي السابق، وهما^(٩): العظمان النابتان هن يمين الذنب وشماله)، والتالي^(١٠) هو الثالث، والبارع^(١١) الرابع، والمرتاح^(١٢) الخامس، والحظي^(١٣) السادس، والعاطف^(١٤) السابع، والمؤمل^(١٥) مبنياً للفاعل الثامن، واللطيم^(١٦)

- (١) لم يمكن اعتبار السبق بالعتق.
- (٢) المقصود منها خصوص اليدين.
- (٣) بيديه.
- (٤) حين القول بحصول السبق بغير العنق من الأمور الثلاثة.
- (٥) وهي العنق، والكتد، والعتق والكتد معاً، والقوائم.
- (٦) مع عدم التعيين، وقد عرفت أن المدار على مقصود المتراهنين، ومع عدمه فالعرف، والعرف مختلف من زمان إلى آخر، ومن مكان إلى آخر أيضاً، ومنه تعرف ضعف ما في كلام الشارح.
- (٧) قد عرفت أن ديدنهم على ذكر أسماء الخيل العشرة التي تأتي بحسب الترتيب، فيطلق على الأول السابق والمجلى.
- (٨) وهو اسم الثاني الذي يجاذي رأسه صلوي السابق، وقد فسرها الشارح في روضته.
- (٩) الصلوان.
- (١٠) لأنه تالي الثاني، من تلي الشيء يتلوه، أي: يأتي بعده.
- (١١) من برع إذا فاق أصحابه.
- (١٢) من الإرتياح والنشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق التي قبله.
- (١٣) لأنه حظي عند صاحبه فصار ذا حظوة عنده، لأنه لحق بالسوابق.
- (١٤) من العطف بمعنى الميل، أي: مال إلى السوابق، أو من العطف بمعنى الكر، أي: كرز عليها فلحقها.
- (١٥) لأنه يأمل اللحوق.
- (١٦) ككريم، لأنه يُلطم على وجهه يبطن الراحة ليلحق بأصحابه، أو لأنه يلتطم بالسوابق إذا أراد الدخول معها.

- بفتح أوله وكسر ثانيه - التاسع، والسُّكَيْتُ^(١) - بضم السين ففتح الكاف - العاشر، والفِيسْكَلُ^(٢) - بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقنقد - الأخير.

وتظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلي مالاً، وللمصلي أقل منه، وهكذا إلى

العاشر.

(ويشترط في الرمي معرفة الرشق^(٣)) بكسر الراء وهو عدد الرمي الذي يتفقان عليه (كعشرين، وعدد الإصابة^(٤)) كعشرة منها^(٥) (وصفتها^(٦)) من

(١) مصغراً مخففاً ككمت، ويجوز تشديد الكاف، سُمي به لسكوت صاحبه إذا قيل لمن هذا؟ لأنه يجيء في أواخر الخيل.

(٢) يقال للعاشر وما يأتي بعده، وقال الشارح في المسالك: «وقيل إن السكيت هو الفسكل، وهو آخر فرس يجيء في الرهان» انتهى.

(٣) تقدم جواز المسابقة على التصل، وهو يشمل السهم، والسهم يستعمل للرمي، فتصح المسابقة في الرمي والرمية، والرمي مشروط بعلم ستة أمور، الأول: الرشق، والثاني: عدد الإصابة، والثالث: صفة الإصابة، والرابع: قدر المسافة، والخامس: الغرض، والسادس: السبق، بالإضافة إلى تماثل جنس الآلة التي يتحقق بها الرمي.

أما الأول: وهو الرشق بالكسر، وهو عدد الرمي، أي: عدد ما يرمى به من السهام، فيقال: رمي رَشَقاً، أي: رمى بسهامه التي يريد رميها كلها، ومثاله: ما لو حصل الاتفاق على خمسة حَسَبٍ، فكل خمسة يقال لها رَشَق، وعن بعض أهل اللغة تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين.

وأما الرشق بالفتح فهو مصدر فيقال: رشقه رَشَقاً، إذا رماه بالسهم، واعتبار العلم بالرشق، لأنه العمل المقصود والمعقود عليه، إذ لو لم يُعَيَّن الرشق لطلب المسبوق تعدد الرمي حتى تحصل الإصابة، وقد يمتنع الآخر فيفضي إلى التنازع المعلوم من حكمة الشارع خلافه.

(٤) هذا هو الشرط الثاني، والمراد منه كخمس إصابات من عشرين رمية، لأن استحقاق السبق بالإصابة لا بالرمي، وبالإصابات يتبين حَدَقُ الرامي وجودة رميه فيعتبر العلم بها، وعليه فلو عقدا على أن يكون المناضل هو الأكثر إصابة فن غير بيان العدد من الإصابات لم يصح، للغرر المفضي إلى التنازع، المعلوم من حكمة الشارع خلافه، كالمسابقة على خيل إلى غير غاية.

(٥) العشرة مثلاً لعدد الإصابة، ومنها أي من العشرين، فيجعل عدد الإصابة عشرة من عشرين رمية.

(٦) هذا هو الشرط الثالث، والمعنى صفة الإصابة، وهي على أقسام، ذكر العلامة في =

الماروق^(١) وهو الذي يخرج من الغرض نافذاً ويقع من ورائه، (والخاسق)^(٢) بالمعجمة والمهملة^(٣)، وهو الذي يثقب الغرض ويقف فيه، (والخازق)^(٤) بالمعجمة والزاي، وهو ما خدشه ولم يثقبه.

وقيل: ثقبه ولم يثبت فيه، (والخاصل)^(٥) بالخاء المعجمة والصاد المهمل، وهو يطلق على القارع، وهو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، وعلى الخارق^(٦)، وعلى الخاسق وقد عرفتهما^(٧)، وعلى المصيب^(٨) له^(٩) كيف كان، (وغيرها) من الأوصاف كالمخاصر^(١٠)،

= التحرير ست عشرة منها، وفي كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً، ويُقتصر في الفقه عادة على ستة أسماء منها، وهي: الماروق والخاسق والخازق والحايي والخاصر والخارم، وسيأتي التعرض لمعناها.

وعلى كل فاشتراط العلم بصفة الإصابة، لاختلاف الأغراض فيها، واختلافها شدة وضعفها، فقد يقدر بعضهم على بعضها أزيد من الآخر، فيكون ترك التعيين غرراً، ومفضياً للتنازع.

وقيل: لا يشترط، لأن عقد الرمي عند عدم ذكر صفة الإصابة محمول على الإطلاق، أي مطلق الإصابة، ولأن الإصابة كيفما وقعت هي المقصودة، ولأصالة البراءة من التعيين مع حصول أصل الإصابة، ومعه لا يكون غرراً.

(١) هو الذي يخرج من الغرض نافذاً، فيكون قد مَرَّقَ فيه، ومنه الماروقون في الدين، صفة للخوارج.

(٢) ما ثقب الغرض وثبت فيه.

(٣) المعجمة للخاء والمهملة للسين.

(٤) ما خدشه ولم يثبت فيه، وهو للمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والقواعد، وعن أهل اللغة ثقبه ولم يثبت فيه.

(٥) هو القارع، المصيب للغرض كيفما كان كما في المسالك.

(٦) ويطلق الخاصل على الخارق، والخارق هو ما شقَّ الغرض، سواء سقط منه أم لا، وسواء ثبت فيه أم لا، وعن المحقق في الشرائع أن الخارق هو الخاسق، وقد تقدم معناه.

(٧) لم يتقدم معنى الخارق، إلا أن يكون مراده الخازق بالزاء.

(٨) ويُطلق الخاصل على المصيب للغرض كيفما كان.

(٩) للغرض.

(١٠) مأخوذ من الخاصرة، وهي في أحد جانبي الإنسان، سُمِّيَ به لإصابته أحد جانبي الغرض.

وهو ما أصاب أحد جانبيه^(١)، والخارم^(٢) وهو الذي يخرم حاشيته، والحايي^(٣) وهو الواقع دونه^(٤) ثم يجبو إليه، مأخوذ من جبو الصبي، ويقال^(٥): على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه وهو المزدلف، والقارع وهو الذي يصيبه بلا خدش.

ومقتضى اشتراطه^(٦) تعيين الصفة بطلان العقد بدونه^(٧)، وهو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر.

وقيل: يحمل على أخير ما ذكره^(٨) بمعناه الأخير، وهو الأقوى، لأنه^(٩) القدر المشترك بين الجميع، فيحمل الإطلاق عليه، ولأصالة البراءة من وجوب التعيين، ولأن اسم الإصابة واقع على الجميع، فيكفي اشتراطه^(١٠)، ولا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك.

(وقدر المسافة^(١١)) إما بالمشاهدة، أو بالتقدير كمائة ذراع، لاختلاف الإصابة

- (١) جانبي الغرض.
 - (٢) ما يخرم حاشية الغرض.
 - (٣) هو ما زلج وزلق على الأرض ثم أصاب الغرض، بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يجبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من جبو الصبي.
 - (٤) دون الغرض.
 - (٥) ويطلق الحايي على المزدلف، والمزدلف هو الذي يضرب الأرض ثم يشب إلى الغرض، والترادف ظاهر القواعد، وغيره فرق بينهما، لأن الحايي يشب إلى الغرض بضعف بخلاف المزدلف فإنه بقوة.
 - (٦) اشتراط المصنف.
 - (٧) بدون التعيين.
 - (٨) على الاسم الأخير الذي ذكره المصنف، وهو الحاصل بمعناه الأخير، وهو المصيب للغرض كيفما كان.
 - (٩) المصيب للغرض كيفما كان.
 - (١٠) اشتراط اسم الإصابة.
 - (١١) هذا هو الشرط الرابع، والمراد قدر المسافة التي يرميان فيها، وهي ما بين موقف الرامي والهدف، لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها، والأغراض تختلف باختلافها، والتعيين يرفع الغرر ويكشف الحال.
- والتعيين يتم بأمرين إما بالمشاهدة أو بذكر المسافة، وعليه فلو عينا مسافة لا يحتمل إصابتهما منها بطل، لعدم الفائدة حينئذ.

بالقرب والبعد، (و) قدر (الغرض)^(١) وهو ما يقصد إصابته من قرطاس^(٢)، أو جلد، أو غيرهما، لاختلافه بالسعة والضيق.

ويشترط العلم بوضعه^(٣) من الهدف، وهو ما يجعل فيه الغرض من تراب^(٤)، وغيره، لاختلافه^(٥) في الرفع، والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابات، (والسَبَق)^(٦) وهو العوض، (ومتائل^(٧) جنس الآلة) أي: نوعها الخاص كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص، لاختلاف الرمي باختلافها (لا شخصها^(٨))، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من

(١) هذا هو الشرط الخامس، فالغرض هو المقصود بالإصابة، ويحصل العلم به بأمرين:

الأول: بموضعه من الهدف، بارتفاعه وانخفاضه منه.

الثاني: قدره في ضيقه وسعته من الهدف، لأن الإصابة في الواسع أكثر منها في الضيق.

(٢) من نشوية، والمعنى أن الغرض هو القرطاس أو الجلد.

(٣) بوضع الغرض من الهدف.

(٤) من نشوية، متعلق بالهدف، أي: والهدف من تراب ونحوه الذي يجعل فيه الغرض من قرطاس ونحوه.

(٥) لاختلاف الغرض، وهذا تعليل لاشتراط العلم بوضع الغرض من الهدف.

(٦) بالتحريك وهو العوض، وهذا هو الشرط السادس، ويشترط العلم بقدر السَبَق وهو العوض المذول حذراً من الغرر في المعاملة، كغيره من الأعواض.

(٧) ويشترط التماثل في النوع، والمراد من الجنس هنا النوع، بل الصنف، ولذا قال في المسالك: «فالمراد بتماثل جنس الآلة تماثل ما يتراميان به من القوس في الصنف، كالعربي الخالص» انتهى.

والدليل على اشتراط التماثل أن الرمي يختلف باختلاف أصناف الآلة، فيجب ضبطه حذراً من الجهالة، لأن اختلافها بمنزلة اختلاف الحيوان في السبق كالخيل والبغال.

وقيل، ولم يُعرف قائله: لا يشترط التعيين ولا يضرّ اختلاف الصنف، فيجوز إطلاق العقد، فإن كان هناك عرفٌ فيحمل الإطلاق عليه، لأن المعروف عرفاً كالشروط شرطاً، ومع اضطراب العرف وتعدده يفسد العقد.

(٨) شخص الآلة: أي: لا يشترط تعيين شخص الآلة، بل عن المحقق الثاني كما في الرياض

الإطباق عليه، لعدم الفائدة في تعيين الشخص بعد تعيين الصنف، ولأنه قد يعرض للشخص من المعين أحوال خفية يواجهه إلى الإبدال، وقيل، ولم يُعرف القائل أيضاً: إنه لو عيّنه لم يتعين، كما لو عيّن المكيل في السلم فلا يتعين، والمشهور أنه مع الشرط =

المعين يجوز إلى إبداله .

بل قيل : إنه لو عينه لم يتعين، وجاز الإبدال، وفسد الشرط، وشمل إطلاق الآلة القوس، والسهم، وغيرهما^(١)، وقد ذكر جماعة^(٢) أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس^(٣)، وأنه لو لم يعين جنس الآلة^(٤) انصرف إلى الأغلب عادة، لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت^(٥) فسد العقد، للغرر .

(ولا يشترط)^(٦).....

= يتعين، وعلى قول غير المشهور فهل يفسد العقد بتعيينه وجهان .

الأول: الفساد كما عن العلامة في التذكرة، لأنه شرط فاسد، وشأن كل شرط فاسد أن يفسد العقد .

الثاني: عدم الفساد، لأنه مع فساد الشرط يكون كالمعدم، بل يكون ذكره لغواً، فهو كضمّ الحجر إلى جنب الإنسان، وهو اختيار العلامة في القواعد وجماعة .

(١) كالنشاب والرمح .

(٢) لم يُنقل في كتب الخاصة هذا الخلاف، كالجواهر والمسالك والرياض والمختلف .

(٣) لأن أشخاصها مختلفة، فيجب تعيين الصنف حينئذ .

(٤) مال إليه في المسالك .

(٥) العادة، هذا وتمائل جنس الآلة لم يندرج في الشروط، لأن التماثل مما يفترق إليه العقد، لا مما يجب أن يُعلم، بخلاف الستة السابقة فإنها مما يجب أن يُعلم .

(٦) المبادرة والمحاطة قسمان من الرمي، أما المبادرة فهي أن يتفقا على رمي عدد معين كعشرين مثلاً، ومن بَدَرَ إلى إصابة عدد معين من العشرين كخمسة فقد ناضل وسابق صاحبه الذي لم يصب الخمسة، وبعبارة أخرى أن يتفقا على إصابة خمسة من عشرين رمية، فمن أصاب الخمسة قبل الآخر فهو الذي أحرز النضال وإن لم يكمل العشرين .

وأما المحاطة، بالتشديد، أن يتفقا على عدد الرميات، وهي عشرون، وتطرح عدد الإصابات من كلا الجانبين، ومن زاد فهو الذي ناضل وأحرز السبق على الآخر، وعليه فيجب إكمال العشرين .

إذا تقرر ذلك فتارة يشترط في العقد المبادرة وأخرى المحاطة وثالثة الإطلاق .

فإذا اشترطت المبادرة في العقد، والرشق عشرون والإصابة خمسة، ثم رمى كل واحد منهما عشرة فأصاب كل منهما خمسة من العشرة، فقد تساوى في الإصابة والرمي، ولم يتحقق السبق، ولا يجب الإكمال، لأنه لو وجب رجاء السبق في الباقي لخرج عن وضع

تعيين (المبادرة)^(١) وهي^(٢) اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما^(٣) في الرشق، كخمسة من عشرين، (ولا

= المبادرة إلى المحاطة، وهو خلاف المفروض. ولو أصاب أحدهما خمسة في العشرة الأولى، والثاني أصاب أربعة، فقد سبق صاحب الخمسة صاحبه، ولو سُئل إكمال العدد لم يجب، وإلا لو وجب لخرج عن وضع المبادرة إلى المحاطة.

وإذا شُرطت المحاطة في العقد، فرمى كل واحد منهما عشرة وأصاب كل واحد منهما خمسة، تحاطاً خمسة بخمسة وأكمل الرشق إلى تمام العشرين، لأنه يُرجى لكل منهما السبق في الباقي.

نعم لو رمى أحدهما عدداً كخمسة عشر فأصابها بتمامها، والآخر أصاب منها خمسة، فلا يجب الإكمال، لأن الباقي خمسة فلو أصابها صاحب الأقل وأخطأها صاحب الأكثر لبقى صاحب الأكثر سابقاً، وعليه فلو طالب صاحب الأقل الإكمال حينئذ فلا يجب الإكمال على صاحب الأكثر.

ومنه يتبين أنه لو كان في الباقي فائدة للمسبوق بأن يُحقق السبق على صاحبه، أو التساوي معه ليمتنع من التفرد، فيجب على السابق الإجابة عند طلب الإكمال. وإذا كان العقد مطلقاً، فهل يحمل على المبادرة أو المحاطة، فيه خلاف بين الأصحاب من ناحيتين:

الأولى: هل يجب تعيين أحدهما في العقد أو لا، ذهب العلامة في التذكرة إلى اشتراط تعيين أحدهما في العقد، لأن حكم كل واحدة منهما مخالف للأخرى، فإن أهمل العقد من الاشتراط بطل للفرور، لأن الأغراض متفاوتة، فمن الرماة من يُكثر إصابته في الابتداء ويقل في الانتهاء فيفيد المبادرة، ومنهم من يقل إصابته في الابتداء ويُكثر في الانتهاء فيفيد المحاطة، واستجوده الشارح في المسالك.

وذهب غيرهما إلى عدم الاشتراط، لأصالة العدم مع انتفاء الدليل على الاشتراط. الثانية: إذا صح الإطلاق فهل يحمل على المحاطة أو المبادرة على قولين، أشهرهما أنه يُحمل على المحاطة، لأن اشتراط السبق في العقد إنما يكون في الإصابات المعينة من أصل العدد والرشق، وهذا يقتضي وجوب إكمال العدد، وهو معنى المحاطة. وقيل: يحمل الإطلاق على المبادرة، لأنها الغالب في المناضلة.

(١) لأصالة عدم الاشتراط.

(٢) المبادرة.

(٣) تساوي المترامين.

المحاطة^(١) وهي^(٢) اشتراط استحقاقه^(٣) لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه .

(ويحمل المطلق على المحاطة)، لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة^(٤) من أصل العدد^(٥) المشترط في العقد^(٦)، وذلك يقتضي إكمال العدد كله، لتكون الإصابة المعينة منه^(٧)، وبالمبادرة قد لا يفتقر إلى الإكمال^(٨)، فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة مثلاً فقد نضله^(٩) صاحب الخمسة^(١٠)، ولا يجب عليه الإكمال^(١١).

بخلاف ما لو شرطا المحاطة، فإنهما يتحاطان أربعة بأربعة، ويبقى لصاحب الخمسة واحد، ويجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد^(١٢) بإصابة خمسة فيما يبقى .

وقيل: يحمل على المبادرة^(١٣)، لأنه^(١٤) المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عدداً معيناً، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما^(١٥)،

(١) ولا يشترط تعيين المحاطة في العقد، لأصالة عدم الاشتراط .

(٢) المحاطة .

(٣) استحقاق العوض .

(٤) إصابة عدد معين .

(٥) أصل الرشق .

(٦) عقد المسابقة .

(٧) من أصل العدد .

(٨) إكمال العدد .

(٩) سبقه .

(١٠) على نحو المبادرة .

(١١) لا يجب على السابق الإكمال، وإلا لخرج عن كونه مبادرة إلى المحاطة .

(١٢) كل واحد من المترايين .

(١٣) لأنها الغالب في الرمي .

(١٤) البدار .

(١٥) بين المبادرة والمحاطة، أما عدم وجوب الإكمال في المبادرة فواضح، وأما عدم وجوب الإكمال في المحاطة فهو فيما لم يكن للمسبوق احتمال السبق في الباقي .

فإنه^(١) قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته^(٢)، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير^(٣)، بأن رمى أحدهما في المثال خمسة عشر فأصابها، ورماهما^(٤) الآخر فأصاب خمسة فإذا تحاطا خمسة بخمسة بقي للأخر عشرة، وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطيء صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر فيبقى له^(٥) فضل خمسة وهي الشرط^(٦).

وما اختاره^(٧) المصنف أقوى، لأنه^(٨) المتبادر، وما ادعي منه^(٩) في المبادرة غير متبادر، ووجوب الإكمال فيها^(١٠) أغلب، فتكثر الفائدة^(١١) التي بسببها شرعت المعاملة، ولو عينا أحدهما كان أولى.

(فإذا تمَّ النضال) وهو المراماة، وتمامه بتحقيق^(١٢) الإصابة المشروطة لأحدهما^(١٣)، سواء أتم العدد أجمع^(١٤) أم لا^(١٥) (ملك الناضل) وهو الذي غلب

(١) الشأن والواقع.

(٢) فائدة الإكمال.

(٣) أكمل العدد أو لا.

(٤) خمسة عشر.

(٥) لصاحب العشرة.

(٦) الخمسة هي الشرط، هذا إذا شُرط في المحاطة أن يسبق أحدهما الآخر بخمسة بعد المحاطة، لأنه لا يجب ذكر عدد، بل يكفي أن يسبق أحدهما الآخر ولو بواحدة بعد المحاطة.

(٧) من حل الإطلاق على المحاطة.

(٨) ما اختاره المصنف من حل الإطلاق على المحاطة.

(٩) من عقد سبق عند إطلاقه.

(١٠) في المحاطة.

(١١) وهي كثرة الرمي الموجبة للتمرن.

(١٢) الباء للسببية.

(١٣) بتحقيق الإصابة المشروطة في ضمن الرشق على نحو المبادرة أو المحاطة لأحد المترامين.

(١٤) كما في المحاطة.

(١٥) كما في المبادرة.

الآخر (العوض)^(١)، سواء جعلناه^(٢) لازماً كالإجارة أم جمالة^(٣).

أما الأول^(٤) فلأن العوض في الإجارة وإن كان^(٥) يُملك بالعقد^(٦)، إلا أنه^(٧) هنا^(٨) لما كان^(٩) للغالب^(١٠)، وهو^(١١) غير معلوم، بل يمكن عدمه^(١٢) أصلاً^(١٣).

- (١) إذا تم النضال يملك صاحب الأكثر العوض بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأنه مقتضى العقد المحكوم بصحته شرعاً.
- (٢) عقد المسابقة.
- (٣) إشارة إلى إشكال، وهو: أن الشروع في الرمي ما لم تتحقق الإصابة المشروطة لا يوجب تملك العوض، وهذا على خلاف الإجارة من أن العوض يُتملك بالعقد، فكيف ذهب بعضهم إلى أن عقد المسابقة إجارة، وأن تحقق الإصابة المشروطة موجب لتملك العوض وإن لم يكمل العدد من الرشق، وهذا على خلاف الجمالة من أن العوض يُملك بتمام العمل، فكيف ذهب بعضهم إلى جعل عقد المسابقة جمالةً.
- (٤) والتزاماً بالإشكال وبغيره ذهب بعضهم - ومنهم الشارح في المسالك - إلى أن عقد المسابقة عقدٌ مستقل برأسه وإن شابه الإجارة والجمالة ببعض أحكامهما.
- (٥) إذا كان لازماً، واعلم أن الإشكال له شقان، شق على جعل العقد إجارةً وشق على جعله جمالة، وأراد الشارح دفع الإشكال بشقه الأول، وحاصل الدفع أن العوض في المسابقة للغالب، ولا يُعرف الغالب إلا بتحقيق الإصابة، فلذا لم يُملك العوض بمجرد العقد، والدفع عليل، لأن العقد لو كان إجارة لوجب القول إن الغالب منهما يملك العوض بمجرد العقد، وينكشف الغالب عند تحقق الإصابة.
- (٥) العوض.
- (٦) عقد الإجارة.
- (٧) العوض.
- (٨) في المسابقة.
- (٩) العوض.
- (١٠) من المترامين.
- (١١) الغالب.
- (١٢) عدم الغالب عند تساويهما.
- (١٣) واقعاً، وفي هذه الصورة لو كان العقد إجارة والعوض يُملك بالعقد كما هو مبني الإشكال لكان عند التساوي ينكشف أن العوض لم يُملك لواحدٍ منهما.

توقف الملك^(١) على ظهوره^(٢)، وجاز^(٣) كونه^(٤) لازماً برأسه^(٥) يخالف الإجارة في هذا المعنى^(٦)، وأما على الجعالة^(٧) فلأن المال إنما يُملك فيها^(٨) بتمام العمل^(٩).

وجواز الرهن عليه^(١٠) قبل ذلك^(١١) وضمانه^(١٢)، نظراً^(١٣) إلى وجود السبب المملك وهو العقد.

وهذا^(١٤) يتم في الرهن،

- (١) ملك العوض.
- (٢) ظهور الغالب، وظهوره عند تحقق الإصابة، فلذا كان تحقق الإصابة موجباً للتملك، وقد عرفت ضعف هذا الرد.
- (٣) جواب ثانٍ عن الإشكال بشقه الأول، وهو الالتزام بكون المسابقة عقداً برأسه وإن شابه الإجارة ببعض أحكامها.
- (٤) كون السبق.
- (٥) عقداً مستقلاً.
- (٦) من تملك العوض عند ظهور الغالب.
- (٧) دفع للإشكال بشقه الثاني المبني على كون السبق جعالةً، وحاصل الدفع أن العوض في الجعالة متوقف على تمام العمل، وتمام العمل في السبق ليس الرشق بل تحقق الإصابة المعينة من الرشق، وقد تحققت بحسب الفرض، فلا خلاف بين عقد السبق والجعالة.
- (٨) في الجعالة.
- (٩) وهو الإصابة المعينة، لا الرشق في عقد المسابقة.
- (١٠) على العوض.
- (١١) قبل تمام العمل.
- (١٢) عطف على الرهن، هذا إشكال على كون العقد جعالةً، وحاصله أن العقد لو كان جعالة فالعوض لا يثبت إلا بعد تمام العمل، مع أنه يجوز الرهن والضمان على العوض قبل تمام العمل في عقد المسابقة، وقد تقدم أن الرهن والضمان إنما هما على المال الثابت له في الذمة، ولما جاز الرهن والضمان على العوض قبل تمام العمل في عقد المسابقة كشف عن كون العوض ثابتاً للمنازل بسبب العقد.
- (١٣) علة للجواز.
- (١٤) جواب عن الإشكال المذكور، وحاصله: أن الإشكال المذكور يتم في الرهن، وأما في الضمان فلا.

أما في الضمان فيشكل^(١) بأن مجرد السبب غير كاف^(٢)، كيف ويمكن تخلفه^(٣) بعدم الإصابة، فليس بتام^(٤).

وهذا^(٥) مما يرجح كونه^(٦) جمالة.

(وإذا نفل أحدهما صاحبه) بشيء (فصالحه^(٧) على ترك النفل لم يصح)، لأنه^(٨)

= وفيه: أن هذا تفكيك بين الضمان والرهن، وهذا مخالف لما صرح به الشارح في كتاب الضمان من عدم الفرق بينهما من ناحية المتعلق، لأن الماتن قال هناك: «والمال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه»، وقال الشارح: «وهو المال الثابت في الذمة».

وإذا ثبت أن متعلق الرهن لا بد أن يكون ثابتاً في الذمة فكيف حكم الشارح هنا بجواز الرهن على عوض المسابقة بمجرد العقد، مع أنه لا يملكه المناضل، ولا يثبت في ذمة الباذل إلا بعد تمامية العمل.

(١) جواز الضمان على العوض بمجرد العقد.

(٢) غير كاف في ثبوت العوض حتى يصح ضمانه.

(٣) تخلف سبب تملك العوض عند عدم الغلبة، وذلك عند تساويهما، وهو يأتي عليه في الرهن أيضاً.

(٤) الإشكال السابق من جواز ضمان العوض قبل تمام العمل ليس بتام، وقد عرفت أن جواز الرهن عليه كذلك ليس بتام.

(٥) حكم المصنف من تملك المناضل للعوض عند تمامية العمل.

(٦) كون عقد السبق.

(٧) بحيث قال المسبوق للسابق: اطرح الفضل بكذا من المال حتى يتساويا، فعن المشهور عدم الجواز، لمنافته لغرض العقد، وهو التسابق، ولمخالفته للحكمة المسوّغة للعقد، وهي الحفض على التمرن، ولا يكون إلا بأصل الفوز.

وتوقف المحقق في الشرائع، لأن المال هنا في الصلح على عمل محلل، فيندرج تحت عموم «أوفوا»^(١)، والمنع لانحصار المقصود بالانضال بالحث على التمرن، إذ يجوز النضال لكسب المال، ولكونه شرطاً سائغاً، فيندرج تحت عموم النبوي (المؤمنون عند شروطهم)^(٢).

(٨) الصلح على ترك النفل.

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

مفوت للغرض^(١) من المناضلة، أو مخالف لوضعها^(٢) (ولو ظهر استحقاق العوض^(٣))

- (١) وهو التسابق وإبانة حَذَقِ الرامي وجودة رمية.
- (٢) وضع المناضلة، لأنها شرعت لإظهار الغالب.
- (٣) لو فسد العقد قبل العمل بأن كان العوض خيراً أو مجهولاً فعن الشيخ والمحقق والشهيد أنه لا شيء للسابق، فلا يسمى لفساد العقد، ولا أجره المثل، لأن السابق لم يعمل للباذل ولم يُعَدَّ نفع عمله على الباذل، بل عمل لنفسه، بخلاف العامل في الإجارة والجماعة الفاسدين، فالعامل يرجع إلى أجره المثل، لرجوع العمل للمستأجر والجماعل. وعن العلامة والمحقق الثاني وجماعة أن السابق يرجع إلى أجره المثل، لأنه عقد استحق المسمى في صحيحه، وما يضمن بصحيحه يضمن بفساده، ولا نُسلم أن وجوب أجره المثل في العقود الفاسدة لرجوع العمل إلى المستأجر والجماعل، لأن العمل في المضاربة قد لا ينتفع به المالك عند عدم الربح، ومع ذلك يكون العمل مضموناً عليه لو تبين فساد العقد.

وفي دليل كلي منهما نظراً، لأن الفرق بين العقود الفاسدة كالإجارة والجماعة التي حكم فيها بأجرة المثل وبين عقد المسابقة أن في الإجارة والجماعة قد أمر العامل بالعمل في قبال عوض، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد يُنتقل إلى أجره المثل، لاحترام عمله بعد الأمر به.

وأما في المسابقة فلا أمر على السابق بالعمل، لأن قول الباذل: سابقتك على أن من سبق مثا فله كذا، ليس بأمر، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد فعله وإن كان محترماً لكن لم يؤمر به حتى يضمنه الأمر بأجرة المثل، ومنه تعرف ضعف كلا الدليلين، وإن اقتضى ما ذكرناه عدم ثبوت أجره المثل عند فساد عقد المسابقة.

ولو فسد العقد بعد إتمام العمل كما لو ظهر العوض المعين مستحقاً للغير، بحيث وقع العقد متزلزلاً وهو غير باطل، لأنه صحيح موقوف على إجازة مالك العوض، فلو لم يُجز المالك، وكان ذلك منه بعد تمام العمل فقد فسد العقد، فعن جماعة منهم المحقق في الشرائع بل قيل هو المشهور أنه يجب على الباذل مثل العوض أو قيمته، لأن العقد لم يكن فاسداً من رأس، وعليه فقد تشخص العوض عند انعقاد العقد، فإذا طرأ الفساد على العقد لعدم إجازة مالك العوض وجب الرجوع إلى أقرب شيء إلى العوض، لأنه قد تشخص، وأقرب شيء إليه مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، كالصداق في المهر إذا ظهر استحقاقه للغير.

وقيل: يجب أجره المثل هنا، لأن العوض المسمى إذا فات وجب قيمة العمل المبدول، =

المعين^(١) في العقد^(٢) (وجب على الباذل مثله^(٣) أو قيمته)، لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه^(٤) من العوض الفاسد، كالصداق إذا ظهر فساد^(٥).

ويشكل بأن استحقاق العوض^(٦) المعين يقتضي فساد المعاملة كمنظائره^(٧)، وذلك^(٨) يوجب الرجوع إلى أجره المثل، لا العوض الآخر^(٩).

نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين، أو قيمته، اتجه سقوط الزائد، لدخوله^(١٠) على عدمه، وهذا هو الأقوى، والمراد بأجره المثل هنا^(١١) ما يبذل

= وهذا يستدعي أجره المثل، وبالإضافة إلى أن المالك لو لم يُجْزْ انفسخ العقد ويطل من رأس، لا من حين عدم الإجازة، فيصير العوض المعين كالمعدوم ابتداءً، وتكون مسألتنا كالمسألة السابقة، وقد حُكِمَ فيها بأجره المثل.

(١) لأنه لو كان كلياً فلا يبطل العقد، لأنه يجب على الباذل دفع صداق الكلي من جيبه إن لم يُجْزِ الغير في الصداق المدفوع.

(٢) هذا إذا طرأ الفساد على العقد بعد تمام العمل، وذلك فيما لو ظهر العوض المعين مستحقاً للغير ولم يجز المالك، وكان ذلك بعد إتمام العمل.

(٣) مثل العوض.

(٤) لأن العقد كان صحيحاً قبل طرؤ الفساد، وهو موجب لتشخص العوض.

(٥) وأنه مستحق للغير.

(٦) من باب إضافة المصدر لمفعوله، أي: استحقاق الغير للعوض.

(٧) نظائر عوض المسابقة، وهذه الأعراض لو ظهرت مستحقة للغير ولم يُجْزِ المالك فتنفسد المعاملة من رأس، لا من حين الفسخ، وعليه فيرجع إلى أجره المثل لو كان هناك أمر بالعمل، وأما في مفروض مسألتنا فلا أمر بالعمل، فيجب أن لا يثبت له شيء من أجره المثل، كما لو كان العقد فاسداً قبل تمام العمل، وعليه فحكم الشارح هنا بوجود الرجوع إلى أجره المثل ليس في محله.

(٨) الفساد.

(٩) وهو مثل العوض أو قيمته.

(١٠) دخول السابق على عدم الزائد، إذ أقدم على أن يسلم له العوض لا الزائد عليه.

(١١) في عقد المسابقة والرماية، ما يُبْذَل بحسب العادة للسابق والناضل فيما سبق به أو ناضل بملاحظة مجموع عمله، لا بخصوص ما زاد به على الآخر فقط.

لذلك العمل الواقع من المستحق له^(١) عادة، فإن لم تستقر العادة على شيء رجع إلى الصلح^(٢).

وربما قيل^(٣): بأنه أجره مثل الزمان الذي وقع العمل فيه، نظراً إلى أن ذلك أجره مثل الحر لو غُصِبَ تلك المدة، والأجود الأول^(٤).

-
-
- (١) متعلق بقوله: «ما يُبذل»، والمعنى: ما يبذل الذي يستحق العمل للعامل في قبالة عمله.
 (٢) لعدم العادة مع خيرية الصلح.
 (٣) لم يُعرف قائله.
 (٤) وهو أجره مثل العمل، لأن الحر لا يُضمن لا عيناً ولا قيمة.



كتاب الجعالة

(كتاب الجعالة^(١))

(وهي) لغة مال يجعل على فعل، وشرعاً^(٢) (صيفة ثمرتها^(٣)) تحصيل المنفعة^(٤)

(١) بتثليث الجيم كما في المسالك والكسر أشهرها، واقتصر جماعة على الكسر فقط، كما اقتصر آخرون على الكسر والفتح.

وهي على ما صرح به غير واحد كما في الجواهر اسم لما يُجعل للإنسان على شيء يفعله، والمصدر الجعل بالفتح.

(٢) لا حقيقة لها في الشرع غير ما في اللغة، نعم لا تتحقق الجعالة إلا بإنشاء الالتزام بعوض على عمل محلل مقصود.

وعلى كل فلا خلاف في مشروعيتها، للإجماع على ذلك بين المسلمين، مضافاً إلى الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى حكاية عن يوسف: ﴿ولئن جاء به ليعير وأنا به زعيم﴾^(١)، وأما السنة فأخبار.

منها: خير عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبي سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع فقال: ربما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والغلام والدار والجارية فنجعل له جعلاً، قال عليه السلام: لا بأس)^(٢).

(٣) ثمرة الصيفة.

(٤) للجاعل.

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الجعالة حديث ١.

بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما^(١) أي: في العمل والعيوض، كمن رد عبدي فله نصفه مع الجهالة به^(٢) وبمكانه^(٣)، وبهذا^(٤) تتميز^(٥) عن الإجارة على

(١) في العمل و العوض، أما في العمل فلا يشترط العلم به بلا خلاف فيه إلا من ابن حمزة في الوسيلة، لأن الغرض من مشروعية الجمالة تحصيل الأعمال المجهولة غالباً، كردّ الآبق ولم يُعلم مكانه، وكذا ردّ الدابة، فاغْتَرَّ الجهل في العمل لمسيس الحاجة إلى ذلك. وعن ابن حمزة اشتراط اليقين، وفيه: أنه مع الاشتراط المذكور لا يبقى موردٌ للجمالة إلا نادراً، وهذا يخالف لحكمة تشريعها، ويخالف للنصوص.

منها: خبر علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (سألته عن جعل الآبق والضالة فقال: لا بأس^(١))، مع أن العمل في ردهما مجهول، إذ لا يُعلم مكانهما.

ثم إذا صححت الجمالة على المجهول فتصح على المعلوم بطريق أولى، وما ذهب إليه بعض الشافعية من اشتراط الجهل بالعمل، لأنه الثابت من شرعيتها ليس في محله، وعلى ما تقدم فتصح الجمالة على المجهول كما لو قال: من ردّ عبدي فله كذا، وتصح على المعلوم كما لو قال: من خاط ثوبي هذا فله كذا.

وأما العوض فعلى المشهور اشتراط العلم به، لأنه يشترط العلم في عوض الإجارة فكذا في عوض الجمالة، ولأنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة في العوض بخلاف العمل، ولأنه لا يكاد يرغب أحدٌ في العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد، وعلى اشتراط العلم فلا بد أن يكون العوض معلوماً بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ بحسب ما جرت به العادة في معرفته، وعن بعضهم أنه يكفي في العلم المشاهدة.

وعن جماعة منهم العلامة في التذكرة والمحقق الثاني عدم اشتراط العلم في العوض، لأن الجمالة لما بُنيت على الجهالة في أحد العوضين الذي هو العمل فصار أمرها مبنياً على احتمال الغرر، فلا يضرها جهالة العوض، ولأنه كما تمس الحاجة إلى جهالة العمل قد تمس الحاجة إلى جهالة العوض، بأن لا يريد الجاعل أن يبذل غير المجهول عليه فيقول: من يرّد عبدي فله نصفه.

(٢) بالعد، فيلزم جهالة العوض.

(٣) حال كونه آبقاً، فيلزم جهالة العمل، وهو مثال لجهالة العمل والعوض معاً.

(٤) من عدم اشتراط العلم في العمل والعوض.

(٥) الجمالة.

تحصيل منفعة معينة^(١)، لأن التعيين^(٢) شرط في الإجارة، وكذا عوضها^(٣)، أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق^(٤)، وأما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

(ويجوز^(٥) على كل عمل محلل^(٦) مقصود^(٧) للعقلاء (غير واجب على العامل^(٨)) فلا يصح على الأعمال المحرمة كالزنا، ولا على ما لا غاية له معتداً بها عقلاً، كتزف ماء البئر^(٩)، والذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة، ونحوهما مما يقصده العابثون، نعم لو كان الغرض به^(١٠) التمرن على الشجاعة وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صح، وكذا لا يصح على الواجب عليه^(١١) كالصلاة.

(ولا يفتقر إلى قبول^(١٢)).....

(١) وعليه أن يزيد: بعوض معين.

(٢) تعيين المنفعة.

(٣) عوض الإجارة، فيشترط تعيينه.

(٤) وقد عرفت خلاف ابن حزة فيه.

(٥) تذكير الضمير باعتبار الجمل بالفتح، لا باعتبار تأنيث الجعالة.

(٦) مباح بالمعنى الأعم، فيشمل المستحب والمكروه، فلا يصح الجعل على المحرم كالزنا وشرب الخمر، لأنه محرم مع عدم العوض، فمع العوض كذلك، ولأن بذل العوض إزاء المحرم سفة وهو منهي عنه.

(٧) مقصود في نظر العقلاء، على وجوه يخرج عن كونه سفهاً، كما لو نقل دلواً من ماء الفرات إلى دجلة.

(٨) لأنه لو كان واجباً فلا يجوز أخذ العوض عليه، لأنه واجب عليه على كل حال شرعاً، ولحرمة أخذ الأجرة على الواجبات.

(٩) تزج مائه، حيث لا غرض في التزج.

(١٠) بالذهاب.

(١١) على العامل.

(١٢) اختلف الأصحاب في كون الجعالة من العقود أو الإيقاعات، فعن العلامة في التذكرة مدعيًا الإجماع والمحقق الثاني مدعيًا الاتفاق أنها من العقود الجائزة، وعليه فتحتاج إلى القبول من العامل، لكن لا يشترط فيه أن يكون قبولاً لفظياً، بل يكفي القبول الفعلي، =

لفظي^(١)، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به^(٢) (ولا إلى مخاطبة شخص معين^(٣) فلو قال: من رد عبدي، أو خاطئ ثوبي) بصيغة العموم (فله كذا صح، أو فله مال، أو شيء)^(٤)، ونحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجمالة، وإنما هو^(٥) شرط في تشخصه، وتعيينه،^(٦) فإن أراد ذلك (التعيين فليذكر جنسه وقدره^(٧))، وإلا يذكره^(٨)، أو ذكره ولم يعينه (ثبت بالرد^(٩) أجره المثل).

ويشكل^(١٠) بأن ثبوت أجره المثل لا تقتضي صحة العقد، بل

= وهو الشروع في العمل مع الرضا الباطني بالإيجاب، كما هو مقتضى القاعدة في العقود الجائزة، إذ لا يُشترط فيها ألفاظ مخصوصة في الإيجاب والقبول.

وعن جماعة أنها من الإيقاعات، وهو المطابق لتعريفهم لها، حيث جعلوها التزاماً يعوض على عمل، وهذا يكفي فيه الإيجاب، ولأنه لا يشترط تعيين العامل في الإيجاب فلو قال: من رد عليّ عبدي فله كذا صح، وإذا لم يكن العامل معيناً فلا يتصور قبول.

(١) ظاهر المتن أنها من الإيقاعات فلا تحتاج إلى قبول لفظي ولا فعلي، وظاهر الشرح عندما قيد القبول المنفي باللفظي أنها من العقود، وتحتاج إلى القبول ولو فعلاً.

(٢) بالعوض، والمعنى أن مقتضى الاستدعاء بالعوض هو العمل، وهذا يكفي في قبول الجمالة.

(٣) لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص معين، لأن الإيجاب في الجمالة هو كل ما يدل على الإذن بالعمل واستدعائه بالعوض، بلا خلاف فيه، ولا فرق حينئذ بين قول الجاعل: من ردّ، وهو لم يخاطب معيناً، وبين قوله: إن رددت عليّ، وقد خوطب به معين.

(٤) مما يقتضي الجهل في العوض، لما تقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض، كما هو مذهب غير المشهور.

(٥) العلم بالعوض.

(٦) تعين العوض، لأنه مع عدم العلم لا يتعين العوض بجنسه وقدره.

(٧) بحسب الكيل والوزن والمدّ، وقد تقدم الكلام فيه.

(٨) وإن لم يذكر العوض.

(٩) برد العباد. يثبت أجره المثل، وثبوت أجره المثل بالرد عند عدم تعيين العوض بالجمالة موطن اتفاق بينهم، لأن عمله محترم ولم يتبرع به فيثبت له أجره المثل.

(١٠) إشكال من الشارح على الماتن، حيث حكم الماتن بصحة الجمالة مع كون العلم بالعوض ليس بشرط، وحكم عند عدم ذكر العوض أنه ثبت أجره المثل، وهما حكمان متناقضان. =

هي^(١) ظاهرة في فساد^(٢)، وإنما أوجبها^(٣) الأمر بعمل له أجره عادة، كما لو استدعاه ولم يعين عوضاً، إلا أن يقال: إن مثل ذلك^(٤) يعد جعالة أيضاً، فإنها^(٥) لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه^(٦) اتفاقهم على الحكم^(٧) من غير تعرض للبطلان.

وفيه^(٨): أن الجعالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره^(٩) لا يتحقق مفهومها وإن ترتب عليها العوض^(١٠).

وقيل^(١١): إن كانت الجهالة^(١٢) لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض

= لأن الحكم بأجرة المثل إنما يكون عند فساد العقد المتضمن للأمر بعمل ما، فأقدم العامل بسبب الأمر فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد، وإن كان فساده لعدم ذكر العوض، فيرجع إلى أجره المثل لاحترام عمله.

ومع الحكم بأجرة المثل الكاشفة عن فساد العقد عند عدم العوض كيف يحكم بصحته عند عدم ذكر العوض، مع أن عدم ذكر العوض موجب لفساد العقد الموجب لثبوت أجره المثل.

(١) أجره المثل.

(٢) فساد العقد.

(٣) أوجب أجره المثل.

(٤) مثل الأمر بعمل له أجره عادة، شروع في دفع الإشكال، وحاصله: أن الجعالة تتحقق بكل لفظ دال على الإذن بالفعل، وهنا الأمر بالعمل الذي له أجره عادة هو جعالة، وإن ثبت فيها أجره المثل، وعليه فأجره المثل هنا لا تدل على فساد العقد حتى يأتي الإشكال. الجعالة.

(٥) إلى كون الأمر بالعمل الذي له أجره هو جعالة.

(٦) وهو لزوم ثبوت أجره المثل مع عدم التعرض منهم لبطلان الجعالة.

(٧) في دفع الإشكال، وحاصله أن الجعالة قضاء لحق مفهومها تستلزم جعل شيء، وهو العوض، فإذا لم يذكر بطل مفهومها، وعليه فمع عدم ذكر العوض لا جعالة، وثبوت أجره المثل من باب فساد العقد، وعليه يرجع الإشكال جذعاً.

(٨) للشيء المجهول.

(٩) وإن ترتب عليها عند الفساد أجره المثل.

(١٠) وهو قول غير المشهور المتقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض.

(١١) الجهالة في العوض، بحيث لا تمنع من تسليم المجهول عليه، كما لو قال: من رد عبدي

المعين، لا أجره المثل، كمن ردَّ عبدي فله نصفه، فرده من لا يعرفه^(١) ولا بأس به^(٢)، وعلى هذا^(٣) فيصح جعله^(٤) صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصّة من نماء شجر على عمله^(٥)، وزرع كذلك^(٦)، ونحوها.

والفرق بينه^(٧)، وبين الشيء والمال: مَقُولَتُهُمَا^(٨) على القليل والكثير، المفضي إلى التنازع والتجاذب، فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم، فإنه^(٩) أمر واحد لا يقبل الاختلاف، ومسماه لتشخصه لا يقبل التعدد، وقبوله^(١٠) للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم عليه العامل كيف كان، ويمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص^(١١) انتفى الغرر^(١٢)، لأنه معين في حد ذاته.

= فله نصفه، ونصف العبد غير معروف إلا للشخص الذي يعرف العبد، فلو رده من لا يعرفه فالجهالة في العوض هنا لا تمنع من تسليم المجهول عليه.
(١) من لا يعرف العبد.

(٢) للمفارق بينه وبين جعل العوض مالاً أو شيئاً ولم يُعَيَّن، لأن نصف العبد متحقق في الخارج لا يفضي إلى التنازع، وغير قابل للزيادة والنقصان، بخلاف المال والشيء، فإنهما قابلان للزيادة والنقصان، ومفضيان للتنازع.

(٣) من القول بأن الجهالة بالعوض لا تمنع من التسليم فهو جائز.

(٤) جعل العوض.

(٥) متعلق بقوله «فيصح جعله»، والمعنى فيصح جعل العوض هذه الحصّة على عمل العامل في الجملة.

(٦) مجهول المقدار.

(٧) بين العوض المجهول الذي لا يمنع من التسليم.

(٨) مَقُولَةُ الشيء انطباقه وصدقه على أفراد.

(٩) العوض المجهول الذي لا يمنع من التسليم.

(١٠) دفع دخل، أما الدخل فهو غير قابل للاختلاف وزيادة ونقصان بحسب الأجزاء والتشخص والمسمى، إلا أنه قابل للاختلاف زيادة ونقصان بحسب القيمة.

وأما الدفع فهو أن وحدته في نفسه موجبة لرفع الغرر في الجملة، فيصح جعله عوضاً، والاختلاف في القيمة لا يضر مع عدم الغرر فيها، على أنه قد يُقدم العامل على العمل مع التبرع بهذا التفاوت في القيمة.

(١١) وهو نصف العبد مثلاً.

(١٢) في الجملة لا من كل وجه.

(ويشترط في الجاعل^(١) الكمال) بالبلوغ، والعقل، (وعدم الحجر) لأنه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل^(٢) فإنه يستحق الجعل وإن كان صبياً مميزاً بغير إذن وليه، وفي غير المميز والمجنون، وجهان^(٣): من وقوع العمل المبذول عليه، ومن عدم القصد.

(ولو عيّن الجمالة لواحد وردّ غيره^(٤) فهو متبرع) بالعمل (لا شيء له)، للتبرع، ولا للمعين^(٥)، لعدم الفعل، (ولو شارك المعين^(٦) فإن قصد التبرع عليه^(٧) فالجميع للمعين) ولو وقع الفعل بأجمعه له، (وإلا^(٨)) يقصد التبرع عليه بأن أطلق، أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع على المالك (فالنصف) للمعين^(٩) خاصة، لحصوله^(١٠) بفعلين: أحدهما مجعول له، والآخر متبرع به، فيستحق النصف بناء على قسمة العوض على الرؤوس^(١١).

- (١) يشترط في الجاعل أهلية الاستتجار، بلا خلاف فيه، فيشترط فيه البلوغ والعقل لرفع القلم عن الصبي والمجنون، ويشترط فيه عدم الحجر، لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف المالي.
- (٢) فلا يشترط فيه إلا إمكان تحصيل العمل، فلو فعله الصبي أو المحجور عليه لاستحق العوض حيثذ.
- (٣) من وقوع العمل وقد حصل الغرض من الجمالة فيستحق العوض، ومن كون فعله بلا قصد فهو متبرع، والمتبرع لا شيء له.
- (٤) فلا شيء له، بلا خلاف فيه، لكونه متبرعاً حيثذ، لأن الجاعل لم يبذل له أجره بخصوصه، ولا لمن يشمله.
- (٥) في العقد، لعدم فعله.
- (٦) شارك المتبرع المعين في الرد.
- (٧) فإن قصد المشارك بعمله التبرع على المعين كان جميع العوض للمعين لوقوع الفعل بأجمعه منه، فنصفه منه والنصف الآخر بالتبرع عليه.
- (٨) وإن لم يقصد المشارك التبرع على العامل، وهذا شامل لما لو أتى بالفعل مطلقاً مع الغفلة عن قصد التبرع ولما لو أتى بالفعل لنفسه، أو متبرعاً على المالك.
- (٩) للعامل الذي عُيّن في الجمالة.
- (١٠) حصول الرد المجمعول عليه، كرد الأبق مثلاً.
- (١١) إذا كان العمل لا يقبل التفاوت بين العاملين.

والأقوى بسطه^(١) على عملهما، فيستحق المعين بنسبة عمله، قصر عن النصف أم زاد، وهو خيرة المصنف في الدروس^(٢)، ومثله^(٣) ما لو عمل معه المالك.

(ولا شيء للمتبرع، ونجوز الجمالة من الأجنبي^(٤)) فيلزمه المال، دون المالك إن لم يأمر به^(٥)، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي^(٦)، (ويجب عليه) أي: على الجاعل مطلقاً^(٧) (الجعل مع العمل المشروط^(٨)) حيث يتعين^(٩)، وإلا^(١٠) فما ذكر بدله^(١١) (وهي جائزة^(١٢)) من طرف العامل مطلقاً قبل التلبس

(١) بسط العوض.

(٢) لم يُصرح في كتب الفقه بخلافه، حيث حكموا أن الجعل بين المتعاملين موزع على قدر العمل على تقدير تفاوته، وإلا فعل الرؤوس.

(٣) ومثل مشاركة المتبرع للمتبرع ما لو عمل المالك مع المعين، فالمعين له من العوض على نسبة عمله.

(٤) لو تبرع أجنبي بالجعل وحب عليه الجعل عند الرد، وإن لم يمد إليه نفع العمل، بلا خلاف فيه ولا إشكال، لأنه كما يقدم العقلاء على بذل أموالهم لعمل يعود إليهم نفعه كذلك يقدمون على بذل مالٍ على عملٍ يعود نفعه إلى غيرهم، فيندرج تحت عموم أدلة الجمالة.

ولا يلزم المالك بشيء حيثئذ، لا للمتبرع لفرض تبرعه، ولا للعامل لفرض أنه أقدم على العمل من غير إذن المالك.

(٥) لم يأمر المالك الأجنبي بالجعل.

(٦) متوقف على إجازة المالك، فإن أجاز وإلا فيلزم الأجنبي بالدفع.

(٧) سواء كان مالكاً أم أجنبياً، فيجب عليه الجعل حين تمام العمل إن كان العوض معيناً.

(٨) حين تمام العمل.

(٩) الجعل.

(١٠) وإن لم يتعين العوض.

(١١) قال الشارح في تعليقه له كما في الطبعة الحجرية: «أي: بدل المعين من أجره المثل، والمعين شرعاً كأجرة رد الأبق، وما ألحق به على ما يأتي تفصيله إن شاء الله تعالى!».

(١٢) الجمالة جائزة من الطرفين، الجاعل والعامل، سواء قلنا بكونها عقداً أم إيقاعاً، بلا خلاف فيه، ومعنى الجواز تسلط الجانبين على فسخها قبل التلبس وبعده، لأنها بمنزلة أمرٍ للغير بعملٍ له أجره عادة، وعليه فلا يجب المضي فيه من الجانبين.

بالعمل وبعده، فله الرجوع متى شاء، ولا يستحق شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً^(١).

(وأما الجاعل فجائزة) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل، (وأما بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل) فإذا فسخ فيه^(٢) انتفى عنه^(٣) بنسبته^(٤) من العوض (أما الماضي^(٥) فعليه أجرته^(٦)) وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها^(٧) جائزة من

= فإن كان الفسخ قبل التلبس بالعمل فلا شيء للعامل، لعدم العمل بحسب الفرض فلا يقابل بشيء من العوض، سواء كان الفسخ من الجاعل أم من العامل.

وإن كان الفسخ بعد التلبس، فإن كان من العامل فلا شيء له، لأن المالك لم يجعل له العوض إلا في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع، فلا يستحق العامل على بعض العمل شيئاً، لأنه بفسخه أسقط حقه.

وإن كان الفسخ من الجاعل فعليه للعامل عوض ما عمل، لأن العامل إنما عمل بعوض لم يسلم له، ولا تقصير من قبله، وعمله محترم قد صدر بأمر من المالك فلا بد أن يقابل بعوض.

ثم هل للعامل أجره مثل ما عمل، أو له من العوض المسمى في العقد بنسبة ما فعل، قال في المسالك: وجهان، أظهرهما الثاني، لأن المسمى هو العوض الذي اتفقا عليه، فيثبت له من المسمى بنسبة ما فعل، ووجه الأول أن العقد قد بطل بالفسخ، ولما كان عمله محترماً فتثبت أجره المثل.

هذا خلاصة الكلام في المسألة، لكن بعضهم عتبر بما يوحي اللزوم من طرف الجاعل بعد التلبس بالعمل، كظواهر الشرائع والمبسوط وغيرهما من أنه ليس للجاعل الفسخ بدون أجره، وأن الجعالة لازمة من طرف الجاعل دون العامل.

وفيه: أن لزومها من طرف الجاعل لم يدل عليه دليل، خصوصاً بعد استصحاب جوازها الثابت قبل التلبس إلى ما بعده، نعم لو فسخ الجاعل فعلية الأجره بخلاف العامل فلو فسخ فلا شيء له.

(١) سواء عتبت الجعالة أم لا.

(٢) بعد التلبس.

(٣) عن الجاعل.

(٤) بنسبة ما بقي من العمل.

(٥) من العمل.

(٦) فعلى الجاعل أجرته.

(٧) كون الجعالة.

قبله^(١١) مطلقاً^(١٢) فإن المراد بالعقد الجائز، أو الإيقاع، ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، وثبوت العوض لا ينافي جوازه، كما أنها بعد تمام العمل يلزمها^(١٣) جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة^(١٤) يجعل بعد تمام العمل.

واستحقاق الجعل لا يخرجها^(١٥) عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنها^(١٦) جائزة مطلقاً^(١٧)، لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى.

وقيل^(١٨): أجرة مثله.

وربما أشكل^(١٩) ذلك^(٢٠) فيما لو كانت^(٢١) على رد ضالة مثلاً ثم فسخ، وقد صارت بيده^(٢٢)، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حيثئذ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه، فلا يتحقق^(٢٣) فائدة للفسخ حيثئذ.

- (١) من قبل الجاعل.
- (٢) قبل العمل وبعده.
- (٣) يلزم الجمالة.
- (٤) فيلزم جميع الجعل بعد تمام العمل، واستحقاق العوض فيها لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً.
- (٥) لا يخرج الوكالة.
- (٦) إن الجمالة.
- (٧) من قبل الطرفين، قبل التلبس وبعده.
- (٨) قد أورده في المسالك وجهاً.
- (٩) وحاصله: أنه على القول بجواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل فلو وصلت الضالة أو الأبق إلى يد العامل وقبل إيصاله إلى المالك، فلو أراد المالك الفسخ لما كان له معنى، إذ لا يجوز للعامل تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، ومع التسليم يتم العمل ولا يتحقق الفسخ قبل تمام العمل.
- (١٠) جواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل.
- (١١) الجمالة.
- (١٢) صارت الضالة بيد العامل.
- (١٣) لأنه قد تم العمل.

ويمكن دفعه^(١) بأن فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له^(٢) على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق^(٣) بنسبته، ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك، وهو^(٤) حفظه^(٥) عنده، ونحوه، إذ لا يجب عليه حيثئذ رده على المالك، بل تمكينه^(٦) منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

(ولو رجع)^(٧) المالك فيها^(٨) قبل العمل، أو في أثناءه (ولم يعلم العامل رجوعه^(٩)) حتى أكمل^(١٠) العمل (فله كمال الأجرة^(١١))، ولو علم في الأثناء فله^(١٢)

(١) وحاصل الدفع: أن فائدة الفسخ حيثئذ عدم وجوب السعي في إيصالها للمالك، إذ الواجب على العامل إعلامه بها إن لم يكن عالماً، وأما بالنسبة للجاعل فلا يثبت عليه جميع الجمل، بل عليه من الجمل بمقدار ما عمل العامل إلى حين الفسخ، وما بعد الفسخ لو عمل العامل من حفظ الدابة وعلفها فله أجرة المثل.

(٢) للعامل.

(٣) من العمل.

(٤) ما يعمل به العامل بعد الفسخ إلى حين التسلم من قبل المالك.

(٥) حفظ الضال.

(٦) يجب تمكينه.

(٧) لو رجع المالك قبل إتمام العمل، ولم يعلم العامل بذلك حتى أكمل العمل، فيلزم على المالك تمام العوض كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل، فكما أن تصرف الوكيل نافذ فكذا العامل.

وأشكل على الحكم بعدم وجوب العوض على المالك بعد الفسخ، وقياسه على الوكيل ليس في عمله، لأن مقتضى القواعد أن يحكم بأجرة المثل للعامل في قبالة مجموع عمله، لأنه أقدم على العوض ولم يسلم له، أو أن يحكم بأجرة العوض بنسبة عمله ما قبل الفسخ وبأجرة المثل لعمله بعد الفسخ.

(٨) في الجعالة.

(٩) رجوع المالك.

(١٠) العامل.

(١١) الأجرة المسماة.

(١٢) من الأجرة المسماة.

ينسبة ما سلف قبل العلم، وينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به^(١) ذلك^(٢) شرعاً^(٣)، ليشمل السماع من المالك، والشياخ المفيد للعلم، وخبر العدلين، لا الواحد، وإن حكم به^(٤) في عزل الوكالة بنص خاص^(٥).

(ولو أوقع المالك صيغتين) للجمالة مختلفتين^(٦) في مقدار العوض أو في بعض أوصافها^(٧) (عمل بالأخيرة إذا سمعهما) العامل، لأن الجمالة جائزة، والثانية رجوع عن الأولى، سواء زادت^(٨)

(١) بالعلم.

(٢) من رجوع المالك.

(٣) يثبت رجوع المالك شرعاً بالسماع من المالك، وبالشياخ المفيد للعلم، أو الاطمئنان الذي هو علم عادي، وبخبر العدلين، لأنهما بيّنة، ولا يثبت بخبر الواحد، لأنه ليس بيّنة بعد حصر الحجة في الموضوعات بها.

(٤) بخبر الواحد.

(٥) وهو صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام^(١)، وقد تقدم في باب الوكالة.

(٦) بأن قال: من رد عبدي فله مائة درهم، ثم قال: من رد عبدي فله خمسون، فالجمالة جائزة ويصح فسخها قبل العمل وفي أثناءه، وقد فسخ الأولى بالثانية، وعليه فإن كان فسخ الأولى قبل الشروع بالعمل، كان عمل العامل على مقتضى الثانية، وإن كان فسخ الأولى بعد الشروع فله من الأولى بنسبة ما عمل قبل فسخها بالثانية، ومن الثانية بقية العوض، كل ذلك بالنسبة.

هذا كله إذا سمع العامل الجماليتين، وإلا فلو سمع إحداهما خاصة فالعبرة بما سمعه.

ويشكل بأن السماع إذا كان للثانية فلا إشكال، وإن كان للأولى فعمل مبنى الماتن وجماعة كذلك، ولكن قد تقدم الإشكال في ذلك، وعليه فإن كان السماع للأولى وقد فسخت قبل الشروع بالعمل ولم يعلم العامل حتى أكمل فله أجره المثل، وإن كان الفسخ في الأثناء فله من الأولى مقدار ما عمل من العوض بالنسبة، لقدمه على المسمى ولم يسلم له، وله من الثانية أجره المثل لعدم قدمه على المسمى فيثبت له أجره المثل.

(٧) أوصاف الجمالة، كما لو قال: من بنى لي بيتاً طوله وعرضه عشرة أمتار فله كذا، ثم قال: من بنى لي بيتاً طوله وعرضه عشرون متراً فله نفس العوض السابق.

(٨) سواء زادت الثانية عن الأولى أم نقصت.

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوكالة حديث ١.

أم نقصت (وإلا) يسمعهما^(١) (فالمعتبر ما سمع) من الأولى والأخيرة، ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل فله من الأولى بنسبة ما عمل^(٢) إلى الجميع، ومن الثانية بنسبة الباقي^(٣).

(وإنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود^(٤)) إلى مالكة مع الإطلاق^(٥)

(١) العامل، والمراد عدم سماع إحداهما، لا عدم سماعهما معاً، بقريئة قوله «فالمعتبر ما سمع».

(٢) ما عمل من العمل إلى جميع العمل من العوض المسمى.

(٣) ما بقي من العمل إلى جميع العمل من عوض الثانية، وعلّق الشارح على هذا الموضع كما في الطبعة الحجرية بقوله:

«هكذا ذكره جماعة من الأصحاب، منهم المصنف في الدروس في مطلق فسخ المالك في الأثناء، وكذلك العلامة في أكثر كتبه، مع حكمه بأن فسخ المالك في الأثناء يوجب الرجوع إلى أجره المثل، وهذا لا يخلو من تناقض، نعم حكم في التذكرة بالرجوع إلى أجره المثل في الموضعين، لأن الجمالة الثانية بمنزلة فسخ الأولى، وهو متجه.

وإن كان القول باستحقاقه بالنسبة إلى المسمى أوجه، لفدومهما على ذلك، خصوصاً لو كانت أجره المثل أزيد من المسمى، نعم لو قيل بثبوت أقل الأمرين من أجره المثل ونسبة المسمى كان وجهاً انتهى كلامه، زيد في علو مقامه.

(٤) بتسليم المردود إلى يد المالك، لأن إطلاق الرد في الجمالة عندما قال الجاعل: «من رد علي عبدي فله كذا» منصرفاً إلى القبض والتسليم باليد، وعليه فلو جاء به إلى البلد أو المنزل ولم يقبضه المالك ففرّ لم يستحق الجعل، بلا خلاف فيه ولا إشكال كما في الجواهر، لعدم قبضه، لأنه لم يرده إليه، وكذا لو جعلت الجمالة على خياطة ثوب فخطاه وتلف قبل التسليم فلا يستحق أجره.

ولا فرق في عدم التسليم بين فرار العبد وموته، لاشتراكهما في المقتضي، وهو صدق عدم الرد إلى المالك.

وعن فخر المحققين أنه بالموت يستحق الأجر، لأن الرد الممكن عادة قد حصل، ورفع الموت عن العبد ليس داخلياً تحت قدرة البشر بخلاف الفرار، ومال إليه المحقق الثاني في جامعه والشارح هنا في روضته.

ولكنه ضعيف إذ لا يصدق عليه الرد، والجعل قد جعل على الرد المخصوص، ولذا ضغفه في المسالك.

(٥) مع إطلاق الرد في الجمالة، حيث هو منصرف إلى التسليم باليد والقبض.

أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده^(١)، (قلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل)، لعدم إتمام العمل الذي هو شرط الاستحقاق.

ومثله^(٢) ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا، لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل، ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامتثال^(٣)، (ولا يستحق^(٤)

(١) إيصال الأبق إلى يد الجاعل.

(٢) ومثل الهرب.

(٣) ولو لم يصل إلى المالك.

(٤) المالك إما أن يعين الجعل ويصفه بما يرفع الجهالة كقوله: من رد عبدي فله دينار، أو يطلق العوض مع التعرض لذكره كقوله: من ردّ عبدي فله مال، أو يستدعي الرد ويطلبه من غير تعرض للأجرة كقوله: من يرّد عليّ عبدي منكم، أو لا يستدعي الرد ولا يطلبه ويعمل العامل له مطلوبه بأن يرّد عليه ضالته أو يخيّط له ثوبه، وعلى الأول يلزم المالك ما عيّن عند تمام العمل، إذ لم يفعله العامل بنية التبرع، وهذا مما لا خلاف فيه ولا إشكال.

وعلى الثاني تلزم أجرة المثل على المالك، إما لكون العقد فاسداً لاشتراط العلم بالعوض ولم يتحقق، أو لكون العقد صحيحاً ومع ذلك وقع اتفاقهم أنه يشبث بالرد أجرة المثل إلا في موضع واحد، وهو رد العبد الأبق فهل تشبث أجرة المثل أو يشبث دينار إذا كان الرد من مصره، على خلاف سياقي إن شاء الله تعالى.

وعلى الثالث - لو استدعى الرد ولم يعين أجرة أبدأ - فعن العلامة في القواعد والإرشاد والتحرير والمحقق في الشرائع، وهو ظاهر اللمعة أنه لا شيء للراد، للأصل من براءة ذمة المالك من الأجرة عند الشك، وطلبه للرد أعم من كونه بأجرة أو لا، فلا يجب عليه شيء، فالعامل هنا متبرع حيث أقدم على العمل من غير بذل.

وأشكل عليه بمنع كون العامل متبرعاً، إلا إذا قصد التبرع، ولأن عمله صدر بأمر من المالك ولعمله أجرٌ بحسب العادة، فثبت له أجرة المثل، لقاعدة احترام عمل المسلم.

وعلى الرابع لا شيء للعامل، لأن المالك لم يأمر ولم يطلب الرد، فيتعين التبرع على العامل لو عمل.

ومثله ما لو استدعى العمل مجاناً كقوله: من ردّ عليّ عبدي وأجره على الله.

الأجرة إلا ببذل الجاعل^(١) أي: استدعائه الرد، سواء كان مع بذل عوض أم لا^(٢) (فلو رد بغيره^(٣) كان متبرعاً) لا عوض له مطلقاً^(٤)، وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع^(٥)، أو بقصد يغير ما بذله المالك^(٦) جنساً، أو وصفاً، ولو رد بنية العوض مطلقاً^(٧) وكان ممن يدخل في عموم الصيغة، أو إطلاقها^(٨)، ففي استحقاقه قولان^(٩)،

(١) ظاهر المتن أنه لا أجرة للعامل إلا مع البذل، فلو استدعى المالك مع عدم البذل كما في الصورة الثالثة فلا شيء للعامل.

إلا أن الشارح فسر البذل بالاستدعاء، وهو تفسيرٌ على خلاف ظاهر البذل ليصح مبنى المصنف.

(٢) يشمل الصورة الأولى والثانية والثالثة.

(٣) بغير الاستدعاء كما في الصورة الرابعة، هذا على تفسير الشارح، أو رد بغير البذل كما في الصورة الثالثة والرابعة كما هو ظاهر للجنة.

(٤) لا عوض للعامل مطلقاً، قصد التبرع أو لا.

(٥) مع قصد التبرع فلا شيء له، لأنه متبرع.

(٦) رد مع قصد عوضٍ مغاير لما بذله المالك، والمغايرة إما جنسية بأن قصد الدرهم والمالك بذل الدينار، أو وصفية، فلا شيء للعامل، لأن ما قصده العامل لم يلتزمه المالك حتى ثبت عليه، والأصل براءة ذمته منه.

(٧) ردّ العامل بنية العوض من غير تعيين شيء خاص ليشمل ما بذله المالك.

(٨) حتى تخرج الصيغة التي تخاطب شخصاً معيناً، لأنه لو خاطب المالك شخصاً معيناً بقوله: «إن رددت عبدي فلك كذا» فردّه غيره مع نية العوض فلا شيء له، لأنه متبرع، ولم يأمره المالك.

والفرق بين العموم والإطلاق هو: أن المالك لو قال: «من ردّ عبدي» فهو عموم، ولو قال: «الراذ عليّ عبدي» فهو إطلاق.

(٩) ذهب جماعة إلى أن غير السامع للجعالة لو فعل الرد بدون قصد التبرع فله الأجرة، منهم العلامة في القواعد وولده في الإيضاح، وفي الدرّوس أنه الأقرب، لوجود مقتضي وعدم المانع.

أما المقتضي فهو عمل العامل بدون قصد التبرع، بل بإذن الجاعل، وهذا يقتضي ثبوت الأجرة لعمله.

وأما عدم المانع إذ لا يتوهم أنه مانع إلا عدم سماعه، وهو ليس بمانع، لأننا مع الشك في مانعيته فالأصل عدمه.

منشؤهما: فعله^(١) متعلقُ الجعل مطابقاً لصدوره^(٢) من المالك على وجه يشملها^(٣)، وأنه^(٤) عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع، وقد وقع بإذن الجاعل، فقد وُجد المقتضي^(٥)، والمانع ليس إلا عدم علمه^(٦) بصدور الجعل، ومثله^(٧) يشك في مانعيته، لعدم الدليل عليه^(٨) فيعمل المقتضي عمله، ومن أنه^(٩) بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه^(١٠) في قوة عدمه عنده^(١١).

= ولدليل ثانٍ، وهو صدور عمل من العامل مطابقاً لجعل الجاعل فيستحق عوضها، وذهب جماعة أخرى إلى عدم ثبوت أجره للعامل غير السامع، وإن لم يقصد التبرع، لأنه مع عدم علمه بالجمالة فكأنه أقدم على العمل من دون ثبوت جعل من المالك فلا شيء له وإن لم يقصد التبرع.

وفضل المحقق الثاني في جامعه بين العامل الذي يجهل أن العمل بدون جعل تبرع وبين غيره.

أما الأول فلجهله يكون عمله غير متبرع به فيستحق على المالك الأجرة لاحترام عمله، وأما الثاني فهو عالم بأن العمل بدون جعل تبرع، فهو متبرع به، لأنه أقدم على العمل مع علمه بعدم الجعل، فلا شيء له وإن قصد العوض.

(١) فعل العامل، وهو دليل استحقاق العوض.

(٢) صدور الجعل.

(٣) يشمل فعل العامل.

(٤) عمل العامل، وهو دليل ثانٍ على استحقاق العوض.

(٥) للاستحقاق، ويشكل على هذا الدليل أنه لم يثبت أنه المقتضي، لأن الثابت أن عمله مع سماع الصيغة هو المقتضي، وأما بدون السماع فالأصل براءة ذمة المالك من العوض.

(٦) عدم علم العامل.

(٧) ومثل عدم العلم يشك في مانعيته بناءً على كون الجمالة إيقاعاً، أما لو كانت عقداً فهو مانع قطعاً.

(٨) على المانع.

(٩) دليل عدم استحقاق العوض، والمعنى من أن العامل.

(١٠) وعدم سماع العامل في قوة عدم الجعل من المالك، فكأنه أقدم على عمل لا جمالة فيه، فلا شيء للعامل حينئذ.

(١١) عند العامل.

وفصل^(١) ثالث: ففرق بين من رد كذلك^(٢) عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع^(٣) وإن قصد العامل العوض، وبين غيره^(٤)، لأن الأول متبرع محضاً، بخلاف الثاني، واستقر المصنف^(٥) الأول^(٦)، والتفصيل متجه.

(مسائل)

(كلما لم يُعيَّن جُعِل^(٧)) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد وأطلق^(٨)، أو لذكره مبهماً^(٩) كما سلف^(١٠) (فأجرة المثل) لمن عمل مقتضاه^(١١)، سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً^(١٢) فلا شيء.

وقيل: لا أجرة مع إطلاق الاستدعاء^(١٣)، والأول أجود، نعم لو كان العمل بما لا أجرة له عادة لقلته فلا شيء للعامل^(١٤)، كمن أمر غيره بعمل^(١٥) من غير أن يذكر له أجرة (إلا في رد الأبق من المصر) الذي فيه^(١٦) مالكة إليه^(١٧)

- (١) وهو المحقق الثاني في جامعه.
- (٢) مع عدم سماع الجعالة ونية العوض مطلقاً.
- (٣) فلا شيء له.
- (٤) بحيث يجهل أن العمل بدون الجعل تبرع فيستحق الأجرة.
- (٥) في الدروس.
- (٦) وهو استحقاق العامل للعوض مطلقاً.
- (٧) من قبل المالك.
- (٨) هذه هي الصورة الثالثة المتقدمة في الشرح، ومعنى الإطلاق أنه لم يعين الأجرة لا جملة ولا تفصيلاً.
- (٩) هذه هي الصورة الثانية المتقدمة في الشرح، والمعنى: لذكر المالك العوض مبهماً وبجملاً.
- (١٠) عند قول المصنف «كمن ردّ عبدي فله مال أو شيء».
- (١١) مقتضى الاستدعاء.
- (١٢) كما في الصورة الرابعة المتقدمة في الشرح.
- (١٣) إشارة إلى الخلاف في الصورة الثالثة، وهو قول المحقق والعلامة والمصنف في اللمعة كما سبق.
- (١٤) لأن الإطلاق محمول على العرف، ولا أجرة لمثله عند العرف.
- (١٥) في غير الجعالة.
- (١٦) في المصر.
- (١٧) رده إلى مالك الأبق.

(فدينار^(١))، وفي رده من غيره)، سواء كان من مصر آخر أم لا (أربعة دنانير) في المشهور، ومستنده ضعيف.

ولو قيل بثبوت أجرة المثل فيه كغيره كان حسناً، والمراد بالدينار على القول به: الشرعي، وهو المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم.

(والبعير^(٢) كذا) أي: كالآبق في الحكم المذكور، ولا نص عليه بخصوصه، وإنما ذكره الشيخان^(٣)، وتبعهما عليه جماعة.

(١) مقتضى القاعدة أجرة المثل، إلا أن المشهور حكم بثبوت دينار إن رده من مصره، وإلا فأربعة دنانير، اعتماداً على خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (أن النبي ﷺ جعل في الآبق ديناراً إن أخذ في مصره، وإن أخذ في غير مصره فأربعة دنانير)^(١). وفي الرواية ضعف، ففي سندها محمد بن الحسن بن شمون، وهو غالٍ وضاع، وكذلك عبد الله بن عبد الرحمان الأصم وحاله كذلك، ولذا حملها الشيخ في المبسوط على الأفضل، وتبعه الآبي والمقداد والشارح، وإلا فالواجب أجرة المثل.

وذهب الكركمي وفخر المحققين إلى أن الواجب أقل الأمرين من أجرة المثل والمقدر شرعاً جمعاً بين الدليلين.

وعلى المقدر شرعاً لا فرق في الآبق بين الصغير والكبير والمسلم والكافر والصحيح والمعيب لإطلاق النص، وكذا لا فرق في الآبق بين من كانت قيمته تساوي المقدر شرعاً أو لا، وكذا لا فرق في غير مصره بين مصر آخر أو لا.

(٢) ألق المشهور تبعاً للشيخ المفيد في المقنعة البعير بالعبد، حيث قال المفيد في مقننته: «إذا وجد الإنسان عبداً آبقاً أو بعيراً شارداً فرده على صاحبه كان له على ذلك جعل، وإن كان وجدته في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياد، وإن كان وجدته في غير المصر فأربعة دنانير، قيمتها أربعون درهماً جياد، وبذلك ثبتت السنة عن النبي ﷺ انتهى».

وهو يشعر بورود النص فيه، ولم يقف عليه المحقق ولا العلامة كما هو ظاهر عباراتهم في الشرائع والقواعد، وهذا ما يوجب الشك في الخروج عن قاعدة أجرة المثل، لاحتمال أن يكون الإلحاق من باب القياس، خصوصاً أنه حكم بالجعل مع عدم بذل عوض من قبل المالك، وهو مشكل لما تقدم من عدم ثبوت شيء للعامل حينئذ.

(٣) المفيد والطوسي.

ويظهر من المفيد أن به رواية، لأنه قال: «بذلك ثبتت السنة»، وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق إشكال^(١)، ويقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار والأربعة، وينبغي حينئذ^(٢) أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، والمقدر شرعاً، ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته^(٣) عن ذلك كثيراً.

(ولو بذل جُعلاً) لمن رده واحداً كان^(٤) أم أكثر (فرده جماعة)^(٥) استحقوه بينهم بالسوية^(٦) ولو كان العمل غير الرد من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح^(٧) فلكل ما عين.

(١) لأنه قياس من العبد إلى البعير.

(٢) حين قصور قيمتهما عن الدينار والأربعة، فينبغي إثبات أقل الأمرين من قيمة العبد والبعير والمقدر شرعاً لئلا يُلزم المالك بزيادة عن ماله من أجل تحصيله.

(٣) قيمة العبد الآبق.

(٤) الراذ.

(٥) إذا بذل المالك جُعلاً على فعلٍ فلا يخلو إما أن يكون الفعل قابلاً للتعدد أو لا.

وعلى الثاني فلو قال: من ردَّ عبدي فله كذا، والرد غير قابل للتعدد، فمن رده فله الجعل، سواء كان القاعل واحداً أم جماعة، وعلى فرض أنهم جماعة فلا يستحقون إلا العوض الواحد.

وعلى الأول كما لو قال: من دخل داري فله دينار، والدخول قابل للتعدد، فلو دخله جماعة استحق كل واحد منهم ذلك العوض، لصدق الاسم وهو الدخول على كل واحد منهم، بخلاف السابق إذ لا يصدق على كل واحد أنه رد الآبق، بل الرد مستند إلى فعل الجماعة بما هم جماعة.

وعن العلامة في المختلف أنه لو قال: من دخل داري فله دينار، وقد دخله جماعة استحق الجميع ديناراً واحداً بالتساوي، لأن الدينار الواحد هو المذول، وهو مردود، لأن الجعل - وهو الدينار - قد بُذل على الدخول، وكل واحد منهم قد حقق الدخول. نعم لو بذل جُعلاً متشخصاً على مطلق الدخول كما لو قال: من دخل داري فله هذا الدينار، فدخله جماعة استحق الجميع الدينار المتشخص بالسوية.

(٦) لأن الفعل غير قابل للتعدد، والتسوية مبنية على قسمة العوض على الرؤوس، وأما التقسيم على أساس العمل فيجب أن يكون الجعل بينهم كل بحسب عمله.

(٧) الغرض الصحيح للدخول، وإلا فمع عدم الغرض فيكون الجعل مبدولاً على نحو السفه، وهذا ما يوجب التحجير على الجاعل، وهو ما يوجب بطلان الجمالة.

(ولو جعل لكلٍ من الثلاثة جُعلاً مغايراً) للآخرين^(١) كأن جعل لأحدهما ديناراً، وللآخر دينارين، وللثالث ثلاثة (فردوه فللكلٍ ثلث ما جُعِل له^(٢))، ولو رده أحدهم فله ما عين له أجمع، ولو رده اثنان منهم فللكل منهما نصف ما عين له، (ولو لم يسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله ثلث أجرة المثل) ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له، ولو رده من لم يُسم له وأحدهما فله^(٣) نصف أجرة مثله، وللآخر نصف ما سمي له، وهكذا، (ولو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبة)^(٤)

(١) إذا جَعَلَ لكل واحدٍ جُعلاً منفردة على عمل واحد، فإما أن يساوي بينهم في الجعل، أو يخالف فيما بينهم، أو يُعَيِّن للبعض ويطلق للبعض الآخر. وعلى التقادير الثلاثة إما أن يكون الفعل المجمعول عليه قابلاً للاختلاف كخياطة الثوب، أو لا يقبل الاختلاف كرهة العبد.

إذا تقرر ذلك فإن جاء أحدهم بالعمل فله جُعله مع التعيين وإلا فأجرة المثل، وإن اشتركوا في العمل وكان مما لا يقبل الاختلاف كرد العبد فللكل واحد بنسبة ما جُعِل له من مجموع العاملين، فمثلاً لو قال للأول: «إن رددت عبدي فلك عشرة دنانير»، وقال للثاني: «إن رددت عبدي فلك خمسة عشر ديناراً»، وقال للثالث: «إن رددت عبدي فلك عشرون»، فرد الثلاثة العبدَ فيستحق الأولُ ثلثَ جُعله، وكذا الثاني والثالث.

وإن كان العمل مما يقبل الاختلاف فيكون لكل واحد بنسبة عمله من مجموع العمل، فلو خاط الأول مثلاً نصف الثوب والأخيران أكمل العمل، استحق الأول نصفَ جُعله والثاني ربعاً من جُعله، وكذا الثالث.

هذا كله إذا اختلف الجعل، وأما إذا اتفق فنفس الحكم السابق من أن لكل واحد بنسبة ما جُعِل له من مجموع العاملين إن لم يقبل العمل الإختلاف، وإن قبل الإختلاف فله بنسبة عمله من مجموع العمل.

وأما الفاعل الذي لم يُعَيِّن له عوض خاص كأن يقول المالك: «إن رددت عبدي، أو قال: إن خطلت الثوب فعلي العوض» كان له تمام أجرة المثل لو فعل العمل بمفرده، ومع المشاركة فعل أساس ما تقدم من النسبة.

(٢) لأن العمل غير قابل للاختلاف، وقد اشتركوا فيه من الابتداء إلى الانتهاء، فيكون لكل واحد بنسبة ما جُعِل له من مجموع العاملين.

(٣) لمن لم يُسم له.

(٤) إلى مجموع العاملين.

أي: لو رده أجمع فلكل واحد بنسبة عمله^(١) إلى المجموع من أجرة المثل، أو المسمى.

(ولو اختلفا في أصل الجمالة^(٢)) بأن ادعى العامل الجعل وأنكره المالك وادعى التبرع (حلف المالك)، لأصالة عدم الجعل، (وكذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الأبق)^(٣) مع اتفاقهما على الجمالة، بأن قال المالك: إن المردود ليس هو المجمعول، وادعاه العامل، لأصالة براءة ذمته^(٤) من المال الذي يدعي العامل استحقاؤه.

(ولو اختلفا في السمي^(٥) بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل) بفتح

(١) فلو كانوا أربعة وقد اشتركوا في الرد من الابتداء إلى الانتهاء كان لكل واحد ربع ما جعل له، وإلا ربع أجرة المثل.

(٢) بأن قال العامل: شارطتني وأمرتني بالعمل وجعلت لي جعلاً معيناً، فقال المالك: لم أشاركك ولم أمرك.

كان القول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، إذ الأصل عدم الأمر وعدم الشرط، والأصل عدم اشتغال ذمته بلا خلاف في ذلك ولا إشكال.

(٣) بحيث جاء العامل بأحد الأبقين، فقال المالك: لم أقصد هذا عند الجمالة وإنما قصدت الآخر، فقال العامل: بل قصدت هذا، كان القول قول المالك مع يمينه، لأن العامل يدعي العوض على المالك بالنسبة لهذا الأبق، والمالك ينكره، والأصل عدم ثبوت العوض، بلا خلاف فيه ولا إشكال أيضاً.

وفي هذا الفرع قد اتفقا على أصل الجمالة مع اختلافهما في المجمعول عليه، وبهذا خالف الفرع السابق.

(٤) ذمة المالك.

(٥) بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل حصول الجمالة فلا شيء لك، بناء على أنه إذا حصل الأبق بيد الفاعل قبل الجمالة فلا شيء له، ويجب عليه حينئذ إعلام المالك به، لأن حصول الأبق بيد العامل لم يكن بدافع العوض بل يكون العامل متبرعاً فلا شيء له،

فقال العامل: بل حصل في يدي بعد حصول الجمالة فاستحق شيئاً عليك، فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، حيث إن العامل يدعي ثبوت العوض على المالك والمالك ينكره مع أصالة عدم اشتغال ذمته.

الجسيم، وقال الزاد: بل بعده (حلف) المالك (أيضاً، للأصل) وهو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله^(١) في يده^(٢)، وإن كان الأصل أيضاً عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء^(٣)، ومثله^(٤) ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي^(٥) وإن كان^(٦) بعد صدوره.

(وفي قدر الجعل كذلك^(٧)) يحلف المالك، لأصالة براءته من الزائد، ولأن

= إن قلت: إذا شككنا في حصول الآبق بيد العامل قبل الجعالة أو بعدها فالأصل عدم حصوله قبل الجعالة وهذا ما يجعل العامل منكراً.

قلت: هو معارض بعدم تحقق الجعالة قبل حصوله بيد العامل، وهذا ما يجعل المالك منكراً، فيتعارض الأصلان ويتساقتان.

(١) حصول الآبق.

(٢) يد العامل.

(٣) لعدم اشتغال ذمته، ومنه تعرف أنه لا معنى لعطف «أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده» لأنه ساقط بالتعارض.

(٤) ومثل الاختلاف في السعي الاختلاف في سماع العامل للجعالة قبل الحصول أو بعد الحصول، وهذا مبني على أن العامل إذا رد ولم يسمع الجعالة فهو متبرع ولا شيء له.

(٥) من العامل، فلا يستحق شيئاً لعدم صدور عمله منه، والجعل قد رتب على الرد المسبوق بالسعي.

(٦) كان الحصول في يد العامل بعد صدور الجعل.

(٧) لو اختلفا في قدر الجعل والمعرض فيقدم قول المالك مع يمينه، وقد وقع الخلاف في هذه المسألة، وتحريرها ما لو قال المالك: بذلتُ خمسين، فقال العامل: بل مائة، مع

اتفاقهما على الجنس والصفة.

والخلاف على خمسة أقوال:

القول الأول: للشيخ وجماعة أنه يحلف المالك، ويثبت للعامل أجره المثل، أما تقديم قول المالك، فلأن الاختلاف في فعله فيُقدم قوله فيه مع اليمين، ولأنه ينكر ما يدعيه العامل من الزائد.

وأما ثبوت أجره المثل للعامل، فلأن المالك يمينه ينفي ما يدعيه العامل، ولا تثبت بيمينه دعواه، لأن اليمين للإنكار، وهو منكر لما يدعيه العامل، وعليه فإذا انتفى ما يدعيه العامل ولم يثبت ما يدعيه المالك فثبت أجره المثل، للإتفاق على وقوع عملٍ بعبوس.

العامل مدع للزيادة، والمالك منكر (فيثبت للعامل) بيمين المالك (أقل الأمرين من أجره المثل، وما ادعاه^(١))، لأن الأقل إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك^(٢)، وإن كان ما يدعيه العامل^(٣)، فلاعترافه بعدم استحقاقه للزائد، وبرائة ذمة المالك منه^(٤)، والحال أنهما معترفان بأن عمله بجعل في الجملة، وأنه عمل محترم فثبت له الأجرة^(٥) إن لم ينتف بعضها^(٦) بإنكاره^(٧)، (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك^(٨)) عن أجره المثل فثبت الزيادة، لاعترافه باستحقاق العامل إياها، والعامل لا ينكرها.

(وقال) الشيخ نجيب الدين (ابن نما^(٩) رحمه الله: إذا حلف المالك) على نفي

= القول الثاني: أنه يحلف المالك، ويثبت أقل الأمرين من أجره المثل وما يدعيه العامل، أما حلفه فلما تقدم.

وأما ثبوت أقل الأمرين، فلأن أجره المثل إن كانت أقل مما يدعيه، فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك، وإن كان ما يدعيه العامل أقل من أجره المثل فلاعتراف العامل بعدم استحقاقه عما يزيد من أجره المثل، لأنه يدعي الأقل فكيف يثبت له الزائد. وهذا ما اختاره العلامة في جملة من كتبه والمحقق في الشرائع، وأما بقية الأقوال فسيأتي التعرض لها.

- (١) العامل.
- (٢) وتثبت أجره المثل، وهي الأقل.
- (٣) هو الأقل، فينتفي الزائد من أجره المثل، لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد.
- (٤) من الزائد.
- (٥) تثبت للعامل أجره المثل.
- (٦) بعض أجره المثل.
- (٧) بإنكار العامل هذا البعض، وذلك فيما لو كان الجعل أقل من أجره المثل، فهو يدعواه الجعل يُنكر الزائد من أجره المثل.
- (٨) وهذا هو القول الثالث، أما حلف المالك وثبوت أقل الأمرين مما يدعيه العامل وأجره المثل فقد تقدم، وأما لو كان ما يدعيه المالك أزيد من أجره المثل فالمالك عندما ادعى الأزيد فهو معترف بثبوت الزائد في ذمته، فيؤخذ الزائد منه بإقراره، والعامل لا يُنكر هذه الزيادة.

(٩) وهو شيخ المحقق، وأنه يقدم قول المالك مع يمينه ويثبت ما يدعيه المالك، لا أجره المثل ولا الأقل منها وما يدعيه العامل، وهو القول الرابع، ودليله أنهما متفقان على وقوع =

ما ادعاه العامل (ثبت ما ادعاه) هو، لأصالة^(١) عدم الزائد، واتفاقهما^(٢) على العقد المشخص بالعوض المعين، وانحصاره^(٣) في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه، لقضية الحصر (وهو قوي، كمال الإجارة) إذا اختلفا في قدره^(٤).

وقيل^(٥): يتحالفان، لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ويثبت الأقل كما مر. والتحقيق أن اختلافهما في القدر إن كان مجرداً عن التسمية^(٦) بأن قال

= العقد ومتفقان على تشخيصه بأحد العوضين، إما بحسب دعوى المالك أو بحسب دعوى العامل، والعقد منحصرٌ بينهما.

وإذا حلف المالك على ما يدعيه العامل فتنفي دعوى العامل ويثبت أن العوض في العقد على حسب ما يدعيه المالك قضاءً لحق الحصر، وإليه ذهب الشهيد في الدروس أيضاً. وبهذا البيان يرتفع عنه إشكال المحقق وهو كيف يثبت ما يدعيه المالك باليمين الصادر منه، مع أن يمين المالك لنفي ما يدعيه العامل لا لإثبات ما يدعيه الجاعل.

وفيه: أنه بالخلف ينتفي ما يدعيه العامل، وبالحصر - لأن العقد مردد بين قول العامل وقول المالك - يثبت ما يدعيه المالك.

(١) تعليلٌ لحلف المالك.

(٢) تعليلٌ لثبوت ما يدعيه المالك.

(٣) العقد.

(٤) قدر مال الإجارة، وقد تقدم في بابها.

(٥) وهو القول الخامس، وقد اختاره العلامة في القواعد، ووجهه أن كلاً منهما مدع ومنكر، فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كلٌ منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ولأن العقد الذي يدعيه المالك متشخص بعوض ما، وهو غير العقد المشخص بعوض آخر بحسب دعوى العامل. وأشكل عليه بأن العقد متفق عليه، وإنما الخلاف في زيادة العوض وتفصانه بعد اتفاقهما على قدرٍ منه، فالعامل يدعي الزيادة عن الاتفاق والمالك ينكرها، وأما قاعدة التحالف فهي عند عدم اجتماعهما على شيء، بل يكون كلٌ منهما منكراً لما يدعيه الآخر.

هذا من جهة ومن جهة أخرى ذهب العلامة إلى أنه بعد التحالف يثبت أقل الأجرين من أجره المثل وما يدعيه العامل، إلا أن يدعي المالك زيادة عن أجره المثل فتثبت الزيادة على ما سبق بيانه.

(٦) تسمية العوض بقدرٍ خاص.

العامل: إني أستحق مائة من جهة الجعل الفلاني^(١) فأنكر المالك، وادعى انه خمسون، فالقول قول المالك، لأنه منكر محض، والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل، ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلاً.

وإن قال: جعلت لي مائة^(٢)، فقال المالك: بل خمسين، ففيه الوجهان الماضيان في الإجارة^(٣).

والأقوى تقديم قول المالك أيضاً^(٤)، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، واختلافهما في مقداره خاصة، فليس كل منهما مدعياً لما ينفيه الآخر.

وإن كان اختلافهما في جنس المَجْعُول^(٥) مع اختلافه بالقيمة^(٦) فادعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادعى العامل جعل غيره مما يساوي مائتين فالتحالف هنا متعين، لأن كلا منهما يدعي ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك^(٧)

(١) ومن دون تحديد للجعل بأنه مائة.

(٢) بأن اختلفا في القدر مع تسمية العوض بقدر خاص.

(٣) وهما تقديم قول المالك أو التحالف.

(٤) كما في الشق السابق الذي جُرد عن تسمية العوض بقدر خاص، وتقديم قول المالك في قبالة التحالف، وتقديم قول المالك يثبت ما يدعيه لحصر العقد بين دعواهما على ما تقدم بيانه، وهو الذي قواه في المسالك.

(٥) بأن اختلفا في جنس الجعل، فقال المالك: جعلتُ درهماً، فقال العامل: بل ديناراً، وفيه قولان:

القول الأول: وهو مختار الشيخ والمحقق وجماعة من تقديم قول المالك، لأن القولَ قوله في أصل الجعل، وكذا في قدره فيكون قوله مقدماً في جنسه، ولأن الاختلاف في فعله فيرجح إليه فيه.

القول الثاني: التحالف والرجوع إلى أجرة المثل، لأن كلاً منهما مدع ومنكر، وهي ضابطة التحالف، ومع حلفهما يرتفع الدرهم والدينار وتثبت أجرة المثل، لاحترام عمل العامل بعد صدوره بإذن المالك.

(٦) كأن ادعى المالك: أي جعلت العوض ثوباً، فقال العامل: بل كتاباً، والقيمة مختلفة بين الثوب والكتاب.

(٧) من كون كلي منهما يدعي ما ينكره الآخر.

نشأ من اختلاف الجُعل جنساً^(١)، أو وصفاً^(٢)، لا من اختلافه^(٣) قدرأ، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف أولى وإن تساوى قيمة^(٤)، وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم^(٥)، لأن جماعة كالمحقق والعلامة شَرَكُوا بينه^(٦) وبين الاختلاف قدرأ في الحكم^(٧)، وليس بواضح^(٨).

ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً^(٩) إشكال آخر، وهو^(١٠) فيما إذا تساوت الأجرة وما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه^(١١) عنها^(١٢)، فإنه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد^(١٣) الذي يدعيه العامل^(١٤)، لثبوت^(١٥)

- (١) كدعوى الدرهم من أحدهما والدينار من الآخر، أو الثوب من أحدهما والكتاب من الآخر.
- (٢) كدعوى الثوب الفلاني من أحدهما، والثوب الفلاني الآخر المختلف وصفاً.
- (٣) اختلاف الجُعل.
- (٤) بأن كانت قيمة الثوب تساوي قيمة الكتاب.
- (٥) وهو اختلافهما في قدر الجُعل.
- (٦) بين الاختلاف في الجنس.
- (٧) متعلق بقوله «شَرَكُوا».
- (٨) لأن الاختلاف في الجنس ضابطه التحالف، والاختلاف في القدر ضابطه اليمين على المنكر.
- (٩) سواء قيل بالتحالف في المختلفين جنساً فقط، أم فيهما وفي الاختلاف قدرأ.
- (١٠) الإشكال، وحاصله أنه على القول بالتحالف تثبت أجره المثل، فلو ساوت أجره المثل ما يدعيه المالك فلا وجه لتحليف العامل على نفي ما يدعيه المالك، وكذا لو زاد ما يدعيه المالك عن أجره المثل فلا وجه لتحليف العامل أيضاً، فالمالك معترف بما يدعيه وإن كان أزيد من أجره المثل فلا معنى لحلف العامل عليه، نعم لو كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك فالزيادة من أجره المثل تنتفي بحلف العامل على نفيها.
- (١١) ما يدعيه المالك.
- (١٢) عن أجره المثل.
- (١٣) متعلق بقوله «بعد حلف المالك».
- (١٤) لأن العامل يدعي أزيد من أجره المثل عند تساويها مع دعوى المالك، أو لأن العامل يدعي أزيد مما يدعيه المالك عند زيادة دعوى المالك عن أجره المثل.
- (١٥) تعليل لعدم وجه تحليف العامل.

ما حُكِمَ به من مُدْعَى المالك^(١) زائداً عن الأجرة، أو مساوياً باعترافه^(٢)، فتكليف العامل باليمين حينئذ^(٣) لا وجه له، لاعتراف المالك به^(٤)، وإنما يتوجه^(٥) لو زادت أجرة المثل عما يدعيه المالك، فيتوقف إثبات الزائد من الأجرة عما يدعيه على يمين المدعي، وهو العامل^(٦).

(١) ومدعاه إما مساوٍ لأجرة المثل أو زائد عنها، فما ادعاه ثابت باعترافه.

(٢) باعتراف المالك.

(٣) حين التحالف، لثبوت أجرة المثل.

(٤) بمدعاه، سواء زاد عن أجرة المثل أم ساواها.

(٥) اليمين على العامل.

(٦) لأنه يدعي الأزيد من أجرة المثل وأزيد مما يدعيه المالك، ويمينه باعتبار أنه منكر لما يدعيه

المالك فإذا حلف انتفى ما يدعيه المالك، وما ادعاه هو فمنتفٍ بيمين المالك فنثبت أجرة

المثل وإن كانت أزيد مما يدعيه المالك.

الفهرس

(كتاب الدين)

٧ القرض
٤٣ دين العبد

(كتاب الرهن)

٤٩ عقد الرهن
٦٤ شروط الرهن
٧٥ شروط المتعاقدين
٧٨ شروط الحق
٨٢ شرط الوكالة في الرهن
٨٥ ابتياع الرهن
٨٦ التصرف في الرهن
٨٩ حكم الاستقلال بالاستيفاء
٩٠ بيع الرهن من أحدهما
٩٣ وطء الرهن
٩٦ لزوم الرهن وجوازه
٩٩ النماء المتجدد

١٠١	ضمان المرتين
١٠٤	مسائل الاختلاف

(كتاب الحجر)

١١٣	أسباب الحجر
-----	-------	-------------

(كتاب الضمان)

١٣٣	معنى الضمان
١٣٤	شروط الضمان
١٤٦	المال المضمون
١٤٩	الاختلاف في الضمان

(كتاب الحوالة)

١٥٧	معنى الحوالة
١٥٨	شروط الحوالة
١٦٣	أحكام الحوالة

(كتاب الكفالة)

١٧٧	معنى الكفالة
١٧٨	أحكام الكفالة

(كتاب الصلح)

١٩٧	شروط الصلح
٢٠١	أحكام الصلح
٢٠٨	مسائل في الصلح

(كتاب الشركة)

٢٢٩	سبب الشركة
٢٣١	المعتبر من الشركة
٢٣٥	أحكام الشركة

(كتاب المضاربة)

٢٤٩	معنى المضاربة
٢٥٠	أحكام المضاربة

(كتاب الوديعة)

٢٧٣	معنى الوديعة
٢٧٤	عقد الوديعة
٢٧٩	ضمان الوديعة
٢٩٨	رد الوديعة

(كتاب العارية)

٣٠٧	معنى العارية
٣٠٨	عقد العارية
٣١١	شروط العارية
٣١٦	ضمان العارية
٣٢٩	التنازع في العارية

(كتاب المزارعة)

٣٣٥	معنى المزارعة
٣٣٧	عقد المزارعة
٣٣٨	أحكام المزارعة

(كتاب المساقاة)

٣٦١	معنى المساقاة
٣٦٣	عقد المساقاة
٣٦٤	أحكام المساقاة

(كتاب الإجارة)

٣٨٣	معنى الإجارة
٣٨٤	عقد الإجارة
٣٨٦	أحكام الإجارة
٤٢٨	مسائل في الإجارة

(كتاب الوكالة)

٤٥١	معنى الوكالة
٤٥٢	عقد الوكالة
٤٥٣	شروط الوكالة
٤٦٩	أحكام الوكالة
٤٨٣	التنازع في الوكالة

(كتاب الشفعة)

٤٩٣	معنى الشفعة
٤٩٦	شروط الشفعة
٥٠٤	أحكام الشفعة
٥٢٨	التنازع في الشفعة

(كتاب السبق والرماية)

- ٥٣٥ عقد السبق والرماية
- ٥٣٦ شروط السبق والرماية

(كتاب الجعالة)

- ٥٦٧ معنى الجعالة
- ٥٦٩ أحكام الجعالة
- ٥٨٣ مسائل في الجعالة